

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RZ180002-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichterin Dr. D. Scherrer und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler sowie Gerichtsschreiberin MLaw K. Peterhans

## Urteil vom 21. August 2018

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

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. \_\_\_\_\_

gegen

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

Beklagte und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. \_\_\_\_\_

betreffend **Unterhalt (Entschädigungsfolgen)**

**Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 16. November 2017 (FK170011-C)**

### Erwägungen:

1.1. Mit Eingabe vom 13. Juni 2017 liess der Kläger und Beschwerdeführer (fortan Kläger) bei der Vorinstanz eine Klage auf Abänderung des Kinderunterhalts für

den gemeinsamen Sohn der Parteien, C.\_\_\_\_\_ (geb. am tt.mm.2005), rechtshändig machen (Urk. 1). Der Kläger beantragte, den zwischen ihm und C.\_\_\_\_\_ geschlossenen und von der damaligen Vormundschaftsbehörde D.\_\_\_\_\_ am 20. September 2005 (Urk. 3/2) genehmigten Unterhaltsvertrag über einen Unterhaltsbetrag von Fr. 1'250.– mit Wirkung ab dem 1. Juni 2017 angemessen zu reduzieren (Urk. 1). Mit separater Eingabe selbigen Datums (Urk. 4) machte der Kläger überdies ein gleich lautendes Massnahmeverfahren für die Dauer des Unterhaltsprozesses anhängig. Mit Verfügung vom 19. Juni 2017 (Urk. 6) setzte die Vorinstanz dem Kläger Frist an zur Einreichung der Klagebewilligung. Innert Frist reichte der Kläger eine Stellungnahme ins Recht, in welcher er vorbrachte, die Voraussetzungen von Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO zu erfüllen (Urk. 8). Noch vor der definitiven Vorladung zur Hauptverhandlung warf der Vertreter der Beklagten und Beschwerdegegnerin (fortan Beklagte) die Frage auf, weshalb ohne Klagebewilligung vorgeladen werde (Urk. 10). Mit Verfügung vom 30. Juni 2017 wies die Vorinstanz darauf hin, dass die Erteilung der Klage ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren aufgrund der nachgereichten Belege des Klägers einstweilen als begründet erscheine (Urk. 12). In der Folge wurden die Parteien zur Hauptverhandlung auf den 26. Oktober 2017 vorgeladen (Urk. 13). Anlässlich der Hauptverhandlung bezifferte der Kläger seinen Antrag um Abänderung des Kinderunterhalts dahingehend, dass er maximal zu verpflichten sei, einen monatlichen Betrag von Fr. 450.– zu bezahlen (Urk. 26). Die Beklagte stellte einen Antrag auf Nichteintreten bzw. Abweisung der Klage und des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen (Urk. 27 und Prot. S. 16). Mit Verfügung vom 16. November 2017 trat die Vorinstanz sodann auf die Klage (Dispositiv-Ziffer 1) und das Gesuch des Klägers um vorsorgliche Massnahmen nicht ein (Dispositiv-Ziffer 2), setzte die Gerichtskosten auf Fr. 1'800.– fest (Dispositiv-Ziffer 3), auferlegte sie dem Kläger (Dispositiv-Ziffer 4) und verpflichtete diesen zur Zahlung einer Parteientschädigung von Fr. 6'918.90 inklusive Mehrwertsteuer an die Beklagte (Dispositiv-Ziffer 5; Urk. 33 S. 3 f.; Urk. 40 S. 6 f. = Urk. 43 S. 6 f.).

1.2. Dagegen liess der Kläger mit Eingabe vom 22. Februar 2018 fristgerecht eine Beschwerde mit folgenden Anträgen erheben (Urk. 42 S. 2 ):

- "1. Ziffer 5 des Dispositivs der Verfügung des Einzelgerichtes des Bezirksgerichtes Bülach vom 16. November 2017 (FK170011) sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei der Beschwerdegegnerin sei *[sic]* eine Parteientschädigung in der Höhe von maximal Fr. 2'000.00 zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zuzusprechen.
3. Subeventualiter sei die Angelegenheit zur Festsetzung einer angemessenen Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die Verfahrenskosten seien der Staatskasse aufzuerlegen, und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, den Beschwerdeführer für das Berufungsverfahren angemessen ausserrechtlich *[sic]* zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu entschädigen."

1.3. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Mit Verfügung vom 1. März 2018 wurde dem Kläger Frist zur Bezahlung eines Prozesskostenvorschusses über Fr. 1'300.– Frist angesetzt (Urk. 46). Dieser wurde innert Frist geleistet (Urk. 49). Mit einer weiteren Verfügung vom 23. März 2018 wurde sodann der Beklagten Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (Urk. 50). Die Beklagte liess sich innert Frist nicht vernehmen, weshalb das Verfahren ohne die Beschwerdeantwort weiterzuführen ist (Art. 147 ZPO). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Dabei gilt das Rügeprinzip (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 321 N 15), d.h. die Beschwerde führende Partei hat im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln (unrichtige Rechtsanwendung, offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts) der angefochtene Entscheid ihrer Ansicht nach leidet. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

3.1. In seiner Beschwerde rügt der Kläger, die Vorinstanz habe unnötige Prozesshandlungen vorgenommen und ein langes Verfahren geführt, obwohl sie vom Fehlen einer Prozessvoraussetzung ausgegangen sei. Aufgrund der Vorladung zur Hauptverhandlung habe der Kläger nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, die Vorinstanz werde auf die Klage eintreten. Nach Ansicht des Klägers hätte das Gericht den Mangel nach Art. 60 ZPO von Amtes wegen prüfen, fest-

stellen und einen sofortigen Nichteintretensentscheid fällen müssen. Mit der Einleitung eines langen Verfahrens habe die Vorinstanz Prozesskosten verursacht, welche hätten vermieden werden können (Urk. 42 S. 3).

3.2. Der Kläger machte mit selbstständiger Klage die Abänderung des Kinderunterhaltsvertrages für seinen Sohn geltend (Urk. 1). Bei derartigen Klagen kommt nach Art. 295 ZPO das vereinfachte Verfahren zur Anwendung. Dem Entscheidungsverfahren vor Gericht geht ein Schlichtungsverfahren voraus (Art. 197 ZPO). Auf die Durchführung des Schlichtungsverfahrens kann verzichtet werden, sofern ein Elternteil vor der Klage die Kindesschutzbehörde angerufen hat (Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO mit Hinweis auf Art. 298b und Art. 298d ZGB) oder ein anderer Ausschlussgrund nach Art. 198 ZPO vorliegt. Liegt kein Ausschlussgrund vor, ist die Durchführung des Schlichtungsverfahrens und die daraus resultierende Klagebewilligung zwingend. Die Klagebewilligung ist dann eine Prozessvoraussetzung (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 161). Wurde das Schlichtungsverfahren zu Unrecht nicht durchgeführt, hat das Gericht auf die dennoch erhobene Klage nicht einzutreten (BK ZPO-Zingg, Art. 59 N 161 und Art. 60 N 14). Da der Kläger den Nichteintretensentscheid der Vorinstanz zu Recht nicht gerügt hat (Urk. 42 S. 3), erübrigt sich eine detaillierte Auseinandersetzung mit Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO im Hinblick auf den vorliegenden Sachverhalt. Mangels Klagebewilligung fehlte es bereits im Zeitpunkt der Klageeinleitung, mithin am 13. Juni 2017, an einer Prozessvoraussetzung. Dies wäre vom rechtskundig vertretenen Kläger zu erkennen gewesen. Er ist sodann darauf hinzuweisen, dass sein Rechtsvertreter auch aufgrund der Verfügung vom 30. Juni 2017 (Urk. 12), wonach die Vorinstanz die Klageeinleitung ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren aufgrund der nachgereichten Belege der Klägerin lediglich einstweilen als begründet erachtete, zumindest mit der Sichtweise der Vorinstanz und damit einem abweichenden Verständnis von Art. 198 lit. b<sup>bis</sup> ZPO hätte rechnen und aus Gründen der Sorgfaltspflicht ein Schlichtungsverfahren einleiten müssen, um ein mögliches Nichteintreten auf die Klage zu verhindern. Dass die Vorinstanz erst nach durchgeführter Hauptverhandlung mit Verfügung vom 16. November 2017 auf die Klage nicht eintrat, ändert am Fehlen der Prozessvoraussetzung bei Prozesseinleitung nichts.

3.3. Dem Kläger ist grundsätzlich beizupflichten, dass die Prüfung der Prozessvoraussetzungen durch das Gericht aus prozessökonomischen Gründen möglichst frühzeitig vorzunehmen ist, um eine unnötige materielle Beurteilung der Sache zu vermeiden (BSK ZPO-Gehri, Art. 60 N 5). Allerdings haben die Prozessvoraussetzungen grundsätzlich erst im Zeitpunkt der Urteilsfällung vorzuliegen (Zürcher, in Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 60 N 10). Wird das Fehlen einer prozessualen Voraussetzung erst im späteren Verfahrensstadium entdeckt, ändert dies an den gesetzlichen Gegebenheiten nichts, und auf die Klage ist nicht einzutreten (BGE 140 III 355 E. 2.4 S. 366f.). Dies mag im Hinblick auf die Verfahrensbeschleunigung und die Prozessökonomie zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Jedoch ist die Prozessleitung Sache des Gerichts (Art. 124 ZPO), und es ist dem Gericht nicht untersagt, seine Zuständigkeit erst in einem fortgeschrittenen Prozesstadium zu überprüfen (BGE 140 III 355 E. 2.4 S. 366f.; BGer 4A\_291/2015 vom 3. Februar 2016, E. 3.2). Nach dem Gesagten gibt es kein Anrecht der Parteien auf eine frühzeitige Prüfung der Prozessvoraussetzungen durch das Gericht. Entgegen den Ausführungen des Klägers musste die Vorinstanz damit nicht schon zu Verfahrensbeginn einen Nichteintretensentscheid fällen. Insbesondere durfte der Kläger aufgrund der Vorladung zur Hauptverhandlung nicht vom Vorliegen sämtlicher Prozessvoraussetzungen ausgehen. Zusammenfassend durfte die Vorinstanz auch nach der Hauptverhandlung noch einen Nichteintretensentscheid fällen. Bei einem Nichteintreten gilt nach Art. 106 Abs. 1 ZPO die klagende Partei als unterliegend, weshalb ihr die Prozesskosten - dazu gehörte auch die Parteientschädigung - zu auferlegen sind.

4.1. Für den Fall, dass er eine Parteientschädigung bezahlen müsse, beantragt der Kläger eventualiter, er sei zur Leistung einer angemessenen Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zuzüglich gesetzlicher Mehrwertsteuer zu verpflichten. Eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 6'918.90 inklusive Mehrwertsteuer sei demgegenüber nicht nachvollziehbar. Der Kläger bringt diesbezüglich vor, ihm sei die entsprechende Honorarnote des Gegenanwaltes nicht zur Kenntnis gebracht worden. Überdies könne der angefochtenen Verfügung nicht entnommen werden, wie die Höhe der Parteientschädigung ermittelt worden sei. Die fehlende Begründung stelle eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art.

29 BV dar. Die Notwendigkeit einer Rechtsvertretung der Beklagten vor Vorinstanz sei weder substantiiert dargetan noch belegt worden. Gleiches gelte für die Notwendigkeit des getätigten Aufwandes und die geforderten Barauslagen (Urk. 42 S. 4).

4.2 Der Anspruch auf die Grundgebühr gemäss §§ 4 ff. der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV) entsteht mit der Erarbeitung der Klageantwort (§ 11 Abs. 1 AnwGebV), welche von der Beklagten anlässlich der Verhandlung vom 26. Oktober 2017 erstattet wurde (Urk. 27). Der Beizug eines Rechtsvertreters muss gegenüber dem Gericht nur im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege gerechtfertigt werden. Darüber hinaus war der Kläger im vorinstanzlichen Verfahren ebenfalls anwaltlich vertreten, weshalb die Beklagte auch aus Gründen der Waffengleichheit einen Anwalt beiziehen durfte. Die dahingehende Rüge des Klägers ist unbegründet. Der Streitwert ergibt sich aus dem klägerischen Begehren um Abänderung des Unterhaltsbeitrages für seinen Sohn C.\_\_\_\_\_. Der Kläger beantragte eine Herabsetzung des aktuellen monatlichen Unterhalts von Fr. 1'250.– auf Fr. 450.–. Ausgehend von einer bis zum 18. Altersjahr C.\_\_\_\_\_'s andauernden Unterhaltspflicht (Mündigkeit) resultiert ein Streitwert von Fr. 55'200.– (Fr. 1'250.– minus Fr. 450.– = Fr. 800.–; Fr. 800.– x 69 Monate = 55'200.–). Hieraus ergibt sich eine ordentliche Parteientschädigung gemäss Tarif von Fr. 7'450.–. Zum Zeitpunkt der anwaltlichen Aufwendungen betrug der Mehrwertsteuersatz noch 8%, weshalb von diesem Satz auszugehen ist. Die ordentliche Parteientschädigung beträgt demnach inklusive Mehrwertsteuer Fr. 8'046.–. Ist die Verantwortung oder der Zeitaufwand der Vertretung oder die Schwierigkeit des Falls besonders hoch oder tief, *kann* die Gebühr bis zu einem Drittel erhöht oder ermässigt werden (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Bis auf die Hälfte ermässigt werden *können* ordentliche Parteientschädigungen überdies bei Streitigkeiten über wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen (§ 4 Abs. 2 AnwGebV). Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung geht hervor, dass dem Gericht bei der Festsetzung der Parteientschädigung von vornherein ein gewisser Ermessensspielraum zukommt. Vorliegend wurde eine Parteientschädigung von Fr. 6'918.90 *inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen* festgesetzt. Die vorinstanzlich festgesetzte Parteientschädigung liegt damit unter der ordentlichen Parteient-

schädigung gemäss der Anwaltsgebührenverordnung. Eine willkürliche Anwendung des Anwaltstarifs, eine falsche Rechtsanwendung oder eine Ermessensüberschreitung bei der Festsetzung der tarifmässigen Parteientschädigung ist nicht ersichtlich. Die Festsetzung der Parteientschädigung auf Fr. 6'918.90 inklusive Mehrwertsteuer und Auslagen durch die Vorinstanz, welche die Anforderungen des Prozesses aus eigener unmittelbarer Anschauung kennt, ist damit nicht zu korrigieren.

4.3 Entgegen den Vorbringen des Klägers war die Vorinstanz überdies nicht verpflichtet, die im Rahmen des kantonalen Tarifs festgesetzte Parteientschädigung zu begründen (BGE 111 Ia 1 E. 2a; BGer 5D\_178/2012 vom 14. Juni 2013, E. 2.3.3; 4A\_275/2010 vom 11. August 2010, E. 8.2; 1P. 284/2002 vom 9. August 2002, E. 2.4.1). Demgegenüber ist dem Kläger beizupflichten, dass Kostennoten grundsätzlich der Gegenseite zur Kenntnisnahme zuzustellen sind (Urwylter/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 105 N 8). Vorliegend erhielt der Kläger jedoch offenbar vor Ablauf der Rechtsmittelfrist der Beschwerde ans Obergericht Kenntnis der Honorarnote und hatte Gelegenheit und Anlass, die aus seiner Sicht überhöhte Kostennote zu kritisieren und dem Obergericht die Senkung der von der Vorinstanz zugesprochenen Parteientschädigung zu beantragen. In dieser Konstellation liefe die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides im Kostenpunkt und eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz auf einen formalistischen Leerlauf mit unnötigen Verzögerungen hinaus, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1; BGer 1C\_231/2009 vom 7. Mai 2010, E. 7). Unter diesen Umständen ist von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen.

4.4 Das Verfahren wurde zufolge Nichteintretens auf die Klage erledigt, was die klägerische Partei zu verantworten hat. Die vorinstanzliche Parteientschädigung von Fr. 6'918.90 ist dem Kläger aufzuerlegen.

5. Insgesamt bringt der Kläger somit keine Rügen vor, welche die Rechtsanwendung der Vorinstanz als unrichtig oder deren Sachverhaltsfeststellung als of-

fensichtlich unrichtig erscheinen liessen. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

6.1. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens beläuft sich auf Fr. 6'918.90 (Urk. 42 S. 2). Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG in Verbindung mit § 2 Abs. 1 sowie § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 660.– festzusetzen und ausgangsgemäss vollumfänglich dem im Beschwerdeverfahren unterliegenden Kläger aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Voraussetzungen für eine Übernahme der Gerichtskosten durch den Staat sind, entgegen der Auffassung des Klägers, nicht gegeben. Dies würde einen qualifizierten Verfahrensfehler der Vorinstanz voraussetzen (Art. 107 Abs. 2 ZPO), welcher wie aufgezeigt (vgl. E. 3.3) nicht vorliegt.

6.2. Parteientschädigungen sind für das zweitinstanzliche Verfahren keine zuzusprechen: Der Beklagten sind im Beschwerdeverfahren keine entschädigungspflichtige Kosten entstanden (Art. 95 Abs. 3 ZPO), der Kläger hat aufgrund seines Unterliegens keinen Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

**Es wird erkannt:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 660.– festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Für das zweitinstanzliche Verfahren 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. 6'918.90. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 21. August 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

MLaw K. Peterhans

versandt am:  
am