

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LD170001-O/U, damit vereinigt Geschäfts-Nr. RD170001-O

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

Beschluss und Urteil vom 10. Juli 2017

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Advokatin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsgegner und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y. _____

sowie

Kanton Zürich,

Beschwerdegegner

vertreten durch Bezirksgericht Zürich

betreffend **Anweisung an den Schuldner und unentgeltliche Rechtspflege**

Berufung und Beschwerde gegen zwei Verfügungen des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 27. Januar 2017 (EF160014-L)

Rechtsbegehren der Gesuchstellerin:

(Urk. 1 i.V.m. Urk. 5)

- "1. Es sei die Fachhochschule C.____ (C'.____), ... [Adresse], anzuweisen, vom dem Gesuchbeklagten auszubehandelnden Lohn monatlich jeweils den Betrag von CHF 3'600.– in Abzug zu bringen und direkt der Gesuchsklägerin auf ihr Konto bei der D.____ [Bank] IBAN ..., auszubezahlen.
2. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei der Gesuchsklägerin für das vorliegende Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege mit der Unterzeichnenden als ihre Rechtsvertreterin zu bewilligen.
3. Unter o/e Kostenfolge zulasten des Gesuchsbeklagten."

Rechtsbegehren des Gesuchsgegners:

(Urk. 9)

- "1. Das Gesuch um Schuldneranweisung gemäss Art. 291 ZGB sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Dem Gesuchsgegner sei die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne der Art. 117 ff. ZPO für dieses Verfahren zu gewähren, und es sei ihm in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin eine Prozessvertreterin beizugeben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Gesuchstellerin, eventuell zu Lasten der Staatskasse, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%."

**Verfügungen des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am
Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 27. Januar 2017:**

(Urk. 12 S. 8 f. = Urk. 17 S. 8 f.):

Verfügung I:

1. Das Gesuch der Gesuchstellerin um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Dem Gesuchsgegner wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. (Schriftliche Mitteilung).
4. (Rechtsmittelbelehrung: Beschwerde, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gem. Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Verfügung II:

1. Auf das Gesuch um Schuldneranweisung wird nicht eingetreten.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Gesuchstellerin auferlegt.
4. Der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Gesuchsgegners Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y. _____ wird eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'620.– (inkl. MwSt.) zugesprochen.
5. (Schriftliche Mitteilung).
6. (Rechtsmittelbelehrung: Berufung, Frist 10 Tage, Hinweis auf fehlenden Fristenstillstand gem. Art. 145 Abs. 2 ZPO).

Berufungs- und Beschwerdeanträge:

der Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin (Urk. 16 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 27. Januar 2017 aufzuheben und es sei die Streitigkeit zur materiellen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung-Einzelgericht vom 27. Januar 2017 aufzuheben und sei die Streitsache an das sachlich zuständige Gericht zur materiellen Beurteilung zu überweisen.

3. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung-Einzelgericht vom 27. Januar 2017 aufzuheben und es sei das von der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutzuheissen, eventualiter sei das von der Berufungsklägerin im vorinstanzlichen Verfahren eingereichte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Es sei die Verfügung des Bezirksgerichts Zürich 3. Abteilung-Einzelgericht vom 27. Januar 2017 aufzuheben und es sei der Kostenentscheid im vorinstanzlichen Verfahren insoweit abzuändern, als dass der Berufungsklägerin für jenes Verfahren keine Gerichtskosten auferlegt werden und sie der unentgeltlichen Rechtsvertreterin des Berufungsbeklagten keine Parteienschädigung auszurichten hat, eventualiter sei der Kostenentscheid der Vorinstanz zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen.
5. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei der Berufungsklägerin für die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des vorliegenden Verfahrens die unentgeltliche Rechtspflege mit der Unterzeichnenden als ihre Rechtsvertreterin zu bewilligen.
6. Unter o/e Kostenfolge zu Lasten des Berufungsbeklagten."

des Berufungsbeklagten (Urk. 26 S. 2):

- "1. Die Berufung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Dem Berufungsbeklagten sei die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ff. ZPO für dieses Verfahren zu gewähren, und es sei ihm in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin eine Prozessvertreterin beizugeben.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin, eventuell zu Lasten der Staatskasse, zuzüglich Mehrwertsteuer von 8%."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Urteil vom 19. Dezember 2014 des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, wurden die Parteien geschieden und die von ihnen geschlossene Scheidungsvereinbarung genehmigt. Gemäss Dispositivziffer 4.11 jenes Urteils hat sich der Gesuchsgegner und Berufungsbeklagte (fortan Gesuchsgegner) verpflichtet, der Gesuchstellerin, Berufungsklägerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) ab 1. Januar 2015 für jedes der beiden gemeinsamen Kinder E._____, geboren am tt.mm.2006, und F._____,

geboren am tt.mm.2008, monatliche Kinderunterhaltsbeiträge von je Fr. 1'600.– pro Monat zuzüglich die gesetzlichen Kinderzulagen zu bezahlen (Urk. 3/1 S. 6 f.).

2. Am 19. August 2016 reichte der Gesuchsgegner beim Einzelgericht im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, ein Begehren um Abänderung des genannten Scheidungsurteils betreffend die Kinderbelange inkl. Kinderunterhalt ein (Urk. 3/2 S. 2). In der Folge wurde das Verfahren FP160119-L angelegt. Dieses Verfahren wurde mit Urteil vom 16. Juni 2017 abgeschlossen (Urk. 50 in Geschäfts Nr. FP160119-L).

3.1 Am 31. Oktober 2016 reichte die Gesuchstellerin vor Vorinstanz ein Begehren um Schuldneranweisung mit eingangs aufgeführten Begehren ein und stellte ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 1 S. 2). In der Folge wurde dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 22. November 2016 Frist zur Beantwortung des Gesuchs angesetzt (Urk. 6). Die entsprechende Stellungnahme datiert vom 28. Dezember 2016 (Urk. 9). Schliesslich ergingen am 27. Januar 2017 vorgenannte Verfügungen (Urk. 12 S. 8 f. = Urk. 17 S. 8 f.).

3.2 Hiergegen erhob die Gesuchstellerin mit Schreiben vom 13. Februar 2017 innert Frist Berufung mit den eingangs aufgeführten Anträgen (Urk. 16 S. 2).

3.3 Mit Verfügung vom 4. April 2017 wurde den Parteien angezeigt, dass die Akten des Verfahrens FP160119-L beigezogen wurden. Sodann wurde dem Gesuchsgegner Frist zum Erstellen der Berufungsantwort angesetzt (Urk. 25). Diese erfolgte innert Frist am 18. April 2017 mit dem Antrag auf kostenfällige Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werde. Sodann stellte der Gesuchsgegner ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 26 S. 2). Mit Verfügung vom 19. April 2017 wurde das Doppel der Berufungsschrift der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 30). Hierauf erstattete die Gesuchstellerin am 4. Mai 2017 eine weitere Stellungnahme, welche dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 18. Mai 2017 zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 31). Weitere Eingaben erfolgten nicht.

4. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Vorbringen der Parteien ist nur insoweit einzugehen, als sie für den Entscheid relevant sind.

II. Prozessuales

1. Die Gesuchstellerin hat ihr Begehren um Schuldneranweisung auf Art. 291 ZGB gestützt (Urk. 1 S. 3). Damit beantragte sie eine Zwangsvollstreckungsmassnahme sui generis (vgl. BGE 137 III 193 E. 1.1 und 1.2 m.w.H.). Dabei ist zu beachten, dass mit Art. 302 Abs. 1 lit. c ZPO ein nach Art. 248 lit. a ZPO vom Gesetz bestimmter Fall vorliegt, welcher – grundsätzlich (hierzu nachfolgend) – unter die Zuständigkeit des Einzelgerichts im summarischen Verfahren fällt (§ 24 lit. d GOG). Damit aber ist nicht das Vollstreckungsgericht nach Art. 335 ff. ZPO zuständig, weshalb das Verfahren nach Art. 291 ZGB nicht unter den Berufungsausschluss von Art. 309 lit. a ZPO fällt. Dementsprechend ist die Berufung gegen die vorinstanzliche Verfügung betreffend Schuldneranweisung nach Art. 291 ZGB zulässig. Die Gesuchstellerin hat ihre Eingabe denn auch richtigerweise als Berufung bezeichnet.

2. Gegen einen Entscheid, mit welchem die unentgeltliche Rechtspflege ganz oder teilweise abgelehnt oder entzogen wird, ist hingegen die Beschwerde gegeben (Art. 121 ZPO). Bei diesem Entscheid handelt es sich um eine prozessleitende Verfügung. An dieser Qualifikation ändert sich auch nichts, wenn sie zusammen mit dem Entscheid in der Hauptsache gefällt wird (BGer 4A_507/2011 vom 1. November 2011, E. 2.1; BGer 5D_35/2008 vom 16. Juni 2008, E. 1.1). Damit ist gegen die gänzliche oder teilweise Ablehnung bzw. den gänzlichen oder teilweisen Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege lediglich die Beschwerde gegeben und zwar unabhängig davon, ob der Entscheid separat als prozessleitender Entscheid oder zusammen mit dem Endentscheid in der Hauptsache ergeht. Entsprechend kommt es – entgegen der Ansicht der Gesuchstellerin, wonach mit dem Rechtsmittel in der Hauptsache gleichzeitig auch der Entscheid betreffend unentgeltliche Rechtspflege angefochten werden könne (Urk. 16 S. 3) – vorliegend zu einer Spaltung des Rechtsmittelweges (vgl. hierzu auch ausführlich

ZPO-Rechtsmittel-Hoffmann-Nowotny, Art. 308 N 34 f. und Art. 319 N 22.3 und N 36; Gehri, OFK-ZPO, Art. 121 N 1; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 121 N 1). Der Vollständigkeit halber bleibt darauf hinzuweisen, dass die Auffassung der Gesuchstellerin nur hinsichtlich der Anfechtung des Kostenentscheides zutreffend ist. Dies ergibt sich indes bereits aus dem Gesetzeswortlaut, wonach die Beschwerde bei Anfechtung des Kostenentscheides nur dann gegeben ist, wenn dieser *selbständig* angefochten wird (vgl. Art. 110 ZPO; Jenny in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Art. 110 N 2 f.). Eine solche Formulierung findet sich in Art. 121 ZPO gerade nicht. Demnach aber kann diese Regelung – entgegen den Lehrmeinungen von Tappy und Bühler (vgl. Tappy in CPC, Art. 121 N 13; BK ZPO-Bühler, Art. 121 N 6) – nicht auf Art. 121 ZPO übertragen werden. Daran ändert auch nichts, dass verschiedenartige Anordnungen in einem einheitlich eröffneten Entscheid enthalten sein können. Dementsprechend aber ist die Rechtsmittelschrift der Gesuchstellerin vom 13. Februar 2017 hinsichtlich der Anfechtung der Erstverfügung der Vorinstanz vom 27. Januar 2017, mit welcher das Gesuch der Gesuchstellerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen worden ist, als Beschwerde entgegen zu nehmen. Hierfür wurde unter der Geschäfts-Nr. RD170001-O ein separates Verfahren angelegt.

3. Da das Verfahren um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege ein solches zwischen der gesuchstellenden Partei und dem Staat ist, richtet sich die Beschwerde gegen einen die unentgeltliche Rechtspflege abweisenden Entscheid gegen den Kanton (vgl. BGE 140 III 501 E. 4.1.2; BGE 139 III 334 E. 4.2). Auch wenn sich demnach in den beiden Rechtsmittelverfahren unterschiedliche Parteien gegenüberstehen, rechtfertigt sich vorliegend eine Vereinigung der beiden Verfahren, da sich deren Themen grösstenteils überschneiden (so ist die Frage der Aussichtslosigkeit des gestellten Gesuchs eng mit der Frage verbunden, ob die Vorinstanz zu Recht oder Unrecht auf das Begehren um Schuldneranweisung nicht eingetreten ist). Entsprechend ist das Beschwerdeverfahren RD170001-O mit dem vorliegenden Berufungsverfahren zu vereinigen, unter der Prozessnummer LD170001-O weiterzuführen und als dadurch erledigt abzuschreiben. Die Akten des Verfahrens RD170001-O werden als Urk. 22/16-18 zu den Akten des vor-

liegenden Prozesses genommen. Zwar gelten für das Berufungs- und das Beschwerdeverfahren verschiedene Verfahrensbestimmungen, doch wirkt sich das vorliegend nur bezüglich der unterschiedlichen Prüfungsbefugnisse aus, da beide Verfahren spruchreif sind.

III. Entscheid der Vorinstanz und Vorbringen der Parteien

1. Die Vorinstanz war aufgrund der Bezeichnung der Eingabe der Gesuchstellerin als "neuer Fall" davon ausgegangen, dass diese in einem separaten Verfahren um Schuldneranweisung ersucht habe (Urk. 17 S. 4 und S. 6). In der Folge war sie zum Schluss gekommen, dass während eines laufenden Abänderungsverfahrens kein separates Verfahren betreffend Schuldneranweisung anzuheben sei, sondern dies im Rahmen eines Gesuchs um Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu stellen wäre. Entsprechend verneinte die Vorinstanz die sachliche Zuständigkeit des Einzelgerichts im summarischen Verfahren und hielt fest, dass die Zuständigkeit beim Gericht liege, welches über die Abänderung zu entscheiden habe (Urk. 17 S. 4 ff. mit Verweis auf ZR 108/2009 Nr. 58 und *OGer ZH LD140006-O vom 04.12.2014, S. 5-8, E. C.2-C.5*). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wies sie in der Folge wegen Aussichtslosigkeit des Begehrens ab (Urk. 17 S. 7).

2. Die Gesuchstellerin beanstandet die Ansicht der Vorinstanz im Kern nicht, macht indes geltend, dass überspitzter Formalismus vorliege: Sie habe ihr Gesuch korrekterweise an das Bezirksgericht Zürich adressiert. Es dürfe wegen der blossen Bezeichnung als "neuer Fall" nicht darauf geschlossen werden, dass sie zwingend ein anderes sachlich zuständiges Gericht habe anrufen wollen als dasjenige, welches für das Abänderungsverfahren zuständig sei. So handle es sich beim Verfahren um Schuldneranweisung um ein separates summarisches Verfahren und nicht um das Hauptverfahren betreffend Abänderung des Scheidungsurteils. Damit handle es sich streng genommen um zwei Verfahren, weshalb die Bezeichnung als "neuer Fall" durchaus korrekt sei. So gebe es auch verschiedene kantonale Gerichte, beispielsweise im Kanton Aargau, welche für ein

Scheidungs- oder Abänderungsverfahren eine andere Verfahrensnummer verwenden würden als für das summarische Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Rahmen eines solchen Scheidungs- bzw. Abänderungsprozesses. Dabei sei auch in solchen Fällen dasselbe Gericht mit den beiden Streitsachen befasst, dennoch handle es sich um zwei verschiedene Verfahren mit verschiedenen Verfahrensnummern. Nur aufgrund der Bezeichnung "neuer Fall" könne daher nicht geschlossen werden, sie habe ihr Gesuch beim sachlich unzuständigen Gericht eingereicht, zumal das Gesuch korrekt adressiert gewesen sei. Damit hätte die Vorinstanz entweder bei ihr in Bezug auf die Bezeichnung als "neuer Fall" nachfragen müssen oder den Fall direkt gerichtsintern dem mit dem Abänderungsverfahren betrauten Gericht weiterleiten müssen. Schliesslich sei vorliegend explizit darauf hinzuweisen, dass dieselbe Richterin, welche die angefochtene Verfügung vom 27. Januar 2017 erlassen habe, auch mit dem Abänderungsverfahren befasst sei. Zu beachten sei im Übrigen auch, dass ihre Rechtsvertreterin grundsätzlich an den Gerichten im Raum Basel praktiziere und ihr daher die Verteilung der Geschäfts-Nummern beim Bezirksgericht Zürich nicht geläufig sei. Dies hätte zusätzlich berücksichtigt werden müssen (Urk. 16 S. 2 ff.). Entsprechend hätten ihr auch keine Kosten und keine Verpflichtung zur Zahlung einer Parteientschädigung auferlegt werden dürfen (Urk. 16 S. 5 f.).

3. Hinsichtlich ihres Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bringt die Gesuchstellerin vor, dass nach dem Gesagten nicht von der Aussichtslosigkeit ihres Begehrens habe ausgegangen werden können, da auf ihr Gesuch einzutreten und dieses dem Abänderungsverfahren zuzuordnen gewesen wäre (Urk. 16 S. 5).

4. Der Gesuchsgegner bringt vor, dass die Gesuchstellerin ihre Eingabe mit "neuer Fall" bezeichnet und mit keinem Wort erwähnt habe, dass es sich dabei um eine vorsorgliche Massnahme im Rahmen des laufenden Abänderungsverfahrens betreffend das Scheidungsurteil vom 19. Dezember 2014 handeln solle. Da es sich bei der Schuldneranweisung um eine Zwangsvollstreckungsmassnahme handle, wäre sie ohnehin nicht auf das Abänderungsverfahren anwendbar, sondern könnte nur im Anschluss an das Verfahren angeordnet werden. Da auf-

grund des noch laufenden Abänderungsverfahrens die Höhe der Unterhaltsleistungen noch nicht bekannt sei, könne eine solche Zwangsvollstreckung logischerweise auch noch nicht angeordnet werden. Schliesslich hält der Gesuchsgegner dafür, dass der Gesuchstellerin kein Nachteil erwachse, da sie die Möglichkeit habe, Kindesunterhalt auf anderem Wege geltend zu machen und dafür nicht auf das Institut der Schuldneranweisung ausweichen müsse. Entsprechend liege auch kein überspitzter Formalismus vor. Abgesehen davon wäre die Schuldneranweisung so oder anders nicht zulässig, da sie die Nichtbezahlung der Unterhaltsbeiträge voraussetze (Urk. 26 S. 2 ff.). Schliesslich äussert sich der Gesuchsgegner auch zu den Einwendungen der Gesuchstellerin zur Abweisung ihres Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie zu deren Gesuch im Rechtsmittelverfahren (Urk. 26 S. 4 ff.).

IV. Berufung

1. Aus Art. 302 Abs. 1 lit. c ZPO ergibt sich, dass das summarische Verfahren nur ausserhalb eines Prozesses über die Unterhaltspflicht greifen soll. Ein Abänderungsprozess ist aber ein solcher Prozess. Entsprechend hätte der Antrag auf Schuldneranweisung im Rahmen des Abänderungsverfahrens gestellt werden müssen. Dies war aber nicht der Fall. So ist der Abänderungsprozess FP160019-L seit dem 22. August 2016 hängig. Gleichentags erging die Zuteilungsverfügung an die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin (Geschäfts-Nr. FP160019-L, Urk. 4/2). Hierauf nahm diese denn auch mit Schreiben vom 25. August 2016 Bezug (Geschäfts-Nr. FP160119-L, Urk. 8). Schliesslich ergingen im genannten Verfahren am 27. September 2016 und 18. Oktober 2016 weitere Verfügungen zuhanden der Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin (Geschäfts-Nr. FP160119-L, Urk. 15 und Urk. 22). Am 18. November 2016 reichte die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin eine Rechtsschrift ein, wobei sie darin explizit auf das Abänderungsverfahren hinwies (Geschäfts-Nr. FP160119-L, Urk. 24).

Mitten im Abänderungsverfahren stellte die rechtskundig vertretene Gesuchstellerin am 31. Oktober 2016 ein Gesuch um "Lohnanweisung" (Urk. 1). Dort

wies sie zwar auf das frühere Scheidungsurteil hin; entgegen ihrer früheren Eingabe vom 25. August 2016 im Abänderungsverfahren FP160119-L verwies sie im Ingress hingegen nicht auf die Prozessnummer FP160019-L, sondern überschrieb ihre Eingabe mit "Neuer Fall". Damit aber gab sie klar zum Ausdruck, dass sie ein *selbständiges Verfahren im Sinne von Art. 302 Abs. 1 lit. c ZPO* anstrebt. Dies ist indes – wie von der Vorinstanz zutreffend ausgeführt – nicht zulässig. Nach dem Gesagten aber kann der Vorinstanz nicht vorgehalten werden, überspitzt formalistisch gehandelt zu haben. So kann auch der weiteren Argumentation der Gesuchstellerin nicht gefolgt werden: Der Einwand des hauptsächlichen Praktizierens ihrer Rechtsvertreterin im Raum Basel greift nicht, da von einer Rechtsanwältin Kenntnis über die massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen erwartet werden kann. Damit aber ist auch Kenntnis über kantonale Vorschriften vorausgesetzt, auch wenn die Rechtsvertreterin in diesem Kanton üblicherweise nicht praktiziert. Des Weiteren hätte sich die Rechtsvertreterin der Gesuchstellerin bei der Vorinstanz über die Geschäftsverteilung innerhalb des Gerichts, welches auch für das Abänderungsverfahren zuständig ist, zwar nicht informieren müssen, aber informieren können. Letztlich aber spielt die Geschäftsverteilung beim Bezirksgericht Zürich vorliegend keine Rolle: Ausschlaggebend ist nämlich nicht, ob ein Gericht für ein Hauptverfahren und ein z.B. damit in Zusammenhang stehendes Massnahmeverfahren zwei Verfahrensnummern wählt oder nicht; massgeblich ist vorliegend einzig, dass die Gesuchstellerin ihr Gesuch um Schuldneranweisung nicht im Rahmen des bereits hängigen Abänderungsverfahrens gestellt, sondern explizit mit dem Hinweis "neuer Fall" ein eigenständiges Verfahren angestrebt hat. Der Antrag lautete lediglich wie eingangs aufgeführt; ein Antrag im Rahmen des Abänderungsverfahrens kann daraus nicht abgeleitet werden. Ebenso wenig konnte ein solches Begehren der Gesuchsbegründung entnommen werden. Schliesslich nahm die Gesuchstellerin in ihrer Begründung auch lediglich dahingehend Bezug auf das Abänderungsverfahren um aufzuzeigen, dass der Gesuchsgegner von der Fachhochschule C._____ monatliche Lohnüberweisungen erhalte (vgl. Urk. 1 S. 3 Rz. 3). Damit ist unerheblich, ob an anderen Gerichten für die vorsorgliche Anordnung von Massnahmen in einem Scheidungs- bzw. Abänderungsverfahren eine vom Hauptverfahren gesonderte Geschäftsnummer ver-

wendet wird oder nicht. Entscheidend ist, dass die Gesuchstellerin einen "neuen Fall" beurteilen lassen wollte. Der Argumentation der Gesuchstellerin ist daher der Boden entzogen. Schliesslich bleibt die Gesuchstellerin auf Art. 63 ZPO zu verweisen: eine Überweisung an das zuständige Gericht kann nicht von Amtes wegen erfolgen. Damit hat die Vorinstanz zu Recht einen Nichteintretensentscheid erlassen. Entsprechend hat es damit sein Bewenden.

2. Ausgangsgemäss bleibt es demnach bei der erstinstanzlich festgelegten Kosten- und Entschädigungsregelung. Gegen die jeweilig festgesetzte Höhe hat die Gesuchstellerin sodann keine Einwendungen vorgebracht.

3. Demgemäss erweist sich die Berufung als unbegründet. Die Berufung ist abzuweisen.

V. Beschwerde

1. Da die Vorgehensweise der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist, ist diese auch zu Recht von der Aussichtslosigkeit des Gesuchs um Schuldneranweisung ausgegangen. Somit bleibt es hinsichtlich des abgewiesenen Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beim vorinstanzlichen Ergebnis, zumal die Gesuchstellerin diesbezüglich keine weiteren Argumente vorbringt und die Berufung abzuweisen ist.

2. Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unbegründet; diesbezüglich kann vom Einholen einer Beschwerdeantwort abgesehen werden (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Die Beschwerde ist abzuweisen.

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen, unentgeltliche Rechtspflege

1. Die Entscheidunggebühr für das vereinigte Rechtsmittelverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzulegen. Dabei ist die Gesuchstellerin der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass Art. 119 Abs. 6

ZPO lediglich für das Gesuchsverfahren, nicht jedoch für ein gegen den abschlägigen Gesuchsentscheid gerichtetes Beschwerdeverfahren gilt, weshalb vorliegend auch für das Beschwerdeverfahren Kosten zu erheben sind. Die Kosten sind der unterliegenden Gesuchstellerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO).

2. Ausgangsgemäss wird die Gesuchstellerin entschädigungspflichtig. Zu beachten ist, dass dem Gesuchsgegner im Verfahren betreffend die unentgeltliche Rechtspflege der Gesuchstellerin keine Parteistellung zukommt, da es sich um ein Verfahren zwischen dem Gesuchsteller und dem Staat handelt (Botschaft zur ZPO vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7221 ff., S. 7303). Zwar sieht Art. 119 Abs. 3 Satz 2 ZPO vor, dass die Gegenpartei angehört werden kann; denn oft vermag sie zur Abklärung der Vermögens- und Einkommensverhältnisse sowie vor allem der Erfolgsaussichten beizutragen. Dies ist aber gerade nicht Ausdruck einer Parteistellung, fehlt doch ein schutzwürdiges Interesse, sich in das Verhältnis zwischen dem Gesuchsteller und dem Staat einzumischen, das durch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestaltet wird. Demgemäss räumt die ZPO der Gegenpartei der um unentgeltliche Rechtspflege ersuchenden Partei grundsätzlich auch kein Rechtsmittel gegen den entsprechenden Entscheid ein (Art. 121 ZPO; BGE 139 III 334 E. 4.2; BGer 5A_29/2013 vom 4. März 2013, E. 1.1.; BGer 5A_381/2013 vom 19. August 2013, E. 3.2 und 4.2 mit Hinweis auf BBI 2006, S. 7303). Anders ist dies nur, wenn die unentgeltliche Rechtspflege eine Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Parteientschädigung umfassen soll (Art. 119 Abs. 3 Satz 3 ZPO; vgl. Botschaft, a.a.O., S. 7303). Solches macht der Gesuchsgegner nicht geltend. Damit aber ist ihm für die diesbezüglichen Aufwendungen keine Entschädigung zuzusprechen. Für den übrigen Aufwand ist die Entschädigung in Anwendung von § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV in Verbindung mit § 4 Abs. 1 und 3 sowie § 9 AnwGebV auf Fr. 1'000.– zzgl. 8% MwSt., d.h. auf Fr. 1'080.– festzusetzen. Entsprechend ist die Gesuchstellerin zur Zahlung der festgesetzten Entschädigung an den Gesuchsgegner zu verpflichten.

3.1 Beide Parteien haben für das vorliegende Rechtsmittelverfahren einen Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt (Urk. 16 S. 2; Urk. 26 S. 2).

3.2 Die Vorinstanz gewährte der Gesuchstellerin mit Verfügung vom 21. Februar 2017 im Verfahren FP160119-L und dem Gesuchsgegner mit Verfügung vom 27. Januar 2017 im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 35 in Geschäfts-Nr. FP160119-L; Urk. 17). Sodann bestellte sie der Gesuchstellerin Advokatin lic. iur. X._____ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin (Urk. 35 in Geschäfts-Nr. FP160119-L; Urk. 17 S. 8). In finanzieller Hinsicht ist nach Einsicht in die eingereichten Unterlagen davon auszugehen, dass sich die diesbezüglichen Verhältnisse der Parteien seit dem 27. Januar 2017 bzw. 21. Februar 2017 nicht verbessert haben (vgl. Urk. 16 S. 6 ff.; Urk. 19/5-15; Urk 26 S. 7 ff.; Urk. 28/2-38.). Sodann können die jeweiligen Rechtsstandpunkte nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Damit ist der Gesuchstellerin für das Rechtsmittelverfahren und dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO in Verbindung mit Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO unter Hinweis auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 Abs. 1 ZPO zu gewähren. Der Gesuchstellerin ist Advokatin lic. iur. X._____ und dem Gesuchsgegner Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y._____ als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

VII.

Eine Minderheit des Gerichts hat in Anwendung von § 124 GOG eine abweichende Meinung verfasst (Urk. 34).

Es wird beschlossen:

1. Die Rechtsmittelschrift wird hinsichtlich der angefochtenen Dispositivziffer 1 der Erstverfügung des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 27. Januar 2017 betreffend Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege als Beschwerde entgegengenommen.

2. Das Beschwerdeverfahren RD170001-O wird mit dem vorliegenden Berufungsverfahren LD170001-O vereinigt und als dadurch erledigt abgeschrieben.
3. Der Gesuchstellerin wird für das Rechtsmittelverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihr in der Person von Advokatin lic. iur. X._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
4. Dem Gesuchsgegner wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin mag. iur. et lic. oec. publ. Y._____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
5. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und die Verfügung II des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 27. Januar 2017 wird bestätigt.
2. Die Beschwerde betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird abgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Gesuchstellerin auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
5. Die Gesuchstellerin wird verpflichtet, dem Gesuchsgegner für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'080.– (inkl. 8% MwSt.) zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je unter Beilage einer Kopie von Urk. 34, sowie je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG und betreffend Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert in der Hauptsache 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, 10. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:
mc