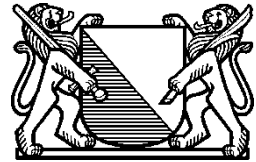


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY220008-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. LY220009-O

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter
Dr. M. Sarbach und Oberrichter Dr. E. Pahud sowie Gerichtsschrei-
berin MLaw S. Ursprung

Beschluss und Urteil vom 18. Mai 2022

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y._____

sowie

Stadt C._____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes
Horgen vom 31. Januar 2022; Proz. FE190195**

Rechtsbegehren:

- des Beklagten, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten
(act. 4/53 S. 3 f.):

"[...]

2. Es seien die Unterhaltsbeiträge für die Kinder von Fr. 496.– für das Kind D. _____ und Fr. 398.– für das Kind E. _____ rückwirkend seit 1. Februar 2018 und für die Zukunft auf Fr. 0.– für das Kind D. _____ und auf Fr. 0.– für das Kind E. _____ herabzusetzen.
3. Parteikostenbeitrag und unentgeltliche Rechtspflege inkl. unentgeltliche Rechtsbeistandschaft
 - 3.1. Es sei die Klägerin zur Leistung eines Beitrags an die Partei- und Gerichtskosten des Beklagten in der Höhe von einstweilen Fr. 7'000.– zu verpflichten, zahlbar innert 10 Tagen ab Verfügung des Gerichts an den Rechtsvertreter des Beklagten.
 - 3.2. Eventualiter sei dem Beklagten das unentgeltliche Verfahren zu bewilligen und es sei ihm in der Person des Schreibenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Verfahren zur Seite zu stellen."

- der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin
(act. 4/76 S. 1 f.):

"[...]

2. Der Antrag 2 des Beklagten auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder D. _____ und E. _____ von Fr. 496.– resp. Fr. 398.– auf Fr. 0.– sei vollumfänglich abzuweisen.
3. Der Antrag 3.1 des Beklagten auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses von Fr. 7'000.– sei vollumfänglich abzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beklagten.

sowie:

1. Der Berufungskläger sei zu verpflichten, der Klägerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einstweilen Fr. 8'000.– zu bezahlen.

2. Eventualiter sei der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben."

Verfügung des Einzelgerichtes:

(act. 6 = act. 7/124 = act. 8; nachfolgend zitiert als act. 6)

1. Der Antrag des Beklagten auf Verpflichtung der Klägerin zu Leistung eines Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 7'000.– wird abgewiesen.
2. Der Antrag der Klägerin auf Verpflichtung des Beklagten zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in Höhe von Fr. 8'000.– wird abgewiesen.
3. Beiden Parteien wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt.
4. Der Klägerin wird für die Zeit vom 18. August 2020 bis 14. September 2020 Fürsprecher Y1.____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand und für die Zeit ab 15. September 2020 Rechtsanwältin MLaw Y.____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Dem Beklagten wird für die Zeit von 21. Juli 2020 bis 25. Januar 2021 Rechtsanwalt lic. iur. X1.____ und für die Zeit ab 25. Januar 2021 Rechtsanwalt lic. iur. X.____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
6. Die Parteien werden auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hingewiesen.
7. Die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen für die Kinder D.____ und E.____ wird für den Zeitraum vom 1. August 2020 bis 30. April 2022 sistiert.

Die Unterhaltspflicht lebt ab 1. Mai 2022 im Umfang gemäss Dispositiv Ziffer 2 des Teilurteils des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Oktober 2017 wieder auf, womit der Berufungskläger ab 1. Mai 2022 wieder verpflichtet ist, der Klägerin für die weitere Dauer des Verfahrens für den Sohn D.____ und die Tochter E.____ monatliche Unterhaltsbeiträge (jeweils zuzüglich

allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Kinder- und Familienzulagen)
wie folgt zu bezahlen:

- Fr. 496.– (D.____)
- Fr. 398.– (E.____)

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats.

8. Für die Zeit der Sistierung der Unterhaltsbeiträge von 1. August 2020 bis 30. April 2022 fehlen zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Kinder D.____ und E.____ je Fr. 802.–.
Ab 1. Mai 2022 fehlen zur Deckung des gebührenden Unterhalts von D.____ Fr. 306.– und von E.____ Fr. 404.–.
9. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen wird dem Endentscheid vorbehalten.
- 10./11.[Mitteilung/Rechtsmittelbelehrung]

Erstberufungsanträge:

- des Beklagten, Erstberufungsklägers und Zweitberufungsbeklagten (act. 2 S. 2 f.):
 - "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Januar 2022 aufzuheben und das Verfahren zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Vervollständigung des Sachverhalts zurückzuweisen;
 2. Eventualiter sei die Dispositivziffer 7 der Verfügung vom 31. Januar 2022 aufzuheben und die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträge für die Kinder D.____ und E.____ für den Zeitraum vom 1. August 2020 für die weitere Dauer des Verfahrens aufzuheben;
Subeventualiter sei die Dispositivziffer 7 der Verfügung vom 31. Januar 2022 aufzuheben und die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträge für die Kinder D.____ und E.____ für den Zeitraum vom 1. August 2020 bis am 31. Januar 2023 zu sistieren;

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7,7% Mehrwertsteuer) zulasten der Berufungsbeklagten;

In prozessualer Hinsicht

1. Es sei darauf zu verzichten, vom Berufungskläger für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss einzuverlangen;
2. Es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von CHF 5'000.00 zu bezahlen;

Eventualiter sei dem Berufungskläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihm in der Person des Unterzeichnenden ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

- der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (act. 10 S. 2 f.):

- "1. Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. 7.7% MwSt.) zulasten des Beklagten und Berufungsklägers.

sowie die folgenden

PROZESSUALEN ANTRÄGE

- 1 a. Der Beklagte und Berufungskläger sei zu verpflichten, der Klägerin und Berufungsbeklagten einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einstweilen CHF 6'000.00 zu bezahlen.
- 1 b. Eventualiter sei der Klägerin und Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben.
- 2a. Es sei das vorliegende Verfahren sowie das Berufungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. LY220009-O des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer zu vereinen."

Zweitberufungsanträge:

- der Klägerin, Erstberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (act. 13/2 S. 2 f.):

- " 1. In Abänderung von Ziffer 7 der Verfügung vom 31. Januar 2022 des Bezirksgerichts Horgen (Geschäfts-Nr.: FE190195), Einzelgericht, sei die Sistierung der Verpflichtung des Berufungsbeklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen für die Kinder D._____ und E._____ für den Zeitraum vom 1. August 2020 bis 30. April 2022 aufzuheben.

Zudem sei der Antrag des Berufungsbeklagten auf Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge für die Kinder von CHF 496.00 für das Kind D._____ und CHF 398.00 für das Kind E._____ rückwirkend seit 1. Februar 2018 und für die Zukunft auf CHF 0.00 für das Kind D._____ und auf CHF 0.00 für das Kind E._____ vollumfänglich abzuweisen.

Ziffer 8 der oberwähnten Verfügung sei entsprechend wie folgt anzupassen:

"Ab 1. August 2020 fehlen zur Deckung des gebührenden Unterhalts von D._____ CHF 306.00 und von E._____ CHF 404.00. "

2. Eventualiter sei Ziffer 7 der oberwähnten Verfügung wie folgt anzupassen:

"Die Verpflichtung des Beklagten zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen für die Kinder D._____ und E._____ wird für den Zeitraum vom 7. August 2020 bis maximal 31. Oktober 2021 sistiert.

Die Unterhaltspflicht lebt ab 1. November 2021 im Umfang gemäss Dispositiv Ziffer 2 des Teilurteils des Bezirksgerichts Horgen vom 31. Oktober 2017 wieder auf, womit der Berufungskläger ab 1. November 2021 wieder verpflichtet ist, der Klägerin für die weitere Dauer des Verfahrens für den Sohn D._____ und die Tochter E._____ monatliche Unterhaltsbeiträge (jeweils zuzüglich allfälliger gesetzlicher und/oder vertraglicher Kinder- und Familienzulagen) wie folgt zu zahlen.

- CHF 496.00 (D._____)
- CHF 398.00 (E._____)

Diese Unterhaltsbeiträge sind zahlbar monatlich im Voraus auf den Ersten eines jeden Monats."

Ziffer 8 der oberwähnten Verfügung sei entsprechend wie folgt anzupassen:

"Für die Zeit der Sistierung der Unterhaltsbeiträge von 7. August 2020 bis maximal 31. Oktober 2021 fehlen zur Deckung des gebührenden Unterhalts der Kinder D._____ und E._____ je CHF 802.00.

Ab 1. November 2021 fehlen zur Deckung des gebührenden Unterhalts von D._____ CHF 306.00 und von E._____ CHF 404.00."

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Berufungsbeklagten (zzgl. MwSt. von 7.7%).

sowie die folgenden

PROZESSUALEN ANTRÄGE

1. Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe von einstweilen CHF 6'000.00 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person der Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin beizugeben."

Erwägungen:

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1. Die Parteien heirateten am tt. Oktober 2004 im Iran. Aus ihrer Ehe sind der Sohn D._____, geboren am tt.mm.2005, und die Tochter E._____, geboren am tt.mm.2009, hervorgegangen (act. 4/3). Im Jahr 2017 durchliefen die Parteien ein Eheschutzverfahren vor dem Bezirksgericht Horgen (act. 4/5). In den Eheschutz(teil)entscheiden vom 23. Mai und 31. Oktober 2017 wurde u.a. das Getrenntleben der Parteien seit dem 9. Mai 2017 vorgemerkt, die Kinder wurden unter die Obhut der Klägerin, Erstberufungsberufungsbeklagten und Zweitberufungsklägerin (nachfolgend Berufungsbeklagte) gestellt und der Beklagte, Erstberufungskläger und Zweitberufungsbeklagte (fortan Berufungskläger) wurde zur Bezahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen verpflichtet (act. 4/5/38 S. 5; act. 4/5/59 S. 31).
2. Mit Eingabe vom 18. Oktober 2019 machte die Berufungsbeklagte beim Bezirksgericht Horgen (fortan Vorinstanz) eine Scheidungsklage nach Art. 114 ZGB anhängig (act. 4/1-2). Die Parteien teilten übereinstimmend mit, der Berufungskläger könne den Iran wegen eines Verfahrens betreffend Herausgabe der von der Berufungsbeklagten geforderten Mitgift nicht verlassen, es bestehe eine Ausreisesperre (act. 4/12; act. 4/14). Am 25. November 2019 bezeichnete der Berufungskläger in der Schweiz eine Zustelladresse (act. 4/15). Die Vorinstanz verzichtete vorerst auf die Ansetzung einer Einigungsverhandlung; sie setzte der Berufungsbeklagten eine Frist an, um schriftlich ihre Anträge zur Scheidung zu formulieren und Belege einzureichen (act. 4/32). Die Berufungsbeklagte reichte am

16. April 2020 eine Eingabe samt Belegen ein (act. 4/36-37). Auf Nachfrage der Vorinstanz teilte der Berufungskläger mit, seine Rechte im Verfahren persönlich (in der Schweiz) wahrnehmen zu wollen (act. 4/40). Die Vorinstanz bestellte dem Berufungskläger in der Folge einen Rechtsvertreter nach Art. 69 ZPO (act. 4/48). Mit Eingabe vom 7. August 2020 erklärte der Rechtsvertreter des Berufungsklägers, dass dieser nicht auf sein Recht auf persönliche Teilnahme (an einer Verhandlung) verzichte. Zudem stellte er ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen: Er verlangte eine Verpflichtung der Berufungsbeklagten, alles in ihrer Macht Stehende zu unternehmen, dass der Berufungskläger wieder in die Schweiz einreisen könne. Zudem verlangte er eine Aufhebung der Verpflichtung des Berufungsklägers zur Leistung von Kinderunterhaltsbeiträgen, rückwirkend ab 1. Februar 2018 (act. 4/53 S. 2 f.). Die Berufungsbeklagte nahm zu den Anträgen des Berufungsklägers mit Schreiben vom 1. Oktober 2020 Stellung (act. 4/76). Mit Verfügung vom 10. November 2020 lud die Vorinstanz zur Einigungsverhandlung sowie Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor. Sie setzte der Berufungsbeklagten eine Frist zur Ergänzung ihrer Scheidungsklage an und forderte beide Parteien zudem zur Einreichung ergänzender Belege auf (act. 4/80). Die Ladung zur Verhandlung wurde in der Folge wegen eines Anwaltswechsels auf Seiten des Berufungsklägers abgenommen (act. 4/85 und act. 4/87). Die Berufungsbeklagte reichte am 26. Januar 2021 die ergänzte Scheidungsklage ein (act. 4/87A). Am 6. Mai 2021 lud die Vorinstanz die Parteien auf den 29. Juni 2021 zur Einigungsverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vor (act. 4/91). Mit Eingabe vom 7. Juni 2021 beantragte der Berufungskläger die Ladungsabnahme und die Sistierung des Scheidungs- sowie Massnahmenverfahrens. Zudem verlangte er, es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, ihr Gesuch um Erlass eines Ausreiseverbotes gegen ihn im Iran zurückzuziehen und/oder sämtliche notwendigen Handlungen zur Aufhebung des verhängten Ausreiseverbotes vorzunehmen (act. 4/95 S. 2). Die Berufungsbeklagte reichte dazu am 18. Juni 2021 eine Stellungnahme ein und schloss auf Abweisung der Anträge (act. 4/99 S. 2). Mit Verfügung vom 23. Juni 2021 stellte die Vorinstanz dem Berufungskläger in Aussicht, zur Eingabe der Berufungsbeklagten anlässlich der anberaumten Verhandlung Stellung nehmen zu können. Sie dispensierte den Beru-

fungskläger zudem von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen zur Verhandlung vom 29. Juni 2021 (act. 4/103). Mit Verfügung vom 29. Juni 2021 wies die Vorinstanz den Antrag des Berufungsklägers, es sei die Vorladung für die Einigungsverhandlung und Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen vom 29. Juni 2021 abzunehmen und sowohl das Scheidungs- als auch das Massnahmeverfahren bis zur Aufhebung des gegen den Beklagten verhängten Ausreiseverbots aus dem Iran zu sistieren, ab. Zur Verhandlung am 29. Juni 2021 erschienen die Berufungsbeklagte mit ihrer Rechtsvertreterin sowie der Rechtsvertreter des Berufungsklägers. Es wurde über die vom Berufungskläger am 7. Juni 2021 gestellten Anträge sowie die beantragten vorsorglichen Massnahmen verhandelt. Es fand eine persönliche Befragung der Berufungsbeklagten statt. Anschliessende Vergleichsgespräche scheiterten (Prot. VI S. 17-30).

3. Mit Eingabe der Berufungsbeklagten vom 8. September 2021 wurde der Vorinstanz mitgeteilt, dass der Berufungskläger, trotz aufrechterhaltener Ausreisesperre, den Iran verlassen habe und in die Schweiz eingereist sei (act. 4/112). Mit Verfügung vom 22. September 2021 wurde die Eingabe dem Berufungskläger zur Stellungnahme zugestellt (act. 4/114). Mit Eingabe vom 20. Oktober 2021 (act. 7/120) nahm der Berufungskläger fristgerecht Stellung und bestätigte seine Rückkehr in die Schweiz. Diese Eingabe wurde der Berufungsbeklagten am 2. November 2021 zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 7/122).

4. Mit Beschluss vom 17. Januar 2022 trat das Obergericht des Kantons Zürich auf die Beschwerde des Berufungsklägers gegen die Verfügung vom 29. Juni 2021 betreffend Aufhebung der Vorladung zum Verfahren bis zur Aufhebung des Einreiseverbots mangels nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht ein und hielt insbesondere fest, dass der Berufungskläger sich seit Mitte September 2021 wieder in der Schweiz befinde, weshalb seiner allfälligen (späteren) persönlichen Befragung anlässlich einer Gerichtsverhandlung nichts im Wege stehe (OGer ZH, PC210039 vom 17. Januar 2022, E. 3.3).

5. Mit Verfügung vom 31. Januar 2022 (act. 6) bewilligte die Vorinstanz beiden Parteien die unentgeltliche Rechtspflege, sistierte die Unterhaltspflicht des Berufungsklägers vom 1. August 2020 bis 30. April 2022 und sprach den Kindern ab

1. Mai 2022 monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe von Fr. 496.– (D._____) bzw. Fr. 398.– (E._____) für die weitere Dauer des Verfahrens zu.

6. Gegen den Massnahmenentscheid vom 31. Januar 2022 wurde von beiden Seiten fristgerecht Berufung erhoben, wobei die Parteien im Einzelnen jeweils die einleitend aufgeführten Rechtsmittelanträge stellten (act. 2 und act. 13/2). Für die von der Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 21. Februar 2022 erhobene Berufung wurde das Verfahren mit der Geschäftsnummer LC220009 angelegt, welches mit Verfügung vom 18. Mai 2022 mit dem vorliegenden Verfahren vereinigt, unter der vorliegenden Geschäftsnummer weitergeführt (act. 13/1-9) und unter jener Geschäftsnummer dementsprechend abgeschrieben wurde (act. 14).

7. Mit Verfügung vom 13. April 2022 wurde der Berufungsbeklagten Frist angesetzt, die Berufung des Berufungsklägers zu beantworten (act. 8). Die Berufungsbeklagte reichte die Berufungsantwort am 29. April 2022 (Datum Poststempel) fristgerecht ein, wobei sie die vorstehend aufgeführten Anträge stellte (act. 10). Eine Stellungnahme des Berufungsklägers zur Zweitberufung der Berufungsbeklagten (act. 13/2) erübrigt sich gestützt auf Art. 312 ZPO, zumal, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, die Sache zur Vervollständigung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen ist und sich der Berufungskläger bereits vorsorglich zum prozessualen Antrag der Berufungsbeklagten zur Verpflichtung des Berufungsklägers zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses geäußert hat (vgl. act. 2 Rz. 26 ff.). Die vorinstanzlichen Akten sowie die Akten des Verfahrens PC210039 wurden beigezogen (act. 4/1-117 sowie act. 7/118-129). Die Sache ist spruchreif.

II. Prozessuales

1. Gegen erstinstanzliche Entscheide über vorsorgliche Massnahmen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 lit. b ZPO). Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen während des Scheidungsverfahrens sind die (materiell- sowie verfahrensrechtlichen) Bestimmungen über die Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft sinngemäss anwendbar (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 271 ff. ZPO und Art. 172 ff. ZGB; DIKE-Komm-ZPO-DOLGE, 2. Aufl. 2016; Art. 276

N 15). Es gelangt das summarische Verfahren zur Anwendung mit entsprechender Beweismittel- und Beweismassbeschränkung, und es gilt die Dispositionsmaxime mit eingeschränktem Untersuchungsgrundsatz bzw. – soweit wie hier Kinderbelange betroffen sind – die Official- und Untersuchungsmaxime (Art. 296 ZPO). Diese Grundsätze sind in allen Verfahrensstadien und von allen kantonalen Instanzen zu beachten (BGE 137 III 617 E. 4.5.2; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, 4. Aufl. 2022, Anh ZPO Art. 296 N 6).

2. Nach Art. 318 Abs. 1 ZPO kann der Berufungsentscheid nicht nur reformatory, sondern auch kassatorisch ausfallen. Eine Kassation erfolgt etwa, wenn der Sachverhalt in wesentlichen Teilen zu vervollständigen ist (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO). Die Berufungsinstanz sieht grundsätzlich davon ab, den Sachverhalt anstelle der ersten Instanz zu erstellen resp. (erstmalig) Beweiserhebung durchzuführen (ZK ZPO-REETZ/HILBER, 2. Aufl. 2016, Art. 318 N 35). Im Falle schwerwiegender Verfahrensmängel bzw. schwerer Gehörsverletzung erfolgt regelmässig eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Vervollständigung des Sachverhaltes sowie neuen Entscheidung (OGer ZH, LY140024 vom 12. September 2014, E. II.5.). Ausnahmsweise kann die Gehörsverletzung vor der Rechtsmittelinstanz jedoch geheilt werden. Dies ist dann zulässig, wenn die Verletzung nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz. Auch bei einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs darf von einer Rückweisung der Sache dann abgesehen werden, wenn dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; BGE 133 I 201 E. 2.2).

III. Zur Berufung im Einzelnen

1. Der Berufungskläger macht in erster Linie geltend, die Sache sei zur Ergänzung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen, zumal diese es versäumt habe, den Berufungskläger persönlich anzuhören, obwohl er seit Mitte September 2021 wieder in der Schweiz sei. Damit habe sie sie das Recht des Be-

rufungsklägers auf persönliche Teilnahme an den Verhandlungen und sein Recht auf Beweis gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 53 Abs. 1 ZPO verletzt (act. 2 Rz. 7 ff.). Die Berufungsbeklagte wendet dagegen unter anderem ein, dass die bestehende Ausreisesperre gegen den Berufungskläger ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 273 Abs. 2 ZPO gewesen sei, um ihn von der Verhandlung zu dispensieren und das Verhalten der Vorinstanz damit in rechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden sei. Eine persönliche Befragung habe sodann nur "in der Regel" stattzufinden, weshalb auch Ausnahmen denkbar seien. Die Durchführung einer zweiten Verhandlung sei in Art. 273 ZPO nicht vorgesehen und würde dem beschleunigten Charakter des summarischen Verfahrens widersprechen. Zudem sei nach Ende der Verhandlung bereits der Aktenschluss eingetreten, damit seien neue Behauptungen nicht mehr zulässig (act. 10 Rz. 10 ff.).

2. Im summarischen Verfahren liegt der Entscheid darüber, wie die Gesuchantwort zu erstatten resp. das Verfahren durchzuführen ist, mithin mündlich oder schriftlich, grundsätzlich im Ermessen des Gerichts (vgl. Art. 253 ZPO und Art. 256 Abs. 1 ZPO; DIKE-Komm.-ZPO-KAUFMANN, a.a.O., Art. 253 N 18 f.). Das dem Gericht eingeräumte Ermessen ist dort beschränkt, wo das Gesetz eine mündliche Verhandlung vorsieht (Art. 256 Abs. 1 ZPO). Im Eheschutzverfahren stellt Art. 273 Abs. 1 ZPO eine solche gesetzliche Regelung dar, welche im Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 276 Abs. 1 ZPO analog anzuwenden ist. Die mündliche Verhandlung ist auch als Ausfluss des Unmittelbarkeitsprinzips von zentraler Bedeutung: In der mündlichen Verhandlung ist der streitige Sachverhalt mit den Parteien zu erörtern. Ihnen ist rechtliches Gehör zu gewähren, auch zum Vorbringen der Gegenpartei. Das Gericht hat die Parteien anzuhören, sich von ihnen ein Bild zu machen, den Sachverhalt zu erfassen und zu versuchen, eine Einigung der Parteien herzustellen, und – wenn diese Einigung nicht erfolgt – eine Entscheidung zu fällen. Daneben dient die Befragung der Parteien auch der Erhebung von Beweisen. Sie drängt sich regelmässig auch deshalb auf, weil die Parteien meist mehr wissen, als sich aus den Vorträgen ihrer Anwälte ergibt. Auf eine mündliche Verhandlung kann nach Art. 273 Abs. 1 Satz 2 ZPO nur ausnahmsweise verzichtet werden, wenn der Sachverhalt aufgrund der Eingaben der Parteien klar oder unbestritten

ist. Klar dürfte ein Sachverhalt sein, wenn die von den Parteien vorgelegten Urkunden keinen Zweifel an der Sachlage zulassen (OGer ZH, LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.3. sowie LE130059 vom 12. Februar 2014, E. II.2.1 ff.; DIKE-Komm.-ZPO-KAUFMANN, a.a.O., Art. 256 N 6 f.; DIKE-Komm.-ZPO-PFÄNDER BAUMANN, a.a.O., Art. 273 N 4 f.).

3. Sind Anordnungen über Kinder zu treffen, ergibt sich die Pflicht zur Anhörung der Eltern sodann direkt aus Art. 297 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 296 Abs. 1 ZPO. Sie dient einerseits der Sachverhaltsfeststellung und ist in Kinderbelangen eine Konsequenz der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime. Andererseits wird damit ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Eltern konkretisiert. Dadurch werden in einem besonders delikaten Bereich erhöhte Anforderungen an das rechtliche Gehör gestellt. Anzuhören sind aufgrund des Unmittelbarkeitsprinzips die Eltern persönlich, nicht nur ihre Vertreter (BSK ZPO-STECK, 2. Aufl. 2017, Art. 297 N 7; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Anh ZPO Art. 297 N 4 ff.). Es ist somit generell von einem Obligatorium der Anhörung der Eltern im strittigen Eheschutzverfahren auszugehen (OGer ZH, LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.3.; LE160026 vom 18. August 2016, E. III.5.2; LE150044 vom 9. Oktober 2015, E. III.5.2.1; LE140020 vom 20. November 2014, E. II.3.1; LE130028 vom 26. November 2013, E. II.3.4.a). Ein Verzicht auf die Anhörung der Eltern kommt damit grundsätzlich *nicht* in Frage. Unterbleiben darf die Anhörung eines Elternteils höchstens in Ausnahmefällen, etwa bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit (analog zu Art. 278 ZPO beispielsweise wegen unbekannten Aufenthalts, Urteilsunfähigkeit, Krankheit; BK ZPO II-SPYCHER, Bern 2012, Art. 297 N 10; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Anh ZPO Art. 297 N 4b). Allenfalls ist die obligatorische Anhörung in solchen Fällen umständehalber ausnahmsweise schriftlich durchzuführen (BSK ZPO-STECK, a.a.O., Art. 297 N 10). Unterbleibt die persönliche Anhörung der Eltern zu Unrecht, ist dies als Rechtsverletzung anfechtbar (BSK ZPO-STECK, a.a.O., Art. 297 N 11; OGer ZH, LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.5; FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Anh ZPO Art. 297 N 4 f.).

4. Darüber hinaus ist die Bedeutung der im Bereich der Kinderbelange geltenden sogenannten uneingeschränkten Untersuchungsmaxime gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO besonders hervorzuheben. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die prozessrechtliche Grundnorm zur Ermittlung des Sachverhalts bezüglich der Kinderbelange. Das Gericht hat auch ohne Parteiantrag sämtliche Tatsachen, die für die Anordnung über die Kinder von Bedeutung sind, von Amtes wegen zu ermitteln. Wegleitend ist die Erkenntnis, dass in familienrechtlichen Angelegenheiten für die Kinder ein verstärktes Bedürfnis nach Schutz und ein erhöhtes Interesse an der materiellen Wahrheit besteht, deren Findung gefördert werden soll (BGE 118 II 93 E. 1a; BSK ZPO-STECK, a.a.O., Art. 296 N 3). Das Gericht ist dabei nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, alle nötigen Abklärungen zu treffen. Es muss diejenigen Abklärungen vornehmen, die notwendig und geeignet sind, den massgeblichen Sachverhalt zu erstellen. Das Gericht hat insbesondere durch Befragung der Parteien nachzuprüfen, ob ihre Vorbringen und Beweisofferten vollständig sind, soweit sachliche Gründe bestehen, an der Vollständigkeit zu zweifeln (ZK ZPO-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Art. 296 N 11; BSK ZPO-STECK, a.a.O., Art. 296 N 12). Als Beweismittel zur "Erforschung" des Sachverhalts zu nennen sind in erster Linie die Anhörung der Eltern und (je nach Alter) der Kinder (vgl. Art. 297 ZPO) sowie die förmliche Parteibefragung gemäss Art. 191 ZPO (OGer ZH, LE170017 vom 11. Oktober 2017, E. III.2.5; OGer ZH, LE160026 vom 18. August 2016, E. III.5.3; LE150044 vom 9. Oktober 2015, E. III.5.2.1). Kann eine persönliche Anhörung der Eltern nach Art. 297 ZPO ausnahmsweise nicht durchgeführt werden, ist dem im Zusammenhang mit dem uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatz besondere Rechnung zu tragen (FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Anh ZPO Art. 297 N 4b).

5. Der Gesuchsgegner hat auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung bzw. persönlichen Anhörung nicht verzichtet; im Gegenteil hat er mehrfach ausdrücklich die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in seiner Anwesenheit und persönlichen Anhörung verlangt (zuletzt etwa in act. 4/95 S. 2; act. 7/120). Aus dem Umstand, dass die Kammer auf die Beschwerde gegen den Beschluss der Vorinstanz vom 29. Juni 2021 nicht eingetreten ist, kann nicht abgeleitet werden, dass es zulässig sei, auf eine mündliche Verhandlung in Anwe-

senheit des Berufungsklägers und auf dessen Anhörung zu verzichten, zumal auf die Beschwerde mangels nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteils nicht eingetreten wurde und damit in dieser Hinsicht kein materieller Entscheid erfolgt ist. Vielmehr wurde sogar explizit darauf hingewiesen, dass eine persönliche Anhörung des Berufungsklägers, der während des Beschwerdeverfahrens in die Schweiz eingereist war, nunmehr möglich sei (OGer ZH, PC210039 vom 17. Januar 2022, E. 3.3.).

6. Vorliegend bestehen zwischen den Parteien hinsichtlich eines grossen Teils der von der Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegten Tatsachen, insbesondere der Arbeitsfähigkeit des Berufungsklägers, diametral unterschiedliche Auffassungen und Behauptungen, welche die Vorinstanz in ihrem Entscheid teilweise wiedergibt (vgl. dazu act. 6 E. III.2.1.). Gerade hinsichtlich dieser umstrittenen Tatsachen ist, wie der Berufungskläger zutreffend geltend macht, von ihm wiederholt seine persönliche Befragung offeriert bzw. die Anhörung beantragt worden. Trotzdem hat die Vorinstanz den Berufungskläger weder persönlich angehört noch befragt, bevor sie einen für ihn teilweise nachteiligen Entscheid gefällt hat. Sie hat dem Berufungskläger insbesondere für die Zeit ab Mai 2022 trotz belegter Arbeitslosigkeit nach kurzer Übergangsfrist wieder das Einkommen gemäss Eheschutzurteil angerechnet (vgl. act. 6 E. III.3), mit der Argumentation, dass die Angaben des Berufungsklägers zu seiner (fehlenden) Arbeitsfähigkeit in der Schweiz unsubstantiiert seien und aufgrund dessen auf eine persönliche Befragung verzichtet werden könne. Dieses Vorgehen hält einer Überprüfung nicht stand: Zum einen hat der Berufungskläger aufgrund des Verzichts auf eine persönliche Anhörung keinerlei Möglichkeit zur eingehenderen Darstellung seiner persönlichen Situation erhalten, so dass ihm die Vorinstanz in besonders eingehender Wahrnehmung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes zumindest Gelegenheit zur eingehenderen schriftlichen Darlegung hätte bieten müssen, bevor sie eine Darstellung als mangelhaft substantiiert qualifiziert (vgl. die zitierte Lehre in Ziff. 1.3. f. vorstehend). Zum andern ist ohnehin fraglich, ob die Aussagen des Berufungsklägers zu seiner Arbeitsfähigkeit tatsächlich als mangelhaft substantiiert zu erachten sind, hat er doch in seiner von der Vorinstanz zitierten Eingabe vom 20. Oktober 2021 unter Offerierung der persönlichen Befragung als Beweis zum

Ausdruck gebracht, dass er den Iran fluchtartig auf dem Landweg verlassen habe, aufgrund einer Strafanzeige der Berufungsbeklagten noch am Flughafen verhaftet und mit einem Rayonverbot für die Stadt C. _____ belegt worden sei, und demgemäss finanziell nicht in der Lage sei, für Unterhaltsbeiträge aufzukommen (act. 7/120 S. 1 f.).

7. Zudem fehlen in den vorinstanzlichen Akten auch Angaben darüber, wie sich die Situation des Berufungsklägers seit der Einreise im September 2021 entwickelt hat, zumal ein Antrag auf eine Anhörung des Berufungsklägers von der Vorinstanz abgewiesen wurde und danach trotz des Verstreichens von mehreren Monaten keine ergänzenden Angaben eingeholt wurden. Soweit die Vorinstanz vor diesem Hintergrund ausführt, seit dem Ankommen des Berufungsklägers lägen keine veränderten Verhältnisse mehr vor und es könne ihm deswegen nach einer kurzen Übergangsfrist wieder ein hypothetisches Einkommen angerechnet werden (act. 6 E. III.3.), trifft sie folglich eine nicht fundierte Annahme. Dies genügt nicht, zumal das Gericht in Kinderbelangen den Sachverhalt von Amtes wegen erforschen und damit gerade beim Verzicht auf eine persönliche Anhörung nicht nur berechtigt, sondern geradezu verpflichtet ist, alle nötigen Abklärungen zu treffen, wenn nötig mit einer schriftlichen Anhörung des dispensierten Elternteils (vgl. Ziff. 1.4. vorstehend sowie FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Anh ZPO Art. 296 N 12 mit Verweis auf BGE 128 III 411 E. 3.2.1.). Die Sachverhaltsermittlung der Vorinstanz genügt auch mit Blick darauf nicht, dass sie gestützt auf Art. 296 Abs. 1 ZPO vom Vorhandensein einer strittigen Tatsache *überzeugt* sein muss (Regelbeweismass, vgl. Dike-Komm.-ZPO-DOLGE, a.a.O., Art. 276 N 16). Anzumerken ist sodann, dass die Berufungsbeklagte offenbar seit 1. August 2021 zu einem 100%-Pensum als Sekretärin und medizinische Massseurin arbeitet und gemäss Arbeitsvertrag netto Fr. 5'321.90 bzw. ab Januar 2022 Fr. 5'756.25/Monat und damit deutlich mehr als das von der Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegte Einkommen von Fr. 4'593.35/Monat erzielt (act. 6 E. IV; act 13/2 Rz. 48; act. 13/6-7). Dies zeigt, dass die tatsächlichen Grundlagen, auf die sich die Vorinstanz in ihrem Entscheid stützte, bereits veraltet waren. Gestützt auf das vorstehend Ausgeführte erscheint ein Verzicht auf eine (nachträgli-

che) Anhörung des Berufungsklägers bzw. eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nicht nachvollziehbar.

8. Dass der Berufungskläger zunächst infolge einer von der Berufungsbeklagten veranlassten Ausreisesperre nicht an der Verhandlung teilnehmen und aufgrund dessen (zunächst) von der angesetzten Verhandlung dispensiert wurde bzw. werden musste (act. 6 E. III.2.2.2.; act. 4/103 und act. 4/107), bietet entgegen der Ansicht der Berufungsbeklagten kein Rechtfertigungsgrund für den endgültigen Verzicht auf eine nachträgliche Anhörung (vgl. act. 10 Rz. 10 ff.). Der Berufungskläger konnte wider Erwarten bereits kurze Zeit nach seiner Dispensation von der Verhandlung in die Schweiz einreisen und wäre zeitnah für eine nachträgliche Anhörung zur Verfügung gestanden, welche er auch rechtsgültig angeboten hat (vgl. act. 6 E. III.3.; act. 7/120). Es erscheint angesichts der Pflicht zur Wahrung des rechtlichen Gehörs, des Unmittelbarkeitsprinzips sowie des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes in Kinderbelangen nicht haltbar, in einem Verfahren, welches sich nach Wegfall des Dispensationsgrundes noch Monate hingezogen hat, die Nachholung der versäumten persönlichen Anhörung sowie der persönlichen Befragung lediglich gestützt auf die (aus damaliger Sicht) gültige Dispensation zu verweigern.

9. Genauso wenig vermag das Argument der Berufungsbeklagten zu überzeugen, eine nachgeholte Anhörung würde der beschleunigten Natur des Summaryverfahrens widersprechen (vgl. act. 10 Rz. 20). Der Entscheid der Vorinstanz betreffend vorsorgliche Massnahmen erging vorliegend am 31. Januar 2022 und damit erst über ein halbes Jahr nach der Anhörung vom 29. Juni 2021 und mehrere Monate nach der Einreise des Berufungsklägers Anfang September 2021. Angesichts dessen hätte eine nachgeholte persönliche Anhörung des Berufungsklägers das Verfahren vermutlich nicht verzögert, sondern eine weitere Verhandlung wäre aufgrund der konkreten Umstände nur schon zur Ergänzung bzw. Aktualisierung des Sachverhalts angezeigt gewesen.

10. Auch das Argument der Berufungsbeklagten, dass der Aktenschluss mit Durchführung der Verhandlung bereits gefallen sei und damit keine Noven mehr zulässig seien (act. 10 Rz. 21 ff.), verfängt nicht. Zum einen handelt es sich bei

der von der Vorinstanz versäumten persönlichen Befragung des Berufungsklägers um ein gestützt auf Art. 296 ZPO auch im summarischen Verfahren zulässiges Beweismittel, wie die Berufungsbeklagte selbst anerkennt (act. 10 Rz. 26), und damit gerade nicht (nur) um eine Tatsachendarstellung. Ihre Abnahme ist damit nicht vom Aktenschluss betroffen. Zum anderen sind neue Tatsachen unter Geltung der Untersuchungsmaxime auch im Summarverfahren bis zur Urteilsberatung uneingeschränkt zulässig (Art. 229 Abs. 3 i.V.m. Art 296 ZPO; vgl. auch FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, a.a.O., Anh ZPO Art. 296 N 3 und 7). Soweit also im Rahmen einer Anhörung neue Tatsachen vorgebracht worden wären – wovon angesichts der langen Zeitdauer zwischen der Anhörung vom 29. Juni 2021 und dem Entscheid vom 31. Januar 2022 auszugehen ist – wären sie ohnehin zu berücksichtigen gewesen. Aus der Eventualmaxime kann die Berufungsbeklagte damit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

11. Die Berufungsbeklagte wurde sodann von der Vorinstanz persönlich angehört (vgl. Prot. VI S. 26 ff.). Der Verzicht auf Anhörung des Berufungsklägers kommt damit nach seiner Ansicht auch einem Verstoss gegen das aus Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgeleitete Gebot der Waffengleichheit gleich (act. 2 S. 14). Soweit die Berufungsbeklagte mit Verweis auf BGE 133 I 1 E. 5.3.1 dagegen einwendet, die Vorinstanz habe lediglich jeder Partei angemessene Gelegenheit geben müssen, ihren Fall *mit Einschluss der einschlägigen Beweise zu präsentieren*, und zwar zu Bedingungen, die keinen wesentlichen Nachteil gegenüber der Gegenpartei darstellen würden (act. 10 Rz. 23), führt sie den Grund für den Verstoss gegen das Gebot der Waffengleichheit gleich selbst ins Feld. Es ist ein wesentlicher Unterschied, ob der Berufungskläger sich zu seiner persönlichen Situation, etwa zu seiner vorliegend umstrittenen Arbeitsfähigkeit in der Schweiz, selbst äussern kann oder ob dies lediglich ein unentgeltlicher Rechtsvertreter tut, welcher überdies nur "aus der Ferne" instruiert werden konnte (vgl. Ziff. 1.3. vorstehend).

12. Die Berufungsbeklagte führt weiter aus, der Berufungskläger wolle mit seinem Beharren auf einer persönlichen Anhörung nur das Verfahren verzögern, habe er sich doch nicht zeitnah nach seiner Einreise bezüglich des Nachholens sei-

ner Anhörung gemeldet (act. 10 Rz. 24). Allerdings hat der Berufungskläger unbestrittenermassen aufgrund einer von der Berufungsbeklagten gegen ihn verfüigten Ausreisesperre den Iran fluchtartig verlassen, wurde bei seiner Ankunft in der Schweiz aufgrund einer von der Berufungsbeklagten gegen ihn veranlassten Strafanzeige noch am Flughafen verhaftet (vgl. Ziff. 1.6. vorstehend) und musste sich der Berufungskläger alsdann um die Unterstützung der Sozialen Dienste der Stadt Zürich bemühen (vgl. act. 7/121/1+2). Vor diesem Hintergrund kann ihm nicht vorgeworfen werden, erst mit Eingabe vom 20. Oktober 2021 um persönliche Befragung ersucht zu haben (vgl. act. 7/120 S. 2).

13. Soweit die Berufungsbeklagte sodann insinuiert, dass der Berufungskläger anlässlich einer persönlichen Anhörung nichts mehr hätte dartun können, was an der vorinstanzlichen Beweiswürdigung etwas geändert hätte (act. 10 Rz. 25), ist darauf hinzuweisen, dass dies angesichts dessen, dass die Vorinstanz ihrer Pflicht zur Sachverhaltsermittlung ungenügend nachkam, gerade nicht als sicher gelten kann (vgl. dazu Ziff. 1.6. f. vorstehend).

14. Nach dem Ausgeführten hat die Vorinstanz den Berufungskläger zu Unrecht nicht persönlich angehört. Dieser schwerwiegende Verfahrensfehler kann nicht durch eine Heilung des rechtlichen Gehörs vor der vorliegenden Instanz wiedergutmacht werden, zumal sich das Gericht grundsätzlich zwingend einen persönlichen Eindruck von einer Partei zu machen hat, rechtsgenügend offerierte Beweismittel abzunehmen sind und dem Berufungskläger vorliegend eine Instanz mit voller Kognition verloren ginge, falls die Kammer die von der Vorinstanz versäumte Anhörung und persönliche Befragung nachholen würde. Auch aufgrund der vergangenen Zeit von beinahe einem Jahr seit der letzten Verhandlung am 29. Juni 2021 erscheint die Rückweisung zur Ergänzung des Sachverhalts und zur Fällung eines neuen, auf aktuellen Sachverhaltsvorbringen beider Parteien beruhenden Massnahmenentscheids vorliegend zweckmässiger.

15. Der Entscheid der Vorinstanz ist aufzuheben und die Sache ist zwecks Durchführung einer mündlichen Verhandlung zur Klärung resp. Vervollständigung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO; ZK-ZPO-REETZ/HILBER, a.a.O., Art. 318 N 37).

16. Mit dem Rückweisungsentscheid wird das Berufungsverfahren erledigt. Die Entscheidung über die Anträge der Berufungsbeklagten erübrigt sich, und zwar sowohl hinsichtlich der im mit dem vorliegenden Verfahren LY220009 vereinigten Verfahren sowie der im vorliegenden Verfahren gestellten Anträge hinsichtlich der Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids.

IV. Prozesskostenvorschuss / unentgeltliche Rechtspflege

1. In einem Scheidungsverfahren kann eine Partei verpflichtet werden, der anderen Partei einen Beitrag zur Finanzierung des Prozesses zu bezahlen, sofern es der beistands- oder unterhaltsverpflichteten Person möglich ist, der anderen die Kosten, die sie zur Durchführung des Prozesses benötigt, zu bevorschussen (BGer, 5A_455/2010 vom 16. August 2010, E. 2.2; Art. 159 Abs. 3 und Art. 163 ZGB). Dabei sind die Grundsätze zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 117 f. ZPO analog anzuwenden. Der ansprechenden Partei müssen die Mittel fehlen, um neben ihrem Lebensunterhalt den Prozess zu finanzieren, und Letzterer darf zudem nicht aussichtslos erscheinen. Wird für die gehörige Prozessführung ein Rechtsbeistand benötigt, sind auch dessen Kosten in die Berechnung einzubeziehen (vgl. OGer ZH, LE120025 vom 12. Juni 2012, E. IV.2.).

2. Als bedürftig gilt, wer die Kosten eines Prozesses nicht aufzubringen vermag, ohne die Mittel anzugreifen, derer er zur Deckung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie bedarf. Die prozessuale Bedürftigkeit beurteilt sich nach der gesamten wirtschaftlichen Situation des Rechtsuchenden im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches. Dazu gehören einerseits sämtliche finanziellen Verpflichtungen, andererseits die Einkommens- und Vermögensverhältnisse (BGer, 5A_726/2014 vom 2. Februar 2015, E. 4.2 m.w.H.). Allgemein gilt, dass nur zu berücksichtigen ist, was effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens realisierbar ist, sodass die Aufrechnung von in Zukunft fällig werdenden Einkünften und Vermögenswerten, von Anwartschaften, von hypothetischen und nicht erhältlich zu machenden oder zweifelhaft realisierbaren Werten unzulässig ist (sog. Effektivitätsgrundsatz; KUKO ZPO-JENT-SØRENSEN, 3. Aufl. 2022, Art. 117 N 16).

3. Zur Begründung des Antrages auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bringen beide Parteien vor, sie seien mittellos und nicht in der Lage, für die Prozesskosten aufzukommen. Dies habe sich bis heute nicht verändert. Die Gegenpartei sei – sollte sie wider Erwarten zwischenzeitlich über Vermögen verfügen – zu verpflichten, der anderen Partei einen Prozesskostenvorschuss zu bezahlen. Eventualiter sei ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (act. 2 S. 2 f. und act. 10 S. 2).

4. Die vom Berufungskläger bzw. von der Berufungsbeklagten im vorinstanzlichen Verfahren gestellten Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege wurden von der Vorinstanz mit Verfügung vom 31. Januar 2022 gutgeheissen (act. 6 E. IV., vgl. auch die darin enthaltenen Verweise auf Aktenstellen). Anhaltspunkte für eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse seit dem vorinstanzlichen Bewilligungsentscheid sind beim Berufungskläger nicht vorhanden. Es kann auch aufgrund der Erwägungen der Vorinstanz von einer (weiter-)bestehenden Mittellosigkeit des Berufungsklägers ausgegangen werden. Der Berufungskläger ist so- dann weiterhin von der Sozialhilfe abhängig (act. 2 Rz. 29).

5. Die Berufungsbeklagte arbeitet offenbar seit 1. August 2021 zu einem 100%-Pensum als Sekretärin und medizinische Masseurin und verdiente ab Januar 2022 Fr. 5'756.25/Monat netto inkl. Anteil des 13. Monatslohns. Damit verdient sie deutlich mehr als das von der Vorinstanz ihrem Entscheid zugrunde gelegte Nettoeinkommen von Fr. 4'593.35/Monat (act. 6 E. IV; act 13/2 Rz. 48; act. 13/4/6-7). Folglich resultiert auf ihrer Seite ein tieferes Manko als im Eheschutzurteil bzw. in der überschlagsweisen Berechnung der Vorinstanz festgehalten. Indes wird bei der Prüfung der Mittellosigkeit der Bedarf der betreffenden Person grosszügiger bemessen, sei es durch eine pauschale Erhöhung des Grundbetrages, sei es durch Zulassung gewisser zusätzlicher Bedarfspositionen, oder beides zusammen (vgl. OGer ZH, PQ180042 vom 25. Juli 2018, E. 3). Auch die verbesserte finanzielle Situation der Berufungsbeklagten genügt damit nicht, um von fehlender Mittellosigkeit auszugehen. Die von den Parteien im Berufungsverfahren eingenommenen Rechtspositionen können nicht von vornherein als

aussichtslos angesehen werden; überdies sind die Parteien zur Wahrung ihrer Rechte auf einen Rechtsbeistand angewiesen.

6. Nach dem Gesagten sind die Anträge beider Parteien auf Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses abzuweisen. Beiden Parteien ist im Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und ihnen sind in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ für den Berufungskläger sowie von Rechtsanwältin MLaw Y._____ für die Berufungsbeklagte unentgeltliche Rechtsbeistände zu bestellen. Dabei sind die Parteien darauf hinzuweisen, dass sie zur Nachzahlung verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind (Art. 123 ZPO).

V. Kosten und Entschädigungsfolgen

1. Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Höhe der Gerichtsgebühr nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit §§ 2, 5 Abs. 1, 6 Abs. 2 lit. b der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG). Unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles erscheint eine Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– angemessen. Diese ist aufgrund des summarischen Verfahrens (vgl. § 8 Abs. 1 GebV OG) auf Fr. 1'000.– zu reduzieren.

2. Mit der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides ist der Berufungskläger als im Berufungsverfahren obsiegende Partei zu betrachten. Die Berufungsbeklagte, welche auf Abweisung der Berufung bzw. anderweitige Abänderung des vorinstanzlichen Entscheids in materieller Hinsicht schloss, unterliegt.

3. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen sind von den Parteien grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen zu tragen (Art. 106 ZPO). Im vorliegenden Berufungsverfahren war der Unterhalt für die Kinder D._____ und E._____ umstritten. Mit Bezug auf die Kinderbelange sind die Kosten des Verfahrens gemäss obergerichtlicher Praxis grundsätzlich – unabhängig vom Ausgang – den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragstellung hatten (ZR 84 [1985] Nr. 41). Da im vorliegenden Verfahren nicht ge-

sagt werden kann, dass Anträge gestellt worden wären, die dem nicht entsprechen, rechtfertigt es sich, die Kosten hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Aufgrund der beiden Parteien gewährten unentgeltlichen Rechtspflege sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen. Die Parteien sind auf ihre Rückzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch des Berufungsklägers um Verpflichtung der Berufungsbeklagten zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch der Berufungsbeklagten um Verpflichtung des Berufungsklägers zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses für das Berufungsverfahren wird abgewiesen.
3. Dem Berufungskläger wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Der Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von MLaw Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel mit nachfolgendem Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Horgen vom 31. Januar 2022 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.00 festgesetzt.

3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt, infolge der ihnen gewährten unentgeltlichen Prozessführung jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Vorbehalten bleibt das Nachforderungsrecht des Staates gemäss Art. 123 ZPO.
4. Die Parteientschädigungen für das zweitinstanzliche Verfahren werden gegenseitig wettgeschlagen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage von act. 10 und act. 11, an die Verfahrensbeteiligte, an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.
6. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: