

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PC160022-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter Dr. M. Kriech sowie Gerichtsschreiber Dr. M. Nietlispach

## Beschluss vom 13. Juli 2017

in Sachen

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

Beschwerdeführer

gegen

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

Kläger und Beschwerdegegner

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

betreffend **Abänderung Scheidungsurteil (Entschädigung)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 24. März 2016 (FP120019-G)**

## **Erwägungen:**

### 1. Sachverhalt

1.1. Der Beschwerdegegner als Kläger und seine frühere Ehefrau, C.\_\_\_\_\_, als Beklagte führten seit dem 29. Juni 2012 vor dem Bezirksgericht Meilen einen Prozess betreffend die Abänderung des Scheidungsurteils. Mit Verfügung vom 10. September 2012 wurde C.\_\_\_\_\_ die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person des Beschwerdeführers ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 26). Entgegen der zürcherischen Praxis (vgl. ZR 102/2003 Nr. 37; vgl. auch BK ZPO-BÜHLER, Art. 118 N 76; BGE 141 I 70 E. 6) liess der Beschwerdeführer dieses Mandat aber weitestgehend durch einen Substituten führen, wobei die Vorinstanz allerdings während des ganzen Verfahrens nie intervenierte.

1.2. Mit Urteil vom 24. März 2016 (Urk. 176) beurteilte die Vorinstanz die Abänderungsklage. Die Parteientschädigung regelte sie mit Ziff. 4 des Urteilsdispositivs. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

"Der Kläger [= Beschwerdegegner] wird verpflichtet, der Beklagten [= C.\_\_\_\_\_] eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 10'000.– (inkl. zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu bezahlen. Diese Parteientschädigung hat der Kläger direkt an den unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beklagten, lic. iur. A.\_\_\_\_\_ [= Beschwerdeführer], zu bezahlen."

1.3. Mit Eingabe vom 3. Mai 2016 erhob der Beschwerdeführer gegen die erwähnte Dispositiv-Ziff. 4 des erwähnten Urteils der Vorinstanz vom 24. März 2016 rechtzeitig Beschwerde und stellt die folgenden Anträge:

- "1. Es sei Ziffer 4 Satz 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 24. März 2016, Geschäfts-Nr. FP120019, aufzuheben und der Beschwerdegegner sei zu verurteilen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 32'465.90 zu bezahlen.
2. Dem Beschwerdeführer sei zufolge Uneinbringlichkeit der Parteientschädigung eine Entschädigung in Höhe von CHF 32'465.90 aus der Gerichtskasse auszurichten.
3. Eventualiter sei Ziffer 4 Satz 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 24. März 2016, Geschäfts-Nr. FP120019, aufzuheben und die Sache zur Neufestsetzung der Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer seien dem Beschwerdegegner auf-

zuerlegen. Die dem Beschwerdeführer durch den Beschwerdegegner geschuldete Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren sei zufolge Uneinbringlichkeit aus der Gerichtskasse auszurichten."

1.4. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen (Einzelgericht) vom 24. März 2016 wurde allerdings auch vom Beschwerdegegner angefochten, und zwar mit Berufung. In Gutheissung der Berufung des Beschwerdegegners strich die Berufungsinstanz mit Urteil vom 15. März 2017 (Geschäfts-Nr. LC160033, Urk. 221) den strittigen nahehelichen Unterhalt mit Wirkung ab 1. März 2014. Die Parteientschädigung des erstinstanzlichen Verfahrens wurde entsprechend dem Prozessausgang neu bestimmt. Die betreffende Dispositiv-Ziff. 4 des obergerichtlichen Urteils lautet wie folgt:

"Die Beklagte [= C. \_\_\_\_\_] wird verpflichtet, dem Kläger [= Beschwerdegegner] für das erstinstanzliche Verfahren eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 10'800.00 zu bezahlen."

Das obergerichtliche Urteil vom 15. März 2017 ist in Rechtskraft erwachsen.

## 2. Verlauf des Beschwerdeverfahrens PC160022

2.1. Nach Eingang der Beschwerde wurde dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 21. September 2016 Frist zur Beantwortung der Beschwerde angesetzt (Urk. 179). Die Beschwerdeantwort erstattete der Beschwerdegegner am 28. Oktober 2016 (Urk. 183). Dort verlangte er einerseits die Abweisung der Beschwerde. Andererseits stellte er den Antrag auf Gewährung des Armenrechts. Mit separater Eingabe vom 28. Oktober 2016 begründete der Beschwerdegegner seine Mittellosigkeit und legte Buchhaltungsunterlagen seines Einzelunternehmens offen, wobei er in dieser Hinsicht Schutzmassnahmen gemäss Art. 156 ZPO verlangte (Urk. 180, 181, 182/1-22).

2.2. Mit Verfügung vom 1. November 2016 wurde der Antrag auf Anordnung von Schutzmassnahmen abgewiesen (Urk. 185). Binnen der gesetzten Frist verlangte der Beschwerdegegner die von seinem Gesuch betreffend Schutzmassnahmen betroffenen Akten nicht zurück. Sie sind daher androhungsgemäss für die Gegenpartei geöffnet.

2.3. Nach Zustellung der Beschwerdeantwort an den Beschwerdeführer erstatteten die Parteien die folgenden unverlangten Eingaben (sog. "Repliken"):

- Beschwerdeführer: Eingabe vom 15. November 2016 samt Kostennote in der Beilage (Urk. 186 und 187);
- Beschwerdegegner: Eingabe vom 8. Dezember 2016 (Urk. 189);
- Beschwerdeführer: Eingabe vom 5. Januar 2017 (Urk. 191).

2.4. Mit Verfügung vom 27. Januar 2017 wurde das Beschwerdeverfahren sistiert, und zwar mit der Begründung, dass dieses je nach Ausgang des Berufungsverfahrens LC160033 gegenstandslos werden könnte (Urk. 193).

2.5. Nachdem das im Berufungsverfahren LC160033 ergangene Urteil vom 15. März 2017 rechtskräftig geworden war, wurde das Verfahren mit Verfügung vom 24. Mai 2017 wieder aufgenommen und den Parteien Frist angesetzt, um sich zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens zu äussern. Der Beschwerdeführer tat das mit Eingabe vom 14. Juni 2017 (Urk. 195) und der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 16. Juni 2017 (Urk. 196). Diese Eingaben wurden mit Verfügung vom 26. Juni 2017 je der Gegenpartei zugestellt (Urk. 197). Weitere Stellungnahmen gingen nicht ein.

### 3. Abschreibung des Beschwerdeverfahrens

3.1. Mit der Beschwerde wird die Höhe der von der Vorinstanz der vom Beschwerdeführer vertretenen Partei zugesprochenen Parteientschädigung angefochten: Während die Vorinstanz der Klientin bzw. dem Beschwerdeführer persönlich einen Betrag von Fr. 10'000.00 zugesprochen hat, fordert der Beschwerdeführer mit der Beschwerde eine Parteientschädigung von Fr. 32'465.90 zuzüglich 8% Mehrwertsteuer. Obsiegt die unentgeltlich vertretene Partei, so steht deren Rechtsbeistand aufgrund einer prozessrechtlichen Legalzession gegenüber der Gegenpartei ein direktes Forderungsrecht zu (ZK ZPO-EMMEL, Art. 122 N 12). Der Beschwerdeführer ist daher hinsichtlich der Höhe der Parteientschädigung als beschwerdelegitimiert anzusehen.

3.2. Durch den rechtskräftigen Berufungsentscheid vom 15. März 2017 wurde indessen der Beschwerdegegner davon entbunden, der Gegenpartei hinsichtlich

des erstinstanzlichen Verfahrens eine Parteientschädigung zu leisten. Stattdessen wurde die Klientin des Beschwerdeführers dazu verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zu bezahlen. Damit ist die mit der Beschwerde angefochtene Höhe der Parteientschädigung zugunsten der Klientin des Beschwerdeführers gegenstandslos geworden. Das Beschwerdeverfahren ist daher in diesem Sinne abzuschreiben.

#### 4. Armenrecht

4.1. Mit seiner Beschwerdeantwort verlangte der Beschwerdegegner die Gewährung des Armenrechts. Da, wie zu zeigen sein wird, die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens ohnehin nicht dem Beschwerdegegner aufzuerlegen sind, ist sein Armenrechtsgesuch in dieser Hinsicht gegenstandslos und daher nicht zu beurteilen.

4.2. Zu prüfen ist aber, ob dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen ist. Da der Beschwerdegegner in diesem Verfahren den Entscheid der Vorinstanz verteidigt, kann sein Rechtsstandpunkt nicht als aussichtslos angesehen werden (vgl. Art. 117 lit. b ZPO). Auch erscheint die Bestellung eines Rechtsbeistandes zur Wahrung seiner Rechte notwendig (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO). Zu prüfen ist aber, ob ihm die für die Prozessführung erforderlichen Mittel fehlen (Art. 117 lit. a ZPO). Im Berufungsverfahren LC160033 wurde dem Beschwerdegegner mit dem Beschluss der Kammer vom 28. Juli 2016 das Armenrecht im Wesentlichen mit dem Argument verweigert, dass er die finanziellen Verhältnisse seiner D.\_\_\_\_\_ GmbH nicht offengelegt habe (vgl. Verfahren LC160033, dort Urk. 181, insbesondere S. 8 ff.). Das lässt sich für das Beschwerdeverfahren allerdings nicht sagen: Zusammen mit der Beschwerdeantwort hat der Beschwerdegegner mit separater Eingabe vom 28. Oktober 2016 einschlägige Unterlagen vorgelegt und auch seine finanzielle Situation erörtert (Urk. 180 und Urk. 182/1-22). Bei Durchsicht dieser Unterlagen erscheint die Prozessarmut des Beschwerdegegners als glaubhaft. Dem Beschwerdegegner ist daher für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. i-ur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

## 5. Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Ist ein Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben, so sind die Prozesskosten nach Ermessen zu verteilen, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Wie im Einzelnen zu entscheiden ist, hängt allerdings vom Einzelfall ab. So kann von Belang sein, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre, bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Prozesses geführt haben, und welche Partei unnötigerweise Kosten verursacht hat. Soweit die Prozessaussichten eine Rolle spielen, sind diese nicht im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen. Vielmehr soll es bei einer knappen, summarischen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll jedenfalls kein materielles Urteil gefällt werden (BGE 142 V 551 E. 8.2).

5.2. Im vorliegenden Fall ist die Sache deshalb gegenstandslos geworden, weil die Berufungsinstanz bezüglich des erstinstanzlichen Verfahrens – anders als noch die Vorinstanz – die Klientin des Beschwerdeführers und nicht mehr den Beschwerdegegner zu einer Parteientschädigung verpflichtet hat. Die Möglichkeit, dass eine Rechtsmittelinstanz anders entscheidet als die Vorinstanz, ist Prozessrisiko, das eine Prozesspartei in der Regel alleine zu tragen hat. Das gilt auch für den Beschwerdeführer, der sich dazu entschlossen hat, das vorinstanzliche Urteil in eigenem Namen anzugreifen. Dadurch, dass die Berufungsinstanz in dem hier interessierenden Punkte im Grundsatz gegenteilig entschieden hat als noch die Vorinstanz, hat sich das Prozessrisiko bezüglich des vorliegenden Beschwerdeverfahrens beim Beschwerdeführer realisiert. Er ist daher für das vorliegende Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig.

5.3. Der Beschwerdeführer ist allerdings der Auffassung, dass ihm bezüglich des Beschwerdeverfahrens weder Kosten noch Parteientschädigungen auferlegt werden dürften. Was er vorträgt, schlägt indessen nicht durch:

5.3.1. Der Beschwerdeführer anerkennt zwar, dass die Gegenstandslosigkeit "durch den materiellen Berufungsentscheid des Obergerichts im Verfahren

LC160033" bedingt sei. Er meint aber, dass ihn das nicht treffen könne, weil die Berufung, von der er erst nach Beschwerdeerhebung erfahren habe, von der Gegenpartei angestrengt worden sei. Das Prozessrisiko der von ihm im Verfahren LC160033 vertretenen Berufungsbeklagten habe er nicht persönlich zu tragen (Urk. 195 S. 1). Mit dieser Argumentation übersieht der Beschwerdeführer, dass er die vorliegende Beschwerde bewusst in eigenem Namen erhoben hat. Wer in eigenem Namen prozessiert, läuft indessen stets ein Prozessrisiko.

5.3.2. Der Beschwerdeführer verweist sodann auch auf den mutmasslichen Prozessausgang und meint, dass die Beschwerde "prima facie gutzuheissen gewesen" wäre, wenn sie nicht gegenstandslos geworden wäre (Urk. 195 S. 2). Ob dies zutrifft, kann offenbleiben, da der mutmassliche Prozessausgang ohnehin nur eines von mehreren denkbaren Kriterien für die ermessensweise Verteilung der Nebenfolgen gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO darstellt, das keineswegs zwingend geprüft und mitberücksichtigt werden muss. Vielmehr kann es sich – wie vorliegend – rechtfertigen, die Kosten unabhängig vom mutmasslichen Prozessausgang nach anderen Kriterien zu verlegen, insbesondere nach Massgabe des allgemeinen Prozessrisikos oder der Veranlassung des gegenstandslos gewordenen Verfahrens. Im Übrigen kann keine Rede davon sein, dass die Beschwerde unter den vom Beschwerdeführer angeführten Kautelen "prima facie gutzuheissen gewesen" wäre. So hat die Berufungsinstanz für das erstinstanzliche Verfahren keineswegs einen (reduzierten) Entschädigungsbetrag in der vom Beschwerdeführer geforderten Höhe (Fr. 32'465.90 zuzüglich Mehrwertsteuer), sondern lediglich einen solchen von rund Fr. 15'330.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) errechnet (vgl. Geschäfts-Nr. LC160033 Urk. 221 S. 25). Im Übrigen sei angemerkt, dass das zuständige Sachgericht, nämlich die Berufungsinstanz, schliesslich ohnehin der vom Beschwerdeführer vertretenen Partei keine Parteientschädigung zugesprochen hat, sondern sie im Gegenteil zur Leistung einer Parteientschädigung verpflichtet hat.

5.3.3. Schliesslich meint der Beschwerdeführer, es müsse "eventualiter" berücksichtigt werden, dass die Eingaben des Beschwerdegegners "nicht nur weit-schweifig, sondern auch repetitiv und teilweise unsachlich" ausgefallen seien

(Urk. 195 S. 2). Er übersieht aber, dass unerbetene sog. "Replikeingaben" der Parteien bei der Bemessung der Parteientschädigung ohnehin nicht in Anschlag gebracht werden.

5.4. Es bleibt mithin dabei, dass der Beschwerdeführer für das vorliegende Beschwerdeverfahren kosten- und entschädigungspflichtig wird. Da der Beschwerdeführer mit der Beschwerde darauf abzielte, eine Parteientschädigung von Fr. 32'465.90 zu erwirken, und zwar anstelle der von der Vorinstanz zugesprochenen Parteientschädigung von Fr. 10'000.00, ist von einem Streitwert von Fr. 22'465.00 auszugehen. Unter Berücksichtigung der Mehrwertsteuer ist die Parteientschädigung für das Beschwerdeverfahren auf Fr. 3'000.00 festzusetzen.

#### **Das Gericht beschliesst:**

1. Das Beschwerdeverfahren PC160022 wird als gegenstandslos abgeschlossen.
2. Dem Beschwerdegegner wird für das Beschwerdeverfahren PC160022 in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Im Übrigen ist das Gesuch des Beschwerdegegners um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege im Beschwerdeverfahren PC160022 gegenstandslos.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.00.
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden dem Beschwerdeführer auferlegt.
5. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, dem Beschwerdegegner für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.00 zu bezahlen, zahlbar an dessen unentgeltlichen Rechtsbeistand, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_.
6. 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.

7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. 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. 22'465.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 13. Juli 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
cm