

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LZ180027-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter  
lic. iur. M. Spahn und Oberrichterin lic. iur. Ch. von Moos Würgler  
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Kirchheimer

## **Beschluss vom 28. Juni 2019**

in Sachen

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

Klägerin 1 und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Beklagter und Berufungsbeklagter

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

sowie

**C.** \_\_\_\_\_,

Verfahrensbeteiligte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Z. \_\_\_\_\_

betreffend **Unterhalt und weitere Kinderbelange (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im vereinfachten  
Verfahren am Bezirksgericht Meilen vom 30. Oktober 2018 (FK180018-G)**

**Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 30. Oktober 2018:**

(Urk. 7/24 = Urk. 2)

1. C.\_\_\_\_\_ (Klägerin 2), geboren tt.mm.2015, wird für die Dauer des Verfahrens unter die alternierende Obhut ihrer Eltern, der Klägerin 1 und des Beklagten, gestellt.
2. Der zivilrechtliche Wohnsitz von C.\_\_\_\_\_ (Klägerin 2) befindet sich für die Dauer des Verfahrens am zivilrechtlichen Wohnsitz ihrer Mutter, der Klägerin 1.
3. Die Betreuungsanteile der Eltern von C.\_\_\_\_\_ werden für die Dauer des Verfahrens wie folgt festgelegt:
  - a) Die Klägerin 1 betreut C.\_\_\_\_\_ jeweils
    - von Montagmorgen bis Mittwochabend sowie an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen;
    - an Weihnachten vom 24. Dezember, 09:00 Uhr, bis am 25. Dezember, 9:00 Uhr;
  - b) der Beklagte betreut C.\_\_\_\_\_ jeweils
    - von Mittwochabend bis Freitagabend sowie an jedem zweiten Wochenende von Freitagabend bis Montagmorgen;
    - an Weihnachten vom 25. Dezember, 9:00 Uhr, bis am 26. Dezember, 9:00 Uhr.
  - c) Die Klägerin 1 und der Beklagte sind berechtigt, mit C.\_\_\_\_\_ je 3 Wochen Ferien pro Jahr zu verbringen, und zwar mindestens eine Woche am Stück und nicht mehr als zwei Wochen am Stück.
  - d) Der Beklagte holt C.\_\_\_\_\_ jeweils am Mittwochabend in der Kita D.\_\_\_\_\_ ab. Betreut die Klägerin 1 C.\_\_\_\_\_ am Wochenende, übergibt

der Beklagte C.\_\_\_\_\_ jeweils am Freitag um 18:00 Uhr im Restaurant E.\_\_\_\_\_, ... [Adresse], der Klägerin 1. An Wochenenden, an welchen C.\_\_\_\_\_ vom Beklagten betreut wird, bringt der Beklagte C.\_\_\_\_\_ am Montagmorgen in die Kita D.\_\_\_\_\_.

- e) Die Eltern haben sich über die Aufteilung der Ferien mindestens zwei Monate im Voraus abzusprechen. Können sie sich nicht einigen, so kommt dem Beklagten in geraden Jahren und der Klägerin 1 in ungeraden Jahren das Entscheidungsrecht bezüglich der Aufteilung der Ferien zu.
  - f) Die Regelung gemäss lit. a), b) und d) tritt am Freitag, 2. November 2018, in Kraft und beginnt mit dem Betreuungswochenende des Beklagten von Freitagabend bis zum folgenden Montagmorgen. Der Beklagte holt C.\_\_\_\_\_ am Freitagabend, 2. November 2018, von der Krippe ab und bringt sie am Montagmorgen, 5. November 2018, dorthin zurück. Die Ferienregelung gemäss lit. c) und e) tritt per 1. Januar 2019 in Kraft. Für den Rest des Jahres 2018 steht dem Beklagten eine Woche Ferien zu. Er hat den Bezug dieser Woche mindestens 14 Tage im voraus anzukündigen.
  - g) Abweichende Betreuungsregelungen nach gegenseitiger Absprache bleiben vorbehalten.
4. Für C.\_\_\_\_\_ wird eine Beistandschaft im Sinne Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet. Die Beistandsperson wird mit den Aufgaben betraut,
- a) das Einhalten der Betreuungsanteile der Eltern von C.\_\_\_\_\_ zu überwachen,
  - b) bei diesbezüglichen Konflikten zwischen den Eltern zu vermitteln und
  - c) die Modalitäten der Übergabe von C.\_\_\_\_\_ vom einen an den anderen Elternteil (wie Ort und Zeitpunkt) festzulegen, soweit diese gerichtlich nicht bestimmt sind und sich die Eltern nicht einigen können.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks Meilen wird angewiesen, die Beistandsperson zu bestimmen.

5. Über die Prozesskosten dieses Massnahmebegehrens wird mit der Hauptsache entschieden.
6. [Mitteilungssatz].
7. [Rechtsmittelbelehrung; Berufung; 10 Tage].

### **Berufungsanträge:**

#### der Klägerin 1 und Berufungsklägerin (Urk. 1 S. 2):

1. Es sei in Abänderung von Ziff. 1 der Verfügung vom 30. Oktober 2018 C. \_\_\_\_\_ für die Dauer des Verfahrens unter der Obhut der Berufungsklägerin zu belassen.
2. Es seien lit. a), b), d) und f) von Ziff. 3 der Verfügung vom 30. Oktober 2018 aufzuheben und durch folgende Regelung zu ersetzen:

*"Der Berufungsbeklagte ist berechtigt, seine Tochter C. \_\_\_\_\_ für die Dauer des Verfahrens wie folgt auf eigene Kosten zu betreuen:*

- *jedes zweite Wochenende von Samstag, 10.00 Uhr bis Sonntagabend 17.30 Uhr, fällt ein Wochenende auf die Oster- oder Pfingstfeiertage, verlängert sich das Besuchsrechtswochenende bis Montagabend 17.30 Uhr*
- *an Weihnachten vom 25. Dezember 9.00 Uhr bis 26. Dezember 9.00 Uhr"*

#### des Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 31 S. 2):

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen und die Verfügung des Bezirksgerichts Meilen, Einzelgericht, vom 30. Oktober 2018, sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin 1 (letztere zzgl. 7.7% MwSt.).

### **Erwägungen:**

1.1 Die Klägerin 1 und der Beklagte sind die unverheirateten Eltern von C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2015 (Verfahrensbeteiligte). Die Parteien leben seit Januar 2018 getrennt. Am 23. Mai 2018 leitete die Klägerin 1 beim Friedensrichteramt F.\_\_\_\_\_ ein Schlichtungsverfahren betreffend Kinderunterhalt und Obhut ein. Nachdem anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 16. Juli 2018 keine Einigung erzielt werden konnte, stellte die Friedensrichterin gleichentags die Klagebewilligung aus (Urk. 7/1). Mit Eingabe vom 30. Juli 2018 machte die Klägerin 1 sodann das vorliegende Verfahren bei der Vorinstanz anhängig (Urk. 7/2). Unterm 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 Verfahrensbeteiligte – 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 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 Verfahrensbeteiligten 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 Be-

schluss 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

(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, BBI 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 (Urwylter/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

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

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 Entscheidungsdispositiv 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.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren wird abgeschrieben.
2. Die Entscheidgebühr für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'000.00; die weiteren Auslagen betragen:  
Fr. 4'286.60 Honorar Kindesvertreter  

---

**Fr. 6'286.60 Total Gerichtskosten**
3. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden der Klägerin 1 auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Im Mehrbetrag wird die Gerichtskasse Rechnung stellen.
4. Rechtsanwalt Dr. Z. \_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als Kindesvertreter für das Berufungsverfahren mit Fr. 4'286.60 (inkl. MwSt.) aus der Gerichtskasse entschädigt.
5. Die Klägerin 1 wird verpflichtet, dem Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 4'846.50 (inkl. MwSt.) zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vorinstanz sowie an die Obergerichtskasse, 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 über vorsorgliche Massnahmen i.S.v. Art. 90 und 98 BGG.

Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 28. Juni 2019

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Kirchheimer

versandt am:  
mc