

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY180044-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. LY180043

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller

Urteil vom 12. November 2019

in Sachen

A. _____,

Beklagte und Berufungsklägerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Berufungsbeklagter

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. August 2018; Proz. FE180112

Rechtsbegehren:

Kläger (act. 1 S. 3 ff.):

" [Ziff. 1-7]

Ziff. 8. Unterhalt

- a) Die Mutter A. _____ sei zu verpflichten, für C. _____ die folgenden monatlichen Unterhaltsbeiträge zuzüglich allfälliger gesetzlicher (nicht aber vertraglicher) Familienzulagen zu zahlen bis zur Volljährigkeit bzw. bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Ausbildung:
- Fr. 2'050.– vom 01.08.2018 bis 31.08.2023 (Phase 1);
 - Fr. 2'200.– vom 01.09.2023 bis 31.08.2027 (Phase 2);
 - Fr. 1'800.– vom 01.09.2027 bis 31.08.2029 (Phase 3);
 - Fr. 1'625.– vom 01.09.2029 bis zum Abschluss von C. _____s Ausbildung (Phase 4).
- b) Überdies sei A. _____ zu verpflichten, sich gegen Vorlage der entsprechenden Rechnungen zur Hälfte an ausserordentlichen Auslagen von C. _____ zu beteiligen, soweit A. _____ vorgängig ihre Zustimmung dazu erteilt hat oder die Ausgabe zwingend oder von mehreren Fachpersonen schriftlich empfohlen wurde und nicht Dritte (insbesondere Versicherungen) für diese Kosten aufkommen. Diese Regelung gilt insbesondere für schulische Förderungsmassnahmen, Therapien und Zahnkorrekturen. Generell sind Kosten ab Fr. 500.– als ausserordentlich zu betrachten oder bei Dauerausgaben oder Teilrechnungen, wenn die Addition aller Rechnungen pro Position und Kalenderjahr Fr. 500.– erreichen.
- c) Die Beiträge für C. _____s Unterhalt sind an den Vater B. _____ zahlbar, und zwar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats ohne Abzug von Bank- und Postspesen, erstmals pro rata temporis per Datum der Rechtskraft des Scheidungsurteils (vorbehalten bleibt Ziff. 9). Dasselbe gilt hinsichtlich Zahlungsmodalitäten für die Zeit ab C. _____s Volljährigkeit, solange sie im Haushalt des Vaters lebt und keinen anderen Zahlungsempfänger bezeichnet.
- d) A. _____ sei zu verpflichten, die folgenden monatlichen Unterhaltsbeiträge an B. _____ für dessen persönlichen Unterhalt zu zahlen:
- Fr. 800.– vom 01.08.2018 bis 31.08.2023 (Phase 1);
 - Fr. 730.– vom 01.09.2023 bis 31.08.2027 (Phase 2);
 - Fr. 930.– vom 01.09.2027 bis 31.08.2029 (Phase 3).
- e) Die genannten Unterhaltsbeiträge seien dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamts für Statistik, Stand März 2018, zu unterstellen. Sie seien jeweils auf den 1. Januar nach Massgabe des Indexstandes per November des Vorjahres nach folgender Formel anzupassen, erstmals per 01.01.2020:

Neuer Unterhaltsbeitrag = ursprünglicher Betrag geteilt durch den alten Index multipliziert mit dem neuen Index.

9. Falls das Scheidungsurteil bis zum 31.07.2018 noch nicht rechtskräftig ist, seien alle vorgenannten Unterhaltsbeiträge für B._____ und C._____ für die Zeit ab 01.08.2018 bereits im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuordnen.
10. a) [...]
 - b) Zudem sei A._____ im Rahmen des Scheidungsverfahrens und des vorsorglichen Massnahmeverfahrens zu verpflichten, die Lohnausweise ihrer Gewerkschaftstätigkeit beim ... Winterthur-... für die Steuererklärungen 2015-2017 vorzulegen, worauf B._____ Gelegenheit zur Bezifferung ausstehender Unterhaltsbeiträge zu geben sei.

[Ziff. 11.-13.]

14. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich gesetzlicher Mwst zu Lasten von A._____.
15. Es sei B._____ die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsvertretung durch die Person des unterzeichnenden Anwalts mit Wirkung ab 24.08.2017 zu bewilligen."

Beklagte (act. 14 S. 2):

" Es seien die vorsorglichen Massnahmebegehren des Klägers abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Klägers.

Prozessuale Anträge:

1. Es sei das Scheidungsverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Kindesschutzmassnahmeverfahrens zu sistieren.
2. Es sei der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.
3. Es sei der Beklagten einen unentgeltlichen Rechtsbeistand in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ zu bestellen."

"

Verfügung des Einzelgerichts:

1. Der Antrag des Klägers auf Herausgabe der Lohnausweise der Gewerkschaftstätigkeit der Beklagten beim ... Winterthur-... für die Steuererklärungen

gen 2015-2017 im Rahmen des vorsorglichen Massnahmeverfahrens wird als gegenstandslos geworden erledigt abgeschrieben.

2. In Abänderung des Entscheids des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 2. Mai 2017 (Gesch.-Nr. EE170002-K) wird die Beklagte verpflichtet, mit Wirkung ab dem 1. Januar 2019 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens für das Kind C._____, geb. tt.mm.2013, Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– zzgl. allfälliger vertragliche und/oder gesetzliche Kinderzulagen pro Monat zu bezahlen. Ein Betreuungsunterhalt für das Kind ist nicht geschuldet.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen für das Kind sind monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats an den Kläger zu bezahlen.

Im Übrigen (Mehrbetrag Kindesunterhalt / Ehegattenunterhalt / ausserordentliche Kinderauslagen) werden die vorsorglichen Massnahmebegehren des Klägers abgewiesen.

3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bezüglich dieser Verfügung bleibt dem Endentscheid im Hauptverfahren vorbehalten.
- 4./5. (Mitteilungen und Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers, Berufungsklägers und Berufungsbeklagten (act. 8/2 S. 2):

1. In Abänderung des Entscheids des Einzelrichters im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 02.05.2017 und in Abänderung der Verfügung desselben Richters vom 06.08.2018 sei die Mutter A._____ für die Zeit ab 01.01.2019 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu verpflichten, für die Tochter C._____ Beiträge an ihren Barunterhalt in Höhe

von CHF 1'620 zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertraglicher Familienzulagen zu zahlen, und zwar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an den Vater B. _____.

2. A. _____ sei überdies für die Zeit ab 01.01.2019 und für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens zu verpflichten, an B. _____ für dessen persönlichen Unterhalt monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats CHF 560 zu zahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich 7,7% Mwst zu Lasten von A. _____.
4. B. _____ sei auch im vorliegenden Berufungsverfahren vor dem Obergericht des Kantons Zürich die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsvertretung durch die Person von RA Y. _____ zu bewilligen.

der Beklagten, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagten (act. 2 S. 2):

1. Die Dispositivziffer 2 der angefochtenen Verfügung in der Sache sei aufzuheben.
2. Es seien die vorsorglichen Massnahmebegehren des Klägers und Berufungsbeklagten vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zu lasten des Klägers.

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien heirateten am tt. Oktober 2012. Am tt.mm.2013 wurde die Tochter C. _____ geboren.
2. Im Jahr 2015 kam es zur Trennung. Mit Eheschutzurteil vom 12. Oktober 2015 wurden die Folgen des Getrenntlebens geregelt. Das Kind wurde unter die Obhut der Mutter gestellt und dem Vater ein Besuchsrecht eingeräumt. Der Vater wurde zur Zahlung von Unterhaltsbeiträgen für die Mutter und das Kind verpflichtet. Mit Eheschutzurteil vom 24. März 2016 wurden die vom Vater zu zahlenden Unterhaltsbeiträge herabgesetzt.
3. Aufgrund einer Anzeige der Mutter gegen den Vater wegen Schändung bzw. sexuellen Handlungen mit Kindern zum Nachteil von C. _____ ordnete die Kan-

tonspolizei Zürich am 30. Juni 2017 ein Kontakt- und Rayonverbot gegen den Vater mit Bezug auf die Mutter und C. _____ an, das nach der Einstellung der Strafuntersuchung wieder aufgehoben wurde. In einem gleichzeitigen Kindesschutzverfahren hob die KESB Winterthur Andelfingen das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Mutter auf und übertrug die Obhut über C. _____ dem Vater, zuerst mit Präsidialentscheid vom 9. September 2016, am 11. Oktober 2016 als vorsorgliche Massnahme und im Endentscheid vom 14. Dezember 2017, mehrfach bestätigt im Rechtsmittelverfahren, zuletzt mit Urteil der Kammer vom 6. August 2019.

