

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY240020-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur.
R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiber MLaw B. Lakic

Beschluss und Urteil vom 18. Februar 2025

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Y._____,

betreffend **vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Scheidungs-
verfahrens**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Bezirksge-
richtes Zürich vom 18. April 2024; Proz. EF230005**

Rechtsbegehren:

der Gesuchstellerin (act. 1)

1. [...]

2. Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, zu Händen der Gesuchstellerin ab 25.11.2022 monatliche Kinderunterhaltsbeiträge
für C. _____ von mindestens CHF 1'168
für D. _____ von mindestens CHF 1'324
für E. _____ von mindestens CHF 1'179
zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Familienzulagen zu zahlen. Die genaue Bezifferung bleibt bis zum Abschluss des Beweisverfahrens ausdrücklich vorbehalten (Art. 85 Abs. 2 ZPO).
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten des Beklagten [rechte: Gesuchsgegner].

des Gesuchsgegners (act. 33 S. 2)

1. Es sei das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Scheidungsverfahrens in Bezug auf Antrag Ziff. 2 betr. Unterhalt (Gesuch vom 22. April 2023) abzuweisen.
2. [...]
3. [...]
4. [...]
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin.

Urteil des Bezirksgerichtes:

- " 1. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, für die drei Kinder monatliche Kinderunterhaltsbeiträge, zzgl. Kinderzulagen, wie folgt zu bezahlen:
 - a) CHF 1'000.- für C. _____
 - b) CHF 1'070.- für D. _____
 - c) CHF 1'000.- für E. _____

Diese Unterhaltsbeiträge schuldet der Gesuchsgegner rückwirkend ab 1. März 2023 und für die weitere Dauer des im Ausland geführten Scheidungsprozesses im Sinne einer vorsorgliche Massnahme.

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar an die Gesuchstellerin; die in Zukunft geschuldeten jeweils monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

2. Es wird festgehalten, dass sich die Parteien bezüglich der übrigen Kinderbelange für die weitere Dauer des im Ausland geführten Scheidungsprozesses in der Vereinbarung vom 23. August 2023 - genehmigt mit Teil-Urteil vom 28. August 2023 - geeinigt haben.
3. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 6'300.- festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. [Mitteilung]
6. [Rechtsmittel]"

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners (act. 58 S. 2):

- " 1. Es sei Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts (5. Abteilung) des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2024 aufzuheben und es sei stattdessen der Berufungskläger zu verpflichten, ab 1. März 2024 für die Kinder C.____, D.____ und E.____ monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von je CHF 412.00 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.1 % MwSt.) zu Lasten der Berufungsbeklagten."

prozessuale Anträge des Gesuchsgegners (act. 58 S. 2)

- " 1. [aufschiebende Wirkung]
2. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege sowie die unentgeltliche Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt lic. iur. X.____, ... [Adresse], zu bewilligen."

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich seit dem 16. Februar 2021 im Scheidungsverfahren vor dem Amtsgericht Charlottenburg, Berlin, gegenüber und haben drei gemeinsame Kinder: C._____, geboren am tt.mm.2010, D._____, geboren am tt.mm.2012, und E._____, geboren am tt.mm.2015. Die Gesuchstellerin hat ihren Wohnsitz seit 16. Dezember 2021 in Zürich, der Gesuchsgegner wohnt in Deutschland. Seit dem 25. November 2022 leben die drei Kinder der Parteien bei der Gesuchstellerin in der Schweiz.

2.1. Mit Eingabe vom 24. April 2023 (Datum Poststempel) reichte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen im ausländischen Scheidungsverfahren mit den vorstehend wiedergegebenen Rechtsbegehren ein (act. 1). Die Parteien wurden in der Folge auf den 23. August 2023 zu einer Vergleichsverhandlung vorgeladen (act. 5 f.). Anlässlich der Verhandlung einigten sich die Parteien über die Obhutszuteilung der Kinder an die Gesuchstellerin, die Betreuungsregelung sowie weitere Kinderbelange (act. 26); über die Unterhaltspflicht konnten sich die Parteien nicht einigen. Die Vorinstanz genehmigte die Vereinbarung der Parteien mit Teil-Urteil vom 28. August 2023 (act. 28).

2.2. Mit Verfügung vom 28. August 2023 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um seine schriftliche Gesuchsantwort zu den Anträgen der Gesuchstellerin betreffend Unterhaltspflicht einzureichen (act. 27). Die Gesuchsantwort datiert vom 7. Oktober 2023 (act. 33) und wurde der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 11. Oktober 2023 zur Stellungnahme zugestellt (act. 33 und act. 36). Am 21. November 2023 reichte die Gesuchstellerin ihre Stellungnahme ein (act. 39).

2.3. Mit Verfügung vom 28. November 2023 setzte die Vorinstanz dem Gesuchsgegner Frist an, um diverse Unterlagen zu seinen finanziellen Verhältnissen zu edieren und sich zu den neuen Vorbringen der Gesuchstellerin in ihrer Eingabe

vom 21. November 2023 vernehmen zu lassen (act. 41). Er kam dieser Aufforderung – teilweise nach Gewährung einer Notfrist – nach (act. 43 – 52/34). Auf die mit Verfügung vom 13. Februar 2024 angesetzte Frist (act. 53), um zu den durch den Gesuchsgegner eingereichten Eingaben und Unterlagen Stellung zu nehmen, reagierte die Gesuchstellerin nicht.

2.4. Mit Urteil vom 18. April 2024 erliess die Vorinstanz ihren Entscheid im Sinne vorsorglicher Massnahmen im ausländischen Scheidungsverfahren (act. 56 = act. 62 [Aktenexemplar]; zur ausführlichen Prozessgeschichte bis zu diesem Entscheid s. ebendiesen, S. 3 ff.).

3.1. Gegen den Entscheid erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 6. Mai 2024 rechtzeitig Berufung (act. 58; zur Rechtzeitigkeit s. act. 57/2). In prozessualer Hinsicht beantragte er die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung für das Berufungsverfahren (act. 58 S. 2). Mit Verfügung vom 15. Mai 2024 wurde der Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und die Prozessleitung delegiert (act. 63).

3.2. Mit Eingabe vom 24. Juni 2024 reichte der Gesuchsgegner Unterlagen betreffend seine finanziellen Verhältnisse ein (act. 68 f.).

4. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 1 – 58). Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Anfechtungsobjekt ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren, mit dem die Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners gegenüber seinen Kindern geregelt wurde. Im vorliegenden Fall sind bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft nach Schweizer Recht sinngemäss anwendbar (Art. 4 Abs. 1 HUÜ i.V.m. Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; ANNETTE DOLGE/EVA BENGTTSSON, DIKE-Komm-ZPO, 3. Aufl. 2025, Art. 276

N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung und es gilt, soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind, die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Das hat die Vorinstanz bereits zutreffend und ausführlich dargestellt, weshalb darauf verwiesen werden kann (vgl. act. 62 S. 8 ff.).

2.1. Gegen erstinstanzliche Entscheide betreffend vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Dabei stellt das Berufungsverfahren keine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens dar, sondern ist nach der gesetzlichen Konzeption als eigenständiges Verfahren ausgestaltet (BGE 142 III 413 E. 2.2.1 m.H. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann die unrichtige Rechtsanwendung und die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Berufungsverfahren grundsätzlich nur zuzulassen, wenn sie (a) ohne Verzug vorgebracht werden und (b) trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 ZPO). Erforscht das Gericht den Sachverhalt wie vorliegend von Amtes wegen, können die Parteien im Berufungsverfahren Noven jedoch auch dann vorbringen, wenn die Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.; vgl. auch BGer 5A_1032/2019 vom 9. Juni 2020 E. 4.2).

2.2. Die Berufung ist bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Aus der Begründungspflicht ergibt sich, dass die Berufung zudem (zu begründende) Rechtsmittelanträge zu enthalten hat. In der Begründung hat eine Berufung führende Partei der Rechtsmittelinstanz daher im Einzelnen darzulegen, aus welchen Gründen der angefochtene Entscheid falsch ist und abgeändert werden soll. Es genügt nicht, in einer Berufungsschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und/oder pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben (wie z.B. er sei falsch oder willkürlich), oder bloss das zu wiederholen, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde (sog. Begründungslast; vgl. OGer ZH, LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 m.w.H.; OGer ZH, PF120022 vom 1. Juni 2012 E. 4.1). Zwar

besteht keine eigentliche Rügepflicht (sondern nur eine Rügeobliegenheit), aber die Berufung führende Partei muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des erstinstanzlichen Entscheides auseinandersetzen. Sie muss darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet hat bzw. welcher Sachverhalt unrichtig festgestellt worden sein soll. Danach muss sie den vorinstanzlichen Erwägungen die aus ihrer Sicht korrekte Rechtsanwendung resp. den korrekten Sachverhalt gegenüberstellen und darlegen, zu welchem abweichenden Ergebnis dies führen soll. Dies gilt selbst im Bereich der Untersuchungsmaxime (vgl. zum Ganzen etwa HUNGERBÜHLER, DIKE-Komm-ZPO, a.a.O., Art. 311 N 30 ff. und N 36 ff.; ZK ZPO-REETZ/THEILER, 4. Aufl. 2025, Art. 311 N 36 f.; vgl. OGer ZH LB110049 vom 5. März 2012 E. 1.1 f., jeweils mit zahlreichen Verweisen). Ferner befreit der Untersuchungsgrundsatz die Parteien nicht davon, an der Sammlung des Prozessstoffes aktiv mitzuwirken. Insbesondere obliegt es ihnen, dem Gericht das Tatsachenmaterial mit vollständigen und bestimmten Behauptungen zu unterbreiten und die entsprechenden Beweismittel zu bezeichnen (FamKomm Scheidung/SCHWEIGHAUSER, 4. Aufl. 2022, Anh. ZPO Art. 296 N 11).

3. Die Berufung vom 6. Mai 2024 wurde – wie dargelegt – innert der Rechtsmittelfrist schriftlich, mit Anträgen versehen und begründet bei der Kammer als der zuständigen Rechtsmittelinstanz eingereicht. Der Gesuchsgegner ist durch den angefochtenen Entscheid beschwert und zur Berufung legitimiert. Es ist daher auf die Berufung einzutreten.

4. Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens ist die für die Dauer des ausländischen Scheidungsverfahrens geltende Unterhaltspflicht des Gesuchsgegners gegenüber den Kindern. In Bezug auf den vorinstanzlichen Entscheid rügt der Gesuchsgegner, dass die Vorinstanz ihm rückwirkend ab dem 1. März 2023 ein hypothetisches Einkommen von rund CHF 5'040.– angerechnet habe (vgl. act. 58 Rz. 5 und Rz. 16 ff.). Darüber hinaus moniert er die vorinstanzlichen Feststellungen betreffend einiger Bedarfspositionen von ihm (act. 58 Rz. 5 und Rz. 30 ff.). Auf die Ausführungen des Gesuchsgegners ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Berufungsentscheid relevant sind.

III.

A. Einkommen des Gesuchsgegners

1. Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid, dem Gesuchsgegner rückwirkend ab dem 1. März 2023 ein hypothetisches Einkommen von monatlich rund CHF 5'040.– anzurechnen, auf den Arbeitsvertrag zwischen ihm und der F. _____ AG vom 12. Januar 2023. Die Vorinstanz erwog, daraus gehe hervor, dass der Gesuchsgegner ab 1. März 2023 eine Festanstellung als Fachreferent im Bereich Unternehmensstrategie gehabt habe. Die jährliche Grundvergütung habe EUR 105'000.– brutto pro Jahr betragen. Der Gesuchsgegner habe diese Stelle in der Folge allerdings nicht angetreten. Was der Gesuchsgegner als Begründung dafür ausführe – Wegzug der Kinder in die Schweiz ohne Verabschiedung, Verlust der Stelle bei der G. _____, Trennung von der Gesuchstellerin und schwere Arbeitsmarktlage wegen der Corona-Krise etc. – überzeuge bei Weitem nicht. Es sei zwar durchaus nachvollziehbar, dass die Gesamtumstände Ende 2019 bis zum Wegzug der Gesuchstellerin in die Schweiz Ende 2021 sehr belastend für den Gesuchsgegner gewesen seien und es damals – auch wegen der Corona-Krise – schwierig gewesen sei, eine neue Stelle zu finden. Ebenfalls nachvollziehbar sei, dass sein Unterliegen im Streit um das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Kinder vor dem Amtsgericht Kreuzberg gemäss Urteil vom 17. November 2022 den Gesuchsgegner hart getroffen habe. Hingegen belege die Tatsache, dass der Gesuchsgegner just in der für ihn schwierigen Zeit nach diesem Unterliegen und dem Wegzug der Kinder Ende November 2022 in die Schweiz eine neue Festanstellung habe finden können, dass er nicht derart psychisch habe belastet sein können, dass ihm der Antritt der Stelle aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre. Der Gesuchsgegner habe auch keine entsprechenden ärztlichen Bescheinigungen vorgelegt. Spätestens mit dem Beschluss vom 22. Februar 2023, mit welchem seine Beschwerde gegen das Urteil vom 17. November 2022 abgewiesen worden sei, habe dem Gesuchsgegner klar gewesen sein müssen, dass er gegenüber seinen Kindern unterhaltspflichtig sein werde, zumal sich die Parteien seit Mitte Februar 2021 in Deutschland in einem Scheidungsverfahren gegenüberstünden. Er wäre gestützt auf seine Unterhalts-

pflicht gegenüber seinen Kindern verpflichtet gewesen, diese Stelle anzutreten, um seinen finanziellen Beitrag an die Lebenshaltungskosten der Kinder leisten zu können. Unter diesen Umständen sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner die Stelle gemäss dem Anstellungsvertrag vom 12. Januar 2023 mutwillig nicht angetreten habe und daher freiwillig und ohne sachliche Gründe auf ein Einkommen verzichtet habe, mit welchem er in der Lage gewesen wäre, wesentlich zur Bestreitung des Barbedarfs der Kinder beizutragen, wozu er nach der Obhutszuteilung der Kinder an die Mutter verpflichtet sei, und er behaupte – zu Recht – nicht, um diese Verpflichtung nicht gewusst zu haben (act. 62 S. 16 f.)

2.1. Dagegen bringt der Gesuchsgegner berufungsweise vor, er habe sich bei der F. _____ AG effektiv ein paar Wochen vor der Zustellung des Entscheids des Amtsgerichts Kreuzberg vom 17. November 2022 betreffend das Aufenthaltsbestimmungsrecht und vor der zwischen den Parteien unabgesprochenen "Abreise" der Kinder vom 25. November 2022 (ohne Verabschiedung und ohne persönliche Sachen der Kinder) für die entsprechende anspruchsvolle Stelle bei der F. _____ AG beworben. Nach der Bewerbung am 26. Oktober 2022 und dem Gespräch mit Vorgesetzten am 10. November 2022, bei welchem bereits eine mündliche Zusage für die Stelle erfolgt sei, habe es noch eine Weile gedauert, bis der unterzeichnete Arbeitsvertrag zugestellt worden sei. In diesem Zeitpunkt habe er demnach noch nicht unter dem Schock des Entscheids des Amtsgerichts Kreuzberg vom 17. November 2022 und des abrupten Wegzugs der Kinder am 25. November 2022 gestanden (act. 58 Rz. 19).

Erst mit der Eröffnung des Beschwerdeentscheids betr. Aufenthaltsbestimmungsrecht vom 22. Februar 2023, mit welchem auf die Beschwerde wegen der inzwischen nicht mehr gegebenen Zuständigkeit nicht eingetreten worden sei, sei für ihn der Entscheid über das Aufenthaltsbestimmungsrecht für die Kinder definitiv geworden. Bis dahin sei für ihn noch nicht definitiv geklärt gewesen, wo die Kinder künftig leben würden. Und genau zu diesem Zeitpunkt hätte er die neue besonders anspruchsvolle Stelle antreten sollen, wozu er sich aufgrund der gesamten belastenden Umstände nicht mehr in der Lage gesehen habe (act. 58 Rz. 21).

2.2. In Bezug auf die rückwirkende Anrechnung rügt der Gesuchsgegner, eine solche sei gemäss Rechtsprechung der Ausnahmefall. Auf die von der Vorinstanz zitierte Rechtsprechung könne nicht abgestellt werden, da der betreffende Entscheid ein Abänderungsverfahren betroffen habe, während in der vorliegenden Fallkonstellation erstmals Unterhaltsbeiträge festgelegt würden. Vor allem aber könne die Fallkonstellation, dass der Unterhaltsschuldner eine bestehende Anstellung kündige, nicht ohne Weiteres mit der Situation, dass eine Anstellung mit einer Probezeit von sechs Monaten nicht angetreten werde, gleichgestellt werden. Im Letzteren Fall bestehe immer ein erhebliches Risiko, dass die Anstellung wieder verloren gehen könnte, was umso mehr bei einer sechsmonatigen Probezeit und einer längeren vorausgehenden Arbeitslosigkeit gelte (act. 58 Rz. 25 ff.).

2.3. Der Gesuchsgegner macht weiter geltend, es sei auf sein tatsächliches Einkommen abzustellen. Aufgrund der von ihm "weitergeführten intensiven Stellensuchbemühungen" habe er ab 1. Februar 2024 eine neue Anstellung bei einer Firma für erneuerbare Energien gefunden. Der Netto-Lohn betrage gemäss Lohnabrechnung März 2024 CHF 4'193.00 (EUR 4'279.00). Darauf sei für den Unterhalt ab März 2024 abzustellen, da im Februar der erste Lohn aus dieser Anstellung erzielt worden sei und die Unterhaltsbeiträge vorschüssig zu bezahlen seien (act. 54 Rz. 24 m.H. auf act. 61/4).

3.1. Wie bereits die Vorinstanz festhielt, erscheint durchaus nachvollziehbar, dass insbesondere der Zeitraum Mitte/Ende November 2022, als das Urteil des Amtsgerichts Kreuzberg vom 17. November 2022 gefällt wurde und daraufhin die Kinder nach Zürich weggezogen sind, den Gesuchsgegner nicht unberührt liessen. Aufgrund der neu eingereichten Belege ist nicht auszuschliessen, dass er die Stelle bei der F. _____ AG bereits vor Mitte/Ende November 2022 gefunden hat; die Bestätigung des Eingangs seiner Bewerbung vom 26. Oktober 2022 belegt dies (act. 61/3 S. 1). Auch dass am Donnerstag, (wohl) 10. November 2022, ein Gespräch zwischen ihm und Vertretern der F. _____ AG stattgefunden hat, ist nicht auszuschliessen (act. 61/3 S. 2). Dass der Zustand des Gesuchsgegners durch die Vorfälle im Herbst 2022 allerdings derart schlecht gewesen sein soll, dass er die Stelle im März 2023 nicht antreten konnte, ist dennoch unglaubhaft:

Immerhin hat er in der Eingabe vom 17. Januar 2023 – und damit weit nach diesen Umständen im Herbst 2022 – im Deutschen Gerichtsverfahren ausführen lassen, er habe eine neue Arbeitsstelle, die er zum 1. März 2023 antreten könne (act. 40/36 S. 2 2. Absatz mit Verweis auf einen Arbeitsvertrag, bei dem es sich um denjenigen mit der F._____ AG handelte, vgl. act. 48 Rz. 31). Von einem Schockzustand nach dem Entscheid des Amtsgerichts Kreuzberg vom 17. November 2022 und dem Wegzug der Kinder am 25. November 2022 ist darin keine Rede. Ein Zusammenhang zwischen dem – behaupteten – schlechten gesundheitlichen Zustand Mitte/Ende November 2022 und dem Nichtantritt der neuen Stelle ist folglich nicht glaubhaft.

3.2. Dies ändert jedoch ohnehin nichts an der Tatsache, dass der Gesuchsgegner keine ärztlichen Zeugnisse – und damit objektive Anhaltspunkte – vorlegte, wonach ihm der Antritt der Stelle per 1. März 2023 aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre. Weder im vorinstanzlichen Verfahren noch in seiner Berufung äussert er sich darüber, weshalb er dies unterlassen hat. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass im Verhältnis zu unmündigen Kindern – wie hier – nach der Rechtsprechung besonders hohe Anforderungen an die Ausnützung der Erwerbskraft zu stellen sind. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, in welchem der Gesuchsgegner gar eine bereits vereinbarte Arbeitstätigkeit von sich aus nicht antrat, dass er umso mehr darzulegen (gehabt) hätte, weshalb er dies nicht tat. Dass er unter diesen Umständen gar nicht erst geltend macht, ärztliche oder therapeutische Hilfe in der – behaupteten – schwierigen Zeit in Anspruch genommen zu haben, lässt an der Bereitschaft, seiner unbestrittenen Unterhaltsverpflichtung nachzukommen, stark zweifeln. Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Gesuchsgegner nicht zu seinem Gesundheitszustand befragte (vgl. dahingehend act. 58 Rz. 20). Auch auf den – nun im Rechtsmittelverfahren erstmals vorgebrachten – Zusammenhang zwischen dem Rechtsmittelentscheid vom 22. Februar 2023 und dem Nichtantritt der Stelle bei der F._____ AG ist mangels Belege nicht einzugehen. Der Gesuchsgegner lässt im Übrigen auch völlig offen, weshalb er erst knapp ein Jahr später eine neue Stelle antrat; dass er dabei (intensiv) nach einer neuen Stelle gesucht habe, mit welcher er seine *volle* Leistungsfähigkeit ausschöpfte – spricht:

in der er (mindestens) die ihm angerechneten CHF 5'040.– verdienen könnte –, blieb unbelegt. Es besteht daher kein Anlass, ab März 2024 auf sein tieferes tatsächliches Einkommen abzustellen.

3.3. Zusammenfassend konnte der Gesuchsgegner keinen objektiv nachvollziehbaren Grund dartun, weshalb er eine zugesicherte und gutbezahlte Arbeitsstelle nicht antrat. Auch unter Beachtung der bei der ausnahmsweisen rückwirkenden Anrechnung eines hypothetischen Einkommens gebotenen Zurückhaltung drängt sich angesichts der äusseren Umstände der Schluss auf, dass der Gesuchsgegner seine Leistungsfähigkeit in Schädigungsabsicht eingeschränkt hat (vgl. dazu BGer 5A_403/2019 vom 12. März 2020 E. 4.2. f. sowie den von der Vorinstanz zitierten BGE 143 III 233 3.4.). Es ist damit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem Gesuchsgegner ein rückwirkendes hypothetisches Einkommen angerechnet hat. Dass es sich vorliegend um eine erstmalige Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen handelt, spielt keine Rolle, zumal er um seine Unterhaltsverpflichtung spätestens mit der Fällung des Rechtsmittelentscheids vom 22. Februar 2023 wusste. Da dem Gesuchsgegner (rückwirkend) ein *hypothetisches* Einkommen angerechnet wird, besteht folgerichtig kein Raum dafür, auf sein (tieferes) *tatsächliches* Einkommen abzustellen.

B. Bedarfspositionen des Gesuchsgegners

1. Wohnkosten/Arbeitsweg

1.1. Der Gesuchsgegner macht geltend, neu eine Wohnung in H._____ gemietet zu haben, die monatlich umgerechnet CHF 652.– koste (act. 58 Rz. 32 f.; vgl. auch act. 61/7). Dabei rechnet er diese Wohnung resp. Kosten zu den bereits von der Vorinstanz berücksichtigten Wohnkosten hinzu (vgl. dahingehend act. 58 Rz. 40). Mit anderen Worten will er sich neu zwei Wohnungen anrechnen lassen. Der Grund dafür resp. weshalb es ihm nicht möglich sei, einzig in der in H._____ neu angemieteten Wohnung zu leben und die andere Wohnung zu vermieten, blieb unklar. Gerade da seine (hypothetische) Arbeitsstelle in H._____ ist, erscheint es durchaus dienlicher, dass auch sein Wohnort in der Nähe ist. Ihm sind folglich lediglich die Wohnkosten in H._____ anzurechnen. Da die Differenz von

CHF 652.– zu den CHF 690.–, die ihm die Vorinstanz angerechnet hat (act. 62 S. 18 und S. 20), gering ist, sind ihm die höheren Kosten zu belassen.

1.2. Aufgrund des Wohnorts in H._____ und dem – hypothetischen – Arbeitsort bei der F._____ AG ebenfalls in H._____ (vgl. act. 45/17 S. 1) sind dem Gesuchsgegner keine höheren Arbeitswegkosten als die bereits gewährten CHF 50.– (act. 62 S. 18 und S. 22) anzurechnen (vgl. dahingehende Ausführungen des Gesuchsgegners in act. 58 Rz. 30 ff.). Die neu geltend gemachten Fahrtkosten an den Firmenhauptsitz seiner neuen Arbeitgeberin in I._____ in Höhe von CHF 157.– (act. 58 Rz. 38 f.) sind nicht zu berücksichtigen, da ihm ein Einkommen aus der Anstellung bei der F._____ AG angerechnet wird. Abgesehen davon blieben die Kosten unbelegt.

2. Besuchsrechtskosten

2.1. Der Gesuchsgegner macht geltend, trotz seiner Ausführungen habe die Vorinstanz kommentarlos davon abgesehen, seine erheblichen Besuchsrechtskosten in den Bedarf aufzunehmen. Gemäss Teilurteil vom 28. August 2023 reise er jedes Quartal und an Ostern bzw. Pfingsten je einmal von Deutschland nach Zürich und wieder zurück, um die Kinder zu besuchen, jeweils von Freitagabend 18.00 Uhr, bis Sonntagabend 18.00 Uhr. Die Wochenendbesuche sind in Kombination mit dem Vollzeitpensum nur mit Flügen von H._____ nach Zürich und wieder zurück zu bewältigen. Inklusive Übernachtung in einem günstigen Hostel würden bei ihm insgesamt Kosten von monatlich CHF 247.– anfallen. Für die Ausübung des Ferienbesuchsrechts würden ferner Kosten von monatlich CHF 200.– anfallen. Diese Kosten von gesamthaft CHF 447.– seien in seinem Bedarf zu berücksichtigen (act. 58 Rz. 34 ff.).

2.2. Besuchsrechtskosten stellen im Rahmen der familienrechtlichen Bedarfsberechnung keine gerichtsübliche oder gar -notorische Zusatzposition dar; die mit dem Besuchsrecht verbundenen Kosten sind grundsätzlich vom Besuchsrechtsberechtigten zu tragen. Eine abweichende Kostenverteilung ist jedoch zulässig, wenn sie namentlich im Hinblick auf die finanzielle Lage der Eltern als billig erscheint und nicht mittelbar die Interessen des Kindes beeinträchtigt, indem die für

den Unterhalt des Kindes notwendigen Mittel für die Kosten der Besuchsrechtsausübung verwendet werden (vgl. etwa BGer 5A_288/2019 vom 16. August 2019 E. 5.5.). Ob das Sachgericht dem Besuchsberechtigten für die Ausübung des Besuchsrechts ausnahmsweise einen gewissen Betrag zugestehen will, ist ein Ermessensentscheid (BGer 5A_693/2014 vom 1. Dezember 2014 E. 3.2.).

2.3. Einleitend ist festzuhalten, dass der Gesuchsgegner in seiner vorinstanzlichen Stellungnahme vom 22. Januar 2024 keine substantiierten Ausführungen zu Besuchsrechtskosten machte und keine Belege einreichte; er machte lediglich geltend, sie seien hoch, was in seinem Bedarf zu berücksichtigen wäre (act. 43 Rz. 58). Ferner geht aus dem Teilurteil vom 28. August 2023 – entgegen seinen Ausführungen – nicht hervor, dass er die Kinder in Zürich zu besuchen resp. betreuen hat (act. 28). Offenbar schloss der Gesuchsgegner im Januar 2024 selbst nicht aus, die Kinder für die Betreuungszeiten bei ihm mit der Deutschen Bahn reisen zu lassen, was – gemäss seinen Ausführungen – kostengünstig sei (act. 43 Rz. 58).

Zur Glaubhaftmachung der behaupteten Kosten von gesamthaft CHF 447.– reicht der Gesuchsgegner berufsungsweise lediglich zwei Auszüge aus dem Internet mit Preisangaben für Flüge zwischen H._____ und Zürich, Zugfahrten zwischen Zürich und J._____ sowie Übernachtungen in Zürich ein (act. 61/8-9). Dass ihm diese Kosten allerdings *effektiv* anfallen würden, legt er damit nicht dar. Mangels gegenteiliger Hinweise darf davon ausgegangen werden, dass Besuche resp. Ferien seit dem Erlass des Teilurteils vom 28. August 2023 stattgefunden haben. Folglich wäre es für den Gesuchsgegner ein Leichtes gewesen, *tatsächlich* angefallene Besuchsrechtskosten resp. Reisekosten zu belegen. Mit anderen Worten legt der Gesuchsgegner in keiner Weise dar, wie das Besuchsrecht konkret ausgeübt wird und welche Kosten dabei anfallen. Aufgrund dessen und der Tatsache, dass solche Kosten überhaupt nur ausnahmsweise in den Barbedarf einer Partei aufzunehmen sind, können beim Gesuchsgegner keine Kosten im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts angerechnet werden.

3. Schuldentilgung

3.1. Mit Eingabe vom 24. Juni 2024 macht der Gesuchsgegner – soweit ersichtlich erstmalig – geltend, er habe 2017 zwei Darlehen für familiäre Zwecke aufgenommen, für die er in den Jahren 2022 und 2023 Abzahlungen und Zinsen von monatlich durchschnittlich EUR 692.– geleistet habe (act. 68 S. 1).

3.2. Der Gesuchsgegner habe die Darlehen, die mit einem offenem Restbestand von rund EUR 200'000.– äusserst hoch sind, bereits vor Jahren für familiäre Zwecke aufgenommen. Er macht keinerlei Ausführungen dazu, weshalb er die Abzahlungen von EUR 692.– monatlich erstmalig jetzt, nach Ablauf der Beru-
fungsfrist, vorbringt.

Es geht zwar aus den eingereichten Unterlagen hervor, dass auf den Namen des Gesuchsgegners zwei Darlehensknoten mit Saldo von rund EUR 200'000.– (Stand 11. August 2023) lauten (act. 69/11). Auch die Abzahlungen – zumindest für die Jahre 2022 und 2023 – sind glaubhaft (act. 69/12-13). Dies ist allerdings insofern irrelevant, als aus den eingereichten Beilagen in keiner Weise hervorgeht, dass das Darlehen "für familiäre Zwecke" aufgenommen wurde. Darüber hinaus wäre nicht zuletzt aufgrund des hohen Darlehensbetrags – wobei die ursprüngliche Darlehenshöhe völlig offen blieb – vom anwaltlich vertretenen Gesuchsgegner zu erwarten gewesen, dass er seine Behauptungen rund um die Darlehen näher substantiiert. Damit sind die Abzahlungsraten in der Bedarfsberechnung nicht zu berücksichtigen.

C. Fazit

Zusammenfassend konnte der Gesuchsgegner nicht darlegen, inwiefern die Vorinstanz den Sachverhalts falsch festgestellt hat oder das Recht falsch angewendet hat. Damit dringt er mit seiner Berufung nicht durch, weshalb sie abzuweisen ist.

IV.

1. Ausgangsgemäss wird der Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2.1. Die Vorinstanz verpflichtete den Gesuchsgegner zu Unterhaltszahlungen von gesamthaft CHF 3'070.– ab 1. März 2023 für die weitere Dauer des ausländischen Scheidungsverfahrens. Ausgehend davon, dass das Verfahren in Deutschland seit rund vier Jahren hängig ist und strittig geführt wird, ist schätzungsweise von einer Dauer von noch 24 Monaten auszugehen. Dies ergibt Unterhaltsbeiträge für gesamthaft 48 Monate und damit von CHF 147'360.–. Der Gesuchsgegner beantragt mit seiner Berufung eine Reduktion der zu leistenden Unterhaltsbeiträge auf CHF 1'236.– pro Monat, zuzusprechen ab 1. März 2024. Dies ergibt Unterhaltsbeiträge für 36 Monate und damit von gesamthaft CHF 44'496.–. Folglich ergibt sich ein Streitwert für das vorliegende Berufungsverfahren von rund CHF 100'000.–. In Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG ist die Entscheidgebühr auf CHF 2'500.– festzusetzen.

2.2. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Dem Gesuchsgegner nicht, da er mit seiner Berufung unterliegt, der Gesuchstellerin nicht, da ihr im Zusammenhang mit der Berufung keine Aufwände entstanden sind, die zu entschädigen wären.

3. Der Gesuchsgegner beantragt für das Berufungsverfahren die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ist gegenüber dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Bevorschussung der Prozesskosten, den auch das deutsche Recht kennt (§ 1360a Abs. 4 BGB), allerdings subsidiär. Einem bedürftigen Ehegatten kann die unentgeltliche Rechtspflege nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Nach der Rechtsprechung darf von einer anwaltlich vertretenen Partei verlangt werden, dass sie im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ausdrücklich darlegt, weshalb sie ihrer Ansicht nach keinen Prozesskostenvorschuss vom Ehegatten verlangen kann, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise überprüfen kann. Fehlt die entsprechende Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5D_216/2023 vom 24. April 2024 E. 4.1. mit weiteren Hinweisen).

Nachdem der Gesuchsgegner sich in seiner Berufung nicht darüber äussert, weshalb er keinen Prozesskostenvorschuss von der Gesuchstellerin verlangt, ist sein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ohne Weiteres abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Gesuchsgegners um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege samt Verbeiständung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 18. April 2024 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf CHF 2'500.– festgesetzt und dem Gesuchsgegner auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gesuchstellerin unter Beilage der Doppel von act. 58 und act. 68, sowie an das Bezirksgericht 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 über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt CHF 102'864.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i. V. Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: