

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: RE180002-O/U

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

## **Beschluss und Urteil vom 19. April 2018**

in Sachen

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

Klägerin und Beschwerdeführerin

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

gegen

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

Beklagter und Beschwerdegegner

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

betreffend **Eheschutz (Parteientschädigung)**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 (EE170109-C)**

## **Erwägungen:**

### 1. Prozessverlauf

1.1. Mit Eingabe vom 7. August 2017 machte die Klägerin und Beschwerdeführerin (im Folgenden Klägerin) beim Einzelgericht im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach (Vorinstanz) gegen den Beklagten und Beschwerdegegner (fortan Beklagter) ein Eheschutzbegehren anhängig (Urk. 1). Für das damit eingeleitete Verfahren ersuchten beide Parteien um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags bzw. -vorschusses zu Lasten der Gegenpartei, eventualiter um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (Urk. 1 S. 2; Urk. 9; Prot. I S. 3 i.V.m. Urk. 12 S. 2 und Urk. 14 S. 1). Nach durchgeführter Hauptverhandlung (vgl. Prot. I S. 2 ff.) erging am 23. Oktober 2017 das zunächst ohne Begründung eröffnete (Urk. 16) und der Klägerin auf entsprechendes Begehren (Urk. 18) am 20. Februar 2018 in begründeter Fassung zugestellte vorinstanzliche Urteil (Urk. 20 = Urk. 24; Urk. 21). Damit wurde den Parteien das Getrenntleben bewilligt, die eheliche Wohnung in C.\_\_\_\_\_ der Klägerin zur alleinigen Benützung zugewiesen, der Beklagte zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen an die Klägerin verpflichtet und deren Antrag auf Anordnung eines Kontakt- und Rayonverbots abgewiesen (Urk. 24 S. 26 ff. Disp.-Ziff. 1-5). Die Gerichtskosten wurden auf Fr. 3'300.– festgesetzt und dem Beklagten auferlegt (Urk. 24 S. 29 Disp.-Ziff. 6 und 8). Zudem wurde der Beklagte verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'620.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen (Urk. 24 S. 29 Disp.-Ziff. 7). Mit Verfügung desselben Datums verweigerte die Vorinstanz der Klägerin die unentgeltliche Rechtsvertretung (Urk. 24 S. 25 Disp.-Ziff. 4) und wies auch das Gesuch des Beklagten um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich unentgeltlicher Rechtsverteidigung ab (Urk. 24 S. 25 Disp.-Ziff. 5).

1.2. Gegen Dispositiv-Ziffer 4 der vorinstanzlichen Verfügung (betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung) erhob die Klägerin mit Eingabe vom 1. März 2018 Beschwerde, welche hierorts unter der Verfahrens-Nr. RE180003-O geführt wird. Mit derselben Eingabe erklärte die Klägerin gegen Dis-

positiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils (betreffend Parteientschädigung) zu dem "Berufung" mit folgenden Anträgen (Urk. 23 S. 2):

- "1. ...
2. Ziff. 7 des angefochtenen Urteils sei aufzuheben und es sei der Berufungsklägerin eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen, nämlich in der Höhe von CHF 4'200.– (inklusive Mehrwertsteuer).
3. Der ... Berufungsklägerin sei für das vorliegende ... Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen.  
  
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten des Berufungsbeklagten ...".

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (Urk. 1-22). Die "Berufung" wurde als Beschwerde entgegengenommen (vgl. nachstehende E. 2.1) und wegen der unterschiedlichen Gegenparteien im Beschwerdeverfahren unter der vorliegenden Geschäftsnummer RE180002 als separates Verfahren angelegt. Der Beklagte reichte innert der ihm mit Verfügung vom 15. März 2018 angesetzten Frist keine Beschwerdeantwort ein (vgl. Urk. 29). Weitere prozessuale Anordnungen oder Eingaben sind nicht erfolgt. Auf die Einholung einer vorinstanzlichen Stellungnahme kann verzichtet werden (vgl. Art. 324 ZPO).

1.3. Neben der Klägerin reichte auch der Beklagte Beschwerde gegen die vorinstanzliche Verfügung (Dispositiv-Ziffer 5) ein, welche mit Entscheid vom 4. April 2018 erledigt wurde (Geschäfts-Nr. RE180004-O Urk. 28). In der Sache selbst und auch mit Bezug auf die Kostenfolgen blieb der Eheschutzentscheid unangefochten.

## 2. Prozessuales

2.1. Mit ihrer "Berufung" ficht die Klägerin einzig Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils an (Urk. 23 S. 2 [Antrag 2] und S. 6 f.). Gegenstand der "Berufung" bildet somit einzig die Höhe der zugesprochenen Parteientschädigung. Der Entscheid betreffend Parteientschädigung stellt jedoch einen Kostenentscheid dar, der selbstständig nur mit Beschwerde anfechtbar ist (Art. 110 ZPO). Die "Berufung" ist deshalb als Beschwerde entgegenzunehmen (vgl. bereits

Urk. 29). Sie wurde form- und fristgerecht erhoben (Art. 321 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 271 lit. a und Art. 142 f. ZPO; Urk. 21). Als Gläubigerin der zugesprochenen Parteientschädigung ist die Klägerin zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Unter dem Vorbehalt rechtsgenügender Begründung (dazu nachstehende E. 2.2) ist auf die Beschwerde einzutreten. Der Beschwerdeentscheid kann aufgrund der Akten ergehen (Art. 327 Abs. 2 ZPO).

2.2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Hierfür hat sich die beschwerdeführende Partei (im Sinne einer Eintretensvoraussetzung) konkret mit den Erwägungen der Vorinstanz auseinanderzusetzen und hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft zu betrachten ist, d.h. an einem der genannten Mängel leidet (Art. 321 Abs. 1 ZPO und dazu BGer 5A\_247/2013 vom 15. Oktober 2013, E. 3; BGer 5D\_65/2014 vom 9. September 2014, E. 5.4.1; BGer 5A\_488/2015 vom 21. August 2015, E. 3.2, je m.Hinw. auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Was nicht in einer den gesetzlichen Begründungsanforderungen genügenden Weise beanstandet wird, braucht von der Rechtsmittelinstanz nicht überprüft zu werden, es sei denn, ein Mangel springe geradezu ins Auge.

Die freie Kognition der Beschwerdeinstanz in Rechtsfragen gilt grundsätzlich auch in Fällen, in denen die als verletzt gerügte Rechtsnorm dem Gericht ein (Rechtsfolge-)Ermessen einräumt, wie dies insbesondere für die Vorschriften betreffend Festsetzung der Parteientschädigung (§§ 2 ff. AnwGebV) zutrifft. Die Beschwerdeinstanz hat deshalb auch eine Angemessenheitskontrolle vorzunehmen (Reich und Mathys, Stämpfli's Handkommentar, ZPO 320 N 2 i.V.m. ZPO 310 N 16 f.; Gehri, OFK-ZPO, ZPO 320 N 1 i.V.m. ZPO 310 N 3; Jeandin, in: Bohnet et al. [Hrsg.], Code de procédure civile commenté, 2011, Art. 320 N 2 i.V.m. Art. 310 N 5; Stauber, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel, Berufung und Beschwerde, 2013, Art. 320 N 3 i.V.m. Art. 310 N 10 m.w.Hinw.; a.M. BK ZPO I-Sterchi, Art. 110 N 6a i.V.m. N 5a und BK ZPO II-Sterchi, Art. 320 N 3 i.V.m. Art. 310 N 8 f.). Nach der vom Bundesgericht gebilligten zürcherischen Praxis (vgl. BGer 5A\_265/2012 vom 30. Mai 2012, E. 4.3.2;

BGer 4A\_96/2015 vom 1. Juni 2015, E. 4.2; aber auch BGer 5A\_198/2012 vom 24. August 2012, E. 4; BGer 4A\_699/2014 vom 7. April 2015, E. 3.3) greift die Beschwerdeinstanz allerdings nur mit einer gewissen Zurückhaltung in einen wohl überlegten und vertretbaren Ermessensentscheid der ersten Instanz ein (vgl. statt vieler ZR 111 [2012] Nr. 53 E. 3; *OGer ZH PC150008 vom 24.04.2015, E. 2.c*; *OGer ZH PC160052 vom 23.02.2017, E. 2/2.1* m.w.Hinw.; ferner auch Blickensdorfer, DIKE-Komm-ZPO, Art. 320 N 4 i.V.m. Art. 310 N 5; Gasser/Rickli, ZPO Kurzkomentar, Art. 320 N 1 i.V.m. Art. 310 N 3).

2.3. Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel (zum Nachweis des gerügten Mangels) sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). Es herrscht – auch für Verfahren, die der Untersuchungsmaxime unterstehen (vgl. Art. 272 ZPO) – grundsätzlich ein umfassendes Novenverbot sowohl für echte als auch unechte Noven (BGer 5A\_872/2012 vom 22. Februar 2013, E. 3; BGer 5A\_405/2011 vom 27. September 2011, E. 4.5.3 m.w.Hinw.; ZK ZPO-Freiburghaus/Afheldt, Art. 326 N 4; vgl. immerhin auch BGE 139 III 466 E. 3.4 S. 471 und BGer 4A\_51/2015 vom 20. April 2015, E. 4.5.1).

### 3. Materielle Beurteilung

3.1. Die Vorinstanz auferlegte die Gerichtskosten vollumfänglich dem Beklagten (Urk. 24 S. 22 E. VII.1-2) und verpflichtete diesen ausgangsgemäss, der Klägerin eine nach den Vorschriften der AnwGebV zu bemessende Parteientschädigung zu bezahlen. Diese umfasse – so die Vorinstanz – hauptsächlich die Kosten der anwaltlichen Vertretung und betrage gemäss § 5 Abs. 1 AnwGebV in nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten je nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des anwaltlichen Vertreters und je nach der Schwierigkeit des Falls in der Regel Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.–. Aufgrund der einfachen Verhältnisse habe der vorliegende Fall für die anwaltliche Vertretung der Klägerin keine (unüblichen) Schwierigkeiten geboten. Zudem sei der Zeitaufwand für die Verfassung des relativ kurzen Eheschutzbegehrens, die Vorbereitung des Plädoyers und die Teilnahme an der Hauptverhandlung als gering einzuschätzen. Ent-

sprechend sei die Parteientschädigung auf Fr. 4'860.– (inkl. 8% Mehrwertsteuer) festzusetzen und in Anwendung von § 6 Abs. 3 AnwGebV auf Fr. 1'620.– zu reduzieren (Urk. 24 S. 22 f. E. VII.4).

3.2. Die Klägerin macht geltend, die ihr zugesprochene Parteientschädigung entspreche ohne Mehrwertsteuerzuschlag einem Anwaltshonorar von Fr. 1'500.– und, bei einem implizit zugrunde gelegten Stundenansatz von Fr. 220.–, einem Aufwand von 6,8 Stunden. Im vorliegenden Fall habe nur schon die Eheschutzverhandlung vom 5. Oktober 2017 (inklusive Weg) 4,33 Stunden gedauert. Für die beiden Rechtsschriften (Eheschutzbegehren vom 7. August 2017 und Plädoyernotizen für die Hauptverhandlung) könne so nur je eine Stunde veranschlagt werden. "Diese Annahme" sei willkürlich, nachdem die Eheschutzeingabe 6 Seiten mit zahlreichen Unterlagen umfasst habe, bis zur Verhandlung zwei Instruktionssitzungen nötig gewesen und Plädoyernotizen zu erstellen gewesen seien. Die Vorinstanz habe eine Parteientschädigung festgelegt, die vor dem Hintergrund der konkreten Umstände eine Ermessensüberschreitung darstelle. Hinzu komme, dass es sich voliegend keineswegs um einen Fall handle, der keine unüblichen Schwierigkeiten geboten habe. Nebst der doch sehr umstrittenen Frage des Unterhalts seien auch Gewalt und Persönlichkeitsverletzungen durch "Stalking" Thema des Verfahrens gewesen. Allein der Frage des Kontakt- und Rayonverbots habe die Vorinstanz mehrere Seiten gewidmet. Als Indiz für den zu erwartenden Aufwand habe die klägerische Rechtsvertreterin einen Prozesskostenbeitrag von Fr. 4'000.– beantragt. Dabei sei noch nicht berücksichtigt worden, dass das vorinstanzliche Urteil unbegründet ergangen sei und die Rechtsvertreterin Zusatzaufwand habe betreiben müssen, um das begründete Urteil zu erhalten. Das habe unter anderem die Mitwirkung der Klägerin und damit eine weitere Instruktionssitzung erfordert. Die klägerische Rechtsvertreterin habe einen Aufwand von insgesamt 17 Stunden plus Spesen gehabt. Zuzüglich der Mehrwertsteuer sei deshalb eine "Prozessentschädigung" von Fr. 4'200.– zuzusprechen (Urk. 23 S. 6 f.). Als Beleg für den geltend gemachten Aufwand reicht die Klägerin die Honorarkartei ihrer Rechtsvertreterin für das erstinstanzliche Verfahren ein (Urk. 27/5).

3.3. Soweit die Klägerin zur Begründung ihrer Kritik an der Höhe der Parteientschädigung vorträgt, der Zeitaufwand ihrer Rechtsvertreterin für das erstinstanzliche Verfahren habe 17 Stunden betragen und es seien insgesamt drei Instruktionssitzungen notwendig gewesen, handelt es sich um unzulässige neue Vorbringen. Ebenso stellt die erstmals im Beschwerdeverfahren eingereichte Honorarkartei (Urk. 27/5) ein neues und als solches unbeachtliches Beweismittel für den angefallenen Aufwand dar. Die Klägerin hätte den Aufwand ihrer Rechtsvertreterin bereits vor Vorinstanz darlegen können (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Ihre neuen Vorbringen und Beweismittel sind zum Nachweis eines Beschwerdegrundes (Art. 320 ZPO) von vornherein unbehelflich (Art. 326 Abs. 1 ZPO und vorne, E. 2.3).

3.4. Gegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet (einzig) die Höhe der Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO (und nicht die davon zu unterscheidende Entschädigung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands). Es geht somit um die Entschädigungsfolge als Nebenpunkt der Zivilrechtsstreitigkeit zwischen den Hauptparteien des vorinstanzlichen Verfahrens. Diese richtet sich ausschliesslich nach den Vorschriften der Verordnung über die Anwaltsgebühren (Art. 96 ZPO i.V.m. § 1 Abs. 1 AnwGebV). Die gesetzlichen Bestimmungen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands finden hingegen keine Anwendung. Insbesondere müssen die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze zur Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistands nicht beachtet werden (vgl. *OGer ZH RE160018 vom 15.05.2017, E. III.1*). Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO gewährt (im Unterschied zu Art. 29 Abs. 3 BV bzw. Art. 122 ZPO) keine Minimalentschädigung (BGer 5A\_391/2017 vom 13. Februar 2018, E. 3.6; BGer 4A\_367/2011 vom 27. September 2011, E. 3.2, je m.w.Hinw.). Deshalb zielt das Argument, wonach die zugesprochene Parteientschädigung von Fr. 1'500.– (exkl. Mehrwertsteuer) einem Aufwand von lediglich 6,8 Anwaltsstunden entspreche und den effektiven Aufwand der Klägerin für die anwaltliche Vertretung nur schon angesichts der Dauer der erstinstanzlichen Hauptverhandlung von über 4 Stunden völlig unzureichend abgelte (vgl. Urk. 23 S. 7), ins Leere. Mit diesem Einwand wird sinngemäss die Zusprechung einer Parteientschädigung verlangt, die dem effektiv angefallenen, vor Vorinstanz

allerdings nicht näher substantiierten Aufwand (vgl. Art. 105 Abs. 2 Satz 2 ZPO) angemessen ist. Darauf besteht jedoch kein Anspruch.

3.5. Indem die Klägerin vor Vorinstanz auf die Einreichung einer Kostennotiz verzichtete (vgl. vorne, E. 3.3), stellte sie die Höhe der Entschädigung dem Ermessen anheim, das die §§ 2 ff. AnwGebV dem Gericht einräumen (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 105 N 2; ZK ZPO-Jenny, Art. 105 N 7; s.a. BGE 140 III 444 E. 3.2.2 S. 448), unter Berücksichtigung des aus den Akten ersichtlichen und erfahrungsgemäss anfallenden Aufwands (Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 105 N 6). Es bleibt mithin zu prüfen, ob die zugesprochene Parteientschädigung auf der Grundlage des vorinstanzlichen Aktenstands den Bemessungsgrundsätzen von §§ 2 ff. AnwGebV entspricht, d.h. ob die Vorinstanz das weite richterliche Ermessen für die konkrete Bemessung der Parteientschädigung fehlerfrei ausgeübt hat.

3.5.1. Gemäss den einschlägigen Vorschriften der AnwGebV ist die Grundgebühr in Scheidungsverfahren nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand der Anwältin oder des Anwalts sowie nach der Schwierigkeit des Falls festzusetzen, wobei sie in der Regel Fr. 1'400.– bis Fr. 16'000.– beträgt. Die vorprozessualen Bemühungen werden dabei angemessen berücksichtigt (§ 6 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 5 Abs. 1 AnwGebV). In Eheschutzsachen kann diese Gebühr in der Regel auf einen Drittel bis zwei Drittel reduziert werden (§ 6 Abs. 3 AnwGebV). Dies ergibt einen Rahmen von Fr. 467.– bis Fr. 10'667.–. Dazu kommen allfällige Pauschalzuschläge. Der Anspruch auf die Gebühr entsteht mit der Erarbeitung der Begründung der Klage, und die Gebühr deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 AnwGebV).

3.5.2. Die der Klägerin zugesprochene Parteientschädigung beträgt rund einen Siebtel des für den Regelfall vorgesehenen Höchsttarifs. Die Vorinstanz setzte die Parteientschädigung somit im untersten Bereich des Tarifrahmens an. Im Lichte der konkreten Umstände erscheint dies im Ergebnis als unangemessen tief.



Es trifft zwar zu, dass sich die tatsächlichen Verhältnisse relativ einfach präsentierte und der Fall deshalb weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht unübliche Schwierigkeiten bot. Es handelt sich um einen Standardfall, wie er in der Gerichtspraxis sehr häufig vorkommt. Zudem waren keine Kinderbelange zu regeln. Allein der Umstand, dass die angesichts der überschaubaren und weitgehend klaren Verhältnisse als wenig kompliziert erscheinende Unterhaltsfrage zwischen den Parteien "sehr umstritten" war, vermag entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 23 S. 7) nichts am bescheidenen Schwierigkeitsgrad zu ändern. Dasselbe gilt für das Argument, auch Gewalt und Persönlichkeitsverletzungen durch "Stalking" seien Thema des Verfahrens gewesen und die Frage des Kontakt- und Rayonverbots habe die Vorinstanz über mehrere Seiten beschäftigt. Weder der Umfang von gut eineinhalb Seiten noch der Inhalt der Erwägungen, welche die Vorinstanz diesem Thema widmete, weisen auf namhafte Schwierigkeiten bei der Beurteilung des Begehrens hin. Dieser Streitpunkt führte allerdings zu einer leicht erhöhten Verantwortung der klägerischen Rechtsvertreterin.

Als vergleichsweise gering ist auch deren notwendiger Zeitaufwand für die Mandatsführung zu werten. Diese Einschätzung wird durch die Höhe des von der Klägerin beantragten Prozesskostenbeitrags von Fr. 4'000.– nicht in Frage gestellt (vgl. Urk. 23 S. 7). Ein solcher umfasst regelmässig nicht nur die Partei-, sondern darüber hinaus auch allfällige vom Ansprecher zu tragende Gerichtskosten. Er zielt zudem auf den zu erwartenden mutmasslichen Aufwand ab, der keineswegs mit dem notwendigen Aufwand übereinstimmen muss, welcher am Ende tatsächlich angefallen ist. Nur letzterer ist im Zusammenhang mit der Festsetzung der Parteientschädigung aber relevant. Der beantragte Prozesskostenbeitrag kann deshalb nicht als verlässliches Indiz für einen erheblichen anwaltlichen Aufwand dienen. Immerhin hatte die Rechtsanwältin im Rahmen der Instruktion (§ 6 Abs. 2 AnwGebV) mit ihrer Klientin die notwendigen Unterlagen zusammenzustellen (Urk. 3/2-8 und Urk. 13/1-6), ein – wenn auch nicht sehr umfangreiches – Ehe-schutzbegehren zu verfassen (Urk. 1), das Plädoyer für die Hauptverhandlung vorzubereiten (Urk. 12) und an der (ohne Wegzeit) insgesamt knapp drei Stunden dauernden Verhandlung teilzunehmen (vgl. Prot. I S. 2-9). All diese Aufwendungen sind durch die Gebühr abgedeckt und im Rahmen des Kriteriums des not-

wendigen Zeitaufwands mitzuberücksichtigen (§ 11 AnwGebV). Zusätzliche zuschlagspflichtige Leistungen sind nicht aktenkundig; das Begehren um schriftliche Urteilsbegründung (Urk. 18) stellt selbstredend keine "weitere notwendige Rechtschrift" im Sinne von § 11 Abs. 2 AnwGebV dar.

Unter Berücksichtigung der massgeblichen Umstände (Verantwortung der Anwältin, Schwierigkeit des Falls, notwendiger Zeitaufwand, Ermässigung aufgrund der Natur des Verfahrens [Eheschutz]) erscheint eine Gebühr in der Gröszenordnung von Fr. 2'500.– als angemessen. Damit liegt die Gebühr immer noch unter einem Viertel des für den Regelfall vorgesehenen Maximalbetrags für ein Eheschutzverfahren, was den einfachen tatsächlichen Verhältnissen Rechnung trägt. Sie steht mit Bezug auf den Aufwand und das Verhältnis zum tarifarischen Maximum aber in einer sachgerechteren Relation zu der von der Vorinstanz nach ähnlichen Kriterien festgesetzten Gerichtsgebühr für das erstinstanzliche Verfahren (vgl. §§ 5 und 6 GebV OG). Indem die Vorinstanz die Parteientschädigung auf lediglich Fr. 1'500.– (exkl. Mehrwertsteuer) festsetzte, hat sie die Vorschriften der AnwGebV selbst bei zurückhaltender Überprüfung der Ermessensausübung unrichtig angewandt (Art. 320 lit. a ZPO und vorne, E. 2.2). Die Beschwerde ist begründet und Dispositiv-Ziffer 7 des vorinstanzlichen Urteils aufzuheben.

#### 4. Neuer Sachentscheid

Die Sache ist spruchreif, weshalb von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen und ein neuer Sachentscheid zu fällen ist (Art. 327 Abs. 3 lit. b ZPO). Nach dem Gesagten ist die Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren auf insgesamt Fr. 2'600.– (einschliesslich der vor Vorinstanz nicht substantiierten Auslagen; § 22 AnwGebV) zuzüglich 8% Mehrwertsteuer (vgl. Art. 115 Abs. 1 i.V.m. Art. 112 Abs. 2 MWSTG), d.h. auf insgesamt Fr. 2'808.– festzusetzen. Im darüber hinausgehenden Umfang ist die Beschwerde abzuweisen.

## 5. Unentgeltliche Rechtspflege im Beschwerdeverfahren

5.1. Die Klägerin ersucht auch für das vorliegende Beschwerdeverfahren um unentgeltliche Rechtspflege und um unentgeltliche Rechtsbeiständung (Urk. 23 S. 2 Antrag 3 und S. 8; s.a. Art. 119 Abs. 5 ZPO). Der Beklagte hat keinen entsprechenden Antrag gestellt.

5.2. Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 ZPO hat eine Partei Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Neben der Befreiung von den Gerichtskosten (Art. 118 Abs. 1 lit. b ZPO) gewährt die unentgeltliche Rechtspflege auch einen Anspruch auf Bestellung einer unentgeltlichen Rechtsbeiständin oder eines unentgeltlichen Rechtsbeistands, wenn dies zur Wahrung der Rechte der gesuchstellenden Partei notwendig ist, insbesondere wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist (Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO).

5.3. Prozessuale Bedürftigkeit im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV und Art. 117 lit. a ZPO liegt vor, wenn der Gesuchsteller finanziell nicht in der Lage ist, zusätzlich zu seinem Lebensunterhalt Prozesskosten aus seinem Vermögen oder seinem Einkommen zu bestreiten. Das trifft bei der seit Dezember 2017 arbeitslosen (vgl. Urk. 12 S. 3 und Urk. 13/3) Klägerin zu. So erscheint glaubhaft, dass sie über kein Vermögen verfügt, das sie zur Bestreitung von Prozesskosten einsetzen könnte (vgl. Urk. 3/5; Urk. 3/8; Urk. 13/6; Urk. 27/8). Auch aus ihrem Einkommen kann sie keine Prozesskosten bezahlen. Damit vermag sie nicht einmal ihren eigenen Bedarf zu decken (vgl. Urk. 24 S. 8 ff.), sondern ist auf Unterhaltsbeiträge vom Beklagten angewiesen, welche nach dem (unangefochten gebliebenen) vorinstanzlichen Urteil jedoch keinen Überschussanteil enthalten (vgl. Urk. 24 S. 19 E. V.6.2, ferner auch Urk. 27/6). Seit August 2017 erhält sie von der Sozialberatung C.\_\_\_\_\_ finanzielle Unterstützung zur Deckung ihres sozialen Existenzminimums (Urk. 27/7). Aufgrund der Akten steht sodann fest, dass der vermögenslose Beklagte (vgl. Urk. 3/5; Urk. 10/2; Urk. 15/5) finanziell ausser Stande ist, der Klägerin einen Prozesskostenbeitrag zu leisten; umso weniger, als der bei ihm ab März 2018 errechnete Einkommensüberschuss nach seiner Rückkehr nach Ser-

bien im Januar 2018 (vgl. Urk. 27/4 sowie Geschäfts-Nr. RE180004 Urk. 23 S. 4 Ziff. 4 und ebd. Urk. 26/2) ohnehin unrealistisch erscheint. Dass die Klägerin ihr Gesuch um Zusprechung eines Prozesskostenbeitrags im und für das Beschwerdeverfahren nicht erneuert hat, schadet ihr unter diesen Umständen ausnahmsweise nicht (vgl. dazu BGer 5A\_49/2017 vom 18. Juli 2017, E. 3). Sie ist somit als mittellos im Sinne von Art. 29 Abs. 3 BV bzw. Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten. Der von ihr gestellte Rechtsmittelantrag war zudem keineswegs aussichtslos (Art. 117 lit. b ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV), und die rechtsunkundige Klägerin war für die sachgerechte Wahrung ihrer Rechte im vorliegenden Beschwerdeverfahren (betreffend Parteientschädigung) auf anwaltlichen Beistand angewiesen (Art. 118 Abs. 1 lit. c ZPO bzw. Art. 29 Abs. 3 BV). Der Klägerin ist daher für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person ihrer Rechtsvertreterin, Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_, eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Zugleich ist die Klägerin auf die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO hinzuweisen.

## 6. Kosten- und Entschädigungsfolgen

6.1. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt rund Fr. 2'400.– (Differenz zwischen der vorinstanzlich zugesprochenen und der beschwerdeweise beantragten Parteientschädigung, je exkl. Mehrwertsteuer). Darauf basierend ist die zweitinstanzliche Entscheidgebühr in Anwendung von § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 1 und 2, § 8 Abs. 1 sowie § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 400.– festzusetzen.

6.2. Die Klägerin obsiegt und unterliegt mit ihrem Beschwerdeantrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung von Fr. 4'200.– betragsmässig rund zur Hälfte. Dementsprechend sind die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 106 Abs. 2 ZPO). Der Kostenanteil der Klägerin ist zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, unter Vorbehalt der Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO. An der hälftigen Kostenpflicht des Beklagten ändert nichts, dass dieser die Beschwerde nicht beantwortet und im Beschwerdeverfahren keine Anträge gestellt hat. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bemisst sich

das Obsiegen und Unterliegen einzig an den Rechtsbegehren der beschwerdeführenden Partei, und die Gegenpartei kann sich nicht durch Verzicht auf eine Vernehmlassung bzw. Beantwortung des Rechtsmittels ihrer Kostenpflicht entziehen. Dieser Grundsatz wird lediglich dann ausnahmsweise durchbrochen und die rechtsmittelbeklagte Partei von der sie treffenden Kostenpflicht entlastet, wenn ein gravierender, von ihr nicht mitverschuldeter Verfahrensfehler (sog. Justizpanne) zur Gutheissung des Rechtsmittels führt und sie die Gutheissung des Rechtsmittels beantragt oder keinen Antrag gestellt und sich mit dem angefochtenen Entscheid auch nicht identifiziert hat (vgl. BGer 5A\_932/2016 vom 24. Juli 2017, E. 2.2.4 m.w.Hinw. auf Lehre und Praxis). Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz ihr Ermessen zwar fehlerhaft ausgeübt. Es liegt indessen keine derart krass falsche Anwendung der AnwGebV (im Sinne einer eigentlichen Justizpanne) vor, dass sich ein Abweichen von den Grundsätzen der Kostenverlegung rechtfertigen würde.

6.3. Ein allfälliger Anspruch auf Parteientschädigung bestimmt sich praxisgemäss durch Verrechnung der Bruchteile (Quoten) des Obsiegens und Unterliegens der Parteien und steht nur der überwiegend obsiegenden Partei zu. Obsiegt keine Partei in überwiegendem Masse, sondern beide Parteien je zur Hälfte, sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. Letztere sind vielmehr wettzuschlagen (vgl. ZR 109 [2010] Nr. 9 E. II.5.b m.w.Hinw.; ZR 72 [1973] Nr. 18; KUKO ZPO-Schmid, Art. 106 N 4; ZK ZPO-Jenny, Art. 106 N 9). Das trifft vorliegend zu. Für das Beschwerdeverfahren sind deshalb keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

### **Es wird beschlossen:**

1. Der Klägerin wird für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. \_\_\_\_\_ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**Es wird erkannt:**

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Dispositiv-Ziffer 7 des Urteils des Einzelgerichts im summarischen Verfahren am Bezirksgericht Bülach vom 23. Oktober 2017 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

"7. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'808.– (inkl. MwSt.) zu bezahlen."

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 400.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden zur Hälfte der Klägerin und zur Hälfte dem Beklagten auferlegt. Der der Klägerin auferlegte Kostenanteil wird zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die Gerichtskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
4. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz und an das Migrationsamt des Kantons Zürich, 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) i.V.m. Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG über vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 98 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 2'400.—.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 19. April 2018

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

Dr. M. Nietlispach

versandt am:  
cm