4. Daraufhin wurde mit Eheschutzurteil vom 2. Mai 2017 gestützt auf eine aussergerichtliche Vereinbarung der Parteien die Unterhaltspflicht des Vaters aufgehoben und die Mutter verpflichtet, dem Vater für C. _____ monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 450.00 zu bezahlen.

5. Mit Eingabe vom 28. März 2018 reichte der Vater (fortan Kläger) beim Bezirksgericht Winterthur die Scheidungsklage ein und verlangte für den Fall, dass das Scheidungsurteil bis zum 31. Juli 2018 noch nicht rechtskräftig sei, als vorsorgliche Massnahme die Abänderung der eheschutzrichterlich festgelegten Unterhaltsbeiträge im eingangs genannten Sinn (act. 5/1 S. 3 f. Ziff. 9 i.V.m. Ziff. 8).

Nach Durchführung einer Einigungs- und Massnahmeverhandlung am 25. Juni 2018 (Prot. VI S. 2 ff.), an der die Mutter (fortan Beklagte) das Massnahmebegehren beantwortete (act. 5/14), hiess der Vorderrichter dieses mit Verfügung vom 6. August 2018 teilweise gut und erhöhte die Unterhaltsverpflichtung der Beklagten für C. _____ ab 1. Januar 2019 auf CHF 1'000.00 monatlich (act. 5/24 = act. 4 S. 26 Dispositiv-Ziffer. 2). Gleichzeitig wurde das Scheidungsverfahren bis zur rechtskräftigen Erledigung des Kindesschutzverfahrens sistiert.

6. Gegen den vorinstanzlichen Massnahmenentscheid vom 6. August 2018, der ihnen am 20. August 2018 eröffnet wurde (act. 25), erhoben beide Parteien mit Eingaben vom 30. August 2018 (act. 2 und act. 8/2) rechtzeitig Berufung mit den eingangs genannten Anträgen.

Mit Beschlüssen vom 8. Oktober 2018 (act. 7 und 9) wurden die Berufungsverfahren vereinigt und den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt. Nachdem der Kläger mit Eingabe vom 5. November 2018 (act. 13) die Berufung der Beklagten beantwortet und zu den darin gestellten prozessualen Anträgen Stellung genommen hatte, wurde mit Beschluss vom 4. Dezember 2018 (act. 14) die Vollstreckung des vorinstanzlichen Entscheides aufgeschoben und das Verfahren bis zur Erledigung des bei der Kammer hängigen Beschwerdeverfahrens betreffend Kindesschutzmassnahmen (Geschäfts-Nr. PQ 180058) sistiert. Am 18. Dezember 2018 reichte der Kläger eine Noveneingabe ein (act. 16).

7. Nach der Erledigung des erwähnten Beschwerdeverfahrens betreffend Kindesschutzmassnahmen mit Urteil vom 6. August 2019 wurde das vorliegende Verfahren mit Verfügung vom 13. August 2019 wieder aufgenommen. Die Beklagte beantwortete die Berufung des Klägers mit Eingabe vom 26. August 2019 (act. 20). Darauf replizierte der Kläger mit Eingabe vom 12. September 2019 (act. 23), worauf die Beklagte mit Eingabe vom 27. September 2019 (act. 27) und der Kläger wiederum mit Eingabe vom 4. Oktober 2019 (act. 32) Stellung nahm.

Auf die Mitteilung des Gerichts, zur Gewährung des rechtlichen Gehörs werde zu einer Instruktionsverhandlung vorgeladen, falls keine Partei auf weitere Ausführungen verzichte (act. 30 und 33), beschränkte sich die Beklagte mit Schreiben vom 18. Oktober 2019 (act. 35) darauf, die letzten Ausführungen des Klägers zu bestreiten und auf die eigenen Ausführungen zu verweisen.

8. Die Noveneingabe der Beklagten vom 5. November 2019 (act. 40) ist gestützt auf Art. 317 i.V.m. Art. 229 Abs. 3 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen, da sich das Verfahren zu diesem Zeitpunkt bereits im Beratungsstadium befand, wie den Parteien mit Schreiben vom 1. und 7. Oktober 2019 (act. 30 und 33) mitgeteilt worden war, was dazu führt, dass die Parteien auch im Anwendungsbereich der familienrechtlichen Untersuchungsmaxime mit neuen Behauptungen und Beweismitteln ausgeschlossen sind.

II.

1. Zur Begründung seines Abänderungsbegehrens betreffend Unterhalt erinnerte der Kläger daran, dass es bei der letzten Anpassung der Unterhaltsbeiträge am 2. Mai 2017, die auf sein Ersuchen vom 31. Dezember 2016 erfolgte, vorerst darum gegangen sei, dass er nach der Umteilung der Obhut über C. _____ an ihn keine Kinderunterhaltsbeiträge mehr bezahlen musste. Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter sei noch jung gewesen und Gegenstand von ersten Rechtsmittelverfahren, weshalb sich die Verhältnisse am 31. Dezember 2016 noch nicht ausreichend dauerhaft geändert gehabt hätten, um von der Beklagten die Erhöhung ihres Arbeitspensums zu verlangen. Heute sehe das anders aus. Im Sinne einer Hauptsachenprognose sei zu erwarten, dass die Obhut beim Kläger bleibe und die Beklagte ein Besuchsrecht maximal im aktuellen Rahmen erhalte (act. 5/1 S. 16 f. Ziff. 12). Überdies sei der Kläger beim Abschluss der Vereinbarung, welche dem Entscheid vom 2. Mai 2017 zugrunde liege, fälschlicherweise von einem Mietzins der Beklagten von CHF 1'500.00 ausgegangen anstatt von CHF 817.00, was richtig gewesen wäre, wie er später erfahren habe (act. 16 S. 2 f. Ziff. 7).

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass die Betreuungssituation im Mai 2017 nicht wesentlich anders gewesen sei. Wenn schon habe sich die Situation eher zugunsten der grösseren Betreuung durch die Beklagte verändert. Im Mai 2017 habe die Beklagte ihre Tochter lediglich für vier Stunden pro Woche sehen dürfen. Das Obergericht habe das vorsorgliche Besuchsrecht mit Urteil vom 31. März 2017 neu geregelt und schrittweise ausgedehnt. Gestützt auf den Entscheid der KESB vom 14. Dezember 2017 sei die Beklagte aktuell berechtigt, ihre Tochter an jedem zweiten Samstag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr sowie jeden Donnerstag den ganzen Tag unbegleitet auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Ab Eintritt in den Kindergarten werde sie für berechtigt erklärt, C. _____ an jedem zweiten Wochenende auch über Nacht zu betreuen. Somit könne nicht von einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung gesprochen werden, welche eine Abänderung des Eheschutzentscheides vom 2. Mai 2017 rechtfertigen würde (act. 5/14 S. 8 f. Rz. 27 f. und S. 11 Rz 33).

2. Die Vorinstanz verwies darauf, dass sich das Kindesschutzverfahren zum Zeitpunkt des Entscheids vom 2. Mai 2017 noch im Stadium von vorsorglichen Massnahmen befunden habe und dass die KESB erst am 14. Dezember 2017 einen definitiven Entscheid gefällt habe, und erwog, im Vergleich zur Sachlage im Mai 2017 liege eine Betreuungssituation vor, deren Ausgestaltung zwar angesichts des hängigen Rechtsmittelverfahrens noch als ungewiss bezeichnet werden müsse, die jedoch angesichts des Entzugs der aufschiebenden Wirkung durchaus geeignet sei, während einer längeren Dauer weiterzubestehen. Sie verwies auf die Vereinbarung der Parteien, wonach der Kläger das zu tiefe Arbeitspensum der Beklagten nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmenverfahrens betreffend Obhut akzeptiere und die Einkommenssituation beider Parteien nach erstinstanzlicher Klärung der Betreuungssituation neu zu beurteilen sei (vgl. act. 5/4C/21). Entgegen der Auffassung der Beklagten sei damit nach dem erstinstanzlichen Entscheid der KESB vom 14. Dezember 2017 im Kindesschutzverfahren und erst recht nach dem bezirksrätlichen Beschwerdeentscheid vom 14. Februar 2018 eine wesentliche und dauerhafte Veränderung der Verhältnisse i.S. von Art. 179 Abs. 1 ZGB eingetreten (act. 4 S. 9).

3. Mit ihrer Berufung hält die Beklagte an ihrer vorinstanzlichen Argumentation fest und bestreitet das Vorliegen eines Abänderungsgrundes (vgl. oben 1). Gestützt auf den mittlerweile im Kindesschutzverfahren ergangenen Entscheid des Bezirksrats vom 10. August 2018 sei die Beklagte aktuell berechtigt, ihre Tochter an jedem zweiten Samstag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr sowie jeden Donnerstag von 14.00 Uhr bis 18.00 Uhr unbegleitet auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen. Wenn die Vorinstanz sich auf den Standpunkt stelle, das Verfahren habe sich damals erst im Stadium der vorsorglichen Massnahmen befunden, so ändere sich nichts daran, dass die Betreuungszeiten der Parteien damals wie heute mehr oder minder gleich gewesen seien (act. 2 S. 4 f. Ziff. 3.1).

Der Kläger macht geltend, ob sich die Verhältnisse sowohl wesentlich als auch dauerhaft geändert hätten, bemesse sich nach den Verhältnissen zum Zeitpunkt der Einleitung der Abänderungsklage. Massgebend seien demnach nicht die Verhältnisse bei der letzten Urteilsfällung vom 2. Mai 2017, sondern diejenigen bei

Einleitung der Abänderungsklage, welche zum Abänderungsurteil vom 2. Mai 2017 geführt habe. Der Beklagten sei das Aufenthaltsbestimmungsrecht am 9. September 2016 superprovisorisch entzogen worden. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit wäre am 31. Dezember 2016 niemals erfüllt gewesen. Die Parteien hätten sich noch mitten in der Auseinandersetzung befunden, und zwar erst im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen. Ein Gutachten habe noch nicht vorgelegen. Aus neutraler Sicht eines Gerichts habe die Frage des Aufenthaltsbestimmungsrechts am 31. Dezember 2016 noch voll in der Schwebe gestanden (act. 13 S. 2 lit. b).

Ferner wirft er der Beklagten widersprüchliches Verhalten vor, weil sie ihn dafür bestrafen wolle, dass er sie am 31. Dezember 2016 geschont und keine Neugestaltung ihres Lebens verlangt habe, sowie weil ihr Sistierungsantrag bis zum Abschluss des Kindesschutzverfahrens zeige, dass sie die Dauerhaftigkeit der geänderten Verhältnisse noch heute in Frage stelle (act. 13 S. 2 lit. b).

4. In der Vereinbarung, welche die Vorinstanz mit Urteil vom 2. Mai 2017 genehmigte, sahen die Parteien mit Bezug auf die tatsächlichen Grundlagen Folgendes vor (act. 5/4C/19 S. 2 f. Ziff. 4 f. und act. 5/4C/21 S. 5 Disp.-Ziff. 4 f.):

4. Die vorstehende Unterhaltsregelung basiert auf der aktuellen Situation, dass C._____ im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen unter die Obhut des Gesuchstellers gestellt wurde und der Gesuchsgegnerin ein Besuchsrecht im Umfang des Urteils vom 31. März 2017 des Obergerichts des Kantons Zürich (Geschäfts-Nr. PQ160093-O) zusteht. Sollte sich die Obhuts- und Besuchssituation dauerhaft und massgebend ändern, behalten sich die Parteien eine gerichtliche Abänderung der vorstehend genannten Unterhaltsregelung ausdrücklich vor.
5. Weiter basiert die vorstehende Unterhaltsregelung auf der nachfolgenden Einkommenssituation der Parteien:
 - Einkommen des Gesuchstellers (netto bei 70% Arbeitspensum, inkl. Anteil am 13. Monatslohn) rund CHF 5'300.00;
 - Einkommen der Gesuchsgegnerin (netto bei 60% Arbeitspensum, inkl. Anteil am 13. Monatslohn) rund CHF 4'030.00;
 - Einkommen C._____ (Kinder- und Familienzulagen) rund CHF 397.00.

Auch die Einkommenssituation basiert vorliegend auf der vorsorglichen Regelung der Obhuts- und Besuchssituation. Der Gesuchsteller akzeptiert das zu tiefe Arbeitspensum der Gesuchsgegnerin nur für die Dauer des vorsorglichen Massnahmenverfahrens betreffend Obhut. Nach erstinstanzlicher Klärung der Betreuungssituation ist die Einkommenssituation beider Parteien neu zu beurteilen.

Damit behielten die Parteien zweimal eine Abänderung bzw. Neubeurteilung vor. In ihrer Begründung bezog sich die Vorinstanz auf den zweiten dieser Vorbehalte (zum Arbeitspensum der Beklagten) (vgl. act. 4 S. 9).

5. Mit dem Vorbehalt in Ziffer 4 sahen die Parteien vor, dass eine dauerhafte und massgebende Änderung der Obhuts- und Besuchssituation zu einer Änderung der Unterhaltsregelung führen sollte. Das entspricht grundsätzlich der gesetzlichen Regelung (Art. 179 Abs. 1 ZGB).

In Ziffer 5 sahen sie weiter vor, dass eine Neubeurteilung unabhängig davon auch stattfinden sollte, wenn die Obhuts- und Besuchssituation mit dem Endentscheid im Kindesschutzverfahren nicht wesentlich und dauerhaft ändern sollte, so dass es allein gestützt auf Ziffer 4 bzw. das Gesetz nicht zu einer Änderung käme.

Der Vorbehalt in Ziffer 5 bedeutet insbesondere dass der Kläger bei Abschluss des erstinstanzlichen Kindesschutzverfahrens unabhängig von dessen Ausgang eine Abänderung verlangen kann, auch wenn sich die Obhuts- und Betreuungssituation dadurch nicht wesentlich ändert.

Das übersieht die Beklagte. Ihr Einwand, dass sich die Obhuts- und Besuchssituation aufgrund der neueren Entscheide im Vergleich zur Situation am 2. Mai 2017 nicht wesentlich und dauerhaft geändert habe, geht an der Sache vorbei. Darauf kommt es nicht an.

Da die Parteien eine Neubeurteilung nach der erstinstanzlichen Klärung der Betreuungssituation ausdrücklich vorbehalten haben, ist unerheblich, ob sich die Betreuungssituation mit dem erstinstanzlichen Endentscheid oder seither im Rechtsmittelverfahren wesentlich geändert hat.

6. Anstelle des mit einem 60%-Pensum erzielten monatlichen Einkommens von CHF 4'030.00, das dem Urteil vom 2. Mai 2107 zugrundelag (vgl. act. 5/4C/21 Disp.-Ziff. 5), rechnete die Vorinstanz der Beklagten ein hypothetisches monatliches Nettoeinkommen von CHF 5'000.00 an (act. 4 S. 11 E. 5.3). Dabei ging sie davon aus, dass der Beklagten nach einer angemessenen Übergangsfrist ab 1. Januar 2019 ein hypothetisches Einkommen auf der Grundlage eines 100%-Pensums anzurechnen sei (act. 4 S. 11 E. 4.3).

Es könne nicht ernsthaft in Frage gestellt werden, dass die 41-jährige Beklagte, mit ihrer fachlichen Qualifikation als ausgebildete Sozialpflegerin und ihrer mehrjährigen Berufserfahrung als ... für die evangelisch-reformierte Landeskirche, welche als deutsche Staatsangehörige die Landessprache einwandfrei beherrsche, grundsätzlich in der Lage sei, eine Vollzeitanstellung zu finden. Offene Stellen seien in der betreffenden Branche durchaus vorhanden. Ab Kindergarteneintritt stehe ihr lediglich ein Wochenendbesuchsrecht zu, so dass sie sich ab diesem Zeitpunkt nicht mehr auf ihre Kinderbetreuungspflichten berufen könne, wenn sie ihr Erwerbspotenzial nicht voll ausschöpfe. Insofern erscheine es für die Beklagte demnach durchaus als zumutbar und möglich, bereits während laufendem Scheidungsverfahren eine Vollzeitstelle anzutreten. Gestützt darauf rechnete ihr die Vorinstanz ein entsprechendes hypothetisches Einkommen an (act. 4 S. 10 E. 4.2).

7. Mit der Berufung wendet die Beklagte ein, die Ausgangslage, dass ihr ab Kindergarteneintritt nur noch ein Wochenendbesuchsrecht zustehe, sei nach dem Entscheid des Bezirksrats vom 10. August 2018 überholt, nach dem sie C._____ an jedem zweiten Samstag sowie an jedem Donnerstagnachmittag betreuen solle. Mit dieser Vorgabe des Bezirksrats sei es ihr nicht möglich, ein 100%-Pensum anzunehmen (act. 2 S. 5 f.Ziff. 3.2).

Ferner weist sie darauf hin, dass sie von der Vorinstanz gezwungen werde, mit der Aufnahme eines 100-Pensums für sie ungünstige Fakten im Kinderschutzmassnahmenverfahren und für das Scheidungshauptverfahren zu schaffen, da der Kläger dort "munter ins Feld führen" würde, sie sei aufgrund ihres Pensums gar nicht in der Lage, C._____ zu betreuen. Es könne nicht sein, dass das Schei-

dungsgericht mit einem VSM-Entscheid ein ungünstiges Präjudiz in einer für die Beklagten solch wichtigen Frage schaffe (act. 2 S. 6 Ziff. 3.2).

Der Entscheid des Bezirksrats vom 10. August 2018 sei nicht rechtskräftig. Sie erwarte eine Korrektur im Rechtsmittelverfahren. Sie sei in der Schwebe, was ihre künftigen Rechte und Pflichten als Mutter betreffe. Unter diesen Umständen sei es ihr nicht zumutbar, ihr Pensum zu erhöhen. Sie müsste eine Stelle suchen und annehmen, um dort dann je nach Rechtsmittelentscheid im Kindesschutzverfahren entweder sogleich wieder zu kündigen oder das Pensum anzupassen, um den Betreuungszeiten gerecht zu werden (act. 2 S. 6 Ziff. 3.3).

8. Der Kläger widerspricht der Behauptung, dass es der Beklagten wegen der Betreuung von C. _____ am Donnerstagnachmittag nicht möglich sei, ein 100% Pensum anzunehmen. Es sei gerichtsnotorisch, dass sie als ... viele Arbeitseinsätze am Abend habe. Ein Arbeitspensum von 100% sei daher "mit Leichtigkeit in eine Woche integrierbar, auch wenn der Donnerstagnachmittag (lediglich von 14-18 Uhr) der Kinderbetreuung gewidmet" sei (act. 13 S. 3 f. Ziff. 2a).

Dass bei Ausdehnung des Arbeitspensums auf 100% die zeitliche Verfügbarkeit für die Rückübertragung der Obhut auf die Beklagte fehle, leuchte "höchstens teilweise ein". Im Falle der Rückübertragung der Obhut könnte sie ihr Pensum wieder reduzieren. Würde sie sich für eine neue Stelle entscheiden, könnte sie angesichts der Situation auf dem Arbeitsmarkt leicht wieder eine neue Stelle mit tieferem Pensum annehmen (act. 13 S. 4 Ziff. 2b).

Der Kläger rechnet zwar nicht mit einer wesentlichen Korrektur des Kindesschutzentscheides im Rechtsmittelverfahren. Aus Sicht der Beklagten, meint er aber, wäre die Rückübertragung der Obhut wohl das schönste aller möglichen Szenarien im weiteren Prozessverlauf. Er glaube daher nicht, dass die damit einhergehende Reduktion des Arbeitspensums für die Beklagte derart einschneidend wäre, dass die heutige Erhöhung des Arbeitspensums aus diesem Grund unzumutbar wäre (act. 13 S. 5 Ziff. 3.a und c).

9. Hintergrund dieses Streits sind die Wechselwirkungen, die zwischen der Regelung der Kinderbetreuung und dem Kinderunterhalt bzw. der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien als Voraussetzung einer Unterhaltspflicht bestehen: Ein Elternteil, der ein Kind an einem Wochentag betreut, ist entsprechend weniger leistungsfähig. Umgekehrt schliesst ein Vollzeitpensum die Übernahme der Kinderbetreuung an einem Wochentag aus.

Akzentuiert wird dieses Problem durch den Umstand, dass die Parteien im Allgemeinen im Verlauf des oft längeren Verfahrens auf die Trennung reagieren und ihr Leben mehr oder weniger freiwillig den veränderten Umständen anpassen, was sich auf die Entscheidungsgrundlagen auswirkt. Es spricht zwar nichts dagegen, tatsächliche Veränderungen im Verlauf des Verfahrens nicht erst im Endentscheid nachzuvollziehen, sondern bereits im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen zu berücksichtigen. Aber die Gerichte sollten sich zurückhalten mit vorsorglichen Anordnungen, die Fakten schaffen, welche den Endentscheid präjudizieren.

Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist ein Beispiel für eine solche Anordnung, die sich auf andere Bereiche (die Regelung der Kinderbetreuung) auswirken kann. Zu lösen ist dieses Problem über die Rechtsfigur der Zumutbarkeit, welche (neben der praktischen Realisierbarkeit) eine Voraussetzung für die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist.

Ist die Übernahme eines Betreuungsanteils im Alltag durch den kinderunterhaltspflichtigen Elternteil eine ernsthafte Option, ist die Zumutbarkeit eines Ausbaus der Erwerbstätigkeit, welche dies ausschliessen würde, im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen eher zu verneinen, auch wenn trennungsbedingte Mehrkosten eine Ausdehnung der Erwerbstätigkeit dennoch erfordern können. Dabei stellen sich schwierige Wertungsfragen, die nicht generell, sondern nur bezogen auf den konkreten Einzelfall beantwortet werden können.

10. Neben den sozialen Beziehungen und der geographischen Heimat ist die berufliche Tätigkeit ein wichtiger Aspekt der Identität. Bei einer Trennung zerbrecchen nicht nur familiäre Beziehung, sondern der Auszug aus der Familienwohnung bedeutet den Verlust der vertrauten Umgebung und oft gehen auch Freund-

schaften verloren. Die Arbeitsstelle ist in einer solchen Umbruchssituation die einzige Konstante und entsprechend wichtig. Ein Stellenwechsel ist daher nicht leichthin zumutbar, umso mehr wenn die übrigen Veränderungen unter so dramatischen Begleitumständen ablaufen wie hier mit Strafanzeigen und superprovisorischen Anordnungen (vgl. auch Prot. VI S. 17).

Diesen Zusammenhang blendet der Kläger aus, wenn er von der Beklagten erwartet, dass sie ihre Stelle aufgibt, um ein 100%-Pensum anzunehmen. Seine Überlegung, die damit für die Beklagte verbundenen Unannehmlichkeiten würden durch ihre Freude über eine allfällige Rückübertragung der Obhut aufgewogen (act. 13 S. 5 lit. c), geht an der Sache vorbei. Nicht nur rechnet der Kläger selbst nicht damit (vgl. act. 13 S. 4 lit. a), sondern die Beklagte befürchtet wohl auch nicht ohne Grund, dass er ihr die Aufnahme eines 100%-Pensums handkehrum vorhalten würde, um den Eintritt dieses Szenarios zu verhindern (vgl. 2 S. 6).

11. Vor der Trennung arbeitete der Kläger 80% und die Beklagte 60%. Damals lebte C._____ bei der Beklagten. Wie aus den Vorbringen der Parteien und ihren Anträgen im Eheschutzverfahren zu entnehmen ist, wurde sie aber auch unter der Woche vom Vater betreut (act. 5/4A/10 S. 1 und act. 5/4A/12 S. 9). Indem C._____ heute beim Kläger lebt, haben zwar die Vorzeichen geändert, aber die von der Beklagten angestrebte Betreuung im Alltag stellt grundsätzlich die Weiterführung des ehelichen Betreuungsmodells dar.

Das vom Kläger vorgebrachte Beispiel eines Vaters, der sein Kind seit mehr als zwei Jahren nicht persönlich betreut hat und nun arbeitslos wird und keine Vollzeitstelle mehr suchen will, weil er versucht, die alternierende Obhut mit je hälftiger Betreuung zu erstreiten (act. 13 S. 5), ist aus mehreren Gründen nicht passend. So ist die Beklagte nicht arbeitslos, sondern sie hatte früher ein 60%- und hat heute sogar ein 80%- Pensum und strittig ist, ob ihr stattdessen ein hypothetisches Einkommen aufgrund eines 100%-Pensums anzurechnen ist.

Dieser Vergleich mit einem typischen Sachverhalt bei umgekehrten Geschlechterrollen trägt zudem der aussergewöhnlichen Vorgeschichte dieses Falles keine Rechnung: Wie einleitend erwähnt, kam es im Verlauf des Verfahrens zuerst zu

einem Kontaktverbot zum Kläger, bevor der Beklagten das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C. _____ entzogen wurde. Nach diesen dramatischen Ereignissen musste der Kontakt zur Beklagten schrittweise wieder aufgebaut werden, wofür der Kontakt unter der Woche wichtig war, welcher heute der Aufnahme eines 100%-Pensums im Weg steht.

Die Betreuung an einem Nachmittag unter der Woche wurde von der KESB befristet bis zum Eintritt in den Kindergarten beibehalten. Der Bezirksrat hob diese Befristung auf (als Ersatz für den Verzicht auf Übernachtungen am Wochenende). Die Kammer belies den Nachmittag unter der Woche befristet bis zum Eintritt in die Schule und hielt gleichzeitig unter Verweis auf das Scheidungsverfahren fest, dass es sich dabei nicht um eine definitive Regelung für die weitere Zukunft handle.

Diese häufigen Änderungen zeigen die Ungewissheit einer solchen zukunftsgerichteten Regelung. Auf dieser unsicheren Grundlage kann im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nicht von der Beklagten erwartet werden, dass sie ihre Stelle zugunsten eines höheren Pensums aufgibt, von dem nicht feststeht, ob es von Dauer wäre. Für den Moment stehen die Kontakte an einem Nachmittag unter der Woche der Aufnahme eines 100%-Pensums ohnehin entgegen.

12. Der Kläger macht geltend, die Beklagte könnte auch ohne die Stelle zu wechseln ein höheres Einkommen erzielen, indem sie ihr aktuelles Pensum ausbaut, oder sie könnte ihre aktuelle Stelle behalten und bei einem anderen Arbeitgeber ein Zusatzpensum belegen (act. 13 S. 4 Ziff. 2.b m.H. auf act. 8/2 S. 7 Ziff. 4.e). Die Vorinstanz hält es unter Verweis auf die Befragung der Beklagten zumindest nicht für völlig ausgeschlossen, dass die Beklagte ihr jetziges Pensum erhöhen kann (act. 4 S. 10 E. 4.2).

Im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheides arbeitete die Beklagte bei der ... Winterthur D. _____ [Ort] in einem 60%-Pensum (Prot. VI S. 6 f.). Eine Erhöhung des Pensums im Umfang von 5% hielt sie auf Befragen für möglich (Prot. VI S. 9). Laut einem Schreiben ihrer Arbeitgeberin vom 23. Juni 2018 sind dort vier ...[Funktion] mit unterschiedlichen Schwerpunkten (bei der Beklagten die Senio-

renarbeit) angestellt und ist mit einer Änderung, insbesondere einer Erhöhung des Pensums in den nächsten Jahren nicht zu rechnen (act. 5/15/19).

Es gibt keinen Anlass, an diesen Angaben zu zweifeln. Die Ausdehnung eines Teilzeitpensums setzt nicht nur die entsprechende Kapazität des Arbeitnehmers, sondern auch einen entsprechenden Bedarf auf Seiten des Arbeitgebers voraus. Hat der Arbeitgeber eine Tätigkeit auf verschiedene Stellen aufgeteilt, kann eine Änderung des Pensums nicht isoliert erfolgen, sondern erfordert eine gleichzeitige Anpassung der übrigen Stellenprofile und Beschäftigungsgrade, was nicht ohne Weiteres in Frage kommt.

Daraus, dass die Beklagte auf Befragen die Möglichkeit einer Erhöhung ihres Pensums um 5% einräumte, lässt sich nicht ableiten, eine Erhöhung ihres Pensums auf 100% wäre am bisherigen Arbeitsort möglich. Die entsprechende Behauptung des Klägers erscheint aufgrund der aktenkundigen Angaben über die Anstellung der Beklagten nicht glaubhaft.

13. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine wesentliche Erhöhung des Pensums der Beklagten am bisherigen Arbeitsort nicht möglich ist, während sich aus den vorangehenden Erwägungen ergibt, dass ein Wechsel der Arbeitsstelle der Beklagten im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen nicht zugemutet werden kann.

Bis zum Übertritt von C._____ vom Kindergarten in die Schule, der voraussichtlich im Sommer 2020 stattfindet, steht zudem auch die geltende Kontaktregelung gemäss dem Urteil der Kammer vom 6. August 2019, nach der die Beklagte C._____ an einem Nachmittag unter Woche betreut, der Aufnahme eines 100%-Pensums entgegen.

Es ist der Beklagten daher kein hypothetisches Einkommen anzurechnen, sondern von ihrem tatsächlichen Einkommen auszugehen. Obwohl die Beklagte damit grundsätzlich obsiegt, ist die eheschutzrichterlichen Regelung vom 2. Mai 2017 (und auch der vorinstanzliche Entscheid, wie sich zeigen wird) entgegen ihrem Antrag dennoch zugunsten des Klägers abzuändern, weil sich ihr Einkommen

im Verlauf des Verfahrens dauerhaft verbesserte, was als neue Tatsache in die Beurteilung einfliesst (vgl. unten III.1).

III.

1. Wie die Beklagte mit Eingabe vom 26. August 2019 mitteilte, ist sie seit 1. Februar 2019 als... [Funktion] bei der ... E. _____ [Ort] mit einem Beschäftigungsgrad von 80% tätig und erzielt dort einen Bruttojahreslohn von CHF 77'601.60 (act. 20 S. 2). Wie aus ihren Angaben hervorgeht, erhält sie einen dreizehnten Monatslohn. Unter Berücksichtigung davon erzielt sie ein monatliches Nettoeinkommen von CHF 5'583.00, wie der Kläger anmerkt (vgl. act. 23 S. 5 Ziff. 6.a i.V.m. act. 20 S. 4 Rz 8).

Diese neue Tatsache ist zu berücksichtigen. Zum einen sind neue Behauptungen im Anwendungsbereich der familienrechtlichen Untersuchungsmaxime i.S. von Art. 296 Abs. 1 ZPO im Rechtsmittelverfahren ungeachtet der Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu berücksichtigen (BGE 144 III 349). Zum andern handelt sich um ein echtes Novum, das sich während der Sistierung ereignete, so dass dieses Vorbringen unmittelbar nach Aufhebung der Sistierung auch im Lichte von Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten wäre.

Anstelle eines hypothetischen Nettoeinkommens von CHF 5'000.00 (vgl. act. 4 S. 12 E. 5.3) ist der Beklagten demnach ab 1. Februar 2019 das tatsächlich erzielte monatliche Nettoeinkommen von CHF 5'583.00 anzurechnen. Die Erhöhung ihres Einkommens von CHF 4'030.00 gemäss Eheschutzentscheid vom 2. Mai 2017 (act. 5/4C/21 S. 5 Ziff. 5) auf CHF 5'583.00 stellt eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse i.S. von Art. 179 Abs. 1 ZGB dar, die eine Anpassung des Entscheides vom 2. Mai 2017 ab diesem Zeitpunkt erfordert. Vor dem 1. Februar 2019 fehlt es hingegen an einem Abänderungsgrund, so dass das vorsorgliche Massnahmenbegehren des Klägers mit Bezug auf diesen Zeitraum abzuweisen ist.

2. Mit seiner Noveneingabe vom 18. Dezember 2018 meldet der Kläger den Bezug von zehn unbezahlten Urlaubstagen, die er verteilt auf die Jahre 2018 und 2019 zur Wahrnehmung von Terminen im Zusammenhang mit der Kinderbetreu-

ung benutzen könne. Er macht geltend, aufgeteilt auf zwei Jahre reduziere sich sein monatliches Nettoeinkommen dadurch von CHF 4'831 um CHF 104 (mithin auf CHF 4'727), und fügt an, dass er damit immer noch bedeutend mehr leiste, als die neue Rechtsprechung des Bundesgerichts verlange (act. 16).

Die Beklagte bezeichnet das als einmaligen Vorgang und nicht als dauerhafte Veränderung und deshalb für das Abänderungsverfahren irrelevant (act. 20 S. 9 N 38). Das ist richtig. Es ist anzunehmen, dass der Betreuungsbedarf, welcher dieses Urlaubsgesuch veranlasste, tendenziell eher abnehmen wird, einerseits wegen der Beruhigung der familiären Situation, andererseits weil C. _____ älter wird, so dass mit einer Wiederholung nicht zu rechnen ist. Es ist daher für den Kläger nach wie vor von einem monatlichen Nettoeinkommen von CHF 4'831.00 auszugehen.

3. Für C. _____ ist von einem unveränderten monatlichen Nettoeinkommen von CHF 386.00 aus Kinder- und Familienzulagen auszugehen (act. 4 S. 11 f. E. 5.2 und 5.4).

4. Zusätzlich zu den monatlichen Wohnkosten für sich und C. _____ von monatlich CHF 1'360.00 (einschliesslich eines Mehrbetrags für Heizkosten von CHF 10.00 monatlich) macht der Kläger CHF 30.00 monatlich für Warmwasser geltend, weil der Kläger das Warmwasser mit einem Boiler in seiner Wohnung aufbereiten müsse, für den er den Strom ausserhalb der Nebenkosten bezahle. Die entsprechenden Stromkosten beziffert er in Anwendung von Art. 42 Abs. 3 OR auf CHF 30.00 monatlich (act. 8/2 S. 8 Ziff. 6).

Die Vorinstanz hatte diese Position nicht berücksichtigt, weil sie bei der bisherigen Unterhaltsberechnung auch keine Berücksichtigung gefunden habe (act. 4 S. 13 E. 5.5.e). Das stellt der Kläger als Versehen dar, "das frühere Gericht" sei von unvollständigen Tatsachen ausgegangen (act. 8/2 S. 8 Ziff. 6). Die Beklagte bestreitet, dass das Warmwasser in der Wohnung des Klägers nicht in den Nebenkosten enthalten sei und dass dafür CHF 30.00 einzusetzen seien (act. 20 S. 5 Rz 13).

Die Nennung eines Schätzwerts ohne Angaben irgendwelcher Schätzgrundlagen erfüllt die prozessualen Anforderungen an die Glaubhaftmachung nicht, so dass dieser Betrag nicht zu berücksichtigen ist. Ohne konkrete Anhaltspunkte, welche vom Kläger nicht geltend gemacht werden, ist zudem nicht zu vermuten, dass diese Position bei früheren Unterhaltsregelungen vergessen gegangen war, so dass auch nicht von einer unvollständigen Tatsachengrundlage auszugehen ist. Ebenfalls unbehelflich ist sein Verweis auf die unentgeltlichen Rechtspflege (act. 23 S. 5 Ziff. 8), da die Bedarfspositionen dort in der Regel nicht einzeln überprüft werden, solange die Mittellosigkeit insgesamt ohnehin gegeben ist.

5 Bei den Fremdbetreuungskosten ist zwischen der Ferienzeit und der übrigen Zeit zu unterscheiden, während der C._____ heute den Kindergarten und später die Schule besucht, da sich der Fremdbetreuungsbedarf für diese Zeitperioden grundsätzlich unterscheidet. C._____ hat 13 Wochen Schulferien. Davon kann der Kläger mit seinem Ferienanspruch fünf Wochen abdecken. Dass C._____ Ferien mit der Beklagten verbringt, ist bisher nicht vorgesehen (vgl. Urteil vom 6. August 2019 im Verfahren PQ180058).

Für die übrigen 8 Ferienwochen entsteht demnach durch den Wegfall der schulischen Betreuung beim Kläger ein zusätzlicher Fremdbetreuungsbedarf. Die Vorstellung der Vorinstanz, dass der Kläger in der Lage ist, C._____ während der Schulferien drei Tage pro Woche ganztags zu betreuen (act. 4 S. 16 lit. d) ist unrealistisch und verträgt sich nicht mit den mutmasslichen Erwartungen des Arbeitgebers des Klägers, wenn dieser ihm gestattet, seine Arbeit an zwei Tagen von zu Hause aus zu erledigen (vgl. act. 8/2 S. 13 lit. a).

Die Aussage der Beklagten, dass die Betreuung eines einzigen Kindes im Kindergartenalter an Homeoffice-Tagen in der heutigen Arbeitswelt durchaus üblich sei (act. 20 S. 7 Rz 25), kann nur mit Bezug auf die Schulzeit geteilt werden. Homeoffice ermöglicht den Verzicht auf eine Fremdbetreuung über Mittag sowie zu Randzeiten vor und nach der Schule, wie es im Fall des Klägers am Mittwoch und Donnerstag der Fall ist. Der Wegfall der schulischen Betreuung während der Ferien muss hingegen durch Fremdbetreuung ersetzt werden.

Gemäss unwidersprochener Darstellung des Klägers ist während der Schulferien ausserhalb seiner eigenen Ferien von einem Fremdbetreuungsbedarf von 3 ½ Tagen Tagesfamilie à CHF 88.30 pro Tag auszugehen, was CHF 309 pro Schulferienwoche oder CHF 2'472 im Jahr ergibt (act. 4 S. 15 lit. e). Eine Entlastung durch die Beklagte, indem diese Ferien mit C._____ verbringt, ist momentan keine Option, was sich daraus ergibt, dass im Urteil der Kammer vom 6. August 2019 keine Übernachtungen bei der Beklagten und als Konsequenz davon einstweilen auch kein Ferienrecht vorgesehen wurde.

Für die restlichen 39 Wochen rechnete die Vorinstanz dem Kläger im Bedarf von C._____ wöchentlich CHF 80.20 an (act. 4 S. 16 f. lit. d). Dabei ging sie davon aus, dass der Kläger während der regulären Schulzeit C._____ ausser an seinem arbeitsfreien Tag zusätzlich an zwei Tagen pro Woche, an denen er im Home-Office von zu Hause aus arbeitet, selbst betreut, und dass sie an den übrigen Tagen den von der Gemeinde angebotenen Mittagstisch besucht, bevor sie zur Tagesfamilie geht (act. 4 S. 16 f.).

Der Kläger geht während der Schulzeit von zwei Tagesfamilientagen am Montag und Dienstag und einem Mittagstisch am Freitag aus und kommt so auf eine Summe von CHF 132.40 pro Kindergartenwoche (vgl. act. 8/2 S. 14 lit. e). Die Differenz zur Vorinstanz, welche dafür CHF 80.20 zubilligt, rührt nicht nur daher, dass der Kläger davon ausgeht, dass C._____ am Montag und Dienstag das Mittagessen bei der Tagesfamilie einnimmt und dass sie auch am Freitag den Mittagstisch besucht, sondern hängt auch damit zusammen, dass er von den Verhältnissen im ersten Kindergartenjahr ausgeht, als C._____ nur an einem Nachmittag den Kindergarten besuchte, während sie gegenwärtig im zweiten Kindergartenjahr an zwei Nachmittagen den Kindergarten besucht (vgl. act. 4 S. 17).

Der Stundenplan ist eine Momentaufnahme und verändert sich jedes Jahr. Tendenziell nimmt die zeitliche Belastung mit dem Alter zu. Im Gegenzug sinkt der Fremdbetreuungsbedarf. Mit Blick auf die offene zeitliche Geltungsdauer dieser Regelung fährt der Kläger also nicht schlecht, wenn im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen auf den momentanen Zustand abgestellt wird. Es besteht vor die-

sem Hintergrund kein Anlass, über eine Mischrechnung auch die Situation im ersten Kindergartenjahr einzubeziehen, wie der Kläger anregt (act. 8/2 S. 15 lit. f).

Es ist daher davon auszugehen, dass C._____ am Dienstag erst am Nachmittag nach dem Kindergarten zur Tagesfamilie geht, was mit Kosten von CHF 19.40 verbunden ist (zwei Stunden à CHF 8.70 und ein Zvieri à CHF 2.00). Über Mittag kann sie am Dienstag unter diesen Umständen den Mittagstisch für CHF 12 besuchen. Am Montag hingegen, wenn sie den ganzen Nachmittag bei der Tagesfamilie verbringt, soll sie bereits das Mittagessen dort einnehmen und nicht zuerst den Mittagstisch besuchen, was CHF 60.20 kostet (sechs Stunden à CHF 8.70, ein Mittagessen à CHF 6 und ein Zvieri à CHF 2).

Weshalb C._____ auch am Freitag den Mittagstisch besuchen soll, begründet der Kläger hingegen nicht. Auch wenn eine Betreuung während der Schulzeit an Homeoffice-Tagen nicht in Frage kommt, so kann doch von ihm erwartet werden, dass er sie über Mittag betreut und seine Mittagspause zu Hause mit ihr verbringt.

Das führt zu wöchentlichen Fremdbetreuungskosten von CHF 91.60 während der Schulzeit. Für 39 Wochen ergibt das Fremdbetreuungskosten von CHF 3'572. Zusammen mit den Fremdbetreuungskosten von CHF 2'472 während der Schulferien entspricht das Fremdbetreuungskosten von CHF 6'044 im Jahr oder CHF 504 im Monat.

Angesichts der finanziellen Verhältnisse der Parteien kann nicht gesagt werden, diese Betreuungslösung sei zu teuer, wie die Vorinstanz dem Kläger vorhielt (act. 4 S. 16). Wie aus der einleitenden Prozessgeschichte hervorgeht, wurde C._____ durch den Konflikt der Parteien stark belastet. Es erscheint daher nicht falsch, wenn bei der Fremdbetreuungslösung auf ihre Bedürfnisse Rücksicht genommen wird und nicht die billigste Variante gewählt wird, und es ist nichts dagegen einzuwenden, wenn sie neben ihrem Freibetragsanteil auch auf diesem Weg am Familieneinkommen partizipiert.

6. Die Vorinstanz setzte beiden Parteien bei den Mobilitätskosten die Auslagen für den öffentlichen Verkehr ein, beim Kläger die belegten Kosten für die Benüt-

zung des öffentlichen Verkehrs von CHF 40.00 (act. 4 S. 14 lit. f), bei der Beklagten hypothetische Mobilitätskosten für die Kosten eines Monatsabonnements für alle Zonen von CHF 242.00 (act. 4 S. 19 lit. f).

a) Beide Parteien verlangen zusätzlich (der Kläger) bzw. stattdessen (die Beklagte) die Anrechnung der Kosten eines Autos. Beim Kläger sind das CHF 150.00 für die Miete von 1 ½ Garagenplätzen (act. 8/2 S. 78 lit. a) sowie Benzin-, Unterhalts-, Versicherungs- und Amortisationskosten von monatlich pauschal CHF 100.00 (act. 8/2 S. 12 lit. n), was zusammen mit den von der Vorinstanz eingesetzten Kosten des öffentlichen Verkehrs von CHF 40.00 monatliche Mobilitätskosten von CHF 290.00 ergibt.

Zur Begründung macht der Kläger geltend, das Auto sei in gewissen Situation notwendig, um berufliche Termine auswärts, Gespräche in Winterthur mit der Beiständin und C.____s Transport zu Kinderarztterminen und ihrer KJPD-Abklärung möglich zu machen. Die Alternative dazu wäre ein tieferes Arbeitspensum. Er verweist auf die Feststellung im angefochtenen Entscheid, dass er mit einem Pensum von 65% einer höheren Erwerbstätigkeit nachgehe, als er aufgrund seiner Betreuungspflichten gehalten wäre (vgl. act. 4 S. 11 f.). Das sei nur möglich, wenn er in gewissen Situationen das Auto nehmen könne (act. 8/2 S. 9 ff.).

Es ist glaubhaft, dass der Kläger ein Auto benötigt, um die mit seiner Teilzeiterwerbstätigkeit und der Betreuung eines Kindes im Kindergartenalter verbundenen Termine unter einen Hut zu bringen. Die von ihm geltend gemachten monatlichen Kosten für einen Abstellplatz von CHF 150.00 sind daher in seinen Bedarf einzusetzen. Das ist umso mehr gerechtfertigt, als die von ihm für den öffentlichen Verkehr eingesetzten Kosten wegen einer berufsbedingten Vergünstigung sehr tief sind.

Was die variablen Kosten betrifft, für die der Kläger eine Pauschale von CHF 100.00 einsetzen will, so tut er hingegen nicht dar, weshalb der früher angerechnete Betrag von CHF 66.00, der von der Vorinstanz beibehalten wurde, nicht mehr ausreicht, so dass es dabei bleibt.

b) Die Beklagte macht für ein Auto den Maximalbetrag gemäss Kreisschreiben von CHF 600.00 monatlich geltend. Mit dem öffentlichen Verkehr würde der Arbeitsweg im besten Fall 1 ¼ Stunden in Anspruch nehmen, während sie im Auto bei normalem Verkehr ca. 35 bis 40 Minuten benötige (act. 20 S. 8 Rz 32 f.).

Diese Zeitersparnis vermag die damit verbundenen höheren Ausgaben nicht zu rechtfertigen. Die Beklagte ist daran zu erinnern, dass sie mit einem Pensum von 80% ihre Leistungsfähigkeit nicht voll ausschöpft. Das Besuchsrecht an einem Nachmittag unter der Woche nimmt nur 10% in Anspruch und ist ausserdem bis zum Schuleintritt befristet. Unter diesen Umständen muss die Beklagte einen längeren Arbeitsweg in Kauf nehmen und kann sich nur die Kosten des öffentlichen Verkehrs anrechnen lassen.

An ihrem neuen Arbeitsort benötigt die Beklagte ein Abonnement des ZVV für alle Zonen, was der Annahme der Vorinstanz entspricht, welche der Beklagten hypothetisch die Kosten eines Monatsabonnements von CHF 242.00 anrechnet (act. 4 S. 19 lit. f). Der Kläger weist auf die Ersparnis hin, die sich mit einem Jahresabonnement erzielen lässt, das nur CHF 2'226.00 bzw. monatlich CHF 185.00 kostet (act. 8/2 S. 16 lit. b).

Das ist grundsätzlich richtig. Da allerdings unklar ist, ob die angespannte Liquiditätssituation der Beklagten den Kauf eines Jahresabonnements erlaubt (vgl. act. 4 S. 19 lit. g), ist im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen der Betrag für ein Monatsabonnement einzusetzen.

7. Im Zusammenhang mit ihrer neuen Arbeitsstelle macht die Beklagte monatliche Kosten für auswärtige Verpflegung von CHF 120.00 geltend (act. 20 S. 8 Rz 33), was der Kläger anerkennt (act. 23 S. 8 Ziff. 17).

8. Mit ihrer Beschwerdeantwort vom 26. August 2019 macht die Beklagte neu geltend, dass ihre Krankenversicherungsprämie aktuell monatlich CHF 416.10 beträgt (act. 20 S. 8 Rz 31 m.H. auf act. 21/3). Da das Verfahren bis am 13. August 2019 sistiert war, geht der Einwand des Klägers fehl, dass dieses Novum seit Monaten bekannt und deshalb verspätet vorgebracht worden sei (act. 23 S. 7

Ziff. 15). Hinzu kommt, dass diese neue Behauptung gestützt auf Art. 296 Abs. 1 ZPO ohnehin zulässig ist (BGE 144 III 349). Es sind daher im Bedarf der Beklagten CHF 416.10 einzusetzen.

9. In seiner Entgegnung auf die Beschwerdeantwort der Beklagten macht der Kläger geltend, die Beklagte besuche ihre Therapie nicht mehr, seit das Obergericht im Urteil vom 6. August 2019 über das Besuchsrecht entschieden habe und sie nicht mehr zeigen müsse, dass sie etwas für die Verbesserung ihres Umgangs mit C._____ unternehme. Er fordert, die Therapiekosten seien aus ihrem Bedarf zu streichen (act. 23 S. 8 f. Ziff. 19).

Diese Darstellung wird von der Beklagten in Abrede gestellt, die es im Übrigen für widersprüchlich hält, wenn der Kläger vehement fordere, dass sie eine Therapie besuche, und ihr gleichzeitig den finanziellen Bedarf dafür streichen wolle (act. 27 S. 5 Rz 18).

Entgegen seiner eigenen Ansicht (act. 32 S. 2) ist der Kläger im Abänderungsverfahren für solche Veränderungen grundsätzlich behauptungs- und beweispflichtig ist. Er kann sich daher nicht pauschal auf Beweisnot berufen, sondern müsste zumindest angeben, wie er auf die Idee kommt, dass die Beklagte die Therapie abgebrochen habe, worauf es gegebenenfalls an der Beklagten wäre, die Fortsetzung der Therapie mit der Einreichung von geeigneten Belegen nachzuweisen.

Mit Blick darauf, dass der Kläger in der Vergangenheit grossen Wert darauf legte, dass die Beklagte professionelle Hilfe in Anspruch nimmt (vgl. dazu act. 4 S. 18 unten), erscheint es zumindest für den Moment noch nicht gerechtfertigt, der Beklagten diese Mittel nicht mehr zu gewähren bzw. sie mit diesen Ausgaben auf ihren Freibetrag zu verweisen.

10. Die Steuerbelastung des Klägers schätzte die Vorinstanz auf CHF 350.00 monatlich (act. 4 S. 15 lit. h). Das wurde von keiner Partei beanstandet. Dass der Kläger von anderen Zahlen ausgeht, ist darauf zurückzuführen, dass er mit höheren Unterhaltsbeiträgen rechnet (act. 8/2 S. 13 Ziff. 8). Da sich diese Vorstellun-

gen nicht realisieren, sondern gegenüber dem vorinstanzlichen Entscheid nur wenig ändert, ist die vorinstanzliche Steuerbelastung beim Kläger zu übernehmen.

Weil die Beklagte an ihrer neuen Stelle ein höheres Einkommen erzielt, sind ihr hingegen neu monatlich CHF 390.00 für die Steuern einzusetzen.

11. Der Bedarf des Klägers steigt demnach von CHF 3'416.00 (act. 4 S. 13) um CHF 150.00 (Garagenplatz) auf CHF 3'566.00.

Weil die Fremdbetreuungskosten von CHF 340 auf CHF 504 steigen, erhöht sich der Bedarf von C._____ von CHF 1'353 (vgl. act. 4 S. 15) auf CHF 1'517.

Nach verschiedenen Änderungen (Krankenkasse, auswärtige Verpflegung, Steuern) bleibt der Bedarf der Beklagten im Ergebnis praktisch gleich (alt CHF 3'726, neu CHF 3'723):

Grundbetrag	Fr.	1'200.–
Wohnkosten	Fr.	817.–
Versicherungskosten	Fr.	31.–
Telekommunikation	Fr.	137.–
Krankenkasse	Fr.	416.–
Gesundheit	Fr.	370.–
Mobilität	Fr.	242.–
Verpflegung	Fr.	120.–
Steuern	Fr.	390.–
Total	Fr.	3'723.–.

12. Die Vorinstanz wies zutreffend auf den Vorrang des Unterhaltsanspruchs des Kindes gegenüber anderen familienrechtlichen Ansprüchen hin (act. 4 S. 29 f. E. 6.1). Der Unterhalt des Kindes wird durch Pflege, Erziehung und Geldzahlung geleistet (Art. 276 Abs. 2 ZGB). Dabei hat der Elternteil, der das Kind nicht oder nicht wesentlich betreut, grundsätzlich für dessen Barunterhalt aufzukommen, während der andere Elternteil, der das Kind betreut, gleichwertig seinen Unterhaltsbeitrag in natura, also durch Pflege und Erziehung bzw. Betreuung erbringt (BGer 5A_727/2018 vom 22. August 2019, E. 4.3.2.1).

C._____ wird im Wesentlichen vom Kläger betreut. Ein Kontakt von ein paar Stunden an einem Nachmittag ohne Hauptmahlzeit oder Übernachtung ist keine wesentliche Betreuung und bleibt daher unberücksichtigt. Ausserdem wird dieser Betreuungsanteil kompensiert durch den reduzierten Umfang der Kontakte an den Wochenenden, die weiterhin nicht hälftig aufgeteilt werden, so dass auch deshalb keine Anrechnung erfolgt

Nach Abzug der Familienzulagen von CHF 386.00 verbleibt ein offener Barbedarf des Kindes von CHF 1'131.00, den die Beklagte mit ihrer Leistungsfähigkeit von CHF 1'860.00 (CHF 5'583 ./ CHF 3'723) ohne Weiteres zu decken vermag. Da der Kläger seinen Bedarf mit seinem Einkommen zu decken vermag, ist kein Betreuungsunterhalt geschuldet.

Aus der Gegenüberstellung der Gesamteinkünfte der Parteien in Höhe von CHF 10'800 (CHF 4'831 + CHF 386 + CHF 5'583) mit ihrem Bedarf in Höhe von CHF 8'806 (CHF 3'566 + CHF 1'517 + CHF 3'723) resultiert ein Überschuss von rund CHF 2'000. Wird dieser im Sinne einer Kontrollrechnung im Verhältnis 40:40:20 auf die Parteien und C._____ aufgeteilt, resultiert für jede Partei ein Anteil von rund CHF 800 und für C._____ ein solcher von rund CHF 400.

Deckt die Beklagte den gesamten nach Abzug der Kinderzulagen offenen Barbedarf von CHF 1'131, verbleibt ihr von ihrem Überschuss ein Anteil von CHF 729, was etwas weniger ist als der ihr bei einer Verteilung im Verhältnis 40:40:20 zustehende Anteil, während der Kläger einen entsprechend grösseren Anteil erhält. Mit Blick darauf, dass der Kläger mit seinem 65%-Pensum mehr leistet als er eigentlich müsste, wie die Vorinstanz festhielt (act. 4 S. 11 f. E. 5.2), ist diese Abweichung gerechtfertigt. Indirekt wird damit auch seiner vorübergehenden Einkommensreduktion (vgl. oben 2) Rechnung getragen.

Die Beklagte ist demnach ab 1. Februar 2019 zu verpflichten, dem Kläger für C._____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von CHF 1'131.00 zuzüglich Kinderzulagen zu bezahlen.

IV.

1. Die Beklagte obsiegt mit ihrem Standpunkt im Grundsatz. Trotzdem wird der vorinstanzliche Entscheid zugunsten des Klägers abgeändert, auch wenn der Kläger mit seinen Anträgen überwiegend unterliegt.

Bei diesem Ergebnis sind die Kosten den Parteien je hälftig zu auferlegen, wobei sie zufolge der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen sind. Die Parteientschädigungen sind wettzuschlagen.

2. "Zwecks Festsetzung einer Parteientschädigung" reichte der unentgeltliche Rechtsbeistand des Klägers mit Eingabe vom 12. September 2019 eine Honorarnote über 37.75 Stunden à CHF 300.00 und Barauslagen von 3%, entsprechend einem Totalbetrag von CHF 12'562.95 ein. Falls er keine Parteientschädigung erhalte, seien seine Aufwendungen über die unentgeltliche Rechtsvertretung zu vergüten und der Stundentarif zu reduzieren (act. 23 S. 9 Ziff. 20 m.H. auf act. 24/72). Mit seiner letzten Stellungnahme vom 4. Oktober 2019 machte er geltend, seit dieser Abrechnung sei ein weiterer Aufwand von 1,4 Stunden entstanden (act. 32 S. 2).

3. Der Streit um Unterhaltsbeiträge ist vermögensrechtlicher Natur. Die Beklagte möchte zurück zum Entscheid vom 2. Mai 2017, nach dem sie monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von CHF 450.00 bezahlte. Der Kläger verlangt mit der Berufung, die Beklagte sei zu verpflichten, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von CHF 1'620.00 und persönliche Unterhaltsbeiträge von CHF 560.00 zu bezahlen.

Die monatliche Differenz zwischen diesen Anträgen beträgt CHF 1'730.00. Da die Anträge des Klägers rückwirkend gestellt werden, ist im Sinne einer Schätzung das dreifache Jahresbetreffnis als Streitwert anzunehmen, also CHF 62'280.00 (vgl. Diggelmann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 92 N 7 Fn 9).

4. Sowohl die Gerichtsgebühr als auch die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsvertreters sind aufgrund des Streitwerts festzusetzen. Weil es sich um einen Streit über wiederkehrende Nutzungen handelt und weil das Summarverfahren anwendbar ist, erfolgt jeweils eine Reduktion. Dass es sich um ein Rechtsmit-

telverfahren handelt, wird wegen der Benutzung des Novenrechts hingegen nicht berücksichtigt (Art. 13 Abs. 3 AnwGebV).

Ausgehend vom Streitwert und gestützt auf diese Bestimmungen sind die Entscheidunggebühr auf CHF 3'500.00 und die Entschädigung des klägerischen Vertreters auf CHF 7'000.00 bzw. einschliesslich Mehrwertsteuer gerundet auf CHF 7'540.00 festzusetzen.

5. Die Entschädigung des unentgeltlichen Vertreters der Beklagten wird festgesetzt, sobald er dem Gericht eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorlegt, mit der ein Antrag zur Höhe der beanspruchten Vergütung verbunden werden kann (§ 23 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Berufungen des Klägers und der Beklagten wird die Dispositiv-Ziffer 2 der Verfügung des Bezirksgerichtes Winterthur vom 6. August 2018 aufgehoben und wie folgt neu formuliert:

In Abänderung des Entscheids des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 2. Mai 2017 (Gesch.-Nr. EE170002-K) wird die Beklagte verpflichtet, mit Wirkung ab dem 1. Februar 2019 für die weitere Dauer des Scheidungsverfahrens für das Kind C._____, geb. tt.mm.2013, Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'131.– zzgl. allfälliger vertragliche und/oder gesetzliche Kinderzulagen pro Monat zu bezahlen. Ein Betreuungsunterhalt für das Kind ist nicht geschuldet.

Die Unterhaltsbeiträge und die Familienzulagen für das Kind sind monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats an den Kläger zu bezahlen.

Im Übrigen (Mehrbetrag Kindesunterhalt / Ehegattenunterhalt / ausserordentliche Kinderauslagen) werden die vorsorglichen Massnahmebegehren des Klägers abgewiesen.

Im Übrigen werden die Berufungen des Klägers und der Beklagten abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3500— festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, aber zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht der Parteien bleibt vorbehalten.

3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Rechtsanwalt Dr. Y. _____ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als unentgeltlicher Rechtsbeistand des Klägers mit CHF 7'540.00 (einschliesslich Mehrwertsteuer 7,7 %) entschädigt.

Die Nachzahlungspflicht des Klägers bleibt vorbehalten.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kläger unter Beilage eines Doppels von act. 36, act. 40 und act. 41/1–2 sowie an das Bezirksgericht Winterthur, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 62'280.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: