

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC190001-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler und Oberrichterin Dr. S. Janssen sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 13. Mai 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____, Dr.,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Ehescheidung (Kostenvorschuss)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, vom 9. Januar 2019 (FE150016-L)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen vor Erstinstanz in einem Ehescheidungsverfahren.

In Anwendung von Art. 98 ZPO setzte der erstinstanzliche Richter mit Verfügung vom 14. Januar 2015 dem Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) Frist an, um für die Gerichtskosten einen Kostenvorschuss von Fr. 4'500.– zu leisten (Urk. 5/6). Dieser wurde innert Frist geleistet (Urk. 5/8a).

Mit Verfügung vom 9. Januar 2019 setzte der erstinstanzliche Richter dem Kläger in Anwendung von Art. 98 ZPO erneut Frist an, um für die Gerichtskosten einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– zu leisten (Urk. 5/197 = Urk. 2).

Mit Eingabe vom 24. Januar 2019 erhob der Kläger innert Frist gegen die Verfügung vom 9. Januar 2019 Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 1 S. 2):

- " 1. Es sei Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Januar 2019 (Geschäfts-Nr.: FE150016-L) ersatzlos aufzuheben und der Kläger von der Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses zu befreien.
2. Eventualiter sei Dispositivziffer 1 der Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 9. Januar 2019 (Geschäfts-Nr.: FE150016-L) aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zzgl. 7.7% MwSt. zulasten der Beschwerdegegnerin."

Mit Präsidialverfügung vom 30. Januar 2019 wurde der Antrag des Klägers um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen. Der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) wurde sodann Frist angesetzt, um die Beschwerde schriftlich zu beantworten (Urk. 6). Innert Frist verzichtete die Beklagte mit Eingabe vom 5. Februar 2019 auf die Einreichung einer Beschwerdeantwort

(Urk. 7). Der Kläger nahm das ihm durch die beschliessende Kammer zugestellte Doppel des Verzichts der Beklagten vom 5. Februar 2019 am 11. Februar 2019 in Empfang (Urk. 7 f.).

Am 20. Februar 2019 ging hierorts die der Kammer von der Vorinstanz zugestellte Verfügung vom 19. Februar 2019 mit folgendem Dispositiv ein (Urk. 9):

- " 1. Dem Kläger wird eine **Nachfrist von 10 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die Gerichtskosten (ohne Kosten der Beweiserhebung) bei der Bezirksgerichtskasse Zürich (Postkonto-Nr. ...) einen **Kostenvorschuss von CHF 7'500.-** zu leisten.

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

Bei Säumnis droht, dass auf die Klage nicht eingetreten wird, wobei vorsorgliche Massnahmen vorbehalten bleiben.

2. (Schriftliche Mitteilung.)."

Der Kläger äusserte sich in der Folge zur Verfügung der Vorinstanz vom 19. Februar 2019 nicht (vgl. Urk. 10).

Die vorinstanzliche Verfügung vom 19. Februar 2019 (Urk. 9) blieb unangefochten.

2. a) Der erstinstanzliche Richter führte in der angefochtenen Verfügung aus, dass für einen autoritativen Entscheid über das Sorge- und Kontaktrecht die Einholung eines Gutachtens unabdingbar erscheine, wobei in das Gutachten sowohl erwachsenenpsychiatrische als auch kinderpsychologische Aspekte einzufließen hätten (interdisziplinäres Parallelgutachten). Eine Anfrage bei der Fachstelle für zivilrechtliche Gutachten und Beratung an der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich habe ergeben, dass nur schon dafür mit Kosten von rund Fr. 15'000.- zu rechnen wäre (unter Hinweis auf Urk. 5/196). Dem Faktor Zeit komme mehr und mehr Bedeutung zu, weil mit jedem weiteren Zuwarten die Gefahr einer Entfremdung der Kinder von ihrer Mutter wachse und der Prozess daher (trotz allenfalls noch weiterlaufenden Verhandlungen über eine Gesamtlösung) gefördert werden müsse. Die Gerichtskosten seien bisher, basierend auf einer Annahme bei Prozessbeginn

(unter Hinweis auf Urk. 5/6), nur gerade im Umfang von Fr. 4'500.– bevorschusst worden (unter Hinweis auf Urk. 5/8a). Der Prozess habe sich zu einem aussergewöhnlich aufwändigen Verfahren entwickelt. In Anwendung von Art. 98 ZPO werde dem Kläger Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse einen weiteren Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– zu leisten (Urk. 5/197).

b) In der Verfügung vom 19. Februar 2019 führte der erstinstanzliche Richter sodann aus, der Kläger habe den von ihm mit Verfügung vom 9. Januar 2019 (unter Hinweis auf Urk. 5/197) verlangten Vorschuss für Gerichtskosten innert der angesetzten Frist (unter Hinweis auf Urk. 5/199) nicht geleistet. Dieser habe gegen die erwähnte Verfügung Beschwerde beim Obergericht des Kantons Zürich erhoben, welcher die Präsidentin der I. Zivilkammer des Obergerichts aber keine aufschiebende Wirkung zuerkannt habe (unter Hinweis auf Urk. 6). Hinsichtlich der zu erwartenden hohen Kosten für die Begutachtung der erwachsenenpsychiatrischen und kinderpsychologischen Aspekte gelte es zu beachten, dass diesbezüglich Kinderbelange betroffen seien, bei welchen der Sachverhalt vom Gericht von Amtes wegen zu erforschen sei (Art. 296 Abs. 1 ZPO), sodass insoweit gestützt auf Art. 102 Abs. 3 ZPO die Nichtleistung des Kostenvorschusses sanktionslos bleiben müsse. Es sei allerdings durchaus denkbar, dass Kindesschutzmassnahmen – unter Aufrechterhaltung des Ehebandes der Parteien – von der Kindesschutzbehörde statt dem Gericht getroffen würden. Das vorliegende gerichtliche Verfahren sei vom Kläger mittels Scheidungsklage eingeleitet worden. Es könne damit von ihm ein Vorschuss bis zur Höhe der mutmasslichen Gerichtskosten verlangt werden (Art. 98 ZPO). Nach dem aktuellen Stand des Verfahrens und unter Berücksichtigung des tatsächlichen Streitinteresses, des Zeitaufwands des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles sei mit reinen Gerichtskosten von um die Fr. 12'000.– zu rechnen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 und 3 GOG und § 5 Abs. 1 und 2 GebV OG), wovon bis anhin Fr. 4'500.– bereits geleistet worden seien. Die Leistung von Vorschüssen für Prozesskosten stelle eine Prozessvoraussetzung dar, welche von Amtes [wegen] zu beachten sei (Art. 59 f. ZPO). Mit der (von Amtes wegen) anzusetzenden Nachfrist nach Art. 101 Abs. 3 ZPO sei ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass im Falle der neuerlichen Säumnis Nichteintreten auf die Klage drohe (Art. 147 Abs. 3 ZPO). In Anwendung von Art. 101

Abs. 3 ZPO werde demnach dem Kläger eine Nachfrist von zehn Tagen ab Zustellung der Verfügung angesetzt, um für die Gerichtskosten (ohne Kosten der Beweiserhebung) bei der Bezirksgerichtskasse Zürich einen Kostenvorschuss von Fr. 7'500.– zu leisten (Urk. 9).

c) Der Kläger bringt in seiner Beschwerde gegen die angefochtene Verfügung vom 9. Januar 2019 vor, die Vorinstanz vermische mit ihrer Argumentation die Kosten für den Endentscheid, die Entscheidgebühr nach Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO und die Dolmetscherkosten nach Art. 95 Abs. 2 lit. d ZPO mit den Kosten für die Beweisführung nach Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO. Zumindest könne den Erwägungen nicht eindeutig entnommen werden, ob mit dem Vorschuss von Fr. 15'000.– die Kosten für das Gutachten, sprich die Beweisführung, oder die Entscheidgebühr und Dolmetscherkosten gedeckt werden sollten. Da in der angefochtenen Verfügung jedoch die Kosten des Gutachtens explizit mit voraussichtlich Fr. 15'000.– beziffert würden, sei davon auszugehen, dass die Vorinstanz mit dem Vorschuss die Kosten des Gutachtens gedeckt habe wissen wollen. Zudem sei nur noch das Beweisverfahren ausstehend, nachdem die Parteien anlässlich der Hauptverhandlung vom 14. Dezember 2016 ihren zweiten Parteivortrag gehalten hätten. Folglich würden ausser den Kosten für die Beweisführung, sprich für das Gutachten, keine weiteren nennenswerten Kosten erwachsen, welche es zu bevorschussen gälte. Insgesamt sei daher davon auszugehen, dass die Vorinstanz mit dem auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 15'000.– die Kosten des Gutachtens bevorschusst wissen wolle. Zwar handle es sich bei allen drei Kostenarten, Entscheidgebühr, Dolmetscherkosten und Kosten der Beweisführung, um Gerichtskosten gemäss Art. 95 Abs. 2 ZPO. Art. 102 ZPO statuiere für die Kosten der Beweiserhebung jedoch eine ergänzende und spezifizierte Vorschussregelung (unter Hinweis auf BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 98 N 2a). Nach Art. 102 Abs. 1 ZPO habe jene Partei die Auslagen des Gerichts vorzuschüssen, die durch von ihr beantragte Beweiserhebungen veranlasst worden seien. Von dieser Regelung ausgenommen blieben aber Streitigkeiten, in denen das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen habe (Art. 102 Abs. 3 ZPO, Botschaft ZPO S. 7295). Im vorliegenden Verfahren gehe es unter anderem um die Zuteilung der elterlichen Sorge und die Regelung des Besuchsrechts und damit

um Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. Das Gericht erforsche hierbei den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 296 Abs. 1 ZPO). Die Parteien dürften demnach nicht verpflichtet werden, die Kosten für die für die Beurteilung des Sorge- und Kontaktrechts angeblich unabdingbare Begutachtung vorschies- sen zu müssen, selbst wenn diese Kosten Gerichtskosten darstellten und im End- entscheid den Parteien aufzuerlegen seien (unter Hinweis auf *OGer ZH PC130057-O vom 20.01.2014, E. 3.4*). Indem ihn die Vorinstanz zur Leistung ei- nes Kostenvorschusses für die Erstellung eines Gutachtens zwecks Entscheid über die Kinderbelange, betreffend welcher der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären sei, verpflichtet habe, habe sie Art. 102 Abs. 3 ZPO verletzt. Da bei dieser Ausgangslage der Sachverhalt klar sei, so dass die korrekte Rechtsan- wendung durch die Rechtsmittelinstanz keiner zusätzlichen Abklärungen bedürfe, sei die angefochtene Verfügung schlicht aufzuheben und er von der Leistung des ihm gemäss Dispositivziffer 1 auferlegten Kostenvorschusses zu befreien (Urk. 1 S. 4 f. N. 8 ff.).

3. Aufgrund der Argumentation des erstinstanzlichen Richters in der ange- fochtenen Verfügung ist mit dem Kläger davon ausgehen, dass sich der zu leis- tende Vorschuss von Fr. 15'000.– auf die Begutachtungskosten der Klinik für Kin- der- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie bezieht. So wurde in der Verfü- gung unter explizitem Verweis auf Urk. 5/196 ausgeführt, dass für das zu erstel- lende Parallelgutachten mit Kosten von rund Fr. 15'000.– zu rechnen sei (Urk. 2 S. 2).

Gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO fallen unter die Gerichtskosten die Kosten der Beweisführung. Das Gericht kann daher gestützt auf Art. 98 ZPO von der kla- genden Partei grundsätzlich auch für die Kosten der Beweisführung einen Kos- tenvorschuss verlangen. Der Gesetzgeber hat jedoch mit Art. 102 ZPO eine Spe- zialnorm für die Bevorschussung der Kosten für die Beweiserhebungen geschaf- fen (Suter/von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 102 N 1). Fordert das Gericht den Vorschuss einzig für Beweiserhebungen, so hat dies ausschliesslich in Anwendung von Art. 102 ZPO zu geschehen. So unterscheiden sich die Säumnisfolgen in Art. 101 Abs. 3 ZPO und Art. 102 Abs. 3

ZPO doch wesentlich. Gemäss Art. 102 Abs. 3 ZPO kann sodann bei den der vollen Untersuchungsmaxime unterliegenden Fällen die Beweisführung nicht von einer Vorschussleistung der Parteien abhängig gemacht werden (BK ZPO-Sterchi, Art. 102 N 7 m.w.H.; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 102 N 3). Im vorliegenden Scheidungsverfahren sind Kinderbelange zu regeln, auf die gemäss Art. 296 Abs. 1 ZPO die volle Untersuchungsmaxime Anwendung findet. Der erstinstanzliche Richter hätte den Kläger daher nicht verpflichten dürfen, für allfällige Beweiserhebungen in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss zu bezahlen, da in Bezug auf Kinderbelange die Untersuchungsmaxime gilt und gemäss Art. 102 Abs. 3 ZPO eine Verpflichtung zur Leistung des Vorschusses nicht hätte rechtsgültig verfügt werden können (*OGer ZH PC130057-O vom 20.01.2014, E. 3.4*). Die angefochtene Verfügung wäre dementsprechend antragsgemäss aufzuheben gewesen (vgl. hierzu jedoch untenstehende E. 5 Absatz 1).

4. Der Kläger ist der Aufforderung zur Leistung des Vorschusses in der Höhe von Fr. 15'000.– nicht nachgekommen. In der Folge erliess der erstinstanzliche Richter die Verfügung vom 19. Februar 2019, gemäss welcher er dem Kläger gestützt auf Art. 98 ZPO i.V.m. Art. 101 Abs. 3 ZPO Nachfrist ansetzte, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 7'500.– zu leisten (Urk. 9). Dieser Verfügung betreffend Nachfrist legte der erstinstanzliche Richter eine neue Begründung zu Grunde. Ob dies zulässig war, kann vorliegend offen bleiben, da diese Verfügung unangefochten geblieben ist.

5. Durch den Erlass der vorinstanzlichen Verfügung vom 19. Februar 2019 ist das Rechtsschutzinteresse des Klägers an der Überprüfung der angefochtenen Verfügung dahingefallen. Das Beschwerdeverfahren ist demnach als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

Die Vorinstanz hat durch den Erlass der Verfügung vom 19. Februar 2019 die Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens verursacht, weshalb in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO die Gerichtskosten dem Kanton aufzuerlegen bzw. aufgrund § 200 lit. a GOG keine Kosten zu erheben sind.

Die auf eine Beschwerdeantwort verzichtende Beklagte ist für das Beschwerdeverfahren nicht entschädigungspflichtig (BGer 5A_932/2016 vom 24. Juli 2017, E. 2.2.4). In einem Fall wie dem vorliegenden, in welchem der Kanton Zürich nicht selber Prozesspartei ist, besteht sodann keine Rechtsgrundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren an die Parteien.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren wird abgeschlossen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

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

5. 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. Mai 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
am