

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PC210029-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber MLaw R. Jenny

Beschluss und Urteil vom 20. September 2021

in Sachen

A. _____,

Kläger und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beklagte und Beschwerdegegnerin

sowie

Y. _____, Dr. iur.,

Kindesverfahrensvertreter

betreffend **Ehescheidung (Art. 114 ZGB) / vorsorgliche Massnahmen / Kosten**

Beschwerde gegen eine Verfügung des Einzelgerichtes im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichtes Meilen vom 27. Mai 2021; Proz. FE160182

Erwägungen:

1.

1.1. Die Eheleute A. _____ (nachfolgend Kläger) und B. _____ (nachfolgend Beklagte), beide kanadische Staatsangehörige, sind die Eltern der Kinder C. _____ (geb. tt.mm.2004) und D. _____ (geb. tt.mm.2007). Die Parteien trennten sich im September 2013. Die Beklagte wohnt unterdessen zusammen mit D. _____ in Kanada, der Kläger wohnt mit C. _____ in der Schweiz. Die Beklagte leitete am 19. August 2016 ein Scheidungsverfahren in Kanada ein, der Kläger ein solches am 7. November 2016 beim Bezirksgericht Meilen (nachfolgend Vorinstanz). Gestützt auf Art. 9 Abs. 1 IPRG sistierte die Vorinstanz am 7. Februar 2018 das Verfahren in der Schweiz aufgrund des vorher rechtshängig gemachten Prozesses in Kanada (vgl. act. 6/1, 5/1A, 6/65 und 6/67 und 6/88/8). Am 6. Mai 2020 stellte der Kläger ein Gesuch um Wiederaufnahme des Scheidungsverfahrens (vgl. act. 6/102). In teilweiser Gutheissung des Gesuchs wurde das Verfahren mit Verfügung vom 13. August 2020 bezüglich der Kinderbelange (elterliche Sorge, Obhut, persönlicher Verkehr, Kindesunterhalt) wieder aufgenommen, betreffend die weiteren Scheidungsnebenfolgen blieb das Verfahren hingegen weiterhin sistiert (vgl. act. 6/110).

Am 21. September 2020 stellte der Kläger ein Gesuch um Wiedererwägung des Entscheids vom 13. August 2020 (vgl. act. 6/117 f.), welches die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. Februar 2021 abwies; sie hielt fest, das Scheidungsverfahren bleibe, mit Ausnahme der Kinderbelange, sistiert (vgl. act. 6/125). Die dagegen erhobene Beschwerde des Klägers wurde vom Obergericht mit Urteil vom 20. Juli 2021 abgewiesen (OGer ZH PC210006).

1.2. In seinem Wiederaufnahmegesuch vom 6. Mai 2020 beantragte der Kläger u.a., dass ihm die alleinige elterliche Sorge für seinen Sohn C. _____ zuzuteilen, dieser unter seine alleinige Obhut zu stellen und die Beklagte zur Bezahlung von monatlichen Kinderunterhaltsbeiträgen in Höhe von Fr. 1'000.– zu verpflichten sei (vgl. act. 6/102). Mit Schreiben vom 19. Juli 2020 beantragte der mit Verfügung vom 13. August 2020 (act. 6/110) ernannte Kindesverfahrensvertreter von

C._____ die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, im Rahmen derer die elterliche Sorge über C._____ der Beklagten zu entziehen sei (act. 6/106 S. 2). Mit Verfügung vom 13. August 2020 setzte die Vorinstanz der Beklagten Frist an, um sich zu den vorsorglichen Massnahmen betreffend Kinderbelange zu äussern (vgl. act. 6/110). Die Beklagte liess die angesetzte Frist ungenutzt verstreichen. Mit Verfügung vom 23. Februar 2021 wurde auch noch dem Kläger Frist angesetzt, um sich zum Antrag des Kindsvertreters zu äussern (vgl. act. 6/125). Die Rechtsvertreterin des Klägers teilte der Vorinstanz mit Schreiben vom 2. März 2021 mit, dass der Kläger auf eine schriftliche Stellungnahme zum Antrag des Kindsvertreters verzichte und die Gutheissung seiner Anträge beantrage (vgl. act. 6/128). Mit weiterem Schreiben vom 4. März 2021 erklärte sie sodann, sie werde ihren Klienten an die mündliche Verhandlung über vorsorgliche Massnahmen nicht begleiten (vgl. act. 129).

Die Parteien und der Kindsvertreter wurden zur Verhandlung über die vorsorglichen Massnahmen betreffend Kinderbelange auf den 15. April 2021 vorgeladen, zu welcher der Kläger, der Kindsvertreter sowie C._____ persönlich erschienen (vgl. Prot. Vi S. 35 ff.). Die Beklagte blieb der Verhandlung fern. Anlässlich dieser Verhandlung hörte die Einzelrichterin C._____ persönlich an – unter Ausschluss des Klägers und des Kindsvertreters (vgl. Prot. Vi S. 36 ff.). Im Anschluss begründete der Kindsvertreter sein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 19. Juli 2020 und stellte weiter den Antrag zur vorsorglichen Abänderung der Unterhaltsbeiträge für C._____ (vgl. act. 6/133). Hierauf nahm der Kläger ebenfalls Stellung zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen (Prot. Vi S. 48 ff.), wobei er sich den Ausführungen des Kindsvertreters anschloss (vgl. Prot. Vi S. 48).

Mit Verfügung vom 27. Mai 2021 wurde die Einverständniserklärung der Beklagten zum Gesuch zur Erlangung des Schweizer Bürgerrechts von C._____ durch eine gerichtliche Zustimmung ersetzt und die Anträge abgewiesen, wonach der Beklagten die elterliche Sorge zu entziehen und die Kindesunterhaltsbeiträge zu erhöhen seien. Mit Ziff. 4 und 5 der Verfügung wurde die Entscheidgebühr betreffend vorsorgliche Massnahmen auf Fr. 1'500.– festgesetzt, dem Kläger vollum-

fänglich auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (vgl. act. 5).

1.3. Gegen die Verfügung vom 27. Mai 2021 erhob der Kläger am 19. Juli 2021 rechtzeitig eine Kostenbeschwerde beim Obergericht Zürich und stellte folgende Anträge (vgl. act. 2, zur Rechtzeitigkeit vgl. act. 6/146):

" 1. Disp. Ziff. 4. und 5. der Verfügung vom 27. Mai 2021 des Einzelgerichtes am Bezirksgericht Meilen seien aufzuheben und durch folgende Fassung zu ersetzen:

"Es werden keine Gerichtskosten erhoben."

Bzw. (im Falle der Erhebung von Gerichtskosten)

"Die Gerichtskosten werden auf die Gerichtskasse genommen."

Eventualiter:

"Die Gerichtskosten werden den Parteien je hälftig auferlegt, der Anteil des Klägers jedoch zufolge unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse genommen."

2. Es seien keine Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren zu erheben.

Eventualiter seien die Gerichtskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen; der Anteil des Klägers sei jedoch zufolge unentgeltlicher Rechtspflege auf die Gerichtskasse zu nehmen.

3. Dem Kläger sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, und zwar sowohl für das vorinstanzliche Verfahren wie auch das Beschwerdeverfahren."

Die Akten der Vorinstanz wurden beigezogen (act. 6/1-151). Mit Verfügung vom 31. August 2021 wurde der Beklagten Frist zur Beschwerdeantwort angesetzt (vgl. act. 8). Die Mitteilung an die Beklagte erfolgte durch Publikation im Amtsblatt (Art. 141 Abs. 1 lit. c ZPO). Wenn eine Partei in erster Instanz einen Zustellbevollmächtigten im Sinne von Art. 140 ZPO bezeichnet, gilt das ohne Weiteres auch für das anschliessende Rechtsmittelverfahren. Entsprechendes ist anzunehmen, wenn die Partei der diesbezüglichen Aufforderung nicht nachgekommen ist und die Entscheide daher durch Publikation mitgeteilt worden sind: Auch das Obergericht kann (und muss) seine Entscheide der Partei durch Veröffentlichung im Amtsblatt eröffnen (vgl. OGer ZH LB140076 vom 31. Oktober 2014 E. 2.2.). Die Beklagte unterliess es, trotz Aufforderung eine Zustelladresse in der Schweiz

zu bezeichnen (vgl. act. 6/36 f. und act. 6/54 sowie act. 6/110 und act. 6/121), weshalb ihr die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid mittels amtlicher Publikation mitteilte und das Gleiche mit der Verfügung vom 31. August 2021 geschah. Innert Frist ging keine Antwort beim Obergericht ein. Das Verfahren ist spruchreif.

1.4. Die Beschwerde ist gestützt auf Art. 319 lit. b Ziff. 1 ZPO in Verbindung mit Art. 110 ZPO zulässig. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung und die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhaltes geltend gemacht werden (Art. 320 ZPO). Neue Anträge, neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel sind ausgeschlossen (Art. 326 Abs. 1 ZPO).

2.

2.1. Die Gerichtskosten setzen sich zusammen aus den Pauschalen für das Schlichtungsverfahren, den Pauschalen für den Entscheid (Entscheidgebühr), die Kosten der Beweisführung, die Kosten für die Übersetzung und die Kosten für die Vertretung des Kindes (vgl. Art. 95 Abs. 2 ZPO). Gemäss Kläger ist die separate Festlegung von Kosten für ein Massnahmeverfahren in familienrechtlichen Verfahren praxisfremd, erst recht wenn der urteilsfähige Sohn den Massnahmeprozess führe (vgl. act. 2 N 12). Die Erhebung separater Kosten in familienrechtlichen Massnahmeverfahren mag zwar in der Praxis eher eine Ausnahme sein. Die Vorinstanz war aber befugt, für den angefochtenen Massnahmenentscheid Kosten zu erheben (Art. 104 Abs. 3 ZPO e contrario). Sie hatte dies im Übrigen auch schon im früheren Massnahmenentscheid im vorliegenden Scheidungsverfahren vom 7. Februar 2018 gemacht (vgl. act. 67).

2.2. Der Kläger ist der Ansicht, die Vorinstanz habe die Begründungspflicht verletzt, weil sie sich weder zur Festsetzung der Gerichtskosten noch zu deren Verteilung geäussert habe (vgl. act. 2 N 13). Dem ist zuzustimmen, da die Höhe der Entscheidgebühr und die Kostenaufgabe nicht ansatzweise begründet wurden. Zumindest eine minimale Begründung braucht es auch bei der Kostenregelung. Gestützt auf die nachfolgenden Erwägungen kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs jedoch als im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt betrachtet werden.

2.3. In seiner Beschwerde verweist der Kläger auf die Kostenregelung im Entscheid PC180033 des Obergerichts Zürich vom 4. Februar 2019, welcher Entscheid ebenfalls die Kindsvertretung im vorliegenden Scheidungsverfahren betraf. Das Obergericht habe damals die Beschwerde des Kindsvertreters von C. _____ gutgeheissen, habe Rechtsanwalt Y. _____ als Kindsvertreter eingesetzt und habe entschieden, dass dieser aus der Gerichtskasse bezahlt werde. Zudem habe es das Obergericht als angemessen erachtet, die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens auf die Staatskasse zu nehmen. Nach Treu und Glaube habe er (der Kläger) davon ausgehen können, dass die Kosten der Kindsvertretung wiederum auf die Staatskasse genommen würden (vgl. act. 2 N 2 und 8).

Aus dem zitierten Entscheid des Obergerichts konnte der Beschwerdeführer jedoch nicht ableiten, dass die Gerichtskosten für das Massnahmenverfahren (inkl. der Kindsvertretungs-Kosten als Teil der Gerichtskosten) dem Staat auferlegt würden. Die Beschwerde des Kindsvertreters wurde damals zwar tatsächlich gutgeheissen und Rechtsanwalt Y. _____ wurde rückwirkend ab dem 23. Dezember 2016 bis zum 22. April 2018 als Kindsvertreter im Scheidungsverfahren bestellt. Die Sache wurde jedoch an die Vorinstanz zurückgewiesen, um die Entschädigung des Kindsvertreters festzusetzen. Dies mit den Hinweisen, dass die Entschädigung zwar einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen sei, die definitive Verlegung jedoch dem vorinstanzlichen Endentscheid vorbehalten bleibe. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren wurden sodann nur deshalb gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse genommen, weil die Parteien sich nicht zur strittigen Frage geäussert hatten bzw. der Kläger die Kindsvertretung und damit die Gutheissung der Beschwerde gar begrüsst hatte (vgl. act. 3/2 E. II.5.2 und III.1).

Der Kläger verweist weiter auf den Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 2. Mai 2017. Auch in diesem Entscheid aus dem vormaligen Scheidungsverfahren sei Rechtsanwalt Y. _____ als Kindesverfahrensvertreter bestellt und seine Kosten und die Gerichtskosten auf die Staatskasse genommen worden (vgl. act. 2 N 9). Auch dort hatte das Gericht jedoch die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit diese die Entschädigung des Kindsvertreters be-

ziffern und anschliessend gemäss den einschlägigen zivilprozessualen Bestimmungen verlegen konnte. Die Kosten für das Beschwerdeverfahren wurden gestützt auf Art. 107 Abs. 2 ZPO auf die Staatskasse genommen; die Parteien hatten sich nicht am Verfahren beteiligt (vgl. act. 3/4 E. 3.3, 4.1 und 4.3). Auch aus diesem Entscheid konnte der Beschwerdeführer somit nicht ableiten, dass die Massnahmenkosten auf die Staatskasse genommen würden.

Der Kläger bemängelt schliesslich, die Vorinstanz habe sich nicht zum Antrag des Kindsvertreters vom 19. Juli 2020 geäussert, er sei "auf Kosten des Staates als C. _____s Kindsvertreter" zu bestellen (vgl. act. 2 N 7). Bei diesem Antrag ging es aber lediglich darum, die Kosten einstweilen auf die Staatskasse zu nehmen, bis entschieden wird, wer die Kosten der Kindsvertretung als Teil der Gerichtskosten (des Massnahmenverfahrens bzw. des Hauptverfahrens) zu tragen hat. Es ging nicht darum, dass die Kosten der Kindsvertretung definitiv auf die Staatskasse genommen werden sollten. Dieser Antrag ist damit kein Argument gegen die definitive Auferlegung der Kindsvertreterkosten an die Parteien als Teil der Gerichtskosten für das Massnahmeverfahren. Und gegen die hier strittige Auferlegung der separaten Massnahmen-Entscheidgebühren im Sinne von Art. 95 Abs. 2 lit. b ZPO an die Parteien spricht dieser Antrag ohnehin nicht.

Damit ist der Hauptantrag 1 der Beschwerde abzuweisen.

2.4. Werden in einem Verfahren über vorsorgliche Massnahmen separate Gerichtskosten erhoben, sind die Parteien gemäss den normalen zivilprozessualen Regeln kosten- und entschädigungspflichtig. Die Gerichtskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO), soweit keine Verteilung nach Ermessen erfolgt (vgl. Art. 107 ZPO) oder unnötige Prozesskosten zu verteilen sind (vgl. Art. 108 ZPO).

Bei Kinderbelangen geht die Praxis der Kammer dahin, dass die Verfahrenskosten in der Regel gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO den Parteien je zur Hälfte auferlegt werden, sofern keine Hinweise dafür vorliegen, dass eine Partei nicht im Kindesinteresse handelte. Dies kann dem Kläger im vorliegenden Verfahren, in dem er die Anträge des Kindesverfahrensvertreters unterstützte, nicht vorgewor-

fen werden. Angesichts der Tatsache, dass das Kind bzw. dessen Vertreter das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen stellte und die Eltern eine gemeinsame Verantwortung für das Kind tragen, hätte die Vorinstanz die Kosten zur Hälfte der Mutter auferlegen müssen. Entsprechend ist der Eventualantrag 1 der Beschwerde gutzuheissen und Dispositiv-Ziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung aufzuheben. Die Gerichtskosten für den vorinstanzlichen Entscheid sind dem Kläger und der Beklagten je zur Hälfte aufzuerlegen.

3.

3.1. Weil die Beschwerde grundsätzlich berechtigt war, ist auf die Erhebung von Kosten für das Beschwerdeverfahren zu verzichten. Parteientschädigungen für das Beschwerdeverfahren sind keine zuzusprechen, da keine solchen beantragt wurden.

3.2. Mit Beschwerdeantrag 3 stellt der Kläger nicht nur ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren, sondern auch für das vorinstanzliche (Massnahme-)Verfahren. Er führt in der Beschwerde aus, sein rechtliches Gehör sei verletzt worden, denn er habe bis zum heutigen Tag keine Gelegenheit von der Vorinstanz bekommen, um sich zu einer allfälligen Kostenverlegung zu äussern (vgl. act. 2 N 22). Wie dargelegt wurden dem Kläger im vorinstanzlichen Verfahren bereits mit Entscheid vom 7. Februar 2018 separate Kosten für einen Massnahmenentscheid auferlegt, und zwar unter Hinweis auf Art. 104 Abs. 3 ZPO (vgl. act. 67). Der Kläger musste demnach mit einer separaten Kostenerhebung auch für das zweite Massnahmeverfahren rechnen und er hätte sich im Schreiben vom 2. März 2021 oder im Rahmen der Verhandlung entsprechend zu den Kostenfolgen äussern und auch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege stellen können. Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor und auf das neue, verspätete Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Massnahmenverfahren ist nicht einzutreten, da die Vorinstanz in Ermangelung eines entsprechenden Antrags nicht darüber entschieden hat und es somit an einem Anfechtungsobjekt fehlt.

3.3. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ist nach dem Verzicht auf die Erhebung von Kosten mit Bezug auf die Befreiung von den Gerichtskosten gegenstandslos und kann abgeschrieben werden, während es mit Bezug auf die Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes gutgeheissen werden kann: Der Kläger ist aufgrund der aktuellen finanziellen Verhältnissen als mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO zu betrachten (vgl. act. 2 N 17 ff., act. 3/7-16 und act. 6/131/46). Die Rechtsbegehren im Beschwerdeverfahren waren im Übrigen nicht aussichtslos. Auch war der Beizug eines Anwaltes in der nicht einfachen Sache geboten. Die unentgeltliche Rechtspflege ist daher mit Bezug auf die Bestellung von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ als unentgeltliche Vertreterin zu bewilligen. Der Kläger ist zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald er dazu in der Lage ist (vgl. Art. 123 ZPO). Die Entschädigung der unentgeltlichen Rechtsvertreterin ist in einem separaten Beschluss unter Berücksichtigung der Aufwandübersicht der Rechtsvertreterin festzusetzen (vgl. § 23 Abs. 2 AnwGebV).

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das vorinstanzliche Massnahmeverfahren wird nicht eingetreten.
2. Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren wird mit Bezug auf die Befreiung von den Gerichtskosten abgeschrieben und mit Bezug auf die Bestellung einer Rechtsbeiständin oder eines Rechtsbeistandes gutgeheissen.
3. Dem Kläger wird für das Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

4. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv-Ziffer 5 der Verfügung des Bezirksgerichts Meilen vom 27. Mai 2021 aufgehoben und durch die folgende Fassung ersetzt:
 - "5. Die Gerichtskosten für den Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen werden dem Kläger und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt und mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 750.– zu ersetzen."

Im darüber hinausgehenden Umfang wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren fallen ausser Ansatz.
3. Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Kläger, den Kindesverfahrensvertreter (unter Beilage von Doppel der act. 2 und act. 3/1-16) und das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein, sowie an die Beklagte durch Publikation im kantonalen Amtsblatt.

Die erstinstanzlichen Akten gehen nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist an die Vorinstanz zurück.

5. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG.
Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt
Fr. 1'500.—.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am: