

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB190005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiber lic. iur. R. Pfeiffer

Beschluss und Urteil vom 26. März 2019

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

gegen

Baugenossenschaft B. _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

betreffend **Persönlichkeitsverletzung**

**Berufung gegen einen Beschluss der 10. Abteilung des Bezirksgerichtes
Zürich vom 11. Februar 2019; Proz. CG170007**

Rechtsbegehren:

(vgl. act. 39, act. 1 und 2 sinngemäss)

1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte die Persönlichkeit des Klägers widerrechtlich verletzt hat.
2. Es sei dem Kläger Schadenersatz und Genugtuung zuzusprechen.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, das Urteil im nächsten dem Urteil folgenden Jahresbericht auszudrucken.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 11. Februar 2019:

(act. 39)

- " 1. Das Verfahren wird bezüglich der Schadenersatzforderung zufolge Rückzugs erledigt abgeschrieben.
2. Das Verfahren wird bezüglich der Genugtuungsforderung im Umfang von CHF 4'000.– zufolge Rückzugs erledigt abgeschrieben.
3. Im Übrigen wird auf die Klage nicht eingetreten.
4. Die Entscheidgebühr wird auf CHF 2'000.– festgesetzt. Weitere Kosten bleiben vorbehalten.
5. Die Gerichtskosten werden der klagenden Partei auferlegt.
6. Die klagende Partei wird verpflichtet, der beklagten Partei eine reduzierte Parteientschädigung von CHF 1'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen."
- 7.-8. Mitteilung / Rechtsmittel.

Berufungsanträge:

(act. 37 S. 2)

- " 1. Dem Beschwerdeführer sei die unentgeltliche Rechtspflege für dieses Verfahren zu gewähren sowie ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu gewähren. Dabei sei aus Gründen der Prozessökonomie auf die Vorakten abzustellen, eventualiter sei diesem Gelegenheit zu geben, ein vollständiges UP Gesuch nachzureichen.
2. Der Beschluss sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Verfahren von Anfang an zu wiederholen.
3. Eventualiter sei der Beschluss aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf die Rechtsbegehren (soweit nicht zurückgezogen) in der Klage materiell einzutreten.
4. Bei Gutheissung von Begehren 1 und/oder 2 sei von einem Kostenvorschuss abzusehen.
5. Eventualiter sei die Gerichtsgebühr auf Fr. 300.– zu reduzieren und der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen.
6. alles unter Kosten und Entschädigungspflicht zulasten der Beschwerdegegner."

Erwägungen:

1. Der Berufungskläger war Mieter und Genossenschafter der Berufungsbeklagten (vgl. act. 3/1, 3/3, 3/4). Mit Eingabe vom 17. Januar 2017 (act. 2) führte er unter Beilage der Klagebewilligung vom 14. November 2016 (act. 1) Klage gegen die Berufungsbeklagte. Er beehrte die Feststellung, dass die Berufungsbeklagte seine Persönlichkeit widerrechtlich verletzt habe, und beehrte Schadenersatz von Fr. 25'000.– (act. 2 S. 4) und eine Genugtuung von Fr. 5'000.– (act. 2 S. 4), zudem die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Dies, weil Rechtsanwalt Dr. X. _____ – hier Vertreter der Berufungsbeklagten – ihm anlässlich der Gene-

ralversammlung der Berufungsbeklagten vom 12. Mai 2016 vorgeworfen habe, dass er – der Berufungskläger – sich der Erpressung schuldig gemacht habe (act. 2 S. 2). Mit Beschluss vom 6. Februar 2017 (act. 7) wies das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung (im Folgenden: Vorinstanz), das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wegen Aussichtslosigkeit (vgl. act. 7 Ziffer II.5 ff. S. 4 ff.) ab und verlangte vom Berufungskläger einen Kostenvorschuss von Fr. 4'000.–. Mit Urteil vom 4. September 2017 (act. 13) wies das Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, die Beschwerde des Berufungsklägers gegen die Nichtgewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Mit Urteil vom 30. Januar 2018 wies das Bundesgericht (act. 14) die gegen das Urteil der Kammer gerichtete Beschwerde des Berufungsklägers ab, soweit es darauf eintrat.

2. Mit Verfügung vom 13. März 2018 (act. 19) setzte die Vorinstanz dem Berufungskläger eine Nachfrist von 5 Tagen, um den Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– zu leisten und drohte an, bei Säumnis auf seine Klage nicht einzutreten. Mit Eingabe vom 26. März 2018 (act. 21) beantragte der Berufungskläger, die angesetzte Frist "abzunehmen und neu anzusetzen resp. zu erstrecken." Er zog seine Schadenersatzforderung zurück und reduzierte seine Forderung auf Leistung einer Genugtuung auf Fr. 1'000.–. Er beantragte, dass deshalb der Kostenvorschuss "zu reduzieren", "[e]ventualiter ... im Sinne einer Wiedererwägung neu anzusetzen" sei.

3. Mit Verfügung vom 19. April 2018 (act. 26) nahm die Vorinstanz – wenn auch nicht ganz entsprechend seinen Erklärungen (vgl. act. 28 Erw. 2.3 S. 5) – vom teilweisen Klagerückzug des Berufungsklägers "Vormerk", verlangte einen reduzierten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– und setzte ihm eine Nachfrist von 5 Tagen, um diesen zu leisten. Gleichzeitig drohte sie an, dass bei Säumnis auf seine (nunmehr reduzierte) Klage nicht eingetreten werde. Mit Urteil vom 23. Juli 2018 (act. 28) wies die Kammer die gegen die Verfügung vom 19. April 2018 gerichtete Beschwerde des Berufungsklägers ab und setzte ihm die "in der angefochtenen Verfügung angesetzte Frist [nämlich die *Nachfrist*] zum Zahlen eines Kostenvorschusses von Fr. 2'000.– ... neu ... bis zum 20. August 2018 an...". Mit Urteil vom

12. Dezember 2018 (act. 30) wies das Bundesgericht die dagegen gerichtete Beschwerde des Berufungsklägers ab, soweit es darauf eintrat.

4. Mit Beschluss vom 11. Februar 2019 (act. 32 = act. 38, 39) schrieb die Vorinstanz das Verfahren betreffend die Schadenersatzforderung insgesamt und betreffend die Genugtuungsforderung im Umfang von Fr. 4'000.– zufolge Rückzugs ab. Im Übrigen trat sie auf die Klage nicht ein, da der Berufungskläger den Kostenvorschuss auch innert Nachfrist nicht geleistet habe (act. 32 Erw. 10 S. 4). Sie setzte eine Entscheidgebühr von Fr. 2'000.– fest, die sie dem Berufungskläger auferlegte, und verpflichtete ihn, der Berufungsbeklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1'700.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Mit Eingabe vom 28. Februar 2019 (act. 37) führt der Berufungskläger dagegen ein als "Beschwerde" bezeichnetes Rechtsmittel. Der Beschluss vom 11. Februar 2019 ist ein erstinstanzlicher Endentscheid und es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit (act. 39 Erw. 11 S. 5; vgl. auch act. 28 Erw. 2.4 S. 7 f.). Dagegen ist die Berufung zulässig (Art. 308 Abs. 1 ZPO; Abs. 2 e contrario). Ein Rechtsmittel ist ohne weitere Formalitäten als das zulässige entgegenzunehmen (OGer ZH NP130033 vom 20. März 2014), erst recht, wenn die falsche Bezeichnung auf eine unrichtige Belehrung zurückzuführen ist (vgl. act. 38, Dispositiv-Ziffer 8). Die als "Beschwerde" bezeichnete Eingabe des Berufungsklägers ist deshalb als Berufung entgegenzunehmen.

6. Die Eingabe des Berufungsklägers ist der Berufungsbeklagten nicht zur schriftlichen Stellungnahme zuzustellen (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO).

7. Seinen Berufungsantrag Ziffer 3 (act. 37 S. 2) beschränkt der Berufungskläger "soweit nicht zurückgezogen", nicht aber seinen Berufungsantrag Ziffer 2. Seine Berufung ist damit auch gegen die Abschreibung aufgrund seines Teilrückzugs (act. 39, Dispositiv-Ziffern 1 und 2) gerichtet. Er macht geltend, er habe sich in einem Irrtum befunden (act. 37 S. 6 Ziffer II.1 Abs. 1). Solche Mängel sind nicht mit Berufung oder Beschwerde, sondern wären mit Revision geltend zu machen gewesen (OGer ZH NP130033 vom 20. März 2014), wofür aber nicht das Obergericht zuständig ist (vgl. Art. 328 Abs. 1 lit. c ZPO). Das ist dem Berufungskläger

offenbar bewusst (vgl. act. 37 S. 6). Weshalb es ihm unzumutbar wäre, diesen Rechtsmittelweg zu beschreiten, wie er geltend macht, erschliesst sich nicht. Insofern ist auf die Berufung nicht einzutreten.

8. Die Berufung ist aber auch in der Sache unbegründet. Denn ein "unbedingte[r] Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege" (act. 37 S. 7 Erw. II.3 Abs. 2) ergibt sich aus der EMRK, namentlich deren Art. 6, nicht (BGE 141 I 241 Erw. 4.2.2 S. 248; vgl. auch EGMR 10111/06 vom 14. Oktober 2010 [Pedro Ramos Luis Miguel gegen die Schweiz], Ziffern 33 ff., insb. Ziffer 41). Es ist auf die gesetzlichen Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege zu verweisen – Mittellosigkeit und fehlende Aussichtslosigkeit (Art. 117 ZPO) –, die hier nicht gegeben sind, wie in einem früheren Verfahren festgestellt wurde (vgl. oben Ziffer 1).

9. Der Berufungskläger wirft der Vorinstanz (und allen anderen involvierten Instanzen) vor, dass es nur "um Obstruktion des Verfahrens" gegangen sei (act. 37 S. 7 Ziffer II.4 Abs. 2). Da absehbar gewesen sei, dass er den Vorschuss ohnehin nicht würde zahlen können, hätte die Vorinstanz seine Klage behandeln sollen. Die Vorschusspflicht und die Folge des Nichteintretens bei Nichtleistung dienen aber gerade auch dazu, dass die Gerichte nicht Leistungen erbringen – Klagen in der Sache behandeln –, für die die dafür geschuldeten Kosten dereinst nicht einbringlich sein werden. Das ist legitimer Zweck der Regeln über den Kostenvorschuss und stellt keine Rechtsverweigerung dar. Der Hinweis, die Gerichtskasse hätte die Kosten bei der Gegenpartei eintreiben können (act. 37 S. 7 Ziffer II.4 Abs. 2 am Ende) ist unbehelflich, da die Klage aussichtslos war, sodass mit einer Kostenpflicht der Gegenpartei nicht zu rechnen war. Der angefochtene Beschluss (oder sonst das Verfahren) ist insofern nicht zu beanstanden.

10. Der Berufungskläger macht geltend, es sei "nicht nachzuvollziehen, warum die Gerichtsgebühr wieder auf die ursprünglich veranschlagten Fr. 4'000.– hochgefahren wurde" (act. 37 S. 7 f. Ziffer II.5). Der reduzierte Kostenvorschuss (act. 26) betraf die nicht zurückgezogenen Begehren des Berufungsklägers. Mit dem angefochtenen Beschluss waren hingegen Kostenfolgen auch für die zurückgezogenen Begehren festzulegen (vgl. den Vorbehalt in act. 26 Erw. II.3 S. 4 f.). Der angefochtene Beschluss ist auch insofern rechtens. Zudem sind die

Höhe der Entscheidungsbüher und der Umfang der Reduktion (§ 10 Abs. 1 GebV OG) dem Streitinteresse und dem vom Berufungskläger verursachten Aufwand angemessen und liegen im Rahmen des Ermessensspielraums der Vorinstanz.

11. Der Berufungskläger macht geltend, es handle sich bei der Entscheidungsbüher um "versteckte Kosten der Behandlung des UP Gesuches", da er diese aufgrund der Abweisung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zahlen müsse (act. 37 S. 7 f. Ziffer 5 am Ende). Nach Art. 119 Abs. 6 ZPO werden im Verfahren um die unentgeltliche Rechtspflege (ausser bei Bös- oder Mutwilligkeit) keine Kosten erhoben. Das heisst aber nicht, dass der Berufungskläger Anspruch darauf hat, grundsätzlich kostenlos zu prozessieren. Liegen die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege – wie hier – nicht vor, gelten die allgemeinen Kostenregeln.

12. Der Berufungskläger bringt vor, die Berufungsbeklagte sei nicht (zulässigerweise) anwaltlich vertreten (act. 37 S. 8 Ziffer II.6 Abs. 1) (was wohl dazu führen soll, dass aufgrund von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO keine Parteientschädigung geschuldet sei, vgl. act. 17 S. 2 Ziffern 2–5; vgl. Berufungsantrag Ziffer 5). Es bestehe ein Interessenkonflikt, da die Berufungsbeklagte und ihr Vertreter wüssten, dass er zahlungsunfähig sei, und da ihr Vertreter somit damit rechnen müsse, dass er die Berufungsbeklagte schädige, "weil diese auf den Kosten [für das Honorar ihres Vertreters] mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sitzen bleibt" (act. 37 S. 8 Ziffer II.6 Abs. 1). Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO sieht vor, dass auch Parteien, denen die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde – die also mittellos sind –, eine Parteientschädigung schulden, die möglicherweise nicht einbringlich ist. Wenn der Gesetzgeber diesen Fall ausdrücklich regelt, kann eine solche Vertretung nicht unzulässig sein. Im Übrigen ist es der Berufungskläger, der durch seine Klage diese Vertretungskosten verursacht, und der diese nach den prozessualen Regeln zu tragen hat.

13. Der Vertreter der Berufungsbeklagten sei auch deshalb in einem Interessenkonflikt, weil "der Vertreter der Beschuldigten die behaupteten inkriminierenden Äusserungen getätigt haben soll [vgl. act. 2 S. 2] und somit ursächlich für die ganzen Verfahren ist" (act. 37 S. 8 Ziffer II.6 Abs. 1). Da der Prozess das Stadium der

materiellen Anspruchsprüfung nicht erreichte, hielt die Vorinstanz diese Frage für unwesentlich (act. 39 Erw. 11 S. 4). Diese Überlegung vermag der Berufungskläger nicht zu entkräften, so dass es damit sein Bewenden hat.

14. Der Berufungskläger macht geltend, ein Anspruch der Berufungsbeklagten auf eine Parteientschädigung sei nicht entstanden. Denn er habe die Begehren nicht deshalb (teilweise) zurückgezogen, weil die Berufungsbeklagte ihren Vertreter instruiert hätte (sondern "aufgrund der Irreführung durch die Vorinstanz") (act. 37 S. 8 Ziffer II.6 Abs. 2). Nach § 11 Abs. 4 AnwGebV kommt es aber nur darauf an, dass eine Partei ihre Vertretung eingehend über den Fall informiert hat *und* der Prozess durch Rückzug erledigt wird; *weshalb* er durch Rückzug erledigt wird, spielt keine Rolle. Und aufgrund der Eingabe der Berufungsbeklagten und da ihr die Klage zugestellt wurde (vgl. act. 22), ist davon auszugehen, dass sie ihren Vertreter "eingehend informiert" hat, womit der Anspruch auf eine Parteientschädigung entstand. Zudem beantwortete sie zwar keine Klage oder kein Rechtsmittel (§ 11 Abs. 1 Satz 1 AnwGebV), machte aber verschiedene Eingabe zu prozessualen Fragen. Auch das begründet einen Anspruch auf Parteientschädigung.

15. Der Berufungskläger rügt die "exzessiven Gebühren", und zwar die "Kostenaufgabe" wie die Parteientschädigung (act. 37 S. 8 Ziffer II.7; vgl. den Berufungsantrag Ziffer 5). Die Festsetzung der Entscheidgebühr wie der Parteientschädigung ist – jedenfalls bei nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten – ein Ermessenentscheid, erst recht, wenn eine Reduktion nach § 10 GebV OG bzw. nach § 11 Abs. 4 AnwGebV infrage steht. Solche prüft die Berufungsinstanz nur mit Zurückhaltung (STERCHI, Berner Kommentar ZPO I, Art. 310 N 8 f.). Der Gebührenrahmen von § 5 Abs. 1 GebV OG (Fr. 300.– bis Fr. 13'000.–) bzw. von § 5 Abs. 1 AnwGebV (Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.–) ist eingehalten. Dass die Entscheidgebühr angemessen ist, wurde bereits ausgeführt (vorn Ziffer 10). Die Berufungsbeklagte machte drei Eingaben, wenn auch kurze. Die Vorinstanz erliess verschiedene – zwar einzeln weder besonders ausführliche noch besonders komplizierte – Entscheide, die der Rechtsvertreter studieren und mit der Berufungsbeklagten allen-

falls besprechen musste. Auch die (reduzierte) Parteientschädigung ist damit angemessen.

16. Der Berufungskläger verlangt die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Berufungsantrag Ziffer 1). Er anerkennt selber, dass "der Vorinstanz kein rechtliches Fehlverhalten vorgeworfen werden kann" (act. 37 S. 6 Erw. II.1 Abs. 1). Was er dennoch vorbringt, ist wie gezeigt haltlos, womit seine Berufung – soweit auf sie überhaupt einzutreten ist – nicht nur unbegründet, sondern aussichtslos ist. Was das Fehlen der "erforderlichen Mittel" (Art. 117 lit. a ZPO) angeht, verlangt er, es sei "auf die Vorakten abzustellen, eventualiter sei [ihm] Gelegenheit zu geben, ein vollständiges UP Gesuch nachzureichen." (Berufungsantrag Ziffer 1). Das genügt nicht als Begründung der Mittellosigkeit (Art. 119 Abs. 2 i.V.m. Abs. 5 ZPO). Sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wäre nicht nur wegen Aussichtslosigkeit, sondern auch deshalb abzuweisen.

17. Die Entscheidgebühr für das Rechtsmittelverfahren wird, da es sich um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles bemessen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 GebV OG). Der Berufungskläger ficht auch die Abschreibung des Verfahrens an (vorn Ziffer 7), weshalb es auf seine ursprünglichen Rechtsbegehren ankommt (vgl. § 12 Abs. 2 GebV OG). Mit Rücksicht auf die vermögensrechtlichen Rechtsbegehren (vgl. § 5 Abs. 2 und § 4 Abs. 1 GebV OG) kann die Entscheidgebühr also bis auf Fr. 4'000.– erhöht werden. Angesichts der (geringen) Schwierigkeit des Falles, des (geringen) Zeitaufwands des Gerichts und – soweit auf die Berufung nicht eingetreten wird – mit Rücksicht auf § 10 Abs. 1 GebV OG ist für das Berufungsverfahren eine Entscheidgebühr von Fr. 1'000.– angemessen. Sie ist dem Berufungskläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

18. Der Berufungsbeklagten sind für das Berufungsverfahren keine Umtriebe entstanden, weshalb ihr für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das zweitinstanzliche Verfahren wird abgewiesen.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der Beschluss des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 11. Februar 2019 wird bestätigt.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Berufungskläger auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an die Berufungsbeklagte unter Beilage eines Doppels von act. 37), an die Kasse des Obergerichts sowie an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung (CG170007-L), je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Diggelmann

lic. iur. R. Pfeiffer

versandt am: