

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY230031-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler  
sowie Gerichtsschreiber Dr. Chr. Arnold

## Beschluss vom 28. September 2023

in Sachen

**A.**\_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_

gegen

**B.**\_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y.\_\_\_\_\_

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-  
fahren am Bezirksgericht Horgen vom 5. Juni 2023 (FE220100-F)**

**Rechtsbegehren:**

der Klägerin (Urk. 5/77 und Urk. 5/108 S. 2 f. sinngemäss):

1. Der Beklagte sei zu verpflichten, die Arztrechnungen der Kinder zu bezahlen und nach Bescheid des selbstzutragenden Anteils der Krankenkasse diesen von der Klägerin einzufordern. Diese verpflichtet sich, diese Beträge jeweils innert 10 Tagen zu begleichen. Als Alternative wäre die Klägerin als berechtigte Person bei der Krankenkasse qua richterlicher Anweisung einzutragen, damit sie für die Begleichung sämtlicher Rechnungen ebenso zuständig zeichne, wie ihr Rückvergütungen zukommen.
2. Es sei die Unterhaltspflicht der Klägerin rückwirkend per Mitte November 2021 aufzuheben ausgenommen den Zeitraum September 2022 bis Januar 2023.
3. Die Betreuungsregelung gemäss Vereinbarung vom 29. September 2022 sei beizubehalten.
4. Es seien die vorsorglichen Begehren des Beklagten abzuweisen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer zu Lasten des Beklagten. Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Unterzeichneten als Rechtsbeistand zu gewähren bzw. zu bestätigen.

des Beklagten (Urk. 5/93 S. 1 f. und Urk. 5/110 S. 2 und 7 f. sinngemäss):

1. Der Wohnsitz von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ soll weiterhin beim Beklagten in E.\_\_\_\_\_ bleiben.
2. Die Betreuung der Kinder C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sei jeweils von Montagmorgen (Kindergartenbeginn) bis Mittwochmorgen (Kindergartenbeginn) der Mutter und von Mittwochmorgen (Kindergartenbeginn) bis Freitagabend, 19 Uhr, dem Vater zuzuteilen. Die Betreuung an den Wochenenden (Freitag, 19 Uhr, bis Montagmorgen, Kindergartenbeginn) sei den Eltern alternierend zuzuteilen und jeder Elternteil sei berechtigt zu erklären, die Kinder während der Hälfte der Schulferien zu betreuen. Ferienabwesenheiten dürfen ohne anderweitige Absprache zwei Wochen am Stück nicht überschreiten.

Können sich die Parteien über die Aufteilung der Ferien nicht einigen, so sei in Jahren mit gerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht der Mutter, in Jahren mit ungerader Jahreszahl dem Vater zuzuteilen. Trifft der berechtigte Elternteil seine Entscheidung nicht bis drei Monate vor Ferienbeginn, so fällt das Entscheidungsrecht für die betreffenden Schulferien dem anderen Elternteil zu.

3. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten monatlich für C.\_\_\_\_\_ einen Kinderunterhalt von Fr. 949.30 (Barunterhalt) und

für D.\_\_\_\_\_ einen Kinderunterhalt von Fr. 1'254.30 (davon Fr. 1'039.30 Barunterhalt, Fr. 215.00 Betreuungsunterhalt) zu bezahlen. Eventualiter sei die Klägerin ab Januar 2023 für die weitere Dauer des Verfahrens zur Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen von Fr. 457.50 je Kind an den Beklagten zu verpflichten.

4. Der Beklagte sei zu verpflichten, die KVG-Prämien der Kinder zu bezahlen. Die Klägerin sei zu verpflichten, die VVG-Prämien der Kinder zu bezahlen und dem Beklagten die von der Krankenkasse nicht vergüteten Gesundheitskosten der Kinder (Selbstbehalte, nicht kassenpflichtige Auslagen) nach Vorlage entsprechender Belege innert 10 Tagen zu erstatten.
5. Die Klägerin sei zu verpflichten, dem Beklagten persönliche Unterhaltsbeiträge Fr. 130.00 pro Monat zu bezahlen.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzügl. MwSt.) zu Lasten der Klägerin.

**Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Horgen vom 5. Juni 2023:**

(Urk. 2 S. 63 ff. = Urk. 5/141 S. 63 ff.)

1. Die Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018, werden für die Dauer des Scheidungsverfahrens unter der alternierenden Obhut der Parteien belassen. Der Wohnsitz der Kinder befindet sich in E.\_\_\_\_\_.
2. Der Beklagte ist für die Dauer des Scheidungsverfahrens berechtigt und verpflichtet, die Kinder wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:
  - in den geraden Kalenderwochen von Donnerstag (Kindergartenbeginn) bis Freitag, 19.00 Uhr
  - in den ungeraden Kalenderwochen von Mittwoch (Kindergartenbeginn) bis Freitag, 19.00 Uhr
  - an den Wochenenden in den geraden Kalenderwochen Freitag, 19.00 Uhr bis Montag (Kindergartenbeginn)
  - während der Hälfte der Schulferien.

Können sich die Parteien über die Aufteilung der Ferien nicht einigen, so kommt dem Beklagten in den Jahren mit ungerader Jahreszahl das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu; in Jahren mit ungerader Jahreszahl der Klägerin. Trifft der berechtigte Elternteil seine Entscheidung

nicht bis drei Monate vor Ferienbeginn, so fällt das Entscheidungsrecht für die betreffenden Schulferien dem anderen Elternteil zu.

In der übrigen Zeit werden die Kinder von der Klägerin betreut.

3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für die gemeinsamen Kinder C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018, für die Dauer des Scheidungsverfahrens monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats Kinderunterhaltsbeiträge (Barunterhalt) wie folgt zu bezahlen:

– je Kind CHF 417.– rückwirkend ab 1. Februar 2023 bis 31. August 2023

Es wird festgestellt, dass der gebührende Bedarf von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ im Betrag von je CHF 66.– ungedeckt bleibt.

– je Kind CHF 660.– ab 1. September 2023.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten persönlich ab 1. September 2023 für die weitere Dauer des Verfahrens Unterhaltsbeiträge von CHF 311.– zu bezahlen; zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten des Monats.

5. Diesem Entscheid liegen die folgenden finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde:

a) Einkommen C.\_\_\_\_\_:  
- Kinderzulage von CHF 200.–

b) Einkommen D.\_\_\_\_\_:  
- Kinderzulage von CHF 200.–

Einkommen Beklagter (Pensum: 60%):

- ab 1. Februar 2023 bis 31. August 2023

CHF 3'260.–

- ab 1. September 2023

CHF 3'260.–

-Einkommen Klägerin:

- ab 1. Februar 2023 bis 31. August 2023 (Pensum: 40%):  
CHF 4'293.– (netto; inkl. 13. Monatslohn, abzgl. Kinderzulagen)
- ab 1. September 2023 (Pensum: 60%): \_\_\_\_\_  
CHF 6'440.– (netto; inkl. 13. Monatslohn, abzgl. Kinderzulagen)

- c) Vermögen für die festgelegten Unterhaltsbeiträge unbeachtlich.
6. Der Beklagte wird verpflichtet, die KVG-Prämien von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ zu übernehmen. Die Klägerin wird verpflichtet die VVG-Prämien von C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ zu übernehmen. Zudem wird der Beklagte verpflichtet, die Arztrechnungen der Kinder zu bezahlen. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten den selbstzutragenden Anteil (ungedekte Gesundheitskosten) innert 10 Tagen nach dessen Bescheid zurückzuerstatten.
7. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen diese Massnahmenentscheides werden dem Endentscheid vorbehalten (Art. 104 Abs. 3 ZPO).
8. [Mitteilung]
9. [Rechtsmittel]

### **Berufungsanträge:**

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2 f.):

- "1. Es sei Ziffer 3. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 5. Juni 2023 teilweise aufzuheben und festzustellen, dass die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten ab dem 1. September 2023 einen Kinderunterhalt von CHF 84.00 je Kind schuldet.
2. Es sei Ziffer 4. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 5. Juni 2023 aufzuheben und festzustellen, dass kein Ehegattenunterhalt geschuldet ist.
3. Es sei die Ziffer 5. der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 5. Juni 2023 teilweise aufzuheben und dem Entscheid folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde zu legen:
  - Einkommen Berufungsbeklagter:
    - Ab 1. September 2023 (Pensum 60%)

CHF 4'428.00 (netto; exkl. 13. Monatslohn)

- Einkommen Berufungsklägerin:
  - o Ab 1. September 2023 (Pensum 50%)  
CHF 5'366.00 (netto; inkl. 13. Monatslohn, abzgl. Kinderzulagen)

3.1 Eventualiter sei die Ziffer 5. der Verfügung vom Bezirksgericht Horgen vom 5. Juni 2023 teilweise aufzuheben und dem Entscheid folgende finanzielle Verhältnisse der Parteien zugrunde zu legen:

- Einkommen Berufungsbeklagter:
  - o Ab 1. September 2023 (Pensum 60%)  
CHF 3'926.00 (netto; exkl. 13. Monatslohn)
- Einkommen Berufungsklägerin:
  - o Ab 1. September 2023 (Pensum 50%)  
CHF 5'366.00 (netto; inkl. 13. Monatslohn, abzgl. Kinderzulagen)

4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer zu Lasten des Berufungsbeklagten.

Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege mit dem Unterzeichneten als Rechtsbeistand zu gewähren."

### **Erwägungen:**

#### **I. Sachverhalt und Prozessgeschichte**

1. Die Parteien haben am tt. Juni 2014 geheiratet. Sie haben zwei gemeinsame Kinder, C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2016, und D.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2018 (Urk. 5/56).

2. Mit Eingabe vom 22. Mai 2020 machte der Beklagte und Berufungsbeklagte (nachfolgend: Beklagter) ein Eheschutzverfahren anhängig, welches das Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Horgen mit Urteil vom 21. Dezember 2020 abschloss (Urk. 5/10/1 S. 10). Mit Urteil vom 2. Dezember 2021 hob das Obergericht des Kantons Zürich die vorinstanzliche Unterhaltsregelung auf und verpflichtete die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend: Klägerin) unter anderem, ab dem 1. Mai 2022 für C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ einen Barunterhalt (ohne Betreuungsunterhalt) von je Fr. 700.– zu bezahlen; den Antrag des Ge-

suchstellers auf Zusprechung persönlicher Unterhaltsbeiträge wies es ab (Urk. 5/10/1 S. 6 f. und 46 f.).

3. Mit Eingabe vom 23. Mai 2022, gleichentags zur Post gebracht, erhob die Klägerin eine Scheidungsklage (Urk. 5/1). Im Verlauf des Verfahrens stellten die Parteien Anträge um Erlass vorsorglicher Massnahmen, unter anderem bezüglich des Unterhalts. Hinsichtlich der Prozessgeschichte kann auf die angefochtene Verfügung verwiesen werden (Urk. 2 S. 3 ff.). Diese erging am 5. Juni 2023 (Urk. 2 = Urk. 5/141).

4. Gegen diese Verfügung erhob die Klägerin innert Frist (siehe Urk. 5/142/2) Berufung und stellte die eingangs aufgeführten Anträge; zugleich stellte sie ein Gesuch um die Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1). Letzteres wurde mit Verfügung vom 29. August 2023 abgewiesen (Urk. 7).

5. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 5/1–145). Da die Berufung offensichtlich unzulässig respektive offensichtlich unbegründet ist, kann darauf verzichtet werden, eine Berufungsantwort einzuholen (Art. 312 Abs. 1 ZPO).

## **II. Beurteilung der Berufung**

### **1. Prozessuale Vorbemerkungen**

1.1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die 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).

1.2. In der Berufungsschrift ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist bzw. an einem der genannten Mängel leidet. Das setzt (im Sinne einer von Amtes wegen zu prüfenden Eintretensvoraussetzung) voraus, dass der Berufungskläger die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anführt, sich argumentativ mit diesen auseinandersetzt und mittels genügend präziser Verweisungen auf

die Akten aufzeigt, wo die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben wurden bzw. aus welchen Aktenstellen sich der geltend gemachte Berufungsgrund ergeben soll. Die pauschale Verweisung auf frühere Vorbringen oder deren blosser Wiederholung genügen nicht (siehe BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (siehe BGE 142 III 413 E. 2.2.4; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; BGer 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und 5). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle einer Haupt- und Eventualbegründung (OGer ZH LB140047 vom 05.02.2015, E. III.1.a; ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 311 N 36). Diese Grundsätze gelten auch im Bereich der unbeschränkten Untersuchungsmaxime (BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_800/2019 vom 9. Februar 2021, E. 5.1).

1.3. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen; Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt nicht zum Tragen (BGE 147 III 301 E. 2.2; BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

## 2. Einkommen der Klägerin ab dem 1. September 2023

2.1. Die Vorinstanz erwog, gemäss dem Schulstufenmodell sei dem hauptbetreuenden Elternteil ab der obligatorischen Einschulung des jüngsten Kindes

eine Erwerbstätigkeit von 50 % zuzumuten. Dies bedeute, dass bei einer rund hälftigen Betreuung eine Erwerbstätigkeit von 75 % grundsätzlich als zumutbar erachtet werden müsse. Vorliegend sei D.\_\_\_\_\_ das jüngere Kind. Sie sei fünf Jahre alt und besuche den Kindergarten in E.\_\_\_\_\_. Die im Herbst 2021 eingetretene Krise, welche mit einem erhöhten Betreuungsaufwand der Klägerin verbunden gewesen sei, sei nunmehr vorüber. Die Parteien betreuten die Kinder wieder in fast hälftigem Umfang. Gestützt auf das Schulstufenmodell könne es der Klägerin zugemutet werden, einer Erwerbstätigkeit in einem 60 %-Pensum nachzugehen. Dazu sei ihr eine Übergangsfrist bis zum 31. August 2023 einzuräumen (Urk. 2 S. 31 f.). Die Klägerin scheine die Betreuung der Kinder nicht mehr über ihren Betreuungsanteil hinaus auffangen zu müssen. Es lägen daher keine Anhaltspunkte vor, die eine Abweichung von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dahingehend rechtfertigen würde, als die Klägerin nur einer Erwerbstätigkeit von 40 % nachgehen müsste (Urk. 2 S. 33). Dem Vorbringen der Klägerin, wonach eine Erhöhung des Arbeitspensums beim jetzigen Arbeitgeber aus praktischen Gründen (fehlende Infrastruktur und Personal) nicht möglich sei, könne nicht gefolgt werden. Sodann seien diese Gründe nur vorübergehend und durchaus behebbar, so beispielsweise durch die Anstellung von zusätzlichem Personal oder die Beschaffung der zusätzlichen Infrastruktur (wie beispielsweise Zahnarztstühle). Da die Klägerin in einer leitenden Stellung tätig sei, müsste es ihr möglich sein, solche Anliegen umzusetzen. Zudem verfüge sie über eine gute Ausbildung. Sie könnte ihr Erwerbspensum auch durch ein weiteres Teilzeitpensum ergänzen oder eine neue Arbeitsstelle bei einer anderen Zahnarztpraxis suchen. Im Übrigen werde ihr Einwand, wonach sie aufgrund ihrer Leitungsfunktion faktisch bereits mehr als das angegebene Pensum von 40 % leiste, nicht hinreichend belegt und auch nicht substantiiert dargelegt. Insgesamt rechtfertige es sich, ihr ab dem 1. September 2023 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 6'440.– auf der Grundlage eines Arbeitspensums von 60 % anzurechnen (Urk. 2 S. 33 f.).

2.2. Die Klägerin rügt, sie arbeite zurzeit in einem Pensum von 50 %. Sie habe ihre Arbeitstage so einteilen können, dass sie jeweils wöchentlich am Donnerstag und Freitag ganztätig und jeden zweiten Mittwoch ganztätig in der Praxis arbeite. Die Arbeitszeiten seien jeweils von 7.30 Uhr bis 17.15 Uhr. Damit arbeite

sie immer dann, wenn sie nicht die Kinder betreue. Aufgrund der kurzen Kindergartenzeiten sei es ihr nicht möglich, an den Montag- und Dienstagmorgen zu arbeiten, zumal dies bei ihrer Arbeitgeberin aufgrund der Arbeitszeiten gar nicht möglich wäre. So gingen die Kinder erst um 8 Uhr in Begleitung der Klägerin aus dem Haus. Kurz nach 12 Uhr seien sie wieder zurück. Die Klägerin könne die dazwischenliegende Zeit arbeitstechnisch nicht nutzen, zumal schon die Wegzeit in die Klinik etwa eine Stunde in Anspruch nehme (Urk. 1 Rz. 13). Die Annahme des Gerichts, dass die Klägerin vorliegend ein Pensum von 60 % versehen könnte, sei willkürlich und halte einer Überprüfung nicht stand. So sei es eine notorische Tatsache, dass bei einer alternierenden Obhut gesamthaft kein Arbeitspensum von 75 % je Ehegatte für denjenigen möglich sei, welcher die Arbeitszeit nicht frei einteilen könne. Letzteres sei bei der Klägerin der Fall (Urk. 1 Rz. 14). Mit der nun gelebten Betreuungslösung, gemäss welcher die Klägerin die Kinder in den geraden Kalenderwochen jeweils von Montag (Kindergartenbeginn) bis Donnerstagmorgen (Kindergartenbeginn) und in den ungeraden Kalenderwochen von Montag (Kindergartenbeginn) bis Mittwochmorgen (Kindergartenbeginn) und an den Wochenenden in den ungeraden Kalenderwochen ab 19 Uhr betreue, verwerte sie die ihr mögliche und zumutbare Arbeitsfähigkeit vollumfänglich (Urk. 1 Rz. 15). Würde sie mittels Aufrechnung eines hypothetischen Einkommens verpflichtet, ein höheres Pensum zu absolvieren, so würde dies nicht nur dem Kindeswohl zum Nachteil gereichen, sondern auch zu Mehrkosten in der Form der dann notwendigen Fremdbetreuung führen. Dies habe die Vorinstanz in ihrer Berechnung ebenso übersehen und nicht einfließen lassen (Urk. 1 Rz. 16). Die zurzeit gewählte alternierende Obhut im Umfang von 50/50 funktioniere gut. Die Kinder hätten sich in der Zwischenzeit an dieses Betreuungsmodell gewöhnt (Urk. 1 Rz. 17). Wenn die Klägerin ihr Pensum auf 60 % erhöhen müsste, so bestünde das latente Risiko, dass die nun endlich stabilisierte Betreuungslösung nicht weitergeführt werden könnte bzw. wieder gefährdet wäre. Deshalb werde sie an ihrem Arbeitspensum nichts ändern (Urk. 1 Rz. 18). Die Vorinstanz verhalte sich widersprüchlich, wenn sie eine Änderung der Betreuungssituation als nicht im Sinne des Kindeswohls erachte, der Klägerin aber gleichzeitig ein Pensum von 60 % zumute, im Wissen darum, dass dadurch die Betreuungssituation gefährdet würde. Ausserdem sei eine erneute kurzfristig notwendig

werdende Reduktion des Pensums in Anbetracht der gesamten Umstände und der bereits eingetretenen Geschehnisse ebenfalls nicht auszuschliessen (Urk. 1 Rz. 19). Als leitende Zahnärztin habe die Klägerin zudem auch Sitzungs- und Weiterbildungspflichten, welche sie bei einem höheren Pensum und der Betreuung der Kinder nicht wahrnehmen könnte. Damit würden die Anstellung und das damit verbundene Einkommen gefährdet (Urk. 1 Rz. 20). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei es ihr sodann auch faktisch nicht möglich, das Pensum zu erhöhen. In der Praxis, in welcher sie arbeite, seien zurzeit aufgrund der Infrastruktur und des Patientenportfolios keine weiteren Stellenprozente mehr verfügbar. Eine Anstellung im Umfang von 10 % in einem anderen Betrieb zu finden, sei notorisch aussichtslos und bedürfe keiner weiteren Begründung (Urk. 1 Rz. 21). Der Klägerin sei im Sinne des Kindeswohls ein Pensum von 50 % anzurechnen. Anhand der Parameter der Vorinstanz resultiere ein monatliches Einkommen von Fr. 5'366.–, welches als Berechnungsgrundlage heranzuziehen sei (Urk. 1 Rz. 23).

2.3. Nach den unangefochten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz musste die Klägerin ihr Pensum aufgrund eines erhöhten Betreuungsaufwands im Januar 2022 rückwirkend auf 40 % reduzieren (Urk. 2 S. 13). D.\_\_\_\_\_ war damals drei Jahre alt (E. I.1.). Zwischenzeitlich besucht sie den zweiten Kindergarten (siehe Prot. I, S. 16). Die im Herbst 2021 eingetretene Krise, welche zum erhöhten Betreuungsaufwand führte, ist vorbei (Urk. 2 S. 32). Noch in ihrer Eingabe vom 14. Juli 2022 behauptete die Klägerin, in einem Pensum von 40 % zu arbeiten (Urk. 5/9 S. 6 f.), was durch die Verfügung der Stadt ... vom 4. April 2022 belegt ist (Urk. 5/10/4). An der Verhandlung vom 29. September 2022 wiederholte sie diese Aussage und ergänzte, sie habe immer noch 48 Minusstunden (Prot. I, S. 22 f.). Die Arbeitgeberin bestätigte sodann mit Schreiben vom 14. September 2022, dass eine Erhöhung des Pensums nicht möglich sei (Urk. 5/60). Vor diesem Hintergrund ist es nicht glaubhaft, wenn die Klägerin geltend macht, sie arbeite zurzeit in einem Pensum von 50 % (Urk. 1 Rz. 13). Demzufolge ist festzustellen, dass sie ihr Arbeitspensum auf 40 % reduzierte, bevor D.\_\_\_\_\_ in den Kindergarten eintrat, und dies auch danach so beibehielt. Mit Kindergarten- bzw. Schuleintritt werden die Kinder bereits teilweise fremdbetreut, was – verbunden mit der vorliegend fast hälftigen Betreuungsregelung – grundsätzlich zur Anrechnung eines Arbeitspensums von

75 % führt (siehe BGE 144 III 481 E. 4.7.6). Zwar gilt dies nicht ohne Ausnahme (BGE 144 III 481 E. 4.7.8); die Klägerin zeigt jedoch nicht substantiiert auf, inwiefern sich vorliegend eine solche rechtfertigen würde. Vielmehr bringt sie pauschal vor, das Kindeswohl wäre unmittelbar gefährdet, wenn sie ihren Betreuungspflichten nicht genügend nachkommen könnte (Urk. 1 Rz. 18). Eine Gefährdung erscheint sodann auch nicht glaubhaft, hat die Klägerin doch am 29. September 2022 schriftlich erklärt, sie beabsichtige, ab Februar 2023 in einem Pensum von 60 % zu arbeiten (Urk. 5/62). Ein erhöhter Betreuungsaufwand besteht nicht mehr und die Kinder werden nun durch den Kindergarten und die Schule teilweise fremdbetreut. Dies rechtfertigt es, ein höheres Arbeitspensum anzurechnen. Soweit die Klägerin vorbringt, ein solches würde zu Mehrkosten in Form von Fremdbetreuung führen (Urk. 1 Rz. 16), beziffert und belegt sie diese nicht. Soweit sie auf Sitzungs- und Weiterbildungspflichten verweist (Urk. 1 Rz. 20), äussert sie sich weder zur Häufigkeit noch zur Dauer; sodann offeriert sie auch dazu keine Beweise. Festzuhalten ist sodann, dass die Vorinstanz ein Pensum von 60 % für zumutbar erachtete, womit sie von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits zugunsten der Klägerin abwich.

2.4. Was die Möglichkeit einer Pensumserhöhung angeht, führte die Vorinstanz aus, die Klägerin könnte das Pensum bei der aktuellen Arbeitgeberin erhöhen, es durch ein weiteres Teilpensum ergänzen oder eine neue Arbeitsstelle bei einer anderen Zahnarztklinik suchen (Urk. 2 S. 33 f.). Die Vorinstanz stützte sich somit auf drei verschiedene selbständige Begründungen. Die Klägerin äussert sich nicht zur Möglichkeit, eine neue Arbeitsstelle bei einer Zahnarztklinik zu suchen. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen erneut nicht (E. II.1.2.). Folglich zielt auch ihr Argument ins Leere, die Kindergartenzeiten seien zu kurz und die Wegzeit in die Klinik zu lang, um am Montag- und Dienstagmorgen zu arbeiten (Urk. 1 Rz. 13). Im Übrigen erachtete auch die Klägerin ein Pensum von 60 % für möglich, als sie am 29. September 2022 eine entsprechende Absichtserklärung unterschrieb (Urk. 5/62). Und schliesslich kann sie nach eigenen Angaben jeden zweiten Mittwoch ab 7.30 Uhr arbeiten, obwohl sie die Kinder dann bis zum Kindergartenbeginn betreut (Urk. 1 Rz. 13 und 15). Es leuchtet nicht ein, weshalb dies montags und dienstags anders sein sollte.

2.5. Zusammenfassend genügt die Klägerin den Begründungsanforderungen nicht, soweit sie sich gegen die Anrechnung eines Arbeitspensums von 60 % ab dem 1. September 2023 wehrt.

### 3. Einkommen des Beklagten

3.1. Die Vorinstanz erwog, das Obergericht Zürich sei in seinem Urteil vom 2. Dezember 2021 zum Schluss gekommen, dass der Beklagte basierend auf den Einkünften aus den vorherigen Jahren in der Lage sei, ein durchschnittliches Einkommen von monatlich Fr. 3'260.– zu erzielen. Dabei habe es die schwankenden Einkommensverhältnisse, die in der Natur der selbständigen Erwerbstätigkeit lägen, bereits berücksichtigt. An der Verhandlung vom 29. September 2022 habe der Beklagte erklärt, das vom Obergericht Zürich festgelegte Einkommen in Höhe von Fr. 3'260.– entspreche dem Verdienst bei einem 60%-Erwerbsum. Dies erscheine auch mit Blick auf die Lohnberechnungsplattform des Bundes (Salarium) plausibel. Diese ermittle für einen 41-jährigen Arbeitnehmer im Bereich des Hochbaus und innerhalb der Berufsgruppe ingenieurtechnische und vergleichbare Fachkräfte mit einer höheren Berufsausbildung, ohne Kaderposition und in einem Unternehmen im Raum Zürich mit 20–49 Beschäftigten tätig, bei einem Erwerbsum von 100 % ein monatliches Bruttoeinkommen (Median) von Fr. 7'402.– (exklusive 13. Monatslohn). Bei einem 60 %-Pensum resultiere damit ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 4'441.–, was unter Abzug der Sozialversicherungsbeiträge etc. ein Nettoeinkommen von rund Fr. 3'926.– ergebe. Die Ausführungen des Beklagten, wonach das vom Obergericht Zürich festgelegte Einkommen von Fr. 3'260.– dem Verdienst bei einem 60 %-Pensum entspreche, seien daher glaubhaft (Urk. 2 S. 36 f.). Aufgrund des summarischen Charakters des Massnahmeverfahrens könne die Berechnung des hypothetischen Einkommens auf Annahmen und Schätzungen sowie auf pflichtgemäßem Ermessen basieren. Da es sich bei dem vorstehend errechneten Einkommen nur um Durchschnittswerte handle und der Unterschied zwischen dem errechneten und dem vom Obergericht festgelegten Einkommen nur marginal sei, rechtfertige es sich, dem Beklagten für die Dauer des Verfahrens und in beiden Phasen ein Einkommen von Fr. 3'260.– anzurechnen (Urk. 2 S. 37).

3.2. Die Klägerin rügt, die Vorinstanz habe bei ihrer Berechnung mit der Lohnberechnungsplattform des Bundesamts für Statistik (Salarium) die relevante Ausbildung falsch angewandt. Als Bauingenieur werde dem Beklagten gemäss FH Schweiz die Ausbildung Fachhochschule (Kategorie 2) zuerkannt und nicht bloss eine höhere Berufsausbildung (Urk. 1 Rz. 25). Gebe man dies korrekt im Salarium ein, resultiere ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 8'369.– (exklusive 13. Monatslohn). Dem Beklagten sei deshalb grundsätzlich bei einem Erwerbsspensum von 60 % ein monatliches Bruttoeinkommen von Fr. 5'021.40 respektive ein Nettoeinkommen von Fr. 4'427.85 zumutbar (Urk. 1 Rz. 26). Selbst wenn man der Vorinstanz folgte und von Fr. 4'441.– ausginge, resultierte zwischen den beiden errechneten Einkommen eine Differenz von Fr. 666.–. Die Vorinstanz habe festgehalten, dass die finanziellen Verhältnisse der Familie knapp seien. Es erschliesse sich deshalb nicht, inwiefern eine Differenz von rund 30 % marginal sein sollte (Urk. 1 Rz. 27 und 29). Die Vorinstanz habe sich trotz des summarischen Charakters des Massnahmeverfahrens eingehend mit den Einkommen der Parteien auseinandergesetzt, weshalb es das errechnete Einkommen von Fr. 3'926.– zu berücksichtigen gelte (Urk. 1 Rz. 30).

3.3. Gelangt das Gericht zum Schluss, dass eine wesentliche und dauerhafte Änderung im Sinne von Art. 179 Abs. 1 ZGB vorliegt, hat es auf Basis der massgeblichen Kriterien von Art. 163 ZGB im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens (Art. 4 ZGB) den Unterhaltsbeitrag neu festzulegen. Dabei sind sämtliche Berechnungselemente zu aktualisieren, und zwar unabhängig davon, ob diese sich derart verändert haben, dass sie ihrerseits Grund für die Abänderung des Unterhaltsbeitrags setzen könnten (BGer 5A\_120/2021 vom 11. Februar 2022, E. 5.3.1). Bei der Bemessung des Unterhaltsbeitrages ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen des Unterhaltspflichtigen auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erreichen zumutbar und möglich ist. Dabei handelt es sich um zwei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen (BGE 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 118 E. 2.3).

3.4. Die Vorinstanz ging davon aus, dass der Beklagte ein tatsächliches Einkommen von Fr. 3'260.– erziele (Urk. 2 S. 36 f.). Die Klägerin will ihm ein hypothetisches Einkommen von Fr. 3'926.– anrechnen (siehe Urk. 1 Rz. 24 ff.). Ihre Ausführungen zum Salarium betreffen nur die Möglichkeit als eine Voraussetzung. Zur zweiten kumulativ erforderlichen Voraussetzung, der Zumutbarkeit, äussert sie sich nicht. Zudem erläutert sie nicht, weshalb mit diesem Einkommen ab dem 1. September 2023 (Urk. 1 S. 2) und damit ohne Übergangsfrist zu rechnen sei. Damit genügt sie den Begründungsanforderungen nicht (E. II.1.2.).

3.5. Auch inhaltlich sind ihre Rügen unbegründet: Das Obergericht kam in seinem Urteil vom 2. Dezember 2021 zum Schluss, dass der Beklagte mit einem Arbeitspensum von deutlich weniger als 80 % in der Lage gewesen sei, mit seiner GmbH ein durchschnittliches Einkommen von Fr. 3'260.– zu erzielen. Gestützt darauf ging es davon aus, dass dies auch in Zukunft möglich sein werde. Wie hoch das Pensum effektiv gewesen sei, konnte das Obergericht nicht abschliessend eruieren (Urk. 5/10/1 S. 19). Vor Vorinstanz gab der Beklagte zu Protokoll, dass er bei einem Pensum von durchschnittlich 60 % mit einem Verdienst von Fr. 3'260.– rechne (Prot. I, S. 24 f.). Gestützt auf das Salarium erachtete die Vorinstanz dies als plausibel (Urk. 2 S. 36). Im Abänderungsverfahren sind die Zahlen zu aktualisieren. Zu fragen ist somit, ob sich die Einkommensverhältnisse des Beklagten geändert haben. Die Klägerin machte vor Vorinstanz indessen keine veränderten Verhältnisse geltend; vielmehr stellte sie sich auf den Standpunkt, dem Beklagten sei hypothetisch das Einkommen eines unselbständig Erwerbenden anzurechnen (Urk. 2 S. 34 f.). Bezüglich des eingereichten Auszugs aus dem Salarium bleibt anzumerken, dass die zehn angenommenen Dienstjahre (Urk. 4/4) falsch sind. Das Salarium definiert die Dienstjahre als "Anzahl Jahre der Zugehörigkeit zu einem Unternehmen". Wird einer Person neu ein hypothetisches Einkommen gestützt auf das Salarium angerechnet, ist entsprechend von null Dienstjahren auszugehen. Inwiefern die übrigen Annahmen der Klägerin zutreffend sind, kann vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen offenbleiben.

3.6. Zusammenfassend genügt die Klägerin den Begründungsanforderungen nicht, soweit sich ihre Berufung gegen das Einkommen des Beklagten richtet. Darüber hinaus ist ihr auch inhaltlich nicht zu folgen.

#### 4. Ergebnis

Auf die Berufung ist nicht einzutreten, da sie den Begründungsanforderungen nicht genügt.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

1. Die Vorinstanz verpflichtete die Klägerin, ab dem 1. September 2023 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 660.– pro Kind und persönliche Unterhaltsbeiträge an den Beklagten von Fr. 311.– zu bezahlen (Urk. 2 S. 64). Bei einer mutmasslich verbleibenden Dauer des Scheidungsverfahrens von zwei Jahren belaufen sich die Alimente auf  $(2 \times \text{Fr. } 660.- + \text{Fr. } 311.-) \times 24 = \text{Fr. } 39'144.-$ . Die Klägerin beantragt ab dem 1. September 2023, Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 84.– pro Kind zahlen zu müssen; zudem sei festzustellen, dass kein Ehegattenunterhalt geschuldet sei (Urk. 1 S. 2). Mithin möchte sie die Alimente auf  $2 \times \text{Fr. } 84.- \times 24 = \text{Fr. } 4'032.-$  reduzieren. Es ist demzufolge von einem Streitwert von Fr. 35'112.– auszugehen.

2. Die Gebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist auf Fr. 1'200.– festzusetzen (§ 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 6 Abs. 1 und 2 lit. b GebV OG und § 5 GebV OG). Sie ist der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen, der Klägerin zufolge Unterliegens (Art. 106 Abs. 1 ZPO), dem Beklagten mangels relevanter Umtriebe (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **IV. Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege**

1. Die Klägerin stellt für den Fall, dass ihr keine Parteientschädigung zugesprochen wird, ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (inklusive unentgeltli-

cher Rechtsverbeiständung; Urk. 1 S. 3). Sie bringt vor, sie verfüge mit ihrem aktuellen Pensum lediglich über ein Einkommen von Fr. 5'366.–. Von diesem Einkommen habe sie Stand heute den Kinderunterhalt sowie auch einen Anteil am Kinderunterhalt des Beklagten sowie einen Ehegattenunterhalt zu leisten. Es sei ihr deshalb wie im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. So sei von den dort angenommenen Beträgen auszugehen, welche sich nicht verändert hätten (Urk. 1 Rz. 50).

2. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und wessen Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen (siehe Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO-Bühler, Art. 119 N 38). Das Gericht hat den Sachverhalt immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO hingegen nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Aus den eingereichten Belegen muss der aktuelle Grundbedarf der gesuchstellenden Person hervorgehen. Die Belege haben zudem über sämtliche finanziellen Verpflichtungen der gesuchstellenden Person sowie über ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse Aufschluss zu geben. Kommt die anwaltlich vertretene gesuchstellende Person ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nach, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (BGer 5A\_783/2022 vom 25. Januar 2023, E. 2.1.2 mit weiteren Hinweisen). Dies gilt grundsätzlich auch für das Rechtsmittelverfahren, da die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 119 Abs. 5 ZPO neu zu beantragen ist (BGer 5A\_783/2022 vom 25. Januar 2023, E. 2.1.3). Ein pauschaler Hinweis auf die Vorakten genügt dabei nicht (BGer 5A\_716/2018 vom 27. November 2018, E. 4.3).

3. Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Person mit den erforderlichen Mitteln eine Berufung erheben würde, welche bereits an den Begründungsanforde-

rungen scheitert. Die Berufung ist deshalb aussichtslos. Darüber hinaus äussert sich die Klägerin nicht zu ihren aktuellen Vermögensverhältnissen, womit sie ihrer Mitwirkungsobliegenheit nicht genügt.

4. Zusammenfassend ist das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren abzuweisen.

#### Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 1, Urk. 3 und Urk. 4/2–4, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 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 beträgt mehr als Fr. 30'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. September 2023

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Chr. Arnold

versandt am: