

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ140079-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Beschluss und Urteil vom 12. Dezember 2014

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Vereinigung und Sistierung / Prozessentschädigung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Hinwil vom 29. Oktober 2014

i.S. C. _____, geb. tt.mm.2009; VO.2014.57 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Hinwil)

Erwägungen:

1.1 Der am tt.mm.2009 geborene C._____ ist das Kind von B._____ (in diesem Verfahren der Beschwerdegegner, "Vater") und von A._____ (Beschwerdeführerin, "Mutter"). Die Eltern lebten zusammen, bevor sie sich im Mai 2013 trennten. Die Mutter blieb mit einem Kind aus einer früheren Beziehung, mit C._____ und mit einem neuen Partner in der bisher gemeinsamen Wohnung, der Vater zog zu einer neuen Partnerin.

Am 11. März 2014 wandte sich der Vater an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk Hinwil mit dem Wunsch, es sei eine verbindliche Regelung für seine Kontakte zu C._____ zu treffen, und (im Vorgriff auf das absehbare Inkrafttreten der neuen Regelung der elterlichen Sorge) es sei die gemeinsame Sorge anzuordnen (KESB-act. 1). Ein Termin zur Anhörung durch die Behörde am 12. Mai 2014 wurde abgesagt, nachdem beide Eltern mitgeteilt hatten, sie möchten sich unter einander zu verständigen versuchen (KESB-act. 7 und 8). Als das nicht gelang, lud die Behörde auf den 10. Juli 2014 erneut zu einem Gespräch ein. Auch diesen Termin sagte sie allerdings ab, weil die Mutter einen Anwalt mandatiert hatte, der vorab Akteneinsicht und einen Entscheid über sein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wünschte (KESB-act. 16, 18). Der Vater kommentierte das kritisch als Verzögerungstaktik, weil die Mutter mittelfristig in die USA ausreisen wolle und vermutlich das Entstehen einer Beziehung des Kindes zum Vater zu verhindern suche (KESB-act. 17).

Am 18. Juli 2014 beschloss ein Mitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, die bisher formell getrennten Verfahren betreffend Kontaktregelung resp. gemeinsame Sorge zu vereinigen, das Dossier der Fachstelle Vaterschaft / Unterhalt / elterliche Sorge (VUS) zuzuleiten und das Verfahren bis Ende November 2014 zu sistieren. In den Erwägungen wurde präzisiert, dass über die offenen Punkte im Sinne von Art. 298b ZGB entschieden würde, falls bis zum Ablauf der Sistierungsdauer keine gemeinsame Erklärung zur Sorge zustande käme (KESB-act. 20).

Der Vater erhob gegen den Sistierungsentscheid am 22. August 2014 Beschwerde beim Bezirksrat Hinwil (BR-act. 2). Dieser lud die Mutter zur Antwort und die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein (BR-act. 5). Die Mutter liess mit Eingabe vom 3. September 2014 beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, falls überhaupt darauf einzutreten sei: die Beschwerde sei aussichtslos und verzögere das Verfahren nur unnötig - ferner beantragte sie die unentgeltliche Prozessführung einschliesslich unentgeltliche Vertretung (BR-act. 6). Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde entschied mit Verfügung vom 8. September 2014, die Sistierung wiedererwägungsweise aufzuheben und beantragte dem Bezirksrat, dessen Beschwerdeverfahren abzuschreiben (KESB-act. 27). Dieser Entscheid ging dem Bezirksrat am 9. September 2014 zu (BR-act. 8). Dieser erwog am 15. September 2014, die Wiedererwägung durch die KESB sei nicht mehr beachtlich, weil unterdessen bereits eine Beschwerdeantwort eingegangen sei. Dafür stützte er sich auf BSK KESR-Reusser Art. 450d N. 22. Diese Auffassung widerspricht dem Gesetz: "Statt eine Vernehmlassung einzureichen, kann die Erwachsenenschutzbehörde den Entscheid in Wiedererwägung ziehen" (Art. 450d Abs. 2 ZGB). Richtig ist, dass die Botschaft (ohne Begründung) die Auffassung vertrat, die Stellungnahme einer beteiligten Partei lasse die Wiedererwägung unzulässig werden (S. 7086). Das steht so nicht im Gesetz. Auch die analogen Fundstellen, welche Reusser a.a.O. als Belege nennt, sagen gerade nicht, was damit belegt werden soll: Im Verwaltungsverfahren des Bundes kann die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid "bis zu *ihrer* Vernehmlassung" in Wiedererwägung ziehen (Art. 58 VwVG, Hervorhebung beigefügt), und im Versicherungsprozess kann der Versicherungsträger wiedererwägen, bis *er selber* Stellung nimmt (Art. 53 ATSG). Es mag vertretbare Gründe geben, die Wiedererwägung von angefochtenen Entschieden einzuschränken. Es wäre aber doch erwünscht, dass die Gesetze sagten, was gilt. Sei dem, wie ihm wolle: der Punkt ist hier nicht angefochten und daher nicht weiter zu verfolgen. Der Bezirksrat wies am 15. September 2014 das Gesuch der Mutter um unentgeltliche Rechtspflege für das Beschwerdeverfahren ab. Die Beschwerde des Vaters hiess er gut und hob den angefochtenen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde auf, unter Auflage einer reduzierten Entscheidgebühr an die Mutter (BR-act. 15). Am 29. Oktober 2014 er-

kannte er ergänzend, die Mutter habe dem Vater für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- zu zahlen (BR-act. 19).

1.2 Am 21. November 2014 führte die Mutter Beschwerde gegen den Entscheid vom 29. Oktober 2014 - mit dem Antrag, den Entscheid aufzuheben und zur Neuurteilung an den Bezirksrat zurückzuweisen, eventuell die Entschädigung auf Fr. 1'000.-- nebst Barauslagen und Mehrwertsteuer zu reduzieren (act. 2). Streitig ist also die Differenz der zugesprochenen zur anerkannten Entschädigung: Fr. 1'500.--.

Die Akten von Bezirksrat und KESB wurden beigezogen; weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen.

Mit dem Entscheid in der Sache wird der Antrag betreffend aufschiebende Wirkung gegenstandslos (es wäre darauf nicht einzutreten gewesen, weil die aufschiebende Wirkung von Gesetzes wegen gilt: Art 450c ZGB).

2.1 Der Bezirksrat gab der Mutter keine Kenntnis davon, als der Vater dem Bezirksrat mitteilte, der Antrag auf Zusprechung einer Entschädigung sei im Urteil vom 15. September 2014 vergessen gegangen - die Mutter rügt das als Verletzung ihres rechtlichen Gehörs. Die Mitteilung erfolgte im Rahmen eines Telefons, bei welchem zwischen der Vertreterin des Vaters und der Schreiberin des Bezirkrates andere Verfahrensfragen erörtert wurden; nach der erstellten Aktennotiz nur beiläufig kam das Thema der Entschädigung zur Sprache (BR-act. 18). Immerhin: beiläufig oder nicht - das rechtliche Gehör verlangt, dass eine Partei alle Unterlagen kennt oder kennen kann, aufgrund derer zu ihren Ungunsten entschieden wird. Auf das Gewicht der Information kommt es nicht an; vielmehr ist grundsätzlich gerade nicht zu prüfen, was der in seinem Gehör Verletzte hätte vorbringen können, und ob der Entscheid allenfalls anders ausgefallen wäre. Immerhin: von der Aufhebung des in Verletzung des Gehörs einer Partei ergangenen Entscheides kann abgesehen werden, wenn die Verletzung nicht besonders schwer wog, wenn die im Gehör verletzte Partei ihre Stellungnahme nachbringen und die Rechtsmittelinstanz sie frei würdigen kann. So ist es hier. Den Antrag auf Zusprechung einer Entschädigung hatte der Vater in seiner Beschwerde gestellt,

zu dieser konnte sich die Mutter äussern (und tat es auch). Der blosser Hinweis an die Ratsschreiberin, es sei darüber wohl aus Versehen keine Entscheidung ergangen, war von da her eine untergeordnete Sache. Die Mutter kann in der heute zu behandelnden Beschwerde alle Mängel des angefochtenen Entscheides zur Sprache bringen (Art. 450a ZGB). Sie argumentiert, wenn sie von dem Antrag in Kenntnis gesetzt worden wäre, hätte sie den Entscheid vom 18. September 2014 noch weiterziehen können - den habe sie nur rechtskräftig werden lassen, weil sie glaubte, er habe für sie finanziell nur eine begrenzt nachteilige Wirkung (in Form der ihr auferlegten moderaten Gebühr von Fr. 500.--). Dieses Argument wäre zu prüfen im Rahmen einer nachträglichen Anfechtung des ersten Entscheides verbunden mit einem Antrag auf Wiederherstellung der Beschwerdefrist (Art. 148 ZPO). Das wird aber nicht verlangt, und so hat sich die Beurteilung auf die zugesprochene Parteientschädigung zu beschränken.

2.2 Die Mutter bemängelt, dass ihr die Entschädigung für ein Verfahren auferlegt wurde, in das sie ohne ihr Zutun einbezogen wurde, und in welchem über die Kostenfolgen nach Ermessen auch anders hätte entschieden werden können.

Dass die Mutter das Verfahren des Bezirksrates nicht veranlasste, trifft wohl zu. Es hätte ihr aber frei gestanden, auf eine Beschwerdeantwort zu verzichten und damit das Kostenrisiko zu vermeiden. Sie hat es vorgezogen, sich vernehmen zu lassen und einen Antrag zur Sache zu stellen (möglicherweise im Hinblick auf das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und im Vertrauen darauf, dass es gutgeheissen werde) - mit dem Antrag ist sie unterlegen, und daher wird sie grundsätzlich kostenpflichtig. Es trifft zu, dass gerade in familienrechtlichen Verfahren die Kosten anders als nach Obsiegen und Unterliegen verlegt werden können (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Das muss aber durchaus nicht zwingend geschehen (BGE 139 III 358 E. 3). Es ist etwa angezeigt, wenn Ermessens-Entscheide zu treffen sind und sich beide Eltern in guten Treuen für das einsetzen, was nach ihrer Überzeugung für das Kind gut ist. Geht es um eine reine Verfahrensfrage, ist ein Abweichen vom Grundsatz weniger zu begründen. Gerade hier, wo der Vater schon im März 2014 auf die seiner Darstellung nach bestehende Dringlichkeit

hingewiesen und die KESB im Juli 2014 dessen ungeachtet eine doch recht lange Sistierung angeordnet hatte, drängte und drängt sich eine ausserordentliche Regelung der Kosten nicht auf - der entsprechenden Erwägung des Bezirksrates ist beizupflichten.

Es bleibt der Einwand, die Entschädigung von Fr. 2'500.-- (Spesen und Mehrwertsteuer inbegriffen) sei viel zu hoch. Der Bezirksrat bezeichne den Aufwand selber als "reduziert", und nach der massgebenden Verordnung sei die Entschädigung bei einem verfahrensleitenden Entscheid auf zwei Drittel bis einen Fünftel zu reduzieren (act. 2 S. 6). Der Bezirksrat spricht davon, dass *sein* Aufwand beschränkt gewesen sei (BR-act. 15 E. 7); das hat mit dem Aufwand der Parteien nur sehr beschränkt einen Zusammenhang. Nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3) beträgt die Grundgebühr für die anwaltliche Vertretung in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten in der Regel Fr. 1'400.-- bis Fr. 16'000.-- (§ 5 Abs. 1 AnwGebV). Die Sistierung ist eine prozessleitende Frage, und dafür soll die Gebühr auf zwei Drittel bis einen Fünftel reduziert werden (§ 10 Abs. 1 lit. b AnwGebV) - das gibt eine Grundgebühr von Fr. 280.-- bis Fr. 10'650.--. Die Vertreterin des Vaters wurde erst mandatiert, als der beim Bezirksrat angefochtene Entscheid bereits eröffnet war; eine Reduktion unter dem Titel "Rechtsmittelverfahren" (§ 12 Abs. 3 AnwGebV) ist daher nicht angezeigt. Die Frage der Sorge und der Kontaktregelung ist für den Vater offenkundig von grosser Bedeutung, die Verantwortung der Anwältin entsprechend erheblich; die Sache war der laufenden Frist wegen dringend, und die Instruktion zur Sache musste unter Zeitdruck erfolgen. Alles in Allem ist die zugesprochene Entschädigung angemessen.

Die Beschwerde ist abzuweisen.

3. Umständehalber ist auf Kosten für den heutigen Entscheid zu verzichten. Damit wird das Gesuch der Mutter um unentgeltliche Prozessführung insoweit gegenstandslos.

4. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen: der Mutter nicht, weil sie unterliegt, dem Vater nicht, weil er keine zu entschädigenden Aufwendungen

hatte. Angesichts der prozessual etwas besonderen Verhältnisse war die Beschwerde nicht von vorneherein aussichtslos im Sinne von Art. 117 ZPO und war es legitim, dass die Mutter sich anwaltlich vertreten liess. Sie macht glaubhaft, dass sie auch ein bescheidenes Anwaltshonorar nicht aufbringen kann - umso mehr, als sie aus dem Verfahren des Bezirksrates wie gesehen mit den Kosten und der Parteientschädigung belastet ist. Ihre Anwältin ist daher für das Verfahren vor Obergericht als unentgeltliche Vertreterin zu bestellen.

Es wird beschlossen:

1. Auf das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung wird insoweit nicht eingetreten, als es Gerichtskosten betrifft.
2. Rechtsanwältin lic. iur. X._____ wird für das vorliegende Beschwerdeverfahren als unentgeltliche Vertreterin der Beschwerdeführerin bestellt.
3. Mitteilung zusammen mit dem nachstehenden Entscheid.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Eine Entscheidgebühr wird nicht erhoben.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien (an den Beschwerdegegner mit einem Doppel der Beschwerdeschrift act. 2), die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Hinwil, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Hinwil, je gegen Empfangsschein.

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 Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, deren Streitwert Fr. 1'500.-- beträgt.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Graf

versandt am: