

# ZH\_OBERGERICHT LZ220015 vom 3. November 2022

ZH Obergericht, 2022-11-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LZ220015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ220015)

FR: ZH\_OBERGERICHT LZ220015 du 3 novembre 2022

IT: ZH\_OBERGERICHT LZ220015 del 3 novembre 2022

## Erwägungen

### E. 1

Der Kläger und Berufungskläger (fortan Kläger) und die Beklagte und Berufungsbeklagte (fortan Beklagte) sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_\_, geb. am tt.mm.2013 (fortan Verfahrenseteiligte), welche unter ihrer gemeinsamen elterlichen Sorge steht. Mit Eingabe vom 12. Januar 2021 reichte der Kläger vor Vorinstanz eine begründete Klage auf Unterhalt, Obhut sowie Regelung der Betreuung der Verfahrenseteiligten ein (Urk. 6/1). Für den weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann grundsätzlich auf den angefochtenen Entscheid verwiesen werden (Urk. 6/65 E. I = Urk. 2 E. I). Mit Eingabe vom 7. April 2021 stellte der Kläger das eingangs wiedergegebene Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 6/22 S. 2 f.). Am 1. Dezember 2021 fand die Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen statt (Prot. I S. 9 ff.), an welcher die Beklagte die Abweisung des Massnahmebegehrens beantragte (Prot. I S. 12). Mit Verfügung vom 3. Januar 2022 wurde den Parteien und der Kindesvertreterin eine Kopie des Protokolls dieser Verhandlung zugestellt und ihnen Frist zur Stellungnahme zu allfälligen Noven bzw. zur persönlichen Befragung der Parteien angesetzt (Urk. 6/51). Innert erstreckter Frist gingen die jeweiligen Stellungnahmen der Parteien samt Beilagen (Urk. 60; Urk. 61/1-9; Urk. 62; Urk. 63/1-4) ein bzw. wurde seitens der Kindesvertreterin darauf verzichtet (Urk. 6/58). Am 18. März 2022 fällt die Vorinstanz den vorstehend angeführten Massnahmenentscheid (Urk. 6/65 = Urk. 2).

- 7 -

### E. 1.1

Der Kläger wendet sich mit seiner Berufung primär gegen das von der Vorinstanz berücksichtigte Einkommen der Beklagten aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 51'082.30 jährlich bzw. von Fr. 4'256.85 monatlich (Urk. 6/65 E. II.C.2.2.3).

### E. 1.2

Der Kläger rügt, die Vorinstanz habe bezüglich des Wechsels der Beklagten von der unselbständigen in die selbständige Erwerbstätigkeit auf ihre Stellungnahme vom 2. Februar 2022 (Urk. 6/60) respektive auf Urk. 6/61/4 abgestellt, wonach ihr das Anstellungsverhältnis per 31. März 2018 gekündigt worden sei. Weiter habe die Vorinstanz die Schreiben der Versicherungsanstalt Zürich sowie die Betreuung im Rahmen eines Jobcoachings als Indiz dafür gewürdigt, dass die Beklagte im Anschluss tatsächlich und unfreiwillig arbeitsunfähig gewesen sei, obwohl sie sich um eine Arbeitsstelle bemüht habe. Ebenfalls als glaubwürdig habe die Vorinstanz die Behauptung der Beklagten bezeichnet, keine Covid-Erwerbsausfallsentschädigungen erhalten zu haben. Die Vorinstanz habe ihm die Stellungnahme der Beklagten vom 2. Februar 2022 mit den dazugehörigen Beilagen (Urk. 6/60; Urk. 6/61/1-9) aber nicht zur Stellungnahme

zugestellt, weshalb sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei (Urk. 1 S. 12 f.). Gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 BV sowie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens Anspruch auf rechtliches Gehör und auf ein faires Gerichtsverfahren, unter Beachtung des Grundsatzes der Waffengleichheit. Diese Garantien enthalten auch das Recht, von den beim Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können (sog. Replikrecht: BGE 133 I 98 E. 2.1). Die Wahrnehmung des Replikrechts setzt voraus, dass die von den übrigen Verfahrensbeteiligten eingereichten Eingaben der Partei zugestellt werden (BGE 139 I 189 E. 3.2; BGE 137 I 195 E. 2.3.1). Es obliegt einer Partei, die eine Stellungnahme zu einer ihr zur Kenntnisnahme zugestellten Vernehmlassung für erforderlich hält, diese grundsätzlich unverzüglich einzu-

- 10 - reichen oder zu beantragen (BGE 133 I 100 E. 4.8). Hingegen zählt es zu den Aufgaben des Gerichts, in jedem Einzelfall ein effektives Replikrecht der Parteien zu gewährleisten. Dazu gehört insbesondere, dass diese auch in zeitlicher Hinsicht die Gelegenheit wahrnehmen können (BGE 142 III 48 E. 4.1.1; BGer 5A\_561/2018 vom 14. Dezember 2018, E. 2.1). Wie sich aus dem Mitteilungssatz der angefochtenen Verfügung vom 18. März 2022 ergibt, wurde die Stellungnahme der Beklagten vom 2. Februar 2022 samt Beilagen (Urk. 6/60; Urk. 6/61/1-9) dem Kläger aktenkundig erst zusammen mit besagtem Entscheid zugestellt (Urk. 6/65, Dispositiv-Ziffer 4). Die Behauptung des Klägers, dass er sich nicht zu diesen Urkunden äussern könne, trifft somit zu. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führt, wenn eine Heilung in oberer Instanz ausser Betracht fällt. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichts darf indes nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Wahrung des rechtlichen Gehörs keinen Selbstzweck darstellt. Ungeachtet der formellen Natur des Gehörsanspruchs besteht dann kein schützenswertes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids, wenn nicht bestritten ist, dass eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den Verfahrensausgang gehabt hätte. Andernfalls besteht die Gefahr, dass die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz allein wegen der festgestellten Gehörsverletzung zu einem Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führt. Für eine erfolgreiche Rüge der Verweigerung des rechtlichen Gehörs wird deshalb grundsätzlich vorausgesetzt, dass die beschwerdeführende Partei in der Begründung des Rechtsmittels angibt, welche Vorbringen sie bei Gewährung des rechtlichen Gehörs in das Verfahren eingeführt hätte und inwiefern diese hätten erheblich sein können (vgl. BGer 5A\_561/2018 vom 14.12.2018, E. 2.3 m.Hinw.; OGer ZH LE180067 vom 11.06.2019, E. II.2). Vorliegend begnügt sich der Kläger auf Seite 12 f. seiner Berufungsschrift (Urk. 1) damit, die von der Vorinstanz in E. II.C.2.2.3 des angefochtenen Entscheides

- 11 - (Urk. 6/65) aus diesen Urkunden gezogenen Schlussfolgerungen wiederzugeben. Er legt jedoch nicht dar, welche Vorbringen er mit einer Stellungnahme zur beklagten Eingabe vom 2. Februar 2022 in das Verfahren hätte einbringen wollen. Sodann fehlen Ausführungen dazu, inwiefern die Vorbringen in der Stellungnahme für das Verfahren hätten erheblich sein können. Damit verfängt seine Rüge von vornherein nicht. Vollständigkeitshalber ist zu ergänzen, dass die Kündigung der Sunrise vom 22. März 2018 (Urk. 6/61/4 = Urk. 6/14/5) von der Beklagten bereits anlässlich der Instruktionsverhandlung vom 23. März 2021 ins Recht gelegt wurde (vgl. Prot. I S. 3).

### **E. 1.3**

Der Kläger kann im Übrigen nichts zu seinen Gunsten ableiten, wenn er berufungsweise vorbringt, die von der Vorinstanz in E. II.C.2.2.3 des angefochtenen Entscheides zitierten Behauptungen der Beklagten stünden im Widerspruch zu ihrem Businessplan, welcher als Beilage 1 zu seiner vorinstanzlichen Eingabe vom 14. Februar 2022 (Urk. 6/63/1 = Urk. 4/4) ins Recht gelegt worden sei. Einerseits erweist sich dieses Vorbringen als völlig unsubstantiiert. Andererseits handelt es sich bei einem Businessplan lediglich um einen Geschäftsplan bzw. ein unternehmerisches Konzept (vgl. OGer ZH PS180243 vom 28.01.2019, E. 5.4.3) und nicht um die exakte Realität, worauf auch die Beklagte in ihrer Berufungsantwort zu Recht hinweist (vgl. Urk. 11 Rz. 31).

### **E. 1.4**

Als unzutreffend erweist sich im Weiteren die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe im Rahmen ihrer Beschwerde an das Kantonsgericht Graubünden vom 18. Juli 2019 selbst angegeben, dass sie sehr gut ein Fr. 8'000.– übersteigendes Einkommen erzielen könne (Urk. 1 S. 14 f.). An der vom Kläger zitierten Stelle der Beschwerde vom 18. Juli 2019 führte der damalige Rechtsvertreter der Beklagten nämlich vielmehr Folgendes aus: "Auch wirtschaftlich sind die Verhältnisse beim Beschwerdegegner sehr angespannt. Wie sich aus der Eheschutzverfügung des Bezirksgerichtes Zürich vom 12. Juni 2018 ergibt, ist er nicht in der Lage, der von ihm getrenntlebenden Ehefrau Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Für die drei Kinder hat er Alimente von monatlich Fr. 1'590.– auszurichten. Sein Monatseinkommen betrug 2016 lediglich Fr. 4'460.–. Die Beschwerdeführerin verfügte damals über ein Gehalt von monatlich Fr. 8'800.–" (Urk. 6/63/2 = Urk. 4/5). Mit-

- 12 - hin äusserte sich die Beklagte im Rahmen der Beschwerde vom 18. Juli 2019 lediglich zu ihrem Einkommen im Jahre 2016. Dass sie vor der Kündigung per 31. März 2018 bei der Sunrise eine gut bezahlte Vollzeitanzstellung innehatte, räumte die Beklagte ausserdem auch im vorinstanzlichen Verfahren selber ein (vgl. Urk. 6/60 Rz. 6; Urk. 2 E. II.C.2.2.1).

### **E. 1.5**

Die Vorinstanz hat in Erwägung II.B.3.2 f. des angefochtenen Entscheides (Urk. 6/65) mit eingehender Begründung dargelegt, weshalb sie das klägerische Editionsbegehren abgewiesen hat, was im Übrigen unangefochten geblieben ist (vgl. Urk. 1 S. 2 f.). Die Vorinstanz erwog, das klägerische Editionsbegehren zielen unter anderem darauf ab, Einkünfte der Beklagten aufzudecken, welche ihr möglicherweise aus ihrem Vermögen bzw. aus ihrer selbständigen Erwerbstätigkeit zufließen. Der Kläger verlange die Verpflichtung der Beklagten zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen rückwirkend per 7. April 2020. Die Steuerunterlagen der Jahre 2016 bis und mit 2019 seien im vorliegenden Fall insofern nicht von Relevanz. Die Beklagte habe dennoch mit Eingabe vom 9. März 2021 die Steuererklärung des Jahres 2019 und im Rahmen ihres Gesuchs um unentgeltliche Prozessführung und Rechtsvertretung die Steuererklärung des Jahres 2020 eingereicht. Ferner habe die Beklagte auch die Jahresbilanzen der Jahre 2019 und 2020 ins Recht gelegt. Eine Zwischenbilanz für das Geschäftsjahr 2021 liege nicht vor. Vorliegend gehe es einzig um den Barunterhalt von C.\_\_\_\_\_, da die Eltern von C.\_\_\_\_\_ und insbesondere auch der Kläger seine Lebenshaltungskosten decken könnten. Die Beklagte habe zweifelsohne einen Kinderunterhaltsbeitrag (Barunterhalt) für C.\_\_\_\_\_ zu leisten, da sie die Tochter selbst (nur) im Umfang von 30 Prozent betreue. Sobald der Barunterhalt

(mit "Überschuss" in Form von Betreuung durch die Beklagte) von C. \_\_\_\_\_ gedeckt sei, bestehe kein rechtlich schützenswertes Interesse an weiteren Unterlagen. Im Sinne der für ein vorsorgliches Massnahmeverfahren charakteristischen Prozessbeschleunigung sei auf eine Edition der Zwischenbilanz für das Jahr 2021 sowie der in der Novenstellungnahme des Klägers zusätzlich geforderten Dokumente aus dem Jahr 2021 zu verzichten, zumal der Beklagten ein höheres tatsächliches Einkommen angerechnet werde. Mit diesen Erwägungen setzt sich der Kläger nicht ansatzweise auseinander, wenn er auf S. 15 seiner Berufung (Urk. 1) bloss seinen bereits vor Vo-

- 13 - rinstanz eingenommenen Standpunkt wiederholt, dass bei Selbständigerwerbenden alle Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten drei, vorzugsweise der letzten fünf Jahre, vorliegen müssten, um ein Durchschnittseinkommen zu berechnen (vgl. Urk. 6/22 S. 2; Urk. 6/46 S. 7 f.; Urk. 6/62 S. 8, 10 f.; Prot. I S. 11), weshalb das von der Vorinstanz angerechnete Monatseinkommen der Beklagten von Fr. 4'256.85 willkürlich sei. Er kommt damit seiner Begründungspflicht nach Art. 311 ZPO (vgl. E. II.2) nicht nach, weshalb nicht weiter auf seine diesbezügliche Kritik einzugehen ist. Lediglich der Vollständigkeit halber ist hervorzuheben, dass die Beklagte ihre Selbständigkeit unbestrittenermassen überhaupt erst vor rund drei Jahren, nämlich Ende des Jahres 2019 (vgl. Urk. 6/65 E. II.C.2.2.3; Prot. I S. 22) aufgenommen hat.

#### **E. 1.6**

Der Kläger moniert, dass der Beklagten von der Vorinstanz angerechnete Monatseinkommen von Fr. 4'256.85 widerspreche auch den neusten statistischen Lohnerhebungen. Ziehe man die Lohnerhebung des Bundesamtes für Statistik für das Jahr 2020 und 2021 bei, sehe man, dass das Medianeinkommen in der Schweiz bei Fr. 6'665.– pro Monat gelegen habe. Wenn das Medianeinkommen aber bei Fr. 6'665.– pro Monat liege, so könne eine erfolgreiche Unternehmerin, die in die Fusstapfen des noch erfolgreichereren Vaters eingetreten sei, nicht weniger als das Medianeinkommen verdienen. Hinsichtlich der Bilanz und Erfolgsrechnung 2021 und der Zwischenbilanz und Erfolgsrechnung 2022 sei zumindest auf dieses Medianeinkommen von Fr. 6'665.– durchgehend abzustellen. Mit Blick auf das Minimaleinkommen (Medianeinkommen), von welchem hier im Minimum auszugehen sei, sei dieses also rund Fr. 2'400.– höher als jenes, welches die Vorinstanz bei ihren Berechnungen der jeweiligen Phasen angenommen habe. Mindestens die Hälfte dieses Mehreinkommens stehe der Verfahrensbeteiligten als Unterhalt zu (Urk. 1 S. 15). Bei der Bemessung eines Unterhaltsbeitrages ist grundsätzlich vom tatsächlich erzielten Einkommen der Parteien auszugehen. Soweit dieses Einkommen allerdings nicht ausreicht, um den ausgewiesenen Bedarf zu decken, kann nach der Rechtsprechung ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden, sofern dieses zu erzielen zumutbar und möglich ist (kumulative Voraussetzungen; BGer

- 14 - 5A.340/2018 vom 15. Januar 2019, E. 4). 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 143 III 233 E. 3.2; BGE 137 III 118 E. 2.3; OGer ZH LE210029 vom 08.12.2021, E. III.3.3). Der Kläger bestreitet im Rahmen seiner Berufung die vorinstanzliche Feststellung, dass vorliegend ausreichend Mittel zur Deckung des Unterhalts der Verfahrensbeteiligten vorhanden sind (vgl. insb. Urk. 6/65 E. II.C.2.2.4, E. E. 3), nicht substantiiert. Sein Einwand greift schon deshalb ins Leere. Ausserdem verkennt der Kläger, dass zwar gemäss der gefestigten bundesgerichtlichen

Rechtsprechung eine anhand von Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik oder andere Quellen erfolgende Bestimmung des hypothetischen Einkommens ohne Weiteres eine zulässige Möglichkeit wäre (BGer 5A\_384/2018 vom 21. September 2018, E. 4.9.4; BGE 137 III 118 E. 3.2; OGer ZH LZ200001 vom 14.04.2022, E. II.4.4). Die Lohnstrukturerhebungen des Bundesamtes für Statistik weisen den monatlichen Bruttolohn allerdings nach Wirtschaftszweigen, Anforderungsniveau des Arbeitsplatzes ("Kategorien") und Geschlecht aus (BGE 128 III 4 E. 4c/bb S. 8; BGer 5A\_939/2014 vom 12. August 2015, E. 4.3.3; BGer 5A\_994/2018 vom 29. Oktober 2019, E. 6.2.2). Pauschal auf das schweizerische Medianeinkommen abzustellen, ohne konkret die berufliche Qualifikation, das Alter, den Gesundheitszustand der Unterhaltsschuldnerin sowie die Lage auf dem Arbeitsmarkt zu berücksichtigen (vgl. BGE 137 III 102 E. 4.2.2.2; BGer 5A\_668/2014 vom 11. Mai 2015, E. 3.2.1; BGer 5A\_400/2017 vom 11. August 2017, E. 3.3.1), ginge zur Festsetzung eines hypothetischen Einkommens hingegen ohnehin nicht an.

## **E. 2**

Der Kläger beanstandet des Weiteren, es sei nicht korrekt, ihm als Vater einer neunjährigen Tochter keinen Betreuungsunterhalt zuzurechnen, obwohl er nicht zuletzt wegen der Verfahrensbeteiligten seine Arbeit massiv herabgesetzt habe und heute nur noch zu 70% als D.\_\_\_\_\_ tätig sei, damit er nebst der Verfahrensbeteiligten auch seine anderen drei Kinder angemessen betreuen könne (Urk. 1 S. 16).

- 15 - Neben dem Barunterhalt steht dem Kind seit dem 1. Januar 2017 (AS 2015 4299) auch ein sog. Betreuungsunterhalt zu. Grundlage dafür bildet Art. 285 Abs. 2 ZGB. Danach dient der Unterhaltsbeitrag "auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte". Der Betreuungsunterhalt soll die bestmögliche Betreuung (unter dem Blickwinkel des Kindeswohls) ermöglichen (Botschaft Kinderunterhalt, in: BB1 2014 S. 529; nachfolgend "Botschaft"). Er soll die Lebenshaltungskosten des betreuenden Elternteils umfassen, soweit dieser aufgrund der Betreuung nicht selbst für diese Kosten aufkommen kann (Botschaft, S. 551 ff.; BGer 5A\_311/2019 vom 11. November 2020, E. 5.3.; BGE 144 III 377; BGE 144 III 481 E. 4.3). Auch bei überdurchschnittlichen Verhältnissen bleibt der Betreuungsunterhalt auf das familienrechtliche Existenzminimum beschränkt (BGE 144 III 377 E. 7.1.4), da hier die persönliche Betreuung sichergestellt und nicht die Teilhabe an einem überdurchschnittlichen Lebensstandard des Leistungspflichtigen ermöglicht werden soll (OGer ZH LE200027 vom 12.02.2021, E. III.6.3). Wie die Vorinstanz in E. II.B.3.2 des angefochtenen Entscheides (Urk. 6/65) zutreffend feststellt und der Kläger im Berufungsverfahren auch gar nicht in Abrede stellt, vermag der Kläger mit seinem Einkommen von Fr. 4'600.– netto in sämtlichen Phasen der vorinstanzlichen Unterhaltsberechnung seine Lebenshaltungskosten vollumfänglich selbst zu decken bzw. resultiert ein Überschuss (vgl. Urk. 6/65 E. II.C.4.3.1 f.). Damit besteht nach dem Gesagten kein Anspruch auf Betreuungsunterhalt.

### **E. 2.1**

Das Berufungsverfahren beschlägt eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Ausgehend von einer Wirksamkeit der vorsorglichen Unterhaltsverpflichtung von rund zwei Jahren (gerechnet ab April 2022 gemäss Berufungsantrag Ziff. 2) beträgt der Streitwert rund Fr. 31'000.– (12 x Fr. 1'356.– [Fr. 2'040.– - Fr. 684.–]; 12 x Fr. 1'223.– [Fr. 2'040.– - Fr. 817.–]). Die zweitinstanzliche Entscheidungsbüchlein ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 3, § 8

Abs. 1 und § 12 GebV OG auf Fr. 2'500.– festzulegen. Die Entschädigung für die Vertretung des Kindes gehört ebenfalls zu den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und ist im Entscheid dispositiv festzusetzen. Die Bemessung der Entschädigung ist bundesrechtlich nicht geregelt. Vielmehr setzen die Kantone die Tarife fest (Art. 96 ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung für die anwaltliche Kindesvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2). Vorliegend erscheint angesichts des notwendigen Zeitaufwands und der Verantwortung der Kindesvertreterin sowie der Schwierigkeit des Falls die von ihr geltend gemachte Entschädigung von insgesamt Fr. 969.35 (inkl. MwSt.; Urk. 19) – entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. Urk. 23 S. 3) – als angemessen. Die gesamten Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgangsgemäss dem Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

### **E. 2.2**

Ausgangsgemäss ist der Kläger zudem zu verpflichten, der Beklagten eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Diese ist in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und § 9 AnwGebV auf Fr. 2'500.– zuzüglich 7.7% MwSt. (vgl. Urk. 11 S. 2), mithin auf Fr. 2'692.50 festzusetzen.

### **E. 3**

Der Kläger zieht schliesslich die Vollstreckbarkeit von Absatz 3 von Dispositiv-Ziffer 3 der angefochtenen Verfügung (Urk. 6/65) in Zweifel. Er macht geltend, es sei unzulässig, irgendwelche Krankenkassen- und Gesundheitskosten der Verfahrensbeteiligten an die Unterhaltsbeiträge anzurechnen, so dass der Entscheid praktisch unvollstreckbar werde, da die Abzugspositionen nicht klar definiert seien. Absatz 3 von Dispositiv-Ziffer 3 des angefochtenen Entscheides, nämlich die Berechtigung der Beklagten, ab 1. Januar 2022 die Krankenkassenbeiträge und die Gesundheitskosten der Verfahrensbeteiligten abzuziehen, müsse deshalb gesamthaft gestrichen werden (Urk. 1 S. 17).

- 16 - Werden rückwirkend Unterhaltsbeiträge festgesetzt, muss das Gericht berücksichtigen, was der ins Recht gefasste Unterhaltsschuldner schon geleistet hat. Die bereits erbrachten Leistungen müssen im Urteil beziffert werden oder sich zumindest in Verbindung mit der Begründung oder aus dem Verweis auf andere Dokumente klar ergeben, um die Vollstreckbarkeit des Unterhaltsanspruchs im Rahmen eines definitiven Rechtsöffnungsverfahrens zu gewährleisten (BSK ZGB I- Isenring/Kessler, Art. 173 N 11; BGE 135 III 315 E. 2.3; OGer ZH LY140051 vom 29.07.2015, E. III.D.1; OGer ZH LE200034 vom 28.10.2020, E. III.B.3.3). Der Kläger stellt nicht in Frage, dass die Krankenkassenprämien (KVG und VVG) und die Gesundheitskosten der Tochter bis anhin von der Beklagten bezahlt wurden und weiterhin bezahlt werden. Dispositiv-Ziffer 3 Abs. 3 des angefochtenen Urteils könnte im Übrigen nur dann ersatzlos gestrichen werden, wenn sich der Kläger zur direkten Bezahlung dieser Kosten bereit erklärt hätte, ansonsten die Beklagte diese Bedarfspositionen doppelt bezahlen würde. Vorliegend werden entgegen dem Kläger die Abzugspositionen in Dispositivziffer 3 Absatz 3 des angefochtenen Entscheides klar definiert ("Krankenkassenkosten" und "Gesundheitskosten" der Verfahrensbeteiligten) und ergeben sich die exakten Frankenbeträge (Fr. 127.– für die Krankenkasse [KVG und VVG] sowie Fr. 12.– für die Gesundheitskosten) im Übrigen aus der vorinstanzlichen Begründung (vgl. Urk. 6/65 E. II.C.3.4 f.). Auch mit diesem Einwand dringt der Kläger somit nicht durch. C) Fazit Nach dem Gesagten erweisen sich die

Vorbringen in der Berufung als unbegründet, weshalb diese abzuweisen ist, soweit auf sie einzutreten ist. Die Dispositiv-Ziffern 1 und 3 des angefochtenen Entscheides sind zu bestätigen. IV. 1. Die Vorinstanz hat in Anwendung von Art. 104 Abs. 3 ZPO den Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dem Endentscheid vorbehalten (Urk. 2, E. III.). Dabei hat es sein Bewenden.

- 17 -

### **E. 3.1**

Der Kläger ersucht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes für das Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 3). Nach Art. 117 ZPO hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Da der Rechtsstandpunkt des Klägers als aussichtslos zu qualifizieren ist (vgl. vorstehende E. III.), ist sein

- 18 - Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren abzuweisen (Art. 117 lit. b ZPO).

### **E. 3.2**

Die Beklagte erneuert für das Berufungsverfahren ebenfalls ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Rechtsbeistand (Urk. 11 S. 2). Zur Begründung ihres Gesuchs führt sie insbesondere an, über keine nennenswerten Vermögenswerte zu verfügen. Das Guthaben auf ihrem Geschäftskontokorrent habe sich per 5. Mai 2022 auf Fr. 651.09 belaufen und dasjenige auf ihren Privat-/Sparkonten auf total Fr. 3'438.86. Zwar verfüge sie über ein Vorsorgekonto Sparen 3, welches allerdings gebunden sei und nicht zur Finanzierung des Prozesses liquid gemacht werden könne. Das genau Gleiche gelte für die Liegenschaft in Italien, die nicht verkäuflich sei (Urk. 11 S. 10 f.). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation berücksichtigt werden. Die gesuchstellende Partei hat sowohl ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse darzulegen und soweit möglich zu belegen (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Sie hat ihre Mittellosigkeit glaubhaft zu machen (BK ZPO I-Bühler, Art. 119 N 38). 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 (vgl. BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.Hinw.; BGer 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3). Ob das Vermögen der angesprochenen Person bar vorhanden oder in einer Liegenschaft angelegt ist, spielt prinzipiell keine Rolle. Dabei sind einem Grundeigentümer sämtliche Möglichkeiten der Mittelbeschaffung durch Veräusserung von selbstgenutztem Wohneigentum, durch Vermietung oder durch Aufnahme eines zusätzlichen Hypothekarkredits grundsätzlich zumutbar und gehen dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vor (BGE 119 Ia 12 E. 5; BGer 5P.329/2000 vom 1. Dezember 2000, E. 3). Erst wenn der Nachweis erbracht wird, dass eine weitere Belehnung nicht möglich und eine

- 19 - Veräusserung nicht zumutbar ist, gilt die Mittellosigkeit als erstellt. Massgebend ist dabei nach ständiger Rechtsprechung des Obergerichts die Überlegung, dass Parteien, welche ihr Vermögen in Immobilien angelegt haben, in Bezug auf die Beurteilung der Bedürftigkeit nicht besser gestellt werden sollen als solche, die ihr Vermögen auf einem Sparkonto oder in Wertschriften angelegt haben. Von ihnen wird ohne weiteres erwartet, dass sie zwecks Finanzierung des Prozesses das Geld sofort abheben oder die Wertschriften veräussern (vgl. statt vieler OGer ZH LY130027 vom 11.06.2014, E. III/2a; OGer ZH LY190028 vom 25.11.2019, E. IV.2.3). Obschon die Vorinstanz es – unter Hinweis auf die Steuerunterlagen des Jahres 2020 – als glaubhaft erachtete, dass die Beklagte Eigentümerin eines Einfamilienhauses in Piuro/Italien mit einem Steuerwert von Fr. 40'000.– ist (Urk. 6/65 E. II.C.2.2.4), und der Kläger in seiner Berufungsschrift – wie bereits vor Vorinstanz (vgl. Urk. 6/46 S. 11; Prot. I S. 10) – geltend machte, gerade im Ausland würden Verkehrswerte ein Mehrfaches des Steuerwertes ausmachen (Urk. 1 S. 9), unterliess es die Beklagte im Berufungsverfahren, insbesondere sich zum Wert dieser Liegenschaft und zu einer allenfalls bestehenden Hypothekarbelastung zu äussern bzw. entsprechende Belege einzureichen. Weder legte die Beklagte substantiiert dar, weshalb ein Verkauf der Liegenschaft ausgeschlossen sei, noch brachte sie vor, dass die Liegenschaft bereits maximal belehnt sei und deshalb eine hypothekarische Belastung nicht in Frage komme. Nach dem Ausgeführten ist damit eine abschliessende Beurteilung der Mittellosigkeit der Beklagten nicht möglich. Im Ergebnis ist der anwaltlich vertretenen und in prozessualer Hinsicht somit nicht unbeholfenen Beklagten vorzuhalten, ihre finanzielle Situation (insbesondere hinsichtlich ihrer Vermögensverhältnisse) nicht schlüssig dargelegt und insoweit ihre Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Von einer Nachfristsetzung ist nach dem vorstehend Ausgeführten abzusehen. Das Gesuch der Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist damit ebenfalls abzuweisen.

- 20 - Es wird beschlossen:

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