

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RC180005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichterin Dr. S. Janssen und Oberrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. N. Gerber

Beschluss vom 30. Januar 2019

in Sachen

A._____ **B.**_____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

betreffend **Bereinigung Zivilstandsregister**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im summarischen
Verfahren am Bezirksgericht Horgen vom 20. August 2018 (EP180002-F)**

Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 9. April 2018 reichte die Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan: gesuchstellende Partei) vor Vorinstanz ein Begehren um Berichtigung des Zivilstandsregisters ein (Urk. 1). In der Folge hatte die Vorinstanz mehrfach telefonischen Kontakt mit ihr und teilte ihr mit, dass sie ihr Gesuch als nicht aussichtsreich erachte. Sie gab ihr die Möglichkeit, das Begehren zurückzuziehen (Urk. 3 ff.). Nachdem die gesuchstellende Partei am 3. Mai 2018 einen schriftlichen Rückzug des Begehrens in Aussicht gestellt hatte, einen solchen dann jedoch nicht ins Recht reichte und telefonisch nicht mehr erreichbar war (Urk. 5 ff.), setzte die Vorinstanz ihr mit Verfügung vom 13. Juni 2018 Frist an, um dem Gericht mitzuteilen, ob sie ihr Begehren um Berichtigung des Zivilstandsregisters definitiv zurückziehe oder daran festhalte (Urk. 13). Innert Frist reichte die gesuchstellende Partei eine "Gesuchsergänzung" ein und stellte ein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 15 ff.). Mit Verfügung vom 20. August 2018 entschied die Vorinstanz was folgt (Urk. 27 S. 8 f.):

1. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.
2. Das Begehren vom 10. April 2018 um Berichtigung des Zivilstandsregisters/Feststellung der Personalien gilt im Sinne von Art. 132 ZPO als nicht erfolgt.
3. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 100.– angesetzt und der gesuchstellenden Person auferlegt.
4. (Schriftliche Mitteilung.)
5. (Rechtsmittel.)

1.2. Dagegen erhob die gesuchstellende Partei innert Frist (Urk. 20) Beschwerde mit folgenden Anträgen (Urk. 26 S. 2):

1. Die Ziffern 1., 2., 3. des beiliegenden Entscheides seien aufzuheben.
2. Die Beschwerde sei gutzuheissen.

Die Personalien des Beschwerdeführers im Zivilstandsregister seien in der Weise zu ändern, dass bei der Angabe des Geschlechts männlich eingetragen wird. In der Folge seien die Vornamen des Beschwerdeführers im Zivilstandsregister von A._____ in C._____ zu ändern.

3. *Eventualiter* sei die Sache im Sinne der nachfolgenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. In prozessualer Hinsicht sei *eventualiter* die vorliegende Beschwerde als Berufung anzunehmen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zahlbar an den Rechtsvertreter, zuzüglich Mehrwertsteuer) für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren zu Lasten der Staatskasse.
6. *Eventualiter* sei dem Beschwerdeführer für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in der Person des Unterzeichnenden für das Verfahren vor Obergericht ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Auf die Einholung einer Stellungnahme der Vorinstanz kann verzichtet werden (Art. 324 ZPO).

2.1. Die gesuchstellende Partei führt in ihrer Beschwerde aus, es sei darauf hinzuweisen, dass sie vor Vorinstanz eine ausführliche Gesuchsergänzung mit subtiler rechtlicher Argumentation eingereicht habe (Urk. 15). Die Vorinstanz lasse diese Vorbringen völlig unberücksichtigt, womit sie den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 53 Abs. 1 ZPO, Art. 29 BV sowie Art. 6 EMRK verletze. Vor diesem Hintergrund sei der Entscheid aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, soweit eine Beurteilung durch das Obergericht nicht möglich sei (Urk. 26 S. 5 und S. 10 f.).

2.2. In ihrem Entscheid gelangte die Vorinstanz zum Schluss, ihr seien keine Unterlagen eingereicht worden, anhand welcher eine zumindest sehr weit fortgeschrittene Angleichung an das andere Geschlecht, wie diese rechtlich vorausgesetzt sei, geprüft werden könne. Auf diesen Umstand sei die gesuchstellende Partei mit Telefonaten sowie mit Verfügung vom 13. Juni 2018 aufmerksam gemacht worden. Dementsprechend seien die Voraussetzungen für eine Feststellung, dass die gesuchstellende Partei nun männlichen Geschlechts sei, nicht gegeben, indes das Gesuch auch im Sinne von Art. 132 ZPO als mangelhaft zu qualifizieren sei und die Eingabe vom 10. April 2018 als nicht erfolgt zu gelten habe (Urk. 27 S. 7 f.).

2.3. Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung zum einen das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und zum anderen festgehalten, dass das Begehren um Berichtigung des Zivilstandsregisters/Feststellung der Personalien im Sinne von Art. 132 ZPO als nicht erfolgt gelte (Urk. 27 S. 8). Ersteres ist nach Art. 121 ZPO mit Beschwerde anfechtbar. Letzteres stellt keinen

Nichteintretensentscheid dar, der mit den ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden könnte. Insoweit ist daher lediglich die Beschwerde wegen Rechtsverzögerung bzw. Rechtsverweigerung gegeben (Art. 319 lit. c ZPO, BK ZPO - Frei, Art. 132 N 25; Kramer/Erk, DIKE-Komm-ZPO, Art. 132 N 5). Mangelhaft im Sinne von Art. 132 ZPO ist eine Eingabe namentlich dann, wenn Unterschrift oder genügende Vertretungsvollmacht fehlen (Abs. 1) oder es sich um eine unleserliche, ungebührlige, unverständliche oder weitschweifige Eingabe handelt (Abs. 2). Die Vorinstanz erachtete das Gesuch der gesuchstellenden Partei als mangelhaft, weil diese keine genügenden Unterlagen ins Recht gereicht habe, um die Voraussetzungen eines irreversiblen Geschlechterwechsels zu belegen. Dabei ist bei fehlenden Beilagen eine Nachfrist im Sinne von Art. 132 ZPO vor allem dann anzusetzen, wenn zwingend notwendige oder in der Eingabe erwähnte Beilagen fehlen (BSK ZPO - Gschwend, Art. 132 N 13). Wieso sie den von der Vorinstanz verlangten Beleg nicht beibrachte, führte die gesuchstellende Partei jedoch in ihrer Gesuchsergänzung vom 20. Juni 2018 aus. Es könne von ihr aufgrund der aktuellen Rechtslage für die beantragte Änderung im Zivilstandsregister keinerlei körperliche Geschlechtsangleichung verlangt werden. Sei aber das Erfordernis eines körperlichen Eingriffs nicht zulässig, so könne auch die zwingende Vorlage einer entsprechenden medizinischen Bestätigung kein zulässiges Beweismittel darstellen (Urk. 15 S. 7). Damit wies die gesuchstellende Partei zu Recht darauf hin, dass es sich letztlich um ein beweisrechtliches Problem handelt und kein Anwendungsfall von Art. 132 ZPO vorliegt. Unter diesem Blickwinkel erscheint bereits die Fristansetzung der Vorinstanz vom 13. Juni 2018 fragwürdig (Urk. 13). Spätestens nachdem jedoch die gesuchstellende Partei mit Eingabe vom 20. Juni 2018 an ihrem Gesuch festhielt und dieses in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht ergänzte (Urk. 15), hätte die Vorinstanz nicht mehr von einer mangelhaften Eingabe ausgehen dürfen.

Handhabt ein Gericht formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe oder stellt es an Rechtsschriften überspannte Anforderungen und versperrt es damit den Rechtsweg in unzulässiger Weise, so liegt Rechtsverweigerung vor. Über-spitzer Formalismus ist gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist und die Verwirkli-

chung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (BGE 142 I 10 E. 2.4.2.; BGer 6B_123/2018 vom 18. Juni 2018 E. 3). Indem die Vorinstanz das Gesuch der gesuchstellenden Partei in der Sache nicht behandelte, verletzte sie deren rechtliches Gehör. Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruchs unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben (ZK ZPO - Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 26). Ausnahmsweise kann die Verletzung vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist jedoch nur zulässig, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht gravierend ist und die Rechtsmittelinstanz die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (ZK ZPO - Sutter-Somm/Chevalier, Art. 53 N 27). Eine Heilung ist daher im Beschwerdeverfahren aufgrund des umfassenden Novenverbots von vornherein ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). Die angefochtene Verfügung des Bezirksgerichts Horgen vom 20. August 2018 ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zur Entscheidung in der Sache zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

2.4. Ergänzend ist festgehalten, dass die Rechtsauffassung der Vorinstanz in der Sache unvollständig erscheint (Urk. 27 S. 6). Im Frühjahr 2017 stellte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg klar, dass medizinische Behandlungen, sowohl Hormonbehandlungen als auch operative Eingriffe, keine zulässigen Voraussetzungen für die Anerkennung der Geschlechtsidentität einer Transgenderperson sind (Urteil A.P., Garçon et Nicot gegen Frankreich vom 6. April 2017, Nr. 79885/12, 52471/13 und 52596/13). Die Referenz auf BGE 119 II 264 E. 6c und die Diskussion der Frage, was ein irreversibler Geschlechtswechsel ist, könnte das Bundesgericht entsprechend mit Bezugnahme auf die eindeutige Rechtsprechung des EGMR neu beurteilen (FamPra 2018 S. 204, 209; Newsletter für Menschenrechte NLMR 2/2017-EGMR S. 1 ff.; ZR 115/2016 S. 203).

3.1. Schliesslich ersuchte die gesuchstellende Partei vor Vorinstanz um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 16 f.). Die Vorinstanz wies das

Begehren ab. Aus den eingereichten Unterlagen gehe hervor, dass sich die gesuchstellende Person noch in der Erstausbildung befinde, für welche die Eltern von Gesetzes wegen aufzukommen hätten. Aufgrund der Unterhaltspflicht der Eltern gemäss Art. 276 i.V.m. Art. 277 ZGB bestehe damit deren Pflicht, ihr Kind bei der Prozessführung und insbesondere bei der Tragung der Prozesskosten zu unterstützen. Zur allfälligen Bedürftigkeit der Eltern bzw. einer eventuellen Weigerung der Eltern, ihr Kind mittels Prozesskostenvorschuss zu unterstützen, mache die gesuchstellende Person indes keine Angaben. Sie komme daher ihren umfassenden Mitwirkungs- und Offenlegungspflichten nicht nach. Bereits aus diesem Grund sei das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Ausserdem erscheine das Begehren um Berichtigung des Zivilstandsregisters bzw. der Feststellung der Personalien mit Blick auf die geltende Rechtsprechung als aussichtslos (Urk. 27 S. 4).

3.2. Die gesuchstellende Partei setzt sich dagegen mit Beschwerde zur Wehr. Die Mittellosigkeit sei bereits vor Vorinstanz ausgewiesen gewesen. Zu berücksichtigen sei, dass sie vor Vorinstanz nicht anwaltlich vertreten gewesen sei. Daher hätte sie gestützt auf Art. 56 ZPO aufgefordert werden müssen, eine entsprechende Erklärung ihrer Eltern beizubringen. Ohnehin sei fragwürdig, ob die elterliche Unterstützungspflicht auch die Prozesskosten in einer höchstpersönlichen Angelegenheit mitumfasse. Jedenfalls reiche sie nun als Nachtrag die Erklärung der Eltern betreffend Weigerung zur Unterstützung sowie eine aktuelle Steuererklärung ins Recht. Auch sei ihr Standpunkt mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte nicht aussichtslos (Urk. 26 S. 11).

3.3. Die Vorinstanz hat die Voraussetzungen zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zutreffend dargelegt (Urk. 27 S. 2 f.). Richtig ist, dass Eltern gegenüber ihren Kindern aufgrund ihrer allgemeinen Unterhaltspflicht eine Pflicht zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses obliegt, und zwar unabhängig davon, ob es sich um einen Prozess des Kindes gegen seine Eltern, gegen Dritte oder um ein Einparteienverfahren handelt. Dies gilt auch bei mündigen Kindern, gegenüber denen die Eltern zur Leistung von Mündigenunterhalt verpflichtet sind (Huber, Dike-Komm-ZPO, Art. 117 N 34). Zu verweigern ist die unentgeltliche

Rechtspflege dann, wenn das mündige Kind in Verletzung seiner Mitwirkungsobliegenheit keine Angaben zu den finanziellen Verhältnissen der Eltern macht (BK ZPO-Bühler, Art. 117 N 53). Allerdings hat das Gericht gemäss Art. 56 ZPO unbeholfene Rechtssuchende auf die Angaben hinzuweisen, die es zur Beurteilung des Gesuchs benötigt (BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2.). Dies hätte die Vorinstanz im vorliegenden Fall beachten müssen, da zur Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht allein die finanziellen Verhältnisse der gesuchstellenden Partei massgeblich sind. Die Vorinstanz durfte nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass dies der nicht anwaltlich vertretenen Partei bekannt sein würde. Entsprechend hätte sie diese auffordern müssen, die finanziellen Verhältnisse der Eltern zu behaupten und zu belegen. Damit ist die angefochtene Verfügung auch in diesem Punkt aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts sowie neuer Entscheidung zurückzuweisen (Art. 327 Abs. 3 lit. a ZPO).

3.4. Die gesuchstellende Partei stellt auch für das Beschwerdeverfahren ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 26 S. 2 und 11). Die nunmehr anwaltlich vertretene Partei (vgl. BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.2.) unterlässt es, im zweitinstanzlichen Verfahren nähere Angaben zu den finanziellen Verhältnissen der Eltern zu machen. Aus den Akten geht einzig hervor, dass die gesuchstellende Partei offenbar noch zuhause bei ihren Eltern lebt und diese gemeinsam über ein Einkommen von netto rund Fr. 8'000.– pro Monat verfügen (Urk. 16). Inwiefern ihre Eltern vor diesem Hintergrund nicht für die zu erwartenden Prozesskosten aufkommen können, tut die gesuchstellende Partei nicht dar. Eine schriftliche Bestätigung der Eltern, die gänzlich unbelegt bleibt, reicht dazu jedenfalls nicht aus (Urk. 30/1). Dementsprechend ist das Gesuch der gesuchstellenden Partei um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren abzuweisen.

4. Aufgrund der unrichtigen Rechtsanwendung durch die Vorinstanz war die gesuchstellende Partei gezwungen, die vorinstanzliche Verfügung vom 20. August 2018 anzufechten. Zufolge ihres Obsiegens im Rechtsmittelverfahren hat der Kanton Zürich die gesuchstellende Partei für das zweitinstanzliche Verfahren mit

Fr. 1'500.– zzgl. 7.7% MwSt. aus der Gerichtskasse zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und § 11 Abs. 1 AnwGebV; BGE 142 III 110 E. 3). Dagegen sind ihm keine Kosten aufzuerlegen (§ 200 lit. a GOG).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der gesuchstellenden Partei um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird abgewiesen.
2. Die Verfügung des Einzelgerichts am Bezirksgericht Horgen vom 20. August 2018 wird aufgehoben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr fällt ausser Ansatz.
4. Die gesuchstellende Partei wird mit Fr. 1'615.50 aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Schriftliche Mitteilung an die gesuchstellende Partei sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein und an die Obergerichtskasse.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erst- und zweitinstanzlichen 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 30. Januar 2019

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. N. Gerber

versandt am:
bz