

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ240009-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,  
Oberrichterin lic. iur. B. Schärer und Ersatzoberrichterin  
lic. iur. N. Jeker sowie Gerichtsschreiber lic. iur. F. Rieke

## Beschluss vom 14. Juni 2024

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Unterhalt (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 19. Februar 2024 (FK220006-H)**

### **Erwägungen:**

1. a) Mit Urteil vom 19. Februar 2024 (Urk. 2) setzte das Bezirksgericht Pfäffikon (Vorinstanz) u.a. die vom Beklagten der Klägerin für die 2014 geborene gemeinsame Tochter zu leistenden Unterhaltsbeiträge auf Fr. 140.-- pro Monat für März 2021 bis Juli 2024 und auf Fr. 1'480.-- ab August 2024 fest (Disp.-Ziff. 1) und schrieb das (klägerische) Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen als gegenstandslos ab (Disp.-Ziff. 6).

b) Gegen dieses ihr am 6. März 2024 zugestellte Urteil (Urk. 65/1) erhob die Klägerin am 15. März 2024 fristgerecht Berufung und stellte die nachfolgenden Berufungsanträge (Urk. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Dispositiv-Ziffer 6 des Urteils des Bezirksgerichts Pfäffikon vom 19. Februar 2024 (vorsorgliche Massnahmen) aufzuheben.
2. Es sei das Gesuch der Klägerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 14. Juni 2023 gutzuheissen und der Beklagte sei zu verpflichten, für die Dauer des Verfahrens angemessene monatliche Unterhaltsbeiträge von CHF 1'744.00 (zzgl. allfälliger gesetzlicher oder vertraglicher Familienzulagen) zu bezahlen, zahlbar jeweils im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats an die Klägerin, erstmals rückwirkend ab 14. Juni 2023 (Datum der Gesuchstellung).
3. Die Kosten des Verfahrens seien dem Beklagten aufzuerlegen und dieser sei zur Zahlung einer angemessenen Parteientschädigung (zzgl. 8.1% MwSt.) zu verpflichten."

c) In ihrer Berufungsschrift behielt sich die Klägerin vor, die vorliegende Berufung (betr. vorsorgliche Massnahmen) zurückzuziehen, wenn der Beklagte auf ein Rechtsmittel gegen den Endentscheid verzichte, "zumal in diesem Fall ohnehin das Rechtsschutzinteresse wegfallen würde" (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4). Mit Schreiben vom 25. März 2024 wurde dies dem Beklagten mitgeteilt (Urk. 8). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Vi-Urk. 1-66). Nachdem gegen den Endentscheid kein Rechtsmittel einging (Ablauf der Berufungsfrist für den Beklagten am 22. April 2024; Vi-Urk. 65/2), wurde die Klägerin mit Schreiben vom 22. Mai 2024 um eine Mitteilung ersucht, ob sie ihre Berufung nunmehr zurückziehe (Urk. 10). Mit Eingabe vom 29. Mai 2024 beantragte die Klägerin die Abschreibung des Berufungsverfahrens als gegenstandslos, die hälftige Auferlegung der Verfahrenskosten an

die Parteien, die Nichtzusprechung einer Parteientschädigung an den Berufungsbeklagten und die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 11).

2. Die Klägerin macht in ihrer Eingabe vom 29. Mai 2024 geltend, angesichts dessen, dass der Entscheid in der Hauptsache in Rechtskraft erwachsen sei, sei ihr Rechtsschutzinteresse am Erlass vorsorglicher Massnahmen entfallen, weshalb das Berufungsverfahren als gegenstandslos abzuschreiben sei (Urk. 11 S. 1). Die Erklärung der Klägerin, dass ihr Interesse am Erlass vorsorglicher Massnahmen dahingefallen sei, ist zu respektieren. Das Berufungsverfahren ist demgemäss abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

3. a) Wird das Verfahren als gegenstandslos beschrieben, sind die Prozesskosten grundsätzlich nach Ermessen zu verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei ist in Betracht zu ziehen, wer die Gegenstandslosigkeit veranlasst hat, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder welche Partei das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens nicht ohne weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessuale Kriterien zurückzugreifen; in erster Linie wird jene Partei kostenpflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos wurde (vgl. Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 8). Das Berufungsverfahren wurde durch die Klägerin veranlasst (sie hat die Berufung eingereicht). Auch dass ihr Interesse dahingefallen sei, hat die Klägerin erklärt. Der mutmassliche Ausgang des Berufungsverfahrens ist zwar aufgrund dessen, dass sich der Beklagte bisher nicht äussern konnte, nicht ohne weiteres festzustellen; die Berufung ist aber nicht als aussichtsreich anzusehen (vgl. sogleich Erw. 3.b). Nach dem Gesagten sind daher die Gerichtskosten der Klägerin aufzuerlegen.

b) Die Klägerin hat ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren gestellt (Urk. 1 S. 2). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege setzt neben der Mittellosigkeit (welche im Beschwerdeverfahren RZ230002 bejaht wurde; Vi-Urk. 41 S. 14-17) auch voraus, dass die Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheinen (Art. 117 ZPO). Die Vorinstanz hatte der Klägerin Unterhaltsbeiträge rückwirkend ab März 2021 zugesprochen (oben Erw. 1.a) und zu-

gleich das Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen als gegenstandslos abgeschrieben (Dispositiv-Ziffer 6 des vorinstanzlichen Entscheides). Die Beschwerde der Klägerin richtet sich gegen diesen Abschreibungsentscheid. Die Vorinstanz argumentiert, dass vorliegend der Erlass von vorsorglichen Massnahmen (bei welchem einem allfälligen Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zukommt) im Falle eines Rechtsmittelverfahrens im Hauptverfahren auf einen Entzug der in diesem bestehenden aufschiebenden Wirkung hinauslaufen würde. Diesbezüglich sei indessen die Rechtsmittelinstanz zuständig (vgl. Urk. 2 S. 21). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann dem von der Zivilprozessordnung ausdrücklich vorgesehenen Umstand, wonach der Berufung gegen vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung zukommt, derjenigen gegen den Endentscheid indessen schon, alleine nicht dazu führen, dass die vorsorglichen Massnahmen bei gleichzeitigem Ergehen des Endentscheides als gegenstandslos abgeschrieben werden.

Mit der Berufung will die Klägerin die Anordnung vorsorglicher Massnahmen ab 14. Juni 2023 erreichen (oben Erw. 1.b). Im Zeitpunkt der Erhebung ihrer Berufung in Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen wusste die Klägerin nicht, ob der von ihr ausdrücklich nicht angefochtene Endentscheid tatsächlich in Rechtskraft erwachsen oder ob der Beklagte seinerseits ein Rechtsmittel gegen diesen erheben würde. Ihre Berufung kann daher in dieser Hinsicht aufgrund des zu Unrecht als gegenstandslos geworden abgeschriebenen Verfahrens betreffend vorsorgliche Massnahmen durch die Vorinstanz nicht als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden. Die Berufung der Klägerin ruht indessen im Kern darauf, dass dem Beklagten ein hypothetisches Einkommen bereits rückwirkend angerechnet werden soll. Die Anrechnung eines hypothetischen Einkommens kommt jedoch grundsätzlich nur in Betracht, soweit die Erzielung eines solchen auch tatsächlich möglich ist, was rückwirkend regelmässig nicht der Fall ist. Die Klägerin bringt zwar vor, dass der Beklagte vom Vorderrichter im Rahmen der Hauptverhandlung darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass er seine selbständige Tätigkeit aufgeben und sich um eine Anstellung bemühen müsse (Urk. 1 S. 8). Dies ergibt sich jedoch weder aus dem vorinstanzlichen Protokoll, noch aus dem Entscheid der Vorinstanz (Urk. 2 S. 10f.). Insgesamt sind damit die Erfolgsaussichten der Berufung als deutlich geringer einzuschätzen als die Verlustgefahren, weshalb sie im armenrechtlichen

Sinne als aussichtslos gelten muss. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege ist damit abzuweisen.

c) Für das Berufungsverfahren sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 106 Abs. 1, Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Das Berufungsverfahren wird zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschlossen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.-- festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.
5. Für das Berufungsverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage der Doppel von Urk. 1 und 11, und an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

7. 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 in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert übersteigt Fr. 30'000.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 14. Juni 2024

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. F. Rieke

versandt am:  
Im