

**Art. 106 ZPO, Kostenfolgen. Partei-Entschädigung zu Lasten des Staates? Allgemeine Voraussetzungen und Anwendungsfall. Ausnahme vom Antragserfordernis (E. 4).**

Die nicht verheirateten Eltern eines Sohnes stehen im Streit um die persönlichen Kontakte des Vaters zum Kind. Die KESB ordnete mit Einverständnis der Eltern eine Mediation an, die vorerst zu keinem Ergebnis führte.

Mit Schreiben vom 24. Februar 2014 regten die Mediatoren an, die Mediation bis nach den Sommerferien zu sistieren, was auch dem übereinstimmenden Wunsch der Eltern entspreche. Am 5. März 2014 teilte das Sekretariat der KESB den Mediatoren mit Kopie an die Eltern mit, die Behörde habe gegen diese Sistierung nichts einzuwenden. Mit e-mail vom folgenden Tag teilte der Vater mit, er habe zwar einer Pause von sechs Monaten zuerst zugestimmt, das nehme er aber jetzt zurück: die Mediation habe keinen Erfolg gebracht, sie sollte daher abgebrochen und nicht nur unterbrochen werden. Anderer Meinung war der Beistand, der in einem Schreiben vom 1. April 2014 an die KESB die Auffassung vertrat, als Beistand könne er in der verfahrenen Situation der Eltern nichts ausrichten, und diese sollten mit einer Weiterführung der Mediation (allenfalls durch eine andere Stelle) in Pflicht genommen werden.

Am 14. April 2014 verfügte der Präsident der KESB die Sistierung der Mediation bis Ende August 2014 unter gleichzeitiger Aufhebung der Sistierung der Beistandschaft für diese Zeit. Dagegen führte der Vater Beschwerde an den Bezirksrat. Am 21. Mai 2014 zog der Präsident der KESB seinen Entscheid über die Sistierung der Mediation in Wiedererwägung und hob ihn (einstweilen ersatzlos) auf. Der Bezirksrat schrieb unter Bezugnahme darauf sein Beschwerdeverfahren am 11. Juni 2014 ab. Er erhob keine Kosten und sprach keine Parteientschädigung zu. Dagegen richtet sich die Beschwerde.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1 Es geht um die Frage der Belastung der öffentlichen Hand mit Prozesskosten. Diese umfassen einerseits die Gerichtskosten, andererseits die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

Traditionell erheben die Gerichte keine *Gerichtskosten* von dem Gemeinwesen, welches sie selber trägt (Art. 66 Abs. 4 BGG, § 203 Ziff. 1 GVG/ZH, § 200 GOG). Es wäre ein unnötiger Leerlauf, innerhalb des nämlichen Gemeinwesens Geld von einer Kostenstelle zur anderen zu verschieben (Hauser/Schweri, Kommentar zum Zürcher GVG, § 203 N. 3). Etwas anders stellt sich die Frage bei verschiedenen Gemeinwesen. Während nach alter Ordnung die zürcherischen Gemeinden ebenfalls grundsätzlich keine Gerichtskosten zu zahlen hatten (§ 203

Ziff. 2 GVG/ZH), ist diese Privilegierung dem neuen Recht nicht mehr bekannt (§ 200 Abs. 1 GOG). Die Merkwürdigkeit, dass der Bund die Zürcher Gemeinden grosszügiger behandelt als deren eigener Kanton (Art. 66 Abs. 4 BGG) braucht hier nicht vertieft zu werden, denn im heute zu beurteilenden Fall wurden gar keine Gerichtskosten erhoben.

Der Beschwerdeführer beansprucht eine *Parteientschädigung* für das Verfahren des Bezirksrates. Da die Mutter von ... ins Verfahren nicht einbezogen wurde, kann als zu Verpflichtende nicht sie gemeint sein. Das ist vielmehr die KESB, deren Verfahren die Beschwerde als fehlerhaft bezeichnet (dass der Bezirksrat als Beschwerdegegner bezeichnet wird, ist offensichtlich ein blosser Schreibfehler).

Als Grundlage für eine Entschädigung kommen die Zivilprozessordnung (dazu Art. 450f. ZGB; auf § 60 Abs. 6 EG ZGB ist zurückzukommen) oder das kantonale Haftungsgesetz in Frage. Das letztere setzt allerdings ein Vorverfahren voraus, das hier nicht durchgeführt worden ist, und das Obergericht wäre nicht die erste anzurufende Instanz (§§ 22 f. und 19 Haftungsgesetz LS 170.1). Im Folgenden ist daher nur die zivilprozessuale Situation zu vertiefen.

Behörden und Gerichte handeln zunächst in aller Regel nicht als Partei. Dass "die Prozesskosten ... der unterliegenden Partei auferlegt [werden]" (Art. 106 Abs. ZPO), gibt daher vorerst keine Handhabe für eine Prozessentschädigung zu Lasten des Staates. Wenn ein Verfahren wie üblich zwischen zwei privaten Parteien abläuft, gibt es auch typischerweise ein Unterliegen (wenn auch vielleicht anteilig), und die Kosten werden den Parteien nach den Regeln von Art. 106 ZPO auferlegt. Anders ist es im Einparteien-Verfahren, und wenn wie hier vor dem Bezirksrat nur eine Partei in ein Rechtsmittelverfahren involviert ist oder doch die Gegenpartei auf Anträge verzichtet (beantragt eine Partei die Abweisung des Rechtsmittels, identifiziert sie sich dadurch mit der angefochtenen Anordnung, und wenn das Rechtsmittel gutgeheissen wird, gehen die Kosten nach traditioneller Auffassung und fester Praxis zu ihren Lasten, auch wenn der Ausgang des Rechtsmittelverfahrens bedeutet, dass der angefochtene Entscheid - vielleicht grob - fehlerhaft war). Dann stellt sich die Frage, ob die Vorinstanz nicht

doch sozusagen mangels eines privaten Gegners als Gegenpartei in einem funktionalen Sinn betrachtet werden muss. Das Bundesgericht hat so entschieden für den Fall, dass eine Partei sich wegen Rechtsverzögerung im Sinne von Art. 319 lit. c ZPO beschwert (BGE 139 III 471 ff., 475). Das widerspricht wohl der bisherigen Praxis auch der erkennenden Kammer, welche in der Literatur zustimmend referiert wurde. Die Kammer teilt aber nicht die Auffassung der I. Zivilkammer, dass dem Entscheid des Bundesgerichts einstweilen nicht gefolgt werden solle (OGerZH PC130059 vom 7. Januar 2014), sondern möchte versuchen, den Entscheid auf eine gangbare Weise umzusetzen.

Die Diskussion einer dem Beschwerdeführer auszurichtenden Entschädigung wäre obsolet, wenn der Kanton Zürich das ausgeschlossen hätte - wie es das Bundesgericht im soeben zitierten Entscheid vorbehält. Dafür läge die (Bundes-) rechtliche Grundlage in Art. 116 Abs. 1 ZPO. Der Kanton Zürich hat sich selber wie vorstehend ausgeführt mit § 200 GOG von Gerichtskosten dispensiert. Im Gesetz wird der Ausdruck Gerichtskosten spezifisch für die vom Gericht für seine Aufwendungen erhobenen Kosten verwendet (Art. 95 Abs. 2 ZPO). Die Parteientschädigung, welche die eigenen Kosten der Prozessparteien meint (Art. 95 Abs. 3 ZPO), ist etwas Anderes, und beides zusammen steht unter dem Oberbegriff der Prozesskosten (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Da § 1 lit. b GOG ausdrücklich die Ausführung der Zivilprozessordnung zu ihrem Zweck erklärt, ist diese Terminologie gegeben. Der Kanton Zürich hat demnach weder sich selber noch seine Gemeinden und die in § 203 GVG/ZH noch genannten "übrigen öffentlichrechtlichen Körperschaften und Anstalten" vom Zahlen einer Parteientschädigung generell dispensiert. Daran änderte es im Übrigen nichts, wenn man - was vorstehend abgelehnt wurde - die Regel von § 200 GOG auf alle Prozesskosten (also auf Gerichts- und Parteikosten) anwenden wollte. Die KESB sind keine Organe des Kantons, sondern einer oder mehrerer Gemeinden (dazu §§ 2 und 3 EG KESR), und der Dispens bezieht sich unzweifelhaft einzig auf den Kanton.

Wie bereits ausgeführt, stellt sich die Frage der einer Behörde oder einem Gericht aufzuerlegenden Entschädigung dann nicht, wenn es im betreffenden Verfahren eine unterliegende private Partei gibt - und das ist in der Praxis doch

die weit überwiegende Mehrzahl der Fälle. Es kommt hinzu, dass es im System des Rechtsmittelzuges zu unterschiedlichen Entscheidungen der verschiedenen Instanzen kommen kann, ohne dass die von der oberen Instanz abgelehnte Auffassung der ersten Instanz qualifiziert unrichtig sein muss. Der Umstand allein, dass ein Entscheid im Rechtsmittelverfahren aufgehoben oder abgeändert wird, kann demnach auch dann keine Entschädigungspflicht auslösen, wenn es keinen kostenpflichtigen Privaten gibt. Das stimmt auch mit der Regelung des kantonalen Rechts für das Verwaltungsverfahren überein: im Rekursverfahren und im Verfahren vor Verwaltungsgericht kann die unterliegende Partei oder Amtsstelle zu einer angemessenen Entschädigung verpflichtet werden, (...) wenn *die angefochtene Anordnung offensichtlich unbegründet war* (§ 17 Abs. 2 VRG, Hervorhebung beigefügt).

Im Rahmen der ihm von Art. 450f. ZGB vorbehaltenen Ausführungsbestimmungen zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht hat der Kanton Zürich für die Verfahren der KESB festgelegt, "Parteientschädigungen werden in der Regel nicht zugesprochen" (§ 60 Abs. 6 EG KESR) - für die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen gilt die Einschränkung allerdings nicht, da der Verweis in § 73 EG KESR nur § 60 Abs. 1 EG KESR nennt. Auch im Verfahren der KESB gilt der Ausschluss nur "in der Regel". Im Sinne der anzustrebenden Kohärenz der Rechtsordnung dürfte es angezeigt sein, § 17 Abs. 2 VRG analog heranzuziehen, wenn sich die Frage der Entschädigung für ein Verfahren vor der KESB stellt. Heute ist das allerdings nicht Thema, sondern es geht um die Entschädigung für das Rechtsmittelverfahren.

Der Bezirksrat gilt als gerichtliche Instanz (§ 63 EG KESR). Die Bestimmungen über die Entschädigung in gerichtlichen Verfahren und die Praxis des Bundesgerichts dazu sind also direkt anwendbar.

Ob eine Parteientschädigung zu Lasten einer Behörde zuzusprechen ist, beurteilt sich wie erwähnt unter anderem danach, ob die Behörde materiell Parteistellung hat. Das Bundesgericht bejaht das wie gesehen für den Fall einer Rechtsverzögerungsbeschwerde (BGE 139 III 471 ff.). Bemerkenswerterweise betrifft jener Fall ein Zweiparteien-Verfahren - es kommt also nicht auf die formel-

le, sondern auf die materielle, faktische Parteistellung der Behörde an. Das ist dann anzunehmen, wenn eine Partei sich gegen eine qualifiziert unrichtige Anordnung wehrt - und die andere Partei sich mit dem fehlerhaften Entscheid im Rechtsmittelverfahren nicht identifiziert. Als Abgrenzungs-Kriterium kann gelten, ob das Beschwerdeverfahren und die damit verbundenen Kosten noch adäquat kausal damit verbunden sind, dass ein formelles Verfahren im Gange ist und dabei naturgemäss auch unter den Behörden unterschiedliche Auffassungen herrschen. Ist der Entscheid der KESB qualifiziert unrichtig, so dass eine adäquate Kausalität verneint werden muss und es etwa auch nicht gerechtfertigt wäre, die Verlegung der Kosten dem Endentscheid in der Sache vorzubehalten, kann das Anlass für das Zusprechen einer Parteientschädigung durch die KESB sein (ein ähnlicher Gedanke dürfte der Praxis des Bundesgerichtes zur Anwendung von Art. 66 und 68 BGG zugrunde liegen, vgl. etwa BGE 133 I 234). Dabei spielt durchaus mit, dass nicht mehr eine Gemeinde-eigene Laienbehörde, sondern ein interdisziplinäres und professionelles Fach-Gremium zuständig ist, welches höheren - auch formellen - Ansprüchen zu genügen hat.

3.2 Der Vater (Beschwerdeführer) argumentiert, mit der Beschwerde an den Bezirksrat habe er den Entscheid der KESB angefochten, weil dieser sich ausschliesslich auf den Bericht des Mediatoren-Teams stützte und in Verletzung des rechtlichen Gehörs die Empfehlung des Beistandes und die ausdrückliche Ablehnung der Sistierung durch ihn (den Vater) missachtete. Offenbar sei das auch für die Erstinstanz aufgrund der Beschwerde offenkundig geworden, sodass sie zur Wiedererwägung und Aufhebung des angefochtenen Sistierungs-Entscheidung kam. Die KESB entgegnet dazu, die monierten Elemente seien sehr wohl in die Beurteilung eingeflossen, und der Vater habe das rechtliche Gehör gehabt. Erst die Beschwerde habe eine Patt-Situation geschaffen. Nicht die wiedererwägungsweise Aufhebung des Entscheides zur Sistierung der Mediation sei ursächlich gewesen für das Verfahren vor dem Bezirksrat und die damit verbundenen Kosten, sondern die Beschwerde gegen die Sistierung. Der Entscheid sei in Wiedererwägung gezogen worden, weil das Desinteresse des Vaters sie habe obsolet werden lassen. Er habe übrigens an einer Aufhebung der Sistierung gar kein Interesse gehabt.

Die Argumentation des Vaters ist insofern richtig zu stellen, als es keine Verletzung des rechtlichen Gehörs bedeutet, dass der angefochtene Sistierungs-Entscheid nicht der Empfehlung des Beistandes folgte, die Beistandschaft wohl weiterzuführen, aber mit einem anderen Team - das wäre eine Frage der sachlichen Überprüfung gewesen. Der Sistierungs-Entscheid liest sich freilich, als hätte der Vater nie geschrieben, er erachte die Mediation als grundsätzlich untauglich. Das könnte als Gehörsverletzung beurteilt werden; immerhin muss sich ein Entscheid nicht notwendigerweise mit allen Vorbringen der Parteien auseinandersetzen, und offenkundig Irrelevantes darf unbeachtet bleiben. Das kann hier aus zwei Gründen offen bleiben:

Zum Einen lag die Verletzung des rechtlichen Gehörs nicht so sehr in der mangelnden Auseinandersetzung mit den vorliegenden Meinungen, als darin, dass der Vater zum Antrag des Beistandes nicht Stellung nehmen konnte. Vor der Anordnung der Mediation war dem Vater korrekt Frist zur Äusserung angesetzt worden. Vor dem Entscheid über die Sistierung hatte der Vater zwar seinen Standpunkt von sich aus eingebracht; zur Einschätzung der Situation und zum Antrag des Beistandes vom 1. April 2014 konnte er sich aber nicht äussern, weil ihm dieser Brief nicht zugestellt wurde. Dabei spielt es keine Rolle, dass der Beistand wie der Vater die Sistierung der Mediation ablehnte. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist unabhängig davon, ob die betreffende Behörde erkennt, was der Berechtigte allenfalls noch vortragen würde: er hat formell Anspruch darauf, sich zu allen mit der in Frage stehenden Unterlagen äussern zu können, bevor entschieden wird (BGE 138 I 154 E. 2.3.3 S. 157, 137 I 195 E. 2.3.1 S. 197, 133 I 100 E. 4.3-4.7 S. 102 ff.).

Zum Anderen kommt es nicht darauf an, wie die KESB schreibt, dass die Kosten des Verfahrens durch das Erheben der Beschwerde verursacht wurden - unter dem Aspekt der natürlichen Kausalität ist das selbstredend der Fall, aber nicht entscheidend. Wenn der angefochtene Entscheid qualifiziert unrichtig ist, überwiegt dieses Element.

Dass erst die Beschwerde eine (neue) Patt-Situation geschaffen habe, ist offenkundig unrichtig. Die Wiedererwägung stützt sich auf nichts, was nicht schon

am Datum des angefochtenen Entscheides bekannt gewesen wäre - insbesondere die Ablehnung der Mediation überhaupt durch den Vater (ob der Vorsitzende der Behörde das an sein Sekretariat gerichtete Schreiben des Vaters gekannt hatte, ist unerheblich; der Behörde war die Mitteilung bekannt, und wenn beim Nummerieren der Aktenstücke korrekt vorgegangen worden ist, lag das Papier auch bereits im Dossier). In der Vernehmlassung schreibt die KESB, das Desinteresse des Vaters an der Mediation habe die Sistierung obsolet werden lassen. Dass dieses Desinteresse bereits im Zeitpunkt des angefochtenen Sistierungs-Entscheides bekannt war, macht den letzteren also auch in der Einschätzung der KESB selber offensichtlich unbegründet.

Es macht endlich sehr wohl einen Unterschied, ob die Mediation nur sistiert oder gänzlich abgebrochen wird. Falls - wie es der Vater sieht - die Mediation keinen Sinn (mehr) hat, weil die Mutter sie nur zur Bekräftigung ihrer Position missbraucht, und wenn daran nichts zu ändern ist, hat eine blossе Sistierung keinen Sinn. Wie es sich damit verhält, muss heute offen bleiben. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, auf die Beschwerde des Vaters wäre mangels eines legitimen Interesses ohnehin nicht eingetreten worden.

Es sind damit die Voraussetzungen für das Ausrichten einer Partei-Entschädigung aus der Staatskasse ausnahmsweise erfüllt.

3.3 Der Vater verlangt eine Entschädigung von mindestens Fr. 2'000.--. Er macht geltend, seine Vertreterin habe einen Aufwand von "rund" Fr. 3'000.-- gehabt, und er offeriert das Nachreichen der Rechnung. Die Beschwerde ist innert der gesetzlichen Frist abschliessend zu begründen. Bei offenkundiger Unvollständigkeit der Vorbringen kann eine kurze Nachfrist gewährt werden (Art. 56 ZPO), gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien aber nur mit Zurückhaltung. Für eine ungewöhnlich hohe Parteientschädigung ist es nötig, den Aufwand im Einzelnen zu behaupten und zu belegen. Das musste dem Vater und seiner Vertreterin beim Abfassen der Beschwerde klar sein; eine Frist zum Nachreichen sachdienlicher Unterlagen ist daher nicht anzusetzen. Nach dem anwendbaren Tarif beträgt eine volle Entschädigung der Anwälte in nicht vermögensrechtlichen Sachen Fr. 1'400.-- bis Fr. 16'000.--, allerdings mit einer Reduktion auf einen Fünftel bis

zwei Drittel, wenn es nur um etwas Verfahrensleitendes geht, und mit einer weiteren Reduktion auf einen Fünftel bis auf die Hälfte, wenn in einem Rechtsmittelverfahren keine endgültige Erledigung der Sache erfolgt (§§ 5, 10 und 13 AnwGebVO). Angemessen ist hier eine Entschädigung von Fr. 1'200.--.

Wie gesehen sind die KESB Organe einer oder mehrerer Gemeinden. Im Zivilprozess ist es Praxis, die Parteistellung der Beteiligten genau abzuklären und allenfalls von Amtes wegen Korrekturen anzubringen - etwa wenn die Filiale einer Grossbank oder eine Verwaltungsabteilung des Kantons als Partei genannt wird. Im Verwaltungsrecht herrscht eine largere Auffassung. So kann wie gesehen eine "Amtsstelle" kostenpflichtig werden (§ 17 Abs. 2 VRG). Offenbar macht diese Unschärfe - wer wäre allenfalls zu betreiben ? - in der Praxis keine Probleme. Daher kann hier darauf verzichtet werden, die Organisation der KESB Meilen näher abzuklären.

4. Kosten sind bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zu erheben, auch wenn die KESB nicht formell kostenfrei sind.

Hingegen ist dem Beschwerdeführer auch für dieses Verfahren eine Entschädigung zuzusprechen. Er beantragt zwar Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners, und als solchen bezeichnet er den Bezirksrat. Dass dieser irgendeinen Fehler gemacht haben sollte, führt er gar nicht aus, und insofern mangelt es am grundsätzlich erforderlichen Antrag (BGE 139 III 334 E. 4.3). Das Bundesgericht stützt seinen Entscheid auf die Dispositionsmaxime - und gerade diese gilt im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes nicht. Die Kammer spricht daher in diesem Bereich eine Entschädigung für ihr Verfahren auch ohne Antrag zu. Die Entschädigung beträgt beim Streitwert von Fr. 2'000.-- tarifgemäss Fr. 500.-- (§ 4 AnwGebVO).

### **Es wird erkannt:**

1. Dispositiv Ziff. III der angefochtenen Verfügung vom 11. Juni 2014 wird aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:



*"III. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ... wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.- zuzüglich 8% MWSt (zusammen Fr. 1'296.--) zu bezahlen."*

2. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
3. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ... wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor Obergericht eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- zuzüglich 8% MWSt (zusammen also Fr. 540.--) zu bezahlen.

...

Obergericht, II. Zivilkammer  
Urteil vom 28. Juli 2014  
Geschäfts-Nr.: PQ140037-O/U