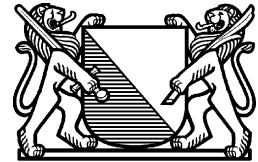


Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: RB180004-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende,
Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn
sowie Gerichtsschreiberin MLaw V. Stübi

Urteil vom 6. August 2018

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

1. ...

2. **B._____,**

Beklagte und Beschwerdegegner

betreffend **negative Feststellungsklage (Kosten- und Entschädigungsfolgen)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 10. Abteilung,
vom 6. November 2017 (CG160082-L)**

Erwägungen:

I.

1. Mit Klageschrift vom 31. August 2016 und Einreichung der Klagebewilligung vom 15. Juli 2016 machte die Klägerin bei der Vorinstanz eine negative Feststellungsklage gegen die Beklagte 1 (Stockwerkeigentümergeinschaft C.____-Strasse .../...) und den Beklagten 2 anhängig (Urk. 1, Urk. 2). Die Klägerin verlangte die Feststellung, dass sie elf vom Beklagten 2 im eigenen Namen und als Vertreter der Beklagten 1 in Betreuung gesetzte Forderungen, total Fr. 550'731.–, nicht schulde und die elf eingeleiteten Betreibungen zu Unrecht erfolgt seien (Urk. 2 S. 2 f.). Auf die Klage gegen die Beklagte 1 trat die Vorinstanz mit Beschluss vom 10. November 2016 nicht ein (Urk. 9). Gegen diesen Nichteintretensentscheid führte die Klägerin erfolgreich Berufung an das Obergericht (Urk. 11A/1), das die Sache mit Beschluss vom 18. April 2017 zur weiteren Prüfung der Klage gegen die Beklagte 1 an das Bezirksgericht Zürich, 10. Abteilung, zurückwies. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren vor Obergericht wurde auf Fr. 4'000.– festgesetzt und die Verteilung der Prozesskosten dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten (Urk. 11). Nachdem der Beklagte 2 eine weitere Forderung gegen die Klägerin in Betreuung gesetzt hatte, verlangte diese mit Eingabe vom 25. April 2017 im Sinne einer Klageerweiterung die Feststellung, dass auch die Forderung in der Höhe von Fr. 89'450.– nicht bestehe (Urk. 12, Urk. 13). Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 640'181.– setzte die Vorinstanz der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 3'000.– an, welcher fristgerecht einging (Urk. 15, Urk. 16). Da die Beklagten die mit Verfügung vom 12. Juli 2017 angesetzte Frist zur Klageantwort unbenutzt verstreichen liessen und auch innert angesetzter Nachfrist keine Klageantwort einreichten, fällte die Vorinstanz androhungsgemäss ohne prozessuale Weiterungen einen Endentscheid (Urk. 18, Urk. 22, Urk. 24, Urk. 29). Mit Urteil vom 6. November 2017 hiess sie die Feststellungsklage hinsichtlich sämtlicher Rechtsbegehren der Klägerin gut, auferlegte dem Beklagten 2 die Kosten des bezirksgerichtlichen Verfahrens und verpflichtete ihn zur Leistung einer Parteient-

schädigung an die Klägerin von Fr. 4'000.– (zzgl. 8 % MwSt.). Die Entscheidungsbüher für das obergerichtliche Verfahren von Fr. 4'000.– wurde auf die Staatskasse genommen, Parteienschädigungen für das Berufungsverfahren wurden keine zugesprochen (Urk. 24, Urk. 29 = Urk. 35).

2. Mit Eingabe vom 25. Januar 2018 erhob die Klägerin gegen die vorinstanzliche Regelung der Entschädigungsfolgen rechtzeitig (Urk. 30) Beschwerde und stellte folgende Anträge (Urk. 34 S. 2):

"1. Das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 6. November 2017 (Geschäfts-Nr. CG 160082) sei in dessen Dispositiv Ziff. 5 und 7 wie folgt zu ändern:

5. Der Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für das bezirksgerichtliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 20'000.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu bezahlen.

7. Der Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 7'860.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zu bezahlen.

Eventualiter:

7. Der Klägerin wird für das obergerichtliche Verfahren eine Parteienschädigung von Fr. 7'860.– (zuzüglich 8 % MwSt.) zulasten der Staatskasse ausgerichtet.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zulasten der Beklagten, eventualiter der Staatskasse."

3. Nachdem die Klägerin innert Frist einen Kostenvorschuss für das Rechtsmittelverfahren von Fr. 3'400.– geleistet hatte (vgl. Urk. 37, Urk. 38), wurde dem Beklagten 2, welcher als alleiniger Beschwerdegegner in das Rubrum des Beschwerdeverfahrens aufgenommen wurde, Frist angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 40). Er tat dies rechtzeitig mit Eingabe vom 5. März 2018 (Urk. 41). Mit Verfügung vom 12. März 2018 wurde die Beschwerdeantwort samt Beilagen der Klägerin zur Kenntnis zugestellt (Urk. 44). Die Klägerin verzichtete auf eine weitere Stellungnahme (Urk. 45). Die vom Beklagten 2 unaufgefordert eingereichte Eingabe vom 9. Juli 2018 samt Beilagen wurde der Klägerin am 18. Juli 2018 zur Kenntnis zugestellt (Urk. 47 f.).

II.

1. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO).

2.1 Die Klägerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe ihre Parteientschädigung für das bezirksgerichtliche Verfahren zu tief angesetzt und damit die Verordnung über die Anwaltsgebühren falsch angewendet (Urk. 34 S. 3 ff.).

2.2 Die Vorinstanz errechnete ausgehend von einem Streitwert von Fr. 640'181.– und in Anwendung von § 4 Abs. 1 AnwGebV eine ordentliche Grundgebühr von Fr. 26'003.–. Letztlich sprach sie der Klägerin für das bezirksgerichtliche Verfahren jedoch lediglich eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zzgl. 8 % MwSt zu. Dabei erwog sie, dass der Zeitaufwand des klägerischen Rechtsvertreters sehr gering ausgefallen sei, zumal dieser lediglich eine Klagebegründung habe verfassen müssen, welche ohne Rechtsbegehren viereinhalb Seiten umfasse. Auch in Bezug auf die Gerichtskosten hielt die Vorinstanz fest, der Aufwand des Verfahrens sei sehr gering gewesen, da die Beklagten keine Klageantwort eingereicht hätten. Von der Verantwortung her handle es sich um ein durchschnittliches Verfahren, habe die Klägerin, welche in der Immobilienbranche tätig sei, doch ein erhebliches Interesse an einem eintragsfreien Betreuungsauszug. Insgesamt ging die Vorinstanz somit von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Streitwert und notwendigem Zeitaufwand aus und reduzierte die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 AnwGebV auf Fr. 4'000.– zzgl. 8 % MwSt. (Urk. 35 S. 7 f.).

2.3 Die Klägerin beanstandet die Reduktion der Grundgebühr und verlangt für das bezirksgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 20'000.– zzgl. 8 % MwSt. zulasten des Beklagten 2. Im Einzelnen macht sie geltend, die Reduktion der ordentlichen Grundgebühr um 84.6 % sprengt den Rahmen der in der AnwGebV vorgesehenen Möglichkeiten. Bei der Berechnung einer nach der AnwGebV festzusetzenden Prozessentschädigung stehe nicht der effektiv geleistete Aufwand des Rechtsvertreters im Vordergrund, sondern es werde primär auf

den Streitwert abgestellt. Gesetzlich vorgesehen sei eine Mischrechnung, bei welcher die Parteientschädigung das eine Mal knapp ausfalle, ein anderes Mal aber gemessen am Zeitaufwand grosszügig bemessen sei. Vorliegend habe die Vorinstanz schwergewichtig auf die Verantwortung und den Zeitaufwand des Anwalts abgestellt und damit das System der Pauschalentschädigung ausgehebelt sowie den Sinn und Zweck der Mischrechnung unterlaufen. Die massive Kürzung der Grundgebühr könne nicht damit begründet werden, dass der klägerische Rechtsvertreter lediglich eine Klagebegründung habe verfassen müssen, da der Anspruch auf die Grundgebühr doch alleine mit der Erarbeitung der Klagebegründung entstehe. Ferner sei die Vorinstanz zu Unrecht davon ausgegangen, eine materielle Auseinandersetzung mit den angeblichen Forderungen sei nicht erforderlich gewesen. Zwar sei materiell (noch) keine vertiefte Behandlung der Forderungen in der schriftlichen Klagebegründung notwendig gewesen, doch sei das Abstellen auf die Seitenzahl einer Eingabe keine von der AnwGebV vorgesehene Grundlage zur Gebührenfestsetzung. Der Rechtsvertreter der Klägerin habe zur Erarbeitung der Klagebegründung inhaltlich vollständig überprüfen müssen, ob die in Betreuung gesetzten Forderungen materiell berechtigt seien, was angesichts der schieren Menge unterschiedlicher Forderungen aufwändig gewesen sei. Dass die Beklagten keine Klageantwort eingereicht hätten, habe entsprechend nur dazu geführt, dass der Aufwand für die Vorinstanz, nicht jedoch für den Rechtsvertreter der Klägerin, sehr gering geblieben sei. Weder die Verantwortung des Rechtsvertreters noch die Schwierigkeit des Falls sei vorliegend als tief zu bewerten. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass zur Erarbeitung der Klagebegründung auch prozessuale Fragen der Zuständigkeit, der Prozessleitung, der Passivlegitimation oder der Vertretungsverhältnisse zu beantworten gewesen seien. Die Schwierigkeit dieser Fragen sei angesichts des Umstandes, dass die Vorinstanz diesbezüglich zunächst fälschlicherweise ein Nichteintreten auf die Klage gegen die Beklagte 1 beschlossen habe, offensichtlich. Auch die vorinstanzliche Feststellung, es handle sich von der Verantwortung des Rechtsvertreters her lediglich um ein durchschnittliches Verfahren, sei widersprüchlich und unrichtig. So führe die Vorinstanz doch selber aus, die in der Immobilienbranche tätige Klägerin habe ein erhebliches Interesse an einem eintragsfreien Betrei-

bungsregisterauszug. Bereits daraus folge, dass die Verantwortung des Rechtsvertreters bei der Wahrung der Interessen der Klägerin erheblich sei. Hinzu komme, dass sich der Streitwert sowohl für die Klägerin als auch für die Verhältnisse der zürcherischen Bezirksgerichte als überdurchschnittlich hoch erweise, womit wiederum eine hohe Verantwortung des klägerischen Rechtsvertreters einhergehe. Insgesamt seien vorliegend keine Gründe gegeben, um den Tarifrahmen von § 4 AnwGebV gestützt auf § 2 Abs. 2 AnwGebV zu unterschreiten, da die Verantwortung, der Zeitaufwand der Rechtsvertretung oder die Schwierigkeit des Falls weder besonders hoch noch besonders tief sei (Urk. 34 S. 3 ff.).

2.4 Ist eine Partei – wie vorliegend die Klägerin – durch einen Anwalt vertreten, so richtet sich die Parteientschädigung nach den Ansätzen der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die in der AnwGebV statuierten Vergütungsansätze für Anwaltskosten sind pauschalisiert. Die Vergütung setzt sich zusammen aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Grundlage für die Festsetzung der Gebühr bilden der Streitwert, die Verantwortung des Anwalts, dessen notwendiger Zeitaufwand und die Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten ist die Gebühr primär vom Streitwert abhängig und im Einzelfall je nach der Verantwortung und dem Zeitaufwand des Anwalts und der Schwierigkeit des Falls nach oben oder unten anzupassen (§ 2 und § 4 AnwGebV). Die streitwertabhängigen Gebührenansätze der AnwGebV basieren auf dem Gedanken der Mischrechnung und nehmen in Kauf, dass eine Parteientschädigung bei kleinen Streitwerten im Einzelfall ungenügend ausfällt, was aber durch verhältnismässig hohe Entschädigungen bei grossen Streitwerten kompensiert wird (KUKO ZPO-Schmid, Art. 96 N 14). Anders als im Verhältnis zwischen Anwalt und Klient üblich, bildet der zeitliche Aufwand mithin nicht die Grundlage der Bemessung des Honorars, sondern dient der Kontrolle der Angemessenheit der aufgrund anderer Kriterien festgesetzten Entschädigung (*OGer ZH PD160005 vom 26. Oktober 2016, E. II.4.2*). Konkret kann die streitwertabhängige Grundgebühr (§ 4 Abs. 1 AnwGebV) um bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden, wenn die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief ist (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Nach der Gene-

ralklausel von § 2 Abs. 2 AnwGebV wird bei einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem Streitwert und dem notwendigen Zeitaufwand der Vertretung die gemäss Verordnung berechnete Gebühr entsprechend (weiter) erhöht oder herabgesetzt. Die Bestimmung von § 2 AnwGebV berücksichtigt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach der lediglich auf den Streitwert abgestützte Tarif sich bei hohem Streitwert als zu starr erweisen und zu unverhältnismässigen Gebühren führen kann (BGE 120 Ia 171 E. 4; so auch die Botschaft ZPO, S. 7290).

2.5 Wie die Klägerin zu Recht vorbringt, steht bei der Bemessung der Parteientschädigung nicht der Zeitaufwand des Rechtsvertreters, sondern der Streitwert im Vordergrund. Nichtsdestotrotz spielt der mutmassliche Stundenaufwand eines Anwalts bei der Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis im Sinne von § 2 Abs. 2 AnwGebV vorliegt, eine Rolle. Dabei darf zur Ermittlung des mutmasslichen Stundenaufwandes nicht auf die Seitenzahl einer Eingabe abgestellt werden, zumal sich der Zeitaufwand für ein Prozessmandat bekanntlich nicht zwingend im Umfang der im Verfahren eingebrachten Rechtsschriften widerspiegelt. Vielmehr gilt es vorliegend in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass das Verfahren bereits vor Durchführung der Hauptverhandlung spruchreif war. Entgegen der Ansicht der Klägerin deckt die ordentliche Grundgebühr nicht nur den Aufwand für die Erarbeitung einer Klagebegründung, sondern auch denjenigen für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Dass das Verfahren bereits vor der Durchführung einer Hauptverhandlung spruchreif war, führte vorliegend nicht nur für die Vorinstanz, sondern auch für den Rechtsvertreter der Klägerin zu einem geringeren Zeitaufwand. So entfielen mangels Klageantwort einerseits die Parteivorträge im Sinne von Art. 228 ZPO. Andererseits konnte sich die Klägerin aufgrund der Beweislastverteilung bei der negativen Feststellungsklage in ihrer Klagebegründung auf eine pauschale Bestreitung der betriebenen Forderungen beschränken. Insofern unterscheidet sich die negative Feststellungsklage von der Leistungsklage, bei welcher die Klägerin die rechtsbegründenden Tatsachen für den Bestand des von ihr behaupteten Rechts bzw. Rechtsverhältnisses darzulegen und zu beweisen hat, was regelmässig zeitaufwändiger ist als das blosses Bestreiten von Forderungsgrundlagen. Trotz der prozessualen Unterschiede wird der Streitwert dieser beiden Klagearten gleich be-

rechnet. Dies kann bei der negativen Feststellungsklage dazu führen, dass sich die nach dem Streitwert abgestufte Grundgebühr im Sinne von § 4 Abs. 1 AnwGebV im Verhältnis zum Zeitaufwand des klägerischen Rechtsvertreters als zu hoch erweist. Im vorliegenden Fall erübrigte sich eine Stellungnahme der Klägerin zu den auf den Zahlungsbefehlen angegebenen Forderungsgründen sodann gänzlich, da sich die Beklagten zur Klagebegründung nicht vernehmen liessen und mithin gar keine rechtsbegründenden Tatsachen für den Bestand der Forderungen in das Verfahren einbrachten. Inwiefern sich die materielle Prüfung der Forderungen für den Rechtsvertreter der Klägerin als aufwändig gestaltet haben soll, erschliesst sich weder aus den vorinstanzlichen Akten noch aus der Beschwerdebegründung der Klägerin. Ein besonderer Aufwand kann auch nicht mit der Anzahl der Forderungen begründet werden, ging doch selbst die Klägerin davon aus, dass die Beklagten ihre verschiedenen Forderungen wohl (zumindest teilweise) auf identische Tatsachen stützen würden (vgl. Urk. 2 S. 4). Dass abgesehen von den im Rahmen der Klagebegründung eingereichten Urkunden (Urk. 4/2-21) weitere Unterlagen zu prüfen gewesen wären, ist nicht erkennbar. Vielmehr ist anzunehmen, dass der klägerische Rechtsvertreter bereits nach einem kurzen Instruktionsgespräch mit der Klientschaft und nach Durchsicht der erwähnten Unterlagen auf die Unbegründetheit der betriebenen Forderungen schliessen konnte. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände liegt es auf der Hand, dass selbst bei der im Tarifrahmen vorgesehenen Kürzung um einen Drittel (§ 4 Abs. 2 AnwGebV) ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Zeitaufwand und Streitwertgebühr entsteht.

Allerdings erweist sich eine Kürzung nach Ermessen in dem Ausmass, wie sie die Vorinstanz vornahm, als unangemessen. Wer Betreibungen einleitet, muss grundsätzlich auch dazu bereit sein, den Zivilprozess über die in Betreuung gesetzten Forderungen aufzunehmen (BGE 144 III 175 E. 5.3.2). Entsprechend provozierte der Beklagte 2, indem er die Klägerin sowohl im eigenen wie auch im fremden Namen betrieben hatte, negative Feststellungsklagen und nahm damit ein Prozessrisiko in Kauf. Dieses Prozessrisiko liegt umso höher, je mehr Betreibungen eingeleitet werden resp. je höher die betriebenen Forderungen sind. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, ist zu berücksichtigen, dass die durch den Beklag-

ten 2 initiierten Betreibungen im Gesamtbetrag von Fr. 640'181.– die wirtschaftlichen Tätigkeiten der Klägerin erschwerten. Da die in der Immobilienbranche tätige Klägerin ein erhebliches Interesse an einem eintragsfreien Betreibungsauszug hat, war auch die Verantwortung des Rechtsvertreters bei der Wahrung ihrer Interessen im Rahmen der negativen Feststellungsklage erheblich. Insbesondere die Formulierung der Rechtsbegehren erforderte eine besondere Sorgfalt. Ferner gilt es – wie die Klägerin zu Recht vorbringt – zu berücksichtigen, dass die Vorbereitung der Feststellungsklage hinsichtlich der Fragen der Passivlegitimation und der Vertretungsverhältnisse gewisse Schwierigkeiten mit sich brachte. Indem die Vorinstanz die Grundgebühr um rund 85 % reduzierte, trug sie diesen Umständen zu wenig Rechnung. Aufgrund des gegebenen Missverhältnisses zwischen Zeitaufwand und Streitwert ist der untere Tarifrahmen zwar ausserordentlich zu unterschreiten. Das System der Pauschalentschädigung soll dabei allerdings nicht ausgehebelt werden. Bei einer Kürzung nach Ermessen im Sinne von § 2 Abs. 2 AnwGebV darf mithin nicht einzig auf den mutmasslichen Zeitaufwand des Rechtsvertreters abgestellt werden. Vielmehr gilt es die gesamten Umstände des Einzelfalls zu würdigen. Vorliegend rechtfertigt es sich unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falls, der Verantwortung und des notwendigen Zeitaufwands des Anwalts, die Grundgebühr gestützt auf § 2 Abs. 2 AnwGebV um zwei Drittel zu reduzieren. Den konkreten Verhältnissen angemessen ist mithin eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. 8 % MwSt.). Die Dispositivziffer 5 des vorinstanzlichen Urteils ist somit aufzuheben und der Beklagte 2 ist zu verpflichten, der Klägerin für das bezirksgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.

3. Die Klägerin rügt sodann, dass ihr für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung zugesprochen wurde (Urk. 34 S. 7 ff.).

3.1 Die Vorinstanz erwog mit Bezug auf die Verteilung der Prozesskosten für das Berufungsverfahren, dass sowohl eine Kostenaufgabe an die Beklagte 1 als auch an den Beklagten 2 ausscheide, zumal der Nichteintretensbeschluss vom 10. November 2016 nicht auf einen Parteiantrag hin erfolgt sei. Die Beklagte 1 habe sich sodann am Berufungsverfahren auch nicht beteiligt. Demgegen-

über habe der Beklagte 2 zwar eine Berufungsantwort eingereicht, darin aber keine Anträge gestellt. Ausserdem könne der Beklagte 2 nicht als unterliegende Partei betrachtet werden, da sich lediglich der Eventualberufungsantrag, nicht aber die letztlich gutgeheissenen Hauptberufungsanträge der Klägerin gegen diesen gerichtet hätten. Aus diesen Gründen sei die obergerichtliche Entscheidgebühr von Fr. 4'000.– auf die Gerichtskasse zu nehmen. Für die Verpflichtung des Kantons zur Leistung einer Parteientschädigung an die Klägerin gebe es demgegenüber keine Rechtsgrundlage, die Billigkeitshaftung des Kantons im Sinne von Art. 107 Abs. 2 ZPO erfasse nur die Gerichtskosten. Entsprechend sei der Klägerin für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigung aus der Staatskasse zuzusprechen (Urk. 35 E. IV/3).

3.2 Die Klägerin ist der Ansicht, die Vorinstanz habe sich bei der Regelung der Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens zu Unrecht auf Art. 107 Abs. 2 ZPO abgestützt. Diese Bestimmung sei für eigentliche "Justizpannen" vorgesehen und könne nicht bereits zur Anwendung kommen, wenn der Erstinstanz ein Fehler unterlaufen sei, zumal dies bei der Kassation und Rückweisung regelmässig der Fall sei. Von einer krassen Fehlleistung des Bezirksgerichts sei im obergerichtlichen Rückweisungsbeschluss nicht die Rede. Die Klägerin habe vor Bezirksgericht dann auch in der Sache vollumfänglich obsiegt. Indem die Vorinstanz ihr für das Rechtsmittelverfahren dennoch keine Parteientschädigung zugesprochen habe, sei sie in Verletzung von Art. 106 Abs. 1 ZPO vom Unterliegerprinzip abgewichen. Das Obergericht habe die Verteilung der Rechtsmittelkosten in Anwendung von Art. 104 Abs. 4 ZPO dem neuen Entscheid des Bezirksgerichts vorbehalten, weil im Zeitpunkt des Rückweisungsentscheides noch völlig offen gewesen sei, welche Partei in der Sache obsiegen werde. Bei der Verteilung der Prozesskosten – und damit auch im Hinblick auf die Zusprechung einer Parteientschädigung – sei einzig der Prozessausgang in der Sache massgebend und nicht das Ergebnis des Rechtsmittelverfahrens, geschweige denn das Verhalten der Parteien im Berufungsverfahren. Gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO habe die beklagte Partei, mithin letztlich der Beklagte 2, der Klägerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Urk. 34 S. 7 ff.).

3.3 Gegenstand der vorliegenden Beschwerde sind lediglich die Entschädigungsfolgen des obergerichtlichen Berufungsverfahrens LB160087. Mangels materieller Beschwer blieb der vorinstanzliche Entscheid über die Kostenfolgen des obergerichtlichen Verfahrens (Dispositivziffer 6 des Urteils) unangefochten. Der Entscheid der Vorinstanz, die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens auf die Staatskasse zu nehmen, ist in Rechtskraft erwachsen und kann nicht mehr aufgehoben werden. Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass sich die Vorinstanz bei der Verteilung der Prozesskosten vorliegend zu Unrecht auf Art. 107 Abs. 2 ZPO abstützte. Wie die Klägerin zu Recht vorbringt, kommt eine Kostenauflage an den Kanton gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO nur in Fällen regelrechter Justizpannen zur Anwendung. Vorausgesetzt ist eine krasse Fehlleistung der Erstinstanz, welche eine Kostenauflage an die Parteien als unbillig erscheinen lassen würde. Der blosser Umstand, dass der Erstinstanz Fehler unterlaufen sind, welche weder einer Partei noch Dritten angelastet werden können, vermag mithin nicht zu genügen, da dies nach der Beurteilung der Rechtsmittelinstanz doch regelmässig der Fall ist, ansonsten keine Kassation und Rückweisung erfolgen würde (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4; BGer 5A_104/2012 vom 11. Mai 2012, E. 4.4.2; BGer 5A_61/2012 vom 23. März 2012, E. 4). Entsprechend geht die Vorinstanz fehl in der Annahme, eine Kostenauflage an den Kanton erweise sich bereits dann als gerechtfertigt, wenn ein fehlerhafter, nicht auf einem Parteienantrag beruhender erstinstanzlicher Entscheid kassiert werde und der Rechtsmittelgegner sich nicht mit dem Entscheid identifiziert habe. Vorliegend erfolgte die Rückweisung an die Vorinstanz, da diese fälschlicherweise angenommen hatte, das Schlichtungsverfahren sei mit Bezug auf die Beklagte 1 nicht gesetzeskonform durchgeführt worden. Die Vorinstanz hatte daraus geschlossen, mangels Vorliegens einer Prozessvoraussetzung sei auf die Klage gegen die Beklagte 1 nicht einzutreten. Darin erkannte das Obergericht zwar eine Rechtsverletzung (vgl. Urk. 11A/14 S. 3 ff.). Von einer krasse Fehlleistung des Bezirksgerichts oder einer eigentlichen Justizpanne, die eine Kostenauflage an die Parteien allenfalls unbillig erscheinen lassen könnte, ist aber nicht die Rede. Wäre das Obergericht von einem gravierenden Verfahrensfehler ausgegangen, hätte es die Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens selbst vorgenommen und nicht dem

Bezirksgericht überlassen. Wenn die Berufungsinstanz die Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss Art. 104 Abs. 4 ZPO der Vorinstanz überlässt, kann das nur heissen, dass das endgültige Prozessergebnis und nicht dasjenige im Rechtsmittelverfahren für die Kostenverteilung von Belang sein wird, ansonsten die Regelung von Art. 104 Abs. 4 ZPO überhaupt keinen Sinn machen würde. Bezogen auf das Rechtsmittelverfahren wird das Unterliegerprinzip mithin relativiert, indem nicht massgebend ist, welche Partei mit ihren Rechtsmittelanträgen obsiegt hat, sondern welche Partei später mit ihren ursprünglichen Begehren in der Sache obsiegt (BGer 4A_364/2013 vom 5. März 2014, E. 15.4; BGer 5A_517/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 3). Demgemäss waren – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – die klägerischen Anträge im Berufungsverfahren, und insbesondere der Umstand, dass sich lediglich der Eventualberufungsantrag der Klägerin gegen den Beklagten 2 richtete, bei der Verteilung der Prozesskosten des Berufungsverfahrens nicht relevant. Da keine Gründe für eine Billigkeitshaftung bestehen, hätten die Gerichtskosten für das obergerichtliche Verfahren somit nicht auf die Staatskasse genommen werden dürfen. Vielmehr wären sämtliche Prozesskosten nach dem Prozessausgang in der Sache aufzuerlegen gewesen. In der Sache unterlagen die Beklagten vollumfänglich (vgl. Urk. 35 S. 5 ff.). Der Klägerin ist daher für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Im Berufungsverfahren LB160087 wurde dem gegen die Beklagte 1 gerichteten Hauptantrag stattgegeben (Urk. 11A/14). Die Betreibungen gemäss Rechtsbegehren lit. a bis g und lit. i wurden vom Beklagten 2 und die Betreibungen gemäss Rechtsbegehren lit. h, j und k von der Beklagten 1 erhoben (Urk. 2 S. 2 f., Urk. 4/2-12). Als Gläubigervertreter bzw. c/o-Adresse der Beklagten 1 fungierte aber der Beklagte 2 (Urk. 4/9, Urk. 4/11 und Urk. 4/12). Nachdem keine Klageantwort eingereicht wurde, blieb denn auch unbestritten, dass der Beklagte 2 die Betreibungen für die Beklagte 1 einleitete (Urk. 2 S. 3). Der Beklagte 2 war zwar einmal zum Verwalter der Beklagten 1 bestellt worden (Urk. 11A/4/2 S. 3, Urk. 11A/8 S. 2). Er erhob die in Betreuung gesetzten Schadenersatzforderungen namens der Beklagten 1 aber ohne jeden stichhaltigen Grund unter alleiniger Berufung auf Strafnormen wie Art. 146 StGB und Art. 151 StGB (vgl. auch

Urk. 4/16). Daher erscheint der Beklagte 2 als alleiniger und unnötiger Verursacher der negativen Feststellungsklage, auch soweit sie sich gegen die Beklagte 1 richtete. Unnötige Prozesskosten hat zu bezahlen, wer sie verursacht hat (Art. 108 ZPO). Es rechtfertigt sich daher, allein den Beklagten 2 zur Übernahme der Parteikosten des Rechtsmittelverfahrens zu verpflichten.

Der Streitwert des Berufungsverfahrens LB 160087 beträgt Fr. 199'811.– (vgl. Urk. 11A/14 S. 7). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2 und § 13 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV ist die Parteientschädigung für das obergerichtliche Verfahren auf Fr. 4'000.– (inkl. 8 % MwSt.) festzusetzen.

Die Dispositivziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils ist somit aufzuheben und der Beklagte 2 ist zu verpflichten, der Klägerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– (inkl. 8 % MwSt.) zu bezahlen.

4.1 Die Prozesskosten für das zweitinstanzliche Verfahren sind den Parteien nach Obsiegen und Unterliegen aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Grad des Obsiegens beurteilt sich bei Streitigkeiten mit einem Streitwert nach dem Verhältnis zwischen dem im Rechtsbegehren gestellten Antrag und dem schliesslich zugesprochenen Ergebnis (ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N 9 m.w.H.).

4.2 Der Streitwert für das Rechtsmittelverfahren bestimmt sich danach, worüber das Obergericht noch zu entscheiden hat (§ 12 Abs. 2 GebV OG). Die Klägerin verlangte im vorliegenden Verfahren statt der zugesprochenen Parteientschädigung von Fr. 4'000.– (zzgl. MwSt.) eine solche von gesamthaft Fr. 27'860.– (zzgl. MwSt.). Der Beklagte 2, gegen welchen sich die Beschwerde richtet, stellte im Rahmen seiner Beschwerdeantwort keine förmlichen Anträge. Aufgrund seiner Vorbringen, die Antragstellung der Beschwerde sei nichtig; der Verursacher hafte für die Rechtskosten, weshalb er eigentlich gesetzlich berechtigt wäre, Schadenersatz zu verlangen (vgl. Urk. 41 S. 2), ist jedoch davon auszugehen, dass er sinngemäss die Abweisung der Beschwerde verlangt. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beträgt damit Fr. 23'860.–. Zugesprochen wird der Klägerin eine Parteientschädigung von gesamthaft Fr. 14'000.– inkl. MwSt. resp. von Fr. 12'999.– zzgl. 7.7 % MwSt. Sie obsiegt damit zu rund 50 %.

4.3 Die Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren sind in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 12 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 3'400.– festzusetzen. Dem Ausgang des Beschwerdeverfahrens entsprechend, sind sie den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Sie sind mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Der Beklagte 2 ist zu verpflichten, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'700.– zu ersetzen (Art. 111 Abs. 2 ZPO).

4.4 Da die Anteile am Obsiegen ausgeglichen sind, sind für das Beschwerdeverfahren keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden die Dispositivziffern 5 und 7 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 10. Abteilung, vom 6. November 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"5. Der Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für das bezirksgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.– zu bezahlen.

7. Der Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.– zu bezahlen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 3'400.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Sie werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Der Beklagte 2 wird verpflichtet, der Klägerin den geleisteten Vorschuss im Umfang von Fr. 1'700.– zu ersetzen.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. 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.

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. 23'860.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 6. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

MLaw V. Stübi

versandt am:
sf