

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LD200007-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. D. Scherrer, Vorsitzende,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiber Dr. O. Hug

Beschluss und Urteil vom 20. Januar 2021

in Sachen

A._____,

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X._____,

gegen

B._____,

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y1._____,

substituiert durch Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____,

betreffend **Anweisung an den Schuldner**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Hinwil vom 7. Oktober 2020 (EF200005-E)**

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Es sei die jeweilige Arbeitgeberin des Gesuchsgegners, derzeit die C._____ AG, D._____ -strasse ..., E._____ unter Androhung der doppelten Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle anzuweisen, vom monatlichen Lohn des Gesuchsgegners die folgenden Zahlungen
- CHF 3'810.– bis 30. September 2020, danach
 - CHF 3'601.– ab 1. Oktober 2020
- (zzgl. Kinderzulagen für F._____ und G._____) in Abzug zu bringen und jeweils gleichzeitig mit dem Lohn des Gesuchsgegners direkt auf das Konto der Gesuchstellerin, IBAN Nr. 1 zu überweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Gesuchsgegners; wobei eine der Gesuchstellerin zugesprochene Parteientschädigung mangels Uneinbringlichkeit auf die Gerichtskasse zu nehmen sei."

Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht

Hinwil vom 7. Oktober 2020:

(Urk. 14 = Urk. 19)

- "1. Die C._____ AG, D._____ -strasse ..., E._____, wird angewiesen, die vom Gesuchsgegner geschuldeten Unterhaltsbeiträge im Betrag von Fr. 3'601.–, zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen, **ab sofort** jeden Monat vom Lohn des Gesuchsgegners in Abzug zu bringen und direkt auf das Konto der Gesuchstellerin (IBAN Nr. 1) zu überweisen, unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfall.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden dem Gesuchsgegner auferlegt.
4. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'200.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Diese Entschädigung wird der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y2._____, direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhältliche

Parteientschädigung geht damit in vollem Umfang auf die Gerichtskasse über.

5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung in der Hauptsache, Beschwerde gegen die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge, Frist je 10 Tage; Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gemäss Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungsanträge:

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 18 S. 2):

" 1. Das Urteil der Vorinstanz vom 7. Oktober 2020 sei aufzuheben.

Prozessuale Anträge:

2. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren sowie ihm in der Person des Unterzeichneten einen unentgeltlichen Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Es sei die Vollstreckung aufzuschieben."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 29 S. 2):

- " 1. Es sei die Berufung des Berufungsklägers vollumfänglich abzuweisen und die Verfügung und das Urteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 7. Oktober 2020 betr. Schuldneranweisung zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten des Gesuchsgegners und Berufungsklägers, wobei eine der Gesuchstellerin zugesprochen Parteientschädigung mangels Uneinbringlichkeit auf die Gerichtskasse zu nehmen sei."

Erwägungen:

I.

(Prozessgeschichte)

1. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) wurde mit Eheschutzurteil vom 24. Juni 2020 des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil verpflichtet, der Gesuchstellerin und Berufungsbe-

klagten (fortan Gesuchstellerin) an den Unterhalt und die Erziehung des gemeinsamen Sohnes, F._____, für den Monat März 2020 einen Unterhaltsbeitrag von Fr. 558.– und ab 1. April 2020 monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 682.– zu bezahlen. Zusätzlich wurde er verpflichtet, der Gesuchstellerin monatlich einen persönlichen Unterhaltsbeitrag zu bezahlen. Dieser wurde für den Monat März 2020 auf Fr. 2'653.–, ab dem 1. April 2020 bis 30. September 2020 auf Fr. 3'128.– und ab 1. Oktober 2020 auf Fr. 2'919.– festgesetzt (Urk. 3/1 Dispositiv-Ziffern 5 und 6, S. 45).

Mit Eingabe vom 3. September 2020 reichte die Gesuchstellerin bei der Vorinstanz ein Begehren um Schuldneranweisung ein und stellte die eingangs aufgeführten Anträge (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann den Erwägungen des vorinstanzlichen Urteils entnommen werden (Urk. 19 S. 2). Am 7. Oktober 2020 erliess die Vorinstanz den eingangs wiedergegebenen Entscheid (Urk. 19). Darin wurde der Arbeitgeber des Gesuchsgegners zwar zur sofortigen Überweisung des Unterhaltsbeitrags auf das Konto der Gesuchstellerin angehalten; allerdings machte die Vorinstanz die Mitteilung ihres Entscheids vom Eintritt der Rechtskraft abhängig (Urk. 19 S. 8 f.).

2. Gegen das vorinstanzliche Urteil erhob der Gesuchsgegner mit Eingabe vom 19. Oktober 2020 rechtzeitig (vgl. Urk. 15 und 22) Berufung mit den zuvor zitierten Anträgen (Urk. 18). In der Folge wurde mit Beschluss vom 5. November 2020 auf das Gesuch des Gesuchsgegners, wonach der Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen sei, nicht eingetreten. Gleichzeitig wurden seine Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes abgewiesen und ihm wurde Frist zur Leistung eines Gerichtskostenvorschusses von Fr. 1'500.– angesetzt (Urk. 23). Der Kostenvorschuss ging innert erstreckter Frist ein (Urk. 24-27) und die Berufungsantwort der Gesuchstellerin datiert vom 17. Dezember 2020 (Urk. 29 und 29A). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-18).

II. (Prozessuale Vorbemerkungen)

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufungsinstanz verfügt über eine umfassende Überprüfungsbefugnis der Streitsache, d.h. über unbeschränkte Kognition bezüglich Tat- und Rechtsfragen, einschliesslich der Frage richtiger Ermessensausübung (BGer 5A_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). Ausserdem gelten für Zivilprozesse, welche Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten betreffen, die Untersuchungs- und Officialmaxime nach Art. 296 Abs. 1 und 3 ZPO uneingeschränkt (vgl. Art. 302 Abs. 1 lit. c ZPO; ZK ZPO-Schweighauser, Art. 302 N 8; Martina Patricia Steiner, Die Anweisung an die Schuldner, 2015, S. 240 f.). Infolgedessen können die Parteien im Berufungsverfahren auch dann neue Tatsachen und Beweismittel vorbringen, wenn die Voraussetzungen nach Art. 317 Abs. 1 ZPO nicht erfüllt sind (BGE 144 III 349 E. 4.2.1.). Da die Rüge- bzw. Begründungsobliegenheit im Berufungsverfahren aber ebenfalls im Bereich der Untersuchungsmaxime gilt, hat sich der Berufungskläger sachbezogen und im Einzelnen mit dem Entscheid der Vorinstanz auseinanderzusetzen und konkret aufzuzeigen, was am angefochtenen Urteil oder am Verfahren vor der Vorinstanz falsch gewesen sein soll. Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden. In diesem Rahmen ist insoweit auf die Parteivorbringen einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist (BGE 142 III 413 E. 2.2.4).

III. (Materielle Beurteilung der Berufung)

1. Ausgangslage

1.1. Die Vorinstanz wies die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners an, vom Lohn des Gesuchsgegners monatlich Fr. 3'601.– zuzüglich Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen in Abzug zu bringen und direkt auf das Konto der Gesuchstellerin zu überweisen (Urk. 19 Dispositiv-Ziffer 1, S. 8). Sie erwog hierzu, der Gesuchsgegner habe am 17. August 2020 und am 1. September 2020 Unter-

haltsbeiträge von je Fr. 2'500.– zuzüglich die Kinderzulagen vom 17. August 2020 an die Gesuchstellerin geleistet und damit jeweils Fr. 1'300.– zu wenig bezahlt. Das Betreibungsbegehren der Gesuchstellerin vom 13. August 2020 betreffend die Unterhaltsbeiträge für die Monate Juni bis August 2020 (Urk. 3/5) habe er unbeantwortet gelassen. Hieraus lasse sich herleiten, der Gesuchsgegner habe die Unterhaltsbeiträge für die Monate Juli und August 2020 sowie die Kinderzulagen gesamthaft nicht geleistet resp. weitergeleitet. Es sei deshalb schwer nachvollziehbar, dass ihm die notwendigen Mittel für die Unterhaltsbeiträge der Monate August und September 2020 gefehlt hätten. Weiter sei anzuzweifeln, der Gesuchsgegner werde künftig die Unterhaltsbeiträge stets pünktlich und vollständig bezahlen, bloss weil seine Arbeitgeberin ihm den anteilmässigen 13. Monatslohn vorzeitig bezahlen werde. Dass der Gesuchsgegner die Unterhaltsbeiträge für Oktober 2020 rechtzeitig und vollständig bezahlt habe, ändere daran nichts. Das Motiv für die (teilweise) Zahlungsverweigerung sei in seiner WhatsApp-Nachricht an die Gesuchstellerin vom 17. August 2020 zu suchen (Urk. 3/4), in welcher der Gesuchsgegner sein Vorgehen damit begründe, sein Sohn besuche ihn nicht. Bei dieser Sachlage müsse die Gesuchstellerin damit rechnen, dass der Gesuchsgegner auch künftig die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge – in rechtlich unzulässiger Weise – mit dem Besuchsrecht verknüpfe und die Höhe sowie den Zeitpunkt der Unterhaltszahlungen nach Gutdünken selbst bestimmen werde (Urk. 19 S. 4 f.).

1.2. Die Anweisung an den Schuldner nach Art. 177 sowie Art. 291 ZGB ist eine besondere privilegierte Zwangsvollstreckungsmassnahme (BGE 110 II 9 E. 1e). Vorausgesetzt werden hierfür ein Unterhaltstitel sowie eine erhebliche Vernachlässigung der sich aus dem Unterhaltstitel ergebenden Unterhaltspflichten (BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Art. 291 N 4). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Anweisung für den im Unterhaltstitel festgesetzten Betrag grundsätzlich auszusprechen, ohne dass sich das Anweisungsgericht mit dem Sachverhalt und den rechtlichen Themen des Unterhaltstitels erneut zu befassen hat (BGer 5A_791/2012 vom 18. Januar 2013, E. 3; 5A_578/2011 vom 11. Januar 2012, E. 2.1). Gleichwohl dürfen die grundlegenden Persönlichkeitsrechte des Unterhaltsschuldners nicht verletzt werden (BGE 110 II 9 E. 4b). Hat

sich die finanzielle Lage des Unterhaltsschuldners seit Erlass des Unterhaltstitels in einer Weise verschlechtert, dass die Anweisung in sein Existenzminimum eingreifen würde, hat das Anweisungsgericht die Grundsätze über die Festsetzung des betriebsrechtlichen Existenzminimums bei der Lohnpfändung sinngemäss anzuwenden und dem Unterhaltsschuldner ist ein entsprechender Notbedarf zu belassen (BGer 5A_791/2012 vom 18. Januar 2013, E. 3; 5A_578/2011 vom 11. Januar 2012, E. 2.1; 5P.85/2006 vom 5. April 2006, E. 2; 5P.138/2004 vom 3. Mai 2004, E. 5.3; Roger Weber, Anweisung an die Schuldner, Sicherstellung der Unterhaltsforderung und Verfügungsbeschränkung, AJP 2002 235, 239; Steiner, a.a.O., S. 100). Hinzu kommt, dass das Gebot der Verhältnismässigkeit zu wahren ist. Dabei hat das Gericht zu prüfen, ob sich im Einzelfall die Anordnung der Anweisung angesichts des konkreten Lebenssachverhalts rechtfertigt (Steiner, a.a.O., S. 51). Einzelne verspätete Überweisungen des monatlichen Unterhaltsbeitrags genügen in der Regel nicht für die Schuldneranweisung, ebenso wenig die vereinzelt gebliebene unterlassene Zahlung. Vielmehr muss der Schuldner ein Verhalten an den Tag gelegt haben, das den Rückschluss zulässt, er werde seiner Unterhaltspflicht inskünftig nicht oder zumindest nur unregelmässig nachkommen (BGE 145 III 255 E. 5.5.2 S. 264; BGer 5A_173/2014 vom 6. Juni 2014, E. 9.3; BSK ZGB I-Fountoulakis/Breitschmid/Kamp, Art. 291 N 4; Steiner, a.a.O., S. 72 f.).

1.3. Der Gesuchsgegner bestreitet im Anweisungsverfahren weder seine Pflicht zur Leistung der mit Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 24. Juni 2020 festgesetzten Unterhaltsbeiträge (Urk. 3/1 S. 45) noch, dass er dieser Pflicht bis Ende September 2020 nicht vollumfänglich nachgekommen sei. Die Schuldneranweisung stelle aber einen erheblichen Eingriff in sein Rechtsverhältnis mit seiner Arbeitgeberin dar und dürfe nur angeordnet werden, wenn aufgrund der Umstände eindeutig davon auszugehen sei, dass er auch in Zukunft seiner Unterhaltspflicht nicht gehörig nachkommen werde. Dies sei vorliegend nicht der Fall (Urk. 18 S. 6). Strittig ist die zukünftige Pflichterfüllung des Gesuchsgegners mit hin die Verhältnismässigkeit der Schuldneranweisung. Hierzu macht der Gesuchsgegner geltend, er habe jeweils so viel an Unterhaltszahlungen geleistet, wie es ihm unter Berücksichtigung seines vom Eheschutzgericht festgesetzten

Existenzminimums möglich gewesen sei. Die Verletzung seiner Unterhaltspflicht sei daher nicht auf mangelnden Zahlungswillen, sondern auf mangelnde Zahlungsmöglichkeit zurückzuführen. Da er mit seiner Arbeitgeberin im September 2020 vereinbart habe, dass ihm der 13. Monatslohn anteilmässig ausbezahlt werde, könne er Gewähr bieten, die geschuldeten Unterhaltsbeiträge auch inskünftig zu bezahlen, wie er es bereits für die im Oktober 2020 geschuldeten Unterhaltsbeiträge getan habe (Urk. 12 S. 3 f.; Urk. 18 S. 4 und 6).

2. Zahlungsfähigkeit/Zahlungswille

2.1. Der Gesuchsgegner bringt vor, die Vorinstanz sei gestützt auf das von der Gesuchstellerin eingereichte und von ihm nicht kommentierte Betreibungsbegehren vom 13. August 2020 (Urk. 3/5) zum Schluss gekommen, er habe in den Monaten Juli und August 2020 keine Unterhaltszahlungen geleistet. Diese treffe nicht zu. Hierzu verweist er auf die von ihm erstellte und erstmalig im Berufungsverfahren eingereichte Auflistung der erfolgten Unterhaltszahlungen von Februar bis September 2020 (Urk. 21/1). Entsprechend treffe auch die vorinstanzliche Erwägung nicht zu, wonach er aufgrund der unterlassenen Zahlungen in den Monaten Juli und August 2020 hinreichend Mittel gehabt habe, um die kommenden Unterhaltszahlungen vollumfänglich zu leisten (Urk. 18 S. 3 f.). Die Gesuchstellerin hält dem entgegen, der Gesuchsgegner habe die Unterhaltsbeiträge teils unvollständig und teils nicht bezahlt (Urk. 29 S. 3). Zur Zahlungsaufstellung, die der Gesuchsgegner erstellte (Urk. 21/1), äusserte sie sich nicht, weshalb in Ermangelung gegenteiliger Behauptungen, darauf abzustellen ist.

2.2. Gemäss dem Eheschutzurteil des Bezirksgerichts Hinwil vom 24. Juni 2020 hätte der Gesuchsgegner in der Zeit zwischen dem 1. März 2020 bis zum 31. Oktober 2020 Unterhaltsbeiträge und Kinderzulagen an die Gesuchstellerin von Fr. 33'672.– (Unterhaltsbeiträge für F._____ von Fr. 5'332.– [Fr. 558.– + 7 x Fr. 682.–] und Unterhaltsbeiträge für die Gesuchstellerin von Fr. 24'340.– [Fr. 2'653.– + 6 x Fr. 3'128.– + Fr. 2'919.–] sowie Kinderzulagen von Fr. 4'000.– [8 x 2 x Fr. 250.–]) leisten müssen. Der Gesuchsgegner leistete nach seiner Darstellung aber nur Fr. 24'101.– (6 x Fr. 3'000.– + Fr. 2'000.– + Fr. 4'101.–; Urk. 21/1; Urk. 13/3). Ausgehend von seinem monatlichen Nettolohn von

Fr. 6'809.– (inkl. Kinderzulagen von Fr. 500.–; Urk. 3/1 S. 25; Urk. 13/1) standen dem Gesuchsgegner in den Monaten April bis September 2020 nach Abzug seines Existenzminimums von Fr. 3'651.– resp. Fr. 4'273.– im März 2020 (Urk. 3/1 S. 32 f. und 46) monatlich Fr. 3'158.– zur Abgeltung seiner Unterhaltspflicht zu Verfügung. Im Monat März 2020 waren es Fr. 2'536.– (Fr. 6'809.– ./ Fr. 4'273.–) und im Oktober 2020 Fr. 8'783.– (Fr. 6'809.– + Fr. 5'625.– ./ Fr. 3'651.–; Urk. 13/1). Gesamthaft ergibt dies einen Betrag von Fr. 30'267.– (6 x Fr. 3'158.– + Fr. 2'536.– + Fr. 8'783.–).

2.3. Demnach kam der Gesuchsgegner in der Zeit zwischen März und Oktober 2020 seiner Unterhaltspflicht gegenüber der Gesuchstellerin und dem gemeinsamen Sohn, F._____, im Umfang von Fr. 9'571.– (Fr. 33'672.– ./ Fr. 24'101.–) nicht nach. Entgegen seinen Einwendungen kam er aber auch unter Berücksichtigung seiner effektiven Leistungsfähigkeit seiner Unterhaltspflicht nicht vollumfänglich nach, sondern leistete Fr. 6'166.– (Fr. 30'267.– ./ Fr. 24'101.–) zu wenig. Hiervon entfallen Fr. 5'625.– auf den vorzeitig anteilmässig ausbezahlten 13. Monatslohn. Wird aber allein auf die Zeit nach der Festsetzung der Unterhaltsbeiträge durch das Eheschutzurteil vom 24. Juni 2020 und damit auf die Monate Juli bis Oktober 2020 abgestellt, so fällt die Pflichtverletzung des Gesuchsgegners deutlich geringer aus. In den Monaten Juli bis September 2020 erfüllte der Gesuchsgegner seine Unterhaltspflicht im Umfang von Fr. 3'930.– (3 x Fr. 682.– + 3 x Fr. 3'128.– + 3 x 2 x Fr. 250.– ./ 3 x Fr. 3'000.–) resp. unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit im Betrag von Fr. 474.– (3 x Fr. 3'158.– ./ 3 x Fr. 3'000.–) nicht. Dies entspricht einem monatlichen Betrag von Fr. 1'310.– resp. Fr. 158.–. Dass der Gesuchsgegner über zusätzliches Vermögen verfügt oder verfügte, mit welchem er die Differenz zwischen seinem erzielten Einkommen und seinen Unterhaltsverpflichtungen hätte auffangen können, wurde nicht geltend gemacht (Urk. 29 S. 5) und ist auch den Akten nicht zu entnehmen.

2.4. Nach dem Gesagten erscheint es glaubhaft, der Gesuchsgegner habe seine Zahlungen eingeschränkt, weil ihm hierfür die effektiven Mittel fehlten resp. er keinen Eingriff in sein Existenzminimum hinnehmen wollte. Demgegenüber kann

der Erwägung der Vorinstanz, wonach das Motiv für die Verletzung der Unterhaltspflicht in der WhatsApp-Nachricht des Gesuchsgegners vom 17. August 2020 (Urk. 3/4) zu suchen sei, nicht gefolgt werden. Entgegen seiner Ankündigung stellte er die Zahlungen nicht ein. Ebenso wenig kann für die Prognose der zukünftigen Zahlungsmoral des Gesuchsgegners Entscheidendes aus der besagten WhatsApp-Nachricht hergeleitet werden. Dementsprechend ist der Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Gesuchstellerin müsse bei dieser Sachlage damit rechnen, dass der Gesuchsgegner auch künftig die Bezahlung der Unterhaltsbeiträge mit dem Besuchsrecht verknüpfen und den Zeitpunkt der Unterhaltszahlungen nach Gutdünken selbst bestimmen werde, nicht zuzustimmen. Anzuführen ist, dass der Gesuchsgegner eingesteht, er habe damals eine rechtlich unzulässige Formulierung verwendet (Urk. 18 S. 5).

3. Verhältnismässigkeit

3.1. Die Schuldneranweisung setzt kein Verschulden des Unterhaltsschuldners voraus. Trotz vorangehender Pflichtverletzung handelt es sich auch nicht um eine Strafmassnahme. Vielmehr sollen die Unterhaltsleistungen zukünftig sichergestellt werden. Sofern die Voraussetzungen für die Schuldneranweisung erfüllt sind, kann das Gericht diese anordnen (Art. 177 und 291 ZGB). Somit wurde die Schuldneranweisung ins Ermessen des Gerichts gelegt, welches seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit unter Würdigung der Interessenslagen im Einzelfall sowie anhand objektiver und nachvollziehbarer Kriterien zu treffen hat (Steiner, a.a.O., S. 59 f. und 72 m.w.H.).

3.2. Die unvollständige Erfüllung seiner Unterhaltspflicht spricht zwar nicht dafür, dass der Gesuchsgegner zukünftig die Unterhaltsbeiträge stets pünktlich und vollständig zahlen wird, insbesondere da er auch unter Ausklammerung des 13. Monatslohns und Berücksichtigung seines Existenzminimums pro Monat zusätzliche Fr. 158.– an Unterhaltsbeiträgen hätte bezahlen können. Auch gelangte der Gesuchsgegner erst nach Einleitung des Anweisungsverfahrens an seine Arbeitgeberin, um eine Regelung zur vorzeitigen Auszahlung des 13. Monatslohns zu treffen (vgl. Urk. 13/2). Indessen zeigte der Gesuchsgegner für den Oktober 2020 auf, dass es mit besagter Regelung möglich und er auch gewillt ist, die ge-

richtlich festgelegten Unterhaltsbeiträge rechtzeitig und vollständig zu leisten. Weitere Eingabe der Gesuchstellerin, die den Schluss zuliessen, der Gesuchsgegner sei seiner Unterhaltspflicht seit Oktober 2020 nicht rechtzeitig und vollumfänglich nachgekommen, erfolgten nicht. Ausserdem ist inskünftig nicht davon auszugehen, der Gesuchsgegner verknüpfe die Unterhaltszahlungen mit der Gewährung des Besuchsrechts. Stattdessen erscheint es glaubhaft, seine Pflichtverletzung sei Folge seiner damaligen fehlenden Leistungsfähigkeit. Der Gesuchsgegner rügte vor Vorinstanz zwar, im Eheschutzurteil sei der ökonomischen Realität, wonach der 13. Monatslohn erst am Ende des Jahres ausbezahlt werde, nicht genügend Rechnung getragen worden. Seine Unterhaltspflicht bestritt er aber nicht. Dank der Regelung mit seiner Arbeitgeberin vermag er nun dieser nachzukommen und verfügt nach Abzug seines Existenzminimums über einen Überschuss von Fr. 182.– (Fr. 6'809.– + Fr. 625.– ./ Fr. 682.– ./ Fr. 2'919.– ./ Fr. 3'651.–). Damit stehen ihm für seinen monatlichen Bedarf effektiv in etwa die gleichen finanziellen Mittel zur Verfügung (Fr. 3'651.– + Fr. 182.–) wie vor der Regelung mit seiner Arbeitgeberin (Fr. 3'651.– + Fr. 158.–). Es erscheint daher glaubhaft, dass der Gesuchsgegner die Beträge nach Abschluss des Verfahrens weiterhin fristgemäss und vollständig bezahlen wird.

3.3. Zwar weist die Gesuchstellerin darauf hin, die vom Gesuchsgegner mit der Arbeitgeberin getroffene Regelung sei einmal bis Ende Jahr befristet, weshalb sie möglicherweise im neuen Jahr nicht mehr gelte (Urk. 29 S. 4 Rz 11, Urk. 13/2). Allerdings lässt sich aus der E-Mail vom 19. Oktober 2020 nicht ableiten, die Arbeitgeberin sei ab 2021 nicht mehr gewillt, auf die finanzielle Notlage des Gesuchsgegners Rücksicht zu nehmen (Urk. 13/2: "Dann können wir weiter schauen."; vgl. auch zur Pflicht des Arbeitgebers zur Vorschussleistung und insb. auch zum 13. Monatslohn: Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Art. 323 OR N 6 f.).

3.4. Unter den gegebenen Umständen erscheint eine Anweisung an die Arbeitgeberin des Gesuchsgegners unverhältnismässig, weshalb es sich rechtfertigt, davon abzusehen. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 7. Oktober 2020 ist nach dem Gesagten aufzuheben

und das Gesuch der Gesuchstellerin um Anweisung der Arbeitgeberin des Gesuchsgegners i.S.v. Art. 177 ZGB abzuweisen.

IV.

(Kosten- und Entschädigungsfolgen)

1. Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Entsprechend ist abschliessend über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens zu befinden.

2. Die Höhe der Gerichtskosten von Fr. 1'000.– für das vorinstanzliche Verfahren wurde nicht in Frage gestellt und ist angemessen, weshalb Dispositiv-Ziffer 2 des vorinstanzlichen Urteils zu bestätigen ist. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.– festzusetzen.

3. In der Regel werden die Gerichtskosten nach dem Ausmass des Unterliegens auferlegt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). War eine Partei aber in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst, kann das Gericht von dieser Regel abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO). Dies gilt auch in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Gesuchstellerin unterliegt zwar vollumfänglich mit ihrem Gesuch um Schuldneranweisung. Der Gesuchsgegner leistete aber während mehreren Monaten die geschuldeten Unterhaltsbeiträge nicht vollständig (E. III.2.3.). Auch beglich er die rückständigen Unterhaltsbeiträge nicht (Urk. 21/1). Die Regelung mit seiner Arbeitgeberin zur vorzeitigen anteilmässigen Auszahlung des 13. Monatslohns strebte er erst während dem laufenden Verfahren an (Urk. 1; Urk. 13/2). Zudem reichte er erst im Berufungsverfahren aussagekräftigere Zahlungsnachweise ein (Urk. 21/1 gegenüber Urk. 13/3), aus denen auf seine Zahlungsmoral geschlossen und eine positive Prognose gestellt werden konnte. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, den Parteien die Kosten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren je zur Hälfte aufzuerlegen. Dementsprechend sind auch keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

3.1. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind mit dem Vorschuss des Gesuchsgegners zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Die Gesuchstellerin ist entsprechend der Kostenverteilung zum Ersatz desselben im Umfang von Fr. 750.– für die zweitinstanzlichen Gerichtskosten zu verpflichten (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

3.2. Die der Gesuchstellerin auferlegten Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren von Fr. 500.– (Fr. 1'000.– / 2) sind zufolge der ihr vor Vorinstanz gewährten unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 4) einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen und sie ist auf das Nachforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen. Der Gesuchsgegner hat Beschwerde gegen die Abweisung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege durch die Vorinstanz (Urk. 19 S. 8) erhoben (Verfahren mit der Geschäfts-Nr. RD200001). Diese Beschwerde wurde mit heutigem Datum abgewiesen.

4. Beide Parteien stellten für das Berufungsverfahren zudem Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung (Urk. 18 S. 2; Urk. 29 S. 2). Diejenigen des Gesuchsgegners wurden mit Beschluss vom 5. November 2020 abgewiesen (Urk. 23 S. 4), weshalb nur noch über die Gesuche der Gesuchstellerin zu entscheiden ist.

4.1. Die Gesuchstellerin bringt zur Begründung ihrer Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung vor, sie sei als juristische Laiin nicht in der Lage, das Berufungsverfahren selbständig zu führen, weshalb sie auf juristischen Beistand angewiesen sei. Ihr Begehren sei nicht aussichtslos und ihre Verhältnisse hätten sich seit Erlass des vorinstanzlichen Urteils vom 7. Oktober 2020 nicht verändert. Seit 1. August 2020 verfüge sie lediglich noch über die IV-Rente von total Fr. 1'994.–. Damit könne sie nicht einmal die Grundbeträge für sich und die Kinder decken. Auch über Vermögen verfüge sie nicht. Da der Gesuchsgegner ebenfalls nicht über Vermögen verfüge und mittlerweile erhebliche Unterhaltsschulden aufgelaufen seien, müsse davon ausgegangen werden, dass die Parteientschädigung voraussichtlich nicht einbringlich sei, weshalb sie darum ersuche, dass ihre Rechtsvertreterin i.S.v. Art. 122 Abs. 2 ZPO direkt vom Kanton entschädigt werde (Urk. 29 S. 5).

4.2. Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege hat, wer nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und wessen Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Wer einen entsprechenden Antrag stellt, hat seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse darzulegen und sich zur Sache sowie über die Beweismittel zu äussern (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Die gesuchstellende Partei trifft eine umfassende Mitwirkungsobliegenheit (BGer 4A_270/2017 vom 1. September 2017, E. 4.2; BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3). Insofern gilt im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege ein durch die Mitwirkungspflicht eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz (BGer 4A_274/2016 vom 19. Oktober 2016, E. 2.3; BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3). Das Gericht hat den Sachverhalt aber immerhin dort weiter abzuklären, wo Unsicherheiten und Unklarheiten bestehen, und es hat allenfalls unbeholfene Rechtsuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt. Bei einer anwaltlich vertretenen Partei ist das Gericht nach Art. 97 ZPO aber nicht verpflichtet, eine Nachfrist anzusetzen, um ein unvollständiges oder unklares Gesuch zu verbessern. Wenn die anwaltlich vertretene Partei ihren Obliegenheiten nicht (genügend) nachkommt, kann das Gesuch mangels ausreichender Substantiierung oder mangels Bedürftigkeitsnachweises abgewiesen werden (BGer 5A_300/2019 vom 23. Juli 2019, E. 2.1; BGer 5A_374/2019 vom 22. November 2019, E. 2.3). Um zu prüfen, ob das Gesuch ausreichend substantiiert und die Prozessarmut ausreichend belegt ist, muss sich die Behörde indessen mit den Vorbringen und eingereichten Beweismitteln auseinandersetzen. Wirkt die antragstellende Partei nicht genügend mit, darf dies folglich nicht per se zur Abweisung ihres Gesuchs führen (siehe BGE 125 IV 161 E. 4b, wo das Bundesgericht die unentgeltliche Rechtspflege trotz unvollständig eingereicherter Belege gewährte). Grundsätzlich obliegt es der gesuchstellenden Partei, für jedes Verfahren und für jede Instanz erneut ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu stellen und darzulegen, dass die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Da dies aber nicht zur Schikane verkommen darf, wird der Verweis auf bestimmte bezeichnete in einem anderen Verfahren oder bei einer anderen Instanz vorgelegte Akten in der Regel als ausreichend angesehen. Pauschale und lapidar gehaltene Floskeln auf frühe-

re Verfahren vermögen demgegenüber nicht zu genügen (vgl. ZR 111 [2012] Nr. 41 E. 4.2).

4.3. Am 7. Oktober 2020 schrieb die Vorinstanz das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege, soweit es die Gerichtskosten betraf, aufgrund ihres damaligen Obsiegens als gegenstandslos ab. Weiter äusserte sie sich nicht dazu (Urk. 19 S. 6 und 8). Bewilligt wurde die unentgeltliche Rechtspflege der Gesuchstellerin von der Vorinstanz mit Verfügung vom 7. September 2020. Dabei wurde allein erwogen, die Mittellosigkeit der Gesuchstellerin sei ausgewiesen (Urk. 4 S. 2). Konkrete Angaben zu den finanziellen Verhältnissen der Gesuchstellerin lassen sich somit den Erwägungen der Vorinstanz nicht entnehmen. Die Vertreterin der Gesuchstellerin machte es sich zudem mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege vom 3. September 2020 gegenüber der Vorinstanz auch einfach, indem sie lediglich festhielt, die finanziellen Verhältnisse der Gesuchstellerin hätten sich seit Erlass des Eheschutzurteils vom 24. Juni 2020 nicht verändert. Weitere Ausführungen zu den Voraussetzungen nach Art. 117 ZPO erfolgten gleich wie im vorliegenden Verfahren nicht (Urk. 1 S. 5). Dem besagten Eheschutzurteil vom 24. Juni 2020 ist wiederum zu entnehmen, die im Recht liegenden Unterlagen, die Ausführungen der Parteien und die vom Eheschutzgericht festgehaltenen Erkenntnisse erlaubten einen hinreichenden Einblick in die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Parteien. Obschon seit April 2020 ein geringer Überschuss anfalle, lasse sich der Schluss ziehen, beide Parteien seien nicht imstande, die Prozesskosten zu bezahlen. Ein nennenswertes Vermögen sei gemäss den vorliegenden Unterlagen nicht vorhanden (Urk. 3/1 S. 42). Auf welche Unterlagen, Parteiausführungen und Erkenntnisse sich das Eheschutzgericht stützte, als es den Parteien am 24. Juni 2020 die unentgeltliche Rechtspflege gewährte, ist den Erwägungen nicht zu entnehmen und es ist nicht Aufgabe des Gerichts, von Amtes wegen darüber noch weitere Nachforschungen anzustellen. Hinzu kommt, dass die Gesuchstellerin Kenntnis von der Praxis der Kammer hatte, wonach ein pauschaler Verweis auf das erstinstanzliche Verfahren nicht ausreicht, um die Mittellosigkeit i.S.v. Art. 117 ZPO auszuweisen. Schliesslich wurde mit Beschluss der Kammer vom 5. November 2020 das Gesuch des Gesuchsgegners um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Berufungsver-

fahren mit exakt dieser Begründung abgewiesen und der Gesuchstellerin hierüber Mitteilung gemacht (Urk. 23 S. 3 f.; mit angeheftetem Zustellungsnachweis).

4.4. Demnach stellt die Gesuchstellerin zum Nachweis ihrer Mittellosigkeit im Berufungsverfahren lediglich ihre IV-Rente den Grundbeträgen für sich und die beiden Kindern gegenüber. Zu ihren weiteren Einnahmen, z.B. den Unterhaltsbeiträgen, oder zu ihren weiteren Ausgaben äussert sie sich nicht, sondern verweist auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt des vorinstanzlichen Urteils. Diesem kann aber nichts zu den finanziellen Verhältnissen der Gesuchstellerin entnommen werden. Dem Eheschutzurteil vom 24. Juni 2020 ist zudem zu entnehmen, dass die Parteien über einen Überschuss verfügten. Zu diesem äusserte sich die Gesuchstellerin vorliegend ebenfalls nicht. Damit kommt die Gesuchstellerin ihrer Mitwirkungspflicht, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und soweit möglich zu belegen, nicht nach (Art. 119 Abs. 2 ZPO). Mangels eines ausreichend substantiierten Bedürftigkeitsnachweises sind ihre Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltliche Rechtsverbeiständung abzuweisen.

4.5. Damit wird aber auch das Gesuch der Gesuchstellerin um Zusprechung der staatlichen Ausfallhaftung nach Art. 122 Abs. 2 ZPO gegenstandslos. Schliesslich ist ihr weder eine Parteientschädigung zuzusprechen noch die unentgeltliche Rechtsverbeiständung zu gewähren.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (einschliesslich unentgeltliche Rechtsvertretung) für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Hinwil vom 7. Oktober 2020 (Geschäfts-Nr. E200005-E) aufgehoben und das Gesuch der Gesuchstellerin um Schuldneranweisung abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Gesuchstellerin wird einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Gesuchstellerin wird auf die Nachzahlungspflicht hingewiesen (Art. 123 ZPO).
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Gesuchsgegner geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– verrechnet.

Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 750.– zu ersetzen.

6. Für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Gesuchsgegner unter Beilage einer Kopie von Urk. 29 und 30/1, sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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 Be-

schwerde 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.

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, 20. Januar 2021

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. O. Hug

versandt am:
ip