

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LY160028-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter Dr. H.A. Müller und Oberrichter lic. iur. M. Spahn sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. P. Kunz Bucheli

## Beschluss vom 22. November 2017

in Sachen

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

Beklagte und Berufungsklägerin

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

gegen

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

Kläger und Berufungsbeklagter

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

sowie

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

Verfahrensbeteiligter

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

betreffend **Ehescheidung (vorsorgliche Massnahmen)**

**Berufung gegen eine Verfügung des Einzelgerichts im ordentlichen Verfahren am Bezirksgericht Zürich, 5. Abteilung, vom 15. Juli 2016 (FE120757-L)**

### **Erwägungen:**

1. Die Parteien stehen seit September 2012 vor Vorinstanz im Ehescheidungsverfahren (Urk. 8/1). Einer der Hauptstreitpunkte ist - wie bereits im vorangegangenen Eheschutzverfahren - die Regelung der Kinderbelange für den gemeinsamen Sohn C.\_\_\_\_\_, geboren am tt.mm.2006. Mit Verfügung vom 7. April 2016 entzog der Vorderrichter aufgrund des Gutachtens von Dr. D.\_\_\_\_\_ vom 22. Februar 2016 beiden Parteien im Sinne einer superprovisorischen Massnahme die Obhut sowie das Aufenthaltsbestimmungsrecht über C.\_\_\_\_\_ und ordnete dessen Fremdplatzierung im E.\_\_\_\_\_, Krisenintervention ..., in Zürich an (Urk. 8/231).

b) Nach Durchführung der Massnahmenverhandlung vom 17. Mai 2016 erliess der Vorderrichter am 15. Juli 2016 eine Verfügung betreffend vorsorgliche Massnahmen, mit welcher er im Wesentlichen die bereits superprovisorisch angeordnete Fremdplatzierung von C.\_\_\_\_\_ (zunächst weiterhin im E.\_\_\_\_\_ und ab 26. Juli 2016 im Kinder- und Jugendheim F.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_) bestätigte und die dafür nötigen Begleitregelungen, insbesondere Entzug der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Parteien und Regelung des Besuchsrechts beider Parteien, traf (Urk. 2 S. 48ff.).

2. a) Gegen diese Verfügung erhob die Beklagte und Berufungsklägerin (fortan Beklagte) mit Eingabe vom 28. Juli 2016 innert Frist Berufung, wobei sie hauptsächlich die Aufhebung der Fremdplatzierung von C.\_\_\_\_\_ und dessen Rückplatzierung bei ihr beantragte (Urk. 1 S. 2). In prozessualer Hinsicht verlangte sie, es sei hinsichtlich der Fremdplatzierung ihrer Berufung die aufschiebende Wirkung zu erteilen, es sei ein Obergutachten einzuholen und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte (fortan Kläger) zu verpflichten, ihr für das Berufungsverfahren einen Prozesskostenvorschuss von Fr. 8'000.- zuzüglich Mehrwertsteuer zu bezahlen; eventualiter sei ihr die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen (Urk. 1 S. 3).

b) Mit Verfügung vom 8. August 2016 wies die Präsidentin der Kammer den Antrag der Beklagten um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ab (Urk. 9 S. 9, Dispositiv-Ziffer 1). Mit Beschluss vom 16. August 2016 trat die Kammer ferner auf den Antrag der Beklagten betreffend Zusprechung eines Prozesskostenvorschusses sowie auf ihren Eventualantrag betreffend Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mangels Begründung nicht ein (Urk. 10 S. 4, Dispositiv-Ziffer 1). Ferner setzte ihr die Kammer eine 10-tägige Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'500.– für das Berufungsverfahren an (Urk. 10 S. 4, Dispositiv-Ziffer 2).

c) Nachdem die Beklagte mit Eingabe vom 18. August 2016 mitteilte, dass sie den Beschluss vom 16. August 2016 beim Bundesgericht anfechten werde, weshalb sie die Abnahme der Frist zur Leistung des Kostenvorschusses beantrage, bis das Bundesgericht über ihre Beschwerde entschieden habe (Urk. 11 S. 2f.), erstreckte die Präsidentin der Kammer mit Verfügung vom 23. August 2016 die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses letztmals bis 21. September 2016, mithin bis zum definitiven Nachweis der Beschwerdeerhebung an das Bundesgericht durch die Beklagte (Urk. 14 S. 3). Mit Eingabe vom 20. September 2016 erbrachte die Beklagte den entsprechenden Nachweis (Urk. 16 und 17 sowie 21/1-2), weshalb ihr mit Präsidialverfügung vom 23. September 2016 die mit Beschluss vom 16. August 2016 angesetzte Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 5'500.– bis zum Entscheid des Bundesgerichts über ihre Beschwerde vom 19. September 2016 einstweilen abgenommen wurde (Urk. 22 S. 2f.).

d) Mit Urteil vom 19. Juli 2017 trat das Bundesgericht auf die von der Beklagten gegen den Beschluss der Kammer vom 16. August 2016 erhobene Beschwerde nicht ein (Urk. 25 S. 6, Dispositiv-Ziffer 1).

