

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. M. Weibel.

Urteil vom 20. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Abänderung des Scheidungsurteils / Kostenvorschuss**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes (1. Abteilung) des
Bezirksgerichtes Zürich vom 8. November 2013; Proz. FP130144**

Erwägungen:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1 Die Parteien stehen sich seit dem 12. Juli 2013 vor dem Bezirksgericht Zürich in einem Abänderungsverfahren (FP130144) gegenüber (act. 5/1). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2013 ordnete das Einzelgericht die psychiatrische Begutachtung der Beklagten und Beschwerdegegnerin (nachfolgend Beklagte) zur Abklärung ihrer Erziehungsfähigkeit an (Dispositiv-Ziffer 6; act. 5/47). Mit Verfügung vom 8. November 2013 setzte das Einzelgericht dem Kläger und Beschwerdeführer (nachfolgend Kläger) eine Frist von 15 Tagen an zur Leistung eines Vorschusses für die Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 10'000.– (act. 3 S. 2 = act. 4 S. 2).

1.2 Dagegen erhob der Kläger mit Eingabe vom 15. November 2013 (Datum Poststempel) innert Frist Beschwerde und stellte folgende Anträge (act. 2):

- "1. In Aufhebung von Dispositivziffer 1 der Verfügung des Einzelrichters Zürich vom 8. November 2013 (Prozess Nr. FP130144-L/Z07, Beilage 1) sei die Vorinstanz anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine neue Frist für die Bezahlung eines angemessenen, gerichtüblichen Kostenvorschusses von maximal Fr. 3'500.– anzusetzen. Dem Antrag sei aufschiebende Wirkung zu gewähren.
2. Die der Beschwerdegegnerin bis anhin gewährte unentgeltliche Prozessführung sei aufzuheben. Ausserdem sei die Vorinstanz anzuweisen, von der Beschwerdegegnerin einen separaten angemessenen Kostenvorschuss für die von ihr beantragte Begutachtung zu erheben, ansonsten diese nicht durchgeführt wird.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Staates, zuzüglich MWST."

Mit Präsidialverfügung vom 20. November 2013 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuerkannt und dem Kläger Frist angesetzt zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'000.– (act. 6). Dieser ging innert Frist bei der Gerichtskasse ein (act. 8). Am 20. Dezember 2013 (Datum Poststempel) reichte die Beklagte fristgerecht die Beschwerdeantwort zu den Akten und stellte folgende Anträge (act. 11; act. 12/1-3):

- "1. Es sei Beschwerdeantrag 1 (Kostenvorschuss) vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei auf Beschwerdeantrag 2 (unentgeltliche Rechtspflege für die Beklagte) nicht einzutreten;
Eventuell: Es sei Beschwerdeantrag 2 abzuweisen.
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zulasten des Klägers und Beschwerdeführers."

Die Beschwerdeantwort wurde dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (act. 13). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1-54). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Allgemeines

2.1 Der angefochtene Entscheid vom 8. November 2013 stellt eine prozessleitende Verfügung im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO dar. Entscheide über die Leistung von Vorschüssen sind mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Es liegt daher ein Fall von Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO vor und es muss durch die Verfügung kein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil drohen (vgl. Ziff. 2).

2.2 Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung (lit. a) und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes (lit. b) geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Art. 321 Abs. 1 ZPO statuiert, dass die Beschwerde bei der Rechtsmittelinstanz innert der Rechtsmittelfrist schriftlich und begründet einzureichen ist. Im Beschwerdeverfahren besteht eine Rügepflicht. In der Beschwerdebegründung ist folglich im Einzelnen darzulegen, inwieweit der Beschwerdeführer beschwert ist, auf welchen Beschwerdegrund er sich beruft und an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet (ZK ZPO-Freiburghaus / Afheldt, 2. Aufl., Art. 321 N 15).

3. Zum Kostenvorschuss

3.1 Das Einzelgericht erwog in der angefochtenen Verfügung, die klagende Partei habe für die mutmasslich anfallenden Gerichtskosten einen Vorschuss zu leisten, ansonsten das Gericht auf die Klage nicht eintrete, sollte der Vorschuss auch innert einer Nachfrist nicht geleistet werden. Den Kostenvorschuss bezifferte es

auf Fr. 10'000.–. Ferner wies das Einzelgericht auf die Anordnung der psychiatrischen Begutachtung der Beklagten hin und schlug den Parteien Dr. D. _____ als Gutachter vor (act. 3 S. 2).

3.2 Der Kläger bringt dagegen im Wesentlichen vor, die Höhe des von ihm verlangten Kostenvorschusses von Fr. 10'000.– sei gerichtsunüblich hoch und deutlich übersetzt. Anscheinend habe die Vorinstanz bei der Festlegung der Höhe des Kostenvorschusses die mutmasslichen Kosten der psychiatrischen Begutachtung der Beklagten miteinbezogen. In der angefochtenen Verfügung sei nicht zuletzt gleichzeitig der Gutachter vorgeschlagen worden. Die Beklagte, und nicht er, habe ihre psychiatrische Begutachtung beantragt (Verweis auf die Beweisanträge in den vorinstanzlichen Rechtsschriften). Gemäss Art. 102 ZPO habe jede Partei die Auslagen des Gerichts vorzuschüssen, die durch von ihr beantragte Beweiserhebungen veranlasst worden seien. Es könne nicht sein und verletze Art. 102 ZPO, wenn ihm faktisch ein Kostenvorschuss für von der Beklagten beantragte (unnötige) Beweiserhebungen auferlegt würde, der unentgeltlich prozessierenden Beklagten jedoch weiterhin Anwalt, Gerichtskosten etc. vom Staat bezahlt werde. Daher sei von ihm ein gerichtsüblicher Kostenvorschuss für das Abänderungsverfahren in der Höhe von Fr. 3'000.– zu erheben. Der Vorschuss für das Gutachten sei von der Beklagten zu leisten (act. 2 S. 2 f.).

3.3 Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe ein aufwändiges Verfahren eingeleitet. Die mutmasslichen Gerichtskosten würden den Betrag von Fr. 10'000.– übersteigen. Die Höhe des Vorschusses liege im Ermessen des Gerichts. Der vom Kläger verlangte Kostenvorschuss stimme mit der GebV OG überein. Zudem würden die Kosten für die Beweisführung zu den Gerichtskosten gehören (Art. 95 ZPO). In Prozessen über die Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten gelte der Untersuchungs- und Offizialgrundsatz (Art. 296 ZPO). Es spiele somit keine Rolle, wer die Beweisanträge gestellt habe. Das Gericht entscheide ohne Bindung an die Parteianträge (act. 11 S. 5 f.).

3.4 Die Beklagte beantragte vor dem Einzelgericht mit Eingabe vom 29. August 2013, dass sie begutachtet und in einem weiteren Schritt therapiert werden solle (act. 29 S. 2). Mit Verfügung vom 2. Oktober 2013 betreffend vorsorgliche Mass-

nahmen ordnete das Einzelgericht die Begutachtung an, welche Anordnung unangefochten geblieben ist (act. 5/47 S. 37 und 40; vgl. LY130029). Die Beklagte drang demnach mit ihrem Beweisantrag (vollumfänglich) durch. Nach Art. 102 Abs. 1 ZPO hat jene Partei die Auslagen des Gerichts vorzuschliessen, die durch von ihr beantragte Beweiserhebungen veranlasst worden sind. Von dieser Regelung ausgenommen bleiben aber Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 102 Abs. 3 ZPO, Botschaft ZPO S. 7295). Im vorliegenden Verfahren geht es im Wesentlichen um die Obhutsumteilung und damit um Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. Das Gericht erforscht hierbei den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Die Parteien dürfen demnach nicht verpflichtet werden, die Kosten für die Begutachtung vorschliessen zu müssen, selbst wenn diese Kosten Gerichtskosten darstellen und im Endentscheid den Parteien aufzuerlegen sind. Folglich darf der angesetzte Kostenvorschuss die Kosten für die Begutachtung nicht mitumfassen.

3.5 Das Einzelgericht verlangte vom Kläger bislang keinen Kostenvorschuss für die mutmasslichen Gerichtskosten (vgl. act. 5/1-54). Aus der angefochtenen Verfügung geht nicht hervor, ob der angesetzte Kostenvorschuss von Fr. 10'000.– auch die zu erwartenden Kosten für die Begutachtung umfasst (vgl. act. 3 S. 2). Angesichts seiner Höhe ist jedoch davon auszugehen. Der Kostenvorschuss ist daher zu reduzieren, und dem Kläger ist eine neue Frist zur Bezahlung des reduzierten Prozesskostenvorschusses anzusetzen.

Der Kläger anerkennt die Zahlung eines Kostenvorschusses von maximal Fr. 3'500.– (act. 2 S. 2). Das Gericht kann von der klagenden Partei einen Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangen (Art. 98 ZPO). Grundlage für die Festsetzung der Gerichtsgebühr bildet der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 GebV OG). Die Gebührenfestsetzung für ein Abänderungsverfahren richtet sich konkret nach § 5 GebV OG (Art. 284 ZPO; § 6 Abs. 1 GebV OG). Die Gerichtsgebühr beträgt in der Regel Fr. 300.– bis Fr. 13'000.– (§ 5 GebV OG). Die Kosten für ein mittleres Verfahren (ohne Kosten für eine Begutachtung) belaufen sich daher auf rund Fr. 6'000.–. Das vorliegende Abände-

rungsverfahren gestaltet sich verhältnismässig aufwendig, da unter anderem ein Kindesvertreter bestellt werden musste, das Einzelgericht einen Entscheid über vorsorgliche Massnahmen fällte und die Begutachtung der Beklagten angeordnet wurde etc. Die Gerichtskosten werden daher voraussichtlich im mittleren bis oberen Bereich anzusiedeln sein. Die Bezifferung des Kostenvorschusses liegt im Ermessen des Gerichts. Unter Einbezug der gesamten Umstände (Umteilung der Obhut, Reduktion Arbeitspensum Kläger etc.) rechtfertigt es sich, vom Kläger vor-derhand einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 6'000.– zu verlangen.

Der Antrag 1 des Klägers ist daher teilweise gutzuheissen und der Kostenvorschuss auf den Betrag von Fr. 6'000.– herabzusetzen.

4. Zum Antrag auf Aufhebung der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege

4.1 Das Einzelgericht gewährte der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege (act. 5/47 S. 39). Der Kläger beantragt deren Aufhebung (act. 2 S. 3). Dazu macht er im Wesentlichen geltend, die Beklagte sei nunmehr von jeglicher Kinderbetreuungspflicht entbunden, was es ihr ermögliche, ihr bisheriges 50%-Pensum ohne weiteres per sofort auf 100% aufzustocken und mit ihrem Verdienst ihren Anteil an den Anwalts- und Gerichtskosten vorzuschüssen und zu bezahlen. Ferner sei das Verfahren angesichts des Massnahmeentscheids aussichtslos geworden (act. 2 S. 3 f.).

4.2 Die Beklagte macht zusammengefasst geltend, die Vorinstanz habe C._____ nur im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen, vorläufig, unter die Obhut des Klägers gestellt. Dem Ergebnis des einzuholenden Erziehungsfähigkeitsgutachtens und dem Ausgang des Abänderungsverfahrens dürfe nicht vorgegriffen werden. Es widerspreche geradezu Treu und Glauben im Prozess, der Beklagten nach einer vorläufigen Obhutsumteilung über den knapp 8-jährigen C._____ eine vollzeitliche Erwerbstätigkeit zumuten zu wollen, um ihr dann voraussehbar entgegenzuhalten, es fehle ihr nun ohnehin die zeitlichen Kapazitäten für eine Kindesbetreuung. Ferner könne keine Rede davon sein, dass eine Rückplatzierung von C._____ aussichtslos sei (act. 11 S. 6).

4.3 Zunächst stellt sich die Frage, ob der Kläger zur Stellung eines Antrags auf Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege überhaupt legitimiert ist, da er durch deren Gewährung nicht beschwert ist. Wie zu zeigen sein wird, kann diese Frage offen bleiben. Die unentgeltliche Rechtspflege hat jenes Gericht zu gewähren, vor dem der Streit hängig ist. Dasselbe gilt auch für den Entzug der unentgeltlichen Rechtspflege im Rahmen eines hängigen Streites (vgl. Art. 120 ZPO sinngemäss). Es läge demnach am Einzelgericht, der Beklagten die unentgeltliche Rechtspflege im erstinstanzlichen Verfahren zu entziehen (und es liegt am Kläger, beim Einzelgericht ein entsprechendes Gesuch zu deponieren). Die Rechtsmittelinstanz ist dafür jedenfalls nicht zuständig.

Auf den Antrag 2 des Klägers ist daher nicht einzutreten.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1 Der Kläger obsiegt mit Antrag 1 teilweise. Mit Antrag 2 unterliegt er vollumfänglich. In Anwendung von Art. 106 Abs. 2 ZPO sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens daher dem Kläger zu drei Vierteln und der Beklagten zu einem Viertel aufzuerlegen. Für die Prozessentschädigung sind die jeweiligen Bruchteile der vollen tarifgemässen Entschädigung zu verrechnen. Entsprechend hat der Kläger der Beklagten eine auf die Hälfte reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen.

5.2 Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 1'000.– festzusetzen (vgl. art. 6). In Anwendung von § 4 Abs. 1, § 9, § 11 Abs. 1 und § 13 AnwGebV hat der Kläger die Beklagte mit Fr. 800.– zzgl. 8 % MwSt zu entschädigen (reduziert).

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 1 der Verfügung des Einzelgerichts des Bezirksgerichts Zürich vom 8. November 2013 aufgehoben.

Dem Beschwerdeführer wird eine Frist von 15 Tagen ab Zustellung dieses Entscheides angesetzt, um für die erstinstanzlichen Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich (Postkonto 80-4713-0) einen Kostenvorschuss von Fr. 6'000.– zu leisten.

Die Zahlung ist rechtzeitig erfolgt, wenn der Betrag spätestens am letzten Tag der Frist der Post zur Einzahlung zugunsten des Gerichts übergeben oder einem Post- oder Bankkonto in der Schweiz belastet wird.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt und vom geleisteten Kostenvorschuss des Beschwerdeführers bezogen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer zu drei Viertel und der Beschwerdegegnerin zu einem Viertel auferlegt. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer den geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 250.– zu ersetzen.
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 800.– zzgl. 8 % MwSt zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Kindesvertreter unter Beilage eines Doppels von act. 11, sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 10 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 92 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 6'500.—.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. M. Weibel

versandt am: