

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC170044-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Montani Schmidt

## Beschluss vom 13. Dezember 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin X. \_\_\_\_\_

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Beklagter und Beschwerdegegner

betreffend **Ergänzung Scheidungsurteil (Kostenvorschuss)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 8. Abteilung, vom 13. November 2017 (FP170163-L)**

### **Erwägungen:**

**1.1** Am 27. September 2017 reichte die Klägerin und Beschwerdeführerin (fortan Klägerin) bei der Vorinstanz ein Begehren um Ergänzung des Scheidungsbeschlusses des Familiengerichts am Amtsgericht Konstanz vom 25. Oktober 2011 (Verfahren 6 F 56/11) ein (Urk. 4/1). Nach Eingang der mit Verfügung der Vorinstanz vom 20. Oktober 2017 verlangten Einzelvollmacht (Urk. 4/4; Urk. 4/7) wurde der Klägerin mit Verfügung vom 13. November 2017 eine Frist von 30 Tagen angesetzt, um einen Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 8'000.– zu leisten mit folgendem Hinweis: "Wird innert der in Ziffer 1 dieser Verfügung angesetzten Frist ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gestellt, wird zunächst über dieses Gesuch entschieden, und es ist keine Beschwerde einzureichen" (Urk. 4/8).

**1.2** Hiergegen erhob die Klägerin mit Schreiben vom 23. November 2017 innert Frist Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag auf ersatzlose Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung des Kostenvorschusses (Urk. 1B).

**2.1** Die Klägerin bringt vor, nicht in der Lage zu sein, den ihr auferlegten Kostenvorschuss zu bezahlen. Die Beschwerde lege sie "höchst fürsorglich" ein, da sie mit der Vorinstanz telefonisch nicht habe klären können, ob dies erforderlich sei. Sie werde aber darum bemüht sein, das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege fristgerecht vor dem 15. Dezember 2017 vorzulegen (Urk. 1).

**2.2.1** Rechtsmittel sind bedingungsfeindlich (BGE 134 III 332 E. 2.2). Herrscht Unklarheit darüber, ob überhaupt ein Rechtsmittel ergriffen worden ist (und nur dann), hat die Rechtsmittelinstanz gegebenenfalls in Ausübung ihrer richterlichen Fragepflicht abzuklären, ob der Rechtsmittelführer das Rechtsmittel vorbehaltlos aufrechterhalten oder auf dieses vorbehaltlos verzichten will. Ergibt die Prüfung, dass ein Rechtsmittel unzulässig ist, hat ein Nichteintretensentscheid zu erfolgen (Reetz in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., 3. A., Vorbemerkungen zu den Art. 308-318, N 49 f.).

**2.2.2** Die vorliegende Rechtsmittelschrift wurde explizit als Beschwerde bezeichnet und an die angerufene Kammer adressiert und enthält einen Rechtsmittelantrag. Sodann ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin anwaltlich vertreten ist. Entsprechend aber ist nicht von einer Unklarheit auszugehen; weitere Abklärungen erübrigen sich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Wille zur Beschwerdeerhebung klar bestanden hat; die Klägerin aber hat ihre Beschwerde nur für den Fall erhoben, dass sie bei Stellen eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Vorinstanz gleichzeitig die vorinstanzliche Verfügung anzufechten hätte. Dies ist – wie soeben ausgeführt – unzulässig, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten ist.

**2.3** Ohnehin hat das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 2. Juli 2012 festgehalten, dass ein Gericht bis zum rechtskräftigen Entscheid über ein hängiges Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege keinen Nichteintretensentscheid wegen Nichtleistung des Kostenvorschusses fällen dürfe, da der gesuchstellenden Partei bei einer allfälligen Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege durch erneute Fristansetzung jedenfalls die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, den verlangten Kostenvorschuss (noch) zu bezahlen, ansonsten der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege ausgehöhlt würde. So wäre die gesuchstellende Partei gezwungen, den Kostenvorschuss zur Vermeidung eines Nichteintretensentscheides zu bezahlen, ohne dass über ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege rechtskräftig entschieden wäre (BGer 5A\_23/2012 vom 2. Juli 2012, E. 3.1 mit Verweis auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere auch BGE 138 III 163 E. 4.2 = Pra 102 (2013) Nr. 98). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege schiebt die Frist zur Vorschussleistung gleichsam auf. Wird das Armenrechtsgesuch abgewiesen, so ist die Frist zur Vorschussleistung entweder von Amtes wegen zu erstrecken oder neu anzusetzen (BGE 138 III 163 E. 4.2). Solange über das Gesuch für die unentgeltliche Rechtspflege nicht entschieden worden sei, dürfe das Gericht keinen Kostenvorschuss verlangen und den Ablauf der Frist bestimmen (BGE 138 III 672 E. 4.2.1 [= Pra 102 (2013) Nr. 24] mit Verweis auf BGE 138 III 163 E. 4.2). Damit aber wäre der Klägerin – bei Einreichen eines Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege bei der Vorinstanz während der Frist zur Vorschussleistung –

diese Frist ohnehin aufgeschoben worden und der Klägerin fehlte es an der für das vorliegende Rechtsmittel erforderlichen Beschwer, d.h. sie erleidet keinen Nachteil (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

**2.4** Schliesslich fehlt in der Beschwerde jegliche Auseinandersetzung mit dem angefochtenen Entscheid und damit eine eigentliche Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO).

**2.5** Damit erweist sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig, weshalb auf das Einholen einer Beschwerdeantwort der Gegenpartei verzichtet werden kann (Art. 322 Abs. 1 ZPO).

**3.1** Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und Abs. 2 GebV OG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GebV OG und § 11 GebV OG auf Fr. 800.– festzusetzen und ausgangsgemäss der unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**3.2** Dem Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) ist mangels erheblicher Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **Es wird beschlossen:**

1. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 800.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beklagten unter Beilage einer Kopie von Urk. 1B auf dem Rechtshilfeweg, sowie an die Vorinstanz, 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 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 in 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, 13. Dezember 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer  
Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Montani Schmidt

versandt am:  
mc