

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LY230029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw J. Camelin-Nagel

Beschluss vom 28. August 2023

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Scheidungs-
verfahrens**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (5. Abteilung) des Be-
zirksgerichtes Zürich vom 19. Juli 2023; Proz. EF230005**

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten:

(act. 4/17)

1. Es sei im Sinne einer superprovisorischen Massnahme anzuordnen, dass die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2010, D._____, geboren am tt.mm.2012 und E._____, geboren am tt.mm.2015, die zweite Hälfte der in der Stadt Zürich geltenden Schulferien, nämlich vom 2. August bis 18. August 2023 mit dem Kindsvater verbringen (act.)
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 7.7% MwSt.) zu Lasten der Gesuchstellerin.

Verfügung des Einzelgerichts:

(act. 3A)

1. Der Gesuchsgegner wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für berechtigt und verpflichtet erklärt, die Kinder C._____, geboren am tt.mm.2021, D._____, geboren am tt.mm.2012, und E._____, geboren am tt.mm.2015, von Mittwoch, 2. August 2023, bis Freitag, 18. August 2023, mit in die Ferien zu nehmen; er wird ausdrücklich ermächtigt, sein Ferienbesuchsrecht in Deutschland auszuüben.
2. [Schriftliche Mitteilung]
3. [Rechtsmittel: Berufung, 10 Tage, kein Fristenstillstand]

Berufungsanträge der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin:

(act. 2)

- "1. Die Verfügung vom 19. Juli 2023 sei im Dispositiv Ziffer-Nr. 1 aufzuheben und der Antrag des Gesuchsgegners/Berufungsbeklagten abzuweisen.
2. Vorliegende Berufung sei die aufschiebende Wirkung der Vollstreckung zu erteilen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten des Berufungsbeklagten.
4. Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr eine unentgeltliche Rechtsbeiständin in der Person der Unterzeichnerin zu bestellen.

5. Die Akten aus dem vorsorglichen Massnahmeverfahren (EF230005-L/Z2) seien beizuziehen."

Berufungsanträge des Gesuchsgegners und Berufungsbeklagten:

(act. 7)

1. Die Berufung sei abzuweisen und die Verfügung des Einzelgerichts, 5. Abteilung, des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Juli 2023, Proz. EF230055, sei zu bestätigen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Prozessualer Antrag

Es sei dem Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege sowie die unentgeltliche Rechtsvertretung durch Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, F._____, AG, ... [Adresse] zu bewilligen.

Erwägungen:

1.1. Die Parteien sind die Eltern von C._____, geb. tt.mm.2010, D._____, geb. tt.mm.2012, und E._____, geb. tt.mm.2015. Sie stehen sich in einem Scheidungsverfahren gegenüber, das am Amtsgericht Charlottenburg, Deutschland hängig ist. Mit Beschluss vom 17. November 2022 übertrug das Amtsgericht Kreuzberg der Gesuchstellerin und Berufungsklägerin (fortan Berufungsklägerin) das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder. Die Berufungsklägerin wohnt seit dem 25. November 2022 mit den drei Kindern in der Schweiz. Das Amtsgericht Kreuzberg hat mit Beschluss vom 21. März 2023 seine internationale Zuständigkeit für die Kinderbelange verneint.

1.2. Mit Eingabe vom 22. April 2023 wandte sich die Berufungsklägerin an die Vorinstanz und beantragte, es sei jedem Elternteil die Verantwortung für jeweils die hälftigen Schulferien im Laufe des Jahres zuzuweisen und festzulegen, dass sich die Parteien spätestens 6 Monate im Voraus darauf einigen, wer welche Hälfte übernimmt. Ausserdem beantragte sie eine Feiertagsregelung und verlangte vom Gesuchsgegner und Berufungsbeklagten (fortan Berufungsbeklagter) die Zahlung von Kinderunterhaltsbeiträgen. Mit Verfügung vom 2. Juni 2023 wurde der Berufungsbeklagte aufgefordert, in der Schweiz einen Zustellungsempfänger zu bezeichnen, am 8. Juni 2023 wurden die Parteien zur Verhandlung betreffend

vorsorgliche Massnahmen und Vergleichsverhandlung auf den 23. August 2023 vorgeladen. Am 20. Juni 2023 erstattete der Berufungsbeklagte bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Stadt Zürich (KESB) eine Gefährdungsmeldung, am 30. Juni 2023 bat er bei der Vorinstanz, es sei ihm zu ermöglichen, die hälftigen Sommerferien 2023 mit den Kindern in Deutschland zu verbringen. Mit Schreiben vom 6. Juli 2023 verwies der zuständige Einzelrichter am Bezirksgericht Zürich den Berufungsbeklagten darauf, dass seine Anzeige und Ausführungen in die Vergleichsverhandlung vom 23. August 2023 einfliessen könnten und neben den Kinderunterhaltsbeiträgen auch ein Besuchsrecht während der Schulferien und Feiertagen ein Thema sein werde. Der Einzelrichter liess dieses Schreiben auch der Berufungsklägerin zukommen und wies darauf hin, dass die Parteien allenfalls bilateral eine Lösung für eine Betreuung der in Kürze anstehenden Sommerferien fänden.

1.3. Am 18. Juli 2023 stellte der – mittlerweile anwaltlich vertretene – Berufungsbeklagte bei der Vorinstanz das vorstehend wiedergegebene Gesuch um supervisorische Massnahmen (act. 4/17), welches die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Juli 2023 als vorsorgliche Massnahme guthiess (act. 3A).

1.4. Dagegen erhob die Berufungsklägerin mit Eingabe vom 29. Juli 2023, eingegangen am 31. Juli 2023, Berufung und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 2).

1.5. Mit Verfügung vom 31. Juli 2023 wurde die Vollstreckbarkeit des vorinstanzlichen Entscheids einstweilen aufgeschoben und dem Berufungsbeklagten Frist zur Stellungnahme zum Antrag um aufschiebende Wirkung und Frist zur Berufungsantwort angesetzt (act. 5). Mit Eingabe vom 17. August 2023 (hierorts eingegangen am 18. August 2023) erstattete der Berufungsbeklagte rechtzeitig die Berufungsantwort mit den eingangs genannten Anträgen (act. 7). Am 22. August 2023 (Datum Poststempel) reichte der Berufungsbeklagte die Begründung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege samt Beilagen ein (act. 9).

1.6. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 4/1–20). Das Verfahren ist spruchreif.

2.1. Das Gericht tritt auf eine Klage oder auf ein Gesuch ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Eine Prozessvoraussetzung stellt das schutzwürdige Interesse der klagenden oder gesuchstellenden Partei dar (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO). Dieses sog. Rechtsschutzinteresse muss im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Prozesses bzw. der Anhängigmachung des Rechtsmittels vorhanden sein, ansonsten auf die Klage bzw. das Rechtsmittel nicht eingetreten werden kann. Das bedeutet für ein Rechtsmittel u.a., dass es geeignet sein muss, den gewünschten Erfolg herbeizuführen und einen wirtschaftlichen, ideellen oder materiellen Nachteil der das Rechtsmittel ergreifenden Partei zu beseitigen (vgl. SEILER, Die Berufung nach ZPO, N 533 und 546; STEINER, Die Beschwerde nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 320). Das war vorliegend der Fall, zumal im Zeitpunkt der Einreichung der Berufung die streitgegenständlich zweite Hälfte der Schulsommerferien 2023 noch bevorstand. Da das Gericht hier aber konkrete Fragen, mithin die Regelung des Ferienbesuchsrechts für die zweite Hälfte der Schulsommerferien 2023, und nicht bloss theoretische Fragen zu entscheiden hat, muss das Rechtsschutzinteresse auch noch im Zeitpunkt der Entscheidung aktuell sein. Fällt das Rechtsschutzinteresse während des Verfahrens definitiv weg, ist das Verfahren i.S.v. Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. zum Ganzen: CHK ZPO-SUTTER-SOMM/SEILER, Art. 242 N 8; PC CPC-HEINZMANN/BRAIDI, Art. 242 N 6; KRIECH, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 242 N 3 f. und 6; ENGLER, OFK-ZPO, 2. Aufl. 2015, Art. 242 N 2; BK ZPO-KILLIAS, Art. 242 N 10; BGE 146 III 416 E. 7.4; BGer 4A_226/2016 vom 20. Oktober 2016, E. 5).

2.2. Vorliegend ist die Berufungsantwort am 18. August 2023, mithin am letzten Tag des vom Berufungsbeklagten beantragten Ferienbesuchsrechts, bei der Kammer eingetroffen (vgl. act. 7). Mittlerweile sind die Schulsommerferien 2023 beendet. Damit ist das Rechtsschutzinteresse am vorliegenden Verfahren zufolge Zeitablaufs definitiv weggefallen. Das Verfahren ist i.S.v. Art. 242 ZPO als gegenstandslos abzuschreiben.

3.1. Im Rechtsmittelverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Da

es vorliegend einzig um die Regelung der Sommerferien 2023 geht, liegt eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vor. Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Gebühr nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen und beträgt in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung von § 6 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 GebV OG ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr auf Fr. 600.– festzusetzen.

3.2. Die Kosten des Verfahrens sind, wenn es um Kinderbelange geht gemäss obergerichtlicher Praxis grundsätzlich – unabhängig vom Ausgang des Verfahrens – 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). Vorliegend ist indes zu berücksichtigen, dass sich der anwaltlich vertretene Berufungsbeklagte zu einem Zeitpunkt mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizierte, als die Gegenstandslosigkeit des Berufungsverfahrens bereits evident war. Auch wenn der Berufungsbeklagte ein berechtigtes Interesse an der Regelung des Ferienbesuchsrechts mit seinen Kindern hatte, lagen bei Einreichung der Berufungsantwort am 18. August 2023 (mithin am letzten Tag seines beantragten Besuchsrechts) keine guten Gründe für den Antrag auf Abweisung der Berufung (mehr) vor. Es rechtfertigt sich daher, ihm die Kosten des Berufungsverfahrens aufzulegen (vgl. zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege hernach E. 4.1). Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn die Prozesskosten unter Berücksichtigung des mutmasslichen Prozessausgangs verteilt würden:

3.3.1. Der Berufungsbeklagte stellte vor Vorinstanz ein Gesuch um superprovisorische Massnahmen und verlangte, es sei ohne Anhörung der Gegenpartei anzuordnen, dass die drei Kinder vom 2. bis 18. August 2023 Ferien mit ihm verbringen sollten (act. 17). Er begründete sein Gesuch damit, dass die Kinder Ferien mit dem Vater wünschten und sich auf ihre alten Freunde, Schulkameraden, den Hund und die Grosseltern in Deutschland freuten. Er habe die Kinder seit dem Wegzug nur zwei Mal gesehen. Nicht miteinander verbrachte Ferien würden sich nicht nachholen lassen. Es bestehe besondere zeitliche Dringlichkeit, da der

Ferienanspruch in Bezug auf die Sommerferien 2023 bei einem Zuwarten bis zum Entscheid in der Hauptsache definitiv und vollständig vereitelt würde. Die Anordnung sei ausserdem verhältnismässig, da die verlangte hälftige Aufteilung der Sommerschulferien dem Antrag Ziff. 1 des Massnahmebegehrens der Berufungsklägerin entspreche (act. 4/17 Rz. 5 ff.).

3.3.2. Die Vorinstanz erwog, aus dem Massnahmebegehren der Berufungsklägerin vom 22. April 2023 gehe hervor, dass sie die hälftige Aufteilung der Schulferienbetreuung für die drei Kinder beantrage, ohne daran weitere Bedingungen zu knüpfen, weshalb insoweit übereinstimmende Anträge über die Aufteilung der Sommerferien vorlägen. Damit erübrige sich die Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme. Das Wohl der Kinder sei durch einen unbegleiteten Ferienumgang mit dem Berufungsbeklagten in Deutschland nicht gefährdet, weshalb es sich rechtfertige, die diesjährige Sommerferienbetreuung *als vorsorgliche Massnahme* anzuordnen (act. 3/1).

3.3.3. Die Berufungsklägerin wendet dagegen im Wesentlichen ein, die Vorinstanz habe ohne Prüfung der Voraussetzungen für die Anordnung einer superprovisorischen Massnahme – also willkürlich – entschieden. Es lägen keine übereinstimmenden Anträge vor. Richtig sei, dass die Aufteilung der Sommerferien zur gerichtlichen Beurteilung gestellt worden sei, aber lediglich in abstrakter Form. Die Aufteilung der konkreten Ferientage habe sie nicht zur Disposition des Gerichts gestellt. Die Parteien sollten sich antragsgemäss sechs Monate im Voraus darauf einigen, wer die erste und die zweite Hälfte der Schulferien übernehme. Die Ferientage seien im Übrigen bereits belegt und stünden nicht mehr zur Disposition (act. 2 S. 3 f.).

3.3.4. Der Berufungsbeklagte macht zusammengefasst geltend, falls die Vorinstanz die Voraussetzungen einer superprovisorischen Massnahme nicht ausreichend geprüft habe, dürfe sich dies nicht zu seinem Nachteil auswirken. Ausserdem sei konkret die hälftige Aufteilung der Schulferien von der Berufungsklägerin beantragt worden. Es sei klar, dass die "Vorlaufzeit" von sechs Monaten im Hinblick auf eine künftige gerichtliche Regelung gelten solle. Davon könne im laufenden Verfahren selbstverständlich abgewichen werden. Er habe Anspruch auf per-

sönlichen Verkehr mit den Kindern. Wenn die Berufungsklägerin argumentiere, auch die zweite Ferienhälfte sei bereits belegt, zeige dies klar auf, dass sie planmässig sein Besuchsrecht vereitle (act. 7 Rz. 9 ff.).

3.3.5. Der Berufungsbeklagte hat vor Vorinstanz ein Begehren um Erlass superprovisorischer Massnahmen gestellt. Gegen eine superprovisorische Anordnung steht kein Rechtsmittel zur Verfügung (BGE 137 III 417, E. 1.2-1.4, BGE 140 III 289 E. 2, BGer 5A_84/2018 vom 8. November 2018, E. 4). Angefochten werden kann grundsätzlich erst der Entscheid über die nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten ergangene *vorsorgliche Massnahme*, mit der die superprovisorische Massnahme bestätigt, geändert, aufgehoben oder ersetzt wird (BGE 140 III 289 E. 2). Die Vorinstanz hat indes explizit festgehalten, die Voraussetzungen einer superprovisorischen Massnahme nicht zu prüfen und gestützt auf die (vermeintlich) übereinstimmenden Anträge der Parteien, die Anordnung als *vorsorgliche Massnahme* anzuordnen (vgl. act. 3/1). Sie hat der Berufungsklägerin daher weder Frist zur Stellungnahme angesetzt, noch die Parteien zu einer Verhandlung vorgeladen, wie Art. 268 Abs. 2 ZPO dies vorsieht. Die Berufungsklägerin moniert das Vorgehen der Vorinstanz zu Recht als willkürlich. Ein Antrag auf Anordnung superprovisorischer Massnahmen kann zwar ohne Anhörung der Gegenpartei direkt als *vorsorgliche Massnahme* abgewiesen (vgl. Art. 253 ZPO), nicht aber gutgeheissen werden. Letzteres stellt eine schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs dar.

Die Vorinstanz verweist in ihrer Verfügung auf Art. 276 ZPO. Im Rahmen eherechtlicher Verfahren ist das Gericht bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen gar zur Durchführung einer Verhandlung verpflichtet (BGer 4A_451/2020 vom 12.11.2020, E. 5.1). Selbst wenn auf die Durchführung einer solchen ausnahmsweise verzichtet werden könnte (Art. 276 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 273 Abs. 1 ZPO), setzte dies Eingaben *beider* Parteien voraus, aufgrund dessen der Sachverhalt klar oder unbestritten ist. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Vorinstanz verweist zur Begründung ihres Entscheids auf das Massnahmebegehren der Berufungsklägerin vom 24. April 2023, aus welchem auf übereinstimmende Anträge zu schliessen sei, da die Berufungsklägerin die hälftige Aufteilung der Sommer-

schulferien beantrage, *ohne daran weitere Bedingungen zu knüpfen* (act. 3/1). Die Berufungsklägerin beantragte in ihrem Massnahmebegehren im Zusammenhang mit den Schulferien was folgt (act. 4/1):

"Jedem Elternteil sei die Verantwortung für jeweils die hälftigen Schulferien im Laufe des Jahres zuzuweisen. Es sei festzulegen, dass sich die Parteien spätestens 6 Monate im Voraus drauf einigen, wer die erste Hälfte der jeweiligen Schulferien und wer die zweite Hälfte übernimmt. Bei Uneinigkeit sei zu bestimmen, dass der Vater in den geraden Jahren und die Mutter in den ungeraden Jahren das Entscheidungsrecht hat."

Es trifft zwar zu, dass die Berufungsklägerin grundsätzlich die hälftige Ferienaufteilung beantragte, sie knüpfte dies aber explizit an die Bedingung, dass sich die Parteien sechs Monate im Voraus auf die konkrete Aufteilung einigen. Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung des Berufungsbeklagten, dass dies nur für die Anordnung eines gerichtlichen Besuchsrechts beantragt worden sei (act. 7 Rz. 9). Es ist ihm zwar zuzustimmen, dass die Parteien davon abweichen können, inwiefern die Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren in Bezug auf die Sommerschulferien 2023 von ihrem Antrag konkret abgewichen sein soll, legt er indes nicht dar. Dass keine übereinstimmenden Anträge hinsichtlich der Schulsommerferien 2023 vorliegen, ergibt sich auch aus dem von der Vorinstanz zitierten Mailverkehr, wo sich die Berufungsklägerin einstweilen (einzig) für begleitete Besuche in Zürich ausspricht (act. 4/18/2; act. 4/14/1; act. 4/14/3). Ohnehin hätten auch übereinstimmende Anträge der Parteien die Vorinstanz nicht davon entbunden, der Berufungsklägerin die Eingabe des Berufungsbeklagten vor dem Entscheid über die vorsorglichen Massnahmen zuzustellen. Das Vorgehen der Vorinstanz stellt eine schwerwiegende Gehörsverletzung dar, weshalb die Berufung gutzuheissen und das vorinstanzliche Urteil aufzuheben gewesen wäre. Der Berufungsbeklagte wäre folglich unterlegen, weshalb sich eine Kostenaufgabe auch unter diesem Aspekt rechtfertigte.

3.4. Wie gezeigt, ist von einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit auszugehen. Gestützt auf § 5 Abs. 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 AnwGebV beträgt die Grundgebühr für die Parteientschädigung in der Regel zwischen Fr. 1'400.– und Fr. 16'000.–. Zu berücksichtigen sind bei der Bemessung sodann die Reduktionsgründe nach

§ 4 Abs. 2, § 9 und § 13 Abs. 4 AnwGebV. Daraus ergibt sich für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– (zzgl. 7.7 % MwSt), welche der Berufungsbeklagte der Berufungsklägerin für das zweitinstanzliche Verfahren zu entrichten hat (vgl. zu seinem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege sogleich E. 4.1).

4.1. Beide Parteien stellten im vorliegenden Berufungsverfahren ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (act. 2 S. 2, act. 7 S. 2). Grundsätzlich hat eine Person Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn a) sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und b) ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Wie die vorstehenden Erwägungen (E. 2.2) zeigen, waren die Anträge des Berufungsbeklagten bereits aus prozessualen Gründen aussichtslos. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist damit abzuweisen. Das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Prozessführung ist angesichts der Kostenaufgabe an den Berufungsbeklagten abzuschreiben.

4.2. Zu prüfen bleibt das Gesuch der Berufungsklägerin, soweit damit um gerichtliche Bestellung einer Rechtsanwältin ersucht wird (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO).

4.3.1. Vorerst ist darauf hinzuweisen, dass die unentgeltliche Rechtspflege subsidiär gegenüber der Unterstützungspflicht aus dem Familienrecht ist. Dies gilt insbesondere bei der ehelichen Unterstützungspflicht (statt vieler: BGE 127 I 205). Es besteht daher die grundsätzliche Obliegenheit vom Ehegatten einen Prozesskostenvorschuss zu verlangen (WUFFLI/FUHRER, Handbuch unentgeltliche Rechtspflege im Zivilprozess, Zürich 2019, Rz. 168). Die unentgeltliche Rechtspflege ist dann zu gewähren, wenn der andere Ehegatte einen Prozesskostenvorschuss zu leisten nicht in der Lage ist oder der ihm auferlegte Vorschuss nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer 5A_562/2009 vom 22. Januar 2010, E. 5; BGer 8C_375/2009 vom 3. Juni 2009, E. 3.1). Verzichtet eine anwaltlich vertretene Partei auf ein Begehren um Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses, so hat sie ausdrücklich darzulegen, weshalb sie dies tut, so dass das Gericht diese Auffassung vorfrageweise prüfen kann (BGer 5A_928/2016 vom 22. Juni 2017, E. 8; BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1). Von diesem Erfordernis ist dort abzusehen, wo die Mittellosigkeit

des anderen Ehegatten manifest ist, so dass es einem überspitzten Formalismus gleichkäme, Ausführungen zu verlangen, weshalb kein Antrag um Leistung eines Prozesskostenvorschusses gestellt worden sei (BGer,5A_244/2019 vom 15. April 2019, E. 4.). Fehlt diese Begründung, kann das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ohne Weiteres abgewiesen werden (BGer 5A_508/2007 vom 3. Juni 2008, E. 5; zum Ganzen: OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022, E. V.2.3).

4.3.2. Die Berufungsklägerin stellt im Rahmen des Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Rechtsmittelverfahren kein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenvorschusses durch den Berufungsbeklagten, obwohl sie dies vor Vorinstanz noch tat und ausführte, sie wisse vom Hörensagen, dass der Berufungsbeklagte vermögend sei (act. 4/1 S. 8). Sie verzichtet darauf zu behaupten und darzulegen, dass und weshalb ein solcher Prozesskostenvorschuss (neu) uneinbringlich sei. Ebenso ist eine allfällige Mittellosigkeit des Berufungsbeklagten nicht bereits gestützt auf sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege manifest (vgl. auch OGer ZH LY210041 vom 6. April 2022, E. V.2.3), stehen dem doch die Behauptungen der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren entgegen. Das Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne der gerichtliche Bestellung einer Rechtsanwältin für das Berufungsverfahren ist daher abzuweisen.

4.3.3. Hinzu kommt, dass die Berufungsklägerin zur Begründung ihres Gesuchs pauschal auf ihre Klage vom 22. April 2023 verweist, mit welcher sie belegt habe, dass sie unter dem Existenzminimum lebe und Schulden von - EUR 74'830.- habe (act. 2 S. 18). Dass die unentgeltliche Rechtspflege in jedem Verfahren und vor jeder Instanz neu zu beantragen ist, bedeutet grundsätzlich, dass ihre Voraussetzungen jedes Mal neu zu behaupten und zu belegen sind. Dabei gilt im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich dieselbe Behauptungs-, Substantiiierungs- und Beweisführungslast wie im erstinstanzlichen Bewilligungsverfahren und es gelten dieselben Anforderungen an die Mitwirkungspflicht bei der Abklärung und Feststellung der Mittellosigkeit. Es obliegt daher auch im Rechtsmittelverfahren der gesuchstellenden Partei, ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie ihre finanziellen Verpflichtungen umfassend offenzulegen und zu

belegen (Art. 119 Abs. 1 und 2 ZPO; vgl. KUKO ZPO-Jent-Sørensen, 3. Aufl. 2021, Art. 119 N 10; ZK ZPO-Emmel, 3. Aufl. 2016, Art. 119 N 6). Ein Verweis auf *genau bezeichnete* Vorakten, deren Inhalt noch aktuell ist, wäre zwar zulässig. Vorliegend verweist die Berufungsklägerin aber bloss pauschal auf ihre vorinstanzliche Klage. In dieser finden sich unter dem Titel "unentgeltliche Rechtspflege" keinerlei konkrete Einkommens- und Bedarfszahlen der Berufungsklägerin. Ohne Verweis auf konkrete Ausführungen steht bloss "die Einkommensverhältnisse der Gesuchstellerin sind bereits belegt". Sodann folgen Ausführungen zur Schuldensituation (act. 4/1 S. 17 f.). Wollte die Berufungsklägerin auf ihre Ausführungen zum Kinderunterhalt verweisen (act. 4/1 S. 11), hätte sie dies in der Berufungsschrift konkret anzugeben gehabt, insbesondere auch deshalb, weil sich die Bedarfsberechnung im Rahmen der Beurteilung der Mittellosigkeit nach anderen Grundsätzen richtet als die Unterhaltsberechnung und daher dort diverse Positionen aufgeführt sind, welche nicht berücksichtigt werden könnten (insbes. Stromkosten, VVG-Prämien und Schuldverpflichtungen ohne Abzahlungsbelege). Da aber ein konkreter Verweis fehlt und es nicht Aufgabe des Gerichts ist, die Rechtsschriften der Parteien nach konkreten Behauptungen zu durchsuchen und von sich aus relevante Stellen beizuziehen, wäre das Gesuch der Berufungsklägerin um unentgeltliche Rechtspflege auch aus diesem Grund abzuweisen.

Es wird beschlossen:

1. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch des Berufungsbeklagten um unentgeltliche Rechtspflege wird vollumfänglich abgewiesen.
3. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege bezüglich der Befreiung von Gerichtskosten für das vorliegende Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
4. Das Gesuch der Berufungsklägerin um Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin wird abgewiesen.

5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 600.– festgesetzt und dem Berufungsbeklagten auferlegt.
6. Der Berufungsbeklagte wird verpflichtet, Rechtsanwältin Dr. X. _____ für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.– zzgl. 7.7% MwSt, mithin total Fr. 2'154.–, zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsklägerin unter Beilage der Doppel von act. 7 u. act. 8/1+2, die Obergerichtskasse und an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.
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 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 Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw J. Camelin-Nagel

versandt am: