

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. A. Götschi

Beschluss und Urteil vom 1. November 2022

in Sachen

A._____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

B._____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils (vorsorgliche Massnahmen)**

Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (10. Abteilung) des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. August 2022; Proz. FP210098

Vorsorgliches Massnahmebegehren des Klägers:

(act. 5/21, sinngemäss)

Es sei der Beklagten zu untersagen, den Wohnort der drei gemeinsamen Kinder der Parteien, C._____, D._____ und E._____ von F._____ nach G._____ zu verlegen.

Verfügung des Einzelgerichtes:

(act. 5/35 = act. 3 = act. 4 [Aktenexemplar])

1. Der Antrag des Klägers vom 14. Juni 2022, es sei der Beklagten zu untersagen, den Wohnort der drei gemeinsamen Kinder der Parteien, C._____, D._____ und E._____ von F._____ nach G._____ zu verlegen, wird abgewiesen.
2. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt mit dem Endentscheid.
- 3./4 (Mitteilung / Rechtsmittelbelehrung).

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (act. 2, sinngemäss):

Es sei der Beklagten mit Zwangsmassnahmen zu untersagen, den Wohnort der drei gemeinsamen Kinder der Parteien, C._____, D._____ und E._____, von F._____ nach G._____ zu verlegen.

Prozessualer Antrag (act. 10):

Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

Erwägungen:

1. Sachverhalt / Prozessgeschichte

1.1 Mit Urteil vom 18. Dezember 2018 (act. 5/2) wurde die Ehe der Parteien vom Kreisgericht St. Gallen geschieden und ihnen die gemeinsame elterliche Sorge

über die gemeinsamen Kinder C._____, geb. tt.mm.2008, D._____, geb. tt.mm.2009, und E._____, geb. tt.mm.2012, belassen. Zudem wurde entschieden, dass die Kinder bei der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend: Berufungsbeklagte) wohnen und in der Regel von ihr betreut werden (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1 und 2). Gleichzeitig genehmigte das Kreisgericht die Vereinbarung der Parteien über die Scheidungsfolgen. Darin hatten sich die Parteien insbesondere darauf verständigt, dass die Parteien sich über die Betreuungszeiten des Klägers und Berufungsklägers (nachfolgend: Berufungskläger) unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Kinder laufend absprechen, wobei diese Betreuungszeiten auf seine Kosten gehen und die Berufungsbeklagte die Kinder jeweils zum Berufungskläger bringt und er diese jeweils wieder zu ihr zurückbringt (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 3). Des Weiteren hatten sich die Parteien darauf verständigt, dass der Berufungskläger ab Januar 2019 bis September 2020 insgesamt Fr. 1'170.– und ab Oktober 2020 bis zum Abschluss einer angemessenen Erstausbildung insgesamt Fr. 1'160.–, zzgl. allfällig von ihm bezogene Kinder- und Ausbildungszulagen, als Unterhalt für die gemeinsamen Kinder bezahlt (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 4).

1.2 Seit gut einem Jahr stehen sich die Parteien vor dem Einzelgericht des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung, (nachfolgend: Vorinstanz) in einem Verfahren betreffend Abänderung dieses Scheidungsurteils gegenüber. Als Abänderungsgrund gab der Berufungskläger an, er sei erwerbslos, sein IV-Antrag laufe, er lebe von Sozialhilfe und werde voraussichtlich bald Arbeitslosengeld beziehen (vgl. act. 5/1). Der Gegenstand des Abänderungsverfahrens ist mangels konkreter Anträge des Berufungsklägers vor Vorinstanz noch nicht bekannt (vgl. a.a.O. und Prot. Vi. S. 3 ff.).

1.3 Mit Eingabe vom 14. Juni 2022 (act. 5/21) ersuchte der Berufungskläger die Vorinstanz unter dem Titel "Antrag um elterliche Fürsorge" darum, der Berufungsbeklagten "mit Zwangsmassnahmen" zu untersagen, mit den drei gemeinsamen Kindern von F._____, nach G._____, umzuziehen. Die Berufungsbeklagte beantragte mit Stellungnahme vom 1. Juli 2022 die Abweisung dieses Gesuchs und die Erteilung der Zustimmung zum Aufenthaltsortwechsel der Kinder (act. 5/23).

Mit Eingabe vom 23. Juli 2022 nahm der Berufungskläger nochmals Stellung (act. 5/30).

1.4 Mit Verfügung vom 18. August 2022 (act. 5/35 = act. 3 = act. 4 [Aktenexemplar]) wies die Vorinstanz das Gesuch des Berufungsklägers ab, wonach es der Berufungsbeklagten zu untersagen sei, den Wohnort der drei gemeinsamen Kinder von F._____ nach G._____ zu verlegen (a.a.O., Dispositiv-Ziffer 1). Als Rechtsmittel belehrte sie die Beschwerde (vgl. a.a.O., Dispositiv-Ziffer 4).

1.5 Mit Eingabe vom 5. September 2022 (Datum Poststempel) erhob der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend: Berufungskläger) dagegen rechtzeitig (vgl. act. 5/35 i.V.m. act. 5/37 i.V.m. act. 2 S. 1) "Beschwerde" (act. 2) bei der Kammer.

1.6 Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (vgl. act. 5/1-37). Mit Verfügung vom 13. September 2022 (act. 6) wurde dem Berufungskläger Frist und mit Verfügung vom 4. Oktober 2022 (act. 8) Nachfrist angesetzt, um für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss zu leisten oder ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2022 (act. 10) stellte der Berufungskläger ein solches Gesuch und reichte Unterlagen ins Recht (act. 11/1-5). Auf das Einholen einer Berufungsantwort kann verzichtet werden (Art. 312 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren ist spruchreif. Der Berufungsbeklagten ist mit dem vorliegenden Entscheid lediglich eine Kopie der Berufungsschrift zuzustellen. Auf die Vorbringen des Berufungsklägers ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

2. Prozessuales

2.1 Die Vorinstanz behandelte das Gesuch des Berufungsklägers als vorsorgliches Massnahmebegehren und wies damit den Antrag auf Verweigerung der Zustimmung zu einem Wechsel des Aufenthaltsortes der drei gemeinsamen Kinder der Parteien im Sinne von Art. 301a ZGB von F._____ nach G._____ ab. Gegenstand des Verfahrens ist somit eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit (vgl. BGer 5A_450/2015 vom 11. März 2016, E. 1). Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (vgl. Art. 308

Abs. 1 lit. b ZPO). Die falsche Rechtsmittelbelehrung und -bezeichnung schadet dem Berufungskläger nicht. Seine Beschwerde ist als Berufung entgegenzunehmen.

2.2 Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (vgl. Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus einer Rechtsmittelschrift muss hervorgehen, dass und weshalb der Rechtsuchende einen Entscheid anfecht und inwieweit dieser geändert oder aufgehoben werden soll. Die Berufungseingabe muss demnach auch Rechtsbegehren enthalten (vgl. BGE 137 III 617 ff., E. 4.2.2). Im Rahmen der Begründung hat sich die Berufung führende Partei mit den Erwägungen der Vorinstanz im Einzelnen auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren des Bezirksgerichts falsch war (Begründungsobliegenheit). Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, sich mit Hinweisen auf frühere Prozesshandlungen zufriedenzugeben oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1 = Pra 102 [2013] Nr. 4). An Rechtsmitteleingaben von juristischen Laien werden nur minimale Anforderungen gestellt. Als Antrag genügt eine Formulierung, aus der sich mit gutem Willen herauslesen lässt, wie das Obergericht entscheiden soll. Als Begründung reicht aus, wenn (auch nur rudimentär) zum Ausdruck kommt, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet bzw. weshalb der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten unrichtig sein soll (vgl. statt vieler OGer ZH PF170034 vom 9. August 2017, E. 2.1 m.w.H.; NQ110031 vom 9. August 2011; PF110034 vom 22. August 2011, E. 3.2). Diese Begründungsanforderungen gelten grundsätzlich auch, soweit – wie hier – Kinderbelange betroffen sind, in welchen der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz (Art. 296 Abs. 1 ZPO) und die Oficialmaxime (Art. 296 Abs. 3 ZPO) gelten (vgl. BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1; BGer 5A_206/2016 vom 1. Juni 2016, E. 4.2.1; 5D_141/2014 vom 28. April 2014, E. 3.4; je m.w.H.). Die Berufungsinstanz hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der in der schriftlichen Begründung gegen das erstinstanzliche Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken (vgl. BGE 142 III 413 ff., E. 2.2.4). Soweit Beanstandungen konkret vorgebracht werden, wendet die Berufungsinstanz

das Recht von Amtes wegen an (vgl. Art. 57 ZPO). Es ist am Berufungskläger, anhand der bereits festgestellten Tatsachen oder der daraus gezogenen rechtlichen Schlüsse aufzuzeigen, inwiefern sich die Überlegungen des erstinstanzlichen Gerichts nicht aufrecht erhalten lassen (vgl. BGer 5A_164/2019 vom 20. Mai 2020, E. 5.2.3 m.w.H.). Fehlt eine hinreichende Begründung, tritt die Berufungsinstanz insoweit auf die Berufung nicht ein (vgl. etwa BGE 138 III 374 ff., E. 4.3.1; BGer 5A_438/2012 vom 27. August 2012, E. 2.2 je m.w.H.).

2.3 Im Berufungsverfahren kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Zur unrichtigen Rechtsanwendung gehört auch die falsche Ermessensausübung, weshalb sie im Gesetz nicht eigens erwähnt wird. Die Berufungsinstanz kann die Berufung mit einer anderen Argumentation gutheissen oder diese mit einer von der Argumentation der ersten Instanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGer 4A_397/2016 vom 30. November 2016, E. 3.1). Grundsätzlich auferlegt sich die Berufungsinstanz bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden der Vorinstanz jedoch insoweit Zurückhaltung, als sie nicht eigenes Rechtsfolgeermessen ohne Weiteres an die Stelle des vorinstanzlichen stellt, insbesondere dann, wenn es örtliche und persönliche Verhältnisse zu berücksichtigen gilt, denen das Sachgericht näher steht (vgl. BLICKENSTORFER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 310 N 10; BK ZPO-STERCHI, Bern 2012, Art. 310 N 3 i.V.m. N 6 ff. je m.w.H.).

3. Materielles

3.1 Vorinstanz und Berufungskläger

3.1.1 Die Vorinstanz erwog zum einen, es sei unbestritten, dass die hauptsächlich von der Berufungsbeklagten betreuten Kinder der Parteien an den Besuchswochenenden schon bis anhin jeweils alleine mit dem Zug zum Berufungskläger gereist seien und dies auch in Zukunft vom neuen Wohnort in G. _____ aus tun könnten, wenngleich die Reise länger dauern werde. Der Wohnortswechsel habe damit keine erheblichen Auswirkungen auf den persönlichen Verkehr der Kinder zum Berufungskläger (act. 4 E. 4.2). Zum anderen erwog die Vorinstanz, die

Schwierigkeiten betreffend die medizinische Betreuung der Kinder beruhten hauptsächlich auf den unterschiedlichen Ansichten der Parteien und wirkten sich unabhängig vom Wohnort der Kinder bei gemeinsamer elterlicher Sorge negativ auf die Kinder aus. Einzig die Begleitung zu Arztbesuchen am neuen Wohnort in G._____ werde durch den Wohnortswechsel erschwert. Der Berufungskläger könne aber weiterhin – in Absprache mit der Berufungsbeklagten – auch Arztbesuche in Zürich machen während der Besuche der Kinder oder aber die Kinder – mit für ihn vergleichbarer Reisezeit statt wie bisher nach F._____ – im Raum H._____/I._____ für Arztbesuche treffen; auch I._____ verfüge über ein Kantonsspital. Die Ausübung der elterlichen Sorge in medizinischer Hinsicht werde für den Berufungskläger daher nicht erheblich erschwert (a.a.O., E. 4.3).

Zusammengefasst hielt die Vorinstanz fest, der Wohnortswechsel von F._____ nach G._____ bedürfe keiner Zustimmung durch den Berufungskläger und auch keines (diese ersetzenden) gerichtlichen Entscheids. Zudem lägen keine Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung vor (vgl. a.a.O., E. 4.2 und 4.3). Selbst wenn eine Zustimmung notwendig wäre, wären die entsprechenden Auswirkungen vom Berufungskläger hinzunehmen und der Berufungsbeklagten der Wohnortswechsel zu bewilligen. Das Gesuch des Berufungsklägers, es sei der Berufungsbeklagten zu untersagen, den Wohnort der Kinder zu wechseln, sei daher abzuweisen (a.a.O., E. 4.4).

3.1.2 Der Berufungskläger beantragt auch in seiner Berufung im Zusammenhang mit dem Wegzug ohne weitere Begründung "Zwangsmassnahmen" (vgl. act. 2 S. 1 und act. 5/21 S. 1). Den Erwägungen der Vorinstanz zu den Auswirkungen auf den persönlichen Umgang mit den Kindern hält er im Wesentlichen entgegen, es sei unverhältnismässig, dass die Kinder alleine von G._____ nach Zürich reisen müssten. Ausserdem bringt er neu vor, dass sich die Kosten für die Zugfahrt für ihn mehr als verdoppelt hätten, und dass die Berufungsbeklagte die Billette für die Fahrt im Voraus verlange. Nachdem es Diskussionen gegeben habe, habe sie ihm die Kinder für das Wochenende verweigert (vgl. act. 2 S. 1). Zu den Erwägungen der Vorinstanz zu den Auswirkungen auf die elterliche Sorge führt der Berufungskläger im Wesentlichen aus, es seien bei D._____ weitere Ab-

klärungen bezüglich Allergie zu treffen; auch der Bruder von D._____ weise Anzeichen einer allergischen Reaktion auf. Es sei ihm aus beruflichen Gründen nicht möglich, Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Kinder zu ergreifen und die Berufungsbeklagte verweigere diesbezüglich jede Unterstützung (a.a.O., S. 2).

3.2 Würdigung

3.2.1 Vorab ist festzuhalten, dass gestützt auf Art. 307 Abs. 3 ZGB ein Verbot des Umzugs als Weisung möglich ist, wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes einer Kindeswohlgefährdung gleichkommt (vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., Art. 301a N 16). Auch ein strafbewehrtes Verbot des Umzugs innerhalb der Schweiz kommt nur dann in Frage, wenn der Wechsel des Aufenthaltsorts das Kindeswohl gefährdet. Eine Kindeswohlgefährdung ist etwa zu bejahen, wenn das Kind an einer Krankheit leidet und ihm am neuen Wohnort die nötige medizinische Versorgung nicht gewährt werden kann (vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, a.a.O., Art. 301a N 2 i.V.m. 15 f.).

Dass – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – eine Kindeswohlgefährdung vorliege und beispielsweise einem gemeinsamen Kind der Parteien am neuen Wohnort die nötige medizinische Versorgung nicht gewährt werden könne, machte und macht der Berufungskläger nicht geltend. Für eine Kindeswohlgefährdung bestehen auch keine Anhaltspunkte. Der Berufungskläger kann – wie die Vorinstanz bereits ausführte – die Kinder insbesondere auch bei Arztbesuchen im Raum H._____/I._____ begleiten; auch I._____ verfügt über ein Kantonsspital. Zwangsmassnahmen fallen daher mangels Anhaltspunkten für eine Kindeswohlgefährdung von vornherein ausser Betracht.

Zu prüfen bleibt hier, ob der Wechsel des Aufenthaltsorts der Kinder der Zustimmung des Berufungsklägers oder der Entscheidung des Gerichts im Sinne von Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB bedarf.

3.2.2 Üben die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam aus und will ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes wechseln, so bedarf dies namentlich dann der Zu-

stimmung des andern Elternteils oder der Entscheidung des Gerichts oder der Kinderschutzbehörde, wenn der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den andern Elternteil hat (Art. 301a Abs. 2 lit. b ZGB). Wenn bei Uneinigkeit der Eltern das Gericht über einen Wechsel des Aufenthaltsorts von Kindern zu entscheiden hat, so hat es zwingend auch die Regelung betreffend elterliche Sorge, Obhut, persönlichen Verkehr und Unterhalt zu beurteilen bzw. die Betreuungs-, Besuchsrechts- und Unterhaltsregelung soweit nötig anzupassen, und zwar gegebenenfalls auch für den Fall, dass der wegziehende Elternteil alleine wegzieht (Art. 301a Abs. 5 ZGB; vgl. BGE 142 III 481 ff., E. 2.8). Dem wegzugswilligen Elternteil, welcher die Kinder bislang überwiegend betreut hat und dies auch in Zukunft tun wird, ist die Verlegung des Aufenthaltsortes der Kinder in der Regel zu bewilligen (vgl. BGE 142 III 481 ff., E. 2.7 und 142 III 502 ff., E. 2.5 je mit weiteren Hinweisen). Zustimmungsbedürftig ist der Umzug namentlich dann, wenn er zur Notwendigkeit der Neuregelung der Kinderbelange führt. Massgeblich ist somit im Regelfall, ob sich das bisherige Betreuungsmodell in unveränderter Form oder mit geringen Anpassungen weiterführen lässt oder ob dies aufgrund des Umzuges nicht der Fall ist (vgl. BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, 7. Aufl. 2022, Art. 301a N 9 mit Verweis auf BGE 142 III 502 ff., E. 2.4.1).

3.2.3 Mit der vorinstanzlichen Erwägung, wonach die Schwierigkeiten betreffend die medizinische Betreuung der Kinder hauptsächlich auf den unterschiedlichen Ansichten der Parteien beruhen und sich diese unabhängig vom Wohnort der Kinder bei gemeinsamer elterlicher Sorge negativ auf die Kinder auswirken würden, setzt sich der Berufungskläger nicht auseinander. Darauf kann somit nicht weiter eingegangen werden.

Inwiefern es dem Berufungskläger aus beruflichen Gründen nicht möglich sein soll, Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Kinder zu ergreifen (wie insbesondere weitere Abklärungen bezüglich Allergie), wenn die Kinder neu in G._____ wohnten, führt er nicht aus und dies ist nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Wie die Vorinstanz bereits festhielt, wird die Begleitung von Arztbesuchen der Kinder durch den Wohnortwechsel zwar erschwert. Doch können Arzt-

besuche nach einem Umzug der Kinder (wie teilweise in der Vergangenheit) auch in Zürich oder im Raum H. _____/I. _____ durchgeführt werden (vgl. act. 4 E. 4.3).

Ebenfalls unabhängig vom Wohnort haben sich die Parteien als Eltern ihrer 10-, 13- und 14-jährigen Kinder zu verständigen, ob sie diese – wie bis anhin von F. _____ nach Zürich – ohne (volljährige) Begleitung mit dem Zug reisen lassen wollen oder nicht. Inwiefern der längere Reiseweg (erhebliche) Auswirkungen haben und sich das bisherige Betreuungsmodell deshalb nicht in unveränderter Form oder mit geringen Anpassungen weiterführen lassen soll, ist bei summarischer Betrachtung nicht erkennbar. Daran ändert auch nichts, dass C. _____ einmal über aufkommende Anzeichen einer Erkältung geklagt habe und die Zugfahrt nicht auf sich habe nehmen wollen (vgl. act. 2 S. 1).

3.2.4 In Bezug auf die Auswirkungen auf die Ausübung des persönlichen Umgangs mit den Kindern führt der Berufungskläger nicht aus, dass und inwiefern aufgrund der geltend gemachten Mehrkosten für die Zugfahrt sich das bisherige Betreuungsmodell nicht in unveränderter Form oder mit geringen Anpassungen weiterführen lassen soll. Dies ist auch nicht ohne weiteres ersichtlich. Denn die finanziellen Verhältnisse des Berufungsklägers (vgl. dazu nachfolgend E. 4.2), namentlich auch seine Ausgaben, legt er nicht dar, weshalb insbesondere auch nicht ersichtlich ist, dass er für diese Mehrkosten nicht (oder nicht mehr) aufkommen könnte.

Sollte die Berufungsbeklagte dem Berufungskläger das Wochenende mit den Kindern verweigern, wenn er deren Billette nicht zum Voraus bezahlt, hätte dies zwar erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung des persönlichen Umgangs des Berufungsklägers mit den Kindern, weil der persönliche Umgang daran scheitern könnte. Diese Problematik bestünde allerdings ebenfalls unabhängig vom Wohnort der Kinder bzw. wäre nicht (oder auf jeden Fall nicht allein) auf den Wegzug zurückzuführen.

3.2.5 Es ist somit insgesamt nicht ersichtlich, inwiefern sich das bisherige Betreuungsmodell nach dem Wegzug bzw. aufgrund des Wegzugs nicht unverändert weiterführen lassen soll. Der Vorinstanz ist somit darin zuzustimmen, dass der

Wegzug nicht der Zustimmung des Berufungsklägers oder einer Entscheidung des Gerichts bedarf und der Berufungsbeklagten der Umzug deshalb nicht zu untersagen ist.

Anzumerken bleibt, dass es dem Berufungskläger freisteht, vor Vorinstanz im Rahmen des Hauptverfahrens betreffend Abänderung des Scheidungsurteils allenfalls eine Neuregelung von Unterhaltsbeiträgen zu beantragen, sollten sich seine finanziellen Verhältnisse seit dem Scheidungsurteil erheblich und dauerhaft verändert haben.

3.3 Fazit

Nach dem Gesagten ist die Berufung abzuweisen und die Verfügung des Einzelgerichts, 10. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. August 2022 (Geschäfts-Nr. FP210098/Z04) zu bestätigen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1 Da die Berufung abzuweisen ist, wird der Berufungskläger kostenpflichtig (vgl. Art. 106 ZPO). Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wie hier (vgl. oben E. 2.1) wird die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen und beträgt in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 Abs. 1 GebV OG). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist auf Fr. 800.– festzusetzen (vgl. § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 GebV OG) und dem Berufungskläger aufzuerlegen.

4.2 Von den Gerichtskosten wird befreit, wem die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wird (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO). Der Berufungskläger ersucht um unentgeltliche Rechtspflege (vgl. act. 10). 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). Eine Partei gilt gemäss Rechtsprechung als mittellos, wenn sie die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne jene Mittel anzugreifen, die für die Deckung des eigenen notwendigen Lebensunterhalts und desjenigen ihrer Familie erforderlich sind. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten

wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Die Behörde hat sämtliche Umstände im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu würdigen und der gesamten wirtschaftlichen Situation der gesuchstellenden Person Rechnung zu tragen (vgl. BGE 141 III 369 ff., E. 4.1 m.w.H.).

Aus den eingereichten Unterlagen geht hervor, dass sich der Kontostand des Lohnkontos des Berufungsklägers bei der J._____ per 11. Oktober 2022 auf Fr. 25.15 belief (vgl. act. 11/5) und jener seines Kartenkontos per 31. Dezember 2021 auf Fr. 2'856.25 (vgl. act. 11/4). Zudem erhält der Berufungskläger seit einer Pfändung (Pfändungsanzeige vom 23. September 2022) keine (Ersatz-)Einkommen mehr ausbezahlt, welche sein Existenzminimum von Fr. 2'788.– übersteigen (vgl. act. 11/2 S. 1 unten). Es ist daher davon auszugehen, dass der Berufungskläger im Sinne von Art. 117 ZPO nicht über die erforderlichen Mittel verfügt. Zudem erscheint seine Berufung nicht geradezu aussichtslos, sodass ihm für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist.

Es wird beschlossen:

1. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
2. Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Die Verfügung des Einzelgerichts, 10. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich vom 18. August 2022 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt, dem Berufungskläger auferlegt, jedoch infolge Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

Die Nachzahlungspflicht des Berufungsklägers gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Umtriebs- oder Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage einer Kopie der Berufungsschrift (act. 2), sowie an das Einzelgericht, 10. Abteilung, des Bezirksgerichtes Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: