

ZH_OBERGERICHT PC180025 vom 18. Oktober 2018

ZH Obergericht, 2018-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PC180025

FR: ZH_OBERGERICHT PC180025 du 18 octobre 2018

IT: ZH_OBERGERICHT PC180025 del 18 ottobre 2018

Erwägungen

E. 1

Die Parteien sind verheiratet und Eltern der Tochter D_____, geboren am tt.mm.2011. Im Jahr 2015 erfolgte ein Eheschutzgesuch; mit Entscheid vom 13. April 2017 wurde die Obhut über die Tochter dem heutigen Kläger und Beschwerdeführer zugeteilt (fortan: Kläger; Urk. 3/3). Am 2. November 2017 reichte der Kläger beim Bezirksgericht Meilen die Scheidungsklage ein (Urk. 1). Zeitgleich stellte er das Gesuch, die Beklagte und Beschwerdegegnerin (fortan: Beklagte) sei vorsorglich zu verpflichten, ihm einen Prozesskostenvorschuss in der Höhe des Gerichtskostenvorschusses sowie zusätzlich für die Anwaltskosten eines solchen von Fr. 12'000.– zu zahlen. Eventualiter sei dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und Rechtsanwalt lic. iur. Y_____ als unentgeltlicher Rechtsbeistand einzusetzen. Er ersuchte darum, den Entscheid vor der Notwendigkeit weiterer Prozesshandlungen des Klägers zu fällen (Urk. 1 S. 3). Der weitere Prozessverlauf gestaltete sich im Wesentlichen wie folgt: Die Vorinstanz erliess am 8. November 2017 eine Verfügung insbesondere zur Darlegung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Klägers (Urk. 7 Dispositiv-Ziffer 2). Nach Eingang der Eingaben des Klägers vom 20. November 2017 (Urk. 20 f.) und vom 29. November 2017 (Urk. 22 f.) wurde der Beklagten Frist angesetzt, um zum Gesuch des Klägers um Leistung eines Prozesskostenvorschusses Stellung zu nehmen (Urk. 24 Dispositiv-Ziffer 1). Zudem wurde der Beklagten Frist zur Einreichung diverser Urkunden angesetzt (Dispositiv-Ziffer 3). Weiter wurde festgehalten, dass die Parteien nach Eingang der Anträge und Belege zur Einigungsverhandlung und Verhandlung betreffend Prozesskostenvor-

- 4 - schuss/unentgeltliche Rechtspflege vorgeladen würden (Dispositiv-Ziffer 4). Mit Eingabe datierend vom 26. Dezember 2017 und adressiert an die KESB des Bezirks Meilen erstattete E._____, eine Tochter der Beklagten aus einer früheren Beziehung, eine Gefährdungsmeldung mit dem Betreff "Gefährdung und Schutz meiner jüngsten Schwester D_____, geb. tt.mm.2011 vor massiven Übergriffen durch die gemeinsame Mutter B._____" (eingegangen bei der Vorinstanz am 9. Januar 2018; Urk. 28 f.). Mit Verfügung vom 10. Januar 2018 ersuchte die Vorinstanz die Parteien (Urk. 30 Dispositiv-Ziffer 1) sowie die Beiständin F._____ (Dispositiv-Ziffer 2) um Stellungnahme zur Gefährdungsmeldung. Zudem wurde für D._____ eine Prozessverbeiständung angeordnet (Dispositiv-Ziffer 3) und Rechtsanwältin lic. iur. C._____ als Kindesvertreterin vorgeschlagen (Dispositiv-Ziffer 4). Nach Eingang der Stellungnahmen zur Gefährdungsmeldung (Urk. 35 f., 37 und 38 f.) sowie einer ergänzenden Stellungnahme des Klägers zur Gefährdungsmeldung (Urk. 40 f.) wurde Rechtsanwältin lic. iur. C._____ mit Verfügung vom 25. Januar 2018 als Kinderprozessbeiständin für D._____ ernannt (Urk. 42 Dispositiv-Ziffer 1). Weiter wurde den Parteien Frist angesetzt, um zur jeweiligen Eingabe der Gegenpartei und dem Bericht der Beiständin Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffer 2).

Der Kinderprozessbeiständin wurde Frist angesetzt, um zur Gefährdungsmeldung, dem Bericht der Beiständin und den diesbezüglichen Eingaben der Parteien Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffer 3). Die Stellungnahme des Klägers erfolgte unter dem 5. Februar 2018 (Urk. 44). Mit Eingabe vom

E. 5

Februar 2018 stellte die Beklagte unter anderem das Rechtsbegehren, es sei die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheiden (Urk. 45). Mit Eingabe vom 16. Februar 2018 erstattete die Kindesvertreterin ihre Stellungnahme zur Gefährdungsmeldung, zum Bericht der Beiständin und zu den diesbezüglichen Eingaben der Parteien (Urk. 54). Die Stellungnahme der Beklagten erfolgte unter dem 19. Februar 2018 (Urk. 55 f.). Mit Vorladung vom 19. Februar 2018 wurden die Parteien sowie Rechtsanwältin lic. iur. C._____ zur Einigungsverhandlung sowie Verhandlung betreffend vorsorgliche Massnahmen (Parteibefragung) auf den 3. April 2018 geladen (Urk. 57). Mit Eingabe vom 26. Februar 2018 ersuchte die Beklagte um Anordnung von Kindeschutzmassnahmen (Einhaltung Besuchstreffen zwischen D._____ und der Beklagten durch den Kläger; Urk. 59). Mit Verfü-

- gung vom 1. März 2018 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um ihr Gesuch um zusätzliche Kindeschutzmassnahmen zu präzisieren (Urk. 62 Dispositiv-Ziffer 1) und um die aktuelle Besuchsregelung darzulegen bzw. einzureichen (Dispositiv-Ziffer 3). Dem Kläger wurde Frist angesetzt, um zum Gesuch um Kindeschutzmassnahmen Stellung zu nehmen (Dispositiv-Ziffer 2). Zudem wurde er unter Strafantrohung gemäss Art. 292 StGB verpflichtet, die Weisung der KESB Bezirk Meilen vom 17. August 2017 bezüglich Einhaltung des Besuchsrechts der Tochter D._____ zu befolgen (Dispositiv-Ziffer 4). Weiter wurde der Kinderprozessbeiständin Frist angesetzt, um zum Gesuch um Kindeschutzmassnahmen Stellung zu nehmen und im Hinblick auf die Einigungsverhandlung Anträge betreffend D._____ zu stellen (Dispositiv-Ziffer 5). Mit Eingabe vom 7. März 2018 ersuchte Rechtsanwalt lic. iur. Y_____ um Vorabentscheid des Gesuches um unentgeltliche Prozessführung/unentgeltliche Rechtsverteidigung, wenigstens für das Massnahmenverfahren (Urk. 65). Mit Verfügung vom 8. März 2018 verlangte die Vorinstanz von den Parteien weitere Urkunden zu deren finanziellen Verhältnissen (Kläger: Einkommen und Finanzierung seines Lebensunterhalts; Beklagte: Höhe Nachlass Vater und ihr Erbanteil; Urk. 67). Mit Eingabe datierend vom 26. Februar 2018 (Poststempel: 12. März 2018) ergänzte die Beklagte ihr Gesuch um Kindeschutzmassnahmen (Urk. 72 f.). Mit Eingabe vom 15. März 2018 nahm die Kindervertreterin Stellung zum Gesuch um Kindeschutzmassnahme der Beklagten vom 26. Februar 2018 (Urk. 78). Mit zwei Eingaben vom 15. März 2018 ersuchte der Kläger persönlich insbesondere um sofortigen Entscheid betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege (Urk. 79 bis 81/1-24). Mit Eingabe vom 17. März 2018 (Poststempel: 18. März 2018) reichte der Kläger weitere Urkunden ein (Urk. 82). Mit Eingabe vom 22. März 2018 reichte die Beklagte Urkunden zu ihren finanziellen Verhältnissen ein (Urk. 91 f.). Am 26. März 2018 stellte die Kindesvertreterin Anträge im Hinblick auf die Einigungsverhandlung vom 3. April 2018 (Urk. 95). Unter dem 26. März 2018 erfolgte eine "Stellungnahme zur Verfügung vom 1. März 2018 Ziff. 2 sowie zum Schreiben von RA X._____ mit Poststempel vom 12. März 2018 (act. 72)" des Klägers (Urk. 96 f.). Mit Verfügung vom 27. März 2018 wurde dem Kläger die unentgeltliche Rechtspflege unter Vorbehalt des Widerrufs bei Gutheissung des Gesuchs um Prozess-

- 6 - kostenvorschuss bewilligt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. Y_____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt (Urk. 98 Dispositiv-Ziffer 1). Mit Eingabe vom 28. März 2018 zog der Kläger seine Scheidungsklage gemäss Art. 114 ZGB zurück. Er führte aus, über sein Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung sei noch nicht entschieden worden (Urk. 101 S. 1). Er wolle mit dem Klagerückzug für die Tochter D._____ wieder Ruhe in die Beziehung zu ihnen als Eltern bringen, den Aufbau von Vertrauen zwischen den Elternteilen ermöglichen und den Fokus aller Beteiligten wieder einzig und alleine auf einen guten, regelmässigen Kontakt von D._____ zu ihrer Mutter legen. Er hoffe sehr, dass auch die Beklagte das so sehe und nicht gleich ein neues Scheidungsverfahren eingeleitet werde (Urk. 101 S. 3). Mit Eingabe vom 29. März 2018 ersuchte die Beklagte darum, das Scheidungsverfahren mit der Geschäfts-Nr. FE170170 sei aufgrund des Rückzugs der Scheidungsklage nicht abzuschreiben. Eventualtief sei, für den Fall dass das Scheidungsverfahren abgeschlossen werde, die Ehe der Parteien gestützt auf Art. 114 ZGB zu scheitern (Urk. 102 S. 2). Mit Eingabe vom 5. April 2018 reichte die Kindesvertreterin eine Honorarnote über Fr. 7'474.80 (inkl. MwSt. und Barauslagen) ein (Urk. 103). Mit Verfügung vom 12. April 2018 setzte die Vorinstanz den Parteien Frist an, um sich zur Honorarrechnung der Kinderprozessbeiständin zu äussern (Urk. 104). Die Beklagte beantragte, die Kosten seien vollständig dem Kläger aufzuerlegen, da praktisch der gesamte bisherige Arbeitsaufwand der Kinderanwältin durch den Kläger verursacht worden sei. Die durch den Klagerückzug verursachten Kosten seien allesamt dem Kläger aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung, mindestens in der Höhe von Fr. 3'000.–, zu bezahlen (Urk. 106). Von Seiten des Klägers ging einzig eine Honorarnote von Rechtsanwalt lic. iur. Y_____ über Fr. 6'902.05 ein (inkl. MwSt. und Barauslagen; Urk. 107 f.). Mit Verfügung vom 24. Mai 2018 wurde das Verfahren als durch Rückzug erledigt abgeschlossen, unter den eingangs erwähnten Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 111). 2. Am 25. Juni 2018 erhob der Kläger rechtzeitig Beschwerde mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren (Urk. 113; vgl. Urk. 112/1). Mit Verfügung vom 18. Juli 2018 wurde der Beklagten sowie der Verfahrensbeteiligten Frist an-

- 7 - gesetzt, um die Beschwerde zu beantworten (Urk. 118). Innert Frist sind keine Beschwerdeantworten eingegangen. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. II. 1. Die Vorinstanz erwog in ihrer Abschreibungsentscheid, aufgrund des Klagerückzuges des Klägers sei das Verfahren als durch Rückzug erledigt abzuschreiben (Urk. 111 E. 1). Mit dem Klagerückzug sei auch das Verfahren betreffend Abänderung der Kindeschutzmassnahmen gegenstandslos geworden. Eine Kindeswohlgefährdung sei nicht ersichtlich (E. 2). Die Kinderprozessbeiständin sei antragsgemäss für ihre Bemühungen mit Fr. 7'474.80 zu entschädigen (E. 3). Mit Schreiben vom 26. März 2018 habe G._____ mitgeteilt, dass ihre Tochter, die Beklagte, "in den nächsten Tagen" ihren Pflichtteilsanspruch in Höhe von Fr. 311'061.– erhalte. Es sei somit offenkundig, dass bis zum Zeitpunkt des Klagerückzuges die Beklagte ihren Pflichtteil noch nicht erhalten habe. Es sei damit nicht genügend glaubhaft, dass die Beklagte über genügend flüssige Mittel verfüge, den verlangten Prozesskostenvorschuss zu leisten. Im Übrigen könne offen gelassen werden, ob der Pflichtteilsanspruch nach allfälliger Schuldendeckung ausreichen würde, einen Prozesskostenvorschuss zu leisten. Das Gesuch um Prozesskostenvorschuss sei abzuweisen (E. 4). Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.– sowie die Kosten der Kindesvertretung seien in Anwendung von Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Kläger aufzuerlegen (E. 5.1). Die Parteientschädigung an die Beklagte sei in Anbetracht des entstandenen

Aufwandes aufgrund der Gefährdungsmeldung und der Stellungnahmen zu Kinderschutzmassnahmen auf Fr. 3'300.– festzusetzen (E. 5.2). 2. Mit der Beschwerde können unrichtige Rechtsanwendung und offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Während der Begriff der unrichtigen Rechtsanwendung jeden Verstoß gegen das geschriebene und ungeschriebene Recht umfasst und die Beschwerdeinstanz diese Rüge mit freier Kognition überprüft, gilt für die Beschwerde hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung eine beschränkte Kognition: Erforderlich ist eine qualifiziert fehlerhafte Feststellung des Sachverhalts, wobei "offensichtlich unrichtig" – analog zu Art. 97 Abs. 1 BGG – gleichbedeutend mit

- 8 - willkürlich im Sinn von Art. 9 BV ist (Freiburghaus/Afheldt, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 320 N 3 ff.). Umfasst wird auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 320 N 3 f. i.V.m. Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 310 N 36). Im Beschwerdeverfahren gilt das Rügeprinzip, 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. Bei der Konkretisierung dieser inhaltlichen Anforderungen an die Beschwerdebegründung ist indessen zu berücksichtigen, ob die betreffende Partei anwaltlich vertreten ist oder nicht (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 321 N 15). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind in der Beschwerde ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO). 3.1. Zuerst rügt der Kläger, Rechtsanwalt lic. iur. Y_____ habe ihn betreffend Bewilligung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege erst informieren können, nachdem er den Klagerückzug der Post aufgegeben gehabt habe. Bis dahin habe er mangels Entscheides betreffend sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung seinen Standpunkt gegen die anderen beiden anwaltlich vertretenen Parteien selber ohne anwaltliche Unterstützung oder Beratung einbringen müssen. Für den Verhandlungstermin habe er sich ausser Stande gesehen, den Prozess alleine und ohne Rechtsbeistand zu führen. Sein rechtliches Gehör sei damit verletzt (worden; Urk. 113 S. 2). Der Kläger beantragt mit seiner Beschwerde, es sei festzustellen, dass das rechtliche Gehör mehrfach verletzt worden sei (Urk. 113 S. 1). Der Kläger führt indes nicht aus, was er mit diesem Feststellungsbegehren bewirken will (z.B. die Aufhebung des angefochtenen Entscheides). Ein Feststellungsurteil muss dem Kläger einen Nutzen einbringen. Zur Klärung abstrakter Rechtsfragen ohne Wirkung auf konkrete Rechtsverhältnisse steht die Feststellungsklage indessen nicht zur Verfügung (Zürcher, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 59 N 13 mit Verweis auf BGE 135 III 378 E. 2.2). Kann ein Feststellungsinteresse indes nicht bejaht werden, fehlt es an einer Prozessvoraussetzung und es

- 9 - ist ohne Prüfung der materiellen Rechtslage auf das Begehren nicht einzutreten (Bessenich/Bopp, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 88 N 8 m.H.). Im Übrigen ist unklar, ob der Kläger der Meinung ist, dass sein rechtliches Gehör verletzt worden sein soll, weil er sich gezwungen sah, selber Eingaben zu verfassen (vgl. Urk. 79 bis 82, 96 f. und 101) und/oder weil er (zu- mindest heute) geltend macht, im Hinblick auf den späten Entscheid seines Gesuchs betreffend Prozesskostenvorschuss und unentgeltliche Rechtspflege zu einem Rückzug seiner Scheidungsklage gezwungen gewesen zu sein. Eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs ist jedoch so oder so nicht auszumachen, nachdem er sich (persönlich oder via seinen Rechtsanwalt lic. iur. Y_____;

vgl. auch dessen Honorarnote vom 16. April 2018 über Fr. 6'902.05; Urk. 108) zu jeder Eingabe der Gegenpartei, der Kindeswohlgefährdung und den Eingaben der Kinderanwältin äussern konnte (s. E. I/1 oben). Zudem ist dem Kläger zu entgegen, dass er in Abweichung zu seiner heutigen Schilderung seinen Rückzug vor Vorinstanz in erster Linie mit Überlegungen zum Kindeswohl von D._____ begründete (Urk. 101, s. E. I/1 oben). Schliesslich musste der Kläger zwar länger auf einen Entscheid über sein Gesuch um Prozesskostenvorschuss bzw. eventualiter um unentgeltliche Rechtspflege warten. Das lag aber daran, dass die finanziellen Verhältnisse der Parteien lange unklar waren. Ein Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung muss zwar umgehend beurteilt werden, wenn nach der Gesuchseinreichung weitere Verfahrensschritte vorzunehmen sind. Der Gesuchsteller und der Rechtsvertreter sollen Klarheit über das finanzielle Verfahrensrisiko erhalten (Emmel, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 119 N 14 unter Verweis auf BGer 4A_20/2011 vom 11. April 2011, E. 7.2.2). Ein (positiver) Entscheid setzt aber voraus, dass der Gesuchsteller seiner Obliegenheit zur Darlegung seiner Bedürftigkeit nachkommt. Es trifft ihn eine umfassende Mitwirkungspflicht. Der Gesuchsteller hat die Folgen einer fehlenden oder mangelnden Darlegung oder Beweislegung zu tragen (Emmel, a.a.O., Art. 119 N 6 f. unter Hinweis auf BGE 120 Ia 179 E. 3a). Das eben Ausgeführte gilt auch hinsichtlich des Prozesskostenvorschusses. Die Parteien mussten mit Verfügungen vom

E. 8

März 2018 (Urk. 67) um Auskunft zu ihren finanziellen Belangen ersucht wer-

- 10 - den. Der Entscheid über die unentgeltliche Rechtspflege für den Kläger wurde schliesslich rechtzeitig vor der angesetzten Einigungsverhandlung gefällt. Zusammenfassend ist eine Verletzung des rechtlichen Gehörs des Klägers nicht ersichtlich. Mangels Rechtsschutzinteresse ist jedoch auf sein Feststellungsbegehren bezüglich der Verletzung seines rechtlichen Gehörs ohnehin nicht einzutreten. 3.2. Weiter macht der Kläger geltend, er erachte die Parteientschädigung an die Beklagte aus denselben Gründen als ungerechtfertigt und unangemessen. Die Beklagte und seine Tochter seien anwaltlich vertreten gewesen, während er die Stellungnahmen zu den umfangreichen Eingaben der Beklagten mit sehr grossem zeitlichen und emotionalen Aufwand selber erstellen müssen (Urk. 113 S. 2). Der Kläger beantragt, die der Beklagten zugesprochene Parteientschädigung, Ziffer 6 des Urteils, sei aufzuheben. Zuerst ist zu prüfen, ob das Rechtsbegehren überhaupt genügend klar ist. Vorab hat die Beschwerde konkrete Rechtsbegehren (Anträge) zu enthalten, aus denen hervorgeht, in welchem Umfang der vorinstanzliche Entscheid angefochten wird (Freiburghaus/Afheldt, a.a.O., Art. 321 N 14; BSK ZPO-Spühler, Art. 321 N 4). Ausnahmsweise ist auf eine Beschwerde mit formell mangelhaften Rechtsbegehren einzutreten, wenn sich aus der Begründung ergibt, was der Beschwerdeführer in der Sache verlangt (vgl. BGE 137 III 617 E. 6.2). Zwar kann sich ein Beschwerdeführer nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen; er muss einen Antrag in der Sache stellen, widrigenfalls auf sein Rechtsmittel nicht eingetreten wird. Im Rechtsbegehren des Klägers betreffend Parteientschädigung fehlt zwar ein Beschwerdeantrag in der Sache; der Kläger beantragt lediglich die Aufhebung der Parteientschädigung. Aus dem Beschwerdeantrag zusammen mit der Beschwerdebegründung geht jedoch hervor, dass der Kläger der Beklagten keine Parteientschädigung zahlen möchte. Er verlangt mit anderen Worten die Aufhebung der Parteientschädigung an die Beklagte in dem Sinne, dass keine Parteientschädigungen

zugesprochen werden. Wie bereits erwähnt (E. I/1 oben) verlangte auch die Beklagte mit Eingabe vom 5. Februar 2018 die Scheidung gestützt auf Art. 114 ZGB (Urk. 45). Ob das

- 11 - Verfahren unter diesen Umständen infolge des Rückzugs des Klägers von der Vorinstanz überhaupt hätte abgeschrieben werden dürfen, kann offen gelassen werden, da die Abschreibung des Scheidungsverfahrens (sowie die Auferlegung der Entscheidungsgebühr an den Kläger) unangefochten blieb. Die Verteilung der Prozesskosten – und damit auch der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) – erfolgt in erster Linie nach dem Ausgang des Verfahrens (sprich nach Obsiegen und Unterliegen; Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Vorinstanz auferlegte sowohl die Entscheidungsgebühr als auch die Kosten der Kindesvertretung unter Hinweis auf Art. 106 Abs. 1 ZPO dem Kläger. Bei der Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagte berief sich die Vorinstanz zwar auch auf Art. 106 Abs. 2 ZPO (welcher das teilweise Obsiegen bzw. Unterliegen behandelt); aus der übrigen Begründung muss jedoch geschlossen werden, dass sie den Kläger infolge seines Rückzuges als vollumfänglich unterlegen betrachtete und ihm eine volle Parteientschädigung an die Beklagte auferlegte (Urk. 111 E. 5). Von der Auferlegung der Prozesskosten gemäss dem Ausgang des Verfahrens kann in familienrechtlichen Verfahren ermessensweise abgewichen werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Zwar ist auch bei familienrechtlichen Verfahren die Grundnorm Art. 106 ZPO. Bei Rückzug der Scheidungsklage sind die Prozesskosten grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen. 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, muss deshalb davon ausgegangen werden, dass bei Rückzug der Scheidungsklage die Kosten grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen sind. Eine Kosten- und Entschädigungsregelung abweichend vom Verfahrensausgang (Art. 107 Abs. 1 ZPO) bedarf konkreter Gründe (BGE 139 III 358 E. 3; Engler, Zivilprozessrechtliche Fragestellungen in der familienrechtlichen Gerichtspraxis, SJZ 110/2014 S. 121, 125). Solche sind vorliegend darin zu sehen, dass bei strittigen Kinderbelangen die Kosten des Verfahrens (mit Ausnahme der Kinderunterhaltsbeiträge) gemäss ständiger obergerichtlicher Praxis – unabhängig vom Ausgang – den Parteien grundsätzlich je zur Hälfte auferlegt und die Parteientschädigungen wettgeschlagen werden, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragsstellung hatten (ZR 84 Nr. 41; statt vieler: OGer ZH LY160046 vom

- 12 - 5. Dezember 2017, E. IV/2.2). Das Verfahren vor Vorinstanz drehte sich bis zu dessen Abschreibung in der Hauptsache (nebst den prozessualen Anträgen zum Prozesskostenvorschuss bzw. der unentgeltlichen Rechtspflege) beinahe ausschliesslich um eine mögliche Kindeswohlgefährdung im Zusammenhang mit dem Besuchsrecht für D. _____. Die Vorinstanz kam schliesslich in ihrem Abschreibungsentscheid zum Schluss, dass eine Kindeswohlgefährdung nicht ersichtlich sei. Die Kosten wurden dem Kläger auferlegt, ohne Auseinandersetzung mit der Praxis, wonach bei Kinderbelangen die Kosten grundsätzlich hälftig zu verteilen sind. Vorliegend ist jedoch davon auszugehen, dass beide Parteien gute Gründe zur Antragsstellung im Zusammenhang mit den Kinderbelangen hatten. Den Akten sind jedenfalls keine Anhaltspunkte für eine volle Auferlegung der Kosten an den Kläger zu entnehmen. Die Parteien befanden sich in einem Besuchsrechtskonflikt, in dem keiner Partei gute Gründe für ihre Antragsstellung abzusprechen waren. Damit wären die bisherigen Gerichtskosten – vor dem Hintergrund, dass beide Parteien die Scheidung gestützt auf Art. 114 ZGB verlangten – je hälftig aufzuerlegen und die

Parteientschädigungen gegenseitig wettzuschlagen gewesen. Da vorliegend neben der Kostenverteilung für die Kindesvertretung (s. E. 3.4 unten) lediglich die Zusprechung der Parteientschädigung an die Beklagte angefochten ist, kann auf die Auferlegung der Entscheidungsgebühr an den Kläger nicht zurückgekommen werden. Die Beschwerde betreffend die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beklagte ist jedoch gutzuheissen und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. 3.3. Zudem macht der Kläger geltend, der Umstand, dass die Beklagte und die Verfahrensbeteiligte anwaltlich vertreten gewesen seien, während er die Stellungnahmen zu den umfangreichen Eingaben der Beklagten mit sehr grossem zeitlichen und emotionalen Aufwand selber erstellen müssen, begründe auch seinen Antrag für eine Aufwandentschädigung (nach richterlichem Ermessen) aus der Gerichtskasse. Hätte die Vorinstanz früher über sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung entschieden, hätte auch er viel früher einen Anwalt beiziehen können. Er hätte auch darauf vertrauen können, dass er an der Verhandlung anwaltlich verbeiständet sein werde und hätte die Klage nicht zurückziehen müssen (Urk. 113 S. 1 f.).

- 13 - Grundsätzlich kann eine Partei ohne berufsmässige Vertretung im Falle ihres Obsiegens und entstandener "Umtriebe" für ihre Kosten (z.B. der nachweisbare Verdienstausfall eines Selbständigerwerbenden; Botschaft ZPO, S. 7293) gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO von der Gegenpartei entschädigt werden. Dabei sind die Umtriebe jedoch substantiiert darzulegen (Suter/Von Holzen, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 95 N 30). Nach dem Dargelegten scheidet das Ansinnen des Klägers an Verschiedenem: am unbezifferten Rechtsbegehren und dessen unsubstantiierte Begründung; am Umstand, dass er berufsmässig und unentgeltlich vertreten war (wofür RA Y._____ eine Honorarnote über Fr. 6'902.05 einreichte, Urk. 108) sowie an seinem fehlenden Obsiegen (s. E. 3.2 oben). Der Antrag, es sei ihm eine Aufwandentschädigung nach richterlichem Ermessen aus der Gerichtskasse zu leisten, ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. 3.4. Der Kläger führt weiter aus, die bisherigen Tätigkeiten der Kindervertretung würden im neuen Scheidungsverfahren sicher Verwendung finden. Es sei deshalb sachgerecht, wenn der ganze Aufwand der Kindervertretung erst im neuen Scheidungsverfahren geregelt werde (Urk. 113 S. 2 f.). Die Kosten der Kindervertretung müssen im vorliegenden, von der Vorinstanz in Folge des Rückzuges des Klägers abgeschriebenen Verfahren geregelt werden. Das Gericht entscheidet über die Prozesskosten in der Regel im Endentscheid (Art. 104 Abs. 1 ZPO). Hier nicht relevante Ausnahmen von dieser Regel finden sich in den Absätzen zwei bis vier von Art. 104 ZPO. Bei der angefochtenen Verfügung handelt es sich um einen Endentscheid (Art. 236 Abs. 1 ZPO). In jedem Endentscheid muss auch die Verteilung und Festsetzung der Prozesskosten geregelt werden. Es ist unzulässig, in einem Endentscheid auf die Prozesskostenregelung zu verzichten, weil dies etwa vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 104 N 4; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO ZH, § 71 N 2). Die Kosten für die Vertretung des Kindes sind Gerichtskosten und damit Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. e ZPO). Der Beschwerdeantrag ist somit abzuweisen, da über die Verteilung der Kosten der Kindesvertretung im vorliegenden Verfahren zu entscheiden ist. Auf-

- 14 - grund der Bindung an das Rechtsbegehren (Art. 58 Abs. 1 ZPO) können die Kosten der Kindesvertretung auch nicht den Parteien hälftig auferlegt werden. Die Beklagte musste aufgrund des klägerischen Rechtsbegehrens nicht mit einer hälftigen Kostentragung im vorliegenden Verfahren rechnen. 3.5. Für das Beschwerdeverfahren beantragt der Kläger

schliesslich die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege. Er führt aus, die Unterlagen für den Nachweis seiner Mittellosigkeit fänden sich in der Beilage (Urk. 113 S. 3 unter Verweis auf Urk. 116/4). Eine gesuchstellende Partei hat dann Anspruch auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, wenn sie nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Die aus der ehelichen Beistandspflicht fliessende Pflicht zur Bevorschussung der Prozesskosten des anderen Ehegatten geht der unentgeltlichen Rechtspflege jedoch vor; sowohl in eherechtlichen Verfahren (BGE 119 Ia 11 E. 3a) als auch in Prozessen mit Dritten (BGE 85 I 1 E. 3; BK ZPO I-Bühler, Vorbemerkungen zu Art. 117 bis 123 N 49 mit weiteren Hinweisen). Mit Blick auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich bei der Geltendmachung des Anspruchs auf Prozesskostenbevorschussung gegenüber dem anderen Ehegatten um eine Obliegenheit, deren Verletzung dazu führen kann, dass die unentgeltliche Rechtspflege verweigert wird (BGer 4A_412/2008 vom 27. Oktober 2008, E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Mit anderen Worten kann einem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege nur entsprochen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass ein verheirateter Gesuchsteller vom anderen Ehegatten keinen Prozesskostenvorschuss verlangen kann. Solange hierüber Ungewissheit besteht, gilt er nicht als mittellos (BK ZPO I-Bühler, Art. 117 N 38). Der Kläger hat seine Prozessarmut nicht belegt, obwohl er seinen Antrag vor Beschwerdeinstanz umfassend begründen müsste (vgl. dazu BGer 4A_114/2013 vom 20. Juni 2013, E. 4.3.1 und 4.3.2). Der Kläger macht nämlich keine Ausführungen dazu, weshalb er von der Beklagten keinen Prozesskostenvorschuss aus ihrem Pflichtteilsanspruch von Fr. 311'061.–, den sie im März 2018 "in den nächsten Tagen" erhalten sollte, beanspruchen kann. Damit ist ungewiss, ob er von der Beklagten für das Beschwerdeverfahren einen Prozess-

- 15 - kostenvorschuss hätte erhältlich machen können. Der Beklagte ist zwar vor Beschwerdeinstanz nicht anwaltlich vertreten, kann aber in dieser Frage aufgrund seiner einschlägigen Prozess Erfahrung nicht als unbeholfen gelten (BGE 120 Ia 179 E. 3a; BGer 5P.455/2004 vom 10. Januar 2005, E. 2.1). Ihm war die Rechtsprechung zur familienrechtlichen Beistandspflicht aufgrund des Prozederes vor Vorinstanz bekannt. Der Kläger durfte somit vor Beschwerdeinstanz nicht einfach darauf verzichten, von der Beklagten keinen Prozesskostenvorschuss zu verlangen. Anders wäre die Situation nur zu beurteilen, wenn klar wäre, dass die Beklagte mittellos ist. Sein Gesuch, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, ist somit abzuweisen.

III. 1. Die Gerichtskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Der Kläger dringt mit seiner Beschwerde im Umfang von rund einem Drittel durch. Die Beklagte und die Verfahrensbeteiligte haben zwar auf eine Beschwerdeantwort verzichtet und haben sich insofern nicht mit dem vorinstanzlichen Entscheid identifiziert. Der unterliegenden Partei sind die Kosten jedoch auch dann aufzuerlegen, wenn sie sich nicht äussert. In Anwendung der Ausnahmebestimmung des Art. 107 Abs. 2 ZPO ist für die Verlegung der Gerichtskosten nur anders zu entscheiden, wenn der korrigierte erstinstanzliche Entscheid allein auf einen Fehler des Gerichts und nicht auf einen Parteienantrag zurückgeht und wenn sich im Rechtsmittelverfahren auch der Rechtsmittelbeklagte nicht mit diesem Entscheid identifiziert (BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, Art. 106 N 5; Urwyler/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 106 N 5; BK ZPO I-Sterchi, Art. 107 N 26a; Jenny, in: Sutter-Somm/Hansenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 106 N 8; vgl. BGer 5A_932/2016 vom 24. Juli

2017, E. 2.2.4). Vorliegend geht jedoch die nunmehr korrigierte Auferlegung einer Parteientschädigung auf einen Antrag der Beklagten zurück. Sie hatte vor Vorinstanz beantragt, die durch den Klagerückzug verursachten Kosten seien allesamt dem Kläger aufzuerlegen und er sei zu verpflichten, der Beklagten eine angemessene Parteientschädigung, mindestens in der Höhe von Fr. 3'000.–, zu

- 16 - bezahlen (Urk. 106). Damit gilt die Beklagte zu rund einem Drittel als unterliegende Partei. Die Spruchgebühr ist gestützt auf § 6 Abs. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 750.– festzusetzen. Sie ist dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel aufzuerlegen. 2. Der Beklagten sowie der Kindesvertreterin sind mangels relevanter Umtriebe im Beschwerdeverfahren keine (reduzierten) Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 95 Abs. 3 ZPO). Es wird beschlossen: 1. Das Gesuch des Klägers, es sei ihm für das Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen, wird abgewiesen. 2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis. Es wird erkannt: 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 6 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht im ordentlichen Verfahren, vom 24. Mai 2018 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt: "6. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen." 2. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidegebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt. 4. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger zu zwei Dritteln und der Beklagten zu einem Drittel auferlegt. 5. Es werden für das zweitinstanzliche Verfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.

- 17 - 6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Verfahrensbeteiligte sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück. 7. 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 in der Hauptsache um eine nicht vermögensrechtliche bzw. betreffend Kostenbeschwerde um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 10'774.80. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG. Zürich, 18. Oktober 2018 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. E. Iseli versandt am: sf

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