

# ZH\_OBERGERICHT PC110036 vom 25. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PC110036](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC110036)

FR: ZH\_OBERGERICHT PC110036 du 25 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT PC110036 del 25 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt / Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Mit Verfügung des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirkes Hinwil vom 14. Juli 2011 wurde vorgemerkt, dass der Kläger und Beschwerdegegner (nachfolgend Kläger) die Scheidungsklage zurückgezogen habe und das Verfahren als dadurch erledigt abgeschlossen werde. Die Kosten wurden zu fünf Sechsteln dem Kläger und zu einem Sechstel der Beklagten und Beschwerdeführerin (nachfolgend Beklagte) auferlegt. Der Kläger wurde sodann verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 8'000.– zu bezahlen (act. 7/131 = act. 6).

#### E. 1.2

Mit Eingabe vom 26. August 2011 führte die Beklagte rechtzeitig Beschwerde gegen die Verfügung vom 14. Juli 2011 und stellte folgende Anträge (act. 2 S. 2): " 1. Ziff. 3 der angefochtenen Verfügung sei aufzuheben, und es seien die Kosten vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen.

#### E. 1.3

Mit Verfügung vom 19. September 2011 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um die Beschwerde ausdrücklich zu genehmigen und die fehlende Prozessvollmacht einzureichen sowie Frist, um für die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einen Kostenvorschuss von Fr. 1'680.– zu leisten (act. 8). Mit Eingabe vom 30. September 2011 wurde die fehlende Vollmacht eingereicht (act. 10 und 11). Der Kostenvorschuss ging am 30. September 2011 ein (act. 12). Mit Verfügung vom 10. Oktober 2011 wurde dem Kläger Frist zur Beschwerdebeantwortung angesetzt, mit dem Hinweis, dass bei Unterbleiben der Beantwortung das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort weitergeführt werde (act. 13). Mit Eingabe vom 7. November 2011 teilte der Kläger mit, dass auf eine Beschwerdeantwort

- 3 - verzichtet werde (act. 15). Die Sache erweist sich als spruchreif, weshalb zu entscheiden ist. 2. Anwendbares Recht Am 1. Januar 2011 trat die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 in Kraft. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der ZPO rechtshängige Verfahren bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz das bisherige Verfahrensrecht. Das vorinstanzliche Verfahren wurde vor Inkrafttreten dieses Gesetzes anhängig gemacht. Es richtete sich demnach nach den Bestimmungen der zürcherischen ZPO (ZPO/ZH). Für die gegen den vorinstanzlichen Entscheid zur Verfügung stehenden Rechtsmittel gilt dagegen das bei dessen Eröffnung in Kraft stehende Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO) und damit vorliegend die Schweizerische

Zivilprozessordnung und deren kantonales Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [GOG] vom 10. Mai 2010).

Gleichviel welchen Regeln das Verfahren in der zweiten Instanz folgt, ist das Rechtsmittel daraufhin zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden (alten) Normen richtig anwandte. Solange das eidgenössische Verfahrensrecht noch nicht zur Anwendung kommt, gilt dies nämlich auch für die am 8. September 2010 erlassene neue Anwaltsgebührenverordnung (§ 25 AnwGebV vom 8. September 2010).

## **E. 2**

Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung sei durch folgende Fassung zu ersetzen: Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

## **E. 3**

Materielles

### **E. 3.1**

Kostenverteilung

#### **E. 3.1.1**

Die Vorinstanz führte aus, die Kosten seien im Sinne von § 64 Abs. 2 ZPO/ZH der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Dabei gelte, dass bei einem Klagerückzug die klagende Partei grundsätzlich als unterliegend zu betrachten sei. Was die Hauptsache betreffe, sei der Kläger folglich kostenpflichtig. Das mit Beschluss des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 23. April 2010 erledigte Massnahmeverfahren habe mit einem Vergleich geendet, weshalb es sich aufdränge, auch den Kostenanteil für das erstinstanzliche Massnahmeverfahren den Parteien je hälftig aufzuerlegen (§ 65 Abs. 2 ZPO/ZH). Das noch

pendente Massnahmeverfahren, welches die Beklagte eingeleitet habe, könne mangels wesentlicher Umtriebe vernachlässigt werden. Es sei für das abgeschlossene Massnahmeverfahren von rund einem Drittel des bisherigen Gesamtaufwandes auszugehen, weshalb es angemessen erscheine, die Kosten zu fünf Sechsteln dem Kläger und zu einem Sechstel der Beklagten aufzuerlegen (act. 6 S. 3 f.).

#### **E. 3.1.2**

Dagegen wandte die Beklagte ein, diese Begründung sei aus verschiedenen Gründen unrichtig. Ein Rückzug sei gemäss ständiger Praxis zur zürcherischen ZPO mit Bezug auf die Kostenfolge dem vollständigen Unterliegen der klagenden Partei nach § 64 ZPO/ZH gleichzusetzen. Wenn ein Rückzug dem vollständigen Unterliegen gleichzusetzen sei, bleibe kein Raum für eine Kostenverteilung nach § 65 Abs. 2 ZPO/ZH. Eine Kostenaufteilung im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens sei nur zulässig, wenn keine Partei vollständig obsiege bzw. unterliege. Selbst wenn es als zulässig betrachtet werde, angesichts des Rückzugs der Klage die Kosten nach Obsiegen und Unterliegen zu verteilen, halte die Begründung der Vorinstanz einer Überprüfung nicht stand. Es sei festzuhalten, dass gemäss Praxis des Obergerichtes die definitive Kosten- und Entschädigungsregelung eines Scheidungsprozesses nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens in der Hauptsache vorzunehmen sei. Die Tatsache, dass von einer Kostenregelung im Beschluss betreffend vorsorgliche Massnahmen abgesehen worden sei, bedeute nicht, dass

das Obsiegen und Unterliegen im Massnahme- verfahren im Schlusssentscheid zu berücksichtigen sei. Die Beklagte sei im Übri- gen im vorinstanzlichen Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen in keiner Weise unterlegen. Sie habe monatliche Unterhaltsbeiträge von Fr. 8'398.– bzw. Fr. 8'188.– beantragt. Der Kläger habe zunächst beantragt, ihr Antrag um Zuspre- chung von Unterhaltsbeiträgen für die Dauer des Prozesses sei abzuweisen. Spä- ter habe er monatliche Unterhaltsbeiträge in der Höhe ihres Existenzminimums für die Dauer von 6 Monaten beantragt, wobei er ihr Existenzminimum damals mit Fr. 3'132.70 beziffert habe. Ihr seien dann Unterhaltsbeiträge von monatlich Fr. 7'241.– zugesprochen worden. Es sei deshalb von einem deutlichen Obsiegen ihrerseits auszugehen. Die Tatsache, dass die Parteien im Rahmen des Rekurs- verfahrens einen Vergleich über die Unterhaltsbeiträge für die Dauer des Prozes- ses abgeschlossen hätten, sei bereits bei der hälftigen Aufteilung der Kosten und

- 5 - dem gegenseitigen Verzicht auf Prozessentschädigung für das obergerichtliche Verfahren berücksichtigt worden. Im Übrigen sei die im Rahmen des Vergleichs vereinbarte Reduktion der Unterhaltsbeiträge um rund Fr. 1'100.– vorwiegend da- rauf zurückzuführen, dass der Kläger im Rekursverfahren einen um Fr. 1'858.60 höheren Mietzins ausgewiesen habe als im erstinstanzlichen Verfahren. Es sei daher ungerechtfertigt, diesen Vergleich als Begründung dafür zu verwenden, ihr einen Teil der erstinstanzliche Kosten aufzuerlegen (act. 2 S. 4 f.).

### **E. 3.1.3**

Der Kläger verzichtete darauf, sich zur vorliegenden Beschwerde zu äus- sern (act. 15).

### **E. 3.1.4**

Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO/ZH sind die Gerichtskosten grundsätzlich der un- terliegenden Partei aufzuerlegen. Als unterliegende Partei ist auch die klagende Partei zu behandeln, die ihr Klagebegehren zurückzieht (vgl. Frank/Sträuli/ Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, N 18 zu § 64 ZPO). Vorliegend stellt sich einzig die Frage, ob es – wie die Vorinstanz festhielt – gerechtfertigt ist, die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren betreffend vorsorgliche Massnah- men hälftig aufzuteilen. Die Beklagte verweist diesbezüglich zurecht auf einen Beschluss der I. Zivil- kammer des Obergerichts vom 23. September 2002 (vgl. ZR 102 Nr. 60), wonach die Kosten- und Entschädigungsregelung im das Hauptverfahren abschliessen- den Entscheid ausschliesslich nach definitivem Ausmass von Obsiegen und Un- terliegen vorzunehmen ist. In diesem Entscheid wurde ausdrücklich festgehalten, dass bei der Kosten- und Entschädigungsregelung nicht von Belang sei, inwieweit die Parteien in prozessleitenden Entscheiden obsiegt haben und unterlegen sind. In der Verfügung der Vorinstanz vom 22. Juni 2009 betreffend vorsorgliche Mass- nahmen wurde festgehalten, dass über die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Endentscheid befunden werde (act. 7/71 S. 10). Die Vorinstanz hat die entspre- chende Regelung dem Endentscheid vorbehalten. Die Gerichtskosten bezüglich der vorsorglichen Massnahmen im vorinstanzlichen Verfahren sind demnach nach dem definitivem Ausmass von Obsiegen und Unterliegen im Hauptverfahren auf- zuerlegen. Durch den Klagerückzug sind dem unterliegenden Kläger somit die

- 6 - ganzen Gerichtskosten aufzuerlegen. Die Beschwerde ist in Bezug auf die Kos- tenverteilung folglich gutzuheissen.

### **E. 3.2**

## Prozessentschädigung

### E. 3.2.1

Die Vorinstanz erwog, der Kläger sei im Sinne von § 68 Abs. 1 ZPO/ZH zu verpflichten, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung entsprechend dem Verhältnis der Kostenauflegung zu bezahlen (act. 6 S. 4).

### E. 3.2.2

Die Beklagte führte aus, der Scheidungsprozess sei ziemlich aufwendig gewesen. Dies unter anderem, weil der Kläger seine finanziellen Verhältnisse nicht offen gelegt habe. Zudem hätten sich die Wohn- und Einkommensverhältnisse der Parteien im Laufe des vier Jahre dauernden Prozesses immer wieder verändert. Der Zeitaufwand ihrer Rechtsvertreterin hätte sich auf 100 Stunden belaufen, wovon 38 Stunden auf das Rekursverfahren entfallen seien. Die Beklagte machte weiter geltend, ihrer Rechtsvertreterin sei von der Vorinstanz keine Gelegenheit eingeräumt worden, dem Gericht ihre Rechnung vorzulegen, zumal ihr der Klagerückzug vor der Zustellung des angefochtenen Entscheides gar nicht zur Kenntnis gebracht worden sei. Die Verantwortung ihrer Rechtsvertreterin sei gross gewesen, sei es doch um ihre finanzielle Existenz für die zukünftigen 20 bis 30 Jahre gegangen. Sie habe eine Zusprechung von lebenslänglichen, passiv vererblichen Unterhaltsbeiträgen von Fr. 8'240.– bis zum AHV-Alter und Fr. 6'440.– ab diesem Zeitpunkt beantragt. Der Kläger habe demgegenüber die Meinung vertreten, es seien keine nachehelichen Unterhaltsbeiträge geschuldet. Es seien daher kapitalisierte Unterhaltsbeiträge von rund 1.5 Millionen Franken im Streit gestanden. Angesichts dieser Umstände erscheine eine Grundgebühr von 10'000.– als angemessen. Nebst der Hauptverhandlung hätten zwei zusätzliche Verhandlungen stattgefunden und es seien mehrere schriftliche Eingaben nötig gewesen. Für die beiden zusätzlichen Verhandlungen seien Zuschläge von je 1/4 der Grundgebühr gerechtfertigt und für die vier zusätzlichen schriftlichen Eingaben ein Zuschlag von weiteren 10 % der Grundgebühr. Insgesamt erscheine eine Prozessentschädigung von 160 % der Grundgebühr als angemessen, mithin eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.–. Damit sei der anwaltliche Aufwand für den 4-jährigen Scheidungsprozess knapp gedeckt. Dies erscheine als gerechtfertigt, zumal infolge des Klagerückzugs des Klägers der ganze Scheidungsprozess voraussichtlich neu aufgerollt werden müsse (act. 2 S. 6 f.).

### E. 3.2.3

Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO/ZH hat jede Partei die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Wie bereits ausgeführt, sind die Gerichtskosten vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen, weshalb er der Beklagten auch eine entsprechende Prozessentschädigung zu entrichten hat. Die Vorinstanz legte eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 8'000.– fest, was einer vollen Prozessentschädigung von Fr. 12'000.– entspricht. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob eine Prozessentschädigung von rund Fr. 12'000.– angemessen erscheint. Die Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 21. Juni 2006 regelt in deren § 1 die von den Justizbehörden festzusetzenden Vergütungen für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte, insbesondere vor den Zivil- und Strafgerichten. Die Vergütung setzt sich nach § 2 AnwGebV aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen. In nicht vermögensrechtlichen Prozessen wird die Grundgebühr gemäss § 3 Abs. 5 AnwGebV nach der Verantwortung, der Schwierigkeit des

Falles und dem notwendigen Zeitaufwand festgesetzt und beträgt in der Regel Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.–. Die derart ermittelte Grundgebühr ist nach mündlicher oder schriftlicher Erstattung der Klagebegründung bzw. Klageantwort verdient (§ 6 Abs. 1 AnwGebV). Dazu werden Zuschläge von je höchstens 50 % der Grundgebühr für jede zusätzliche Verhandlung im Hauptverfahren, jede Beweiseingabe oder jede weitere Rechtsschrift berechnet, wobei die Summe aller Zuschläge in der Regel die Höhe der festgesetzten Grundgebühr nicht übersteigen soll (§ 6 AnwGebV). Das vorliegende Scheidungsverfahren ist von der Verantwortung, der Schwierigkeit des Falls und dem notwendigen Zeitaufwand her im mittleren Bereich anzusiedeln, weshalb eine Grundgebühr von Fr. 8'000.– festzulegen ist. Es rechtfertigt sich vorliegend – den Ausführungen der Beklagten folgend – für die beiden zusätzlichen Verhandlungen (Stellungnahme zu den vorsorglichen Massnahmen/Fortsetzung Hauptverhandlung vom 3. November 2008, Prot.-I S. 14; Stellungnahme zu den Noven vom 6. Dezember 2010, Prot.-I S. 27) Zuschläge

- 8 - von je 1/4 der Grundgebühr und für die vier zusätzlichen schriftlichen Eingaben (Noveneingabe vom 24. August 2010, act. 80; Eingabe vom 21. März 2011, act. 105; Stellungnahme zum Gutachter vom 18. Mai 2011, act. 112; Begehren um Abänderung der vorsorglichen Massnahmen vom 24. Mai 2011, act. 113) einen Zuschlag von weiteren 10 % der Grundgebühr zu berücksichtigen. Insgesamt erscheint damit eine Prozessentschädigung von 160 % der Grundgebühr in der Höhe von Fr. 12'800.– als angemessen. Wird eine mehrwertsteuerpflichtige Leistung teilweise vor und nach der Erhöhung des Mehrwertsteuersatzes per 1. Januar 2011 erbracht, ist für den auf die Zeit vor dem 31. Dezember 2010 entfallenden Teil der alte Satz von 7.6 % und für den anderen Teil der neue Satz von 8 % anzuwenden. Mit Blick auf die eingereichte Honorarnote der Rechtsvertreterin der Beklagten (act. 3/2) erscheinen die Aufwendungen im Jahre 2011 gemessen am Gesamtaufwand als so geringfügig, dass es sich rechtfertigt, diese für die Berechnung der Mehrwertsteuer zu vernachlässigen und demnach für die gesamte Prozessentschädigung einen Mehrwertsteuersatz von 7.6 % anzuwenden.

#### **E. 4**

**Kosten- und Entschädigungsfolgen** Die Beklagte beantragte, die Ziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und es seien die Kosten vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen. Zudem sei dieser zu verpflichten, ihr eine Prozessentschädigung von Fr. 16'000.– (zzgl. MWST) zu bezahlen. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt somit Fr. 9'500.–. Beim in Frage stehenden Streitwert betragen die Kosten für das Beschwerdeverfahren Fr. 1'680.– (§ 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit den §§ 2 Abs. 1 lit. a und 4 Abs. 1 GebV OG). Die Beklagte obsiegt zu zwei Dritteln. Ihr ist deshalb ausgangsgemäss ein Drittel der Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen sowie im Mehrbetrag zurückzuerstatten. Im Restbetrag sind die Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Eine Entschädigung an die Beklagte kann mangels gesetzlicher Grundlage nicht zugesprochen werden.

- 9 - Es wird erkannt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.