

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE120014-O/U

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Dr. G. Pfister und
Dr. H.A. Müller sowie Gerichtsschreiber lic. iur. B. Häusermann

Beschluss vom 14. Mai 2012

in Sachen

A._____,

Beklagter und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. Y._____,

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Horgen vom 17. Januar 2012 (EE110091)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien stehen sich seit dem 12. Oktober 2011 im Eheschutzverfahren gegenüber (Urk. 1). Am 17. Januar 2012 erliess das Einzelgericht am Bezirksgericht Horgen (nachfolgend: Vorinstanz) das Urteil, mit dem die Parteien zur Aufhebung des gemeinsamen Haushalts berechtigt erklärt und die Folgen gemäss Art. 176 ZGB geregelt wurden. Für die Eheschutzregelungen im Einzelnen und den Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Prozessgeschichte und das Dispositiv im Urteil der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 32 S. 2-5 und S. 26-28). Dieses Urteil wurde dem Beklagten am 1. Februar 2012 zugestellt (Urk. 25/2).

2. Mit Eingabe vom 9. Februar 2012 erhob der Beklagte fristgerecht Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz vom 17. Januar 2012. Mit der Berufung verlangte er primär, es sei auf die Klage nicht einzutreten (und damit sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Urteils), eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz und subeventualiter Änderungen des angefochtenen Urteils in diversen Punkten (vgl. dazu im Einzelnen Urk. 31 S. 2-4).

Mit Verfügung vom 23. Februar 2012 wurde dem Beklagten u.a. Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu leisten (Urk. 36).

Am 24. Februar 2012 ersuchte die Klägerin mit einer ersten Eingabe um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 37); mit einer zweiten Eingabe beantragte sie bezüglich einzelner Regelungen im angefochtenen Urteil die Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckung i.S.v. Art. 315 Abs. 2 ZPO bzw. die vorzeitige direkte Vollstreckung im Sinne von Art. 236 Abs. 3 ZPO i.V.m. Art. 344 Abs. 1 ZPO (Urk. 40 S. 2).

Mit Verfügung vom 29. Februar 2012 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zu den Gesuchen der Klägerin Stellung zu nehmen (Urk. 44).

Am 19. März 2012 nahm der Beklagte rechtzeitig zu den Gesuchen der Klägerin Stellung (Urk. 45).

Am 20. März 2012 ersuchte der Beklagte u.a. um Aufschub der Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses und um Bewilligung von Ratenzahlungen (Urk. 46).

Mit Verfügung vom 26. März 2012 wurde u.a. auf die Gesuche der Klägerin um Bewilligung der vorzeitigen Vollstreckbarerklärung nicht eingetreten, die Vorinstanz darum ersucht, über den von ihr noch nicht beurteilten Antrag der Klägerin auf Anordnung einer Vollstreckungsmassnahme zu entscheiden, und dem Beklagten eine Nachfrist angesetzt, um den von ihm verlangten Vorschuss für die Gerichtskosten zu leisten mit der Androhung, dass auf die Berufung nicht eingetreten werde, wenn der Vorschuss auch innert der Nachfrist nicht bezahlt würde (Urk. 47). Über den in erster Instanz noch nicht beurteilten Antrag der Klägerin entschied die Vorinstanz mit Urteil vom 2. April 2012 (Akten Vorinstanz, Urk. 32). Dieses Urteil blieb unangefochten.

II.

1. Der Beklagte hat den von ihm verlangten Vorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten bis heute nicht geleistet (Urk. 48), weshalb auf die Berufung androhungsgemäss nicht einzutreten ist.

2. Ausgangsgemäss gilt der Beklagte als unterliegende Partei. Als solche hat er die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen und keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Für eine Abweichung von dieser Regel im Sinne von Art. 107 ZPO (insbesondere dessen lit. c) besteht kein Grund.

3. Da die Klägerin keine Kosten zu tragen hat, ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gegenstandslos und entsprechend abzuschreiben.

Der Klägerin wurden monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 3'500.– für sie persönlich sowie von rund Fr. 1'500.– zuzüglich allfälliger Kinderzulagen für den Sohn zugesprochen, rückwirkend ab 8. Mai 2011 (Urk. 32 S. 27). Dieser Unterhaltsanspruch ist vollstreckbar (vgl. Urk. 47 S. 3 Ziff. 2), und der Beklagte ist mit der Vorinstanz als leistungsfähig zu betrachten (vgl. Urk. 32 S. 24). Für das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Berufungsverfahren bezifferte die Klägerin ihren Bedarf mit knapp Fr. 2'600.– (Urk. 37 S. 2). Selbst wenn nur der Ehegattenunterhaltsbeitrag berücksichtigt wird, verbleibt der Klägerin somit ein Freibetrag von Fr. 900.–. Es ist ihr ohne Weiteres zuzumuten, davon wenigstens Fr. 300.– pro Monat zur Tilgung von Anwaltskosten einzusetzen. Der Aufwand für die Rechtsvertretung im zweitinstanzlichen Verfahren von maximal Fr. 1'500.– bis heute kann von der Klägerin über einen relativ kurzen Zeitraum von deutlich unter einem Jahr selber entgolten werden (vgl. dazu Emmel in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 117 N. 12 und die dort angeführten Hinweise). Abgesehen davon ist der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gegenüber anderweitiger Prozessfinanzierung subsidiär (KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 N. 19). Der Beklagte wäre aufgrund der ehelichen Beistandspflicht gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB grundsätzlich verpflichtet gewesen, einen Vorschuss bzw. einen Beitrag an die Prozesskosten zu leisten (so schon die Vorinstanz in Urk. 32 S. 23 unter Hinweis auf ZR 85 Nr. 32). Obwohl von der Leistungsfähigkeit des Beklagten auszugehen ist, hat die Klägerin von ihm keinen Prozesskostenvorschuss verlangt. Ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteistandung ist daher abzuweisen.

Die Klägerin verlangt keine Parteienschädigung für ihren bisherigen Aufwand im zweitinstanzlichen Verfahren (vgl. Urk. 37-43). Mangels Antrags ist auch ihr keine Entschädigung zuzusprechen (KUKO ZPO-Schmid, Art. 105 N. 2 mit Hinweis auf die Botschaft, 7296).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Klägerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird abgeschrieben.
2. Das Gesuch der Klägerin um unentgeltliche Rechtsverteidigung wird abgewiesen.
3. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'200.– festgesetzt.
5. Die Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens werden dem Beklagten auferlegt.
6. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Klägerin unter Beilage der Doppel von Urk. 31, 34, 35/1-45, 45 und 46, sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein, und an die Obergerichtskasse.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen 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).

Mit Bezug auf Dispositiv-Ziffern 1 und 2 liegt ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG vor. Im Übrigen ist dies ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 14. Mai 2012

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer
der Gerichtsschreiber:

lic. iur. B. Häusermann

versandt am:
SS