

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RZ160002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber lic. iur. A. Baumgartner

Beschluss vom 16. Juni 2016

in Sachen

A. _____,

Beklagter und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

1. **Politische Gemeinde B.** _____,

2. **C.** _____,

Kläger und Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____

betreffend **Unterhalt (Entscheid über einen Verfahrens Antrag)**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Andelfingen vom 2. Februar 2016 (FP140004-B)

Erwägungen:

1. Die Parteien stehen sich vor Vorinstanz in einem Unterhaltsprozess gegenüber. Mit Vorladung vom 14. Januar 2016 setzte die Vorinstanz die Fortsetzung der Hauptverhandlung (Parteibefragung der Parteien gemäss Art. 191 ZPO, Stellungnahme der Parteien dazu, der Kläger auch noch zu act. 43-45/a-d) und

evtl. Vergleichsverhandlung auf den 22. Februar 2016, 13.30 Uhr, fest (Urk. 7/46). Mit Eingabe vom 29. Januar 2016 ersuchte der Kläger 2 um die Möglichkeit einer Begleitung durch D._____, geboren tt.mm.1992, für die Verhandlung vom 22. Februar 2016 (Urk. 7/48). Mit Verfügung vom 2. Februar 2016 entschied der vorinstanzliche Richter das Folgende (Urk. 2 S. 2):

- " 1. Dem Kläger wird gestattet, sich zur Hauptverhandlung vom 22. Februar 2016 durch Frau D._____, Zürich, begleiten zu lassen.
2. Der Beklagte ist ebenfalls berechtigt, zur Hauptverhandlung vom 22. Februar 2016 eine Vertrauensperson mitzubringen.
3. (Schriftliche Mitteilung.)"

Der Beklagte erhob mit Eingabe vom 13. Februar 2016 Beschwerde gegen die genannte Verfügung mit dem Antrag, die angefochtene Verfügung sei ersatzlos aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger (Urk. 1 S. 2).

Mit Verfügung vom 16. Februar 2016 wurde den Klägern Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 6).

Mit Ladungsabnahme vom 16. Februar 2016 informierte die Vorinstanz die Parteien, dass sie zur Verhandlung vom 22. Februar 2016 aufgrund des hängigen Beschwerdeverfahrens nicht zu erscheinen hätten (Urk. 7/52).

Mit Eingabe vom 19. Februar 2016 stellte der Beklagte den Antrag, es sei das vorliegende Beschwerdeverfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers 2 (Urk. 8 S. 1). Den Klägern wurde in der Folge mit Verfügung vom 23. Februar 2016 die Frist zur Beantwortung der Beschwerde abgenommen und ihnen dafür Frist angesetzt, um zur Eingabe des Beklagten vom 19. Februar 2016 Stellung zu nehmen (Urk. 11). Innert Frist erstatteten die Kläger mit Eingabe vom 17. März 2016 ihre Stellungnahme, wobei sie folgende Anträge stellten (Urk. 13 S. 2):

1. Das Rechtsbegehren betr. Abschreibung des Beschwerdeverfahrens sei gutzuheissen und das Rechtsbegehren betr. Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers 2 sei abzuweisen.

2. Der Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger 2 einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 300.– zu bezahlen und dem Beklagten seien die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen, eventualiter sei dem Kläger 2 für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und Rechtsanwalt Dr. iur. Y. _____ als sein unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.
3. Im Übrigen unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zulasten des Beklagten.

Mit Verfügung vom 30. März 2016 wurde dem Beklagten Frist angesetzt, um zur Stellungnahme der Kläger vom 17. März 2016 wiederum Stellung zu nehmen (Urk. 16). Mit Eingabe vom 22. April 2016 reichte der Beklagte innert Frist seine Stellungnahme ein. Er stellte dabei den Antrag, es seien die Anträge der Kläger vollständig abzuweisen (Urk. 18 S. 1). Die Kläger nahmen diese Stellungnahme, welche ihnen zur Kenntnisnahme zugestellt wurde, am 2. Mai 2016 in Empfang (vgl. Urk. 18). Bis zum heutigen Tag gingen hierorts keine weiteren Eingaben der Parteien ein.

2. Wie in der Verfügung vom 16. Februar 2016 festgehalten, drohte dem Beklagten im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerdeschrift ein nicht leicht wiedergutmachender Nachteil im Sinne von Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO (vgl. Urk. 6 S. 3 f. E. 2b), weshalb auf die vorliegende Beschwerde einzutreten war. Aufgrund der Abnahme der Verhandlung vom 22. Februar 2016 durch den erstinstanzlichen Richter (vgl. Urk. 7/52) verlor der Beklagte das Rechtsschutzinteresse betreffend das vorliegende Beschwerdeverfahren, da dem Kläger 2 in der angefochtenen Verfügung einzig gestattet wurde, sich zur Hauptverhandlung vom 22. Februar 2016 begleiten zu lassen (vgl. Urk. 2 S. 2 Dispositivziffer 1). Das Beschwerdeverfahren ist demnach als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

3. a) Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Das Gericht kann von diesen Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, unter anderem wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschlossen wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e

ZPO). Massgebend kann insbesondere sein, wer oder was Anlass zur Abschreibung des Verfahrens gegeben hat. Ist der Grund für das Gegenstandsloswerden des Prozesses dem Verhalten einer Partei zuzuschreiben, sind die Kosten in der Regel dieser Partei aufzuerlegen. Fällt das Rechtsschutzinteresse am Verfahren aus keinem von einer Partei zu vertretenden Grund dahin, ist auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen (BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 18).

Der erstinstanzliche Richter nahm aufgrund des hängigen Beschwerdeverfahrens am 16. Februar 2016 die Vorladung für die Verhandlung vom 22. Februar 2016 ab (vgl. Urk. 7/52). Auch wenn der Beklagte die Beschwerde erhoben hat, kann der Grund für das Gegenstandsloswerden nicht ihm angelastet werden. So nahm der erstinstanzliche Richter die Verhandlung ohne einen entsprechenden Antrag einer der Parteien ab. In Bezug auf die Auferlegung der Prozesskosten ist deshalb auf den mutmasslichen Prozessausgang abzustellen.

b) Der erstinstanzliche Richter hat die Verfügung vom 2. Februar 2016 erlassen, ohne vorab das Gesuch des Klägers 2 vom 29. Januar 2016 (Urk. 7/48) dem Beklagten zukommen zu lassen. Der Beklagte erlangte vom entsprechenden Gesuch erst mit Zustellung der angefochtenen Verfügung Kenntnis (vgl. Urk. 2 S. 2 Dispositivziffer 3).

Der Beklagte machte in der Beschwerdeschrift dazu geltend, ihm sei in Bezug auf die angefochtene Verfügung das rechtliche Gehör verletzt worden, da er zur Eingabe des Klägers 2 vom 29. Januar 2016 nicht habe Stellung nehmen können (Urk. 1 Ziff. 2 und Ziff. 4). Der Kläger 2 führte in seiner Eingabe vom 17. März 2016 aus, dass die geltend gemachte Gehörsverweigerung einen Beschwerdegrund darstelle, der nicht ihm anzulasten sei, da er keinen Einfluss auf den Verfahrensablauf habe. Er trage keine Verantwortung für die Verletzung des rechtlichen Gehörs (Urk. 13 S. 3 f. Ziff. III.3).

Die Garantie von Art. 29 Abs. 2 BV umfasst das Recht, von allen bei Gericht eingereichten Stellungnahmen Kenntnis zu erhalten und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingaben neue und/oder wesentliche Vorbringen enthalten (BGE 137 I 195 E. 2.3.1 m.w.H.). Nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung besteht dieses Replikrecht unabhängig davon, ob ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet, eine Frist zur Stellungnahme angesetzt oder die Eingabe lediglich zur Kenntnisnahme oder zur Orientierung zugestellt worden ist (BGE 133 I 98 m.w.H.). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Heilung einer Verletzung des rechtlichen Gehörs erfolgen, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern. Voraussetzung ist indes, dass diese Sachverhalt wie Rechtslage frei überprüfen kann (vgl. statt vieler BGE 133 I 201 E. 2.2 m.w.H.). Dies ist vorliegend hinsichtlich des Sachverhalts nicht der Fall. Es besteht denn auch kein Raum für neue Tatsachenbehauptungen, was bei der Beschwerde gemäss Art. 319 ff. ZPO im umfassenden Novenverbot seinen Ausdruck findet (vgl. Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 320 N 5, Art. 326 N 4). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren wäre somit ausgeschlossen gewesen und die angefochtene Verfügung hätte aufgehoben werden müssen. Das Verfahren hätte an die Vorinstanz zurückgewiesen werden müssen. Es rechtfertigt sich daher in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO die Gerichtskosten auf die Gerichtskasse zu nehmen bzw. auf eine Kostenerhebung zu verzichten (§ 200 lit. a GOG). Vorliegend besteht sodann keine Rechtsgrundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Parteien, da der Kanton Zürich im Beschwerdeverfahren keine Parteistellung innehat (OGER ZH PC130059-O vom 7. Januar 2014, E. 6 m.w.H., siehe auch CAN 2014 Nr. 33 S. 87; BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 25).

4. a) Der Kläger 2 beantragte in der Eingabe vom 17. März 2016, es sei der Beklagte zu verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 300.– zu bezahlen; eventualiter sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren (Urk. 13 S. 2 Ziff. I.2). Der Beklagte beantragte die Abweisung dieses Antrages (Urk. 18 S. 1).

b) Nach Massgabe von Art. 261 ff. ZPO kann der Richter für die Dauer des Prozesses vorsorgliche Massnahmen treffen. Zu diesen Massnahmen zählt auch die Anordnung an den beklagten Elternteil, dem volljährigen Kind im Rahmen der Unterhaltsklage einen Prozesskostenvorschuss zu leisten (BGer 5D_111/2015

vom 6. Oktober 2015, E. 1.2 mit Hinweis auf BGer 5P.184/2005 vom 18. Juli 2005, E. 1.3). Vorliegend ist der Antrag auf Leistung eines Prozesskostenvorschusses als Antrag auf Leistung eines Prozesskostenbeitrages im Endentscheid entgegenzunehmen, da über diesen Antrag mit dem vorliegenden Endentscheid entschieden wird.

c) ca) Bei der Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages sind die für die Gewährung des prozessualen Armenrechts entwickelten Grundsätze analog anzuwenden. Sowohl die Zusprechung eines Prozesskostenbeitrages als auch die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege setzen daher die Bedürftigkeit der ansprechenden Partei voraus.

Der Kläger 2 führte in der Eingabe vom 17. März 2016 aus, er habe derzeit monatliche Ausgaben von total Fr. 2'832.–. Er verweist hierzu auf seine Ausführungen und Belege anlässlich der vorinstanzlichen Verhandlung vom 5. (recte: 9.) Juli 2015 (Urk. 13 S. 4 Ziff. III.5). Die vom Kläger 2 geltend gemachten Ausgaben sind entgegen den Ausführungen des Beklagten (vgl. Urk. 18 S. 3) grösstenteils belegt (vgl. Urk. 7/36/15-28) bzw. gerichtsüblich. Ferner ist in den vorinstanzlichen Akten eine Unterstützungsbestätigung der Sozialen Dienste St. Gallen vom 4. November 2014 vorhanden, gemäss welcher der Kläger 2 seit Juli 2014 für den Lebensunterhalt vollumfänglich unterstützt werde (Urk. 7/36/30; siehe auch Urk. 7/36/31-32), wobei diese Unterstützung zur Zeit gemäss unbestrittenen Ausführungen des Klägers 2 weggefallen ist (Urk. 13 S. 4 Ziff. III.5). Mit dem unbestrittenen gegenwärtigen Nettoeinkommen von Fr. 2'814.– pro Monat (vgl. Urk. 13 S. 4 Ziff. III.5, Urk. 15/2-4) kann der Kläger 2 seinen Bedarf nur knapp decken. Über massgebliches Vermögen scheint er nicht zu verfügen (vgl. Urk. 7/36/7 S. 4 und 7, Urk. 7/36/8-10, Urk. 7/36/28). Der Kläger ist daher als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten.

cb) Aufgrund der kurz nach Anhängigmachung der Beschwerde eingetretenen Gegenstandslosigkeit wurde dem Kläger 2 die Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort wieder abgenommen (Urk. 11). Unter diesen Umständen kann nicht davon gesprochen werden, dass seine Gewinnaussichten im Beschwerde-

verfahren in der Position des Beschwerdegegners beträchtlich geringer waren, als die Verlustgefahren (Art. 117 lit. b ZPO).

cc) Schliesslich ist der Kläger 2 seit Anbeginn des vorinstanzlichen Verfahrens im Jahre 2014 anwaltlich vertreten (vgl. Urk. 7/1 f.), was auch im Beschwerdeverfahren eine anwaltliche Vertretung rechtfertigt. Zudem ist vorliegend auch der Beklagte anwaltlich vertreten (vgl. Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

cd) Der Kläger 2 erfüllt daher alle Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 117 ZPO.

d) Die unentgeltliche Rechtspflege ist subsidiär zu den familienrechtlichen Unterhalts- und Unterstützungspflichten. Der Beklagte bestritt im Rahmen des Beschwerdeverfahrens weder seine Leistungsfähigkeit noch die Höhe des geforderten Prozesskostenbeitrages (vgl. Urk. 18 S. 3). Somit ist er zu verpflichten, dem Kläger 2 den beantragten Prozesskostenbeitrag von Fr. 300.– zu leisten.

Es wird beschlossen:

1. Das Beschwerdeverfahren wird abgeschrieben.
2. Der Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger 2 für das Beschwerdeverfahren einen Prozesskostenbeitrag in der Höhe von Fr. 300.– zu leisten.
3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteienschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Be-

schwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG, bzw. ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 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. Juni 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. A. Baumgartner

versandt am:
mc