

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB150069-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

Beschluss vom 5. Oktober 2016

in Sachen

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,

Kläger und Berufungskläger

1, 2, 3 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

1. **D.** _____,
2. **E.** _____,

Beklagte und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. et lic. phil. Y. _____

betreffend **Dienstbarkeit**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Affoltern vom
25. September 2015 (CG110008-A)**

Erwägungen:

1.a) Mit Urteil vom 25. September 2015 wies die Vorinstanz die Klage ab. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen wurden ausgangsgemäss zu Lasten der Kläger 1-3 geregelt (Urk. 122). Gegen dieses Urteil erhoben die Kläger mit Eingangs-

be vom 25. November 2015 rechtzeitig Berufung (Urk. 121). Mit Verfügung vom 26. November 2015 wurde den Klägern Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten von Fr. 4'200.-- zu leisten (Urk. 126). Dieser ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 127). Am 15. Dezember 2015 wurde dem vormaligen Beklagten Frist anberaumt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 128). Mit Eingabe vom 27. Januar 2016 ersuchte dieser um Sistierung des Verfahrens (Urk. 129), welchem Begehren zunächst bis 1. Mai 2016 (Urk. 130) und hernach bis 30. Juni 2016 stattgegeben wurde (Urk. 137).

b) Mit Eingabe vom 20. Juni 2016, adressiert an die zuständige Kammer, erklärten die Kläger 1-3, dass sie ihre Berufung zurückziehen würden, da es mit der Gegenpartei zu einer Einigung gekommen sei. Das Verfahren sei damit als gegenstandslos geworden abzuschreiben (Urk. 138). Am 29. Juni 2016 ging eine Eingabe des Rechtsvertreters der Kläger ein mit dem Antrag, dass das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben sei. Die Kosten der Vorinstanz und die Kosten des Berufungsverfahrens vor dem Obergericht seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen (Urk. 139). Mit Verfügung vom 6. Juli 2016 wurden diese Eingaben der Gegenpartei zur Stellungnahme zugestellt (Urk. 141). Die beklagte Partei beantragte darauf am 19. August 2016, dass das Verfahren als durch Rückzug erledigt abzuschreiben sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Kläger. Auf das Gesuch der Berufungskläger, das Verfahren wegen Gegenstandslosigkeit nach Art. 242 ZPO abzuschreiben, sei nicht einzutreten, eventuell sei dieses abzuweisen (Urk. 146). In der Folge wurde die Eingabe der Gegenpartei zwecks Gewährung des rechtlichen Gehörs zugestellt (Urk. 142). Die Kläger 1-3 äusserten sich nochmals mit Eingabe vom 5. September 2016. Sie hielten an ihrer Auffassung fest, wonach kein Klagerückzug vorliege (Urk. 146).

c) In seiner Eingabe vom 27. Januar 2016 hatte der Rechtsvertreter des vormaligen Beklagten F._____ erklärt, dass das streitbetroffene Grundstück eine Handänderung erfahren habe. Neue Eigentümer seien D._____ und E._____. Er legitimiere sich auch als Vertreter dieser Personen (Urk. 129, 132 und 134). Wie in der Verfügung vom 6. Juli 2016 festgehalten, ist dieser Parteienwechsel vor-

zumerken und das Rubrum entsprechend anzupassen. Im Folgenden ist daher von diesen beiden Beklagten die Rede und nicht mehr vom vormaligen Beklagten F._____.

2.a) Entgegen der Auffassung des Rechtsvertreters der Kläger 1-3 ist das an die beschliessende Kammer gerichtete Schreiben der Kläger 1-3 nach Treu und Glauben zweifellos als gültige Rückzugserklärung zu verstehen. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut, wonach die Kläger 1-3 ausführen, dass sie ihre Berufung zurückziehen möchten, da es mit der Gegenpartei zu einer Einigung gekommen sei (Urk. 138). Der ergänzenden Bemerkung, wonach das Verfahren damit gegenstandslos geworden sei, kommt unter diesen Umständen keine eigenständige Bedeutung zu. Es ist offensichtlich, dass die Kläger 1-3 als juristische Laien damit meinten, dass kein Anlass mehr bestehe, über die Prozesssache ein Urteil zu fällen, da sich der Streit erledigt habe. Über den Inhalt der Einigung der Parteien wurden keine Angaben gemacht. Die mit den neuen Eigentümern abgeschlossene Vereinbarung wurde dem Gericht mit dieser Eingabe nicht zugestellt. Es lag lediglich ein Entwurf für einen Dienstbarkeitsvertrag vor (Urk. 135 und 136). Für das Gericht war daher im Zeitpunkt des Eingangs dieses Rückzugsschreibens nicht ersichtlich, inwiefern sich der Streit erledigt habe, d.h. ob das Streitobjekt tatsächlich weggefallen war. Das Gericht konnte und durfte sich mithin allein auf die vorbehalt- und bedingungslose Rückzugserklärung stützen. Kopien dieser Rückzugserklärung erfolgten an den Anwalt der Kläger, die neuen Eigentümer des Grundstückes, den vormals Beklagten F._____ und an den dessen Rechtsvertreter (Urk. 138).

b) Nach Eingang der Rückzugserklärung führten die Beklagten aus, dass die Parteien den Streit schlank hätten erledigen wollen, möglichst unter Vermeidung von aufwendigem - mitunter anwaltlichem - Schriftverkehr, sei dies für die Vereinbarung, sei dies im Gerichtsverfahren. Die Gleichzeitigkeit von sachenrechtlicher Einigung und Prozesserledigung durch Rückzug sei dadurch gesichert worden, dass die Berufungskläger das Rückzugsschreiben am Notariatstermin vorgelegt und unterzeichnet dem Vertreter der neuen Eigentümer des Baugrundstückes, G._____, übergeben hätten. Das Rückzugsschreiben, das deshalb dasselbe Da-

tum wie die Dienstbarkeitsurkunde und die Grundbuchanmeldung trage, sei dem Obergericht daher von beklagtischer Seite zugeschickt worden (Urk. 142 S. 5). Dies war für das Gericht nicht ohne Weiteres erkennbar gewesen, ergibt sich dies doch aus der Rückzugserklärung nicht. Der Rechtsvertreter der Kläger machte geltend, dass das Schreiben vom 20. Juni 2016 (Urk. 138) dem Gericht von beklagtischer Seite zugespült worden sei. Es sei immer klar gewesen, dass sich der von den Klägern mandatierte Anwalt mit dieser Rechtsfrage zu befassen habe. Die Kläger hätten gegenüber dem Obergericht keine Erklärung betreffend Berufungsrückzug abgegeben, denn sie hätten das Schreiben vom 20. Juni 2016 bewusst nicht abgesandt (Urk. 146 S. 3). Die Ausführungen erscheinen nicht plausibel. Jedenfalls vermögen sie den klägerischen Standpunkt betreffend die Erledigungsart nicht zu stützen. Die Kläger bestritten den von den Beklagten geltend gemachten Sachverhalt nicht, wonach sie anlässlich des Notariatstermins dieses Rückzugsschreiben unterzeichnet und dem Vertreter der Beklagten übergeben hätten. Sie machten auch nicht geltend, dass die beklagte Seite nicht befugt gewesen sei, dieses von ihnen an das Obergericht adressierte Schreiben dem Gericht zuzusenden. Der Vertreter der Beklagten handelte unter diesen Umständen offensichtlich erlaubterweise als Bote für ihre Erklärung. Es war keineswegs erforderlich, dass die Kläger selbst dieses Schreiben dem Gericht zukommen liessen. Es würde auch kaum einen Sinn ergeben, wenn die Kläger ein solches Schriftstück unterzeichnet und der Gegenpartei übergeben hätten, wenn diese es nicht hätte verwenden dürfen. Die neuen Eigentümer des Grundstücks wollten dadurch offensichtlich sicherstellen, dass der Prozess tatsächlich beendet werde und sie nach dem Eigentümerwechsel nicht noch in Prozesshandlungen involviert würden. Der ehemalige Beklagte F. _____ war nämlich nicht Vertragspartei des Dienstbarkeitsvertrages (Urk. 140/1) und der formelle Parteienwechsel war im Prozess noch nicht vorgenommen worden. Im Übrigen stimmt dieses Vorgehen auch mit der Vereinbarung unter dem Titel "Weitere Bestimmungen, Ziff. 5" im Dienstbarkeitsvertrag (Urk. 140/1) überein, wonach die Kläger sich verpflichteten, (gleichzeitig) mit der Abgabe der Grundbuchanmeldung für die Begründung der neuen Dienstbarkeit die hängigen Prozesse zurückzuziehen (Urk. 140/1). Es scheint sich daher eher so verhalten zu haben, dass der Rechtsvertreter von den

Klägern erst im Nachhinein über die Abgabe dieser Erklärung informiert worden war, zumal er offenbar anlässlich der Vertragsverhandlungen nicht stets zugegen war. Der Rechtsvertreter der Kläger machte denn auch nicht explizit einen Willensmangel geltend und stellte auch kein entsprechendes Revisionsgesuch. Es bestehen daher keine Anhaltspunkte für eine Ungültigkeit der abgegebenen Rückzugserklärung.

3.a) Die Parteien sind im Rahmen der Dispositionsmaxime befugt, durch bestimmte Prozesshandlungen, nämlich Klageanerkennung, Klagerückzug und gerichtlichen Vergleich, den Prozess in jedem Verfahrensstadium, auch im Rechtsmittelverfahren, ohne Entscheid zum Abschluss zu bringen. Gemäss Art. 241 Abs. 2 ZPO beendet ein Klagerückzug den Prozess unmittelbar ipso iure im Gegensatz zur Gegenstandslosigkeit, bei welcher der Prozess erst mit dem gerichtlichen Abschreibungsbeschluss zu Ende geht. Der Abschreibungsbeschluss infolge Klagerückzugs hat - mit Ausnahme des Kostenentscheids - rein deklaratorische Wirkung (Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2013, § 23 Rz 18 und 34; Spühler/Dolge/Gehri, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, § 40 Rz 106). Der Klagerückzug stellt eine Abstandserklärung dar, weil die erklärende Partei damit Abstand vom Prozess nimmt. Die Rückzugserklärung muss an das Gericht gerichtet sein; sie ist grundsätzlich bedingungsfeindlich und unwiderrufbar (Staehelin/Staehelin/Grolimund, a.a.O., § 23 Rz 18 und 34; Sutter-Somm, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 2012, Rz 1145; Leumann Liebster, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., (3. Aufl.), Art. 241 N 19). Dieselben Grundsätze gelten analog auch für den Rückzug eines Rechtsmittels. Da der vorliegende Prozess somit mit Eingang der in diesem Sinne gültigen Rückzugserklärung unmittelbar beendet wurde, wird auch die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen rechtskräftig. Auf den nach Beendigung des Prozesses gestellten Antrag des klägerischen Rechtsvertreters auf Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit (Urk. 139 S. 1) kann daher nicht eingetreten werden.

b) Ausgangsgemäss (Art. 106 Abs. 1 ZPO) sind die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens den Klägern 1-3 unter solidarischer Haftung aufzuerlegen.

Die Entscheidgebühr ist auf Fr. 2'100.-- festzulegen (§§ 4 Abs. 1, 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 GebVO). Sie werden mit dem vom Kläger 1 (Urk. 127) geleisteten Vorschuss von Fr. 4'200.-- verrechnet.

Überdies haben die Kläger den Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese bemisst sich gemäss den §§ 4 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 4, 13 Abs. 1 und 2 AnwGebVO. Der Rechtsvertreter der Beklagten reichte eine Kostennote ein, worin er einen Zeitaufwand von 21.25 Stunden geltend machte (Urk. 144/1). Der Zeitaufwand spielt jedoch für die Bemessung der Parteientschädigung nach der anwendbaren Anwaltsgebührenverordnung nur eine untergeordnete Rolle, weshalb auf die Kostennote nicht abgestellt werden kann. Massgeblich ist in erster Linie der Streitwert, welcher sich vorliegend auf Fr. 32'960.-- beläuft. Da der Rechtsvertreter der Beklagten keine Berufungsantwort einreichen und nur eine Eingabe im Zusammenhang mit der Beendigung des Verfahrens erstellen musste, ist die gemäss dem Streitwert vorgesehene Gebühr von rund Fr. 5'300.-- entsprechend auf Fr. 2'650.-- plus Fr. 212.-- (8% MwSt) zu reduzieren.

Es wird beschlossen:

1. Vom Parteienwechsel wird Vormerk genommen und das Rubrum entsprechend angepasst.
2. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
3. Auf den Antrag der Kläger 1-3 betreffend Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit wird nicht eingetreten.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 2'100.-- festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden den Klägern 1-3 unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt und mit dem vom Kläger 1 geleisteten Vorschuss verrechnet.

6. Die Kläger 1-3 werden unter solidarischer Haftbarkeit verpflichtet, den Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'862.-- zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

8. 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 vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 32'960.--.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Die Anfechtung einer Parteierklärung (Vergleich, Anerkennung oder Rückzug des Begehrens) hat nicht mit Beschwerde an das Bundesgericht, sondern mit Revision beim Obergericht zu erfolgen (Art. 328 ff. ZPO).

Zürich, 5. Oktober 2016

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:
mc