

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ120007-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, Oberrichterin
Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Subotic

Urteil vom 12. April 2013

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Kläger und Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht
Horgen vom 9. August 2012 (FP110038)**

Erwägungen:

1. Prozessgeschichte

1.1. Am 16. Mai 2011 machte der Kläger und Beschwerdegegner (fortan Kläger) bei der Vorinstanz durch Einreichung der Klagebewilligung des Friedensrichteramtes C. _____ (Urk. 1) eine Klage auf Abänderung der Unterhaltsbeiträge gegen den Beklagten und Beschwerdeführer (fortan Beklagter) anhängig und verlangte, diese seien aufzuheben, eventualiter angemessen zu reduzieren (Urk. 2). Mit Eingabe vom 15. Dezember 2011 stellte der Beklagte bei der Vorinstanz ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 10 S. 2). Für den übrigen Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens kann auf die Ausführungen im Entscheid der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. Urk. 40 S. 2 ff.).

1.2. Mit Verfügung vom 9. August 2012 wies die Vorinstanz das beklagte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ab (Urk. 40 S. 15).

1.3. Gegen diesen Entscheid erhob der Beklagte mit Eingabe vom 20. September 2012 (Urk. 39) rechtzeitig Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 39 S. 2):

- " 1. Ziff. 3 der Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 9. August 2012 sei aufzuheben.
2. Es sei dem Beklagten die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und es sei ihm die unentgeltliche Rechtsverteidigung in der Person der unterzeichnenden Rechtsanwältin zu gewähren.
3. Es sei die Vollstreckbarkeit des Kostenentscheids des Bezirksgerichts Horgen vom 9. August 2012 (Geschäfts-Nr. FP110038) einstweilig aufzuschieben.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse."

1.4. Mit Verfügung der Kammer vom 11. Oktober 2012 (Urk. 44) wurde auf den prozessualen Antrag des Beklagten, es sei die Vollstreckbarkeit des Kostenentscheids der Vorinstanz einstweilig aufzuschieben, nicht eingetreten.

1.5. Am 20. Februar 2013 erstattete der Kläger innert der ihm mit Verfügung vom 16. Januar 2013 (Urk. 45) angesetzten Frist die Beschwerdeantwort mit folgenden Anträgen (Urk. 46 S. 2):

- " 1. Es sei über die Frage der unentgeltlichen Rechtspflege zu Gunsten des Beklagten und Beschwerdeführers von Amtes wegen zu entscheiden.
2. Es sei auf jeden Fall darauf zu verzichten, dem Kläger und Beschwerdegegner Verfahrenskosten zu auferlegen.
3. Es sei dem Kläger und Beschwerdegegner die unentgeltliche Rechtspflege, inkl. Bestellung eines Rechtsvertreters in der Person des Unterzeichneten, für das Beschwerdeverfahren zu gewähren."

1.6. Das Doppel der Beschwerdeantwort (Urk. 46) sowie die Doppel der damit eingereichten Beilagen (Urk. 47 und 48/1-3) wurden dem Beklagten am 25. Februar 2013 zur Kenntnisnahme zugestellt (vgl. Prot. S. 4).

2. Prozessuales

2.1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendungen und offensichtlich unrichtige Feststellungen des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Es gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N 15 zu Art. 321 ZPO).

2.2. Gemäss Art. 326 Abs. 1 ZPO sind im Beschwerdeverfahren neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen. Dies wird mit dem Charakter der Beschwerde begründet, die sich als ausserordentliches Rechtsmittel im Wesentlichen auf die Rechtskontrolle beschränkt und nicht das erstinstanzliche Verfahren fortsetzen soll. Das Novenverbot ist umfassend und gilt sowohl für echte wie auch für unechte Noven (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 326 N 3 f.). Unechte Noven sind neue Tatsachen und Beweismittel, die bereits vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können (vgl. Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 229 N 8).

Soweit der Beklagte den Beizug der Akten des Verfahrens NQ110027 beantragt (Urk. 39 S. 9), kann diesem Antrag schon aufgrund des Novenverbotes im Beschwerdeverfahren nicht entsprochen werden.

3. Materielles

3.1. Die Vorinstanz hielt fest, die Mittellosigkeit des Beklagten bzw. diejenige der Kindesmutter und ihres Ehemannes – Stiefvater des Beklagten – sei nicht ausgewiesen. Dem Beklagten sei Frist angesetzt worden, um die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Stiefvaters darzulegen. Seitens des Beklagten sei hierauf jedoch mitgeteilt worden, dass auf Einreichung von entsprechenden Unterlagen verzichtet werde, da die Leistungsfähigkeit des Stiefvaters vorliegend nicht relevant sei, während die Mittellosigkeit der Kindesmutter aktenkundig sei. Die Vorinstanz erwog weiter, dass zu Ungunsten des Beklagten davon auszugehen sei, dass hinsichtlich seiner finanziellen Lage nicht von einer Mittellosigkeit auszugehen sei (Art. 164 ZPO), da von Seiten des Beklagten entgegen der Aufforderungen des Gerichtes mit Androhung von Säumnisfolgen keine Unterlagen zur Leistungsfähigkeit des Stiefvaters eingereicht worden seien (Urk. 40 S. 13).

3.2. Der Beklagte macht in seiner Beschwerde im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz sei von einem falschen Verständnis der Stiefkindunterstützung ausgegangen und habe somit Art. 278 Abs. 2 ZGB falsch angewendet. Diese Gesetzesbestimmung sei vorliegend überhaupt nicht anwendbar; die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die finanzielle Leistungsfähigkeit des Stiefvaters des Beklagten zu berücksichtigen sei. Dies sei schon deshalb ausgeschlossen, weil das Stiefkind keinen direkten, einklagbaren Unterhaltsanspruch gegenüber dem Stiefelternteil habe. Weiter beziehe sich der Beitrag des Stiefelternteils ausschliesslich auf den Unterhalt und sei auf einen angemessenen Beitrag beschränkt. Die Beistandspflicht des Stiefvaters sei subsidiär und derjenigen der leiblichen Eltern nicht gleichgestellt. Der Stiefvater des Beklagten komme bereits für die gesamten Lebenshaltungskosten des Beklagten auf, da der Kläger seinem leiblichen Sohn schon seit Jahren keinen Unterhalt mehr bezahle. Damit sei die Beistandspflicht des Stiefvaters bereits mehr als erfüllt. Zudem würden Prozesskosten und Parteientschädigungen aus einem Verfahren keinen Unterhalt im Sinne der zitierten

Bestimmung darstellen. Der unterhaltspflichtige Elternteil dürfe durch die Heirat des anderen Elternteils keine finanzielle Besserstellung erfahren. Die Ehe des anderen Elternteils solle für den Unterhaltsverpflichteten möglichst kostenneutral bleiben. Hinzu komme, dass die dem Beklagten auferlegten Prozesskosten nicht etwa von ihm, sondern vom Kläger verursacht worden seien, indem dieser mit allen Mitteln versuche, seine eigenen väterlichen Unterstützungspflichten zu vermeiden und auf andere zu "überbürden". Weiter macht der Beklagte geltend, aus den Akten zum Geschäft NQ110027 und insbesondere dem Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 2011 gehe hervor, dass die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Stiefvaters gerade einmal ausreichen würden, um der jungen Familie ihr Dasein zu sichern. Es bestehe keine Möglichkeit, Ersparnisse bzw. Rückstellungen zu bilden. Die Bezahlung von Prozesskosten und Parteientschädigungen in der Höhe von über Fr. 12'000.– würde jeglichen Rahmen sprengen und wäre bei weitem nicht mehr zumutbar. Ausserdem wirft der Beklagte der Vorinstanz vor, sie habe sich zu Unrecht auf den Entscheid des Obergerichts Zürich betreffend Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege "i.S. Besuchsrecht" bezogen, da dieser gestützt auf den "direkten Ehegatten-Beistandsanspruch" erfolgt sei und hier nicht die Kindesmutter, sondern eben der Beklagte, welcher einen indirekten, nicht klagbaren Anspruch gegen den Stiefvater habe, Partei sei. Er (der Beklagte) habe seine Mitwirkungspflicht nicht verletzt, indem er die Unterlagen hinsichtlich der finanziellen Situation seines Stiefvaters nicht eingereicht habe. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege gehe der "Stiefelternunterhaltspflicht" mangels eines direkten Klageanspruchs des Stiefkindes gegenüber dem Stiefvater vor. Seiner Ansicht nach hätte die Vorinstanz ihm eine Nachfrist zur Einreichung der Unterlagen gewähren müssen, wenn sie der Meinung gewesen wäre, dass Mitwirkungspflichten verletzt worden seien. Er erkläre sich auch bereit, der Beschwerdeinstanz die notwendigen Unterlagen nachzureichen, wenn diese sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nur schon deshalb abzuweisen sei, weil angebliche Mitwirkungspflichten verletzt worden seien (Urk. 39 S. 4 ff.).

3.3. Der Kläger betont in seiner Beschwerdeantwort, sich nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifizieren zu wollen, überlässt den Entscheid, ob die

Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorliegend erfüllt sind, der Beschwerdeinstanz und enthält sich im Beschwerdeverfahren ausdrücklich eines Antrags zu dieser Frage (Urk. 46 S. 3 ff.).

3.4.1. Für die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 40 S. 12).

3.4.2. Für die Beurteilung der Bedürftigkeit ist die gesamte wirtschaftliche Situation zur Zeit der Einreichung des Gesuchs (15. Dezember 2011) zu prüfen. Auf der einen Seite stehen die finanziellen Verpflichtungen des Gesuchstellers. Auf der anderen Seite sind seine finanziellen Möglichkeiten zu berücksichtigen, wobei nicht nur das Einkommen, sondern auch das Vermögen von Bedeutung ist (BGE 120 Ia 179 E. 3a S. 181 mit Hinweisen). Bei der Ermittlung seiner finanziellen Verhältnisse trifft den Gesuchsteller eine Mitwirkungspflicht. Diese Mitwirkungspflicht geht umso weiter, je komplexer sich die konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnisse präsentieren. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht hat die Abweisung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege zur Folge (BGE 120 Ia 179 e. 3a S. 181/182). Ein zu wenig aufschlussreiches und nicht oder unvollständig belegtes Gesuch darf indes nicht ohne Weiteres abgewiesen werden. Die das Gesuch stellende Partei ist vielmehr zur Mitwirkung anzuhalten. Erst wenn ihr Gelegenheit gegeben worden ist, ihre Mitwirkungspflicht zu erfüllen, und die von ihr verlangten Auskünfte oder Ausweise zu wenig aufschlussreich oder unvollständig geblieben sind, darf ihr Gesuch zufolge Verletzung der Mitwirkungspflicht abgewiesen werden. Anders verhält es sich allerdings, wenn der gesuchstellenden Partei bereits aus früheren Verfahren bekannt ist, dass sie zur Begründung eines Armenrechtsgesuchs (insbesondere) ihre finanziellen Verhältnisse umfassend offenlegen und belegen muss und sie demzufolge weiss, welche Anforderungen an einen solchen Nachweis gestellt werden. Diesfalls ist es zulässig, diese Anforderungen als bekannt vorauszusetzen und bei mangelhaft begründetem oder dokumentiertem Gesuch von einer Fristansetzung zur Ergänzung der betreffenden Vorbringen abzusehen (ZR 104 Nr. 14).

Der Beklagte wurde durch die Vorinstanz ausdrücklich und unter der Androhung von Säumnisfolgen im Sinne von Art. 164 ZPO aufgefordert, zur Beurteilung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege die vollständige Steuererklärung 2011 der Kindsmutter und deren Ehemannes (Urk. 14 S. 2 ff.). Dieser Aufforderung kam der Beklagte indes nicht nach mit der Begründung, einerseits sei bereits aktenkundig, dass die Kindsmutter mittellos sei, andererseits sei das Einkommen des Stiefvaters nicht relevant, zumal in der Steuererklärung sensible Daten enthalten seien, die nicht für den Kindsvater bestimmt seien (Urk. 16 S. 2 f.). Damit verletzte der Beklagte klar und vor allem ausdrücklich die ihn treffende Mitwirkungspflicht im vorstehend wiedergegebenen Sinne, insbesondere auch hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse der Kindsmutter.

3.4.3. Verweigert eine Partei unter Anrufung materiellrechtlicher Argumente die Erfüllung ihrer verfahrensrechtlichen Obliegenheiten, so hat sie nicht nur das Prozessrisiko zu tragen. Musste schon die Verletzung der Mitwirkungspflicht zur Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege führen, so hat sich die gesuchstellende Partei damit auch die Möglichkeit vergeben, ihre materiellrechtlichen Argumente gegen die Abweisung ihres Gesuchs vorzutragen (BGE 5A_382/2010, E. 4.2).

Indem der vertretene Beklagte die Einreichung der durch die Vorinstanz geforderten Unterlagen unter Zuhilfenahme materiellrechtlicher Argumente verweigerte und damit seine Mitwirkungspflicht verletzte, ging er bewusst das angedrohte Risiko ein, dass das Gericht diese Weigerung bei seiner Beweiswürdigung berücksichtigte (Art. 164 ZPO). Die Vorinstanz tat genau dies, indem sie festhielt, dass aufgrund der Weigerung des Beklagten, die geforderten Unterlagen über die finanzielle Leistungsfähigkeit seines Stiefvaters beizubringen, davon ausgegangen werden müsse, dass der Beklagte nicht mittellos sei, weshalb sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abgewiesen werde (Urk. 40 S. 13).

3.4.4. Die Ansicht des Beklagten, wonach ihm die Vorinstanz eine Nachfrist zur Einreichung der Unterlagen hätte gewähren müssen, wenn sie der Meinung gewesen wäre, dass Mitwirkungspflichten verletzt worden seien, geht fehl. Durch die unmissverständliche Aufforderung an den Beklagten, zur Beurteilung seines

Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege Unterlagen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen der Kindesmutter sowie deren Ehemannes einzureichen, und durch die Androhung von Säumnisfolgen für den Unterlassungsfall, machte die Vorinstanz ausreichend deutlich, dass den Beklagten hier eine Mitwirkungspflicht traf. Dies war für den rechtlich vertretenen Beklagten erkennbar, weshalb es an ihm gewesen wäre, die entsprechenden Unterlagen innert Frist einzureichen, und nicht an der Vorinstanz, ihn erneut zu ermahnen. Ebensowenig verfängt das Angebot des Beklagten, der Beschwerdeinstanz die notwendigen Unterlagen nachzureichen, wenn diese sich auf den Standpunkt stellen würde, dass die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege schon nur dadurch abzuweisen sei, da angebliche Mitwirkungspflichten verletzt worden seien. Wie bereits mehrfach ausgeführt steht das Einreichen neuer Unterlagen im Beschwerdeverfahren aufgrund des geltenden Novenverbotes nicht zur Diskussion.

3.4.5. Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren seine Mitwirkungspflicht verletzt hat, indem er sich weigerte, die genannten Unterlagen einzureichen. Die im Zeitpunkt der Gesuchstellung per Ende 2011 massgeblichen finanziellen Verhältnisse der gegenüber dem Beklagten direkt zu Unterhalt verpflichteten Kindesmutter (und auch diejenigen ihres Ehemannes; vgl. dazu sogleich Erw. 3.5) sind daher im Dunkeln geblieben. Die Vorinstanz hat sein Begehren um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege deshalb zu Recht abgewiesen. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

3.5. Lediglich der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die - sich vorliegend aus genannten Gründen nicht stellende - Frage, ob die eheliche Beistandspflicht des Stiefvaters gegenüber der Mutter des Beklagten dessen Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorgehe, in der Literatur bisher unbeantwortet blieb. Das Bundesgericht liess die Frage im oben zitierten und sehr ähnlich gelagerten Fall ausdrücklich offen (BGE 5A_382/2010, E. 4.2). Das Kantonsgericht Schwyz, dessen Entscheid Grundlage für den erwähnten Bundesgerichtsentscheid bildete, stellte sich jedoch - wie auch die Vorinstanz - richtigerweise auf den Standpunkt, dass dem so sei (BGE 5A_382/2010, E. 4.1). Gemäss Art. 278 Abs. 2 ZGB hat jeder Ehegatte dem andern in der Erfüllung der Unterhaltspflicht

gegenüber vorehelichen Kindern in angemessener Weise beizustehen. Die Bezahlung der Prozesskosten eines unmündigen Kindes gehört gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung (statt vieler: BGE 127 I 202 E. 3b S. 205; BGE 119 Ia 134 E. 4 S. 135; BGer 5A_590/2009 vom 6. Januar 2010 E. 3.3.2; je mit Hinweisen) zu den Unterhaltspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern. Weshalb nun speziell dieser Teil der Unterhaltspflicht der Kindsmutter von der Beistandspflicht des Stiefvaters ausgenommen sein sollte, erschliesst sich nicht. Dass das Stiefkind keinen direkten, klagbaren Anspruch gegen seinen Stiefvater hat, ändert hieran nichts. Vielmehr steht sein Unterhaltsanspruch gegenüber seiner leiblichen Mutter, welche wiederum aufgrund der Beistandspflicht einen direkten Anspruch gegen ihren Ehegatten haben könnte, zur Diskussion. Zur Beurteilung, ob die Übernahme solcher Prozesskosten angemessen bzw. dem Stiefelternteil zumutbar ist, ist wiederum die Einsicht in dessen finanzielle Verhältnisse unabdingbar. Spätestens hier hätte der Beklagte, welcher ja argumentiert, es sei seinem Stiefvater aufgrund finanzieller Gründe (keine Möglichkeit, Ersparnisse bzw. Rückstellungen zu bilden; die Bezahlung von Prozesskosten und Parteientschädigungen in der Höhe von über Fr. 12'000.– würde jeglichen Rahmen sprengen) nicht zumutbar, die auf ihn entfallenden Prozesskosten zu übernehmen, diese Behauptung durch die Einreichung entsprechender Belege untermauern müssen, was er jedoch - wie gezeigt - nicht tat.

4. Gesuche um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren

4.1. Der Beklagte ersucht sinngemäss auch für das Beschwerdeverfahren um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 39 S. 13). Schon aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist selbiges jedoch ebenfalls wegen nicht ausreichend belegter Mittellosigkeit abzuweisen. Der Beklagte führt zudem aus, seine Bedürftigkeit sei gerade Thema des vorliegenden Beschwerdeverfahrens, weshalb darauf nicht näher einzugehen sei. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Mittellosigkeit durch *aktuelle* Belege über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse zu dokumentieren ist. An solchen fehlt es vorliegend gänzlich. Auch musste die Beschwerdeinstanz den rechtlich vertretenen Beklagten nicht erneut zur Ein-

reichung entsprechender Unterlagen anhalten, musste er doch wissen, wie ein Armenrechtsgesuch zu dokumentieren ist. Insbesondere würde auch der vom Beklagten angebehrte Beizug der Verfahrensakten NQ110027 keine aktuellen Belege versprechen, weshalb von diesem auch unter dem Aspekt der Prüfung der Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzusehen ist. Es ist nicht Sache des Gerichts, sich die benötigten Belege zusammen zu suchen, sondern Sache der gesuchstellenden Partei, ihr Gesuch ausreichend und vor allem aktuell zu dokumentieren.

4.2. Auch der Kläger stellt ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dieses muss schon mangels relevanten Aufwands im Beschwerdeverfahren abgewiesen werden. Der Kläger machte sehr deutlich, sich nicht auf das Beschwerdeverfahren einlassen zu wollen. Weshalb der sich dennoch in äusserst vager Art und Weise vernehmen lässt, erschliesst sich nicht.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Gewährung des Armenrechts begriffsnotwendig eine Beteiligung der gesuchstellenden Partei an einem Verfahren und damit verbunden auch ein Kosten- und Entschädigungsrisiko auf ihrer Seite voraussetzt. Genau um dieses Risiko abzufangen und einer bedürftigen Partei, deren Rechtsbegehren nicht als von Anfang an aussichtslos bezeichnet werden muss, zu ermöglichen, ihre Position trotz fehlenden Mitteln vor Gericht vertreten zu können, ist das Institut der unentgeltlichen Rechtspflege vorgesehen. Es geht nicht an, dass sich eine Partei nicht auf den Prozess einlässt, um dem Risiko, im Falle des Unterliegens kosten- und entschädigungspflichtig zu werden, aus dem Weg zu gehen, sich jedoch trotzdem im Prozess äussert und anschliessend eine Entschädigung ihrer Aufwendungen durch den Staat beantragt, statt sich ordnungsgemäss einzulassen und eine Entschädigung durch die Gegenseite zu beantragen, wie dies im Zivilprozess üblich ist.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). Die Beschwerde ist

abzuweisen, weshalb der Beklagte unterliegt und die Prozesskosten zu tragen hat.

5.2. Da Art. 119 Abs. 6 ZPO auf das Beschwerdeverfahren gemäss Art. 121 ZPO entgegen der Ansicht des Beklagten (Urk. 14) keine Anwendung findet (BGE 137 III 470 ff.), ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'000.– festzusetzen und dem Beklagten aufzuerlegen.

5.3. Dem Kläger ist für das Beschwerdeverfahren keine Entschädigung zuzusprechen, da er sich auf das Verfahren nicht eingelassen hat und folgerichtig auch keine solche verlangt hat.

Es wird erkannt:

1. Das Gesuch des Beklagten um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
3. Die Beschwerde wird abgewiesen, und die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 9. August 2012 wird bestätigt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
5. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Beklagten auferlegt.
6. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 12. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic.iur. S. Subotic

versandt am: js