3. a) Die Vorinstanz hat am 11. August 2017 erneut einen Entscheid betreffend vorsorgliche Massnahmen gefällt, wobei sie die Kinderbelange neu regelte. Durch diesen Entscheid wurden sämtliche von der Beklagten mit ihrer Berufungsschrift vom 28. Juli 2016 angefochtenen Dispositiv-Ziffern abgeändert (Urk. 8A/337 S. 93ff., Dispositiv-Ziffern 1, 2, 3 und 6). Mit Verfügung vom 19. Septem-

ber 2017 wurden die Parteien daher darauf hingewiesen, dass der angefochtene Entscheid vom 15. Juli 2016 aktuell keine Rechtswirkungen mehr habe und damit das vorliegende Berufungsverfahren als gegenstandslos abzuschreiben sein werde (Urk. 26 S. 3). Den Parteien wurde daher Gelegenheit gegeben, zur Erledigung des vorliegenden Berufungsverfahrens sowie zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen Stellung zu nehmen (Urk. 26 S. 3, Dispositiv-Ziffer 1).

b) Mit Eingabe vom 21. September 2017 nahm der Prozessbeistand von C.\_\_\_\_\_ dahingehend Stellung, dass gegen die in Aussicht gestellte Erledigung des Berufungsverfahrens nicht opponiert werde und die Kosten des Berufungsverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen seien, da die Beklagte durchaus aus achtenswerten Gründen den C.\_\_\_\_\_ betreffenden Entscheid der Vorinstanz angefochten habe (Urk. 27). Gleichzeitig reichte er seine Honorarnote für das Berufungsverfahren ein, womit er eine Entschädigung von Fr. 299.10 inklusive 8 % Mehrwertsteuer geltend machte (Urk. 28).

c) Mit Eingabe vom 27. September 2017 beantragte der neu mandatierte Rechtsvertreter der Beklagten, Rechtsanwalt lic. iur. X.\_\_\_\_\_, das Berufungsverfahren sei als gegenstandslos abzuschreiben, die Gerichtskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen, und auf die Ausrichtung von Parteientschädigungen sei zu verzichten (Urk. 30 S. 2).

d) Der Kläger teilte mit Eingabe vom 29. September 2017 mit, dass er gegen die in Aussicht gestellte Erledigung des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht opponiere, beantragte aber, die Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens seien der Beklagten aufzuerlegen, welche durch ihr Verhalten den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz weitgehend selber verschuldet habe, indem sie sich wiederholt nicht an klare Vorgaben gehalten habe (Urk. 31). Weiter machte der Kläger für das Berufungsverfahren pauschal eine Parteientschädigung von Fr. 400.– inklusive Mehrwertsteuer geltend; dies bei einem Aufwand von rund eineinhalb Stunden (Urk. 31 S. 1). Ausserdem erklärte sich der Kläger ausdrücklich einverstanden mit der Honorarnote des Prozessbeistandes von C.\_\_\_\_\_ (Urk. 31 S. 2).

e) Die Stellungnahmen der Parteien und des Verfahrensbeteiligten wurden den jeweiligen (Gegen-)Parteien und dem Verfahrensbeteiligten je zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 27, 30 und 31). Ausserdem wurde die Honorarnote des Prozessbeistandes von C.\_\_\_\_\_ beiden Parteien zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 28).

4. Die Vorinstanz regelte mit ihrem Massnahmenentscheid vom 11. August 2017 die von der Beklagten mit ihrer Berufung vom 28. Juli 2016 angefochtenen Kinderbelange neu und hob sämtliche von der Beklagten mit der vorliegenden Berufung angefochtenen Dispositiv-Ziffern auf (Urk. 8A/337 S. 95ff.). Alle angefochtenen Regelungen, insbesondere jene über das Aufenthaltsbestimmungsrecht und die Obhut über den Sohn C.\_\_\_\_\_ sowie das Besuchsrecht der Beklagten, haben lediglich in der Vergangenheit Wirkung gezeigt, während sie inzwischen keine praktische Bedeutung mehr haben. Das Rechtsschutzinteresse der Beklagten an der materiellen Behandlung ihrer Berufung ist somit dahingefallen. Das Berufungsverfahren ist daher zufolge Gegenstandslosigkeit als erledigt abzuschreiben (Art. 242 ZPO).

5. a) Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 sowie § 10 Abs. 1 Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 auf Fr. 1'200.– festzusetzen.

Auch die Kosten für den Aufwand des Kindsvertreters gehören zu den Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO). Rechtsgrundlage für die Festsetzung der Entschädigung der durch einen Anwalt oder eine Anwältin wahrgenommenen Kindsvertretung ist im Kanton Zürich die Anwaltsgebührenverordnung (§ 1 AnwGebV, BGE 142 III 153 E. 5.3.4.2.). Der geltend gemachte Stundenaufwand ist ausgewiesen und erscheint als angemessen. Der veranschlagte Stundenansatz von Fr. 220.– [Fr. 275.– : 1,25 Stunden]; vgl. Urk. 28) wird den vorliegenden finanziellen Verhältnissen gerecht und bewegt sich im Rahmen der Anwaltsgebührenverordnung (vgl. § 3 Abs. 1 AnwGebV). Zu vergüten sind ausserdem die Barauslagen (§ 1 Abs. 2 und § 22 Abs. 1 AnwGebV) sowie die Mehrwertsteuer. Insgesamt ist Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ als Prozessbeistand von C.\_\_\_\_\_ im

geltend gemachten Umfang von Fr. 275.– zuzüglich Barauslagen von Fr. 2.– sowie 8 % Mehrwertsteuer auf Fr. 277.–, mithin mit total Fr. 299.15, zu entschädigen (Urk. 28).

b) Das Gericht kann von den Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Dabei hat das Gericht bei der Kostenverteilung zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zur Klage gegeben hat und wie der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre. Die Prozessaussichten sind ohne Verursachung weiterer Umtriebe im Einzelnen zu prüfen. Dabei muss es bei einer knappen Prüfung aufgrund der Aktenlage sein Bewenden haben; es soll nicht auf dem Weg über den Kostenentscheid ein quasi materielles Urteil gefällt werden. Lässt sich der mutmassliche Ausgang des Verfahrens – wie dies vorliegend der Fall ist; insbesondere aufgrund des Umstandes, dass sich der Kläger bisher weder zum Verfahren vor der Vorinstanz noch zum Beschwerdeverfahren äussern konnten – nicht ohne weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessuale Kriterien zurückzugreifen (Urwylter/Grütter, DIKE-Komm-ZPO, Art. 107 N 8).

Eine Übernahme der Kosten durch die Staatskasse, wie dies von der Beklagten beantragt wird (Urk. 30 S. 2), kommt nicht in Betracht, da es sich bei den Kosten des vorliegenden Berufungsverfahrens nicht um solche handelt, die weder von einer Partei noch von Dritten verursacht worden sind (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Vielmehr gehört es zum allgemeinen Prozessrisiko, dass ein Zwischenentscheid allenfalls bereits durch einen neuen (Zwischen-)Entscheid überholt wird, während noch ein Rechtsmittelverfahren pendent ist.

Vorliegend ist hinsichtlich der Kostenaufgabe allerdings zu beachten, dass vorab die Fremdplatzierung von C.\_\_\_\_\_ sowie die weitere Regelung der Kinderbelange Gegenstand des Berufungsverfahrens waren. Nach ständiger Praxis und im Sinne von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO sind die Kosten des Verfahrens mit Bezug auf die Kinderbelange unabhängig vom Ausgang des Verfahrens den Parteien je hälftig aufzuerlegen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe zur Antragsstellung hatten. Vorliegend besteht trotz der Ge-

genstandslosigkeit des Verfahrens keine Veranlassung, von dieser Praxis abzuweichen, so dass es sich - selbst wenn der Kläger vorliegend noch gar keine eigenen Anträge im Berufungsverfahren stellen konnte - rechtfertigt, die Kosten des Berufungsverfahrens inklusive der Kosten des Prozessbeistandes von C.\_\_\_\_\_ den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Angesichts der hälftigen Kostenaufgabe sind sodann keine Parteientschädigungen zuzusprechen (Art. 106 Abs. 2 ZPO in Verbindung mit Art. 95 Abs. 3 ZPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Das Berufungsverfahren wird als erledigt abgeschrieben.
2. Rechtsanwalt lic. iur. Z.\_\_\_\_\_ wird für seine Bemühungen und Barauslagen als Prozessbeistand von C.\_\_\_\_\_ für das Berufungsverfahren mit Fr. 299.15 (inklusive 8 % Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse entschädigt.
3. Die Entscheidegebühr (Pauschalgebühr) für das Berufungsverfahren wird festgesetzt auf:

Fr.	1'200.-	;	die weiteren Auslagen betragen:
Fr.	299.15		Honorar Prozessbeistand von C._____
<b>Fr.</b>	<b>1'499.15</b>		<b>Total</b>
4. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
5. Es werden für das Berufungsverfahren keine Parteientschädigungen zugesprochen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Obergerichtskasse 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 in einem Verfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen im Sinne von Art. 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, 22. November 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. P. Kunz Bucheli

versandt am:  
mc