

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LD220005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender, Oberrichter  
Dr. M. Kriech und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler  
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

## **Beschluss vom 3. August 2022**

in Sachen

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

Gesuchsgegner und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X.\_\_\_\_\_,

gegen

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

Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y1.\_\_\_\_\_,

betreffend **Anweisung an den Schuldner**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren  
am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. April 2022 (EF220001-L)**

**Rechtsbegehren:**

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Der jeweilige Arbeitgeber des Gesuchsgegners, derzeit das Restaurant C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_-gasse ..., ... Zürich, sei unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfalle anzuweisen, ab sofort und bis und mit der Auszahlung des Lohnes für den Monat Juli 2022 vom Lohn des Gesuchsgegners Fr. 1'383.95 (indexierter Kinderunterhalt E.\_\_\_\_ Fr. 809.00 + nahehehlicher Unterhalt Fr. 574.95) monatlich sowie ab dem Augustlohn vom Lohn des Gesuchsgegners Fr. 1'586.95 monatlich (indexierter Kinderunterhalt E.\_\_\_\_ Fr. 1012.00 + nahehehlicher Unterhalt Fr. 574.95) zuzüglich die ihm ausbezahlten Familienzulagen (derzeit Fr. 200.00 / Monat) zuhanden der Gesuchstellerin auf deren Bankkonto bei der Migros Bank (IBAN: CH1) lautend auf B.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_-str. ..., ... Zürich, zu überweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MwSt. zulasten des Gesuchsgegners."

**Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. April 2022:**

1. Das Restaurant C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_-gasse ..., ... Zürich, wird angewiesen, die vom Gesuchsgegner geschuldeten Unterhaltsbeiträge
  - bis 31. August 2022 im Betrag von insgesamt **CHF 1'383.95** im Monat und
  - ab 1. September 2022 im Betrag von insgesamt **CHF 1'586.95** im Monat,jeweils zuzüglich dem Gesuchsgegner ausbezahlte Familien-, Kinder- und/oder Ausbildungszulagen (derzeit CHF 200.–), **ab sofort** jeden Monat vom Lohn des Gesuchsgegners in Abzug zu bringen und direkt auf das auf den Namen der Gesuchstellerin B.\_\_\_\_\_ lautende Konto bei der Migros Bank (IBAN CH1) zu überweisen, **unter Androhung doppelter Zahlungspflicht im Unterlassungsfall.**
2. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf CHF 800.– und dem Gesuchsgegner auferlegt.

3. Der Gesuchsgegner wird verpflichtet, der unentgeltlichen Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin, Rechtsanwältin lic. iur. Y2.\_\_\_\_\_, eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 1'500.– (inkl. Barauslagen und 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an
  - die Gesuchstellerin gegen Empfangsschein,
  - den Gesuchsgegner unter Beilage der Doppel der act. 1 - 3/2-15 und act. 9 + 10/1-14 als Gerichtskurkunde,sowie nach Eintritt der Rechtskraft an
  - das Restaurant C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_-gasse ..., ... Zürich, im Auszug gemäss Dispositivziffer 1,
  - die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich und
  - das Migrationsamt des Kantons Zürich
5. (Rechtsmittelbelehrung)

#### **Berufungsanträge:**

des Gesuchsgegners und Berufungsklägers (Urk. 21 S. 3):

- "1. Der Entscheid des Bezirksgerichts Zürich sei aufzuheben und die Streitsache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der Berufungskläger persönlich anzuhören und der Entscheid des Bezirksgerichts sei aufzuheben.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Prozessuale Anträge:

- "3. Der Berufung sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Es sei dem Berufungskläger die unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zu gewähren und der Unterzeichnete sei als Rechtsbeistand einzusetzen."

der Gesuchstellerin und Berufungsbeklagten (Urk. 33 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MwSt. zulasten Berufungsklägers/Gesuchsgegners."

Prozessualer Antrag (Urk. 28 S. 1):

"1. Der Gesuchstellerin / Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und ihr in der Person des Unterzeichneten ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

**Erwägungen:**

**I.**

1. Die Parteien wurden mit Urteil des Einzelgerichts am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom tt.mm.2020 geschieden. Der Beklagte und heutige Gesuchsgegner wurde verpflichtet, an den Barunterhalt von Tochter E. \_\_\_\_\_ monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 800.– bis 31. August 2022 und von Fr. 1'000.– ab 1. September 2022 sowie einen persönlichen Unterhaltsbeitrag von (mindestens) monatlich Fr. 400.– an die Klägerin und heutige Gesuchstellerin zu bezahlen, vorbehalten allfällige Kurzarbeit (Urk. 3/2 Dispositiv-Ziffer 4/4, 4/5).
2. Am 22. Februar 2022 stellte die Gesuchstellerin und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchstellerin) bei der Vorinstanz ein Gesuch um Schuldneranweisung (Urk. 1). Der weitere Prozessverlauf kann dem angefochtenen Urteil entnommen werden (Urk. 22 S. 2 f.) bzw. es ist auf Erw. II.4 nachstehend zu verweisen. Mit Urteil vom 13. April 2022 erliess die Vorinstanz die ersuchte Anweisung (Urk. 22 S. 7 f.; Dispositiv eingangs wiedergegeben).
3. Der Gesuchsgegner und Berufungskläger (fortan Gesuchsgegner) erhob mit Eingabe vom 27. April 2022 Berufung mit den erwähnten Anträgen (Urk. 21). Mit Präsidialverfügung vom 28. April 2022 wurde auf das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung nicht eingetreten (Urk. 27 S. 4). Am 2. Mai 2022 zeigte die Gesuchstellerin die Vertretung durch Rechtsanwalt MLaw Y1. \_\_\_\_\_ an und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 28). Die Berufungsantwort datiert vom 17. Mai 2022 und wurde mit Verfügung vom 23. Mai 2022 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 33, 34). Weitere Eingaben sind nicht erfolgt.

## II.

1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als auch die 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; vgl. BGer 5A\_184/2013 vom 26. April 2013, E. 3.1). In der Berufungsschrift (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 (vgl. BGE 138 III 374 E. 4.3.1; BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3.2; BGer 5A\_751/2014 vom 28. Mai 2015, E. 2.1). Die Berufungsinstanz 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.w.H.). 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). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachte Argumentation oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sondern kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (ZK ZPO-Reetz/Theiler, Art. 310 N 6).

2. Für Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten – wie sie vorliegend zu beurteilen sind – statuiert Art. 296 ZPO den Untersuchungs- und Officialgrundsatz, weshalb das Gericht in diesem Bereich den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht und ohne Bindung an die Parteianträge entscheidet. In Verfahren, welche der umfassenden Untersuchungsmaxime unterstehen, können die Parteien zudem im Berufungsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel unbeschränkt vorbringen. Die Bestimmung von Art. 317 Abs. 1 ZPO kommt in diesen Verfahren nicht zum Tragen (BGE 144 III 349 E. 4.2.1).

3. Der Gesuchsgegner beantragt im Hauptstandpunkt die Aufhebung des Urteils und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung. Die Berufung ist

ein vollkommenes und reformatorisches Rechtsmittel, weshalb der Berufungskläger für die Durchsetzung seiner Forderung ein (reformatorisches) Begehren in der Sache stellen muss, das im Falle der Gutheissung unverändert zum Urteil erhoben werden kann. Da die kantonale Berufungsinstanz wie ausgeführt volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat, genügt es in der Regel nicht, lediglich die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und dessen Rückweisung an die Vorinstanz zu verlangen, sondern es muss ein Antrag in der Sache gestellt werden, und zwar grundsätzlich im Rechtsbegehren selber und nicht bloss in der Begründung (BGE 133 III 489 E. 3.1; Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 34 m.w.H.; Seiler, Die Berufung nach ZPO, 2013, N 877). Ein blosser Aufhebungsantrag, verbunden mit einem Rückweisungsantrag, aber ohne Antrag zur Sache, kommt lediglich dann in Frage, wenn die Rechtsmittelinstanz wegen fehlender Spruchreife nur kassatorisch entscheiden kann (Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO; vgl. Hungerbühler/Bucher, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 20 m.H.).

Dies ist vorliegend der Fall. Die Vorinstanz fällte ein Säumnisurteil. Kommt die Berufungsinstanz zum Schluss, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf unentschuldigtes Nichterscheinen geschlossen hat, muss eine Gutheissung der Berufung mangels Spruchreife zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen (Art. 327 Abs. 3 ZPO). Auf die Berufung ist daher einzutreten.

4. Die Vorinstanz erwog, der Gesuchsgegner habe unmittelbar vor der Verhandlung am 5. April 2022 telefonisch mitgeteilt, er sei krank und könne nicht erscheinen. Das von ihm angeforderte ärztliche Zeugnis habe der Gesuchsgegner gleichentags per E-Mail eingereicht. Da lediglich eine eintägige Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei, sei der Gesuchsgegner aufgefordert worden, ein Zeugnis nachzureichen, welches seine Verhandlungsunfähigkeit bescheinige. Mit Schreiben vom 11. April 2022 habe der Gesuchsgegner erneut das Arztzeugnis vom 5. April 2022 eingereicht, welches lediglich seine Arbeitsunfähigkeit bestätige. Überdies habe er geltend gemacht, er sei an einer sehr starken Magen-Darm-Grippe erkrankt gewesen und habe aufgrund deren Symptome nicht an der Verhandlung teilnehmen können. Er habe - so die Vorinstanz - es jedoch unterlassen, das von ihm angeforderte ärztliche Zeugnis betreffend seine Verhandlungsunfä-

higkeit am 5. April 2022 nachzureichen. Und er habe auch nicht dargelegt, weshalb ihm das Einreichen eines solchen spezifizierten Attests nicht möglich gewesen wäre. Deshalb sei davon auszugehen, dass der Gesuchsgegner der Verhandlung vom 5. April 2022 unentschuldigt ferngeblieben sei (Urk. 22 S. 2 f.).

5. Der Gesuchsgegner rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und macht überspitzten Formalismus geltend. Die E-Mail der Vorinstanz vom 6. April 2022, in dem ausdrücklich ein Zeugnis verlangt worden sei, das die Verhandlungsunfähigkeit bestätige, enthalte keine Frist und keine Androhung von Säumnisfolgen, sondern die Vorinstanz habe damit einen informellen Kommunikationskanal eröffnet. Die Säumnis, ein Verhandlungsunfähigkeitszeugnis einzureichen, sei nicht dem Unwillen oder der Unmöglichkeit der Beibringung eines solchen Arztzeugnisses geschuldet, sondern darauf zurückzuführen, dass der Gesuchsgegner nicht "behördenerprobt" sei und über kein präzises deutsches Vokabular verfüge. Gerichtsbehörden müssten laiengerecht kommunizieren, wenn Parteien nicht anwaltlich vertreten seien. Zur weiteren Verwirrung habe beigetragen, dass die Gerichtsmitarbeiterin in ihrer E-Mail vom 6. April 2022 sich für die Zustellung des "Arbeitszeugnisses" bedankt habe, womit wohl das "Arbeitsunfähigkeitszeugnis" gemeint gewesen sein dürfte. Der Gesuchsgegner, der mit dem Begriff "Verhandlungsunfähigkeit" nicht vertraut sei, habe davon ausgehen dürfen, dass mit dem Arztzeugnis, welches ihm eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit während eines Tages attestiere, kombiniert mit der Erläuterung, dass es sich bei seiner Erkrankung um eine Magendarmgrippe gehandelt habe, der Nachweis erbracht sei, dass er krankheitsbedingt nicht an der Verhandlung teilnehmen können. Indem die Vorinstanz ohne weitere Fristansetzung oder Ermahnung entschieden habe, habe sie das rechtliche Gehör verletzt. Es sei widersprüchlich und treuwidrig, wenn die Gerichtsbehörde nicht erneut mahne, sondern die Korrespondenz abschneide, das Verfahren als spruchreif erachte und leichthin ohne weitere Beweisabnahmen einen Entscheid fälle (Urk. 21 S. 6 ff.).

6. Die Gesuchstellerin entgegnet zusammengefasst, die Vorinstanz habe weder das rechtliche Gehör verletzt, noch habe sie überspitzt formalistisch gehandelt. Der Gesuchsgegner anerkenne, die Verhinderung zur Teilnahme an der

Hauptverhandlung vom 5. April 2022 nicht ausreichend belegt zu haben und damit säumig gewesen zu sein. Er behaupte auch nicht, die Säumnisfolgen nicht gekannt zu haben. Darauf sei er zu behaften. Es handle sich mittlerweile um das fünfte Verfahren zwischen den Parteien und der Gesuchsgegner habe gewusst, was seine Pflichten und was die Folgen eines unentschuldigtem Nichterscheinens seien. Dass der Gesuchsgegner nicht behördenerprobt gewesen sein soll, erscheine vor diesem Hintergrund weit hergeholt und werde bestritten. Schliesslich wohne der Gesuchsgegner schon seit zig Jahren in der Schweiz und habe im Beruf täglich mit Kunden Kontakt. Es werde auch bestritten, dass er den Satz "es werde ein Zeugnis, welches ausdrücklich die Verhandlungsunfähigkeit bestätige" nicht verstanden habe. Aus der E-Mail vom 6. April 2022 gehe deutlich hervor, was benötigt werde, und die unpräzise Bezeichnung des bereits eingereichten Arztzeugnisses habe damit nichts zu tun. Sofern der Gesuchsgegner tatsächlich unsicher gewesen sein sollte, was unter einem (Arzt-)Zeugnis über die Verhandlungsunfähigkeit zu verstehen sei, wäre es ihm möglich gewesen, die entsprechenden Abklärungen vorzunehmen. Die richterliche Fragepflicht diene nicht dazu, prozessuale Nachlässigkeit auszugleichen (Urk. 33 S. 4 ff.).

7. Der Gesuchsgegner war mit Vorladung vom 14. März 2022 aufgefordert worden, zur bezeichneten Zeit [5. April 2022, 08.30 Uhr] persönlich (mit oder ohne Vertretung) vor dem Gericht zu erscheinen. Angedroht waren die Säumnisfolgen nach § 234 Abs. 1 ZPO (Urk. 6). Punkt 6 der auf der Vorladung aufgedruckten 'wichtigen Hinweise' konnte der Gesuchsgegner entnehmen, dass eine Verhinderung wegen Krankheit oder aus ähnlich zwingenden Gründen dem Gericht sofort mitzuteilen und mit geeigneten Urkunden (Arztzeugnis) zu belegen sei (Urk. 6 S. 2). Die per Gerichtsurkunde versandte Vorladung konnte nicht zugestellt werden (Urk. 8, Urk. 11), wobei die zweite Zustellung zusätzlich per A-Post erfolgte (vgl. Urk. 8).

8. Die Weibelin des zuständigen Einzelgerichts wies den Gesuchsgegner anlässlich seines Telefonats am Verhandlungstag darauf hin, dass er ein Arztzeugnis einreichen müsse, vorab per E-Mail und anschliessend im Original (Urk. 12). Gemäss den Akten ging am 6. April 2022 bei der Vorinstanz das ärztliche Zeugnis

vom 5. April 2022 ein, das für den besagten Tag eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierte (Urk. 13). In der Folge wurde der Gesuchsgegner per E-Mail aufgefordert, ein Zeugnis einzureichen, das ausdrücklich die ca. einstündige Verhandlungsunfähigkeit vom Dienstag, 5. April 2022 bestätige, wiederum durch Nachreichung vorab per E-Mail und Originalzustellung via Postweg (Urk. 14).

9. Als zureichender Verschiebungsgrund einer Verhandlung gilt eine Verhinderung zufolge Krankheit, die durch ein Arztzeugnis nachgewiesen ist. Dabei hat die um Verschiebung ersuchende Partei den Verschiebungsgrund zumindest glaubhaft zu machen. Stellt sie ein ungenügend begründetes und belegtes Verschiebungsgesuch, ist vom Gericht eine Frist zur Ergänzung der Begründung und Einreichung der erforderlichen Belege anzusetzen. Erachtet also das Gericht den Verschiebungsgrund nicht als glaubhaft gemacht, fordert es den Gesuchsteller auf, den Verschiebungsgrund innert einer Nachfrist gehörig nachzuweisen. Dies ergibt sich aus dem Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs (BK ZPO-Frei, Art. 135 N 5 und N 10; BSK ZPO-Brändli/Bühler, Art. 135 N 13; *OGer ZH LA190033 vom 28.02.2020, E. 4.1*).

10. Die Vorinstanz wertete das sinngemäss gestellte Verschiebungsgesuch mit dem eingereichten Arztzeugnis als ungenügend begründet. Grundsätzlich war sie berechtigt, ein Zeugnis anzufordern, dass die Verhandlungsunfähigkeit attestierte. Sie hat jedoch nicht nur keine formelle Verfügung im Sinne von Art. 124 Abs. 1 ZPO samt Säumnisfolgen erlassen. Die von der Vorinstanz am 6. April 2022 an den Gesuchsgegner versandte E-Mail vermag auch den gesetzlichen Anforderungen an eine Fristansetzung nicht zu genügen: Für eine elektronische Zustellung einer Verfügung muss a) die Zustimmung der Partei vorliegen (Art. 139 Abs. 1 ZPO) und b) die Verfügung in einer den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Form ergehen (Art. 139 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 139 Abs. 2 ZPO regelt der Bundesrat die zu verwendende Signatur, das Format der Vorladungen, Verfügungen und Entscheide sowie ihrer Beilagen, die Art und Weise der Übermittlung und den Zeitpunkt, zu dem die Vorladung, Verfügung oder der Entscheid als zugestellt gilt. Die entsprechenden Vorschriften hat der Bundesrat in der Verordnung über die elektronische Übermittlung im Rahmen von Zivil- und Strafpro-

zessen sowie von Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren (VeÜ-ZSSV, SR 272.1) erlassen (zum Ganzen vgl. *OGer ZH LA190033 vom 28.02.2020, E. 4.2.3*). Die Beweislast für die erteilte Zustimmung zur elektronischen Eröffnung liegt beim Gericht. Die blossе Tatsache, dass eine Partei selbst auf elektronischem Weg mit den Behörden verkehrt hat, gilt noch nicht als (stillschweigende) Zustimmung zur elektronischen Zustellung (BK ZPO-Frei, Art. 139 N 9). Ohnehin war es die Vorinstanz, die den Gesuchsgegner aufgefordert hatte, das Arztzeugnis vorab per E-Mail einzureichen (Urk. 12). Im zu beurteilenden Fall fehlt es bereits an der vom Gesetz verlangten Zustimmung. Auf die weiteren Anforderungen gemäss Art. 139 ZPO muss nicht eingegangen werden. Die Aufforderung zur Nachreichung eines Verhandlungsunfähigkeitszeugnisses ist nicht gesetzeskonform und demzufolge nicht rechtsgültig erfolgt. Entsprechend durfte die Vorinstanz nicht von der unentschuldigten Säumnis des Gesuchsgegners ausgehen.

11. Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör folgt das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens vor dem Erlass eines Entscheides gebührend zu äussern. Das rechtliche Gehör ist den Parteien in der gleichen Form zu gewähren und umfasst auch den Anspruch auf Teilnahme an den Verhandlungen (BSK ZPO-Gehri, Art. 53 N 6 ff. ZPO). Da die Vorinstanz zu Unrecht von unentschuldigter Abwesenheit ausging, konnte der Gesuchsgegner weder zum Anweisungsbegehren in rechtsgenügender Weise Stellung nehmen, noch von seinem Teilnahmerecht an der anberaumten Verhandlung Gebrauch machen. Dies stellt eine gravierende Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO festgehalten ist, weshalb das angefochtene Urteil nicht Bestand haben kann. Mit der Berufungsschrift hat der Gesuchsgegner ein Zeugnis betreffend Verhandlungsunfähigkeit in Kopie eingereicht (Urk. 25/4). Gemäss Art. 318 Abs. 1 lit. c ZPO kann die Rechtsmittelinstanz die Sache an die erste Instanz zurückweisen, wenn ein wesentlicher Teil der Klage nicht beurteilt wurde oder der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist. Letzteres ist vorliegend der Fall. Der erstinstanzliche Entscheid ist daher aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO).

### III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist lediglich die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren festzusetzen und die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen der Vorinstanz zu überlassen, d.h. vom definitiven Ausgang des Verfahrens abhängig zu machen (Art. 104 Abs. 4 ZPO; KUKO ZPO-Schmid Art. 104 N 7).
  
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG i.V.m. § 4 Abs. 1 bis Abs. 3, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'600.– festzusetzen. In der Hauptsache ist die Anweisung von Unterhaltsbeiträgen von Fr. 1'383.95 monatlich von Mai 2022 bis August 2022 sowie von Fr. 1'586.95 monatlich ab September 2022 strittig. Die Tochter der Parteien wird am 6. September 2030 volljährig; der Ehegattenunterhalt von monatlich Fr. 400.– ist bis 31. August 2028 geschuldet (Urk. 3/2). Es ist von einem Streitwert von rund Fr. 150'000.– auszugehen.
  
3. Beide Parteien ersuchen um unentgeltliche Rechtspflege für das Berufungsverfahren (Urk. 22 S. 3; Urk. 28 S. 1). Eine Person hat gemäss Art. 117 ZPO Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt (lit. a) und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (lit. b). Unter denselben Voraussetzungen besteht ein Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).
  
- 3.1 Die finanziellen Verhältnisse auf Seiten der Gesuchstellerin haben sich gegenüber dem erstinstanzlichen Entscheid nicht geändert (vgl. Urk. 28 S. 2 i.V.m. Urk. 9 S. 2), weshalb die Gesuchstellerin als mittellos gilt. Die Vernachlässigung der Unterhaltspflicht belegte sie sodann mit Mahnungen und dem Betreibungsbegehren (Urk. 3/5 - 3/7). Zudem ist sie rechtsunkundig und für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte auf anwaltlichen Beistand angewiesen. Es ist ihr daher für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und in der Person ihres Rechtsvertreters, Rechtsanwalt MLaw Y1.\_\_\_\_\_, ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

3.2 Der Gesuchsgegner lässt vorbringen, seine Prozessarmut liege auf der Hand, zumal bereits das Scheidungsurteil ein Manko ausgewiesen habe. Seither habe sich die finanzielle Situation verschlechtert. Demnach sei auch heute noch von einer umfassenden Prozessarmut auszugehen (Urk. 21 S. 9).

Im Rechtsmittelverfahren ist die unentgeltliche Rechtspflege (neu) zu beantragen (Art. 119 Abs. 5 ZPO). Es gilt ein durch die umfassende Mitwirkungspflicht der Parteien eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz. Die gesuchstellende Partei hat in ihrem Gesuch darzulegen, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege vorliegen. Sie hat insbesondere die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und die daraus abgeleitete Mittellosigkeit schlüssig darzulegen (Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 119 N 69). Legt eine Partei ihre finanzielle Situation nicht von sich aus schlüssig dar, obwohl sie um diese Obliegenheit weiss oder wissen muss, kann ihr Gesuch ohne vorgängige Ausübung der gerichtlichen Fragepflicht wegen Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Das gilt insbesondere bei anwaltlich vertretenen Parteien, denen das Wissen ihres Rechtsvertreters anzurechnen ist und die deshalb nicht als prozessual unbeholfen gelten können (vgl. BGer 4D\_69/2016 vom 28. November 2016, E. 5.4.3 m.w.H.; BGer 5A\_62/2016 vom 17. Oktober 2016, E. 5.3).

Der Gesuchsgegner ist anwaltlich vertreten. Die beschliessende Instanz ist daher nicht verpflichtet, den in prozessualer Hinsicht nicht unbeholfenen Gesuchsgegner darauf aufmerksam zu machen, dass die um unentgeltliche Rechtspflege ersuchende Partei ihre Einkommens- als auch ihre Vermögensverhältnisse vollständig darzulegen und soweit möglich zu belegen hat (vgl. Art. 119 Abs. 2 ZPO). Auch das online abrufbare Formular der zürcherischen Bezirksgerichte für das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege verlangt unter dem Stichwort "Beilagen", dass Belege einzureichen sind (namentlich letzte Steuererklärung; zu sämtlichen Einkünften; zu den geltend gemachten Auslagenposition etc.; vgl. <https://www.gerichte-zh.ch/themen/zivilprozess/prozesskosten.html>). Das Gesuch des Gesuchsgegners ist daher aufgrund der Verletzung der Mitwirkungspflicht abzuweisen.

**Es wird beschlossen:**

1. Der Gesuchstellerin wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege gewährt und in der Person von Rechtsanwalt MLaw Y1. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Das Gesuch des Gesuchsgegners um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Das Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. April 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens im Sinne der Erwägungen und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'600.– festgesetzt.
5. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Entscheid der Vorinstanz vorbehalten.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie unter Beilage der erst- und zweitinstanzlichen Akten an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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, 3. August 2022

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:  
ip