

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LC130018-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 21. Mai 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung**

Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 29. Januar 2013; Proz. FE110118

Rechtsbegehren:
(act. 3 sinngemäss)

Es sei die Ehe der Gesuchsteller gestützt auf Art. 112 ZGB zu scheiden unter gerichtlicher Regelung der Scheidungsfolgen.

Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 29. Januar 2013
(act. 73 S. 31 ff.):

1. Die Ehe der Parteien wird geschieden.
2. Die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2004, und D._____, geboren am tt.mm.2007, werden unter die elterliche Sorge der Klägerin gestellt.
3. Die Parteien einigen sich über das Besuchsrecht untereinander. Sollte keine Einigung gefunden werden, gilt folgende Regelung:

Der Beklagte wird berechtigt erklärt, die Kinder C._____ und D._____ jeden Mittwochnachmittag nach Schulschluss bis 18.00 Uhr sowie jeweils an den Sonntagen der ungeraden Wochen von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen.

Überdies ist der Beklagte berechtigt, die Kinder in ungeraden Jahren am 25. und 26. Dezember sowie von Ostersonntag bis und mit Ostermontag und in geraden Jahren am 31. Dezember und am 1. Januar sowie von Pfingstsonntag bis und mit Pfingstmontag auf eigene Kosten zu sich oder mit sich auf Besuch zu nehmen (jeweils ohne Übernachtungen, von 11.00 Uhr bis 19.00 Uhr).

4. Für die Zeit ab Rechtskraft des Scheidungsurteils bis 31 März 2013 werden mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten keine Unterhaltsbeiträge für die Kinder C._____ und D._____ zugesprochen.
5. Der Beklagte wird verpflichtet, an die Kosten des Unterhalts und der Erziehung der Kinder C._____ und D._____ ab 1. April 2013 bis zum ordentlichen Abschluss einer angemessenen Erstausbildung auch über die Volljährigkeit hinaus monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 375.– pro Kind zuzüglich allfälliger gesetzlicher und vertrag-

licher Familienzulagen zu bezahlen, zahlbar monatlich im Voraus jeweils auf den Ersten eines jeden Monats.

Diese Unterhaltsbeiträge sind auch über die Volljährigkeit hinaus an die Klägerin zu bezahlen, solange die Kinder in deren Haushalt leben und keine eigenen Ansprüche stellen.

6. Es wird vorgemerkt, dass die Klägerin mangels Leistungsfähigkeit des Beklagten auf persönliche Unterhaltsbeiträge verzichtet hat.
7. Dem Beklagten werden keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge zugesprochen.
8. Die Unterhaltsbeiträge gemäss Dispositiv-Ziffer 5 basieren auf dem Landesindex der Konsumentenpreise des Bundesamtes für Statistik, Stand Ende Dezember 2012 mit 98.9 Punkten (Basis Dezember 2010 = 100 Punkte). Sie sind jeweils auf den 1. Januar eines jeden neuen Jahres, erstmals per 1. Januar 2014, dem Stand des Indexes per Ende November des Vorjahres anzupassen. Die Anpassung erfolgt gemäss folgender Formel:

$$\text{Neuer Unterhaltsbeitrag} = \frac{\text{alter Unterhaltsbeitrag} \times \text{neuer Index}}{\text{alter Index}}$$

9. Diesem Urteil liegen folgende finanziellen Verhältnisse der Parteien zugrunde:

Monatliches Gesamtnettoeinkommen Klägerin: Fr. 3'520.– (kein 13. Monatslohn, exkl. Kinderzulagen)

Vermögen: Fr. 0.–

Monatliches Gesamtnettoeinkommen Beklagter:

- bis 31. März 2013: Fr. 0.–

- ab 1. April 2013 (hypothetisch): Fr. 3'400.–

Vermögen: Fr. 0.–

10. Der Antrag des Beklagten betreffend Leistung einer güterrechtlichen Ausgleichszahlung durch die Klägerin wird abgewiesen.
11. Die Pensionskasse BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (Stampfenbachstrasse 63, Postfach, 8090 Zürich) wird angewiesen, mit Rechtskraft des Scheidungs-

urteils vom Vorsorgekonto der Klägerin (Versicherten-Nr. ..., Policen-Nr. ...) Fr. 12'870.15 auf das Vorsorgekonto des Beklagten (Herrn A._____) bei der Pensionskasse ... (...[Adresse], Postcheckkonto: ...), zu überweisen.

12. Die Entscheidunggebühr (Pauschalgebühr) wird angesetzt auf:

Fr. 5'000.00 ; die Barauslagen betragen:

Fr. 600.00 Dolmetscher

Fr. 5'600.00 Total

13. Die Gerichtskosten werden der Klägerin zu zwei Fünfteln und dem Beklagten zu drei Fünfteln auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.

14. Der Beklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin lic. iur. Y._____ eine auf einen Fünftel reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'728.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

15. Schriftliche Mitteilung an

– die Parteien (je gegen Gerichtsurkunde, an die Klägerin unter Beilage eines Doppels von act. 72 und an den Beklagten unter Beilage eines Doppels von act. 71),

sowie nach Eintritt der Rechtskraft

– mit Formular an das für Richterswil zuständige Zivilstandsamt,
– an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Horgen
– das Migrationsamt des Kantons Zürich,
– an die Pensionskasse BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (Stampfenbachstrasse 63, Postfach, 8090 Zürich) (Dispositiv-Ziffern 11 und 15 des Urteils),

je gegen Empfangsschein.

16. Rechtsmittel

Berufungsanträge:

des Beklagten und Berufungsklägers (vgl. act. 78 S. 2):

- "1. Das Besuchsrecht hinsichtlich der beiden Kinder C._____ und D._____ soll in Abänderung von Dispositiv Ziff. 3 des Erkenntnisses zusätzlich jeden Freitagnachmittag nach Schulschluss für minimal vier Stunden vorsehen.
2. Dispositiv Ziff. 5 und 8 des Erkenntnisses (Kinderalimentenverpflichtung) sei aufzuheben.
3. Dispositiv Ziff. 4 des Erkenntnisses sei aufzuheben.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Apellatin.

Überdies stelle ich Ihnen den Antrag auf Gewährung von UP/URB für das Berufungsverfahren."

Erwägungen:

I.

(Übersicht zum Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. Die Parteien wurden am tt.mm.2005 getraut. Sie sind die Eltern zweier Töchter, nämlich von C._____, geboren am tt.mm.2004, und von D._____, geboren am tt.mm.2007. Die Parteien leben offenbar spätestens seit 2008 getrennt; jedenfalls ersuchte B._____ (nachfolgend nur: die Klägerin) am 23. September 2008 um Massnahmen des Eheschutzes, nachdem sie zusammen mit den Töchtern die eheliche Wohnung verlassen hatte (vgl. act. 6/1). Die eheschutzrichterliche Verfügung, welche das Getrenntleben festhielt und für die Dauer des Getrenntlebens erforderliche Massnahmen vorsah, erging am 26. November 2008.
2. Im Mai 2011 ersuchten die Parteien gemeinsam beim Einzelgericht um Scheidung ihrer Ehe (vgl. act. 3 und dazu act. 1) sowie je einzeln um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Das Einzelgericht ordnete in der Folge die Anhörung der Parteien sowie eine Vergleichsverhandlung an. Nachdem letztere – ausser im Scheidungspunkt – ohne Ergebnis geblieben war, setzte das Einzelgericht anfangs November 2011 der Klägerin die Frist zur schriftlichen Klagebegründung an und führte hernach das ordentliche Verfahren durch. Dabei wurden u.a. die Parteien persönlich befragt. Die Parteien verzichteten auf die mündlichen Schlussvorträge und erstatteten im November 2012 schriftliche Stellungnahmen. Am 29. Januar 2013 bewilligte das Einzelgericht beiden Parteien die unentgeltli-

che Rechtspflege für das erstinstanzliche Verfahren und erliess zugleich das angefochtene Urteil (vgl. act. 81 [= act. 73]).

Weitere Einzelheiten zum Gang des erstinstanzlichen Verfahrens können dem angefochtenen Urteil entnommen werden (vgl. act. 81 S. 2-5).

3. Mit Schriftsatz vom 14. März 2013 (vgl. act. 78 f.) liess A. _____ (nachfolgend nur: der Beklagte) rechtzeitig die Berufung erheben. Zugleich ersuchte er um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsverfahren.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Die Berufung erweist sich – wie noch zu zeigen sein wird – sogleich als unbegründet. Es erübrigen sich daher Weiterungen des Berufungsverfahrens wie insbesondere gemäss Art. 312 Abs. 1 ZPO das Einholen einer Berufungsantwort. Der Beklagten ist indessen ein Doppel der Berufungsschrift (act. 78) zur Kenntnisnahme zuzustellen.

II.

(Zur Berufung im Einzelnen)

1. Das Berufungsverfahren stellt grundsätzlich die Fortsetzung des Prozesses aufgrund des vor der ersten Instanz vorgetragenen Sachverhaltes dar (zu den Ausnahmen vgl. Art. 317 ZPO). Mit der Berufung ist daher die unrichtige Feststellung des Sachverhaltes durch die Vorinstanz sowie eine unrichtige Rechtsanwendung der Vorinstanz zu rügen (Art. 310 ZPO). Gemäss Art. 311 Abs. 1 ZPO sind die entsprechende Rügen von der Berufung führenden Partei in der Berufungsschrift einzeln vorzutragen und zu begründen (Begründungslast; vgl. dazu BGE 138 III 375 oder OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2, je mit Verweisen). Wiederholungen des bereits vor der ersten Instanz Vorgetragenen genügen den gesetzlichen Anforderungen an eine Begründung daher ebenso wenig wie allgemeine Kritik am angefochtenen Entscheid bzw. den erstinstanzlichen Erwägungen (vgl. auch BGE 138 III 375). Gemäss Art. 317 Abs. 1 ZPO sind ferner neue Tatsachen und Beweismittel im Berufungsverfahren nur dann noch zu berücksichtigen, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor der ersten Instanz hatten vorgebracht werden können (vgl. dazu BGE 138 III 625). Das heisst auch, dass eine Partei,

die neue Tatsachen und/oder Beweismittel im Berufungsverfahren einführen will, der Rechtsmittelinstanz und der Gegenpartei jeweils einerseits darzulegen hat, dass dies ohne Verzug erfolgt ist, sowie andererseits, weshalb es ihr trotz zumutbarer Sorgfalt nicht möglich gewesen war, die Tatsache und/oder das Beweismittel bereits vor erster Instanz vorzubringen (vgl. etwa OGer ZH, Urteil LB110049 vom 5. März 2012, E. 1.1 und E. 1.2). Fehlt es an dergleichen Darlegungen, erweisen sich die Berufung und/oder deren Beantwortung in Bezug auf die darin vorgetragenen Noven als unbegründet und bleiben diese Noven nur schon insofern konsequenterweise unbeachtlich.

2. Wie den Anträgen des Beklagten entnommen werden kann, die diesen Erwägungen vorangestellt sind, richtet sich seine Berufung ausschliesslich gegen die Dispositivziffer 3 (zum Besuchsrecht) und die Dispositivziffern 4, 5 sowie 8 (zum sog. Kinderunterhalt) des angefochtenen Urteils.

Das Einzelgericht hat sich mit allen diesen Punkten einlässlich und zutreffend befasst, in Würdigung namentlich auch der Vorbringen des Beklagten (vgl. act. 81 S. 7-13 zum Besuchsrecht und act. 81 S. 13-24 zum Kinderunterhalt). Es kann zur Vermeidung von Wiederholungen daher auf die entsprechenden Erwägungen des Einzelgerichts verwiesen werden.

3. Der Beklagte will die vom Einzelgericht getroffene Besuchsrechtsregelung um ein von den Parteien bislang geübtes "zusätzliches Kinderbesuchsrecht" an jedem Freitag jeder Woche ergänzt haben. Dieses soll mit dem Schulschluss beider Töchter beginnen und bis zum Abend oder bis zum kommenden Vormittag dauern (vgl. act. 78 S. 3). Das Freitagsbesuchsrecht habe "sich ohne weiteres hervorragend bewährt" und es sei nicht einzusehen, weshalb es nicht weiterhin praktiziert werden soll (a.a.O.).

Das Einzelgericht hat in der angefochtenen Dispositivziffer 3 lediglich eine für den Konfliktfall geltende Besuchsrechtsregelung getroffen, die nur dann und soweit greifen soll, wenn bzw. wie sich die Parteien über die nähere Ausgestaltung des Besuchsrechts, wozu auch das Ferienbesuchsrecht gehört (vgl. dazu act. 81 S. 12), nicht zu einigen vermögen. Diese einzelgerichtliche Regelung schliesst die Fortführung des bislang von den Parteien praktizierten "Freitagsbe-

suchsrechts" folglich nicht aus. Der Beklagte, der gar nicht behauptet, die Klägerin wersetze sich dem bislang vereinbarungsgemäss Geübten, setzt sich mit diesem Gesichtspunkt ebenso wenig näher auseinander wie mit den einzelgerichtlichen Erwägungen dazu, die diesen Gesichtspunkt hervorheben (vgl. act. 81 S. 12), sowie im Weiteren darlegen, weshalb auf die Aufnahme des "Freitagsbesuchsrechts" in die für den Konfliktfall geltende Regelung zu verzichten ist (vgl. a.a.O. S. 11 f.). Seine Berufung genügt daher bereits insoweit nicht der gesetzlichen Begründungslast (vorn Ziff. II/1) und bleibt daher unbegründet.

Die eben erwähnten weiteren einzelgerichtlichen Erwägungen weisen übrigens etwa auf die Alkoholkrankheit des Beklagten hin und erwähnen Probleme in der Übergabe, weil sich der Beklagte offenbar nur unzuverlässig an die vereinbarten Zeiten zu halten vermöge. Sie verweisen zudem etwa unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls auf den mit Übergaben verbundenen Stress für die Kinder sowie die Notwendigkeit einer in die Zukunft gerichteten längerfristigen Regelung, die auch dem Umstand Rechnung trägt, dass Kinder mit zunehmendem Alter vermehrt ausserschulischen Freizeitaktivitäten nachgehen und dabei das Bedürfnis entwickeln, Kontakte ohne Beisein der Eltern zu pflegen. Dass und inwieweit die weiteren vom Einzelgericht berücksichtigten Gesichtspunkte im Tatsächlichen unzutreffend und/oder sachlich unmassgeblich sein sollen, rügt der Beklagte nirgends. Der Beklagte greift ebenfalls die Gewichtung dieser weiteren Gesichtspunkte durch das Einzelgericht (sowohl im Lichte des Kindeswohls als auch insgesamt) nicht näher auf und rügt sie mit keinem Wort, geschweige denn näher als unzutreffend (und es wäre das auch nicht ersichtlich; vgl. vorn Ziff. II/2). Seine Berufung gegen die Besuchsrechtsregelung in Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils genügt auch hierin der sich aus der Begründungslast ergebenden gesetzlichen Rügeobliegenheit offenkundig nicht, sondern erweist sich insgesamt als unbegründet.

4. Der Beklagte verlangt mit seinen Berufungsanträgen die Aufhebung der Dispositivziffern 4, 5 sowie 8 des einzelgerichtlichen Urteils. Diese regeln zum einen in den Ziffern 5 und 8 die Verpflichtung des Beklagten, an den Unterhalt seiner Kinder ab dem 1. April 2013 monatlich einen dem Teuerungsausgleich unterworfenen Beitrag von anfänglich Fr. 375.- je Kind (zuzüglich allfälliger Familienzulagen)

zu bezahlen. Zum anderen entbindet die Ziffer 4 den Beklagten für die Zeit bis 31. März 2013 von der Leistung auf Unterhalt.

4.1 Grundsätzlich kann sich ein Berufungskläger nicht damit begnügen, einzig die Aufhebung des angefochtenen erstinstanzlichen Entscheides zu beantragen. Ebenso ist ein Antrag in der Sache selbst zu stellen, also im Rechtsbegehren anzugeben, wie im Fall der Gutheissung der Berufung zu entscheiden wäre. Ausführungen hierzu lediglich in der Begründung genügen an sich nicht. Fehlt es im Rechtsbegehren an einem Antrag auch zur Sache, namentlich an der Bezifferung im Falle eines Begehrens, das eine Geldzahlung zum Gegenstand hat (vgl. etwa BGer Urteil 5A_94/2013 vom 6. März 2013, E. 3.3.2, mit Verweisen auf BGE 137 III 617, 619 f. und Urteil 5A_25/2008 vom 14. November 2008 E. 3.2), so ist die Berufung nicht abzuweisen, sondern es ist auf sie gar nicht erst einzutreten.

Der Beklagte verlangt die ersatzlose Aufhebung der Dispositivziffern 4, 5 und 8, weil er dafür hält, er könne über den 31. März 2013 hinaus, also weder zur Zeit noch fürderhin je ein Einkommen erzielen, welches es ihm erlaubte, überhaupt Leistungen an den Unterhalt der Kinder zu erbringen (vgl. act. 78 S. 3 f.). Insoweit ist eine Bezifferung im Rechtsbegehren nicht erforderlich und es kann auf die Berufung eingetreten werden.

4.2 Das Einzelgericht kam in zutreffender Würdigung aller wesentlichen Umstände (vgl. vorn Ziff. II/2), namentlich in Würdigung der Vorbringen des Beklagten, der vom Beklagten zu den Akten produzierten Unterlagen sowie den Aussagen des Beklagten in der persönlichen Befragung (vgl. vorn Ziff. II/2) im Wesentlichen zum Ergebnis, der Beklagte habe bislang nicht die Anstrengungen zur Ausnützung seiner Erwerbskraft unternommen, die ihm einerseits mit Blick auf seine Verpflichtungen als Vater unmündiger Kinder zuzumuten sowie andererseits aufgrund seiner persönlichen Fähigkeiten usw. möglich seien. Seit Januar 2012 beschränkten sich seine Arbeitsleistungen lediglich auf stundenweise Einsätze. Zuzumuten und möglich seien die Intensivierung seiner Suche nach weitergehender Erwerbstätigkeit, d.h. nach einer – ggf. vorübergehend temporären – Anstellung als Hilfsarbeiter im Gastgewerbe, wo er bereits über Erfahrungen verfüge, oder auf dem Bau. Das ermögliche ihm, tatsächlich ein monatliches Einkommen von

ca. Fr. 3'400.- zu erzielen. Das Einzelgericht rechnete dem Beklagten daher ein entsprechendes (hypothetisches) Einkommen ab dem 1. April 2013 an und legte gestützt darauf sowie aufgrund der zusätzlich angestellten Bedarfsrechnung die Unterhaltsverpflichtung des Beklagten für seine Töchter fest.

4.3 Der Beklagte rügt mit seiner Berufung im Wesentlichen nur, die Annahme des Einzelgerichts, er könne eine Anstellung finden, welche es ihm ermögliche, ein monatliches Einkommen von Fr. 3'400.- zu erzielen, habe sich als unzutreffend erwiesen. Seine Bemühungen um eine bessere Festanstellung seien erfolglos geblieben und erwiesen sich aufgrund seiner persönlichen Verhältnisse auch als unrealistisch (vgl. act. 78 S. 3 und S. 4). Zudem habe die Klägerin derart gute Einkommensaussichten und vermöchte "bereits heute zu generieren", dass sie und die Kinder auf Unterhaltszahlungen auch nicht angewiesen seien (a.a.O., S. 4).

Der Beklagte legt allerdings mit keinem Wort dar, wann genau er welche Anstrengungen unternommen hat, um eine Anstellung zu finden, welche das Einzelgericht als für ihn möglich und zumutbar erachtet hat. Erwähnt wird einzig die Weiterführung seiner Erwerbstätigkeit bei der E._____ AG auf Stundenlohnbasis. Seine Rüge, die Annahme des Einzelgerichts habe sich als unzutreffend erwiesen, bleibt insoweit im Tatsächlichen unsubstanziert und unbelegt und erschöpft sich in einer unüberprüfbar blossen Behauptung. Damit ist die Berufung offensichtlich noch nicht begründet (vgl. vorn Ziff. II/1) und es kann offen gelassen werden, ob der Beklagte mit seiner unsubstanzierten Rüge auch ein echtes Novum hat vorbringen wollen. Denn abgesehen davon, dass der Beklagte dergleichen gar nicht vorträgt und deshalb die Begründungslast missachtet (vgl. vorn Ziff. II/1), lässt sich ein echtes Novum (substanzierte Tatsachenbehauptung) in der Rüge nicht erkennen. Hinzu kommt, dass der Beklagte die Erwägung des Einzelgerichts, er habe sich bereits dem RAV gegenüber nicht über hinreichende Suchbemühungen ausgewiesen und auch nicht dem Gericht (vgl. act. 81 S. 22), unbeanstandet stehen lässt, den entsprechenden Sachverhalt also anerkennt, weshalb er auch hier als erstellt zu gelten hat.

Soweit der Beklagte im Übrigen seine persönlichen Verhältnisse erwähnt, etwa seine Ausbildung und Berufspraxis, seine gesundheitliche Problematik, sein

Alter usw. und daraus schliesst, er sei auch in der Zukunft nicht in der Lage, ein nur schon seine Existenz sicherndes Einkommen zu erzielen (vgl. act. 78 S. 4), setzt er sich mit den einzelgerichtlichen Erwägungen, die alle diese Punkte sehr wohl ebenso aufgreifen wie die Möglichkeiten des Beklagten auf dem Arbeitsmarkt (vgl. act. 81 S. 13 f. und S. 20 ff.), gar nicht näher auseinander. Insbesondere legt der Beklagten nirgends näher dar, was das Einzelgericht dazu falsch erkannt oder gewichtet habe. Er begnügt sich letztlich damit, das Ergebnis dieser Erwägungen als falsch, nämlich "vollkommen unrealistisch" darzustellen. Auch insoweit ist die Berufung unbegründet, und sie bleibt es insgesamt, weil sich aus der blossen Behauptung fehlgeschlagener Bemühungen um eine bessere Anstellung kein vernünftiger und stichhaltiger Schluss auf eine vollkommen unrealistische Auffassung des Einzelgerichts ziehen lässt.

Die Berufung erweist sich folglich ebenso in diesem Punkt als unbegründet, weshalb es sich erübrigt, auf die Anmerkung des Beklagten zu den guten Einkommensaussichten der Klägerin einzugehen, zumal auch hierzu vom Beklagten nichts näher dargelegt wird (insbesondere auch nichts, was als hinreichende Rüge am einzelgerichtlichen Urteil zu den wirtschaftlichen Verhältnissen und zur Leistungsfähigkeit der Klägerin [vgl. act. 81 S. 13-17, S. 19 f. und S. 24 ff.] verstanden werden könnte). Wollte der Beklagte mit seiner Anmerkung einzig darlegen, dass stets dann ein Elternteil von seinen aktuellen und künftigen elterlichen Pflichten den Kindern gegenüber befreit werde, wenn der andere Elternteil über bessere Einkommensaussichten verfüge, so ginge er offenkundig fehl.

4.4 - 4.4.1 Der Beklagte hat zusammen mit der Berufung diverse Unterlagen eingereicht (vgl. act. 80/1 ff.). Was aus diesen im Einzelnen herzuleiten wäre (bzw. was daraus an Rügen bzw. Vorbringen in der Berufung belegt werden soll), wird in der Berufungsschrift allerdings nicht näher dargelegt (vgl. act. 78 S. 3 f.). Das herauszufinden ist mit Blick auf die Begründungslast (vgl. vorn Ziff. II/1) jedenfalls nicht Sache der Berufungsinstanz. Und noch weniger ist es deren Aufgabe herauszufinden, ob und dann auch inwiefern ein Berufungskläger in der Berufungsschrift nicht dargestellte oder bloss allgemein vorgetragene Rügen mittels Beilagen allenfalls "substanziieren" wollte (auch soweit es um das Vorbringen von Noven ginge; vgl. wiederum vorn Ziff. II/1). Es kann daher offen bleiben, ob der Be-

klagte mit den Beilagen (act. 80/1 ff.) allenfalls im Einzelnen seine Berufungsschrift inhaltlich überhaupt irgendwie hat ergänzen wollen und dann auch noch inwieweit im Einzelnen.

4.4.2 Unabhängig vom eben unter Ziff. II/4.1-3 und 4.4.1 Dargelegten bleibt noch Folgendes anzumerken. Der Beklagte verweist in der Berufungsschrift auf seine weiter dauernde Beschäftigung im Stundenlohn bei der E. _____ AG hin. Diese Beschäftigung war bereits dem Einzelgericht bekannt; und es hat sich damit einlässlich befasst, namentlich auch mit dem Zwischenzeugnis, das die Arbeitgeberin für den Beklagten im August 2012 ausgestellt hat (vgl. act. 81 S. 20 ff.). In diesem Zwischenzeugnis, das der Beklagte ebenfalls ohne nähere Grundangabe als Beilage zur Berufungsschrift eingereicht hat (vgl. act. 80/2 und dazu act. 78 S. 4), zusammen mit einem undatierten und erkennbar unvollständigen Arbeitsvertrag (vgl. act. 80/1), wird für den Zeitpunkt August 2012 u.a. erwähnt, der zuverlässige, interessierte und pünktliche Beklagte werde neuerdings nicht nur im Bankettbetrieb, sondern "auch für Tätigkeiten als Magaziner eingesetzt". Die vom Beklagten als Berufungsschriftbeilagen ebenfalls eingereichten Lohnabrechnungen (vgl. act. 80/3/1 ff.) belegen allerdings nur Einkünfte aus dem Bereich Bankett, und zwar sowohl für den August 2012 als auch die nachfolgenden Monate. Jedenfalls deutet der Vermerk "Abteilung: BANKETT (105)", der sich jeweils oben rechts auf den Lohnabrechnungen befindet, auf nichts anderes hin und der Beklagte lässt unerklärt, was es mit den Einsätzen auch als Magaziner auf sich hat. Das spricht nicht für die Stringenz seiner Behauptungen zu seiner Erwerbstätigkeit. Ein Grossteil dieser Lohnabrechnungen lag übrigens ebenfalls bereits dem Einzelgericht vor, weshalb auch insoweit unklar ist, was der Beklagte im Berufungsverfahren mit ihnen allenfalls belegen wollte.

Endlich weisen mehrere Lohnabrechnungen zum letzten Jahresviertel 2012 Erwerbseinkünfte aus, deren Umfang gegen das vom Einzelgericht als dem Beklagten mögliches monatliches Erwerbseinkommen tendiert bzw. dieses erreicht (vgl. act. 80/3/12-16: ca. Fr. 3'154.- netto für Einsätze im September 2012, rund Fr. 2'334.- netto für Einsätze im Oktober 2012, ca. Fr. 4'512.- netto für Einsätze im November 2012, sowie für Einsätze im Dezember 2012 netto total ca. Fr. 5'277.- [Fr. 3'616.- plus Fr. 1'661.-]). Auch wenn es sich dabei allenfalls "bloss" um saiso-

nal bedingte "Spitzeneinkünfte" handeln könnte (Erläuterungen des Beklagten fehlen, wie mehrfach schon gesagt), ergibt sich für September bis Dezember 2012 ein durchschnittliches monatliches Einkommen von rund Fr. 3'800.- und widerspricht dieses Ergebnis dem Standpunkt des Beklagten, die vorinstanzliche Annahme, er könne als Hilfskraft im Gastgewerbe ein monatliches Einkommen von ca. Fr. 3'400.- erzielen, sei vollkommen unrealistisch. Und es widerlegt dieses Ergebnis insoweit offenkundig die beklagtische Behauptung, es liege heute und in der Zukunft ausserhalb seiner Möglichkeiten, als Hilfskraft im Gastgewerbe je mehr als ein existenzsicherndes Einkommen zu erzielen, das ihm erlaubte, überhaupt Beiträge an den Unterhalt seiner Töchter zu leisten.

Die Berufung erweise sich insofern selbst dann als unbegründet, wenn auch die mit der – wie gesehen ohnehin schon unbegründeten – Berufung kommentarlos eingereichten Beilagen zu berücksichtigen wären. Und es erübrigt sich von daher an sich der weitere Hinweis darauf, dass der Beklagte mit der Berufung einerseits anstrebt, weder heute noch fürderhin überhaupt Leistungen an den Unterhalt der Töchter erbringen zu müssen, um andererseits gleichwohl vorzutragen, er erbringe pro Monat solche Leistungen, wenn auch in äusserst geringem Umfang (vgl. act. 78 S. 3). Widerspruchsfrei ist jedenfalls auch das nicht.

4.5 Als Ergebnis bleibt somit festzuhalten, dass sich die Berufung insgesamt so- gleich als unbegründet erweist und abzuweisen ist. Das führt in der Sache zur vollumgänglichen Bestätigung des einzelgerichtlichen Urteils.

III.

(Unentgeltliche Rechtspflege)

1. Der Beklagte hat um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechts- verbeiständung i.S. von Art. 118 ZPO für das Berufungsverfahren ersucht.
2. Die unentgeltliche Rechtspflege i.S. des Art. 118 ZPO wird gemäss Art. 117 ZPO dann gewährt, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt,

um die mutmasslichen Prozesskosten sowie die allfälligen Kosten ihrer sachlich gebotenen Rechtsverteidigung zu tragen, und darüber hinaus ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren vor der Rechtsmittelinstanz neu zu beantragen und von dieser im summarischen Verfahren zu entscheiden, wobei die Gegenpartei nur ausnahmsweise angehört werden muss (vgl. Art. 119 Abs. 3 und 5 ZPO).

Aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten von vornherein betrachtet beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen zur Zeit, zu der das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt wird (vgl. zum Ganzen: BGE 129 I 135 mit zahlreichen Hinweisen).

3. Die Berufung des Beklagten erweist sich, wie vorhin gesehen, sogleich als unbegründet, weshalb auf Weiterungen des Verfahrens zu verzichten ist (vgl. vorn Ziff. I/3). Die Berufung erweist sich daher auch als aussichtslos im Sinne des Gesetzes. Dem Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege i.S. von Art. 188 ZPO gebricht es daher bereits an einer der zwei erforderlichen Voraussetzungen, weshalb es bereits ohne Prüfung der zweiten Voraussetzung abzuweisen ist.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

Die Berufung des Beklagten bzw. Berufungsklägers ist ohne Weiterungen des Verfahrens abzuweisen. Diesem Verfahrensausgang entsprechend ist einerseits die einzelgerichtliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositivziffern 12-14) zu bestätigen. Soweit es dort um die Auswirkungen der in der ersten Instanz gewährten unentgeltlichen Rechtspflege geht, hat der Beklagte sie ohnehin nicht in Frage gestellt. Andererseits sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Beklagten bzw. Berufungskläger aufzuerlegen. Der Berufungsbeklagten und Klägerin sind im Berufungsverfahren keine wesentlichen Umtriebe entstanden, weshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteidigung für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 29. Januar 2013 wird vollumfänglich bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird festgesetzt auf Fr. 1'500.- und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage des Doppels von act. 78, ferner an das für

Richterswil zuständige Zivilstandsamt mit Formular, an die Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörde des Bezirks Horgen, an das Migrationsamt des Kantons Zürich, an die Pensionskasse BVK Personalvorsorge des Kantons Zürich (Stampfenbachstrasse 63, Postfach, 8090 Zürich) in Bezug auf Dispositiv-Ziffern 11 und 15 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen, Einzelgericht, vom 29. Januar 2013, sowie an das Bezirksgericht Horgen, Einzelgericht.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt (höchstens) ca. Fr. 96'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: