

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC130025-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. M. Schaffitz und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Notz

Beschluss vom 3. Dezember 2013

in Sachen

A. _____,

Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Gesuchsteller und Beschwerdegegner

betreffend **Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. März 2013 (FE100021-G)

Erwägungen:

I.

1. Mit Verfügung vom 27. März 2013 schrieb die Erstinstanz das Scheidungsverfahren als durch Rückzug erledigt ab, nachdem der Gesuchsteller die von ihm am 26. Januar 2010 anhängig gemacht Scheidungsklage mit Eingabe vom 22. März 2013 zurückgezogen hatte. Für die Prozessgeschichte und das Verfahren kann auf die ausführlichen Erwägungen in der Abschreibungsverfügung verwiesen werden (Urk. 377 S. 6 ff.). Die Kosten- und Entschädigungsfolgen regelte die Erstinstanz wie folgt (Urk. 377 S. 17):

3. Die Kosten des Verfahrens, ausgenommen derjenigen der Mediation, des Gutachtens sowie des Kinderbeistandes, werden dem Gesuchsteller auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht für die Gerichts- und Anwaltskosten im Sinne von § 92 ZPO/ZH bleibt ausdrücklich vorbehalten.
4. Die Kosten der Mediation in der Höhe von CHF 1'080.–, die Kosten des Gutachtens in der Höhe von CHF 9'325.– sowie die noch zu bestimmenden Kosten des Kinderprozessbeistandes, werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der hälftige Anteil des Gesuchstellers wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss § 92 ZPO bleibt ausdrücklich vorbehalten.
5. Der Gesuchsteller wird verpflichtet, der Gesuchstellerin eine Prozessentschädigung von CHF 8'000.– zu bezahlen.

2. Hiegen erhob die Gesuchstellerin Berufung und stellte die folgenden Anträge (Urk. 376 S. 2):

Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen (Geschäfts-Nr. FE100021-G/Z14(mj) vom 27. März 2013 sei in Bezug auf Ziffer 3 bis 5 aufzuheben und gemäss den nachfolgenden Anträgen zu ändern.

Es seien die Kosten des gesamten Verfahrens, einschliesslich derjenigen der Mediation, des Gutachtens sowie des Kinderbeistandes dem Berufungsbeklagten aufzuerlegen.

Der Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, der Berufungsklägerin eine Prozessentschädigung in Höhe von CHF 40'000.– zuzusprechen.

Es sei der Berufungsklägerin die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung für das vorliegende Berufungsverfahren zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Staates.

3. Mit Beschluss vom 31. Mai 2013 wurde die Gesuchstellerin darauf hingewiesen, dass die Berufungsschrift als Beschwerde entgegenzunehmen sei. Gleichzeitig wurde das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen und der Gesuchstellerin und Beschwerdeführerin (fortan Gesuchstellerin) Frist zur Leistung des Prozesskostenvorschusses angesetzt, welcher innert Nachfrist einging (Urk. 383 S. 2f., Urk. 385, 387). Am 27. Juni 2013 teilte Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ mit, dass er den Gesuchsteller und Beschwerdegegner (fortan Gesuchsteller) nicht mehr vertrete (Urk. 386). Mit Eingabe vom 1. Oktober 2010 stellte der Gesuchsteller die folgenden Anträge (Urk. 390 S. 1):

1. Die Anträge der Gegenpartei sind abzulehnen.
2. Die Ausführungen der Gegenpartei sind bestritten und haben zum Beschwerdeinhalt keinen Bezug.
3. Die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. März 2013 sei in Bezug auf Ziffern 3 bis 5 aufzuheben und gemäss nachfolgenden Anträgen zu ändern.
4. Es seien die Kosten des gesamten Verfahrens, einschliesslich derjenigen der Mediation, des Gutachtens sowie des Kinderbeistandes der Berufungsklägerin aufzuerlegen.
5. Die Berufungsklägerin sei zu verpflichten, dem Berufungsbeklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 80'000.– zuzusprechen.

4. Am 21. Oktober 2013 erstattete die Gesuchstellerin eine Replik, welche am 28. Oktober 2013 der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt wurde (Urk. 394).

II.

1. a) Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO). In Bezug auf das Verfahren gilt das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz (Art. 404 Abs. 1 ZPO). Demzufolge hatte die Vorinstanz die bisheri-

gen Bestimmungen der ZPO/ZH, des GVG/ZH und der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006 (aAnwGebV) anzuwenden.

b) Mit der Beschwerdeantwort vom 1. Oktober 2013, zur Post gegeben am 30. September 2013 (Urk. 390), focht auch der Gesuchsteller die erstinstanzliche Verteilung der Prozesskosten (Dispositiv Ziffer 3 bis 5) an. Da eine Anschlussbeschwerde ausgeschlossen ist (Art. 323 ZPO) und die Beschwerdefrist von 30 Tagen am 30. September 2013 längst abgelaufen war (Art. 321 ZPO; Urk. 367/2), ist auf die Anträge Ziffer 3 bis 5 der Beschwerdeantwort nicht einzutreten.

2. Die Gesuchstellerin rügt vorab die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Verfügung betreffend die Abschreibung des Verfahrens sei erfolgt, ohne der Gesuchstellerin Gelegenheit zu geben, in Kenntnis der neuen Prozesssituation Anträge zu den Kostenfolgen zu stellen oder auch nur zur Stellungnahme oder zur Einreichung der Kostennote. Damit sei das verfassungsmässige Recht der Gesuchstellerin auf Äusserung verletzt. Es liege eine Rechtsverweigerung vor (Urk. 376 S. 6). In Bezug auf die Parteienschädigung sei mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass das Gericht die Rechtsvertreter nicht zur Einreichung der Kostennote anzuhalten habe. Das rechtliche Gehör verpflichte das Gericht jedoch zumindest, aber immerhin, der Partei von der bevorstehenden unerwarteten Beendigung des Verfahrens Kenntnis zu geben, insbesondere, da noch eine Frist zur Stellungnahme gelaufen sei. Bereits durch Unterlassung dieser Kenntnissgabe und Einräumung des Rechts auf Äusserung sei das rechtliche Gehör der Gesuchstellerin verletzt worden (Urk. 377 S. 7).

3. Zur Wahrung des verfassungsrechtlich garantierten Anspruchs auf das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; wiederholt in Art. 53 ZPO) ist das Gericht stets verpflichtet, Eingaben der Parteien der jeweiligen Gegenpartei vor einer Entscheidung zur Kenntnisnahme zustellen (wenn nicht Frist zu einer Stellungnahme angesetzt wird); es obliegt dann der Gegenpartei, umgehend Stellung zu nehmen oder eine Stellungnahme anzukündigen (BGE 138 I 484 E. 2.4 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK). Das Rückzugsschreiben des Gesuchstellers ging am 25. März 2013 bei der Erstinstanz ein (Urk. 364). Diese verfügte am 27. März 2013 die Abschreibung des Verfahrens, ohne vor-

gänglich das betreffende Schreiben der Gesuchstellerin zuzustellen (Urk. 366). In Nachachtung der erwähnten Rechtsprechung wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

4. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verschafft auch ein Recht auf vorgängige Stellungnahme zur rechtlichen Beurteilung und Würdigung von Tatsachen, falls die urteilende Behörde ihren Entscheid auf eine Begründung stützen will, die von keiner der Parteien angeführt wurde und mit der nicht ernsthaft gerechnet werden musste (BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003; BGE 127 I 431). Im zu beurteilenden Fall geht es weniger um eine nicht erwartete rechtliche Begründung, sondern darum, dass eine für die Gesuchstellerin nicht voraussehbare Verfahrenserledigung erfolgte. Der Gesuchsteller hat die gestützt auf Art. 114 ZGB eingereichte Scheidungsklage, welche angesichts des Einverständnisses der Gesuchstellerin als Verfahren nach Art 112 ZGB behandelt wurde (Prot. I S. 4), selbständig und ohne Mitwirkung seines damaligen Rechtsvertreters (Urk. 368) parteiautonom zurückgezogen (Urk. 364). Die umgehend erfolgte und wohl auch unzulässige Abschreibungsverfügung (Rechtsfolge der gemeinsamen und getrennten Anhörung [Prot. S. 4f.] ist, dass auf die Scheidung [und die einvernehmlich geregelten Scheidungsfolgen] nicht mehr zurückgekommen werden kann; BSK ZGB I-Gloor, Art. 112 N 7) kam für die Gesuchstellerin überraschend und wurde unerwartet schnell erledigt. Die Gesuchstellerin hatte erstens gar nicht die Möglichkeit, aufgrund der veränderten Sachlage ihren anwaltlichen Aufwand geltend zu machen und sich zur Kostenverteilung zu äussern. Sie musste zweitens im März 2013 aber auch nicht mit einem solchen Erledigungsentscheid rechnen. Noch mit Verfügung vom 5. März 2013 wurde dem Gesuchsteller substantiiert aufgegeben, diverse Unterlagen zu den Einkommensverhältnissen einzureichen (Prot. I S. 114). Ebenso wurde den Parteien mit Schreiben vom 20. März 2013 unter Fristansetzung ein letzter Teileinigungsvorschlag unterbreitet, um ein langwieriges und kostspieliges Beweisverfahren mindestens zu vereinfachen (Urk. 361, 362). Musste die Gesuchstellerin also nicht mit einer Abschreibungsverfügung rechnen, hatte sie auch keine Veranlassung, im Sinne von § 69 ZPO/ZH dem Gericht bereits die Rechnung vorzulegen und eine Stellungnahme zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen abzugeben.

5. Nach dem Gesagten verletzte die Erstinstanz den Anspruch der Gesuchstellerin auf rechtliches Gehör.
6. Wird eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz festgestellt, so leidet der Entscheid an einem schweren Mangel und wird aufgrund der sogenannten formellen Natur des Gehörsanspruch unabhängig davon, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre, aufgehoben. Ausnahmsweise kann die Verletzung von der Rechtsmittelinstanz geheilt werden. Die Heilung ist 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 (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Zürich 2012, Art. 53 N 27).
7. Eine Beschwerde kann wegen unrichtiger Rechtsanwendung und wegen offensichtlich unrichtiger Feststellung des Sachverhaltes erhoben werden (Art. 320 ZPO). Bei Rechtsfragen hat die Beschwerdeinstanz die gleiche Kognition wie die Vorinstanz (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 320 N 1). Allerdings kommt der Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltserstellung - etwa der geltend gemachte zeitliche Aufwand - eine beschränkte Kognition zu. Es besteht denn auch kein Raum für neue Tatsachenbehauptungen oder Beweismittel, was im umfassenden Novenverbot seinen Ausdruck findet (Freiburghaus/Afheldt in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, a.a.O., Art. 326 N 4). Eine Heilung der Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist somit ausgeschlossen.
8. Demzufolge ist die angefochtene Kostenverteilung (Dispositivziffern 3 bis 5) in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur Gehörsgewährung und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

III.

Die Parteien haben das Vorgehen der Erstinstanz nicht zu vertreten. In Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. f. ZPO ist daher vom Grundsatz der Kostenverteilung

nach Verfahrensausgang abzuweichen und es sind in Anwendung von Art. 107 Abs. 2 ZPO keine Kosten zu erheben. Eine Entschädigungspflicht des Staates zugunsten der obsiegenden Partei besteht in solchen Fällen nicht (Art. 107 Abs. 2 ZPO, Art. 116 ZPO, § 200 GOG; Adrian Urwyler, in DIKE-Komm-ZPO, N 12 zu Art. 107 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Auf die Anträge Ziffer 3 bis 5 der Beschwerdeantwort des Gesuchstellers wird nicht eingetreten.
2. Die Dispositivziffern 3 bis 5 der Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 27. März 2013 werden aufgehoben und die Sache zur Gehörsvergewährung und zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, Einzelgericht, je gegen Empfangsschein.

Die erst- und zweitinstanzlichen Akten gehen umgehend an die Vorinstanz.

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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG (Dispositivziffer 1) bzw. ein Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG (Dispositivziffer 2).

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.
Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 3. Dezember 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Notz

versandt am:
mc