

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY210002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Präsidentin, Oberrichterin
Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiber MLaw D. Tschanz

Beschluss und Urteil vom 8. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwältin X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____,

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. November 2020 (FE200006-E)

Rechtsbegehren:

A. Des Klägers:

vom 3. August 2020 (Urk. 6/39 S. 2):

"Ziff. 6 des Eheschutzurteils vom 22. August 2018 [des Bezirksgerichts Hinwil], EE180044-E, wonach der Kläger verpflichtet wird, während der Dauer der Trennung einen Unterhaltsbeitrag für die Beklagte persönlich, ab Geburt des zweiten Sohnes des Klägers, in Höhe von Fr. 3'500.00 monatlich zu bezahlen, sei im Wege einer vorsorglichen Massnahme – während der Dauer des Scheidungsverfahrens – abzuändern wie folgt:

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten persönlich ab 1. September 2020, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von maximal Fr. 1'680.00 zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den 1. eines jeden Monats im Voraus."

vom 11. November 2020 (ergänzt und modifiziert; Urk. 6/50 S. 1):

1. "Ziff. 6 des Eheschutzurteils vom 22. August 2018 des Bezirksgerichts Hinwil, EE180044-E, wonach der Kläger verpflichtet wird, während der Dauer der Trennung einen Unterhaltsbeitrag für die Beklagte persönlich, ab der Geburt des zweiten Sohnes des Klägers, in Höhe von Fr. 3'500.00 monatlich zu bezahlen, sei im Wege einer vorsorglichen Massnahme – während der Dauer des Scheidungsverfahrens – abzuändern wie folgt:

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten persönlich ab 1. September 2020, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von maximal Fr. 1'500.00 zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den 1. eines jeden Monats im Voraus."

2. "Der Kläger sei zu berechtigen, einen bereits zu viel gezahlten Unterhaltsbeitrag in Höhe von Fr. 5'030.00 auf die zukünftige Unterhaltszahlung anzurechnen."

3. "Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolgen."

B. Der Beklagten (Urk. 6/52 S. 1):

"1. Es sei [...] das Gesuch um Erlass von vorsorglichen Massnahmen vollumfänglich abzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zulasten des Gesuchstellers."

Widerklage:

"Es sei der Kanton Zürich, Finanzdirektion, Personalamt, anzuweisen, den Unterhaltbeitrag für die Widerklägerin und C. _____ im Betrag von Fr. 4'750.– der Widerklägerin direkt auf das Privatkonto bei der Züricher Kantonalbank, Postfach, 8010 Zürich, IBAN-Nr. 1 zu überweisen."

**Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil, Einzelgericht,
vom 11. November 2020:**

(Urk. 6/60 S. 15 = Urk. 2 S. 15)

1. Die Anträge des Klägers werden abgewiesen.
2. Der widerklageweise gestellte Antrag der Beklagten wird abgewiesen.
3. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen wird im Endentscheid befunden.
4. [Schriftliche Mitteilung]
5. [Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage]

Berufungsanträge:

A. Des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 1 S. 2):

- "1. Die Verfügung des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. November 2020/FE200006-E, sei in Ziff. 1 aufzuheben.
2. Ziff. 6 des Eheschutzurteils des Bezirksgericht[s] Hinwil vom 22. August 2018, EE180044-E, wonach der Kläger verpflichtet wird, während der Dauer der Trennung einen Unterhaltsbeitrag für die Beklagte persönlich, ab Geburt des zweiten Sohnes des Klägers, in Höhe von Fr. 3'500.00 monatlich zu bezahlen, sei im Wege einer vorsorglichen Massnahme – während der Dauer des Scheidungsverfahrens – abzuändern wie folgt:

Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten persönlich ab 1. September 2020, einen monatlichen Unterhaltsbeitrag in Höhe von maximal Fr. 1'726.00 (bei einem anzurechnenden Einkommen der Berufungsbeklagten von Fr. 4'000.00 netto monatlich) bzw. Fr. 2'226.60 (bei einem anzurechnenden Einkommen der Berufungsbeklagten von Fr. 3'000.00 netto monatlich) zu bezahlen, zahlbar jeweils auf den 1. eines jeden Monats im Voraus.
3. Der Kläger sei zu berechtigen, einen bereits zu viel gezahlten Unterhaltsbeitrag in Höhe von Fr. 5'030.00 (per November 2020) auf die zukünftige Unterhaltszahlungen anzurechnen.

4. Alles unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer)."

Prozessualer Antrag:

"Des Weiteren sei dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und es sei ihm die Unterzeichnende als Rechtsbeiständin beizuordnen. Im Hinblick auf das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sei von der Erhebung eines Gerichtskostenvorschusses für das Berufungsverfahren abzusehen."

B. Der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 11 S. 2):

- "1. Es sei die Berufung abzuweisen, soweit überhaupt darauf einzutreten ist.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MwSt.) zu lasten des Berufungsklägers."

Erwägungen:

I. Verfahrensgang

1. Eheschutz- und erstinstanzliches Massnahmenverfahren

1.1. Die Parteien sind seit dem tt. Juni 1997 verheiratet und Eltern der beiden D._____, geboren am tt. Dezember 1998, und C._____, geboren am tt. Oktober 2003 (Urk. 6/2 S. 4). Am 23. Mai 2018 machte die Beklagte und Berufungsbeklagte (damals Gesuchstellerin, fortan Beklagte) am Bezirksgericht Hinwil, Einzelgericht im summarischen Verfahren, ein Eheschutzverfahren anhängig (Urk. 6/6/1, Geschäfts-Nr. EE180044-E). Mit Urteil vom 22. August 2018 nahm das Eheschutzgericht vom Getrenntleben der Parteien Vormerk. Weiter wurde der Kläger und Berufungskläger (damals Gesuchsgegner, fortan Kläger) gestützt auf die genehmigte Vereinbarung der Parteien zu monatlichen Unterhaltszahlungen an den Sohn C._____ von Fr. 1'000.– (Barunterhalt; exkl. Zulagen) und die volljährige Tochter D._____ von Fr. 1'200.– (Barunterhalt; exkl. Zulagen) verpflichtet (Urk. 6/6/19 Dispositiv-Ziffern 1.4 und 1.5). Zugleich wurde die Unterhaltspflicht des Beklagten auf monatlich Fr. 3'950.–, ab Geburt seines mit der neuen Partnerin E._____ (fortan Partnerin) gezeugten zweiten Sohnes F._____ (fortan F._____), geboren am tt.mm.2018 (vgl. Urk. 6/1 S. 3), auf Fr. 3'500.–, festgesetzt (Dispositiv-Ziffer 1.6). Der Eheschutzentscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft (vgl. Urk. 6/6/20).

1.2. Am 13. Januar 2020 machte der Kläger vor der Vorinstanz die Scheidungsklage anhängig (Urk. 6/1). Anlässlich der Einigungsverhandlung vom 25. Mai 2020 einigten sich die Parteien auf eine Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft (Vi-Prot. S. 7). Eine weitergehende Einigung kam nicht zustande, weshalb mit Verfügungen vom 31. Juli (Urk. 6/38) bzw. 21. Oktober 2020 (Urk. 6/48) der Schriftenwechsel angeordnet wurde.

1.3. Im Verlaufe des Schriftenwechsels ging am 4. August 2020 vor der Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit den vorstehend aufgeführten Anträgen ein (Urk. 6/39). Die Verhandlung darüber wur-

de am 11. November 2020 durchgeführt (Vi-Prot. S. 14 ff.). Gleichtags erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Massnahmenentscheid (Urk. 6/60 S. 15 = Urk. 2 S. 15).

2. Berufungsverfahren

2.1. Gegen den Massnahmenentscheid erhob der Kläger mit Eingabe vom 13. Januar 2021 rechtzeitig (vgl. Urk. 6/61) Berufung mit den vorne zitierten Berufungsanträgen (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 26. Februar 2021 wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt (Urk. 8). Die Berufungsantwort datiert vom 8. März 2021 (Urk. 11) und wurde dem Kläger mit Verfügung vom 30. März 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 15).

2.2. Mit Eingabe vom 15. April 2021 nahm der Kläger unaufgefordert Stellung zur Berufungsantwort (Urk. 16). Vorliegend handelt es sich um ein summarisches Verfahren, in dem jeder Partei grundsätzlich nur ein Parteivortrag zusteht (vgl. Art. 253 ZPO). Dennoch führt das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (fortan BV [SR 101]) fliessende sogenannte "ewige Replikrecht" dazu, dass eine Partei sich auch nach ihrem letzten ihr nach Gesetz zustehenden Parteivortrag noch äussern darf.

Da – wie zu zeigen sein wird – die Ausführungen in der vorgenannten "Replik" Wiederholungen der Argumentation in den früheren Rechtsschriften enthält bzw. nicht entscheidwesentlich sind, erübrigen sich Weiterungen und das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif (betreffend rechtliches Gehör siehe unten E. III.4.2).

2.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 6/1–69).

II. Prozessuales und Sachverhalt

1. Prozessuale Vorbemerkungen

1.1. Die Berufung hemmt die Rechtskraft des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 des vorinstanzlichen Entscheids blieben unangefochten. In diesem Umfang ist der vorinstanzliche Entscheid in Rechtskraft erwachsen (vgl. Urk. 6/6/20). Dies ist vorzumerken.

1.2. Mit der Berufung können unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 Abs. 1 ZPO) ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Fehler leidet (BGE 142 I 93 E. 8.2; BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der Berufungsschrift in rechtsgenügender Weise erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4). Soweit eine Beanstandung vorgetragen wird, wendet die Berufungsinstanz das Recht von Amtes wegen an (Art. 57 ZPO); sie ist weder an die Argumente der Parteien noch an die Begründung der Vorinstanz gebunden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1).

1.3. Vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren – wie sie vorliegend im Streit liegen – sind im summarischen Verfahren zu erlassen; die rechtserheblichen Tatsachen sind bloss glaubhaft zu machen (Art. 276 Abs. 1 i.V.m. Art. 271 ZPO). Das Gericht darf weder blosse Behauptungen genügen lassen noch einen stichhaltigen Beweis verlangen.

Im Unterschied zu anderen summarischen Verfahren gilt gemäss Art. 272 ZPO für rein vermögensrechtliche Ansprüche unter Ehegatten der Untersuchungsgrundsatz. Bei Art. 272 ZPO handelt es sich um die eingeschränkte Untersuchungsmaxime, da der Sachverhalt von Amtes wegen *festzustellen* (nicht aber wie hinsichtlich der Kinderbelange *zu erforschen*) ist. Die Tragweite des Untersuchungsgrundsatzes gemäss Art. 272 ZPO ist auch durch die Geltung des Dispositionsgrundsatzes beschränkt. Demgemäss wird der Verfahrensgegenstand von den Parteien bestimmt. In diesem Rahmen muss das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellen; darüber hinaus ist es weder verpflichtet noch berechtigt, den Sachverhalt abzuklären.

2. Neue Tatsachen und Beweismittel

Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, d.h. wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b). Dabei hat, wer sich auf Noven beruft, deren Zulässigkeit darzutun (vgl. BGer 5A_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1; BGer 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015, E. 3.2.2). Art. 317 Abs. 1 ZPO ist auch in Verfahren, die – wie vorliegend – der eingeschränkten Untersuchungsmaxime unterstehen, zu beachten (BGE 138 III 625 E. 2.2; BGE 142 III 413 E. 2.2.2).

III.

Materielle Beurteilung

1. Rechtliches

1.1. Eheschutzmassnahmen sind von ihrem Zweck her nicht auf Dauer angelegt, sondern haben grundsätzlich nur Bestand, bis die Ehe aufgelöst wird. Zwar kann das Gericht bei gleichbleibenden Umständen nicht ohne weiteres auf sie zurückkommen, doch rechtfertigt sich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die Vornahme einer Anpassung. Wird ein Scheidungsbegehren oder eine Scheidungsklage eingereicht, bleiben die Massnahmen des Eheschutzgerichtes solan-

ge bestehen, bis das Scheidungsgericht die Massnahmen ändert oder allenfalls aufhebt (BGE 138 III 646 E. 3.3.2; BSK ZGB-Isenring/Kessler, Art. 179 N 1).

1.2. Bei der Abänderung von Eheschutzmassnahmen im Sinne vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 und 2 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB). Gemäss dem damit zur Anwendung gelangenden Art. 179 Abs. 1 ZGB passt das Gericht auf Begehren eines Ehegatten die Massnahmen an, wenn sich die Verhältnisse ändern. Die Bestimmungen über die Änderung der Verhältnisse bei Scheidung gelten dabei sinngemäss. Voraussetzung ist also eine *wesentliche* und *dauerhafte* Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der Anordnung der Massnahme (BGer 5A_1018/2015 vom 8. Juli 2016, E. 4; BGer 5A_101/2013 vom 25. Juli 2013, E. 3.1; BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Art. 179 N 3).

1.3. Unbedeutende oder bloss vorübergehende Schwankungen der Leistungsfähigkeit oder des Bedarfs vermögen eine Abänderung nicht zu rechtfertigen. Entsprechend führt nicht jede Änderung einzelner Parameter der Unterhaltsberechnung zu einer Abänderung des festgesetzten Anspruchs. Vielmehr muss eine gewisse Erheblichkeit – hinsichtlich der Dauer und/oder des Umfangs der Veränderung – vorliegen. Was erheblich ist, lässt sich nicht generell in Zahlen ausdrücken. In engen finanziellen Verhältnissen kann jedoch bereits eine Veränderung im Bereich von 10–15 % als ausreichend qualifiziert werden (BSK ZGB I-Gloor/Spycher, Art. 129 N 7a). In den (summarischen) Eheschutz- und Massnahmenverfahren sind die Anforderungen bezüglich Dauer und Umfang der Veränderung wegen des provisorischen Charakters der festgesetzten Unterhaltspflicht grundsätzlich tiefer als im (ordentlichen) Abänderungsverfahren betreffend die naheheliche Unterhaltspflicht (Spycher/Hausheer, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz 09.11 und Rz 09.95). Passiven oder anderweitig erhöhte Aktiven können den Verlust kompensieren (vgl. BSK ZGB I-Isenring/Kessler, Art. 179 N 3).

1.4. Soll eine Eheschutzvereinbarung abgeändert werden, ist zusätzlich zu beachten, dass dies nur eingeschränkt möglich ist. So kann eine Anpassung nur verlangt werden, wenn die erheblichen Änderungen Teile des Sachverhalts be-

treffen, welche im Zeitpunkt der Vereinbarung als feststehend angesehen wurden. Tatsachen, welche vergleichsweise definiert worden sind, um eine ungewisse Sachlage zu bewältigen (*caput controversum*), können hingegen grundsätzlich nicht abgeändert werden, zumal hier eine Referenzgrösse fehlt, an welcher die Erheblichkeit einer allfälligen Veränderung gemessen werden könnte (BGE 142 III 518 E. 2.6.1).

1.5. Eine Abänderung ist ausserdem dann ausgeschlossen, wenn die Sachlage durch eigenmächtiges, widerrechtliches oder missbräuchliches Verhalten der die Abänderung verlangenden Partei herbeigeführt worden ist (BGer 5A_701/ 2012 vom 18. Februar 2013, E. 2.2 mit Verweis auf BGer 5P.473/2006 vom 19. Dezember 2006, E. 3). Nur eine Veränderung, welche der Unterhaltsverpflichtete nicht freiwillig bzw. selbstverschuldet herbeigeführt hat, berechtigt zur Abänderung einer Eheschutzmassnahme, da ihm andernfalls zuzumuten ist, die Reduktion des Einkommens selber zu tragen. Er kann sie nicht auf den Unterhaltsberechtigten abwälzen (Spycher/Hausheer, a.a.O., N 09.131; BSK ZGB-Issenring/Kessler, Art. 179 N 3).

2. Abänderungsgründe

2.1. Abänderungsobjekt bildet das Urteil des Bezirksgerichts Uster vom 20. August 2018 (Urk. 6/6/19). Die Parteien schlossen im Rahmen des Eheschutzverfahrens einen Vergleich, in welchem sich der Kläger verpflichtete, der Beklagten für die Dauer des Getrenntlebens monatliche Ehegattenunterhaltsbeiträge wie folgt zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 1.6):

"Der Gesuchsgegner ist verpflichtet, der Gesuchstellerin persönlich rückwirkend ab 1. April 2018 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'950.– zu bezahlen, zahlbar inskünftig je monatlich im Voraus.

Die Unterhaltsbeiträge reduzieren sich mit Wirkung auf den Monat nach der zu erwartenden Geburt des zweiten Sohns des Gesuchsgegners auf Fr. 3'500.–."

Die Unterhaltspflicht gründet auf einem monatlichen Nettoerwerbseinkommen des Klägers von Fr. 9'600.– und der Beklagten von Fr. 0.– (Dispositiv-Ziffer 1.8).

2.2. Einkommensreduktion als Abänderungsgrund

2.2.1. Der Kläger begründete vor der Vorinstanz sein Abänderungsbegehren mit einer wesentlichen Verminderung seines Einkommens, da er sein Arbeitspensum von 100 % auf insgesamt 80 % habe reduzieren müssen. Er ist als Lehrperson in der Schulgemeinde G._____ für die ... [Stufe] P._____ tätig (vgl. Urk. 6/40/1; fortan Arbeitgeber). Sein aktuelles Einkommen setzte sich wie folgt zusammen: Mit Teilkündigung vom 29. März 2020 habe er sein Arbeitspensum von 100 % auf 78 % reduziert (vgl. Urk. 6/40/1). Hinzu komme ein 2 %-Pensum als Medienpädagoge (vgl. Urk. 6/47/25). Damit erhalte er ein reduziertes monatliches Nettoeinkommen von Fr. 7'698.– (inkl. 13. Monatslohn und Verpflegungszuschlag und abzüglich Kinder- und Ausbildungszulagen von total Fr. 700.– [Fr. 200.– für F._____; je Fr. 250.– für C._____ und D._____]; vgl. Urk. 6/47/24). Die Beklagte geht in ihrer Berufungsantwort ohne nähere Begründung von einem Nettoeinkommen des Klägers von Fr. 7'860.– aus (vgl. Urk. 11 Ziff. 2.3 S. 7). Da sich die vom Kläger in seinem vorinstanzlichen Plädoyer angestellte Berechnung als stimmig erweist (vgl. Urk. 6/50 S. 2), ist nachfolgend von einer Einkommensreduktion von Fr. 1'702.– (= Fr. 9'600.– ./ Fr. 7'698.–) auszugehen.

Hintergrund der Reduktion sei gemäss dem Kläger, dass er seine Unterrichtsstunden seit dem Schuljahr 2020/2021 nicht mehr wie bisher auf Montag bis Donnerstag legen und die am unterrichtsfreien Freitag ausgefallenen Arbeitsstunden an den Abenden und Wochenenden mit IT-Support kompensieren könne. Die neue Schulregelung verlange nun von allen Lehrpersonen mit 100 %-Pensum, dass diese sich an jedem Wochentag zur Verfügung hielten. Folglich habe er die persönliche Betreuung von F._____ freitags nur durch die Teilkündigung seines Arbeitspensums und damit einhergehender Lohneinbusse aufrechterhalten können, denn seine Partnerin arbeite am Freitag. Ansonsten hätten sie den zweijährigen F._____ gegen ihren Willen fremdbetreuen lassen müssen (Urk. 6/39 S. 3 f.).

2.2.2. Die Vorinstanz hielt zusammengefasst fest, dass der Kläger die Reduktion seines Pensums und die damit einhergehende Lohneinbusse hätte vermeiden können. Sie ging davon aus, dass er nur einen schulfreien *Freitagvormittag* benötige, um F._____ zu betreuen, dies sei auch nicht zwingend der *Freitagvormittag*.

Ohnehin sei kein Grund ersichtlich, weshalb der zweijährige F._____ nicht von einer anderen Person – allenfalls gegen Bezahlung – betreut werden könne. Da die Unterhaltsbeiträge an seine volljährige Tochter D._____ von monatlich Fr. 1'200.– weggefallen seien, wäre eine halbtägige Fremdbetreuung auch ohne weiteres finanzierbar und sogar kostengünstiger als die vom Kläger in Kauf genommene Lohneinbusse. Wolle der Kläger eine Fremdbetreuung von F._____ unbedingt vermeiden, wäre es in finanzieller Hinsicht günstiger gewesen, seine Partnerin würde an seiner Stelle F._____ betreuen. Wie sich der Kläger und seine Partnerin organisierten, sei diesen überlassen, jedenfalls könne sich der Kläger aber nicht jede Lohneinbusse leisten. Insgesamt habe der Kläger nicht dargetan, dass ihm die Aufrechterhaltung seiner Leistungsfähigkeit weder möglich noch zumutbar und die mit der Reduktion einhergehende Lohneinbusse auch vermeidbar gewesen sei. Damit liege kein Abänderungsgrund im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB vor (Urk. 2 E. 3.2.1).

2.2.3. Gerügt wird vom Kläger zunächst, dass es rechtlich nicht haltbar sei, wenn die Vorinstanz die teilweise Fremdbetreuung des zweijährigen F._____ für einen gangbaren Weg halte. Seit dessen Geburt habe er F._____ unbestrittenermassen jeweils am Freitag persönlich betreut, damals noch als Vollzeitangestellter. Zwar habe das Bundesgericht die "10/16-Regel" in seinem Entscheid BGE 144 III 481 vom 21. September 2018 (fortan Leitentscheid) aufgehoben und die Fremd- mit der Eigenbetreuung gleichgesetzt, dies könne jedoch nicht für ein Kleinkind von zwei Jahren gelten. Bis zum Eintritt in den Kindergarten sei auch nach aktueller Rechtsprechung ("Schulstufenmodell"; vgl. BGE 144 III 481) die Eigen- der Fremdbetreuung vorzuziehen und er bzw. F._____ verfüge über einen Anspruch auf persönliche Betreuung (Urk. 1 S. 7 f.).

Weiter beschwert sich der Kläger, dass der vorinstanzliche Entscheid seine verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte auf Achtung des Familienlebens (Art. 13 BV) und seine persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) verletze. Er stört sich insbesondere an der vorinstanzlichen Anmerkung, wonach er sich nicht jede Lohneinbusse leisten könne, um seinen Sohn zu betreuen (vgl. Urk. 2 E. 3.2.1 S. 11). Durch den vorinstanzlichen Entscheid werde seine Gestaltungsfreiheit im

Zusammenleben mit seiner Partnerin verletzt, ihm eine bestimmte Form des Zusammenlebens aufgedrängt und die Verteilung von Erwerbs- und Familienarbeit festgelegt. Eine Verletzung liege insbesondere auch deshalb vor, weil der Unterhaltsanspruch minderjähriger Kinder dem Ehegattenanspruch vorgehe (Urk. 1 S. 8).

2.2.3.1. Gemäss dem Bundesgericht gibt es keinen absoluten Anspruch auf Eigenbetreuung (BGer 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018, E. 3.5). Nach revidiertem Kindesunterhaltsrecht sind die Fremdbetreuung und die persönliche Betreuung einander gleichgestellt; *keine Art der Betreuung soll Vorrang vor der anderen haben* (BGE 144 III 481 E. 4.6.3 und 4.7; BGer 5A_708/2017 vom 13. März 2018, E. 4.9; vgl. Botschaft vom 29. November 2013 zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Kindesunterhalt], BBl 2014 552 Ziff. 1.5.2). Bei Säuglingen und Kleinkindern kann die persönliche Betreuung für eine stabile Bindung an eine Betreuungsperson zur Ausprägung des "Urvertrauens" im ersten Lebensjahr zwar wichtig sein, jedoch ist für die weitere Entwicklung des Kindes primär die Qualität der in verschiedenen Formen möglichen Betreuung entscheidend (vgl. BGer 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018, E. 3.6). Die Behauptung des Klägers, wonach das Bundesgericht vor dem Eintritt in den Kindergarten generell die Eigen- der Fremdbetreuung vorziehe (vgl. Urk. 1 S. 8), findet in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung folglich keine Stütze.

Im vom Kläger zitierten Leitentscheid hat das Bundesgericht im Zuge der Anpassung der "10/16-Regel" an das revidierte Kinderunterhaltsrecht das "Schulstufenmodell" für anwendbar erklärt. Das "Schulstufenmodell" sieht vor, dass dem hauptbetreuenden Elternteil im Normalfall ab der obligatorischen Beschulung des jüngsten Kindes – diese erfolgt je nach Kanton mit dem Kindergarten- oder dem eigentlich Schuleintritt – eine Erwerbstätigkeit von 50 % zuzumuten ist. Als Ausgangspunkt für die Aufnahme der Erwerbstätigkeit dient die verbindliche Übernahme von Betreuungsaufgaben durch den Staat, wobei es sich hierbei angesichts der Gleichwertigkeit von Fremd- und Eigenbetreuung nicht um eine Kindeswohlüberlegung, sondern um einen objektiven Faktor handelt (BGE 144 III 481 E. 4.7.6).

2.2.3.2. Nach einlässlicher Auseinandersetzung mit der kinderpsychologischen Literatur kam das Bundesgericht in seinem Leitentscheid zum Schluss, dass in der Fachliteratur keine Einigkeit besteht, ob sich nach dem ersten Lebensjahr eine vollumfängliche persönliche Betreuung eines gesunden Kindes für dessen körperliche, geistige und soziale Entwicklung als unabdingbar erweist (E. 4.7.4 m.w.H.).

In Bezug auf die Gewährung von staatlichen Hilfeleistungen sehen die SKOS-Richtlinien zwar vor, dass von unterstützungsbedürftigen Personen eine Erwerbstätigkeit erwartet wird, sobald das Kind das erste Lebensjahr vollendet (SKOS-Richtlinien Ziff. C.6.4 Abs. 5, abrufbar unter <www.skos.ch>, "Aktuelle Richtlinien", "Web Portal" [abgerufen am 20. Mai 2021]). Eine generelle Richtlinie, dass nach Vollendung des ersten Lebensjahres die Erwerbstätigkeit wieder zuzumuten sei, hielt das Bundesgericht hingegen nicht für angemessen, denn die SKOS-Richtlinien seien auf den Fall zugeschnitten, dass verschiedene Unterhaltsansprüche zwischen Kindern aus verschiedenen Beziehungen in Konkurrenz stehen würden (E. 4.7.5).

2.2.3.3. Mit jeder altermässigen Richtlinie über die Zumutbarkeit zur Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit eines betreuenden Elternteils ist auch implizit eine Wertung ausgesprochen, *ab wann das Kindeswohl eine persönliche Betreuung nicht mehr zwingend gebietet* (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.6.2). Folglich gelten die massgeblichen höchstrichterlichen Überlegungen (vgl. BGE 144 III 481; BGer 5A_98/2016 vom 25. Juni 2018) im Rahmen der Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit bei Kinderunterhaltsverpflichtungen (und damit *e contrario* einer allfälligen Fremdbetreuung der Kinder) *mutatis mutandis* auch in der vorliegenden Konstellation (innerfamiliäre Betreuungsorganisation). Da bei F._____ weder Anhaltspunkte für gesundheitliche Defizite bestehen, noch solche geltend gemacht wurden, besteht kein Anlass von diesen für den Normalfall skizzierten Leitlinien abzuweichen.

2.2.3.4. Dem behaupteten Anspruch des Klägers bzw. von F._____ auf persönliche Betreuung, steht die Verpflichtung zu Unterhaltszahlungen an die Beklagte in der Höhe von monatlich Fr. 3'500.– gegenüber. Bei Einreichung des Abänderungsgesuches war das zweite Lebensjahr von F._____ bereits weit fortgeschrit-

ten; mittlerweile wird F._____ im Herbst seinen dritten Geburtstag feiern. Das Kontinuitätsprinzip (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.5), welches im Sinne des Kindeswohls im Trennungsfall das elternautonom festgelegte Betreuungskonzept für eine gewisse Zeit aufrechterhält, ist vorliegend nicht massgebend. Gegenstand ist nicht eine erheblich veränderte Betreuungsstruktur (z.B. durch Obhutsumteilung), sondern die Frage, ob F._____ allenfalls aufgrund der neuen Schulregelung in geringfügigen Umfang nicht vom Kläger persönlich betreut werden kann – in der übrigen Zeit wird F._____ nach wie vor die Betreuung durch seine Eltern zuteil.

Da Fremd- und Eigenbetreuung gleichwertig sind, kann eine eheliche Unterhaltspflicht nicht mit dem Wunsch nach einer durchgehender persönlichen Betreuung von F._____ und darauf zurückgehender Einkommensreduktion (zumindest teilweise) ausser Kraft gesetzt werden kann. Der Kläger stellt auch die Existenz adäquater Drittbetreuungsstrukturen zu Recht nicht in Frage (vgl. BGE 144 III 481 E. 4.7). Das Bundesgericht stellt in seiner Rechtsprechung in Bezug auf unmündige Kinder hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft und erwartet, dass die Eltern ihre Arbeitskapazität maximal ausnutzen (BGer 5A_899/2019 vom 17. Juni 2020, E. 2.2.2). Es erhellt ohne weiteres, dass auch bei einer Unterhaltspflicht, die wie vorliegend "nur" ehelicher Natur ist, an den Kläger zumutbare Erwartungen für die Ausschöpfung seiner Leistungsfähigkeit gestellt werden können.

Dem Kläger war bereits anlässlich der Eheschutzverhandlung vom 22. August 2018 bewusst, dass die Geburt von F._____ neue Verpflichtungen – auch finanzieller Art – mit sich bringen wird. In diesem (Vor-)Wissen hat er sich mit den ehelichen Unterhaltszahlungen unter Reduktion im Umfang von Fr. 450.– pro Monat ab Geburt von F._____ einverstanden erklärt (vgl. Urk. 6/6/18). Auch macht der Kläger nicht geltend, dass ihm damals seitens seines Arbeitgebers im Vorfeld in irgendwelcher Form zugesichert worden sei, er könne sein 100 %-Pensum bis auf weiteres jeweils von Montag bis Donnerstag erfüllen. Im Rahmen zukünftiger Ungewissheiten haben sich die Parteien auf eine eheliche Unterhaltspflicht verständigt (*caput controversum*). Seine Rüge verfängt somit nicht (zu allfälligen Fremdbetreuungskosten unten E. 2.2.5).

2.2.3.5. Soweit der Kläger die Verletzung von Grundrechten rügt, ist ihm entgegenzuhalten, dass diese – mit hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen – nur Schutzwirkungen im Verhältnis zwischen Bürger und Staat entfalten und keine unmittelbare Drittwirkungen in der Beziehung zwischen Privatpersonen zeitigen. Immerhin sind die besonderen Anforderungen, welche sich aus den Grundrechten ergeben, auch bei der Auslegung von Vorschriften des Zivilrechts mitzubersichtigen (BGer 5A_899/2019 vom 17. Juni 2020, E. 3.2).

Die Unterhaltsverpflichtung des Klägers aufrecht zu erhalten, steht in keinerlei Wertungswiderspruch zu den verfassungsmässig garantierten Rechten des Klägers. Dem unterhaltspflichtigen Elternteil steht es nicht frei, nach Belieben ganz oder teilweise auf ein bei zumutbarer Anstrengung erzielbares Einkommen zu verzichten (vgl. BGer 5A_90/2017 vom 24. August 2017, E. 5.3.1). Die Vorinstanz auferlegte dem Kläger im Übrigen auch kein bestimmtes Betreuungs- oder Familienmodell, sondern liess ausdrücklich offen, wie sich der Kläger und seine Partnerin organisieren wollten (Urk. 2 E. 3.2.1 S. 11). Die Rüge erweist sich mithin als nicht begründet.

2.2.4. Der Kläger moniert sodann, dass die Vorinstanz von falschen Tatsachen ausgehe, wenn sie dafür hält, er benötige nur den *Freitagvormittag* zur Betreuung von F.____ (vgl. Urk. 2 E. 3.2.1 S. 11). Massgebend sei das seinem Abänderungsbegehren vom 3. August 2020 beigelegte Schreiben der Schulleitung vom 13. Mai 2020 (Urk. 6/40/2), wonach es ihm nunmehr nicht mehr möglich sei, bei einem Vollzeitpensum einen Tag frei zu nehmen und diesen an Abenden oder am Wochenende zu kompensieren. Zu 100 % angestellte Lehrkräfte hätten jeden Tag zur Verfügung zu stehen und für die Kinderbetreuung am Freitag sei eine Reduktion des Pensums auf mindestens 80 % zwingend notwendig.

Dass er anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung am 11. November 2020 ausgeführt habe, F.____ (nur) am *Freitagvormittag* zu betreuen (vgl. Vi-Prot. S. 29), beziehe sich auf die wegen Covid-19 verursachten Verwerfungen, welche auch die Fitnessbranche betroffen und für Veränderungen im Arbeitsplan seiner Partnerin gesorgt hätten. Nach Aufhebung der Einschränkungen benötige er wieder einen *ganzen* schulfreien Tag, um F.____ persönlich betreuen zu können, da

seine Partnerin F._____ dannzumal wieder einen ganzen (Schul-)Tag pro Woche *nicht* zu betreuen vermöge (Urk. 1 S. 7).

2.2.4.1. Welche Ansprüche der Kläger aus dieser Rüge ableiten will, ist nicht erkennbar. Soweit er damit zum Ausdruck bringen will, dass die neue Schulregelung und die Arbeitssituation seiner Partnerin ihnen verunmöglichen würden, F._____ durchgehend persönlich zu betreuen, kann auf das Ausgeführte hinsichtlich persönliche Betreuung verwiesen werden (vgl. oben E. 2.2.3). Insofern der Kläger damit rügen möchte, dass die Vorinstanz die Reduktion seines Pensums aufgrund der neuen Schulregelung für vermeidbar hielt, gilt was folgt:

Aus den Akten und den Vorbringen des Klägers ist ersichtlich, dass dieser und seine Partnerin sich in der persönlichen Betreuung von F._____ jeweils abwechseln und Wert darauf legen, dass F._____ nicht fremdbetreut werden muss. So seine Partnerin arbeitet, übernimmt der Kläger die Betreuung von F._____ und umgekehrt (vgl. Urk. 1 S. 5 f.). Ergänzend führte seine Partnerin aus, dass es auch keine Verwandten gebe, welche die Betreuung von F._____ übernehmen könnten (vgl. Urk. 6/51/9). Diese Tatsachen sind unbestritten. Soweit zumutbar haben die Parteien keinen Anspruch auf eine starre Betreuungssituation. Da sich Veränderungen in einem Arbeitsverhältnis auch auf das andere und die persönliche Betreuung von F._____ auswirken, sind die beiden Arbeitsverhältnisse gesamthaft zu betrachten.

Dem Schreiben des Schulleiters vom 13. Mai 2020 (Urk. 6/40/2; "[...] keinen Anspruch auf einen freien Tag [...]") ist lediglich zu entnehmen, dass bei Vollzeitpensum keine freien Ganztage garantiert werden könnten. Es fehlen jedoch objektive Anhaltspunkte, dass ihm auch nach der neuen Schulregelung im Vollzeitpensum nicht zumindest ein halber Tag pro Woche zur freien Verfügung stünde. So ist es dem Kläger im Rahmen seines jetzigen Pensums von 80 % über den freien Freitag hinaus erlaubt, auch den Dienstagvormittag frei zu nehmen (vgl. Vi-Prot. S. 29). Die Behauptung des Klägers, dass er einen ganzen schulfreien Tag benötige, ist damit nicht glaubhaft gemacht und der vorinstanzliche Entscheid in dieser Hinsicht nicht zu beanstanden.

2.2.4.2. Der Kläger vermag auch nicht rechtsgenügend aufzuzeigen, dass seine Partnerin in der Arbeitsgestaltung nicht flexibel genug wäre, um ihre Tage dem Pensum des Klägers anzupassen. Sie ist gemäss Bestätigungsschreiben ihres Arbeitgebers, der H._____ GmbH mit Sitz in I._____ (Identifikationsnummer [UID] ...) im Umfang von 30 % angestellt und bezieht ein monatliches Salär von Fr. 1'300.– (Urk. Urk. 6/51/8). Weiteres und insbesondere eine mangelnde Flexibilität lässt sich weder dem Bestätigungsschreiben noch den Akten entnehmen, womit sich der Einwand der fehlenden Flexibilität als nicht plausibilisierte Pauschalbehauptung erweist (vgl. Urk. 16 Ziff. 2.2). Hinzu kommt, dass der Kläger vor der Berufungsinstanz auch nicht mehr geltend macht, seine Partnerin müsse zwingend am Freitag arbeiten (vgl. Urk. 1 S. 7). Auch die tatsächlichen Entwicklungen der letzten Monate weisen in eine andere Richtung, namentlich, dass sehr wohl Anpassungen bei den Arbeitszeiten seiner Partnerin möglich waren (und sei dies vorliegend aufgrund von Covid-19).

Das reduzierte Beweismass der Glaubhaftmachung und die beschränkte Untersuchungsmaxime entbinden den Kläger nicht davon, seine Vorbringen rechtsgenügend darzulegen. Es wäre für den Kläger ein Leichtes gewesen, dem Gericht die Arbeitszeiten und eingeschränkte Flexibilität seiner Partnerin nachvollziehbar aufzuzeigen (z.B. Stundenblätter, Einsatzpläne, Lohnabrechnungen, Arbeitsvertrag etc.). Seine pauschalen Behauptungen sind nicht glaubhaft gemacht bzw. plausibilisiert worden. Es fehlt an objektiven Anknüpfungspunkten bzw. einer konkreten und nachvollziehbaren Darlegung, inwiefern sich die Arbeitszeiten seiner Partnerin mit den seinigen zwangsläufig überschneiden und ihnen beiden jeglicher Gestaltungsspielraum verwehrt ist, um F._____ auch ohne Reduzierung ihrer Arbeitspensum wie gewünscht durchgehend persönlich betreuen zu können.

Ohnehin legt der Kläger auch nicht rechtsgenügend dar, dass die Veränderungen der Verhältnisse seit dem Eheschutzentscheid *dauerhaft* sind, zumal er selbst zugesteht, dass die Arbeitszeiten seiner Partnerin sich wieder verändern werden (vgl. Urk. 1 S. 7). Davon ist aufgrund der vom Bundesrat beschlossenen Wiedereröffnung für Fitnessstudios vom 19. April 2021 (vgl. <

83106.html>; <www.H.____.ch> [je besucht am 20. Mai 2021]) in naher Zukunft auch auszugehen.

2.2.4.3. Damit kann auch offenbleiben, inwiefern die erneute, präzisierende Stellungnahme des Schulleiters vom 11. Januar 2021 (Urk. 4/2; "Ohne Reduktion [des Pensums] sind freie Halbtage nur zufällig möglich [...]") ein reines Gefälligkeitsschreiben darstellt und als unzulässiges Novum aus dem Recht zu weisen ist. Auch erübrigt es sich nach dem Ausgeführten, den Einwand der Beklagten zu behandeln, wonach der Kläger anlässlich der Verhandlung vom 11. November 2020 nicht behauptet habe, dass die Arbeitszeiten seiner Partnerin und die Betreuungszeiten nur *vorübergehend* angepasst worden seien, womit diese verspätete Behauptung nicht zu berücksichtigen sei (vgl. Urk. 1 S. 6; Urk. 11 Ziff. 2.1 S. 4 f.; Urk. 16 S. 4. f.).

2.2.5. Zusammengefasst besteht weder ein rechtlicher Anspruch auf durchgehende persönliche Betreuung von F.____ zu Lasten der ehelichen Unterhaltspflicht, noch macht der Kläger glaubhaft, dass er im Vollzeitpensum F.____ fremdbetreuen lassen müsste. Dennoch ist der guten Ordnung halber festzuhalten, dass auch im alleinigen Anfall von Fremdbetreuungskosten – entgegen der Auffassung des Klägers (Urk. 1 S. 8) – kein selbständiger Abänderungsgrund liegen würde; Fremdbetreuungskosten sind bisher keine angefallen.

Die Wohngemeinde des Klägers (I.____) stellt einen vom Amt für Jugend und Berufsberatung verfassten Ratgeber für Eltern mit kleinen Kindern zur Verfügung, mitsamt eine Liste der kantonal anerkannten Kindekrippen im Bezirk G.____ (S. 22 f.; abrufbar unter <www.I.____.ch>, "Lebenslagen", "Sozialdienste", "Kleinkinder Ratgeberbroschüre" [besucht am 20. Mai 2021]). Eine summarische Prüfung einiger der darin aufgelisteten (und noch existierenden) Kindertagesstätten in unmittelbarer Nähe vom Wohnort des Klägers, ergibt folgende Tarife (z.T. ohne Essenspauschale):

Krippe	Ort(e)	Tagessatz	Monatspauschale
Kinderkrippe J. _____	K. _____, L. _____, I. _____	Fr. 132.– ¹	k.A.
Kinderkrippe M. _____	G. _____	Fr. 106.– ²	k.A.
Kinderkrippe N. _____	O. _____	Fr. 110.– ³	k.A.

Ein Monat weist durchschnittlich (gerundet) 4.33 Wochen auf (= 52 [Wochen] : 12 [Monate]). Bei grosszügiger Berechnung mit einem *ganzen* Tagessatz am oberen Ende des Kostenspektrums (z.B. Kinderkrippe J. _____ inkl. Essenspauschale) und davon ausgehend, dass der Kläger sämtliche Kosten vollumfänglich selbst trägt (keine Beteiligung durch die Partnerin; Ausschluss staatlicher Unterstützungsleistungen oder Abzüge), ergäben sich monatliche Kosten von aufgerundet Fr. 572.– (= 4.33 x Fr. 132.–) für eine ganztägige Fremdbetreuung von F. _____.

Selbst auf das *reduzierte* Nettoeinkommen des Klägers abgestellt, würden diese Betreuungskosten einer Erhöhung von lediglich ca. 7.5 % bedeuten (= Prozentanteil Fr. 572.– am *reduzierten* monatlichen Nettosalär von Fr. 7'698; vgl. oben E. 2.2.1) und es läge damit keine wesentliche Änderung vor (vgl. oben E. 1.3). Zudem ist notorisch, dass Monatspauschalen günstiger als auf den Monat hochgerechnete Tagespauschalen ausfallen und sich die effektiven Betreuungskosten aufgrund der steuerlichen Abzugsfähigkeit von für ein Kind aufgewendeten Drittbetreuungskosten (vgl. § 31 lit. j des Steuergesetzes des Kanton Zürich vom 8. Juni 1997 [StG]) ohnehin noch reduzieren könnten. Das Vorbringen hält einer näheren Betrachtung somit nicht Stand.

¹ Gilt für Kinder ab 18 Monaten, vgl. <www.J._____.ch>, unter "Informationen", "Betreuungskosten" (besucht am 20. Mai 2021).

² Gilt für Kinder ab 18 Monaten [Maximaltarif], vgl. <www.M._____.ch>, unter "Reglemente", "Tarifabellen für" (besucht am 20. Mai 2021).

³ Gilt für auswärtige Kinder ab 19 Monaten, vgl. <www.....ch>, unter "Kinderkrippe", "Tarife" (besucht am 20. Mai 2021).

2.2.6. Weiter ist der Kläger der Auffassung, dass die vorinstanzliche Erwägung, wonach es in finanzieller Hinsicht sinnvoller gewesen wäre, dass bei bewusstem Verzicht auf eine Fremdbetreuung seine Partnerin statt er sich um die Betreuung von F._____ kümmern würde (vgl. Urk. 2 E. 3.2.1 S. 11), rechtlich nicht haltbar sei (Urk. 1 S. 9). Denn seine Partnerin sei nicht mit ihm verheiratet und weise daher gegenüber ihm keinen persönlichen Unterhaltsanspruch auf, weshalb sie ihrer Erwerbstätigkeit nachgehen *müsse*.

Daraus kann der Kläger nichts ableiten. Es kann offenbleiben, ob diese Anmerkung der Vorinstanz im Sinne der Sache tatsächlich nötig war, jedenfalls ist sie in rechtlicher Hinsicht ohne Belang. Der Entscheid der Vorinstanz knüpft keine unmittelbaren Rechtsfolgen daran, ob die Partnerin des Klägers ihr Arbeitspensum reduziert oder nicht. Nochmals: Sie hielt ausdrücklich fest, dass es den Parteien überlassen sei, wie sie sich organisieren wollten (Urk. 2 E. 3.2.1 S. 11). Die Rüge läuft somit ins Leere.

2.2.7. Zuletzt beanstandet der Kläger, dass die Vorinstanz den geltend gemachten Abänderungsgrund und damit den Sachverhalt falsch festgestellt habe. Sein Abänderungsbegehren sei nicht in der Geburt von F._____, sondern in der veränderten Schulregelung begründet. Die Vorinstanz verkenne dies, indem sie auf das Eheschutzverfahren und die Tatsache verweise, dass in der Vereinbarung die Geburt von F._____ mitberücksichtigt worden sei (Urk. 1 S. 6 f.).

Dem Kläger ist insoweit zuzustimmen, als dass die Vorinstanz erwog, die Geburt von F._____ stelle keine Veränderung der Tatsachen dar, weil diese bereits bei der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge berücksichtigt worden sei (Urk. 2 E. 3.2.1 S. 10). In der Folge lehnte die Vorinstanz das Abänderungsbegehren aber auch aus dem Grund ab, dass die Reduktion des Pensums für den Kläger vermeidbar und die Aufrechterhaltung der Leistungsfähigkeit zumutbar gewesen sei (Urk. 2 E. 3.2.1).

Der Kläger zeigt nicht nachvollziehbar auf, inwiefern *nur* die beanstandete Erwägung die Vorinstanz dazu geführt hat, den Abänderungsgrund zu verneinen und damit von entscheidrelevant gewesen ist. Auch mit dieser Rüge dringt der Kläger

nicht durch und es hat mit dem vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden. Zusammenfassend war die Lohneinbusse vermeidbar, die Aufrechterhaltung des Vollzeitpensums für den Kläger zumutbar und es liegt damit kein Abänderungsgrund nach Art. 179 Abs. 1 ZGB vor.

Somit erübrigt es sich, die Einwendung der Beklagten zu beurteilen, wonach die Einkommensreduktion durch den Wegfall der Unterhaltszahlungen des Klägers an seine volljährige Tochter D. _____ von Fr. 1'200.– im Sinne eines gegenläufigen Berechnungsfaktors kompensiert werde und es mithin an einer wesentlichen Veränderung ermangle (Urk. 11 Ziff. 2.3).

2.3. Eigenversorgungskapazität als Abänderungsgrund

2.3.1. Als weiteren Abänderungsgrund führt der Kläger die fehlenden Bemühungen der Beklagten für die Suche nach einer zumutbaren Erwerbstätigkeit an. Zwar sei dieser im Eheschutzentscheid kein Einkommen angerechnet worden, doch sei ihr im Hinblick auf die Eigenversorgungskapazität im Eheschutzentscheid folgende Verpflichtung auferlegt worden (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 1.9):

"Die Gesuchstellerin verpflichtet sich, bald nachweisbare Bemühungen zu unternehmen, um eine eigene zumutbare Erwerbstätigkeit aufnehmen zu können."

Solche Bemühungen vermöge die Beklagte aber entgegen der Vereinbarung nicht nachweisen. Zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit sei sie aber verpflichtet. So leide sie auch nicht an gesundheitlichen Problemen und sei arbeitsfähig. Der Kläger begehrt an, dass der Beklagten spätestens ab dem 1. September 2020 ein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, sollte diese kein Erwerbseinkommen nachweisen können, denn die vereinbarten Bemühungen habe sie sträflich unterlassen. Es sei ihr ein Erwerbseinkommen von Fr. 3'000.– bis 4'000.– netto (inkl. 13. Monatslohn) hypothetisch anzurechnen (Urk. 6/39 S. 4 f.).

2.3.2. Die Vorinstanz hielt dafür, dass die Beklagte aus der Vergangenheit nicht ableiten könne, der Kläger würde auch in Zukunft zu 100 % für ihren Bedarf aufkommen. Mit der Trennung der Ehegatten und der Reduktion der Betreuungspflichten gegenüber zunehmend selbstständigen Kindern entstehe nämlich auch

eine Pflicht, mittels Erwerbstätigkeit zum "gebührenden Unterhalt" nach Art. 163 Abs. 1 ZGB beizutragen. Gleichwohl die Beklagte beim Abschluss der Trennungsvereinbarung vor dem Eheschutzgericht knapp 54 Jahre und das jüngere der beiden Kinder, C._____, 15 Jahre alt gewesen seien, wäre es ihr nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. statt vieler BGE 144 III 481 E. 4.7.6) trotz Betreuungspflichten grundsätzlich zumutbar gewesen, einer Erwerbstätigkeit mit einem Pensum von 80 % nachzugehen. Die Beklagte sei jedoch auf die Trennung nicht vorbereitet gewesen, habe keinen Beruf erlernt und sei auch bereits seit vielen Jahren nicht mehr erwerbstätig gewesen. Aktuell erziele sie auch kein nennenswertes Erwerbseinkommen. Soweit es ihr nunmehr möglich und zumutbar sei, ein bestimmtes Einkommen zu erzielen, könne durchaus von einer wesentlichen und dauerhaften Veränderung gesprochen werden. Da die Beklagte aber zahlreiche Bewerbungsschreiben vorgelegt habe, welche mit Absagen beantwortet worden seien (vgl. Urk. 6/53/25) und nicht feststehe, ob sie mittels zusätzlicher Bewerbungsschreiben oder anderer Methoden auch tatsächlich eine Arbeitsstelle finden könnte, vermöge der Kläger nicht glaubhaft zu machen, dass es ihr zumutbar und möglich sei, ein nennenswertes Einkommen zu erzielen. Mit hin liege kein ausreichender Grund dafür vor, die Eheschutzmassnahmen unter Annahme eines hypothetischen Einkommens abzuändern (Urk. 2 E. 3.2.2).

2.3.3. Der Kläger moniert, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass die Beklagte entgegen obiger Verpflichtung zu Beginn monatelang gar keine und dann erst im Hinblick auf das Scheidungsverfahren (qualitativ ungenügende) Arbeitsbemühungen aufzuweisen habe (vgl. Urk. 1 S. 10 f.; Urk. 16 S. 7). Die Trennung sei für die Beklagte entgegen dem Befund der Vorinstanz nicht überraschend gekommen (Urk. 1 S. 9 und 11). Zudem könne man der vorinstanzlichen Auffassung, wonach er die Erwerbsmöglichkeiten der Berufungsbeklagten nicht hinreichend glaubhaft gemacht habe, nicht folgen (Urk. 1 S. 10 f.). Für den Fall, dass die Beklagte kein Einkommen nachzuweisen vermöge, sei ihr ein solches hypothetischer Natur anzurechnen (Urk. 1 S. 14).

2.3.3.1. In Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia* (Art. 57 ZPO) kann das Berufungsgericht die Rügen der Parteien auch mit abweichenden Erwägungen

gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; ZK ZPO–Reetz/Hilber, Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, N 1507).

Unabhängig von den vorinstanzlichen Erwägungen ist die Rüge des Klägers anhand der folgenden Fragestellungen zu beurteilen: *Erstens*, ob der Beklagten mit der Trennungsvereinbarung eine rechtlich verbindliche Pflicht zur Stellensuche mit entsprechenden Rechtsfolgen auferlegt wird. Nur wenn diese Frage zu bejahen ist, liegt eine Referenzgrösse vor, an der sich die Erheblichkeit einer Veränderung bemessen lässt. Erst dann wäre *zweitens* zu erwägen, ob der Kläger glaubhaft macht, dass es der Beklagten zumutbar und möglich ist, eine Arbeitsstelle zu finden.

2.3.3.2. Insoweit der Kläger darauf hinweist, dass bereits im Eheschutzverfahren strittig gewesen sei, ob der Beklagten ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden könne, vermag er daraus nichts abzuleiten. Indem der Kläger eine Vereinbarung eingegangen ist, wurden die Streitigkeiten um das anrechenbare Einkommen im Eheschutzverfahren ohne Wenn und Aber beigelegt. Die von den Parteien abgeschlossene Vereinbarung erweist sich in Bezug auf die Verpflichtungen der Beklagten denn auch als zu unbestimmt, um darin eine rechtlich relevante Verbindlichkeit zu ersehen, ab einem bestimmten Zeitpunkt unter Androhung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens oder zumindest nach Ablauf einer Übergangsfrist einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Auch dem Protokoll des vorinstanzlichen Verfahrens ist Derartiges nicht zu entnehmen.

Eine solche Verpflichtung hätte ihren Niederschlag im Entscheid finden müssen. Den Parteien wäre es – unter Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung – freigestanden, die Vereinbarung an bestimmte Voraussetzungen und Bedingungen zu knüpfen – darauf hat der anwaltlich vertretene Kläger aber verzichtet. Konkret: Ziff. 9 der Eheschutzvereinbarung vom 22. August 2018 (Urk. 18) hätte dahingehend verfasst werden können, dass der Beklagten eine Übergangsfrist für den beruflichen Wiedereinstieg gesetzt wird mit der Folge, dass nach Ablauf dieser Frist ein Erfolg fingiert und ein hypothetisches Einkommen angerechnet wird. Ebenso hätte der Beklagten eine Verpflichtung auferlegt werden können, ab einem bestimmten Zeitpunkt das RAV aufzusuchen (vgl. als Anschauungsbeispiel *OGer*

ZH LP040037 vom 21.07.2004, E. I.1). Der Kläger räumt denn auch den mangelnden Konkretisierungsgrad der Eheschutzvereinbarung in diesem Punkt selbst ein (vgl. Urk. 1 S. 9).

2.3.3.3. Der vorinstanzliche Entscheid ist nach dem Ausgeführten im Ergebnis nicht zu beanstanden und es liegt in Bezug auf die Eigenversorgungskapazität der Beklagten kein Abänderungsgrund vor. Demzufolge kann eine Auseinandersetzung mit den übrigen Rügen ausbleiben.

Mit diesem Entscheid wird lediglich über Bestand bzw. Nichtbestand der geltend gemachten Abänderungsgründe befunden. Immerhin wird die Vorinstanz im hängigen Scheidungsverfahren in Berücksichtigung der mittlerweile vom Bundesgericht formell aufgehobenen "45er-Regel" (BGer 5A_104/2018 vom 2. Februar 2021, E. 5.5) eingehend zu prüfen haben, ob bzw. in welchem Umfang es sich für die Beklagte als zumutbar und möglich erweist, ein Erwerbseinkommen zu erzielen. Auch wird sie darüber befinden, ob der Beklagten aufgrund nicht als ernsthaft erachteter Suchbemühungen allenfalls ein hypothetisches Einkommen anzurechnen ist.

3. Berechnungsfehler im Eheschutzverfahren

3.1. Der Kläger vertritt die Auffassung, es seien in der Eheschutzverhandlung bei der Berechnung der Unterhaltsbeiträge die Kinderzulagen für den Sohn F._____ von Fr. 250.– doppelt berücksichtigt worden, woraus eine Mehrzahlung von insgesamt Fr. 5'030.– resultiere (vgl. Urk. 1 S. 16).

Der Kläger war während der Eheschutzverhandlung anwaltlich vertreten und über die für die Berechnung massgebenden Zahlen (vgl. Urk. 6/6/17) im Bilde. Ohnehin gilt, wie bereits ausgeführt, dass im Rahmen des *caput controversum* kein Raum für die Geltendmachung eines Irrtums besteht (vgl. oben E. 1.4). Soweit der Kläger darin einen Widerspruch zwischen den Erwägungen und dem Dispositiv im Eheschutzverfahren ersieht, ist der Beklagten beizupflichten (vgl. Urk. 11 Ziff. 5 S. 14), dass hierfür ein Berichtigungsbegehren nach Art. 334 ZPO vor dem sachlich und örtlich zuständigen Gericht, das den Entscheid gefällt hat, zu stellen wäre

(ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 334 N 9). Mit seinem Vorbringen vermag der Kläger mithin nicht durchzudringen.

3.2. Insofern der Kläger Fehler im Protokoll der Vorinstanz geltend macht (Urk. 1 S. 16 f.), sind weitere Ausführungen hinfällig, da er ein solches Gesuch nach Art. 235 Abs. 3 ZPO auch vor dieser hätte stellen müssen. Überdies: Das Berichtigungsbegehren hat *unmittelbar* nach Kenntnisnahme des Protokolls zu erfolgen (ZK ZPO-Leuenberger, Art. 235 N 18).

4. Abweisung der Berufung

4.1. Nach dem Ausgeführten legt der Kläger die geltend gemachten Abänderungsgründe weder rechtgenügend dar, noch sind sie evident. Die Berufung ist abzuweisen und es gilt das Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 22. August 2018 in unveränderter Form.

4.2. Der vollständig obsiegenden und damit nicht beschwerten Beklagten ist die klägerische "Replik" (Urk. 16; vgl. oben E. I.2.2) mit dieser Entscheidung zuzustellen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Die Vorinstanz hat die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid im Scheidungsverfahren vorbehalten (Urk. 2 Dispositiv-Ziffer 3). Entsprechend sind diesbezüglich keine Anordnungen zu treffen.

2.1. Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 2, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 5'500.– als angemessen.

2.2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.3 Zudem ist der Kläger zu verpflichten, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine vollumfängliche Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 9 und § 11 Abs. 1 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) auf Fr. 3'000.– zuzüglich 7.7% MwSt. (vgl. Urk. 11 S. 2), mithin auf Fr. 3'231.– festzusetzen.

V. Unentgeltliche Rechtspflege

1. Voraussetzungen

1.1. Die Beklagte ersucht für das Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2 und 17).

Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, sind ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse im *Zeitpunkt der Gesuchstellung* zu berücksichtigen (BSK ZPO-Rüegg, Art. 117 N 4). Ist es dem Gesuchsteller nicht möglich, die anfallenden Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert Jahresfrist, bei aufwändigeren innert zwei Jahren zu tilgen, ist ihm die unentgeltliche Rechtspflege nach ständiger Bundesgerichtspraxis zu bewilligen (vgl. statt vieler BGE 141 III 369 E. 4.1). Vorbehältlich des Rechtsmissbrauchs darf auch bei Selbstverschulden fehlendes, oder ungenügendes Einkommen nicht zulasten des Gesuchstellers berücksichtigt werden (Wuffli/Fuhrer, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, S. 49 N 131).

1.2. Aufgrund der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege geht der Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss gegenüber dem Ehegatten dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege jedoch vor (BGE 138 III 672 E. 4.2.1). Eine gesuchstellende Partei hat daher entweder auch einen Antrag auf Ausrichtung

eines Prozesskostenvorschusses zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf ein Verfahren auf Zahlung eines Prozesskostenvorschusses verzichtet werden kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann (BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2; BGer 5D_83/2015 vom 6. Januar 2016, E. 2.1).

1.3. Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb ihrer Ansicht nach auf einen Prozesskostenvorschuss zu verzichten ist. Damit wird die Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege sichergestellt. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Davon kann nur abgesehen werden, wenn im konkreten Fall die Mittellosigkeit des anderen Ehegatten gleichsam offensichtlich bzw. augenfällig ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, eine formale Erörterung der Aussichtslosigkeit eines Prozesskostenvorschussgesuches zu verlangen (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4).

2. Beurteilung

2.1. Der Kläger stellt weder ein Gesuch um Verpflichtung der Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses, noch begründet er, weshalb auf einen solchen Antrag verzichtet werden kann. Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Akten nach möglichen Hinweisen und Anhaltspunkten zu durchforsten, die darauf schliessen lassen könnten, dass *kein* Anspruch auf Prozesskostenvorschuss besteht (BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.2; BGer 5A_556/2014 vom 4. März 2015, E. 3.2).

2.2. Dass die Beklagte keinen Prozesskostenvorschuss zu leisten vermag, ist denn auch nicht augenfällig. Zwar wurde ihr gemäss Eheschutzurteil kein Einkommen angerechnet (vgl. oben E. III.2.1) und auch im vorliegenden Verfahren ist nicht Hauptstreitpunkt, ob und in welcher Höhe die Beklagte *effektiv* ein Einkommen erzielt, sondern vielmehr, inwiefern ihr ein solches hypothetisch anzurechnen

ist (vgl. oben E. III.2.3). Folglich bedürfte es umso mehr einer Erklärung, weshalb die Beklagte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten, obwohl sie weder im Eheschutz- (vgl. Urk. 6/6/1 und Urk. 6/6/12), noch im Scheidungs- und Massnahmenverfahren (vgl. Urk. 6/52 und 6/62) ein Gesuch um einen Prozesskostenvorschuss bzw. um unentgeltliche Rechtspflege gestellt hat (vgl. auch *OGer ZH LY200035 vom 09.02.2021, E. 2.4.1 S. 28*). Im Übrigen leistete die Beklagte im Scheidungsverfahren auch ohne weiteres den Kostenvorschuss für eine Verkehrswertschätzung der ehelichen Liegenschaft in der Höhe von Fr. 1'500.– (Urk. 6/30 i.V.m. Urk. 6/32).

2.3. Vor dem Hintergrund, dass die Mittellosigkeit der Beklagten nicht ohne weiteres ersichtlich ist, wäre ein Antrag auf Prozesskostenvorschuss nicht nur formal korrekt, sondern auch erforderlich gewesen. Es oblag dem Kläger, mit Blick auf die eheliche Beistandspflicht auch die Vermögensverhältnisse seiner Ehegattin umfassend darzustellen und möglichst zu belegen (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.2). Es liegt gerade kein überspitzter Formalismus vor, wenn das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen wird, weil eine explizite Äusserung zum Gesuch um Prozesskostenvorschuss fehlt und auch nicht evident ist, dass ein solcher *nicht* einbringlich wäre (anders gelagert BGer 5A_244/2019 vom 15. April 2019; *OGer ZH PC180038 vom 13.02.2019*). Somit ist das Gesuch abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 11. November 2020 in Rechtskraft erwachsen sind.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Hinwil vom 11. November 2020 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'231.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage des Doppels von Urk. 16, sowie an die Vorinstanz, 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 8. Juni 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw D. Tschanz

versandt am:
Im