

# ZH\_OBERGERICHT LE230018 vom 16. November 2023

ZH Obergericht, 2023-11-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LE230018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LE230018)

FR: ZH\_OBERGERICHT LE230018 du 16 novembre 2023

IT: ZH\_OBERGERICHT LE230018 del 16 novembre 2023

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt/Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Die Parteien sind verheiratet und haben ein gemeinsames Kind: C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2020. Im September 2022 reiste die Gesuchstellerin, Erstberufungsbeklagte und Zweitberufungsklägerin (fortan Gesuchstellerin) zusammen mit C.\_\_\_\_\_ für eine Auszeit zu ihrer Mutter nach Deutschland. In der Folge entschied sie sich, nicht mehr in die Schweiz zurückzukehren, und lebt seither mit C.\_\_\_\_\_ in Deutschland.

#### E. 1.2

Am 5. Oktober 2022 leitete die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ein Eheschutzverfahren ein (Urk. 1). Am 19. Januar 2023 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. I S. 6 ff.). Mit Eingabe vom 16. Februar 2023 bzw. vom 22. Februar 2023 reichten die Parteien die von der Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Januar 2023 eingeforderten Unterlagen ein (Urk. 37 und Urk. 41). Daraufhin liessen sich die Parteien nochmals vernehmen (Urk. 44, 47 und 51). Am 20. März 2023 erliess die Vorinstanz das eingangs wiedergegebene Urteil (Urk. 56 und Urk. 72/56).

#### E. 1.3

Hiergegen erhoben beide Parteien je Berufung und stellten die eingangs aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 55 S. 2, Urk. 72/55 S. 2). Es wurden zwei Verfahren mit den Geschäftsnummern LE230018-O und LE230019-O angelegt.

- 8 - Der vom Gesuchsgegner, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagten (fortan Gesuchsgegner) einverlangte Kostenvorschuss ging rechtzeitig ein (Urk. 60 und Urk. 61). Mit Beschluss vom 28. April 2023 wurde das Begehren des Gesuchsgegners um Erteilung der aufschiebenden Wirkung teilweise gutgeheissen. Gleichzeitig wurde das im Verfahren LE230018-O gestellte Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen (Urk. 65 Disp. Ziff. 1 und 2). Die Berufungsantworten wurden am 15. Mai 2023 (Urk. 66) und am 19. Juni 2023 erstattet (Urk. 72/62). Die Gesuchstellerin liess sich nochmals am 13. Juli 2023 zur Berufungsantwort des Gesuchsgegners vernehmen (Urk. 72/66). Am 30. Oktober 2023 erfolgte eine Noveneingabe der Gesuchstellerin (Urk. 70 und Urk. 71 bzw. Urk. 72/70 und Urk. 72/71). Diese ist mit vorliegendem Entscheid dem Gesuchsgegner zur Kenntnisnahme zuzustellen (siehe hierzu auch E. 4.4. S. 20). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

#### E. 1.4

Am 31. Mai 2023 haben die Parteien am Amtsgericht Bonn eine Vereinbarung betreffend Umgang des Gesuchsgegners mit C.\_\_\_\_\_ getroffen, die gleichentags gerichtlich genehmigt wurde (Urk. 72/64/1).

### **E. 1.5**

Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 1-54) wurden beigezogen.

### **E. 2**

Prozessuales

#### **E. 2.1**

Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens sind die Regelung der Obhut, die Bewilligung zum Wegzug sowie die Kinder- und Ehegattenunterhaltsbeiträge. Die Dispositiv-Ziffern 2, 4 und 5 des vorinstanzlichen Eheschutzentscheidungsblieben unangefochten, weshalb diese in Rechtskraft erwachsen sind (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Dies ist vorzumerken.

#### **E. 2.2**

Beide Berufungen richten sich gegen denselben Entscheid und betreffen eng zusammenhängende Fragen, die auf demselben Sachverhalt basieren. Die Verfahren sind daher in Anwendung von Art. 125 lit. c ZPO zu vereinigen und unter der vorliegenden Prozessnummer LE230018-O weiterzuführen. Das Berufungsverfahren LE230019-O ist als dadurch erledigt abzuschreiben und die Akten des Verfahrens LE230019-O sind als Urk. 72/55-71 zu den Akten des vorliegenden Verfahrens zu nehmen.

#### **E. 2.3**

Das Berufungsverfahren stellt 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.w.Hinw. auf die Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2006, S. 7374). Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (Angemessenheitsprüfung; BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der schriftlichen Berufungsbegründung (Art. 311 ZPO) 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 anfecht, 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 (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Was nicht oder nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen entsprechenden Weise beanstandet wird, braucht von der

Rechtsmittel- instanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtli- chen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu be- schränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstin- stanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.w.Hinw.; BGer 5A\_111/2016 vom 6. September 2016, E. 5.3; 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.3; 4A\_290/2014 vom 1. September 2014, E. 3.1 und E. 5). Insofern erfährt der Grundsatz "iura novit curia" (Art. 57 ZPO) im Beru-

- 10 - fungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22). In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 134 I 83 E. 4.1 m.w.Hinw.). Bei Verfahren betreffend Kinderbelange ist der Sachverhalt nach Art. 296 ZPO von Amtes wegen zu erforschen. Infolgedessen können die Parteien im Be- rufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

#### **E. 2.4**

Die Gesuchstellerin beantragt, es seien die Dispositiv-Ziffern 1 und 6 des angefochtenen Urteils aufzuheben (Urk. 72/55, Ziffer 1 der Anträge). In der ange- fochtenen Dispositiv-Ziffer 6 wies die Vorinstanz die "übrigen Anträge der Partei- en" ab (siehe Urk. 56 S. 15). Hierbei dürfte es sich im Wesentlichen um die Anträ- ge betreffend Zusprennung von Unterhalt während des Zusammenlebens sowie betreffend die Herausgabe von Gegenständen handeln (vgl. Urk. 56 E. 3.1.2. S. 6 und E. 4.4. S. 13). Die Gesuchstellerin stellt in diesem Zusammenhang jedoch weder einen Antrag, der bei Gutheissung zum Urteil erhoben werden könnte, noch begründet sie ihren Antrag auf Aufhebung der Dispositiv-Ziffer 6 näher. Ent- sprechend ist auf den Zweitberufungsantrag Ziffer 1 insoweit nicht einzutreten.

#### **E. 2.5**

Der Gesuchsgegner beantragt, es sei auf die Berufungsanträge der Ge- suchstellerin betreffend Obhut, Bewilligung zum Umzug nach Deutschland, Kin- derunterhalt sowie auf den eventualiter gestellten Antrag auf Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz mangels Rechtsschutzinteresses nicht einzutreten (Urk. 72/62, Ziffer 1 der Anträge). Dies begründet er im Wesentlichen damit, dass in der Zwischenzeit vor dem Amtsgericht Bonn ein von der Gesuchstellerin initiiert- es Verfahren betreffend Kinderbelange stattgefunden habe, auf welches er sich vollumfänglich eingelassen habe. Im Verfahren 409 F 120/23 sei festgehalten worden, die Parteien seien sich einig, dass C.\_\_\_\_\_ ihren gewöhnlichen Aufent- halt in D.\_\_\_\_\_ habe, und es sei eine Umgangsvereinbarung geschlossen wor- den, welche genehmigt worden sei. Der Gesuchsgegner habe zudem bereits an der Eheschutzverhandlung vom 19. Januar 2023 erklärt, dass er mit dem Umzug

- 11 - der Gesuchstellerin einverstanden sei (mit Verweis auf Prot. I S. 24). C.\_\_\_\_\_ ha- be damit im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheids ihren Wohnsitz in Deutsch- land gehabt. Da der Gesuchsgegner dem Umzug zugestimmt habe, gelte er als genehmigt, weshalb Art. 7 HKsÜ keine Anwendung finde. Entsprechend entfalle das Rechtsschutzinteresse der Gesuchstellerin an der Beurteilung der aufgewor- fenen Fragen (Urk. 72/62 Rz. 3-13). Dem Gesuchsgegner kann nicht gefolgt werden. Gemäss Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO ist auf eine Klage unter anderem dann einzutreten, wenn die klagende Partei über ein Rechtsschutzinteresse verfügt. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens

entspricht das Rechtsschutzinteresse der Beschwer (Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 526). Die formelle Beschwer ist gegeben, wenn der Partei nicht zu- gesprochen worden ist, was sie beantragt hatte. Eine materielle Beschwer liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid die Partei in ihrer Rechtsstellung trifft, für sie in ihrer rechtlichen Wirkung nachteilig ist, und die Partei deshalb an der Abän- derung interessiert ist (vgl. BGE 120 II 5 E. 2a). Vorliegend trat die Vorinstanz auf die Rechtsbegehren der Gesuchstellerin betreffend Obhut, Bewilligung zum Um- zug nach Deutschland sowie Kinderunterhalt nicht ein. Insofern ist die Gesuch- stellerin durch den vorinstanzlichen Entscheid ohne Weiteres sowohl formell als auch materiell beschwert und auf die erhobene Berufung ist insoweit einzutreten.

### **E. 3**

Obhut/Bewilligung zum Wegzug

#### **E. 3.1**

Die Gesuchstellerin stellte vor Vorinstanz den Antrag, die gemeinsame Tochter C. \_\_\_\_\_ sei unter ihre alleinige Obhut zu stellen und es sei ihr zu bewilli- gen, den Wohnsitz der gemeinsamen Tochter nach Deutschland, Kreis D. \_\_\_\_\_, zu verlegen (Urk. 24, Ziffer 2 und 3 der Rechtsbegehren).

#### **E. 3.2**

Die Vorinstanz erwog in diesem Zusammenhang, dass das Gesuch am

#### **E. 3.3**

Die Gesuchstellerin bringt vor, dass sie ohne eindeutige Zustimmung des Gesuchsgegners im Sinne von Art. 301a ZGB nach Deutschland gezogen sei bzw. ihren Aufenthalt dorthin verlegt habe. Der Gesuchsgegner habe den Wegzug an der Verhandlung vom 19. Januar 2023 auch als grundsätzlich widerrechtlich bezeichnet. So habe er ausgeführt, er sei mit dem faktisch vorgenommenen Ob- hutsentzug zwar nicht einverstanden, gleichzeitig opponiere er dagegen aber auch nicht, da er aufgrund der faktisch gelebten Rollenverteilung seit dem 1. September 2022 keine realistische Chance sehe, die Obhut zugesprochen zu bekommen. Streng formell betrachtet habe die Gesuchstellerin somit widerrecht- lich gehandelt. Jedoch sei ihr keine andere Möglichkeit geblieben. Aufgrund der unerträglichen Umstände sei sie am 23. September 2022 nach Deutschland in die Ferien gereist, habe aber die Absicht gehabt, wieder in die Schweiz zurückzukeh- ren. Der Gesuchsgegner habe indes die Schlösser in der ehelichen Liegenschaft bereits ausgetauscht, wodurch ihr eine Rückkehr verwehrt gewesen sei. Da es sich trotzdem formell um ein widerrechtliches Vorgehen handle, könne nach Art. 301a ZGB auch Art. 7 Abs. 1 HKsÜ zur Anwendung gelangen. In einem iden- tischen Fall habe das Obergericht des Kantons Solothurn denn auch "entspre- chend Art. 7 Abs. 1 HKsÜ" entschieden (mit Verweis auf ZKBER.2021.90 und BGer 5A\_623/2015). Die Gesuchstellerin sei am 23. September 2022 nach Deutschland gereist und habe dort seit rund 6.5 Monaten Aufenthalt. Damit sei noch kein Jahr vergangen und die Zuständigkeit liege noch bei den Schweizer

- 13 - Behörden. Eventualiter sei das Verfahren zur neuen Entscheidung an die Vo- rininstanz zurückzuweisen (Urk. 72/55 Rz. 3-15). Dem hält der Gesuchsgegner im Wesentlichen entgegen, die Gesuchstelle- rin habe zwischenzeitlich vor dem Familiengericht des Amtsgerichts Bonn ein Ver- fahren betreffend Kinderbelange (Obhutszuteilung, Besuchsrecht, etc.) anhängig gemacht, auf welches er sich vorbehaltlos eingelassen habe.

Im Verfahren 409 F 120/23 sei festgehalten worden, die Eltern hätten sich geeinigt, dass der gewöhnliche Aufenthalt der gemeinsamen Tochter bei der Mutter in D.\_\_\_\_\_ sei. Zudem sei eine vollumfängliche Umgangsvereinbarung geschlossen worden, welche vom Amtsgericht Bonn genehmigt worden sei. Bereits an der Eheschutzverhandlung vom 19. Januar 2023 habe der Gesuchsgegner erklärt, dass er mit einem Umzug der Gesuchstellerin (zusammen mit der Tochter C.\_\_\_\_\_) nach Deutschland einverstanden sei (mit Verweis auf Prot. I S. 24). C.\_\_\_\_\_ habe damit im Zeitpunkt der vorinstanzlichen Eheschutzverhandlung und auch bereits bei Einleitung des Eheschutzverfahrens ihren gewöhnlichen Wohnsitz in Deutschland gehabt. Der Gesuchsgegner habe diesem Umzug ins Ausland ausdrücklich zugestimmt, womit er als genehmigt gelte. Art. 7 HKsÜ finde somit keine Anwendung. Entsprechend sei die Vorinstanz zu Recht auf den Antrag der Gesuchstellerin betreffend Obhut zuteilung und Bewilligung zum Wegzug nach Deutschland nicht eingetreten (Urk. 72/62 Rz. 3-18). Im Rahmen ihrer Replik lässt die Gesuchstellerin ausführen, dass sie im Verfahren 409 F 99/23 lediglich den Antrag gestellt habe, die Zustimmung des Gesuchsgegners sei für eine Reise mit C.\_\_\_\_\_ nach Mexiko zwecks Teilnahme an einer Hochzeit durch das Gericht zu ersetzen. Die Behauptungen des Gesuchsgegners, wonach die Gesuchstellerin die Regelung von Kinderbelangen beantragt habe, sei damit wider besseren Wissens erfolgt. Beim Verfahren 409 F 120/23 handle es sich um ein "Umgangsverfahren", Gegenstand sei mithin einzig das – vorliegend nicht strittige – Besuchsrecht gewesen. Des Weiteren behaupte der Gesuchsgegner, er habe an der Eheschutzverhandlung dem Umzug zugestimmt. Zutreffend sei zwar, dass er sich an der Parteibefragung dahingehend geäußert habe. Dennoch habe er an seinem Antrag, es sei auf das entsprechen-

- 14 - de Begehren [der Gesuchstellerin] nicht einzutreten, festgehalten. Da er in der Folge nicht beantragt habe, der Wechsel des Aufenthaltes sei zu bewilligen, liege keine klare und unmissverständliche Zustimmung vor. Auch habe der Gesuchsgegner keine (Teil-)Vereinbarung schliessen wollen. In der vor dem Amtsgericht Bonn geschlossenen Vereinbarung habe der Gesuchsgegner dem Umzug ebenfalls nicht zugestimmt. Darin sei lediglich festgehalten worden, dass sich C.\_\_\_\_\_ bei der Gesuchstellerin in D.\_\_\_\_\_ aufhalte. Die Obhut sei hingegen nicht geregelt worden. Es sei davon auszugehen, dass das Amtsgericht Bonn den gewöhnlichen Aufenthalt von C.\_\_\_\_\_ deshalb festgehalten habe, da dies eine Voraussetzung für dessen örtliche Zuständigkeit sei. Dass der Gesuchsgegner dem Wegzug bereits vor der Eheschutzverhandlung vom 19. Januar 2023 zugestimmt habe, sei ebenfalls unzutreffend. Dem eingereichten Schreiben des Amtsgerichts Bonn vom 8. Mai 2023 könne überdies entnommen werden, dass der Gesuchsgegner in Deutschland die Rückkehr von C.\_\_\_\_\_ beantragen möchte. Das Verhalten des Gesuchsgegners sei mithin widersprüchlich und ziele offensichtlich darauf ab, eine klare Regelung zu verhindern. In seiner Berufungsantwort bringe der Gesuchsgegner aber immerhin klar zum Ausdruck, dass er dem Wechsel des Aufenthaltsortes zustimme, auch wenn er dem Amtsgericht Bonn "etwas anderes" geschrieben habe. Der Wechsel des Aufenthaltsortes sei daher zu bewilligen und C.\_\_\_\_\_ unter die Obhut der Gesuchstellerin zu stellen (Urk. 72/66 Rz. 1-9).

### **E. 3.4**

Die Gesuchstellerin lebt derzeit mit C.\_\_\_\_\_ in Deutschland. Damit liegt ein internationales Verhältnis vor. Die Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte zur Beurteilung der Eheschutzbegehren richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht

(IPRG) respektive nach den gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG vorgehenden völkerrechtlichen Staatsverträgen. Die internationale Zuständigkeit in Bezug auf die Obhut sowie das Aufenthaltsbestimmungsrecht bestimmt sich gestützt auf Art. 85 IPRG nach dem Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ, zumal der Personenstand vom Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens (SR 0.275.12; kurz: LugÜ) ausgenommen ist. Gemäss Art. 5 Abs. 1 und 2 HKsÜ sind die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Kinder zum Erlass von Massnahmen zu deren Schutz zuständig.

- 15 - Bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes wechselt nach Art. 5 HKsÜ auch die Zuständigkeit des Gerichts zum neuen Aufenthaltsort. Sie wird demnach nach Rechtshängigkeit eines Verfahrens nicht perpetuiert, sondern kann später dahinfallen, namentlich auch während eines hängigen Rechtsmittelverfahrens (BGE 149 III 81 E. 2.4; 144 III 469 E. 4.2.2; 143 III 193 E. 2; 142 III 1 E. 2.1). Bei einem legalen Umzug von einem Vertragsstaat in einen anderen Vertragsstaat erwirbt das Kind bereits mit Bezug der neuen Wohnung einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt am Ort, an dem seine Eltern resp. sein Elternteil sich und das Kind bei den Behörden und bei der Schule angemeldet haben. Eine Zeitspanne der Eingewöhnung ist nicht erforderlich. Bei widerrechtlichem Verbringen oder Zurückhalten des Kindes bleiben die Behörden des Vertragsstaats, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, jedoch so lange zuständig, bis das Kind einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat erlangt hat und jede sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle das Verbringen oder Zurückhalten genehmigt hat oder das Kind sich in diesem anderen Staat mindestens ein Jahr aufgehalten hat, nachdem die sorgeberechtigte Person, Behörde oder sonstige Stelle seinen Aufenthaltsort kannte oder hätte kennen müssen, kein während dieses Zeitraums gestellter Antrag auf Rückgabe mehr anhängig ist und das Kind sich in seinem neuen Umfeld eingelebt hat (Art. 7 Abs. 1 HKsÜ).

### **E. 3.5**

Die Gesuchstellerin brachte vor Vorinstanz vor, zwischen den Parteien habe bereits seit längerer Zeit ein Konflikt bestanden, welcher sich im September 2022 zugespitzt habe. Um eine weitere Eskalation zu vermeiden, sei sie (die Gesuchstellerin) am 23. September 2022 für eine Auszeit zu ihrer Mutter nach Deutschland gereist. Während der Auszeit habe sie realisiert, dass sie definitiv nach Deutschland zurückkehren möchte, und habe ihren Rechtsvertreter beauftragt, den entsprechenden Antrag beim Gericht einzureichen (Urk. 24 Rz. 1 ff.). Im November 2022 sei sie in die eheliche Liegenschaft zurückgekehrt, um ihre persönlichen Sachen zu holen. Allerdings habe der Gesuchsgegner bereits die Schlösser ausgetauscht, sodass sie sich mithilfe des Schlüsseldienstes habe Zutritt verschaffen müssen (Urk. 24 Rz. 7). Sie habe sich dann auf die Suche nach einer eigenen Wohnung gemacht und schliesslich am 7. Dezember 2022 zusammen mit

- 16 - C.\_\_\_\_\_ eine Wohnung in G.\_\_\_\_\_ bezogen (Prot. I S. 14 f.). Diese Vorbringen blieben seitens des Gesuchsgegners im Wesentlichen unbestritten bzw. decken sich mit seinen Vorbringen (vgl. Prot. I S. 8 ff. i.V.m. Urk. 26 Rz. 4 ff.). Damit ist davon auszugehen, dass die Gesuchstellerin spätestens am 5. Oktober 2022 (Datum Poststempel des Eheschutzgesuchs) den Entscheid zum endgültigen Verbleib in Deutschland gefällt hatte (s.a. Prot. I S. 12, wonach die Gesuchstellerin am 27. September 2022 aus der ehelichen Liegenschaft ausgezogen sei). Damit lebt C.\_\_\_\_\_ im heutigen Zeitpunkt bereits mehr als ein Jahr in Deutschland und der Gesuchsgegner hat ebenso lange Kenntnis von diesem Aufenthaltsort. Ein Gesuch um Rückführung von C.\_\_\_\_\_ hat der Gesuchsgegner

bislang offenbar nicht gestellt, auch wenn er zwischenzeitlich seine Absicht bekundet haben mag, C.\_\_\_\_\_ wieder in die Schweiz zurückzuholen (vgl. Urk. 72/64/2). Zudem ist davon auszugehen, dass sich C.\_\_\_\_\_ nach mehr als einem Jahr an ihrem neuen Aufenthaltsort eingelebt hat. Zwar besucht die mittlerweile knapp dreijährige C.\_\_\_\_\_ offenbar noch keine Kindertagesstätte (vgl. Prot. I S. 13 f. und S. 16, wonach die Gesuchstellerin noch keinen Tag von C.\_\_\_\_\_ getrennt gewesen sei und erst arbeiten könne, wenn C.\_\_\_\_\_ in den Kindergarten gehen werde). Indes ist die Gesuchstellerin selbst deutsche Staatsbürgerin und verfügt dort über Familie und Freunde, womit C.\_\_\_\_\_ bereits in ein soziales Umfeld eingebettet ist. Insofern hat C.\_\_\_\_\_ in Deutschland einen neuen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Damit sind sämtliche Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 lit. b HKsÜ erfüllt.

### **E. 3.6**

Des Weiteren führte der Gesuchsgegner zwar an der Hauptverhandlung zunächst aus, er sei mit dem widerrechtlichen Wegzug nicht einverstanden. Indes fügte er sogleich an, er opponiere "eventualiter" nicht gegen eine Obhutsteilung an die Gesuchstellerin und gegen den widerrechtlich vollzogenen Umzug nach Deutschland (Urk. 26 Rz. 11). An der anschliessenden Parteibefragung führte er aus, die Obhut solle der Gesuchstellerin zugeteilt werden (Prot. I S. 23) und es sei aus seiner Sicht "in Ordnung", dass die Gesuchstellerin nach Deutschland ziehe, zumal sie dort Familie und Freunde habe (Prot. I S. 24). Angesichts dieser Aussagen ist insgesamt davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner das Verbringen von C.\_\_\_\_\_ nach Deutschland bereits im erstinstanzlichen Verfahren (nachträglich) im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ genehmigt hatte. Dass er weiterhin an

- 17 - seinem Antrag auf Nichteintreten festhielt, spricht – entgegen der Gesuchstellerin – gerade für eine Zustimmung, begründete er seinen Antrag doch damit, dass C.\_\_\_\_\_ ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland habe (vgl. Urk. 26 Rz. 2). Auch ändert nichts, dass der Gesuchsgegner mit Schreiben vom 27. April 2023 dem Amtsgericht Bonn offenbar mitgeteilt hatte, er wünsche eine Rückkehr von C.\_\_\_\_\_ (vgl. Urk. 72/64/2 S. 1). Denn am 31. Mai 2023 hat er sich im Rahmen eines Verfahrens betreffend Umgang vor dem Amtsgericht Bonn (Geschäfts-Nr.: 409 F 120/23) erneut dahingehend geäußert, er könne es akzeptieren, dass C.\_\_\_\_\_ mit der Mutter "hier" lebe (vgl. Urk. 72/64/1 S. 3). Und schliesslich erklärte der Gesuchsgegner in seiner Berufungsantwortschrift explizit, dass er sich bereits vor Vorinstanz mit dem Umzug der Gesuchstellerin einverstanden erklärt habe und eine Einwilligung "im Sinne von Art. 301a ZGB" ausdrücklich vorliege (Urk. 72/62 Rz. 8 ff.). Darauf ist er zu behaften. Folglich sind auch die Voraussetzungen von Art. 7 Abs. 1 lit. a HKsÜ erfüllt.

### **E. 3.7**

Damit entfaltet Art. 7 Abs. 1 HKsÜ keine Sperrwirkung (mehr) und es ist für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit Art. 5 Abs. 2 HKsÜ massgebend. Da C.\_\_\_\_\_ – wie erwähnt – einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland begründet hat, ist die Zuständigkeit der Schweizer Behörden zum Erlass von Kinderschutzmassnahmen nicht (mehr) gegeben. Damit erweist sich die Berufung in diesem Punkt als unbegründet, womit sie abzuweisen und der vorinstanzliche Entscheid insoweit zu bestätigen ist. 4. Kinderunterhalt 4.1. Die Vorinstanz erachtete sich gestützt auf Art. 5 Ziff. 2 lit. c LugÜ (Annexzuständigkeit) auch hinsichtlich des Rechtsbegehrens auf Zusprechung von Kinderunterhalt als (örtlich) unzuständig und trat darauf nicht ein (Urk. 56 E. 1.3. S. 5 und

Disp. Ziff. 1 des Urteils). 4.2. Die Gesuchstellerin rügt, gemäss Art. 2 LugÜ seien die schweizerischen Gerichte und Behörden am Wohnsitz des Beklagten zuständig, wenn keine besondere Zuständigkeit gegeben sei. In Art. 5 sehe das LugÜ zwar besondere Gerichtsstände vor. Diese würden aber neben den allgemeinen Gerichtsstand gemäss - 18 - Art. 2 LugÜ treten und nicht ausschliesslich gelten. Art. 79 IPRG begünstige durch eine alternative Anknüpfung die inländische Zuständigkeit. Es könne am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes oder am Wohnsitz des beklagten Elternteils geklagt werden. Der beklagte Elternteil, vorliegend der Gesuchsgegner, habe zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens Wohnsitz in E. \_\_\_\_\_ gehabt. Weder Art. 5 LugÜ noch Art. 79 IPRG würden somit eine Klage an dessen Wohnsitz ausschliessen und die Frage des Kinderunterhalts liege bei den Schweizer Behörden. Hinzu komme, dass das angerufene Gericht, welches zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens zuständig gewesen sei, gemäss dem Prinzip der perpetuatio fori auch weiterhin zuständig bleibe, unabhängig davon, ob die Parteien während des Verfahrens ihren Wohnsitz wechselten (Urk. 72/55 Rz. 16-23). Der Gesuchsgegner setzt sich mit diesen Vorbringen nicht (substantiiert) auseinander (vgl. Urk. 72/62, insbesondere Rz. 17). 4.3. Das Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (Haager Kindesschutzübereinkommen, HKsÜ; SR 0.211.231.011) ist nicht auf Unterhaltspflichten anwendbar (Art. 4 lit. e HKsÜ). Dasselbe gilt hinsichtlich des Übereinkommens über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5. Oktober 1961 (MSA; SR 0.211.231.01; BGE 138 III 11 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Zu prüfen bleibt daher das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ; SR 0.275.12): Dieses schliesst grundsätzlich das gesamte Familienrecht von dessen sachlichem Anwendungsbereich aus (Art. 1 Abs. 2 lit. a LugÜ). Indessen ergibt sich aus Art. 5 Ziff. 2 LugÜ und Art. 50 Abs. 2 LugÜ, dass Unterhaltssachen erfasst sind. Dazu gehören auch Kinderalimente (BSK LugÜ-Hofmann/Kunz, Art. 5 N 380). Vorliegend ergibt sich – wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat – aus Art. 5 Abs. 2 lit. c LugÜ keine Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte. Indes statuiert – wie die Gesuchstellerin zu Recht moniert – Art. 2 Abs. 1 LugÜ einen

- 19 - allgemeinen Gerichtsstand im Wohnsitzstaat des Beklagten, sofern dieser Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaates liegt. Vorliegend hat der Gesuchsgegner Wohnsitz in der Schweiz, welche ein Vertragsstaat des Übereinkommens ist. Demzufolge sind die Schweizer Gerichte international zuständig. Örtlich zuständig sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz des beklagten Elternteils (Art. 79 Abs. 1 IPRG). Die Gesuchstellerin bringt zwar vor, der Gesuchsgegner habe seinen Wohnsitz "zwischenzeitlich" in den Kanton Bern verlegt (Urk. 72/55 Rz. 26). Ob dies zutrifft oder nicht, kann an dieser Stelle indes offenbleiben, zumal die Gesuchstellerin nicht geltend macht, der Gesuchsgegner habe bereits zu Beginn des Verfahrens seinen Wohnsitz in Bern gehabt, und im Zusammenhang mit dem Kinderunterhalt der Grundsatz der perpetuatio fori gilt (vgl. BGE 149 III 81 E. 3.1). Da der Gesuchsgegner im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung in E. \_\_\_\_\_ wohnte, ist das Bezirksgericht Bülach erstinstanzlich örtlich kompetent (§ 4 GOG in Verbindung mit § 1 Abs. 2 BezVG und dessen Anhang). Entsprechend verneinte die

Vorinstanz zu Unrecht ihre (örtliche) Zuständigkeit hinsichtlich des beantragten Kinderunterhalts. Die Rüge der Gesuchstellerin erweist sich in- soweit als begründet. 4.4. Die Gesuchstellerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe den Kinderunterhalt bereits vorfrageweise berechnet, weshalb eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz im Interesse der Prozessökonomie nicht sinnvoll sei. Zudem habe der Gesuchsgegner den vorinstanzlichen Entscheid hinsichtlich des zugesprochenen Ehegattenunterhalts angefochten. Angesichts der Interdependenz zwischen Kindes- und Ehegattenunterhalt dränge sich eine gemeinsame Beurteilung umso mehr auf (Urk. 72/55 Rz. 24). Zutreffend ist zwar, dass sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit dem verlangten Ehegattenunterhalt auch zum "für den Gesuchsgegner zu erwartenden" monatlichen Kinderunterhalt geäußert hat (vgl. Urk. 56 E. 3 S. 6 ff.). Dabei handelte es sich aber lediglich um eine Schätzung, in welcher Höhe das örtlich zuständige Gericht – nach Ansicht der Vorinstanz offensichtlich ein deutsches Gericht – Kinderunterhalt zusprechen werde. Dafür spricht insbesondere auch der Umstand, dass die Berechnung – ohne nähere Erklärung – nach deutschem

- 20 - Recht erfolgte. Bei Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte bestimmt sich das anwendbare Recht ab der Verlegung des Aufenthaltsortes nach Deutschland gemäss Art. 83 IPRG nach dem Haager Übereinkommen vom 2. Oktober 1973 über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht (SR 0.211.213.01; nachfolgend: HUÜ). Zwar ist gemäss Art. 4 Abs. 1 HUÜ das innerstaatlich geltende Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten massgeblich und nach Art. 4 Abs. 2 ab dem Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels das innerstaatliche Recht am neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort anzuwenden, ohne dass die Annexzuständigkeit gemäss Art. 8 HUÜ den Kindesunterhalt betreffen würde. Allerdings hat sich die Schweiz gestützt auf Art. 24 HUÜ die in Art. 15 HUÜ vorgesehene Möglichkeit vorbehalten, das eigene innerstaatliche Recht anzuwenden, wenn sowohl der Unterhaltspflichtige als auch der Unterhaltsberechtigte Schweizer Bürger sind und der Unterhaltspflichtige seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hat. Diesfalls kommt das gemeinsame schweizerische Heimatrecht zur Anwendung (siehe BGE 149 III 81 E. 3.1 m.w.H.; ZK IPRG-Siehr/Markus, Art. 83 N 101). Vorliegend hat der in die Pflicht genommene Gesuchsgegner seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz und ist überdies Schweizer Bürger. C.\_\_\_\_\_ ist offensichtlich ebenfalls Schweizer Bürgerin (siehe Art. 1 BüG). Insofern ist bei Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte auf den Kinderunterhalt schweizerisches Recht anwendbar. Die Vorinstanz hat keine Feststellungen bezüglich des zu berücksichtigenden Bedarfs der Parteien sowie desjenigen von C.\_\_\_\_\_ nach schweizerischem Recht getroffen, womit ein wesentlicher Teil des Sachverhalts zu vervollständigen ist. Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe der Berufungsinstanz, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen (ZK ZPO-Reetz/Hilber, Art. 318 N 35). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, als dass im Falle einer Abklärung durch die Berufungsinstanz diese als erste Instanz über wichtige Tatfragen entscheiden würde und die Parteien im Ergebnis eine Instanz verlieren würden. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt sich eine Rückweisung des Entscheids bezüglich Kinderunterhalts an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung des Sachverhalts (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Entsprechend ist Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Urteils aufzuheben, soweit die Vorinstanz auf Ziffer 7 der Rechtsbegehren

- 21 - der Gesuchstellerin (Kinderunterhalt) nicht eintrat, und das Verfahren zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass

der Gesuchsgegner im Zusammenhang mit seinem Einkommen bereits an der Hauptverhandlung vorgebracht hatte, er habe seine Arbeitsstelle verloren und werde nur noch bis Ende März 2023 Lohn erhalten (vgl. Prot. I S. 24 f. und S. 28 ff.; Urk. 27/3). Dieses Vorbringen blieb im angefochtenen Entscheid offensichtlich unberücksichtigt (siehe Urk. 56 E. 3.2.1. S. 7). Überdies machte die Gesuchstellerin mit (Noven-)Eingabe vom 30. Oktober 2023 geltend, der Gesuchsgegner habe per 1. November 2023 eine neue Arbeitsstelle angetreten (Urk. 70). Es wird indes der Vorinstanz obliegen, im Rahmen des neuen Entscheids unter Wahrung des rechtlichen Gehörs das (tatsächliche) Einkommen des Gesuchsgegners festzustellen. Insofern kann im vorliegenden Verfahren die von der Gesuchstellerin beantragte Verpflichtung des Gesuchsgegners zur Herausgabe des aktuellen Arbeitsvertrags (vgl. Urk. 70) unterbleiben.

## **E. 5**

Ehegattenunterhalt

### **E. 5.1**

Die Vorinstanz sprach der Gesuchstellerin für die Dauer des Getrenntlebens in Anwendung des deutschen Rechts Ehegattenunterhalt von Fr. 2'040.– pro Monat ab 1. Oktober 2022 bzw. von Fr. 1'658.– pro Monat ab 1. August 2024 zu (Urk. 56 Disp. Ziff. 3a des Urteils). Zudem hielt die Vorinstanz fest, dass hiervon ein Betrag von Fr. 2'267.65 in Abzug gebracht werden könne (Urk. 56 Disp. Ziff. 3b des Urteils).

### **E. 5.2**

Der Gesuchsgegner moniert die zugesprochenen Ehegattenunterhaltsbeiträge als zu hoch (vgl. Urk. 55). Die Gesuchstellerin verlangt hingegen, dass von den zugesprochenen Unterhaltsbeiträgen lediglich ein Betrag von Fr. 481.45 in Abzug gebracht werden dürfe (vgl. Urk. 72/55, Ziffer 4 der Anträge, zur Begründung siehe Urk. 72/55 Rz. 30).

### **E. 5.3**

Die angefochtenen Ehegattenunterhaltsbeiträge samt finanziellen Eckdaten stehen mit den nicht beurteilten Kinderunterhaltsbeiträgen in engem Zusammenhang, zumal der Kinderunterhalt sowohl nach schweizerischem Recht als auch nach deutschem Recht (vgl. § 1609 BGB) Vorrang vor dem Ehegattenunterhalt

- 22 - hat und die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen hinsichtlich des Ehegattenunterhalts von den zu bezahlenden Kinderunterhaltsbeiträgen abhängt. Entsprechend wird im Rahmen einer Gesamtbeurteilung auch über den Ehegattenunterhalt neu zu entscheiden sein, weshalb vorliegend auch Dispositiv-Ziffer 3a des angefochtenen Urteils aufzuheben und das Verfahren insoweit an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Unter diesen Umständen braucht auf die diesbezüglichen Beanstandungen der Parteien (Gesuchsgegner: Reduktion des Einkommens seit anfangs März 2023, nicht korrekte Feststellung des Nettoeinkommens nach deutschem Recht, zu Unrecht erfolgte Aufrechnung der Krankenkassenprämien und der Steuerbetreffnisse auf den Trennungunterhalt, Urk. 55 Rz. 25 ff.; Gesuchstellerin: Anrechnung des Wohnwerts der ehelichen Liegenschaft sowie der Wohnung in H. \_\_\_\_\_ [Staat in Osteuropa], Urk. 66 Rz. 29 ff.) nicht weiter eingegangen zu werden. Es steht der Vorinstanz frei, diese im Hinblick auf ihren neuen Entscheid zu prüfen.

### **E. 5.4**

Ebenso ist Dispositiv-Ziffer 3b des angefochtenen Urteils aufzuheben, zumal die Vorinstanz über die vom Gesuchsgegner geschuldeten Ehegatten- und Kinderunterhaltsbeiträge neu zu entscheiden hat und der Gesuchsgegner bis zum Abschluss des Verfahrens vorbringen kann, weitere Zahlungen geleistet zu haben. Dies ist – vorbehaltlich eines rechtsgenügenden Vorbringens – bei der Festsetzung der (rückwirkend) zuzusprechenden Unterhaltsbeiträge zu berücksichtigen.

## **E. 6**

Fazit Zusammenfassend sind damit die Dispositiv-Ziffer 1, soweit die Vorinstanz auf Ziffer 7 der Rechtsbegehren der Gesuchstellerin (Zusprechung von Kinderunterhalt) nicht eingetreten ist, sowie die Dispositiv-Ziffern 3a und 3b (Zusprechung von Ehegattenunterhalt) des angefochtenen Urteils aufzuheben und das Verfahren zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Im Übrigen ist die Berufung abzuweisen und das angefochtene Urteil insoweit zu bestätigen.

- 23 -

## **E. 7**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage von Urk. 70, Urk. 71, Urk. 72/70 und Urk. 72/71, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

### **E. 7.1.1**

Zufolge der (teilweisen) Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz können die Kosten- und Entschädigungsfolgen für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren nicht abschliessend geregelt werden.

### **E. 7.1.2**

Für das erstinstanzliche Verfahren wird die Vorinstanz die Gerichtskosten neu festzusetzen und zu verteilen haben.

### **E. 7.1.3**

Die Entscheidungsbüher für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 2, § 6 Abs. 2 lit. b i.V.m. § 5 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 GebV OG sowie unter Einbezug der Tatsache, dass eine Doppelberufung vorliegt, auf insgesamt Fr. 5'400.– festzusetzen. Umstritten waren im vorliegenden Berufungsverfahren die Obhut (inkl. Bewilligung zum Wegzug) sowie der Ehegatten- und Kinderunterhalt. Der Streit betreffend Obhut ist mit 1/3 und der Unterhaltsstreit mit 2/3 zu gewichten. Die entstandenen Kosten im Zusammenhang mit der strittigen Obhutsfrage sind den Parteien vorliegend definitiv aufzuerlegen. Im übrigen Umfang (Unterhaltsstreit) ist der Entscheid über die Kostenaufgabe und die Regelung der Entschädigungsfolgen dem Entscheid der Vorinstanz vorzubehalten (Art. 104 Abs. 4 ZPO).

### **E. 7.1.4**

In nicht vermögensrechtlichen Kinderbelangen (Obhut) sind die Kosten praxisgemäss den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn sie ihre Rechtsstandpunkte in guten Treuen vertreten haben (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO; ZR 84 Nr. 41). Davon kann vorliegend ausgegangen werden. Entsprechend sind die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren in

Bezug auf die strittige Obhutsfrage in der Höhe von Fr. 1'800.– (1/3 von Fr. 5'400.–) den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die diesbezüglichen gegenseitigen Parteientschädigungen für das Berufungsverfahren wertzuschlagen.

#### **E. 7.2.1**

Die Gesuchstellerin ersucht in beiden Berufungsverfahren um Zusprennung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 6'000.–, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 62, Ziffer 4 und 5 der Anträge, Urk. 72/55,

- 24 - Ziffer 7 und 8 der Anträge). Das im Verfahren LE230018-O gestellte Gesuch wurde allerdings bereits mit Beschluss vom 28. April 2023 abgewiesen (Urk. 65 Disp. Ziff. 2). Demzufolge ist lediglich noch das im Verfahren LE230019-O gestellte Gesuch zu behandeln.

#### **E. 7.2.2**

Die Gesuchstellerin begründet ihr Gesuch im Wesentlichen damit, dass sie "weiterhin" über kein Einkommen verfüge. Hinsichtlich des Bedarfs sei auf die im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Tabelle für die Unterhaltsberechnung zu verweisen ("Beilage 17 des vorinstanzlichen Verfahrens"). Unterhaltsbeiträge habe der Gesuchsgegner bisher keine geleistet. Im Weiteren führt sie aus, dass die Liegenschaft in I.\_\_\_\_\_ [Saat in Nordafrika] am 23. Februar 2023 verkauft worden sei, sie den Erlös jedoch zur Tilgung von Schulden und zur Zahlung der für das erstinstanzliche Verfahren aufgelaufenen Anwaltskosten in Höhe von Fr. 10'239.50 (mit Verweis auf Urk. 72/59/5) benötige. Entsprechend verfüge sie nicht mehr über die notwendigen Mittel zur Zahlung von Anwalts- und Gerichtskosten. Eine weitere Belehnung ihres Miteigentumsanteils der Familienwohnung sei sodann offensichtlich nicht möglich. Auch ein Verkauf sei ausgeschlossen, da die Wohnung dem Gesuchsgegner zugewiesen worden sei. Hingegen sei der Gesuchsgegner Eigentümer einer Liegenschaft in H.\_\_\_\_\_ und damit grundsätzlich im Stande, einen Prozesskostenbeitrag zu leisten (Urk. 72/55 Rz. 31-38). Mit Eingabe vom 13. Juli 2023 ergänzte die Gesuchstellerin, per Ende November 2022 seien Privatschulden in Höhe von EUR 13'300.00 aufgelaufen. Den aus dem Verkauf der Liegenschaft in I.\_\_\_\_\_ erzielten Erlös habe sie zur Tilgung der Privatschulden bei ihrem Onkel J.\_\_\_\_\_ verwendet. Über weiteres Vermögen verfüge sie nicht (mit Verweis auf einen Kontoauszug sowie eine Kreditkartenabrechnung; Urk. 72/66 Rz. 16-27).

#### **E. 7.2.3**

Ein Prozesskostenbeitrag ist unter denselben Voraussetzungen wie die dazu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Vorausgesetzt ist demnach, dass die ersuchende Partei mittellos ist und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Zusätzlich muss es dem angesprochenen Ehegatten möglich sein, dem anderen die Kosten, die er zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006, E. 1.2 m.w.H.).

- 25 - Mittellos ist eine Person, welche die Leistung der erforderlichen Prozess- und Parteikosten nur erbringen kann, wenn sie die Mittel angreift, die sie zur Deckung des Grundbedarfs für sich und ihre Familie benötigt. Bei der entsprechenden Prüfung ist die gesamte finanzielle Lage der gesuchstellenden Partei einzubeziehen. Zur Glaubhaftmachung ihrer Bedürftigkeit hat die gesuchstellende Partei ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen

(vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Dabei dürfen umso höhere Anforderungen an eine umfassende und klare Darstellung der finanziellen Situation durch die ersuchende Partei selbst gestellt werden, je komplexer diese Verhältnisse sind. Das Gericht hat allenfalls unbeholfene Rechtssuchende auf die Angaben hinzuweisen, die zur Beurteilung des Gesuches benötigt werden (BGE 120 Ia 179 E. 3a; BGer 5A\_949/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.2, je m.w.H.). Nur bei vollständiger Kenntnis der gesamten finanziellen Verhältnisse kann beurteilt werden, ob und allenfalls in welchem Umfang die Beanspruchung des Vermögens nicht nur möglich, sondern auch zumutbar ist, um die Mittel aufzubringen, welche zur Führung nicht aussichtsloser Prozesse erforderlich sind (BGE 120 Ia 179 E. 3a m.H.). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (BGer 5A\_949/2018 vom 4. Februar 2019, E. 3.2; 5A\_716/2018 vom 27. November 2018, E. 3.2; 5A\_536/2016 vom 19. Dezember 2016, E. 4.1.2; 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3).

#### **E. 7.2.4**

Vorliegend kann insbesondere mit Blick auf die von der Vorinstanz festgestellten finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin davon ausgegangen werden, dass sie derzeit über keinen genügenden Überschuss aus Einkommen verfügt, um für ihre Prozesskosten aufzukommen. Auch erscheint gestützt auf die eingereichten Unterlagen glaubhaft, dass die Gesuchstellerin die in ihrem Eigentum stehende Wohnung in I.\_\_\_\_\_ verkauft und den erzielten Erlös bereits verbraucht hat (vgl. Urk. 72/68/14-16). Indes ist sie nach wie vor Miteigentümerin der eheli-

- 26 - chen Liegenschaft in E.\_\_\_\_\_. Weshalb diese Liegenschaft nicht weiter belehnt werden könnte, legt sie nicht dar. Insbesondere macht sie nicht geltend, dass der Gesuchsgegner hierfür seine Zustimmung verweigern würde. Zum Nachweis ihres fehlenden weiteren Vermögens legt sie sodann einen Kontoauszug der K.\_\_\_\_\_-Bank D.\_\_\_\_\_ ... eG (Konto "K.\_\_\_\_\_-Direkt") sowie eine Kreditkartenabrechnung für den Monat Mai 2023 (L.\_\_\_\_\_ Bank) ins Recht (Urk. 72/68/18-19). Aus den (vorinstanzlichen) Akten geht jedoch hervor, dass die Gesuchstellerin weitere Konten bei der Postfinance (vgl. Urk. 15/4), bei der M.\_\_\_\_\_ (Urk. 48/26) sowie bei der K.\_\_\_\_\_-Bank D.\_\_\_\_\_ ... eG – ein Konto "K.\_\_\_\_\_-... Privat" (Urk. 48/24-25) – hat. Zu diesen Konten macht die Gesuchstellerin keine Ausführungen und legt auch keine (aktuellen) Belege ins Recht. Damit ist jedoch eine abschliessende Beurteilung der Mittellosigkeit der Gesuchstellerin nicht möglich. Der anwaltlich vertretenen und in prozessualer Hinsicht somit nicht unbeholfenen Gesuchstellerin ist vielmehr vorzuhalten, ihre Vermögensverhältnisse nicht schlüssig dargelegt und insoweit ihre Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Von einer Nachfristansetzung zur Verbesserung ist nach dem vorstehend Ausgeführten abzusehen. Ob die weiteren Voraussetzungen zur Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags erfüllt sind, kann unter diesen Umständen offen bleiben. Der Antrag der Gesuchstellerin um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 6'000.– für das Verfahren LE230019-O, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist entsprechend abzuweisen. Es wird beschlossen: 1. Es wird vorgemerkt, dass die Dispositiv-Ziffern 2, 4 und 5 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach

vom 20. März 2023 in Rechtskraft erwachsen sind. 2. Das Berufungsverfahren LE230019-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren vereinigt und unter der Prozessnummer LE230018-O weitergeführt. Das Berufungsverfahren LE230019-O wird als dadurch erledigt abgeschrieben.

- 27 - 3. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Verfahren LE230019-O wird abgewiesen. 4. Auf Ziffer 1 der Zweitberufungsanträge wird nicht eingetreten, soweit damit beantragt wird, Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 20. März 2023 sei aufzuheben. 5. Die Dispositiv-Ziffern 1, soweit die Vorinstanz auf den Antrag 7 (Kinderunterhalt) nicht eingetreten ist, 3a und 3b sowie 7 bis 9 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 20. März 2023 werden aufgehoben und die Sache wird zur Vervollständigung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen. 6. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit dem nachfolgenden Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen und die Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 20. März 2023 betreffend Obhutszuteilung C.\_\_\_\_\_/Wohnsitz im Ausland bestätigt. 2. Der Antrag der Gesuchstellerin um Zuspreehung eines Prozesskostenbeitrages von Fr. 6'000.– für das Verfahren LE230019-O wird abgewiesen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'400.– festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden im Umfang von Fr. 1'800.– den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 900.– zu ersetzen.

- 28 - 5. In Bezug auf die Obhutsfrage und der Bewilligung zur Verlegung des Wohnsitzes werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen. 6. Im Übrigen wird die Verteilung der zweitinstanzlichen Gerichtskosten (Entscheidgebühr im Umfang von Fr. 3'600.–) und die Regelung der Parteientschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren dem neuen Entscheid der Vorinstanz vorbehalten. Es wird vorgemerkt, dass der Gesuchsgegner im Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– geleistet hat, der im Umfang von Fr. 1'800.– zur Deckung der Verfahrenskosten gemäss der vorstehenden Dispositiv-Ziffer 4 herangezogen wird.

## **E. 8**

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 hinsichtlich der Dispositivziffern 2-3 sowie 5 des Beschlusses ein Zwischeneintrag im Sinne von Art. 93 BGG sowie hinsichtlich der Dispositiv-Ziffer 4 des Beschlusses und der Dispositiv-Ziffern 1-6 des Erkenntnisses ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 91 und Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 29 - Zürich, 16. November 2023 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. C. Faoro versandt am: st

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.