

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LE210051-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. A. Huizinga, Vorsitzender,
Oberrichter lic. iur. M. Spahn und Oberrichter Dr. M. Kriech
sowie Gerichtsschreiberin MLaw L. Hengartner

Beschluss vom 16. März 2022

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Berufungskläger

gegen

B. _____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

1, 2 vertreten durch MLaw Y. _____

betreffend **Eheschutz**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren
am Bezirksgericht Pfäffikon vom 16. Juli 2021 (EE190038-H)**

Erwägungen:

1. Mit Urteil vom 16. Juli 2021 wurde den Parteien die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes bewilligt und die Folgen des Getrenntlebens geregelt (Urk. 261 S. 43 ff.). Gegen dieses Urteil erhob der Berufungskläger fristgerecht (Urk. 259/2) Berufung (Urk. 260). Mit Verfügung vom 1. September 2021 wurde ihm Frist zur Leistung des Kostenvorschusses in Höhe von Fr. 8'500.– angesetzt (Urk. 265). Infolge des daraufhin gestellten Gesuchs des Berufungsklägers um Leistung eines Prozesskostenbeitrags sowie eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 270) wurde die Frist einstweilen abgenommen (Urk. 273). Im Laufe des Berufungsverfahrens – nach Erstattung der Berufungsantwort (Urk. 280) – zog der Berufungskläger das Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags sowie eventualiter Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zurück (Urk. 287). Daraufhin wurde mit Verfügung vom 4. Januar 2022 erneut Frist zur Leistung des Kostenvorschusses angesetzt (Urk. 291). Da dieser innert Frist nicht geleistet wurde, wurde mit Verfügung vom 28. Januar 2022 eine nicht erstreckbare Nachfrist von 5 Tagen angesetzt unter der Androhung, dass bei Säumnis auf die Berufung nicht eingetreten werde (Urk. 294). Der Berufungskläger hat den Kostenvorschuss auch innert der Nachfrist nicht geleistet. Auf die Berufung ist androhungsgemäss nicht einzutreten, da die Leistung des Gerichtskostenvorschusses eine Prozessvoraussetzung darstellt (Art. 59 Abs. 2 lit. f ZPO).

2. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Berufungsverfahrens dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren richtet sich nach § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG) und ist auf Fr. 1'500.– festzusetzen. Ausgangsgemäss ist der Berufungskläger des Weiteren zu verpflichten, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagte führt diesbezüglich aus, der Berufungskläger habe den mit dem vorinstanzlichen Urteil festgelegten Prozesskostenbeitrag bis heute nicht bezahlt. Aus dem Inkassoverfahren habe ein Verlustschein resultiert, worauf vom Betreibungsamt Strafanzeige eingereicht worden sei (Urk. 280 S. 7). Die Berufungsbe-

klagte sei mittellos und ihr Standpunkt nicht aussichtslos (Urk. 280 S. 8). Es sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, da das Inkasso einer allfälligen Prozessentschädigung voraussichtlich genauso ergebnislos ausfallen würde wie die Inkassobemühungen des Prozesskostenbeitrages (Urk. 280 S. 9).

3. Eine Person hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Für die Beurteilung der Frage, ob eine Partei als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten ist, muss ihre gesamte aktuelle wirtschaftliche Situation berücksichtigt werden. Gemäss dem sogenannten Effektivitätsgrundsatz darf dabei aber nur Einkommen und Vermögen berücksichtigt werden, das im Zeitpunkt der Entscheidung über das Gesuch effektiv vorhanden und verfügbar oder wenigstens kurzfristig realisierbar ist. Jede hypothetische Einkommens- oder Vermögensaufrechnung ist daher unzulässig (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 Rz. 8 f. m.w.H.; KUKO ZPO-Jent-Sørensen, Art. 117 Rz. 16; Huber, DIKE-Komm-ZPO, Art. 117 Rz. 19). Wer diese Bedingungen erfüllt, hat ausserdem Anspruch auf einen unentgeltlichen Rechtsbeistand, soweit dies zur Wahrung seiner Rechte notwendig ist (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Einem bedürftigen Ehegatten kann im Eheschutzverfahren die unentgeltliche Rechtspflege jedoch nur bewilligt werden, wenn der andere Ehegatte nicht in der Lage ist, einen Prozesskostenbeitrag zu bezahlen. Eine gesuchstellende Partei hat daher in jedem Fall entweder einen Antrag auf Ausrichtung eines Prozesskostenbeitrags zu stellen oder aber im Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege darzulegen, weshalb ihrer Ansicht nach auf die Beantragung eines Prozesskostenbeitrags verzichtet werden kann (BGer 5A_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3.1. und E. 3.2.). Die Subsidiarität der unentgeltlichen Rechtspflege kann durchbrochen werden, wenn der Prozesskostenbeitrag nicht oder nur mit aussergewöhnlichen Schwierigkeiten einbringlich ist (BGer 5A_497/2018 vom 26. September 2018, E. 3.3.4.; BGer 5A_843/2009 vom 23. Februar 2010, E. 4.3.). Obsiegt die unentgeltlich prozessführende Partei und ist die Parteientschädigung bei der Gegenpartei nicht oder voraussichtlich nicht einbringlich, so wird die unentgeltliche Rechtsbeistandin oder der unentgeltliche Rechtsbeistand vom Kanton angemessen entschädigt. Mit der Zahlung geht der Anspruch auf den Kanton über (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

4. Die Berufungsbeklagte verfügt über kein nennenswertes Vermögen (Urk. 282/2). Im vorinstanzlichen Urteil wurde ihr ein hypothetisches Erwerbseinkommen in Höhe von Fr. 1'740.– netto angerechnet und Unterhaltsbeiträge für sich und die Tochter in Höhe von total Fr. 6'162.– zugesprochen (Urk. 261 S. 29 f., S. 45). Da der Berufungskläger die Unterhaltsbeiträge jedoch nicht leistet, wird die Berufungsbeklagte derzeit vom Sozialamt unterstützt (Urk. 282/5). In Nachachtung des Effektivitätsgrundsatzes ist daher von diesem Einkommen auszugehen, zumal auch kein rechtsmissbräuchliches Verhalten seitens der Berufungsbeklagten ausgemacht werden kann. Die Mittellosigkeit der Berufungsbeklagten ist damit ausgewiesen und ihr Standpunkt erscheint nicht aussichtslos. Ausserdem ist sie auf einen Rechtsbeistand zur Wahrung ihrer Rechte angewiesen, unter anderem, da der Berufungskläger anwaltlich vertreten ist bzw. war. Die Berufungsbeklagte begründet zwar nicht ausdrücklich, weshalb sie auf ein Gesuch um Leistung eines Prozesskostenbeitrags verzichtet hat, obschon sie den Berufungskläger als leistungsfähig erachtet (vgl. Urk. 280 S. 15 ff.). Aus der Berufungsantwort ergibt sich jedoch sinngemäss, dass sie kein Gesuch stellte, weil sie die Einbringlichkeit eines weiteren Prozesskostenbeitrags als aussichtslos erachtete, zumal schon der vorinstanzlich zugesprochene Prozesskostenbeitrag auf dem Vollstreckungsweg nicht erhältlich gemacht werden konnte (Urk. 280 S. 9). Daher erwies es sich als überspitzt formalistisch, der Berufungsbeklagten die unentgeltliche Rechtspflege zu verweigern mit dem Hinweis, sie hätte einen Prozesskostenbeitrag verlangen können bzw. müssen. Die Berufungsbeklagte hat glaubhaft gemacht, dass weder ein (weiterer) Prozesskostenbeitrag noch die Parteienschädigung erhältlich gemacht werden können, resultierte doch für den Prozesskostenbeitrag des erstinstanzlichen Verfahrens ein Verlustschein (Urk. 282/1) und wurde gegen den Berufungskläger sogar Strafanzeige wegen betrügerischen Konkurses und Pfändungsbetrugs eingereicht (Urk. 276). Der Berufungsbeklagten ist unter diesen Umständen die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt X._____ ist aufgrund voraussichtlicher Uneinbringlichkeit der Parteienschädigung in Anwendung von Art. 122 Abs. 2 ZPO direkt angemessen aus der Gerichtskasse zu entschädigen. Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertretung wird festgesetzt, nachdem die Anwältin oder der Anwalt dem

Gericht eine Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen vorgelegt hat. Mit dieser Aufstellung kann ein Antrag zur Höhe der beanspruchten Vergütung verbunden werden (§ 23 Abs. 2 AnwGebV). Bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird die Grundgebühr nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts und nach der Schwierigkeit des Falls festgesetzt. Sie beträgt in der Regel Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.– (§ 5 Abs. 1 AnwGebV; s.a. § 2 Abs. 1 lit. c, d und e AnwGebV). In Eheschutzsachen kann die Gebühr in der Regel auf einen Drittel bis zwei Drittel ermässigt werden (§ 6 Abs. 3 AnwGebV). Dem Gericht kommt bei der konkreten Bemessung der Entschädigung ein weites Ermessen zu. Rechtsanwalt X._____ reichte eine Honorarnote über total Fr. 5'426.70 ein (Urk. 300). Er macht einen Aufwand von 1'330 Minuten geltend. Darin enthalten sind 495 Minuten für 30 einseitige Schreiben à 10 Minuten, 9 zweiseitige Schreiben à 15 Minuten und 3 dreiseitige Schreiben à 20 Minuten an seine Klientin bzw. an die Gegenpartei bzw. an das Gericht. Bei den 29 Schreiben an die Klientin dürfte es sich grösstenteils um Begleitbriefe zu Orientierungskopien handeln. Dies gehört zur Kanzleiarbeit, welche im Stundenansatz von Fr. 220.– inbegriffen ist. Zudem erscheint der standardmässig zum Ansatz gebrachte Pauschalaufwand von 10 Minuten für eine Seite, 15 Minuten für zwei Seiten und 20 Minuten für drei Seiten als übersetzt (vgl. nur schon die aktenkundigen Schreiben an das Gericht, Urk. 267, 275, 283, 292 und 300-A). Es rechtfertigt sich, den Korrespondenzaufwand mit 180 Minuten zu berücksichtigen. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass die Verantwortung des Anwalts und die Schwierigkeit des Falles im mittleren Bereich anzusiedeln sind. Eine Entschädigung von Fr. 4'500.– inklusive Mehrwertsteuer erweist sich als angemessen, womit auch der Aufwand für das Studium dieses Beschlusses abgedeckt ist.

5. Die Verfahrensbeteiligten verfügen über eine vom Gericht mit Verfügung vom 19. Februar 2020 eingesetzte Vertretung im Sinne von Art. 299 ZPO, die von der Stv. Leiterin des Regionalen Rechtsdiensts im Amt für Jugend- und Berufsberatung (Bildungsdirektion des Kantons Zürich) wahrgenommen wurde (Urk. 80, Urk. 101 S. 17 Dispositiv-Ziffer 3, Urk. 290, Urk. 297). Da sich weder aus dem Kinder- und Jugendhilfegesetz (LS 852.1) noch aus der dazugehörigen Verordnung (LS 852.11) ergibt, dass die Rechtsvertretung des Kindes im gerichtli-

chen Verfahren als gebührenpflichtige Leistung in Rechnung gestellt werden kann (OGer ZH LZ170002 vom 08.06.2017, E. III.4 mit Verweis auf OGer ZH LZ130010 vom 02.03.2015, E. III.1), ist nicht davon auszugehen, dass Kosten für die Kindesvertretung angefallen sind. Die Verordnung über Entschädigung und Spesenersatz bei Beistandschaften (LS 232.35) findet lediglich auf die von der KESB ernannten Beistandspersonen Anwendung. Daher sind weder Kosten für die Vertretung des Kindes als Teil der Gerichtskosten festzusetzen (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO), noch ist den Verfahrensbeteiligten eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Urk. 297).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Berufung wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Der Berufungsbeklagten wird für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
5. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen. Diese Entschädigung wird Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ direkt aus der Gerichtskasse ausgerichtet. Der Anspruch auf die unerhätliche Parteientschädigung geht mit der Auszahlung auf die Gerichtskasse über.
6. Den Verfahrensbeteiligten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Berufungskläger unter Beilage des Doppels von Urk. 290, an die Berufungsbeklagte unter Beilage der Doppel bzw. Kopien von Urk. 288, Urk. 289/1-27 und Urk. 290, an die Obergerichtskasse unter Beilage des Einzahlungsscheines (Urk. 300A), an das

Migrationsamt des Kantons Zürich sowie an die Vorinstanz, 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. 90 BGG 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.

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

Zürich, 16. März 2022

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw L. Hengartner

versandt am:
jo