

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NC210006-O/U

Mitwirkend: Oberrichter Dr. M. Kriech, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. C. Faoro

Beschluss vom 11. August 2022

in Sachen

A. _____,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Unterhalt (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen Ver-
fahren am Bezirksgericht Affoltern vom 26. November 2021 (FP210008-A)**

Rechtsbegehren:

- der Klägerin (Urk. 6/24 S. 1 sinngemäss; s.a. Urk. 6/2 S. 3):
Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin während der Dauer des Hauptverfahrens monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 4'000.– ab Rechtshängigkeit zu bezahlen.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.
- des Beklagten (Urk. 6/27 S. 2 und Urk. 6/9 S. 2):

- "1. Auf das Gesuch der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 6. April 2021 sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei das Gesuch der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vollständig abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich 7.7 % MwSt.) zu Lasten der Klägerin."

Verfügung des Bezirksgerichtes Affoltern vom 26. November 2021:

(Urk. 6/37 S. 8 f. = Urk. 2 S. 8 f.)

1. Der vorsorgliche Massnahmenantrag der Gesuchstellerin wird abgewiesen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen dieses Massnahmenverfahrens wird im Endentscheid befunden.
3. Über das weitere Vorgehen in der Hauptsache wird separat entschieden und die Parteien darüber in Kenntnis gesetzt.
4. [Schriftliche Mitteilung.]
5. [Rechtsmittelbelehrung.]

Berufungsanträge:

der Klägerin und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

- "1. Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 1'000.– für die Zeit ab 1. Mai 2021 zu bezahlen;
2. Für das Berufungsverfahren sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihr Rechtsanwalt Dr. X._____, ... [Adresse], als unentgeltlicher Rechtsvertreter beizugeben:

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 8 S. 3):

"Die Anträge der Berufungsklägerin in ihrer Berufung vom 7. Dezember 2021 seien abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7 % MWSt.) zu Lasten der Berufungsklägerin."

Prozessualer Antrag (Urk. 8 S. 3):

"Es sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben."

Erwägungen:

1.

1.1. Die am tt. Mai 2000 geborene Klägerin und Berufungsklägerin (fortan Klägerin) ist die heute volljährige Tochter des Beklagten und Berufungsbeklagten (fortan Beklagter). Am 7. Mai 2004 anerkannte der Beklagte seine Unterhaltspflicht gegenüber der Klägerin (Urk. 6/5/9; siehe betreffend die Höhe des Unterhaltsbeitrags ab 1. Januar 2016 auch Urk. 6/5/11).

1.2. Mit Eingabe vom 6. April 2021 erhob die Klägerin vor Vorinstanz unter Beilage der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C._____ vom 16. Dezember 2020 eine Klage betreffend (Volljährigen-)Unterhalt, wobei sie zugleich ein Gesuch um Zusprechung von Unterhalt für die Dauer des Verfahrens stellte (siehe Urk. 6/2). An der Verhandlung vom 10. September 2021 modifizierte sie ihre diesbezüglichen Rechtsbegehren (vgl. Prot. I S. 5 i.V.m. Urk. 6/24 S. 1 f.). Im Übrigen kann hinsichtlich des Verlaufs des vorinstanzlichen Verfahrens auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (siehe Urk. 2 S. 4 f.). Am 26. November 2021 fällte die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen (Urk. 2 S. 8 f.).

1.3. Hiergegen erhob die Klägerin am 7. Dezember 2021 rechtzeitig (vgl. Urk. 6/38; Art. 314 Abs. 1 ZPO) Berufung (vgl. Urk. 1, Anträge eingangs aufgeführt). Die Berufungsantwort datiert vom 28. Januar 2022 (Urk. 8). Die Klägerin liess sich hierzu nochmals am 28. März 2022 vernehmen (Urk. 12). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

1.4. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Die vorinstanzlichen Akten (Urk. 6/1-40) wurden beigezogen. Auf die Parteivorbringen ist nachfolgend nur insoweit einzugehen, als diese entscheidrelevant sind.

2.

2.1. 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 anführt, 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 Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden; diese hat sich – abgesehen von offensichtlichen Mängeln – grundsätzlich auf die Beurteilung der Beanstandungen zu beschränken, die in der schriftlichen Begründung formgerecht gegen den erstinstanzlichen Entscheid erhoben werden (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4 m.H.; 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 Berufungsverfahren eine Relativierung (BK ZPO I-Hurni, Art. 57 N 21 und N 39 ff.; Glasl, DIKE-Komm-ZPO, Art. 57 N 22).

2.2. Für Streitigkeiten betreffend Volljährigenunterhalt gelten der Verhandlungsgrundsatz gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO und die Dispositionsmaxime gemäss Art. 58 Abs. 1 ZPO. Neue Tatsachen und Beweismittel (Noven) können im Berufungsverfahren grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden, das heisst, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden (lit. a) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (lit. b).

2.3. Die Klägerin beantragte vor Vorinstanz die vorsorgliche Zusprechung eines Unterhaltsbeitrags von Fr. 4'000.– pro Monat "ab Rechtshängigkeit" (Urk. 6/24 S. 1; Urk. 6/2 S. 3). In ihrer Berufung verlangt sie nunmehr, es sei ihr ein (reduzierter) Betrag von Fr. 1'000.– pro Monat ab 1. Mai 2021 zuzusprechen (Urk. 1, Ziffer 1 der Rechtsbegehren und Rz. 6). Entsprechend ist das Massnahmeverfahren im Mehrbetrag infolge Rückzugs abzuschreiben.

3.

Die Klägerin kommt in ihrer Berufungsbegründung – im Widerspruch zu ihren Anträgen – zusammenfassend zum Schluss, dass der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben und die Vorinstanz anzuhalten sei, einen Massnahmeentscheid zu fällen (siehe Urk. 1 Rz. 17). Der Beklagte ist der Ansicht, dass die Klägerin damit lediglich einen Aufhebungs- und Rückweisungsantrag gestellt habe. Dies sei jedoch nicht zulässig, da die Vorinstanz materiell über das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen entschieden habe. Mangels eines rechtsgenügenden Rechtsmittelantrags sei daher auf die Berufung nicht einzutreten (Urk. 8 Rz. 4 f.). Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Die Klägerin stellt in der Berufungsschrift einen Antrag in der Sache und auch in der Begründung zielt sie im Wesentlichen auf einen Entscheid in der Sache ab (siehe auch Urk. 12 Rz. 3). Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist allerdings aus einem anderen Grund auf die Berufung nicht einzutreten.

4.

4.1. Nach Darlegung der Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen gemäss Art. 261 Abs. 1 ZPO erwog die Vorinstanz im Wesentli-

chen, die Klägerin habe weder einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil noch eine Dringlichkeit für den Erlass einer vorsorglichen Massnahme glaubhaft gemacht. Die Klägerin habe es vielmehr gänzlich unterlassen, sich überhaupt zu den vorsorglichen Massnahmen zu äussern, bzw. in den bisherigen Rechtsschriften der Klägerin werde die Notwendigkeit vorsorglicher Massnahmen mit keinem Wort erwähnt. Angesichts der im vorliegenden Verfahren vorherrschenden Dispositionsmaxime sei es auch nicht Aufgabe des Gerichts, selbstständig Abklärungen bezüglich der Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Entsprechend würden sich Weiterungen zur Hauptsachenprognose bzw. zur Frage, ob der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch im Hauptverfahren Aussicht auf Erfolg habe, erübrigen. Das Massnahmebegehren der Klägerin sei somit abzuweisen (Urk. 2 E. 2 S. 6 f.).

4.2. Die Klägerin bringt in ihrer (teilweise weitschweifigen) Berufungsschrift im Wesentlichen vor, dass sie mit ihrem Massnahmegesuch vom 6. April 2021 Erwachsenenunterhalt anbegehrt habe mit der Begründung, dass sie sich nach wie vor in Ausbildung befinde. Hierfür habe sie die entsprechenden Bestätigungen beigebracht (in Bezug auf Letzteres mit Verweis auf Urk. 6/2 S. 27, "insbesondere" Rz. 53). Mit den dazugehörigen Unterlagen habe sie ihren Bedarf und insbesondere die anfallenden Schulkosten "geltend gemacht". Zudem habe sie dargelegt, dass der Beklagte "völlig eigenmächtig" alle Unterhaltszahlungen eingestellt habe, was unbestritten geblieben sei (mit Verweis auf Urk. 6/2 Rz. 38). Sie werde derzeit ausschliesslich von ihrer Mutter unterstützt, welche damit seit langem finanziell überfordert sei. Der Beklagte hingegen weigere sich, Unterhaltszahlungen zu leisten. Dass bislang die Mutter den gesamten Unterhalt trotz Arbeitslosigkeit, Schulden sowie gesundheitlicher Probleme getragen habe, "widerlege" die "behauptete" Dringlichkeit und Angemessenheit der Leistungspflicht nicht. Zwar sei die Mutter der Klägerin mittlerweile nicht mehr arbeitslos. Indes sei es gerichtsnotorisch, dass sie sich wirtschaftlich erholen müsse und der Unterhalt für die Klägerin nach wie vor eine übermässige Belastung darstelle. Die Mutter schulde denn auch lediglich proportional zum Beklagten Unterhalt, weshalb das Manko im Bedarf der Klägerin evident sei. Damit bestehe das Risiko, dass die Klägerin aus finanziellen Gründen die Matura sowie das anschliessende Rechts-

studium (bis zum Anwaltspatent) nicht absolvieren könne. Obwohl die Ausbildung die Klägerin zu 100 % auslastete und daher keine Erwerbstätigkeit zumutbar sei, gehe sie dennoch einer solchen nach und verdiene während drei Monaten rund Fr. 500.– pro Monat. Hinsichtlich der Dringlichkeit verweise die Vorinstanz einleitend auf eine Kommentarstelle. Allerdings sage diese Fundstelle lediglich, "sofern der drohende Nachteil durch einen schon erfolgten Eingriff von anderer Seite in absehbarer Zeit nicht mehr eintreten kann, entfällt die Notwendigkeit". Da aber beide Eltern proportional zu ihrer Leistungsfähigkeit unterhaltspflichtig seien, gehe es nicht an, dass über den Weg der Notwendigkeit Rechtsansprüche der Klägerin versagt würden. Das Gebot der Notwendigkeit gehe nämlich nicht weiter als das Recht zur Wahrung des materiellen Anspruchs (mit Verweis auf Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 11). Die Dringlichkeit sei "keine selbstverständliche Voraussetzung; das Institut der vorsorglichen Massnahmen sei auf Begebenheiten zugeschnitten, bei welchen ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Sachentscheid nicht zumutbar" erscheine (mit Verweis auf Zürcher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 261 N 8). Dies sei hier der Fall, denn das prozessuale Verhalten des Beklagten zeige, dass er die Klägerin "aushungern" wolle, um sie beispielsweise für einen unvorteilhaften Vergleich gefügig zu machen. Die Notwendigkeit der angebehrten Zahlungen ergebe sich aus den wirtschaftlichen Verhältnissen der Klägerin und von deren Mutter. Damit sei die zeitliche Dringlichkeit und der nicht wiedergutzumachende Nachteil belegt bzw. evident. Die Forderungen der Vorinstanz betreffend die Dringlichkeit und den nicht wiedergutzumachenden Nachteil im angefochtenen Entscheid seien überspitzt formalistisch und die Vorinstanz ignoriere die behaupteten Tatsachen über die evidente Not. Die behaupteten und belegten Tatsachen würden den nicht wiedergutzumachenden Nachteil, die Unverhältnismässigkeit der Verweigerung von Unterhalt und die zeitliche Dringlichkeit ausweisen. Weiter ergebe sich aus der Natur des vorsorglichen Massnahmeverfahrens die Dringlichkeit und der nicht wiedergutzumachende Nachteil besonders klar, wenn ein Elternteil alle Leistungen erbringe, während der andere – wie vorliegend – nichts bezahle. Entsprechend sei evident, dass die Klägerin existenziell auf Unterhalt angewiesen sei. Die Hauptsachenprognose sei insoweit "glaubhaft gemacht worden", als dass im Gesuch vom 6. April 2021 die finanziellen Verhältnisse der Klä-

gerin offengelegt worden seien und es sich "offensichtlich auch aufgrund der Schulden der Mutter [er gebe], dass die Beendigung der Ausbildung und das Studium der Rechtswissenschaften aufgrund der finanziellen Verhältnisse verunmöglich" werde. Demgemäss sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Vorinstanz anzuhalten, einen Massnahmeentscheid zu fällen (Urk. 1 Rz. 4-17).

4.3. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid die rechtlichen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Sinne von Art. 261 Abs. 1 ZPO grundsätzlich korrekt dargelegt (Urk. 2 E. 2.1.-2.5. S. 6-7). Darauf kann zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen verwiesen werden. Nachzutragen bleibt, dass bei selbständigen Unterhaltsklagen vorsorgliche Massnahmen ihre spezielle gesetzliche Grundlage in Art. 303 ZPO finden, dessen spezielle Voraussetzungen ebenso erfüllt sein müssen (vgl. Zogg, "Vorsorgliche" Unterhaltszahlungen im Familienrecht, in: FamPra 2018 S. 95). Der drohende, nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil ist bei der Unterhaltsklage bereits dann zu bejahen, wenn das Kind auf den Unterhalt angewiesen ist. Dies mag bei unmündigen Kindern meistens bzw. regelmässig zu bejahen sein, erfordert aber jedenfalls bei volljährigen Kindern wie der Klägerin, die überdies bereits über das Fähigkeitszeugnis zur Kauffrau verfügt (Urk. 6/5/27), einer gewissen Darlegung und Glaubhaftmachung. Eine Gefährdung des Anspruchs oder eine Notlage des Kindes ist hingegen nicht erforderlich, ebenso wenig wird verlangt, dass das Kind *dringlich* auf den (verlangten) Unterhalt angewiesen ist (vgl. BK ZPO II-Spycher, Art. 303 N 13 mit Verweis auf BGE 117 II 127 E. 4; BSK ZPO-Moret/Steck, Art. 303 N 18; KUKO ZPO-Stalder/van de Graaf, Art. 303 N 3; Pfänder Baumann, DIKE-Komm-ZPO, Art. 303 N 10).

4.4. Wie vorstehende Erwägungen erhellen, setzt sich die Klägerin nicht (rechtsgenügend) mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinander (so auch der Beklagte, Urk. 8 S. 5). So unterlässt sie es, in ihrer Berufungsschrift darzutun, inwiefern sie – entgegen der Vorinstanz – *im vorinstanzlichen Verfahren* die Grundlagen bzw. das Tatsachenfundament für die angebehrten vorsorglichen Massnahmen dargelegt und einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil glaubhaft gemacht hatte. Sie begnügt sich im Wesentlichen mit einer Darstellung des Sach-

verhalts und kommt gestützt darauf zum Schluss, dass sowohl der nicht leicht wiedergutzumachende Nachteil als auch die Dringlichkeit "evident" seien. Zwar verweist sie dabei verschiedentlich auf die "behaupteten und belegten Tatsachen". Welche Tatsachen dies genau sein sollen und wo sie diese *im vorinstanzlichen Verfahren* behauptet und durch objektive Anhaltspunkte untermauert hatte, lässt sie in der Folge aber offen. Einzig in Bezug auf die Tatsachenbehauptungen, dass sie derzeit noch in Ausbildung sei und der Beklagte seine Unterhaltsleistungen eingestellt habe, verweist sie jeweils auf eine vorinstanzliche Aktenstelle. An der angegebenen Stelle behauptet die Klägerin zwar, dass sie die Schule "D._____" besuche (siehe Urk. 6/2 Rz. 53). Diese Behauptung wurde vom Beklagten in der Folge indes bestritten (Urk. 6/27 Rz. 10 S. 5) und die Klägerin verwies vor Vorinstanz zur Untermauerung dieser Behauptung einzig auf eine bereits bei Klageeinleitung nicht mehr aktuelle Bestätigung vom 18. August 2020 (Urk. 6/2 Rz. 53 mit Verweis auf Urk. 6/5/32). Auf weitere diesbezügliche Ausführungen vor Vorinstanz oder Belege verweist die Klägerin nicht. Die erst mit der Berufungsreplik eingereichte Bestätigung (Urk. 14/7) ist verspätet und folglich unbeachtlich (vgl. vorstehend Ziff. 2.2.). Damit hat die Klägerin in ihrer Berufungsschrift nicht dargelegt, dass sie vor Vorinstanz den nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil rechtsgenügend behauptet und glaubhaft gemacht hat. Die Berufungsschrift genügt insofern den eingangs dargelegten Begründungsanforderungen (vgl. vorstehende Ziff. 2.1.) nicht, weshalb auf die Berufung nicht einzutreten ist.

4.5. Der Vollständigkeit halber ist noch festzuhalten, dass die von der Klägerin erstmals in der Stellungnahme vom 28. März 2022 vorgetragene Beanstandung, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt (siehe Urk. 12 Rz. 4, 12 und 13), verspätet ist (vgl. BGE 142 III 413 E. 2.2.4.), weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

5.

5.1. Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von einer Verfahrensdauer von rund drei Jahren ergibt sich ein Streitwert von Fr. 36'000.– (36 x Fr. 1'000.–). Die zweitinstanz-

liche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 sowie § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Überdies ist die Klägerin zu verpflichten, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zu bezahlen (§ 4 Abs. 1 und 3 i.V.m. § 9 sowie § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Angesichts des Wohnsitzes des Beklagten im Ausland entfällt ein Mehrwertsteuerzuschlag (vgl. Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1).

5.2. Sowohl die Klägerin als auch der Beklagte ersuchen um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 1 S. 2 und Urk. 8 S. 3).

5.2.1. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die gesuchstellende Partei hat ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzustellen und soweit möglich auch zu belegen (Art. 119 Abs. 2 ZPO; BGer 5A_62/2016 vom 17. Oktober 2016 mit weiteren Verweisen). Die das Lebensnotwendige übersteigenden finanziellen Mittel sollten es dabei der gesuchstellenden Partei ermöglichen, die Prozesskosten bei weniger aufwändigen Prozessen innert eines Jahres, bei anderen innert zweier Jahre zu tilgen. Zudem müssen die anfallenden Gerichtskosten- und Anwaltskostenvorschüsse innert absehbarer Zeit geleistet werden können (BGE 141 III 369 E. 4.1). Der zivilprozessuale Bedarf des Gesuchstellers, der mit seinem Ehegatten in einer Haushaltsgemeinschaft lebt, ist anhand einer Gesamtrechnung zu ermitteln. Die beidseitigen (Netto-)Einkommen und das Vermögen beider Ehegatten sind dem gesamten prozessualen Notbedarf für die ganze Familie unter Einschluss der gemeinsamen Kinder und der beidseitigen Verpflichtungen gegenüber Dritten gegenüberzustellen (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 205).

5.2.2. Mit Bezug auf die Klägerin ist festzuhalten, dass die Berufung – wie vorstehende Erwägungen zeigen – aussichtslos war (Art. 117 lit. b ZPO). Zudem äussert sich die Klägerin in ihrer Berufungsschrift weder zu ihrem prozessualen Notbedarf noch zu ihren Vermögensverhältnissen. Entsprechend ist der anwaltlich vertretenen Klägerin vorzuhalten, ihre finanzielle Situation nicht schlüssig darge-

legt und insoweit die Mitwirkungspflicht verletzt zu haben. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist folglich ohne Weiterungen abzuweisen.

5.2.3. Da dem Beklagten im Rechtsmittelverfahren ausgangsgemäss keine Gerichtskosten auferlegt werden, ist sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, soweit es sich auf die Befreiung der Gerichtskosten bezieht, zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes darf gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hingegen nicht schon deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden, weil der bedürftigen Partei eine Parteientschädigung zugesprochen wird. Ein solches Vorgehen ist lediglich dann zulässig, wenn die Solvenz der Gegenpartei ausser Zweifel steht und damit eine Parteientschädigung ohne Weiteres als einbringlich gelten kann. Erweist sich die Zahlungsfähigkeit demgegenüber als unsicher, muss gewährleistet bleiben, dass der Anwalt der bedürftigen Partei nötigenfalls durch den Staat gemäss Art. 122 Abs. 2 ZPO entschädigt wird (BGer 5A_407/2014 vom 7. Juli 2014, E. 2.2. m.w.H.). Da die Solvenz der Klägerin vorliegend zweifelhaft ist, ist über das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands zu befinden:

Angesichts der Ausführungen des verheirateten Beklagten sowie unter Berücksichtigung der von ihm angeführten Unterlagen (siehe Urk. 8 Rz. 35-47) erscheint glaubhaft, dass er und seine Ehefrau – auch nach Anpassung diverser geltend gemachter Bedarfspositionen – über keinen Überschuss verfügen, welcher es dem Beklagten ermöglichen würde, für die ihm anfallenden Anwaltskosten aufzukommen. Gestützt auf die eingereichten Unterlagen ist zudem auch nicht davon auszugehen, dass der Beklagte sowie seine Ehefrau über ein den Notgroßen übersteigendes Vermögen verfügen (vgl. Urk. 6/12/8 und Urk. 6/12/9). Die Klägerin vermutet zwar, dass der Beklagte Grundeigentum besitze (vgl. Urk. 1 Rz. 6; s.a. Urk. 12 Rz. 18). Objektive Anhaltspunkte hierfür bestehen jedoch keine. Den eingereichten Unterlagen lässt sich entnehmen, dass der Beklagte und seine Ehefrau bisher jeweils zur Miete gewohnt haben (vgl. Urk. 6/23/9 und Urk. 6/29/4; s.a. Urk. 6/29/5). Entsprechend ist seine Mittellosigkeit zu bejahen.

Seine Rechtsmittelanträge können zudem nicht als aussichtslos bezeichnet werden und er war als rechtsunkundige Partei für die sachgerechte Wahrung seiner Rechte vor der Berufungsinstanz auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Demgemäss ist ihm in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

Es wird beschlossen:

1. In Bezug auf den vor dem 1. Mai 2021 verlangten Unterhalt wird das Massnahmeverfahren abgeschrieben. Für die Zeit ab 1. Mai 2021 wird das Massnahmeverfahren im Fr. 1'000.– pro Monat übersteigenden Umfang abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Dem Beklagten wird für das Berufungsverfahren Rechtsanwalt lic. iur. Y._____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen wird das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgeschrieben.
4. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
7. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'200.– zu bezahlen.
8. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

9. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG sowie ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. C. Faoro

versandt am:
st