

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LF240108-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiber MLaw S. Widmer

Beschluss vom 4. Dezember 2024

in Sachen

A. _____,

Gesuchsteller und Berufungskläger,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ AG,

Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt ass. iur. Y. _____

betreffend **vorsorgliche Massnahmen**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelgerichtes s.V. des Bezirksgerichtes
Dielsdorf vom 24. Oktober 2024 (ET240003)**

Erwägungen:

1.

1.1. Der Gesuchsteller und Berufungskläger (fortan: Berufungskläger) ist Fussballspieler. Die Gesuchsgegnerin und Berufungsbeklagte (fortan: Berufungsbeklagte) ist eine Aktiengesellschaft, welche die Durchführung, Organisation und Leitung des Fussball-Spielbetriebs (Leistungssport) des Vereins B._____ Zürich bezweckt (act. 6).

1.2. Die Parteien schlossen am 28. Mai 2024 einen neuen Arbeitsvertrag für Nichtamateurl-Spieler (act. 5/4 f. = act. 10/4/2+4).

1.3. Am 8. September 2024 teilte der Sportdirektor der Berufungsbeklagten dem Berufungskläger mit, dass er aus sportlichen Gründen vorerst zur U 21-Mannschaft versetzt werde (vgl. act. 5/6 = act. 10/4/9).

1.4. Mit Eingabe vom 12. September 2024 stellte der Berufungskläger beim Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren (fortan: Vorinstanz), folgende Begehren (act. 10/1 S. 2 samt Beilagen act. 10/2 und 10/4/2-13):

1. Die Gesuchsgegnerin sei vorsorglich anzuweisen, den Gesuchsteller mit sofortiger Wirkung in das Kader der ersten Mannschaft der Gesuchsgegnerin vollumfänglich zu integrieren und am Training und Spielbetrieb der ersten Mannschaft teilnehmen zu lassen.
2. Die Anordnung gemäss Ziff. 1 hiervor sei superprovisorisch, d.h. ohne Anhörung der Gegenpartei, zu treffen.
3. Der Gesuchsgegnerin sei für jeden Tag der Nichterfüllung der Anweisung eine Ordnungsbusse von CHF 1'000.00 anzudrohen, und die mit Bezug auf die Anweisung gemäss Ziff. 1 und 2 weisungsbefugten Entscheidungsträgern der Gesuchsgegnerin (namentlich deren Verwaltungsräte, Geschäftsführer, Sportchef, Cheftrainer etc.) seien im Widerhandlungsfall gemäss Art. 292 StGB zu bestrafen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8.1% MWST) zu Lasten der Gesuchsgegnerin.

1.5. Mit Urteil vom 24. Oktober 2024 wies das Bezirksgericht Dielsdorf, Einzelgericht im summarischen Verfahren, das Gesuch des Berufungsklägers (fortan: Berufungskläger) um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab (act. 9), nachdem es zuvor schon das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen abgewiesen hatte (act. 10/7).

1.6. Dagegen erhob der Berufungskläger mit Eingabe vom 1. November 2024 Berufung beim Obergericht des Kantons Zürich. Er beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und die Gutheissung seines vor erster Instanz gestellten Rechtsbegehrens (act. 2 samt Beilagen act. 3, 4 und 5/3-9). Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (act. 10/1-21).

1.7. Mit Verfügung vom 4. November 2024 wies die Kammer das Gesuch um Erlass superprovisorischer Massnahmen ab (act. 7 S. 6 Dispositiv-Ziff. 1). Zugleich setzte sie der Berufungsbeklagten Frist zur Beantwortung der Berufung und dem Berufungskläger Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses an (act. 7 S. 6 Dispositiv-Ziff. 2 und 3). Die Verfügung wurde beiden Parteien am 6. November 2024 zugestellt (act. 8/1).

1.8. Mit Eingabe vom 12. November 2024 erklärte der Berufungskläger, er ziehe seine Berufung zurück, was er gleichentags per E-Mail auch dem Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten mitgeteilt habe (act. 11).

1.9. Daraufhin beantragte die Berufungsbeklagte mit Eingabe vom 13. November 2024, die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens seien dem Berufungskläger aufzuerlegen und dieser sei zu verpflichten, ihr eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (act. 12 samt Beilagen act. 13/1-3).

1.10. Am 29. November 2024 (Datum Poststempel: 28. November 2024) ging bei der Kammer eine im Namen des Berufungsklägers verfasste Eingabe ein (act. 16). Darin wird darum ersucht, auf das Entschädigungsbegehren der Berufungsbeklagten nicht einzutreten bzw. dieses abzuweisen und dem Berufungskläger eine Umtriebsentschädigung zuzusprechen. Die Eingabe trägt eine "i.A." Unterschrift (act. 16 S. 2), die am ehesten einem Spieleragenten zugeordnet werden kann (vgl. act. 5/7; act. 10/4/11). Sie stammt jedenfalls weder vom Berufungskläger (vgl. act. 4 und act. 10/2) noch von seinem Rechtsvertreter (act. 2 S. 10; act. 11; act. 10/1). Eine Vollmacht wurde der Eingabe nicht beigelegt.

1.11. Der vom Berufungskläger angeforderte Kostenvorschuss von Fr. 2'500.– ging innert der angesetzten Frist nicht ein.

2. Weil der Berufungskläger die von ihm erhobene Berufung mit Schreiben vom 12. November 2024 zurückgezogen hat, ist das Verfahren abzuschreiben (Art. 241 Abs. 2 und 3 ZPO). Auf eine Nachfristansetzung für die Leistung des Kostenvorschusses ist zu verzichten (Art. 101 Abs. 3 ZPO).

3.

3.1. Es bleibt noch über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens zu befinden.

3.2. Vorweg ist dabei auf die Formgültigkeit der im Namen des Berufungsklägers eingereichten Stellungnahme vom 29. November 2024 einzugehen. Eingaben sind dem Gericht in Papierform oder elektronisch einzureichen. Sie sind zu unterzeichnen (Art. 130 Abs. 1 ZPO). Jede prozessfähige Partei kann sich im Prozess vertreten lassen (Art. 68 Abs. 1 ZPO). Die Vertreterin oder der Vertreter hat sich durch eine Vollmacht auszuweisen (Art. 68 Abs. 3 ZPO). Mängel wie fehlende Unterschrift und fehlende Vollmacht sind innert einer gerichtlichen Nachfrist zu verbessern. Andernfalls gilt die Eingabe als nicht erfolgt (Art. 132 Abs. 1 ZPO). Die Eingabe vom 29. November 2024 wurde weder vom Berufungskläger noch von seinem Rechtsvertreter, sondern von einer Drittperson unterzeichnet. Diese Drittperson hat sich nicht durch eine Vollmacht ausgewiesen (vgl. vorstehende E. 1.10). Grundsätzlich wäre dem Berufungskläger deshalb eine Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe vom 29. November 2024 anzusetzen. Darauf kann jedoch verzichtet werden, da sich selbst bei einer Berücksichtigung der Eingabe nichts am Ausgang des Verfahrens ändert.

3.3. Die Berufungsbeklagte macht geltend, mit dem Rückzug der Berufung gelte der Berufungskläger als unterliegend. Die Prozesskosten seien daher vollumfänglich dem Berufungskläger aufzuerlegen. Dieser habe ihr eine Parteientschädigung zu bezahlen. Ihr Rechtsvertreter habe aufgrund der kurzen Frist von zehn Tagen und Auslandsterminen gegen das Fristende hin unmittelbar nach Erhalt der Berufung mit den Arbeiten an der Berufungsantwort begonnen. Er habe die Berufungsantwort bereits weitgehend fertiggestellt. Für die Analyse der Berufungsschrift, der Verfügung vom 4. November 2024, eine Besprechung mit ihr und die Erstellung der Berufungsantwort habe ihr Rechtsvertreter bis anhin 7.5 Stunden aufge-

wendet, was zum vereinbarten Stundenansatz von Fr. 375.– inklusive Auslagen von Fr. 84.40 und Mehrwertsteuer von Fr. 234.60 ein Honorar von Fr. 3'131.– ergeben würde (act. 12).

Der Berufungskläger lässt dem in der Eingabe vom 29. November 2024 entgegenhalten, die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Berufungsbeklagte sei weder opportun noch bestehe dafür eine Rechtsgrundlage. Es sei nicht notwendig gewesen, sofort mit den Arbeiten an der Berufungsantwort zu beginnen. Die Berufungsbeklagte habe mit einem Rückzug der Berufung rechnen müssen. Auch für die Berufungsbeklagte habe nach der Abweisung des Gesuchs um Erlass superprovisorischer Massnahmen durch das Obergericht klar sein müssen, dass eine Fortführung des Verfahrens hoffnungslos sei. Die Berufungsbeklagte hätte deshalb mit der Ausarbeitung der Berufung zuwarten müssen. Sie hätte die geltend gemachten 7.5 Stunden ohne Weiteres noch vom 15. bis 18. November 2024 aufwenden können. Für die mangelnde Organisation des Rechtsvertreters trage der Berufungskläger nicht die Verantwortung. Die durch das Begehren "unnötigerweise" verursachten Kosten seien der Berufungsbeklagten aufzuerlegen. Diese sei zu verpflichten, eine angemessene Umtriebsentschädigung zu bezahlen (act. 16 S. 1 f.).

3.4. Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei einem Rückzug der Berufung gilt der Berufungskläger als unterliegend (vgl. Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO; BGE 145 III 153 E. 3.2.2). Er hat daher grundsätzlich die Prozesskosten bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zu tragen (vgl. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht dann, wenn die Gegenpartei oder eine Drittperson unnötigerweise Kosten verursachte. Unnötige Kosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Die Argumentation des Berufungsklägers, wonach die Parteikosten der Berufungsbeklagten unnötig gewesen seien, überzeugt indes nicht. Die Berufungsbeklagte war nicht gehalten, mit der Erstellung der Berufungsantwort bis zum letztmöglichen Zeitpunkt zuzuwarten. Es stand ihr frei, die zehntägige Rechtsmittelfrist so einzuteilen, wie es ihr und ihrem Rechtsvertreter am besten passt. Ebenso wenig musste die Berufungsbeklagte die Berufung als hoff-

nungslos ansehen und mit einem Berufungsrückzug rechnen. Die Kammer wies in der Verfügung vom 4. November 2024 lediglich den Antrag des Berufungsklägers auf Erlass superprovisorischer Massnahmen ab. Sie begründete dies mit der fehlenden besonderen Dringlichkeit (act. 7 E. 4.5). Eine besondere Dringlichkeit ist nur für den Erlass superprovisorischer, nicht aber für den Erlass vorsorglicher Massnahmen erforderlich (vgl. Art. 265 Abs. 1 ZPO). Die Verfügung vom 4. November 2024 lässt deshalb keine unmittelbaren Rückschlüsse auf den Ausgang des Berufungsverfahrens zu. Wäre die Berufung offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet gewesen, hätte die Berufungsinstanz ausserdem auf die Einholung einer Berufungsantwort verzichtet (vgl. Art. 312 Abs. 1 ZPO). Die Berufungsbeklagte hatte deshalb durchaus Anlass, die Berufung ernst zu nehmen und sich zu verteidigen. Der umgehende Beginn mit der Erstellung der Berufungsantwort kann nicht als unnötig bezeichnet werden. Wie der eingereichte Entwurf der Berufungsantwort zeigt, waren die Arbeiten an der Berufungsantwort im Zeitpunkt des Rückzugs bereits fortgeschritten (act. 13/3). Der Berufungskläger ist daher zu verpflichten, die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen und die Berufungsbeklagte für ihre Parteikosten im Berufungsverfahren zu entschädigen.

3.5. Hinsichtlich der Bemessung der Prozesskosten würde sich grundsätzlich noch die Frage stellen, ob eine vermögensrechtliche oder eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vorliegt. Die Vorinstanz ging von einer vermögensrechtlichen Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 150'000.– aus (act. 9 E. IV.2). Der Berufungskläger stellt sich in seiner Berufung demgegenüber auf den Standpunkt, er mache eine Persönlichkeitsverletzung wegen Missachtung des Beschäftigungsanspruches geltend, weshalb eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit vorliege (act. 2 Rz. 4). Die Frage kann letztlich offenbleiben. Auch wenn sich die beiden Bemessungsarten unterscheiden, erscheinen in beiden Fällen im Ergebnis Prozesskosten in der gleichen Höhe angemessen.

3.6. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sind ausgehend von einer ordentlichen Gebühr von Fr. 2'500.– (vgl. act. 7 E. 7) infolge des Rückzugs auf Fr. 1'250.– festzusetzen (§ 10 Abs. 1 GebV OG).

3.7. Die Parteientschädigung bemisst sich unbesehen darum, ob es sich um eine vermögensrechtliche oder eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit handelt, nicht nach der Formel "Zeitaufwand mal Stundenansatz". Bei einer nicht vermögensrechtlichen Streitigkeit beträgt die Grundgebühr zwischen Fr. 1'400.– und Fr. 16'000.– (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV), bei einem Streitwert von Fr. 150'000.– beträgt sie Fr. 13'900.– (§ 13 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). In beiden Fällen sind sodann Reduktionen angezeigt, weil es sich um ein summarisches Verfahren handelte (§ 9 AnwGebV), der Rechtsvertreter der Berufungsbeklagten aus dem erstinstanzlichen Verfahren bereits mit dem Fall vertraut war (vgl. § 4 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 und 3 AnwGebV) und die Arbeiten für die Beantwortung der Berufung im Zeitpunkt des Rückzugs zwar fortgeschritten, aber noch nicht vollständig abgeschlossen waren (vgl. § 11 Abs. 1 und 4 AnwGebV). Insgesamt erscheint deshalb in beiden Fällen eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– angemessen. Hinzu kämen an sich noch die notwendigen Auslagen (§ 22 Abs. 1 AnwGebV). Die Berufungsbeklagte gibt allerdings nicht an, wofür ihr die geltend gemachten Auslagen von Fr. 84.40 angefallen sein sollen. Es kann deshalb nicht beurteilt werden, ob sie notwendig waren. Pauschale Auslagen sind nach ständiger Praxis der Kammer nicht zu ersetzen (OGer ZH PC220032 vom 9. Januar 2023 E. 5.4.2). Entgegen dem Antrag der Berufungsbeklagten ist auch kein Mehrwertsteuerzuschlag geschuldet. Die Berufungsbeklagte ist mehrwertsteuerpflichtig (vgl. www.uid.admin.ch) und somit zum Vorsteuerabzug berechtigt, wie sie selbst einräumt (act. 12 S. 2; vgl. BGer 4A_465/2016 vom 15. November 2016 E. 3.2.3; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006, Ziff. 2.1.1). Zusammenfassend ergibt sich somit eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.–.

Es wird beschlossen:

1. Das Verfahren wird abgeschlossen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'250.– festgesetzt und dem Berufungskläger auferlegt.
3. Der Berufungskläger wird verpflichtet, der Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Berufungsbeklagte unter Beilage von act. 16, sowie – unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten – an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein.
5. Eine **Beschwerde** gegen die Dispositiv-Ziffern 2 und 3 dieses Entscheids 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 in der Hauptsache entweder um eine nicht vermögensrechtliche oder um eine vermögensrechtliche Streitigkeit mit einem Streitwert von Fr. 150'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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).

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw S. Widmer

versandt am: