

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC170005-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiber lic. iur. R. Barblan

## Urteil vom 7. Februar 2018

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Gesuchsteller und Beschwerdeführer

gegen

**B.** \_\_\_\_\_,

Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin

betreffend **Ehescheidung (Kosten)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes**

**Bülach vom 15. Dezember 2016; Proz. FE160131**

## Erwägungen:

### I.

(Sachverhalt/Prozessgeschichte)

1. Die Parteien sind seit dem tt. Dezember 2013 verheiratet (act. 3). Mit Eingabe vom 3. Mai 2016 beantragten sie beim Einzelgericht des Bezirksgerichts Bülach (Vorinstanz) gemeinsam die Scheidung ihrer Ehe (vgl. act. 1/1-2). Nachdem die Vorinstanz erste Prozessschritte eingeleitet hatte, zog die Ehefrau mit Eingabe vom 27. Oktober 2016 ihr Einverständnis zur Scheidung zurück (vgl. act. 30).

2. Mit dem Hinweis, das Verfahren sei aufgrund der Rückzugserklärung der Ehefrau abzuschreiben, setzte die Vorinstanz mit Verfügung vom 3. November 2016 beiden Parteien eine Frist von 14 Tagen an, um zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen (vgl. act. 31). Der Ehemann liess sich in der Folge innert erstreckter Frist (vgl. act. 35) vernehmen und reichte weitere Unterlagen ins Recht (vgl. act. 36 - 37). Darin stellte er folgende Anträge (act. 36 S. 1):

- "1. Die Gerichtskosten inklusive Mehrwertsteuer sind der Gesuchstellerin zu auferlegen.
2. Dem Gesuchsteller ist eine Entschädigung von CHF 18'778.60 zuzusprechen.
3. Dem Gesuchsteller ist der geleistete Vorschuss für Gerichtskosten in der Höhe von CHF 1'200.– vollumfänglich zurückzuerstatten."

3. Mit Urteil vom 15. Dezember 2016 (act. 49 [= act. 39]) wies die Vorinstanz das gemeinsame Scheidungsbegehren ab und setzte den Parteien Frist zur Einreichung der Scheidungsklage an (vgl. Urteildispositiv-Ziffern 1-2, act. 49 S. 4). Die Entscheidunggebühr wurde auf Fr. 600.– festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Parteientschädigungen wurden keine zugesprochen (vgl. Urteildispositiv-Ziffern 4-6, act. 49 S. 4). Gegen den Kostenentscheid erhob der Ehemann, Gesuchsteller und Beschwerdeführer (fortan Gesuchsteller) mit Eingabe an die Kammer vom 13. Februar 2017 (Datum Poststempel) Kostenbeschwerde und stellte folgende Anträge (act. 47 S. 2):

- "1. Dem Gesuchsteller des erstinstanzlichen Verfahrens / Beschwerdeführer sei eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 2'000.– zuzusprechen.
  2. Der Gesuchstellerin des erstinstanzlichen Verfahrens / Beschwerdegegnerin sind die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren inkl. Mehrwertsteuer aufzuerlegen."
4. Der Gesuchsteller leistete den ihm am 21. Februar 2017 auferlegten Kostenvorschuss (vgl. act. 50 und 52). Von der Einholung einer Beschwerdeantwort wurde abgesehen (Art. 324 Abs. 1 ZPO).
5. Der Beizug der einzelgerichtlichen Akten (vgl. act. 1 - 45) verzögerte sich, nachdem der Gesuchsteller bei der Vorinstanz um Zustellung mehrerer Unterlagen ersucht hatte (vgl. act. 57). Mit Schreiben vom 14. Mai 2017 ersuchte der Gesuchsteller auch bei der Kammer um Zustellung mehrerer Originalakten. Zur Begründung führte er an, seine Frau (die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin, fortan Gesuchstellerin) habe ihn in Thailand zur Zahlung eines umgerechnet sechststelligen Frankenbetrages Schadenersatz eingeklagt. Er benötige die Originalakten des erstinstanzlichen Verfahrens, um sich im thailändischen Gerichtsverfahren zu wehren (act. 53 und 54). Die geforderten Akten wurden in der Folge dem Gesuchsteller zugestellt (vgl. act. 55 - 56), dem Obergericht in der Zwischenzeit aber wieder retourniert. Die Sache erweist sich als spruchreif.

## II.

### (Zur Beschwerde im Einzelnen)

1. Das angefochtene Urteil vom 15. Dezember 2016 wurde dem Gesuchsteller am 4. Januar 2017 gegen Gerichtsurkunde spediert. Nachdem die Sendung am 6. Januar 2017 nicht zugestellt werden konnte, wurde sie am 9. Januar 2017 der Vorinstanz wieder retourniert (vgl. act. 58). Daraufhin versandte die Vorinstanz das Urteil vom 15. Dezember 2016 dem Gesuchsteller per A-Post und wies ihn im Begleitschreiben vom 12. Januar 2017 darauf hin, die Zustellung gelte bereits mit Ablauf der 7-tägigen Abholfrist der ersten Sendung als zugestellt (act. 45, vgl. auch act. 44).

1.2. Dazu ist Folgendes zu bemerken: Der Eintritt der in Art. 138 Abs. 3 lit. a ZPO geregelten Zustellfiktion, wonach eine Sendung am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellversuch als zugestellt gilt, ist an folgende Bedingungen geknüpft: in materieller Hinsicht muss der Empfänger der Sendung mit gewisser Wahrscheinlichkeit mit einer Zustellung rechnen (vgl. Art. 138 Abs. 3 lit. a letzter Satz). Diese Voraussetzung war ohne weiteres erfüllt. In formeller Hinsicht ist sodann erforderlich, dass die Sendung auch tatsächlich avisiert und dann für 7 Tage bei der Poststelle aufbewahrt wird. Der Empfänger muss mit anderen Worten die Möglichkeit haben, die Sendung während der 7tägigen Abholfrist auch tatsächlich entgegenzunehmen (vgl. dazu LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, Art. 138 N 60, sowie ZK ZPO-GSCHWEND, 3. Aufl. 2016, Art. 238 N 19). Diese Voraussetzung war vorliegend nicht erfüllt. Wie gesehen (vgl. vorstehende Erw. II./1.1.), retournierte die Post die Sendung bereits am 9. Januar 2017, nachdem sie am 6. Januar 2017 nicht zugestellt werden konnte (vgl. act. 57). Diese Zustellung ist somit unwirksam.

1.3. Für die Frage, ob die Beschwerde fristgerecht beim Obergericht eingereicht wurde, kann daher – entgegen den Ausführungen der Vorinstanz im Begleitschreiben vom 12. Januar 2017 – nicht auf die erfolglose Zustellung des angefochtenen Entscheides vom 6. Januar 2017 abgestellt werden. Wann der Geschw. das mit A-Post und Begleitschreiben vom 12. Januar 2017 versandte Urteil vom 15. Dezember 2016 entgegengenommen hat, kann nicht eruiert werden. Vor diesem Hintergrund muss die der Post am 13. Februar 2017 aufgegebenen Beschwerde als rechtzeitig eingereicht gelten. Dies umso mehr, als der Geschw. die A-Post Sendung frühestens am 13. Januar 2017 entgegen nehmen konnte, und die 30-tägige Beschwerdefrist daher am 13. Februar 2017 abgelaufen wäre.

2. Ein Kostenentscheid ist selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 110 ZPO). Mit der Beschwerde kann die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Das Beschwerdeverfahren dient grundsätzlich der Rechtskontrolle, und hat nicht den Zweck, das erstinstanzliche Verfahren fortzuführen.

Im Beschwerdeverfahren sind daher neue Anträge und insbesondere neue Tatsachenbehauptungen zu den Vorgängen, welche zum vorinstanzlichen Verfahren bzw. Entscheid geführt haben, ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Der durch die Vorinstanz beurteilte Sachverhalt darf im Rechtsmittelverfahren nicht nachträglich ergänzt oder korrigiert werden (vgl. statt vieler ZK ZPO-FREIBURGHaus/AFHELDT, 3. Aufl. 2016, Art. 326 N 3 m.H.).

3.1. Nachdem die Gesuchstellerin ihr Einverständnis zur Scheidung zurückgezogen hatte, gab die Vorinstanz – wie eingangs erwähnt (vgl. Erw. I./2.) – mit Verfügung vom 3. November 2016 beiden Parteien Gelegenheit, um sich zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu äussern. In seiner Stellungnahme vom 22. November 2016 warf der Gesuchsteller der Gesuchstellerin vor, sie habe versucht, das Gericht durch unwahre Aussagen zu täuschen. Ihr *Ziel* – so der Gesuchsteller – sei gewesen, *die Angelegenheit für den Gesuchsteller möglichst teuer zu machen* (act. 36 S. 2 oben). Aus diesem Grund habe die Gesuchstellerin die Verfahrenskosten zu tragen und ihm (dem Gesuchsteller) eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 18'778.60 zu bezahlen (act. 30 S. 2).

3.2. Unter Verweis auf einen Entscheid der Kammer aus dem Jahr 2014 erwog die Vorinstanz, bei einem Rückzug des gemeinsamen Scheidungsbegehrens seien die Kosten auch dann beiden Parteien aufzuerlegen, wenn der Rückzug nur durch einen Ehepartner erfolgt sei; die Parteientschädigungen seien wettzuschlagen (act. 49 S. 3). Die vom Gesuchsteller geltend gemachte Parteientschädigung – so die Vorinstanz weiter – sei aussergewöhnlich hoch für eine Stellungnahme zur Leistung eines Prozesskostenvorschusses sowie für den aktuellen Verfahrensstand. Da die geltend gemachten Auslagen und Aufwendungen nicht notwendig gewesen seien, habe der Gesuchsteller diese selber zu tragen (act. 49 S. 3).

3.3. In seiner Beschwerdeschrift bringt der Gesuchsteller zusammengefasst vor, seine Aufwendungen und Auslagen im damaligen Verfahrensstadium seien gerechtfertigt gewesen resp. hätten nicht vermieden werden können (vgl. act. 47 Rz. 8-9 und 24-26). Um den tatsächlichen Behauptungen der Gesuchstellerin im vorinstanzlichen Verfahren entgegenwirken zu können, habe er überzeu-

gende Beweismittel beibringen müssen. Dabei habe er sich mit dem Steuersystem sowie mit dem Vermögens- und Einkommensregister in Thailand vertraut machen müssen. Aufgrund des fremden Rechtssystems sowie der fremden Sitten und Gebräuche sei er auf anwaltliche Vertretung in Thailand angewiesen gewesen (vgl. act. 47 Rz. 15-19). Im Gegensatz zu ihm habe die Gesuchstellerin keine Aufwendungen gehabt (act. 47 Rz. 13-14).

3.4. Diese Ausführungen des Gesuchstellers in seiner Beschwerde sind allesamt neu. Vor Vorinstanz machte der Gesuchsteller keine Aussagen zu seinen Auslagen und Aufwendungen, berief sich lediglich allgemein auf besondere Umstände, welche eine Überprüfung erschwert hätten und verwies im Übrigen auf eine Kostenaufstellung sowie auf mehrere Abrechnungen (vgl. act. 36 S. 2 und act. 37). Er selbst bezeichnet die Beschwerde denn auch als *Ergänzung zur Stellungnahme zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen vom 22. November 2016* (act. 47 Rz. 10). Vor dem Hintergrund des umfassenden Novenverbots (vgl. Erw. II./2.) müssen diese Ausführungen daher unberücksichtigt bleiben. Darüber hinaus bringt der Gesuchsteller nicht vor, weshalb die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid Recht verletzt oder den vorgetragenen Sachverhalt offensichtlich falsch gewürdigt hat. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

3.5. Lediglich der Vollständigkeit halber sei ergänzend darauf hingewiesen, dass der Beschwerde auch unter Berücksichtigung der neuen Ausführungen des Gesuchstellers kein Erfolg beschieden wäre, und zwar aus folgenden Gründen. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, sind beim Rückzug des gemeinsamen Scheidungsbegehrens in Verfahren nach Art. 111 und Art. 112 ZGB praxisgemäss die Kosten auch dann beiden Gesuchstellern aufzuerlegen, wenn der Rückzug nur durch einen der Ehepartner erfolgte. In diesen Fällen werden ebenso die Parteientschädigungen wettgeschlagen. Dieses Vorgehen wird gewählt, um Umständen entgegenzuwirken, welche geeignet wären, die Freiheit des Scheidungswillens einzuschränken. Denn würde der Rückzug des Einverständnisses zur Scheidung durch einen Ehepartner mit einer Kostenaufgabe diesem gegenüber sanktioniert, stünde er allenfalls unter dem Druck, seinen einmal geäußerten Scheidungswillen aufrecht erhalten zu müssen, um sich nicht mit negativen finan-

ziellen Folgen konfrontiert zu sehen. Im Übrigen lässt sich auch argumentieren, dass sowohl die Aufwände des Gerichts als auch diejenigen der Parteien durch die zuvor erfolgte Einreichung des Scheidungsbegehrens durch beide Ehepartner gemeinsam verursacht wurden. Ist die Voraussetzung für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren zufolge Rückzugs des Einverständnisses durch einen Ehepartner nicht (mehr) erfüllt (Art. 288 Abs. 3 ZPO), ist – auch wenn z.B. Art. 106 Abs. 1 ZPO für den Fall eines *Klagerückzugs* direkte Kostenfolgen vorsieht – in Fällen wie dem hier zu beurteilenden gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO eine hälftige Verteilung der Aufwände eher angezeigt (vgl. dazu BGE 139 III 358, Erw. 3; ZR 100 (2001) Nr. 37 S. 119 ff. sowie OGer ZH vom 15. April 2014, Erw. III./2.).

Der Entscheid der Vorinstanz, die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, ist von da her ebenso wenig zu beanstanden, wie der Entscheid, die Parteientschädigungen wettzuschlagen. Mangels Ausführungen des Gesuchstellers zu seinen hohen Auslagen gab es für die Vorinstanz insbesondere keinen Anlass, nähere Abklärungen zur verlangten Parteientschädigung zu treffen.

3.6 Die Beschwerde ist somit aus den in Erw. II/3.4. erwähnten Gründen abzuweisen. Zur Abweisung führten indessen ebenso die in Erw. II/3.5. aufgeführten Gründe.

### III.

#### (Kosten- und Entschädigungsfolge)

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Gesuchsteller aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Diese sind in Anwendung von § 12 Abs. 1-2 und § 4 GebV OG auf Fr. 500.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen: Dem Gesuchsteller nicht, weil er unterliegt, der Gesuchstellerin nicht, weil ihr keine zu entschädigenden Umtriebe entstanden sind.

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 500.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Gesuchsteller und Beschwerdeführer auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein resp. an die Gesuchstellerin und Beschwerdegegnerin durch Publikation im Amtsblatt des Kantons Zürich.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist 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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich  
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. R. Barblan

versandt am: