

ZH_OBERGERICHT LZ180027 vom 28. Juni 2019

ZH Obergericht, 2019-06-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LZ180027

FR: ZH_OBERGERICHT LZ180027 du 28 juin 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LZ180027 del 28 giugno 2019

Erwägungen

E. 13

August 2018 stellte der Beklagte ein Gesuch um Anordnung vorsorglicher Massnahmen (Urk. 7/8), über welches die Vorinstanz mit eingangs wiedergegebener Verfügung vom 30. Oktober 2018 entschied (Urk. 2). 1.2 Gegen diesen Massnahmeentscheid erhoben die Klägerin 1 und die Verfahrensbeeteiligte – damals beide noch durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____ vertreten – innert Frist Berufung mit den vorstehend aufgeführten Rechtsbegehren (Urk. 1). Gleichzeitig stellten sie ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung (Urk. 1 S. 2). Der von der Klägerin 1 eingeforderte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'000.– ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 8). Mit Eingabe vom 14. November 2018 nahm der Beklagte zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung Stellung und beantragte zudem, es sei eine Vertretung des Kindes im Sinne von Art. 299 ZPO anzuordnen (Urk. 9). Mit Eingabe vom

E. 16

November 2018 erklärte Rechtsanwältin lic. iur. X._____, dass sowohl sie als auch die Kindsmutter mit der Bestellung eines Prozessbeistandes für die Tochter C._____ einverstanden seien (Urk. 14). Gleichentags stellte sie im Namen der Klägerin 1 sowie der Verfahrensbeeteiligten ein Begehren um Erlass (super)provisorischer Massnahmen (Urk. 15), welches mit Verfügung vom 22. November 2018 abgewiesen wurde (Urk. 18). Mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 wies die Kammerpräsidentin sodann das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab und ordnete für die Tochter der Parteien eine Kindesvertretung gemäss Art. 299 ZPO an (Urk. 19). Nachdem sich beide Parteien zum vorgeschlagenen Kindesvertreter äussern konnten (Urk. 23 und Urk. 27), wurde mit Beschluss vom 5. März 2019 Rechtsanwalt Dr. Z._____ zum Prozessbeistand des Kindes ernannt und das Rubrum entsprechend angepasst (Urk. 29). Am 29. März 2019 reichte der Beklagte innert der ihm mit Verfügung vom 18. März 2019 (Urk. 30) angesetzten Frist die Berufungsantwort ein (Urk. 31). Mit Verfügung vom 5. April 2019 wurde dem Kindesvertreter Frist angesetzt, um zur Berufungsschrift sowie zur Berufungsantwort Stellung zu nehmen (Urk. 32). Die entsprechende Stellungnahme des Kindesvertreters datiert vom 17. April 2019 (Urk. 33). Nachdem die erwähnte Stellungnahme des Kindesvertreters den Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt worden war (Urk. 34), zog die Klägerin 1 ihre Berufung mit Schreiben vom 6. Mai 2019 zurück (Urk. 35). Am 8. Mai 2019 reichte der Kindesvertreter seine Honorarnote ein (Urk. 37 und Urk. 38). Gleichentags nahm der Beklagte zu den Kosten- und Entschädigungsfolgen des Berufungsverfahrens Stellung (Urk. 39). Diese Stellungnahme sowie auch die Honorarnote des Kindesvertreters wurden jeweils am 13. Mai 2019 den übrigen Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt. Weitere Eingaben erfolgten nicht. 2. Ein Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 241 Abs. 2 ZPO). Dies hat auch für die

Erklärung des Rückzugs eines Rechtsmittels zu gelten. Die Klägerin 1 zog ihre Berufung mit Schreiben vom 6. Mai 2019 zurück (Urk. 35). Demzufolge ist das Berufungsverfahren in Anwendung von Art. 241 Abs. 3 ZPO abzuschreiben. 3.1 Was die Prozesskosten für das Berufungsverfahren anbelangt, ersucht die Klägerin 1 das Gericht um Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich vorliegend um ein familienrechtliches Verfahren handle und die Berufung in guten Treuen im Interesse von C._____ erhoben worden sei. Demnach sei es gerechtfertigt, die Gerichts- und Anwaltskosten angemessen auf beide Kindseltern zu verteilen (Urk. 35). 3.2 Grundsätzlich werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Bei einem Klagerückzug gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gleiches gilt sinngemäss für das Rechtsmittelverfahren. Auch wenn Art. 106 Abs. 1 ZPO nur vom "Klagerückzug" spricht, gilt im Rechtsmittelverfahren die rechtsmittelführende Partei als unterliegend, wenn sie die Berufung zurückzieht

- 7 - (BGer 4A_479/2018 vom 26. Februar 2019, E. 3.2.2). Diese klassische Verteilungsregel kann sich im Einzelfall als starr und ungerecht erweisen. Aus diesem Grund sieht Art. 107 ZPO für verschiedene typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (vgl. Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7297). Dies ist unter anderem "in familienrechtlichen Verfahren" der Fall (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO), wo die Parteien durch Verwandtschaft oder Schwägerschaft miteinander verbunden sind (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 107 N 6). Das Gesetz räumt dem Gericht damit den Spielraum ein, auf Billigkeitserwägungen zurückzugreifen, wenn im Einzelfall die Belastung der unterlegenen Partei mit Prozesskosten als ungerecht erscheint (vgl. BGE 139 III 33 E. 4.2). Auch im Rechtsmittelverfahren können die Kosten grundsätzlich nach Ermessen verlegt werden, wobei in diesem Stadium den Gesichtspunkten des Obsiegens und Unterliegens ein grösseres Gewicht zukommt (Ury/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 5). Generell ist allerdings hervorzuheben, dass auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO ist: Soweit das Verursacherprinzip sachgerecht ist und keine besonderen Gründe vorliegen, die einen Billigkeitsentscheid nahelegen, ist nach Art. 106 ZPO zu entscheiden (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 12). Dies gilt insbesondere bei einem Unterliegen aufgrund eines Rechtsmittelrückzuges. Angesichts dessen, dass das Gesetz die Kostenverteilung bei Klagerückzug ausdrücklich in Art. 106 Abs. 1 ZPO regelt und dass es sich bei Art. 107 ZPO um eine blosse "Kann"-Bestimmung handelt, ist davon auszugehen, dass die Kosten bei Rückzug der Klage oder Berufung grundsätzlich der klagenden bzw. berufungsführenden Partei aufzuerlegen sind. Die blosse Tatsache, dass es sich um ein familienrechtliches Verfahren handelt, vermag ein Abrücken von der klaren Regelung von Art. 106 Abs. 1 ZPO noch nicht zu rechtfertigen (vgl. BGE 139 III 358 E. 3, S. 363 betreffend den Rückzug einer Scheidungsklage). Insbesondere sind die Klägerin 1 und der Beklagte vorliegend nicht miteinander verwandt, weshalb auch keine gegenseitige Beistandspflicht besteht. 3.3 Die Klägerin 1 führt bezüglich der Kostenverteilung lediglich aus, dass es sich in casu um ein familienrechtliches Verfahren handle und sie die Berufung in

- 8 - guten Treuen im Interesse der Tochter erhoben habe. Weitere Gründe, die für ein Abweichen von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen sprechen würden, bringt sie nicht vor. Die Klägerin 1 hat das Berufungsverfahren selber eingeleitet und anschliessend auch wieder parteiautonom beendet. Dass dem Beklagten für den einen oder anderen Entscheid

der Klägerin 1 eine Mitverantwortung zuzuordnen wäre, die sich kostenmässig auswirken müsste, ist nicht ersichtlich (vgl. diesbezüglich BGE 139 III 358 E. 3, S. 363). Nach Angaben der Klägerin 1 habe die Stellungnahme des Kindesvertreters vom 17. April 2019 sie dazu veranlasst, die Berufung zurückzuziehen (Urk. 35). In dieser Stellungnahme hält der Prozessbeistand von C._____ zusammengefasst fest, dass die von der Vorinstanz getroffene Regelung der alternierenden Obhut beizubehalten sei. Entsprechend sei die Berufung der Kindsmutter abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen (Urk. 33 S. 7). Die Haltung des Kindesvertreters erscheint nicht ganz überraschend. So hat bereits das KJZ G._____ in seinem Bericht vom 19. April 2018 eine geteilte Obhut vorgeschlagen (Urk. 7/17/62). Daraufhin hat die KESB G._____ die Kindseltern informiert, dass sie beabsichtige, die Empfehlungen des KJZ entsprechend umzusetzen (Urk. 7/17/65+66). Schliesslich kam auch die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass beide Elternteile erziehungsfähig seien und dass das Wohl von C._____ die Fortführung der guten Beziehung zu beiden Elternteilen und damit eine alternierende Obhut erfordere (Urk. 2 S. 14 f.). Die involvierten Amtsstellen und Behörden haben sich im Verlaufe des vorinstanzlichen Verfahrens somit einhellig für eine alternierende Obhut ausgesprochen, weshalb die Klägerin 1 damit rechnen musste, dass der Kindesvertreter diese Ansicht womöglich teilen könnte – was er dann auch getan hat. Wenn die Klägerin 1 gestützt auf die Anträge des Kindesvertreters daraufhin ihre Berufung aus freien Stücken zurückzieht, erscheint es angemessen, dass sie für die von ihr verursachten Prozesskosten aufkommt. Daran ändert auch ihr Vorbringen nichts, dass sie die Berufung in guten Treuen erhoben habe. Damit zielt die Klägerin 1 auf Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO ab (vgl. Urk. 35). Diese Bestimmung umfasst Fälle, in welchen sich die massgebenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse (bspw. durch eine Praxisänderung) nach Einleitung des Prozesses zuungunsten des Klägers verändert haben. Prozessführung in guten Treuen kann ferner etwa

- 9 - vorliegen, wenn die obsiegende Partei vorprozessual und für die unterliegende Partei unerwartet Einreden und Einwendungen nicht vorgebracht hat, die schlussendlich zum Obsiegen im Prozess führen (ZK ZPO-Jenny, Art. 107 N 7; BK ZPO-Sterchi, Art. 107 N 6 f.). Eine solche Konstellation liegt nicht vor. 3.4 Zusammenfassend sind vorliegend keine Gründe ersichtlich, die ein Abweichen von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO nahelegen würden. Durch den freiwilligen Rückzug der Berufung gilt die Klägerin 1 als unterliegende Partei und hat entsprechend für die Prozesskosten des Rechtsmittelverfahrens aufzukommen. 4.1 Die Gerichtsgebühr für das Berufungsverfahren ist gestützt auf § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 2, § 5 Abs. 1, § 8 Abs. 1 und § 10 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 2'000.– festzusetzen. Die Entschädigung für die Vertretung des Kindes gehört ebenfalls zu den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO) und ist im Entscheid positiv festzusetzen. Die Bemessung der Entschädigung ist bundesrechtlich nicht geregelt. Vielmehr setzen die Kantone die Tarife fest (Art. 96 ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung für die anwaltliche Kindesvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (vgl. BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2). Vorliegend erscheint angesichts des notwendigen Zeitaufwands und der Verantwortung des Kindesvertreters sowie der Schwierigkeit des Falls die von ihm geltend gemachte und von den Parteien nicht beanstandete Entschädigung von insgesamt Fr. 4'286.60 (inkl. MwSt.; Urk. 38) als angemessen. Die gesamten Gerichtskosten sind wie vorstehend ausgeführt der Klägerin 1 aufzuerlegen und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.– zu verrechnen. 4.2 Entsprechend der Kostenverteilung ist

die Klägerin 1 überdies zu verpflichten, dem Beklagten antragsgemäss (vgl. Urk. 31 S. 2) eine volle Parteientschädigung zu bezahlen. Die für die Festsetzung der Parteientschädigung massgeblichen Bestimmungen finden sich in der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV). Die Parteientschädigung ist gestützt auf § 13 Abs. 1 in Verbindung mit § 2 Abs. 1, § 5 Abs. 1, § 9 und § 11 AnwGebV auf Fr. 4'500.–, zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer, d.h. insgesamt auf Fr. 4'846.50 zu bemessen.

- 10 - Es wird beschlossen:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.