

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB180014-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 23. Juli 2018

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Persönlichkeitsverletzung / Kostenvorschuss**

**Beschwerde gegen eine Verfügung der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 19. April 2018; Proz. CG170007**

Erwägungen:

1. Am 17. Januar 2017 überbrachte A._____ (der Kläger) dem Bezirksgericht Zürich die Weisung des Friedensrichteramtes C._____, (act. 5/1) über die vom Kläger gegen die B._____ (die Beklagte) gerichtete Klage:

- "1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte die Persönlichkeitsrechte des Klägers widerrechtlich verletzt hat.
2. Falls das Begehren 1 gutgeheissen wird, sei dem Kläger Schadenersatz und Genugtuung zuzusprechen sowie die Beklagte zu verpflichten, das Urteil im nächsten dem Urteil folgenden Jahresbericht auszudrucken.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

In einem gleichzeitig dem Gericht überbrachten Schreiben bezifferte der Kläger seinen Anspruch auf Genugtuung mit Fr. 5'000.-- und unter der Überschrift "6. Schadenersatz" nannte er die Zahl von Fr. 25'000.--. Zur Begründung seiner Begehren schrieb der Kläger, anlässlich der Generalversammlung 2016 der Beklagten habe deren Rechtsvertreter gesagt, "Herr A._____ [hat] den objektiven Tatbestand der Erpressung erfüllt, den subjektiven weiss ich nicht" (act. 5/2).

Entgegen der Auffassung des Friedensrichters, welcher das Einzelgericht als zuständig betrachtet hatte (act. 1, Einleitung), legte das Bezirksgericht ein Geschäft des Kollegiums an (act. 5/4/1).

Mit Beschluss vom 6. Februar 2017 wies die Vorinstanz das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit ab, und der Kläger wurde zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses in der Höhe von Fr. 4'000.– verpflichtet (act. 5/7). Gegen diesen Beschluss erhob der Kläger Beschwerde, welche durch die Kammer mit Entscheid vom 4. September 2017 abgewiesen wurde (act. 5/13). Diesen Entscheid zog der Kläger weiter an das Bundesgericht, welches die Beschwerde mit Urteil vom 30. Januar 2018 abwies, soweit es darauf eintrat (act. 5/14).

Mit Verfügung vom 13. März 2018 wurde dem Kläger eine Nachfrist von fünf Tagen angesetzt, um den Vorschuss zu leisten (act. 5/19). Mit Eingabe vom 26. März 2018 beantragte der Kläger, der Vorschuss sei zu reduzieren, eventuel-
ter im Sinne einer Wiedererwägung neu anzusetzen. Dies, da er die Schadener-

satzforderung zurückziehe und die Genugtuungsforderung von Fr. 5'000.– auf Fr. 1'000.– reduziere, womit eine Grundgebühr von nur noch Fr. 150.– anfalle (act. 5/21). Mit Verfügung vom 29. März 2018 wurde der Beklagten durch die Vorinstanz Frist angesetzt, um sich zu diesem Begehren sowie dem Streitwert bezüglich der Persönlichkeitsverletzung zu äussern (act. 5/22). Die Beklagte nahm am 12. April 2018 Stellung; sie erachtete die Höhe des Vorschusses von Fr. 4'000.– als nach wie vor richtig, weil es um eine nicht vermögensrechtliche Sache und nur im Nebenpunkt um Geld gehe, und sie stellte den Antrag für eine Parteientschädigung aufgrund des Teilrückzuges der Klage (act. 5/24).

Am 19. April 2018 verfügte die Richterin, welche bisher als "Verfahrensleitung" gewirkt hatte, "als Einzelrichterin" Folgendes (act. 5/26 = act. 3):

1. Vom Rückzug des Antrags auf Genugtuung wird Vormerk genommen.
2. Von der Reduktion des Antrags auf Schadenersatz auf Fr. 2'000.– wird Vormerk genommen.
3. Der klagenden Partei wird eine Nachfrist von **5 Tagen** ab Zustellung dieser Verfügung angesetzt, um für die Gerichtskosten bei der Bezirksgerichtskasse Zürich (Postkonto 80-4713-0) einen reduzierten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.00 zu leisten.
4. Bei Säumnis wird auf die Klage nicht eingetreten.
- 5.–6. [Rechtmittelbelehrung / Mitteilungen]

Gegen diese Verfügung erhob der Kläger am 24. April 2018 (Datum Poststempel) rechtzeitig Beschwerde mit den folgenden Anträgen (act. 2):

1. Der Entscheid sei im Sinne der Erwägungen aufzuheben resp. abzuändern.
2. Der Streitwert sei mit Fr. 1'000.– festzustellen und die gerichtliche Grundgebühr mit Fr. 150.– festzusetzen.
3. Es sei festzustellen, dass die Schadenersatzforderung zurückgezogen wurde und die Genugtuungsforderung im Umfang von Fr. 1'000.– aufrecht erhalten wurde.
4. Es sei festzustellen, dass die angefochtene Verfügung ein Rechtspfusch ist.

(Prozessanträge)

1. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren mit der Begründung, dass er aufgrund mangelnden Einkommens die Prozesskaution(en) nebst dem Lebensunterhalt nicht aufbringen kann, ggf. sei dem Beschwerdeführer eine Frist zu setzen dafür Belege einzureichen.
2. Die Frist für den Kostenvorschuss sei dem Beschwerdeführer abzunehmen und neu anzusetzen.

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5/1–27). Es wurde davon abgesehen, eine Beschwerdeantwort einzuholen (Art. 322 Abs. 1 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Beklagten ist mit dem Entscheid ein Doppel von act. 2 zuzustellen.

2.1 Die Beschwerde dient im Rahmen der Bestimmungen der ZPO der Korrektur unrichtiger Entscheide. Sie muss einem schutzwürdigen Interesse des Beschwerdeführers dienen (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO), und das ist dann der Fall, wenn eine konkrete Änderung der Anordnungen im angefochtenen Entscheid zur Diskussion steht. Das Bedürfnis einer Partei, eine Instanz oder eine Person schlecht zu machen, ist kein solches Interesse. Wenn die Beschwerde zulässig und in der Sache begründet ist, wird sie gutgeheissen (Art. 327 ZPO). Weitere Ansprüche hat der Beschwerdeführer grundsätzlich und von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen nicht.

Auf den Antrag Ziff. 4, die angefochtene Verfügung sei förmlich als "Rechtspfusch" zu bezeichnen, ist demnach nicht einzutreten.

2.2 Dem Begehren (Ziff. 1), "Der Entscheid sei im Sinne der Erwägungen aufzuheben resp. abzuändern" kommt keine eigene Bedeutung zu, denn der Beschwerdeführer verlangt separat jedenfalls sinngemäss eine Reduktion des Kostenvorschusses und eine Richtigstellung dazu, wie er seine Klage reduzierte (act. 2).

Auf dieses Begehren ist nicht separat einzutreten.

2.3 Der Beschwerdeführer verlangt mit seinem Antrag Ziff. 3 die Feststellung, dass er die Forderung auf Schadenersatz zurückgezogen und den Genugtuungsanspruch auf Fr. 1'000.-- reduziert habe.

Der Beschwerdeführer hat Recht: so hat er es erklärt (act. 5/21). Diese Erklärung ist zwar in den Erwägungen des angefochtenen Entscheides richtig wiedergegeben (S. 2 oben, Erwägung I/1), im Dispositiv ist es aber dann doppelt unrichtig formuliert: es werden Genugtuung und Schadenersatz verwechselt, und es wird der aufrecht erhaltene Betrag mit Fr. 2'000.-- statt richtig Fr. 1'000.-- angegeben (Dispositiv Ziff. 1 und 2).

Anerkennung und Rückzug (auch nur teilweise) führen ebenso wie ein Vergleich zur unmittelbaren Beendigung des Verfahrens, und es bedarf dazu keiner weiteren Erklärung oder Anordnung des Gerichts (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Die anschliessende "Abschreibung" des Verfahrens (Art. 241 Abs. 3 ZPO; so dürfte die "Vormerknahme" hier gemeint gewesen sein) hat grundsätzlich keine eigene Bedeutung. Wenn in einer Anerkennung oder in einem Vergleich eine Leistung einer Partei statuiert wird, bildet der förmliche Abschreibungs-Entscheid immerhin einen Vollstreckungstitel (bei einer Geldleistung stellt er etwa einen definitiven, und nicht bloss einen provisorischen Rechtsöffnungstitel dar, Art. 80 gegenüber Art. 82 SchKG). Das ist hier allerdings nicht der Fall. Ein Rückzug führt ferner in der Regel zu Kostenfolgen zum Nachteil des Klägers (Art. 106 Abs. 1 ZPO). So hat denn auch die Beklagte, wie vorstehend erwähnt, Antrag gestellt. Das Gericht hat darüber aber noch nicht entschieden. Wenn es das tut, wird es an die irrtümliche Formulierung seiner Vorsitzenden, die Klage sei (nur) bis auf Fr. 2'000.-- reduziert worden, nicht gebunden sein, da dieser "Vormerk" keine eigene rechtliche Bedeutung hat. Endlich sind Vorschuss und/oder Sicherheit nach einem teilweisen Klagerückzug regelmässig neu festzulegen - wie es hier geschah. Auch dafür kommt es aber auf die wahre Erklärung des Klägers an und nicht darauf, wie er irrtümlich zitiert wurde. Das kann er mit dem Rechtsmittel gegen den neu festgesetzten Betrag des Vorschusses geltend machen - was er auch tut.

Der Kläger hat daher kein rechtlich schützenswertes Interesse daran, dass der Irrtum des angefochtenen Entscheides in der Formulierung von Dispositiv-

Ziffern 1 und 2 korrigiert wird, und auf die Beschwerde ist auch in diesem Punkt nicht einzutreten.

Immerhin ist anzumerken, dass der aufgezeigte Widerspruch zwischen den Erwägungen und dem Dispositiv einen Anwendungsfall von Art. 334 Abs. 1 ZPO darstellt. Einer Berichtigung von Amtes wegen steht insoweit nichts entgegen. Immerhin wäre die Zuständigkeit dafür zu überdenken: die Erledigung und damit auch das blosse Abschreiben eines Prozesses fällt bei einer Sache des Kollegialgerichts nach Auffassung der Kammer (und des Gesamtobergerichts, wie sich aus § 31 OrgV OG ergibt) nicht in die Kompetenz der Vorsitzenden oder Referentin.

2.4 Der Beschwerdeführer verlangt, es sei der Streitwert auf Fr. 1'000.-- festzusetzen und "die gerichtliche Grundgebühr mit Fr.150.-- festzusetzen" (Antrag Ziff. 2). Sinngemäss will er offenbar, dass der ihm auferlegte Kostenvorschuss auf diese Fr. 150.-- reduziert wird. Die Bestimmung des Streitwertes und der tarifgemässen Gebühr sind Vorfragen dazu, welchen keine eigene Bedeutung zukommt; insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Der Entscheid über die Leistung eines Kostenvorschusses ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 103 ZPO). Der Beschwerdeführer ist im Sinne des Gesetzes durch den angefochtenen Entscheid beschwert, er stellt jedenfalls sinngemäss einen Antrag und gibt dafür eine Begründung (Art. 321 Abs. 1 ZPO). Es ist darauf einzutreten. Zu prüfen sind gerügte Rechtsverletzungen ohne Einschränkung auf Willkür oder andere qualifizierte Unrichtigkeit; so weit es auf den Sachverhalt ankommt, sind nur "offensichtliche" Fehler richtig zu stellen (Art. 320 ZPO).

Die Frage nach dem Streitwert und als Folge davon nach den zu erwartenden Gerichtskosten hängt eng mit der (sachlichen) Zuständigkeit zusammen, welche von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 60 in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 lit. b ZPO), nach der Praxis der Kammer insbesondere in einem Rechtsmittelverfahren.

Zivilprozesse werden im ordentlichen Verfahren geführt (Art. 220 ff. ZPO), wenn nicht eine andere Bestimmung greift - hier kommt insbesondere das verein-

fachte Verfahren in Frage (Art. 243 ff. ZPO). Die zuständige Instanz ist im Kanton Zürich im ersten Fall das Kollegium des Bezirksgerichts (§ 19 GOG), im zweiten das Einzelgericht (§ 24 lit. a GOG). Die Klage auf Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung ist im Katalog der Ausnahmen nirgends aufgeführt, untersteht daher dem ordentlichen Verfahren und fällt in die Kompetenz des Kollegialgerichts. Eine Geldforderung bis und mit Fr. 30'000.-- wird im vereinfachten Verfahren (Art. 243 abs. 1 ZPO) vom Einzelgericht behandelt. Der angefochtene Entscheid spricht zwar "von über Fr. 30'000.--" (E. 2.2 erster Satz), das ist aber offensichtlich falsch (vgl. act. 5/2 S. 4: für die Positionen "Mietzinsdifferenz" und "Gratisnachtessen" behielt sich der Kläger eine "Nachklage" vor, sie sind also gerade nicht Bestandteil der bisherigen Klage). Auf den ersten Blick wären die beiden Teile der Klage daher in verschiedenen Verfahren von verschiedenen Instanzen zu behandeln (Art. 90 ZPO). Es ist allerdings davon auszugehen, dass das materielle Recht, dem das Prozessrecht zu dienen hat, die Behandlung mehrerer auf Art. 28a ZGB gestützter Begehren in einem Verfahren verlangt, ebenso wie etwa bei den Klagen auf Vaterschaft und Unterhalt (Art. 261 und 279 ZGB) oder bei der Scheidung und deren finanziellen Folgen (hier statuiert das Gesetz sogar ausdrücklich den Entscheid in *einem* Urteil: Art. 283 ZPO). Das Bundesgericht hat den Anwendungsbereich von Art. 90 ZPO zudem neuerdings stark eingeschränkt, indem es bei einer Mehrzahl von Geldforderungen ohne falsche dogmatische Bedenken das Zusammenrechnen der Streitwerte nach Art. 93 ZPO vor dem Entscheid über die Verfahrensart vornimmt (BGE 142 III 788) - die Konstellation ist der heute zu beurteilenden ähnlich, und der Entscheid indiziert darum die Zulässigkeit der Klagenhäufung auch im vorliegenden Fall.

In aller Regel ist für das Verfahren und die Zuständigkeit beim Zusammentreffen vermögensrechtlicher und nicht vermögensrechtlicher Elemente das zweite massgebend. Ganz ausnahmsweise mag der vermögensrechtliche Teil dermassen im Vordergrund stehen, dass auf ihn abzustellen ist (das Bundesgericht behält das vor in *BGer 5A_205/2008* vom 3. September 2008, war aber so weit ersichtlich noch mit keinem solchen Fall befasst). Dass das hier zutrifft, ist nicht zu sehen - gegenteils ist anzunehmen, dass der Kläger durch den Vorwurf der Erpressung wirklich getroffen ist; so verlangt er ja auch, dass ein die Klage gut heis-

sendes Urteil den Mitgliedern der Beklagten kommuniziert werden soll; im Vordergrund stehen daher die Persönlichkeitsverletzung als solche sowie die mit deren gerichtlicher Feststellung einhergehende reparatorische Wirkung. Die vorliegende Klage ist damit als nicht vermögensrechtlich zu beurteilen, und zwar anders als der angefochtene Entscheid annimmt (E. 2.2), schon in der ursprünglichen Fassung - so wie etwa eine Scheidungsklage auch bei Millionenansprüchen aus Güterrecht und Unterhalt nicht aus diesem Grund vermögensrechtlich wird (der Vorbehalt von § 5 Abs. 2 GebV OG geht nebenbei gesagt gerade davon aus, dass die Sache vermögensrechtlich bleibt). Zuständig ist demnach das Kollegialgericht. Dass sich die verfahrensleitende und vorsitzende Richterin in der angefochtenen Verfügung als "Einzelrichterin" bezeichnet, ist ein offenkundiger Irrtum. Mit Recht erwägt sie, dass auch die Reduktion einer reinen Geldforderung von über auf unter die Schwelle von Fr. 30'000.-- an der Zuständigkeit des Kollegiums nichts geändert hätte (zur gleichen Frage unter der alten ZPO OGerZH NE090032 vom 12. März 2011, ferner Dike-Kommentar ZPO-DIGGELMANN, Art. 91 N. 3), und als Kollegialgeschäft war die Sache ursprünglich richtig anhand genommen worden.

Damit ist der Argumentation des Klägers, der Streitwert betrage nurmehr Fr. 1'000.-- und die mögliche Gebühr resp. der mögliche Vorschuss nur noch Fr. 150.--, der Boden entzogen (ganz abgesehen davon, dass die Gebühr bei einem Streitwert von Fr. 1'000.-- 25%, also Fr. 250.-- beträgt und je nach Aufwand verdoppelt werden kann: § 4 GebV OG). Zu prüfen bleibt im Rahmen der richterlichen Rechtsanwendung, ob der Vorschuss auch zu hoch ist, wenn man die Sache als nicht vermögensrechtlich einordnet.

Im konkreten Fall ist der Rahmen für die dereinst festzusetzende Gerichtsgebühr (worauf bei der Bemessung des Vorschusses Rücksicht zu nehmen ist) "in der Regel Fr. 300.-- bis Fr. 13'000.--" (Art. 5 Abs. 1 GebV OG). Ein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 2 GebV OG (Erhöhung der Gebühr bis zum Betrag nach Streitwert, wenn zum nicht-Vermögensrechtlichen Vermögensrechtliches hinzutritt) kam und kommt nur schon darum nicht in Frage, weil die eingeklagten Beträge von Fr. 30'000.-- resp. Fr. 1'000.-- eine Erhöhung über die Fr. 13'000.-- hinaus

nicht erlauben würden. Andererseits war und ist es richtig, wenn im sehr weiten Rahmen der Gebührenverordnung die Höhe der Forderung als ein Kriterium unter mehreren berücksichtigt wird. Bei den ursprünglich neben den nicht vermögensrechtlichen Anträgen eingeklagten Fr. 30'000.-- eine Gebühr von Fr. 4'000.-- zu prognostizieren und den Vorschuss entsprechend festzusetzen, war ebenso richtig wie die Neufestsetzung auf Fr. 2'000.-- als Folge der Reduktion der Geldforderung auf Fr. 1'000.--. Die Beschwerde ist in diesem Punkt unbegründet und ist abzuweisen.

Mit der angefochtenen Verfügung wurde dem Kläger die Frist zum Zahlen des Kostenvorschusses als Nachfrist angesetzt, mit der Androhung des Nichteintretens im Säumnisfall. Das ist richtig, wenn eine erste Frist ungenutzt abgelaufen ist (Art. 101 Abs. 3 ZPO). Wann diese erste Frist abgelaufen ist, wird in der angefochtenen Entscheidung nicht erläutert. Der Kläger ficht diese Anordnung allerdings nicht an, und er macht auch in der Begründung keine Ausführungen zu dem Punkt. Es ist daher nicht weiter darauf einzugehen.

Nach der Praxis der Kammer lief die dem Kläger angesetzte (Nach-)Frist während des Beschwerdeverfahrens nicht säumniswirksam ab. Sie ist mit dieser Entscheidung neu anzusetzen.

3. Der Kläger unterliegt mit seiner Beschwerde und wird damit grundsätzlich kostenpflichtig. Angesichts der Besonderheiten der Sache ist allerdings auf Kosten für das Beschwerdeverfahren zu verzichten. Damit wird das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gegenstandslos. Eine Parteientschädigung ist allerdings ausgangsgemäss nicht zuzusprechen: dem Kläger nicht, weil er unterliegt, der Beklagten nicht, weil sie mit der Beschwerde keinen Aufwand hatte.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, so weit darauf eingetreten wird.
2. Die dem Kläger in der angefochtenen Verfügung angesetzte Frist zum Zahlen eines Kostenvorschusses von Fr. 2'000.-- wird ihm neu und unter Be-

rücksichtigung der Gerichtsferien bis zum 20. August 2018 angesetzt. Im Übrigen gelten die Bestimmungen von Dispositiv Ziff. 3 und 4 der angefochtenen Verfügung unverändert.

3. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben und wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 2, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 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 um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: