

AG_ZIVILGERICHT ZSU.2023.168 vom 30. Oktober 2023

Ag Zivilgericht, 2023-10-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_zivilgericht_ZSU.2023.168

FR: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2023.168 du 30 octobre 2023

IT: AG_ZIVILGERICHT ZSU.2023.168 del 30 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

Die Klägerin, geb. tt.mm. 2002, ist die Tochter des Beklagten. Im Eheschutzverfahren zwischen den Eltern der Klägerin (SF.2016.32) bzw. im darauffolgenden Abänderungsverfahren (SF.2019.25/ZSU.2020.18) wurde der Beklagte u.a. verpflichtet, der Mutter für die Klägerin bis zu deren Volljährigkeit Unterhalt zu bezahlen. Das spätere Gesuch des Beklagten um Abänderung bzw. Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber dem Bruder und der Mutter der Klägerin wurde vom Bezirksgericht Laufenburg abgewiesen (SF.2021.5). Die dagegen erhobenen Rechtsmittel des Beklagten blieben ohne Erfolg (ZSU.2021.241/BGE 5A_424/2022). Die Ehe der Eltern wurde am 31. März 2023 durch das Bezirksgericht Laufenburg geschieden (OF.2018.72).

E. 1.1

In teilweiser Gutheissung der Berufung wird der Entscheid des Präsidiums des Familiengerichts des Bezirksgerichts Laufenburg vom 5. Juli 2023 aufgehoben und zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

E. 1.2

Im Übrigen wird die Berufung abgewiesen.

- 17 - 2.

E. 2

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das vorliegende Verfahren einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 3'000.00 zu bezahlen.

E. 2.1

Der Klägerin wird die unentgeltliche Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren gewährt und Rechtsanwalt Eric Hemmerling, Frick, als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzt.

E. 2.2

Soweit die zweitinstanzlichen Gerichtskosten betreffend wird das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren als gegenstandslos von der Kontrolle abgeschrieben. 3. Die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren werden auf die Staatskasse genommen. 4. Über die Regelung der Parteikosten wird die Vorinstanz im erneuten Entscheid zu befinden haben. Zustellung an: [...] Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG) Gegen Entscheide, die das Verfahren abschliessen, kann innert 30 Tagen, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten

ist die Beschwerde nur zulässig, wenn der Streitwert in arbeits- und miet-rechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.00 bzw. in allen übrigen Fällen mindestens Fr. 30'000.00 beträgt, es sei denn, es stelle sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeu- tung oder es handle sich um einen Entscheid des Konkurs- und Nachlassrichters (Art. 44 Abs. 1, Art. 72, Art. 74, Art. 90, Art. 100 Abs. 1 und Art. 112 Abs. 1 BGG). Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundes- gericht einzureichen (Art. 42 BGG). Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG). Der Streitwert des kantonalen Verfahrens beträgt mehr als Fr. 30'000.00.

- 18 - Aarau, 30. Oktober 2023 Obergericht des Kantons Aargau Zivilgericht, 3. Kammer
Die Präsidentin: Der Gerichtsschreiber: Massari Sulser

E. 2.3

Nachdem Art. 296 Abs. 1 ZPO keine Anwendung findet, ist Art. 317 Abs. 1 ZPO zu beachten. Demgemäss sind im Berufungsverfahren neue Tatsa- chen und Beweismittel ohne Verzug vorzubringen und können nur berück- sichtigt werden, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten. Es ist unzulässig, durch ein "neues Beweismittel" eine Tatsache ins Verfahren einzubringen, die bei Anwen- dung zumutbarer Sorgfalt schon vor der ersten Instanz hätte vorgebracht werden können (vgl. REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuen- berger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016 [nachfolgend: ZPO-Komm.], N. 39 zu Art. 317 ZPO). Echte Noven, die im Rechtsmittelverfahren insbesondere dadurch charak- terisiert sind, dass sie nach dem erstinstanzlichen Entscheid entstanden sind und so in erster Instanz begriffsgemäss nicht geltend gemacht werden konnten, können innerhalb der Rechtsmittelfrist ohne Beachtung eines Zeit- rahmens vorgebracht werden, nach Ablauf der Rechtsmittelfrist sind sie "ohne Verzug" vorzubringen (vgl. BGE 143 III 42 E. 4.1; Urteil des Bundes- gerichts 5A_568/2012 vom 24. Januar 2013 E. 4).

E. 2.4

In Verfahren betreffend die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gilt ein herabgesetzter Beweismassstab. Es genügt, eine Tatsache glaubhaft zu machen (Art. 261 Abs. 1 ZPO). Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache, wenn für ihr Vorhandensein aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit spricht, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglic- keit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (Urteil des Bun- desgerichts 5A_239/2017 vom 14. September 2017 E. 2.3). 3.

E. 2.5

Mit Eingabe vom 10. März 2022 reichte der nunmehr anwaltlich vertretene Beklagte eine weitere Stellungnahme ein.

E. 2.6

Am 19. Mai 2022 fand die Hauptverhandlung in den Verfahren SF.2022.2 und VF.2022.2 statt. Der Beklagte blieb dieser fern.

E. 2.7

Mit Eingaben vom 3. Juni 2022 (Klägerin) und 22. November 2022 (Beklagter) reichten die Parteien weitere Unterlagen ein. Es folgten weitere Eingaben vom 21. März 2023 (Beklagter) und 25. Mai 2023 (Klägerin).

E. 2.8

Mit Entscheid vom 5. Juli 2023 erkannte der Präsident des Familiengerichts des Bezirksgerichts Laufenburg: " 1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen betreffend Volljährigenunterhalt wird abgewiesen. 2.

E. 3

Der Gesuchsgegner sei zu verpflichten, der Gesuchstellerin für das Hauptsacheverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 5'000.00 zu bezahlen.

E. 3.1

Die Vorinstanz wies das Gesuch der Klägerin mit der Begründung ab, dass der Beklagte nicht leistungsfähig sei. Konkret erwog sie, im (zweiten) Summarverfahren zwischen den Eltern der Klägerin (SF.2019.25) habe das Obergericht des Kantons Aargau in seinem Entscheid ZSU.2020.18 vom 24. August 2020 festgehalten, dass es dem Beklagten mangels Leistungsfähigkeit nicht zumutbar sei, ab 1. September 2020 Unterhaltsbeiträge für seine volljährige Tochter zu bezahlen. Unter Bezugnahme auf die alte Bundesgerichtliche Rechtsprechung habe es ausgeführt, dass dem Beklagten kein den erweiterten Bedarf um mehr als 20 % übersteigendes Einkommen verbleibe. Dem Entscheid hätten ein monatliches Einkommen des Beklagten von Fr. 8'293.00 sowie Unterhaltsbeiträge an seinen minderjährigen

- 7 - Sohn und seine Exfrau von total Fr. 4'362.10 resp. Fr. 3'795.00 ab 1. Juni 2021 zugrunde gelegen (angefochtener Entscheid E. 4.3.1). Im Zeitpunkt des obergerichtlichen Entscheids habe der Beklagte seinen Wohnsitz in Q._____ in der Schweiz gehabt und Arbeitslosentaggelder bezogen. Per 1. Januar 2021 habe er eine neue Arbeitsstelle in R._____ angetreten. Mit Gesuch vom 14. Januar 2021 habe der nunmehr in Deutschland wohnhafte Beklagte die Aufhebung seiner Unterhaltspflicht gegenüber seinem Sohn und seiner Exfrau mangels Leistungsfähigkeit beantragt (SF.2021.5). Das Bezirksgericht habe das (Abänderungs-) Gesuch mit der Begründung abgewiesen, dass ihm zwar keine Verminderung des Einkommens in Schädigungsabsicht vorzuwerfen sei, es ihm indessen zumutbar sei, seine Unterhaltspflicht mittels Vermögensverzehr zu bestreiten, zumal er im Wissen um seine Unterhaltsverpflichtungen eine grosszügige Schenkung getätigt habe, was rechtsmissbräuchlich sei. Sowohl das Obergericht (Entscheid ZSU.2021.241 vom 2. Mai 2022) als auch das Bundesgericht (Urteil 5A_424/2022 vom 23. Januar 2023) hätten die jeweiligen Rechtsmittel abgewiesen (angefochtener Entscheid E. 4.3.2). Vorliegend sei dem Beklagten ein monatliches Nettoeinkommen (nach Abzug von Krankenkasse und Steuern) in Höhe von Fr. 3'600.00 anzurechnen. Dem Beklagten könne keine Verminderung seines Einkommens in Schädigungsabsicht nachgewiesen werden, weshalb ihm kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Abzüglich seines Bedarfs (Grundbedarf von Fr. 865.00, Wohnkosten von Fr. 1'030.00, Arbeitswegkosten von Fr. 758.00, Auslagen für auswärtige Verpflegung von Fr. 160.00, Unterhaltsbeiträge an den Sohn von Fr. 750.00)

verbleibe dem Beklagten lediglich ein monatlicher Betrag von Fr. 37.00, womit kein Raum für einen Unterhaltsbeitrag für die volljährige Klägerin verbleibe (angefochtener Entscheid E. 4.3.3.).

E. 3.2

Die Klägerin bringt hiergegen mit Berufung vor, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie diverse Vorbringen der Klägerin nicht ernsthaft geprüft habe. Dem Beklagten sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz ein hypothetisches Einkommen in Höhe von Fr. 8'293.00 anzurechnen, eventualiter ein tatsächliches Einkommen von umgerechnet Fr. 4'000.00. Zudem könne der Beklagte den Unterhaltsbeitrag durch Vermögensverzehr decken. 4.

E. 3.3

Mit Eingaben vom 25. August 2023 (Klägerin) und 8. September 2023 (Beklagter) reichten die Parteien weitere Stellungnahmen ein.

- 5 - Das Obergericht zieht in Erwägung: 1. Für vorsorgliche Massnahmen ist das summarische Verfahren anwendbar (Art. 248 lit. d und Art. 252 ff. ZPO). Gemäss Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO sind erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Berufung anfechtbar, wobei in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Berufung nur zulässig ist, wenn der Streitwert der zuletzt aufrecht erhaltenen Rechtsbegehren mindestens Fr. 10'000.00 (Art. 308 Abs. 2 ZPO) beträgt. Dieser ist vorliegend erreicht. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen – namentlich die Wahrung der Berufungsfrist – geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Berufung ist einzutreten. 2.

E. 4

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zulasten des Gesuchsgegners.

E. 4.1.1

Betreffend das hypothetische Einkommen des Beklagten rügt die Klägerin (Berufung S. 10 ff.), sie habe bereits in ihrer Replik (act. 90 ff.) ausgeführt, dass das Obergericht des Kantons Aargau im Verfahren ZSU.2021.241 zwischen den Eltern der Klägerin dem Beklagten ab 1. Januar 2021 ein hypothetisches Einkommen von Fr. 8'293.00 angerechnet habe. Der Beklagte habe ohne hinreichenden Grund seinen Wohnsitz nach Deutschland

- 8 - verlegt und so seine Leistungsfähigkeit geschmälert, obwohl er gewusst habe, dass er grundsätzlich auch gegenüber der Klägerin unterhaltspflichtig sei (Ziff. 3.2). Auch in ihrem Schlussvortrag vom 25. Mai 2023 (act. 129 ff.) habe die Klägerin ausführlich zum hypothetischen Einkommen Stellung genommen (Ziff. 5.2.1). Der Beklagte sei entgegen seinen Ausführungen (vgl. nachstehend E. 4.1.2) nicht gezwungen gewesen, die Stelle in Deutschland anzunehmen. Aus Sicht der Arbeitslosenversicherung sei eine Arbeit, mit welcher ein Bruttoeinkommen von unter 70 % des versicherten Verdiensts erzielte werde, unzumutbar. Auszugehen sei vom versicherten Verdienst des Beklagten von Fr. 11'250.00 und nicht von den damaligen (tieferen) ALV-Nettotaggeldern. Die Vorinstanz habe lediglich ausgeführt, dass dem Beklagten keine Schädigungsabsicht nachgewiesen werden könne und ihm deshalb kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei, unter Hinweis auf ihren Entscheid im Abänderungsverfahren SF.2021.5 zwischen den Eltern der Klägerin, obwohl sich die Klägerin sogar mit der Argumentation der Vorinstanz im Entscheid SF.2021.5 auseinandergesetzt habe. Die Vorinstanz habe dadurch ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Vorinstanz verkenne auch, dass ein hypothetisches

Einkommen nicht nur im Falle einer Schädigungsabsicht anzurechnen werden könne, sondern bereits dann, wenn eine unverschuldete Einkommensverminderung rückgängig gemacht werden könnte. Das Obergericht habe dem Beklagten im Entscheid ZSU.2021.241 zugemutet, in der Schweiz zu bleiben bzw. in die Schweiz zurückzuziehen (E. 4.3.1 ff.). Davon sei auch im vorliegenden Verfahren auszugehen. Der Beklagte habe im vorliegenden Verfahren die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens von Fr. 8'293.00 ab 1. Januar 2021 denn auch nie ausdrücklich bestritten (Protokoll vom 19. Mai 2022, S. 3). Zudem liege ohnehin eine Schädigungsabsicht vor, da der Beklagte seinen Wohnsitz ohne hinreichenden Grund nach Deutschland verlegt und so bewusst seine Leistungsfähigkeit geschmälert habe. Auch das Obergericht sei im Verfahren ZSU.2021.241 zum Schluss gekommen, dass der Beklagte "in keiner Weise zu begründen [vermochte], weshalb er seinen Wohnsitz nach Deutschland verlegt hat" (E. 4.3.2). Der Beklagte habe sich überdies der Parteibefragung entzogen, was in der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sei.

E. 4.1.2

Der Beklagte bringt vor, er gehe einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit in Deutschland nach. Dem Beklagten stehe ein Nettoeinkommen von Fr. 3'600.00 zur Verfügung. Der Beklagte habe sein Einkommen nicht in Schädigungsabsicht vermindert, weshalb ihm kein hypothetisches Einkommen anzurechnen sei. Der Beklagte habe Leistungsexport [für das Arbeitslosentaggeld] beantragt, was ihm seitens des RAV vom 8. November 2020 bis 31. Januar 2021 bewilligt worden sei. Der Beklagte habe ab dem 1. September 2020 Arbeitslosengeld in Höhe von Fr. 8'293.00 pro Monat bezogen. Sein Bruttoeinkommen von umgerechnet Fr. 6'650.00 liege deutlich über der Zumutbarkeitsgrenze von 70 %, weshalb der Beklagte gestützt auf

- 9 - Art. 16 Abs. 2 lit. i AVIG verpflichtet gewesen sei, diese Stelle unverzüglich anzunehmen. Ansonsten hätte dies nach Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG die Leistungseinstellung zur Folge gehabt. Dies wäre im Übrigen auch der Fall, wenn man der Berechnung einen Bruttolohn von Fr. 11'250.00 zugrunde legen würde, da dem Beklagten neben seinem Grundlohn auch ein variabler Bonusanteil zustehe. Daraus ergäbe sich ebenfalls ein monatlicher Bruttolohn, der über 70 % des Bruttolohns von Fr. 11'250.00 läge (Antwort Ziff. 4a).

E. 4.2

Bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen darf der Richter vom tatsächlichen Leistungsvermögen des Pflichtigen, das Voraussetzung und Bemessungsgrundlage der Beitragspflicht bildet, abweichen und stattdessen von einem hypothetischen Einkommen ausgehen, falls und soweit der Pflichtige bei gutem Willen bzw. bei ihm zuzumutender Anstrengung mehr zu verdienen vermöchte, als er effektiv verdient. Aus welchem Grund ein Unterhaltspflichtiger auf das ihm angerechnete höhere Einkommen verzichtet, ist im Prinzip unerheblich. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens hat keinen pönalen Charakter. Mit Bezug auf das hypothetische Einkommen ist Rechtsfrage, welche Tätigkeit aufzunehmen als zumutbar erscheint. Tatfrage bildet hingegen, ob die als zumutbar erkannte Tätigkeit möglich und das angenommene Einkommen effektiv erzielbar ist (BGE 137 III 118 E. 2.3; BGE 128 III 4 E. 4c/bb; Urteile des Bundesgerichts 5A_388/2010 vom 29. September 2010 E. 1, 5A_290/2010 vom 28. Oktober 2010 E. 3.1, 5A_170/2007 vom 27. Juni 2007 E. 3.1). Geht die Einkommensverminderung auf eine

freiwillige und einseitige Entscheidung des Unterhaltspflichtigen zurück, obschon er wusste oder wissen musste, dass ihn eine Unterhaltsverpflichtung trifft, ist es nicht willkürlich, ihm das vorher verdiente Einkommen rückwirkend ab dem Tag der Verminderung anzurechnen (Urteil des Bundesgerichts 5A_372/2016 vom 18. November 2016 E. 3.1). Von der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist grundsätzlich abzusehen, wenn die vom Unterhaltsverpflichteten gutgläubig getroffenen Dispositionen nicht mehr rückgängig gemacht werden können (BGE 128 III 4 E. 4). Vermindert der Unterhaltspflichtige sein Einkommen jedoch in Schädigungsabsicht, so ist auch dann ein hypothetisches Einkommen anrechenbar, wenn die Einkommensverminderung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann (BGE 143 III 233 E. 3.4). Die berufliche Selbstverwirklichung hat mithin vor der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern zurückzutreten. Die Eltern stehen diesbezüglich in der Pflicht. Sie sind nicht völlig frei, ihr Leben zu gestalten. Vielmehr müssen sie sich grundsätzlich derart einrichten, dass sie ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen vermögen, und hierfür ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen. Dies gilt auch mit Bezug auf volljährige Kinder (Urteil des Bundesgerichts 5A_129/2019 vom 10. Mai 2019 E. 3.2.2.3).

- 10 -

E. 4.3.1

Der Klägerin ist zuzustimmen, dass die Vorinstanz die Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen verkennt, wenn sie rein mit der Begründung, dem Beklagten könne keine Schädigungsabsicht nachgewiesen werden, von der Anrechnung eines solchen absieht. Voraussetzung der Anrechnung eines hypothetischen Einkommens ist, dass dem Unterhaltsschuldner bei zuzumutender Anstrengung die Erzielung eines höheren Einkommens zur Bestreitung seiner Unterhaltspflicht möglich wäre. Dass dem nicht der Falle wäre, wurde im vorliegenden Verfahren weder behauptet noch ist dies ersichtlich. Im von der Klägerin erwähnten Entscheid des Obergerichts (ZSU.2021.241 E. 4) wurde die Möglichkeit und Zumutbarkeit der Erzielung eines Einkommens in der Schweiz in Höhe von mindestens Fr. 8'293.00 (entsprechend der Höhe der damaligen ALV-Taggelder) ab Januar 2021 bejaht. Namentlich wurde erwogen, dass der Beklagte in keiner Art und Weise zu begründen vermochte, weshalb er seinen Wohnsitz nach Deutschland verlegt hat. Ihm sei zuzumuten, in die Schweiz zurückzukehren, um ein höheres Einkommen zur Bestreitung seiner Unterhaltspflicht zu erzielen (E. 4.3.2). Daran ändert vorliegend nichts, dass es – anders als im Verfahren ZSU.2021.241 – um Volljährigenunterhalt geht, zumal der Beklagte auch hinsichtlich seiner volljährigen Tochter seine Leistungsfähigkeit grundsätzlich auszuschöpfen hat. Gründe, die in einer Gesamtabwägung allenfalls auf die Unzumutbarkeit eines Rückzugs in die Schweiz hätten schliessen lassen, wurden im vorliegenden Verfahren mit keinem Wort vorgebracht.

E. 4.3.2

Was den Einwand des Beklagten anbelangt, er sei verpflichtet gewesen, die weniger lukrative Stelle in Deutschland anzunehmen, weil ihm sonst sein Anspruch auf ALV-Taggeldern abgesprochen worden wäre, ist darauf zu verweisen, dass sich das Obergericht bereits im Entscheid ZSU.2021.241 damit auseinandergesetzt hat. Es kam nach ausführlicher Erörterung der Rechtslage zum Schluss, dass das Argument hinsichtlich der Frage, ob sein Wegzug nach Deutschland schützenswert ist, zum Vorneherein nicht verfängt (E. 4.3.1). Auch ist dem Beklagten nicht zu folgen, wenn er vorbringt, die

Arbeitsstelle sei finanziell zumutbar gewesen, weshalb er verpflichtet gewesen sei, diese anzunehmen. Einerseits entsprach es dem freien Entschluss des Beklagten, den Leistungsexport nach Deutschland zu beantragen, ohne dass hierfür nachvollziehbare Gründe bestanden hätten. Wie die Klägerin zu Recht vorbringt, berechnet sich der zumutbare Lohn im Übrigen auf Basis des versicherten Verdienstes, der unbestrittenerweise Fr. 11'250.00 betrug. Ein zumutbarer Bruttolohn lag demnach erst ab Fr. 7'875.00 vor (Fr. 11'250.00 x 0.7; Art. 16 Abs. 1 lit. i AVIG). Dass der Beklagte mit seiner neuen Tätigkeit einen Bruttolohn in dieser Höhe erzielen würde, wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht vor- gebracht. Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren erstmals vorbringt,

- 11 - dass ihm neben seinem Grundlohn von angeblich umgerechnet Fr. 6'650.00 ein variabler Bonusanteil zustehe, und somit insgesamt ein Bruttolohn von über 70 % des versicherten Verdiensts resultiere, so hat dies als unzulässiges Novum unbeachtlich zu bleiben (vorstehend E. 2.3). Wie der Beklagte selbst ausführt, wurde ihm ein Bonus denn auch nie aus- bezahlt (Berufungsantwort, S. 4). Im Übrigen hat der Beklagte seine Einkommensverhältnisse im vorliegenden Verfahren weder belegt noch er- schien er zur Parteibefragung an der Hauptverhandlung vor Vorinstanz vom 19. Mai 2022, ohne dass hierfür entschuld bare Gründe vorgelegen hätten. Das prozessuale Verhalten des Beklagten verhindert einen verläss- lichen Schluss über sein Einkommen, was bei der Beweiswürdigung zu be- rücksichtigen ist (Art. 164 ZPO).

E. 4.3.3

Insgesamt sind keine Gründe ersichtlich, weshalb in Abkehr vom oberge- richtlichen Entscheid ZSU.2021.241 vom 2. Mai 2022 dem Kläger nicht ein hypothetisches Einkommen von mindestens Fr. 8'293.00 anzurechnen wäre, zumal die Möglichkeit eines solchen nach dem Gesagten glaubhaft erscheint und keine Gründe vorgebracht wurden, weshalb dies dem Be- klagten nicht zumutbar sein sollte.

E. 4.3.4

Unterstellt der Richter einer der Parteien ein hypothetisches Einkommen, weil sie eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, wiederaufnehmen oder auswei- ten muss, was eine Umstellung der Lebensverhältnisse verlangt, ist der be- troffenen Partei zwar grundsätzlich eine angemessene Frist einzuräumen, um sich auf die neue Situation einzustellen. War der Unterhaltspflichtige hingegen bereits vollzeitlich – oder wie vorliegend relevant vor der Arbeits- losigkeit in der Schweiz – erwerbstätig und kam er seiner bereits bestehen- den Unterhaltspflicht nach, gibt es keinen Grund, ihm eine Anpassungszeit zur Umstellung seiner Lebensverhältnisse zu gewähren. Vielmehr muss der Unterhaltspflichtige alles in seiner Macht Stehende tun und insbeson- dere seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpfen, um seiner Unterhaltspflicht weiterhin nachkommen zu können. Begnügt sich der Un- terhaltspflichtige wissentlich mit einer nur ungenügend einträglichen Er- werbstätigkeit, so hat er sich anrechnen zu lassen, was er unter den gege- benen Umständen zu erwirtschaften vermöchte (vgl. Urteile des Bundes- gerichts 5A_253/2020 vom 25. März 2021 E. 3.1.2, 5A_692/2012 vom 21. Januar 2013 E. 4.3; vgl. auch vorstehend E. 4.2). An die Ausnutzung der Erwerbskraft des Unterhaltspflichtigen im Verhältnis zum minderjähri- gen Kind sind dabei besonders hohe Anforderungen zu stellen und ein frei- williger Verzicht auf Einkommen hat für die Festsetzung von Unterhaltsleis- tungen bzw. deren Abänderbarkeit unbeachtlich zu bleiben (vgl. Urteile des Bundesgerichts 5A_806/2016 vom 22. Februar 2017 E. 3.2; 5A_78/2019 vom 25. Juli 2019 E. 3.2.2.2; BGE 137 III 118 E.

3.1).

- 12 - Vorliegend ist davon auszugehen, dass der Kläger in der Schweiz ein monatliches Nettoeinkommen von jedenfalls Fr. 8'293.00 erzielen könnte. Bereits im Entscheid ZSU.2021.241 (E. 4.3.3.) wurde festgehalten, dass ihm dieses ohne Einräumung einer Übergangsfrist ab Januar 2021 anzurechnen ist. In jenem Entscheid ging es zwar nicht um den Unterhalt der Klägerin, die damals bereits volljährig war und für die noch kein Volljährigenunterhalt festgelegt wurde. Der Beklagte wäre aber mit Blick auf die übrigen Unterhaltspflichten, namentlich gegenüber seinem damals minderjährigen Sohn, bereits verpflichtet gewesen, sein Einkommen in entsprechendem Umfang zu erhöhen. Da die Klägerin damals offenkundig noch nicht über eine ausreichende Ausbildung verfügte, musste der Beklagte zudem damit rechnen, dass sie auch über die Volljährigkeit hinaus Unterhalt beanspruchen würde, zumal die Mutter der Klägerin unbestrittenerweise Sozialhilfeempfängerin ist (vgl. Gesuch S. 11 f.; vgl. betreffend deren Manko bereits ZSU.2021.241 E. 7, ZSU.2020.24 E. 9).

E. 5

Der Klägerin sei für das vorliegende Verfahren die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege unter Beiordnung des unterzeichnenden Anwalts als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu gewähren."

E. 5.1

Die Klägerin bringt mit Berufung zusammenfassend weiter vor (Berufung S. 15 ff.), in ihrem Gesuch vom 4. Januar 2022 (act. 1 ff.) ausgeführt zu haben, dass der Beklagte über ein beträchtliches Vermögen verfüge, weil nicht glaubhaft sei, dass er den Erlös des Hausverkaufs verschenkt habe. In der Replik habe sie weiter vorgebracht, dass der Beklagte die eheliche Liegenschaft in S._____ gemäss Veranlagungsverfügung zur Grundstückgewinnsteuer für Fr. 1'095'000.00 verkauft habe. Der Nettoerlös habe Fr. 300'000.00 betragen. Es sei davon auszugehen, dass der Beklagte noch über ein namhaftes Restvermögen verfüge. Sie habe in diesem Zusammenhang die Einreichung aktueller Auszüge sämtlicher Konti bzw. eine Dokumentation über die Verwendung des Liegenschaftserlöses beantragt. Der Beklagte habe in seinem Schlussvortrag erstmals behauptet, dass es sich beim Erlös aus dem Hausverkauf um ein Surrogat eines Erbvorbezuges handle und dass dieses deshalb nicht zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht herangezogen werden könne. Konkrete Behauptungen seien im vorliegenden Verfahren aber weder aufgestellt worden, noch wäre die Behauptung als unzulässiges Novum beachtlich. Darüber hinaus werde die Behauptung auch materiell bestritten. Der Beklagte behaupte im vorliegenden Verfahren weiter nicht, den Erlös verschenkt zu haben, so wie er dies offenbar im Abänderungsverfahren SF.2021.5 zwischen den Eltern der Klägerin behauptet habe (m.H. auf BGE 5A_424/2022 E. 3.4.2). Selbst wenn der Beklagte den Erlös verschenkt hätte, wofür es keinen Beweis gebe (m.H. auf ZSU.2021.241 E. 3.3.2), sei davon auszugehen, dass er dies in Schädigungsabsicht getan habe. Das Bundesgericht habe erwogen, dass ungeklärt und auch völlig unverständlich sei, weshalb der Beschwerdeführer sein Vermögen verschenken würde (m.H. auf BGE 5A_424/2022 E. 3.4.2). Es komme als Erklärung nur eine Schädigungsabsicht in Frage, weshalb es ihm hypothetisch angerechnet werden müsse.

- 13 - Darüber hinaus sei unklar, ob der Beklagte sich seine Freizügigkeitsleistungen habe auszahlen lassen, als er nach Deutschland gezogen sei. Die Freizügigkeitsleistungen hätten

im Dezember 2020 rund Fr. 480'000.00 betragen (Berufung S. 15 f.). Zumindest die überobligatorischen Freizügigkeitsleistungen könne der Beklagte infolge Wegzugs nach Deutschland beziehen, sofern er in Deutschland weiterhin pflichtversichert sei (Art. 25f Abs. 1 FZG), andernfalls könne er seine Freizügigkeitsleistungen vollumfänglich beziehen (Berufung S. 16).

E. 5.2

Mit diesen Vorbringen hat sich die Vorinstanz, wie die Klägerin zu Recht rügt (Berufung S. 19), mit keinem Wort auseinandergesetzt und auch die entsprechenden Beweisanträge nicht beurteilt, womit sie das rechtliche Gehör der Klägerin offenkundig verletzt hat. Der Klägerin ist zuzustimmen, dass die Behauptung des Beklagten, der Erlös aus dem Liegenschaftsverkauf bilde ein Surrogat für einen Erbvorbezug, zu spät erfolgte. Der Beklagte brachte dies erstmals mit seiner Stellungnahme vom 21. März 2023 vor (act. 123 ff.), mithin nachdem er bereits mindestens zweimal Gelegenheit hatte, sich in der Sache zu äussern – mit Stellungnahmen vom 20. Januar 2022 (act. 22 ff.) bzw. 10. März 2022 (act. 52 ff.) und hernach in der mündlichen Duplik anlässlich der Hauptverhandlung vom 19. Mai 2022 (act. 82 ff.). Es handelt sich dabei weder um eine Tatsache, die erst nach Eintritt des Aktenschlusses entstanden wäre noch um eine solche, die trotz zumutbarer Sorgfalt nicht vorher hätte vorgebracht werden können. Sie hat als unzulässiges Novum folglich unbeachtlich zu bleiben (vorstehend E. 2.3). Dass der Beklagte aus dem Liegenschaftsverkauf einen Nettoerlös von Fr. 300'000.00 erzielte, wurde vor Vorinstanz auch nicht bestritten. Ebenso hat der Beklagte – anders als noch im Verfahren ZSU.2021.241 bzw. BGE 5A_424/2022 – auch nicht behauptet, den Erlös verschenkt zu haben, was mangels Belege und nachvollziehbarer Begründung im Übrigen bereits in jenen Verfahren nicht überzeugend erschien. Selbst wenn eine entsprechende Schenkung erfolgt und nicht mehr rückgängig zu machen gewesen wäre, so das Obergericht im erwähnten Entscheid, könne diese überdies nur Ausdruck einer Schädigungsabsicht sein, sodass ihm jedenfalls ein hypothetischer Vermögensverzehr anzurechnen sei. Das Bundesgericht schützte diesen Entscheid.

E. 6

Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Berufung ist in diesem Sinn gutzuheissen. Da die Vorinstanz wesentliche Teile der Klage noch nicht beurteilt hat und demnach auch der Sachverhalt in wesentlichen Teilen noch zu vervollständigen sein wird, ist die Sache zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO). Bei diesem Verfahrensausgang ist auf die übrigen materiellen Vorbringen des Klägers nicht weiter einzugehen.

- 14 -

E. 7

In einem Rückweisungsentscheid kann die obere Instanz die Verteilung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens der Vorinstanz überlassen (Art. 104 Abs. 4 ZPO). Davon wird sie insbesondere dann absehen, wenn besondere Gründe vorliegen (JENNY, in: ZPO-Komm., a.a.O., N. 11 zu Art. 104 ZPO). Dies betrifft primär Kosten, welche durch Verfahrensfehler unnötigerweise verursacht wurden (STAUBER, in: ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, Kommentar zu den Art. 308 bis 327a ZPO, 2013, N. 40 zu Art. 318 ZPO). Die Überbindung der Verfahrenskosten an den Kanton (Art. 107 Abs. 2 ZPO)

muss in zivilrechtlichen Verfahren zwar die absolute Ausnahme bleiben (STERCHI, in: Berner Kommentar, 2012, N. 24 zu Art. 107 ZPO), denn es genügt nicht, dass dem Gericht Fehler unterlaufen sind, zu welchem Schluss die Rechtsmittelinstanzen regelmässig gelangen, ansonsten keine Kassationen und Rückweisungen erfolgen würden, weshalb die Kostenaufgabe an den Kanton aus Billigkeitsgründen nur bei eigentlichen "Justizpannen" (Urteil des Bundesgerichts 9C_666/2018 vom 27. Mai 2019 E. 7.2.2.2 mit Hinweisen) in Betracht kommt. Vorliegend hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Klägerin jedoch geradezu offenkundig verletzt. Namentlich äusserte sie sich trotz entsprechender Vorbringen der Klägerin mit keinem Wort zum Vermögen des Beklagten und übergang zudem gefestigte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum hypothetischen Einkommen im Unterhaltsrecht. Es rechtfertigt sich daher, die Gerichtskosten auf die Staatskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Grundlage für die Verpflichtung des Kantons zur Bezahlung auch einer Parteientschädigung enthält die ZPO jedoch nicht (JENNY, a.a.O., N. 26 zu Art. 107 ZPO; STERCHI, a.a.O., N. 25 zu Art. 107 ZPO). Die zweitinstanzlichen Parteikosten sind deshalb von der Vorinstanz entsprechend dem Ausgang des Verfahrens vor Vorinstanz zu verlegen.

E. 8.1

Die Klägerin beantragte einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag für das Berufungsverfahren von Fr. 2'500.00 (Antrag Ziff. 3), bzw. zufolge mutmasslicher Uneinbringlichkeit desselben die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Antrag Ziff. 5).

E. 8.2.1

Da auf die Erhebung von Gerichtskosten für das Berufungsverfahren verzichtet wird (vorstehend E. 7), ist das Gesuch insofern als gegenstandslos von der Kontrolle abzuschreiben. Es bleibt zu klären, ob der Beklagte der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss bzw. -beitrag an ihre zweitinstanzlichen Parteikosten zu bezahlen hat oder ihr unentgeltliche Verbeiständung zu gewähren ist.

- 15 -

E. 8.2.2

Die elterliche Unterhaltspflicht nach Art. 277 Abs. 2 ZGB umfasst grundsätzlich auch die Prozesskosten. Im Anfangsstadium eines Verfahrens hat das Kind Anspruch auf einen Prozesskostenvorschuss durch die Eltern. Nach Massgabe von Art. 303 ZPO kann der Richter für die Dauer des Prozesses vorsorgliche Massnahmen treffen. Zu diesen Massnahmen zählt auch die Anordnung an den beklagten Elternteil, dem Kind im Hinblick auf dessen Unterhaltsklage einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (Urteil des Bundesgerichts 5A_362/2017 vom 24. Oktober 2017 E. 2.1). Der Anspruch auf Prozesskostenvorschuss ist damit materieller Natur. Nach Praxis des Obergerichts ist deshalb das erstinstanzliche Gericht zur Beurteilung von Gesuchen um Prozesskostenvorschuss (auch für das Rechtsmittelverfahren) zuständig. Hiervon kann jedoch abgewichen werden und vor dem Obergericht für das Rechtsmittelverfahren ein (weiterer) Prozesskostenvorschuss beantragt werden, sofern der Prozesskostenvorschuss bereits vor Vorinstanz Verfahrensgegenstand war und der entsprechende Antrag im Sinne einer Klageänderung gestellt werden kann. Dies ist im Berufungsverfahren grundsätzlich der Fall (Art. 317 Abs. 2 ZPO).

E. 8.3

Die Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses setzt, wie die hierzu subsidiäre unentgeltliche Rechtspflege, voraus, dass der Ansprecher nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und sein Begehren nicht aussichtslos erscheint (vgl. Art. 117 ZPO). Überdies muss die angesprochene Partei zur Leistung des Vorschusses in der Lage sein (vgl. BRÄM/HASENBÖHLER, Zürcher Kommentar, 1998, N. 135 zu Art. 159 ZGB; MAIER, Die Finanzierung von familienrechtlichen Prozessen, in: FamPra.ch 3/2019, S. 818 ff., S. 832; MAIER, Die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung in familienrechtlichen Prozessen im Spannungsfeld mit der Vorschusspflicht von Ehegatten und Eltern, dargestellt anhand der Praxis der Zürcher Gerichte seit Inkraftsetzung der eidgenössischen ZPO, in: FamPra.ch 3/2014, S. 635 ff., S. 637 ff.).

E. 8.4.1

Offenkundig ist, dass die Klägerin mit ihrem monatlichen Einkommen von knapp Fr. 1'100.00 ihren Bedarf nicht bestreiten kann und bedürftig ist (Berufung S. 35 f.). Die Berufung war nach dem Gesagten auch nicht aussichtslos. Fraglich ist, ob der Beklagte zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses tatsächlich in der Lage ist bzw. ob ein solcher von diesem einbringlich wäre.

E. 8.4.2

Die unentgeltliche Rechtspflege geht der familienrechtlichen Unterhaltspflicht nach. Aufgrund ihrer Subsidiarität kann die unentgeltliche Rechts-

- 16 - pflege von der bedürftigen Person nur beansprucht werden, wenn der Unterhaltspflichtige einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist (Urteil des Bundesgerichts 5P.441/2005 vom 9. Februar 2006 E. 1.1). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die unentgeltliche Rechtspflege jedoch auch dann zu gewähren, wenn der zugesprochene Prozesskostenvorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (Urteile des Bundesgerichts 5A_843/2009 vom 23. Februar 2010 E. 4.3, 5A_562/2009 vom 22. Januar 2012 E. 5, mit weiteren Hinweisen).

E. 8.4.3

Die Klägerin macht geltend, dass solche aussergewöhnlichen Schwierigkeiten zu erwarten wären, da der Beklagte im vorinstanzlichen Verfahren säumig gewesen sei. Zudem sei zu erwarten, dass er sich mit allen Mitteln gegen die Vollstreckung eines Prozesskostenvorschusses wehren würde. Zu verweisen sei etwa auf das Schreiben des Beklagten vom 8. September 2021 an Rechtsanwältin C._____, in welchem er u.a. ausgeführt habe, ihr "ab sofort und mit gründlicher Regelmässigkeit schriftlich und verbal vor die Kniescheibe [zu] treten" (Gesuchsbeilage 5). Zudem müssten Inkassobemühungen im Ausland vorgenommen werden, was der Klägerin – wenn überhaupt – nur in begrenztem Umfang zugemutet werden könne (Berufung S. 34). Aufgrund der diversen Versuche des Beklagten in der Vergangenheit, sich seiner Unterhaltspflichten zu entziehen (vgl. etwa vorstehend E. 5.2), der Tatsache, dass der Beklagte auch im vorliegenden Verfahren seiner Mitwirkungspflicht nur unzureichend nachgekommen ist (vgl. etwa vorstehend E. 4.3.2) und er im Ausland wohnt, erscheint die Besorgnis der Klägerin, dass ein allfälliger Prozesskostenvorschuss nicht oder nur schwerlich einbringlich wäre, begründet. Ihr ist folglich die unentgeltliche Rechtsverbeiständung auch für das Berufungsverfahren zu gewähren. Das Obergericht erkennt: 1.

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