

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC140010-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. M. Spahn und Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber
lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 16. Mai 2014

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

sowie

Bezirksgericht Winterthur,

Einzelgericht im ordentlichen Verfahren,

Beschwerdegegner

betreffend **unentgeltliche Rechtspflege, Kostenvorschuss, Sicherheit für die
Parteientschädigung**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen
Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 12. Februar 2014 (FP130074-K)**

Erwägungen:

1. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2012 (recte: 2013) beantragte der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger), es seien in Abänderung der Dispositivziffern 4, 5.a) und 5.e) des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. August 2006 (FE060156) sowohl die Kinderunterhaltsbeiträge für die Tochter C._____, geboren tt.mm.1996, als auch der naheheliche Unterhalt für die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) rückwirkend auf Oktober 2012 auf Franken null zu reduzieren (Urk. 5/1).

Mit Eingabe vom 2. November 2013 stellte der Kläger sodann den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Urk. 5/7 S. 2, Urk. 5/8/1).

Mit Eingabe vom 5. November 2013 stellte der Kläger den Antrag, es seien in Abänderung der Dispositivziffern 4 und 5.e) des Scheidungsurteils des Bezirksgerichts Winterthur vom 28. August 2006 (FE060156) die Kinderunterhaltsbeiträge für den volljährigen Sohn D._____, geboren tt.mm.1993, neu festzulegen. Auch diesbezüglich stellte er den Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung (Urk. 5/9, Urk. 5/10/1).

Anlässlich der vorinstanzlichen Einigungsverhandlung vom 14. Januar 2014 stellte die Beklagte den prozessualen Antrag, es sei der Kläger für die Gerichtssowie die Anwaltskosten zu kautonieren (Prot. Vi S. 19). Mit Verfügung vom 15. Januar 2014 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu begründen (Urk. 5/21). Dieser Aufforderung kam er mit Eingabe vom 20. Januar 2014 nach (Urk. 5/25-5/26/1). Mit Verfügung vom 10. Februar 2014 wurden der Beklagten Kopien der Urk. 5/25 und 5/26/1-12 zugestellt und ihr Frist angesetzt, um freigestellt zum Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege Stellung zu nehmen (Urk. 5/32), was sie mit Eingabe vom 11. Februar 2014 tat (Urk. 5/34). Sie ersuchte dabei, das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen und ihn anzuhalten, einen Vorschuss für die Gerichtskosten sowie angemessene Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten (Urk. 5/34 S. 3). Mit Verfügung vom 12. Februar 2014 wies der erstinstanzliche Richter das

Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ab und setzte ihm Frist an, um einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– für die Gerichtskosten und von Fr. 6'000.– für die Parteientschädigung, insgesamt also von Fr. 10'000.– zu leisten (Urk. 5/35 S. 7 Dispositivziffern 1 und 2). Diese Verfügung wurde dem Kläger unter Beilage des Doppels der Urk. 5/34 sowie eines Einzahlungsscheins zugestellt (Urk. 5/35 S. 7 Dispositivziffer 3).

2. a) Mit fristgerechter Eingabe vom 3. März 2014 erhob der Kläger gegen die Verfügung vom 12. Februar 2014 Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und ihm für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen (Urk. 1). Sodann stellte er ein Ausstandsbegehren gegen den erstinstanzlichen Richter (Urk. 1 S. 6). Am 13. und 17. März 2014 gingen hierorts Noveneingaben des Klägers ein (Urk. 6 bis 8 und 10 f.).

b) Mit Verfügung vom 2. April 2014 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 12). Innert Frist reichte die Beklagte die Beschwerdeantwort vom 10. April 2014 ein (Urk. 18). Sie stellte dabei keinen expliziten Antrag. Doppel der Beschwerdeantwort samt Beilagen wurden dem Kläger zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 18, 19/1-2 und 20/2). Am 11. und 14. April 2014 gingen hierorts sodann weitere Eingaben des Klägers ein, welche wiederum der Beklagten als Kopien zur Kenntnisnahme zugestellt wurden (Urk. 13, 15-17 und 20/1).

c) Von der Einholung einer Stellungnahme des Beschwerdegegners kann abgesehen werden (Art. 324 ZPO).

3. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

4. a) Der Kläger machte in seiner Beschwerdeschrift unter anderem geltend, dass sein Recht, sich rechtzeitig zu verteidigen, verletzt worden sei. Von der Eingabe der Beklagten vom 11. Februar 2014 habe er erst zusammen mit der Verfü-

gung vom 12. Februar 2014 Kenntnis erhalten, als diese ihm als Anhang zum angefochtenen Entscheid zugestellt worden sei (Urk. 1 S. 5 Ziff. 4).

b) Aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) folgt das Recht einer Partei, sich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zu den Eingaben der anderen Verfahrensparteien zu äussern (BGE 133 I 98). Die Wahrnehmung dieses Rechts setzt voraus, dass die fragliche Eingabe der Partei vor Erlass eines Entscheids zugestellt wird, damit sie sich darüber schlüssig werden kann, ob sie sich dazu äussern will (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197 m.w.H.). Der Kläger ist vor Anordnung einer Sicherheitsleistung anzuhören (Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 99 N 15 m.w.H.; Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 119 N 13). Indem der erstinstanzliche Richter es unterliess, dem Kläger vor Erlass der angefochtenen Verfügung die Stellungnahme der Beklagten vom 11. Februar 2014 mit ihrem prozessualen Antrag um Anordnung einer Sicherheitsleistung zukommen zu lassen, verletzte er dessen Recht, vor Erlass der angefochtenen Verfügung von dieser Eingabe Kenntnis und allenfalls dazu Stellung nehmen zu können. Dies stellt eine gravierende Verletzung des klägerischen Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, wie er in Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie Art. 53 Abs. 1 ZPO festgehalten ist (vgl. statt vieler: Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 53 N 3 f.).

Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs, unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 53 N 26 m.w.H.). Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist jedoch nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 53 N 27 m.w.H.). Da die Verletzung

wie aufgezeigt vorliegend gravierend ist und die Beschwerdeinstanz in Tatsachenfragen nicht über die gleiche Kognition verfügt wie der Beschwerdegegner, ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und das Verfahren zur Wahrung des rechtlichen Gehörs des Klägers an den Beschwerdegegner zurückzuweisen.

5. In Bezug auf das Ausstandsbegehren des Klägers gegen den erstinstanzlichen Richter ist das Folgende auszuführen: Gemäss Art. 50 Abs. 1 ZPO entscheidet das Gericht über ein Ausstandsbegehren, wenn der geltend gemachte Ausstandsgrund bestritten wird. Dieser Entscheid ist gemäss Art. 50 Abs. 2 ZPO auf kantonalen Ebene mit Beschwerde im Sinne von Art. 319 ff. ZPO anfechtbar. Die Rechtsprechung hat unterdessen geklärt, dass Ausstandsbegehren gegen erstinstanzliche Richter vom erstinstanzlichen Gericht (ohne Beteiligung des abgelehnten Gerichtsmitgliedes) und anschliessend auf Beschwerde von der kantonalen Beschwerdeinstanz behandelt werden müssen (Erfordernis der "double instance" gemäss Art. 75 Abs. 2 BGG); vom Erfordernis der zwei kantonalen Instanzen kann nur abgewichen werden, wenn ein Ausstandsbegehren gegen ein Mitglied eines oberen Gerichts gestellt wird (BGE 138 III 41 E. 1.1 S. 42 m.w.H., bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A_158/2012 vom 7. Mai 2012 E. 1.3). § 127 GOG widerspricht diesen bundesrechtlichen Vorgaben, weshalb das Obergericht die Tragweite dieser Bestimmung im Kreisschreiben vom 6. Oktober 2010 zu Recht präzisiert hat (Ziff. 9c des Kreisschreibens). Das Obergericht ist daher zur Behandlung des erstmals vor Obergericht gestellten Ausstandsbegehrens des Klägers nicht zuständig, weshalb diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

6. Gemäss Art. 99 Abs. 3 lit. b ZPO ist im Scheidungsverfahren nach den Art. 274-294 ZPO keine Sicherheit für die Parteientschädigung zu leisten (Rüegg, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013, Art. 99 N 21). Es kann infolge der Rückweisung offengelassen werden, ob diese Bestimmung auch in Verfahren betreffend Abänderung von Scheidungsurteilen gemäss Art. 284 Abs. 3 ZPO Anwendung findet (befürwortend: Tappy, Code de procédure civile commenté, Basel 2011, Art. 99 N 46).

7. Aufgrund der Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers durch den Beschwerdegegner sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO die Gerichtskosten dem Kanton aufzuerlegen, d.h. es sind keine Kosten zu erheben (§ 200 lit. a GOG). Zu vernachlässigen ist vorliegend in Bezug auf die Kostenregelung das Nichteintreten auf das Ausstandsbegehren des Klägers, weshalb ihm im Beschwerdeverfahren keine Kosten aufzuerlegen sind. Sodann stellte die Beklagte im vorliegenden Beschwerdeverfahren keinen expliziten Antrag, weshalb auch sie nicht kostenpflichtig wird. Für die Zusprechung einer Entschädigung an die Parteien besteht keine Rechtsgrundlage (Urteil und Beschluss der I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich PC130059-O vom 7. Januar 2014 E. 6 m.w.H.).

Es wird beschlossen:

1. Die Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Winterthur vom 12. Februar 2014 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Auf das Ausstandsbegehren des Klägers gegen den erstinstanzlichen Richter wird nicht eingetreten.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien 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 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert der Hauptsache übersteigt Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 16. Mai 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
se