

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ160080-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. O. Canal

Urteil vom 1. Dezember 2016

in Sachen

KESB Bezirk A. _____,

Beschwerdeführerin

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y. _____

betreffend **Beistandschaft** für D._____ und E._____

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates A._____ vom 7. September 2016 i.S. D._____ und E._____, beide geb. tt.mm.2000; VO.2016.14

Erwägungen:

I.

1. B._____ und C._____ sind die nicht verheirateten Eltern von D._____ und E._____, beide geboren am tt.mm.2000 und von F._____, geboren am tt.mm.2001. Alle drei Jugendlichen stehen unter der elterlichen Sorge und Obhut der Mutter. E._____ wohnt seit November 2015 und D._____ seit März 2016 freiwillig beim Vater.
2. Bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirk A._____ (nachfolgend KESB) läuft ein Verfahren auf Umteilung der elterlichen Sorge und Obhut über D._____ und E._____ auf den Vater.
3. Mit Beschluss vom 30. Juni 2016 errichtete die KESB für D._____ und E._____ eine Beistandschaft gemäss Art. 306 Abs. 2 ZGB (act. 3/4 Dispositiv Ziff. 1). Als Beistand wurde Rechtsanwalt G._____ ernannt. Er wurde damit beauftragt, für die Ausstellung einer Identitätskarte und eines Reisepasses für D._____ und E._____ sowie für die Anmeldung der Beiden zur Rollerprüfung besorgt zu sein (act. 3/4 Dispositiv Ziff. 2). Alsdann wurde er verpflichtet, per 30. September 2016 den Schlussbericht zu erstatten (act. 3/4 Dispositiv Ziff. 3). Vorgängig zum Entscheid hatte die KESB die Stellungnahmen der Eltern und von D._____ und E._____ zur angestrebten Massnahme eingeholt.
4. Am 22. Juli 2016 liess die Mutter durch ihren Rechtsvertreter Beschwerde erheben. Sie beantragte die Aufhebung von Ziff. 2 und 3 des Entscheides der KESB vom 30. Juni 2016, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (act. 7/1 S. 2). Sodann hielt sie fest, dass sie davon ausgehe, es werde ihr weiterhin die umfassende unentgeltliche Rechtspflege gewährt, andernfalls sie diese formell beantrage (a.a.O.). Am 11. Juli 2016 hatte Rechtsanwalt G._____ namens von D._____

und E._____ beantragt, einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid der KESB die aufschiebende Wirkung zu entziehen, zusätzlich im Sinne einer superprovisorischen Massnahme; des weiteren sei den Jugendlichen die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und in seiner Person ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen (act. 7/3 S. 1). Am 2. August 2016 lud der Bezirksrat die KESB zur Vernehmlassung ein (act. 7/4); diese verwies mit Eingabe vom 3. August 2016 auf ihren Entscheid (act. 7/5). Mit Eingabe vom 1. September 2016 wies Rechtsanwalt G._____ namens der Jugendlichen den Bezirksrat darauf hin, dass seine Anträge (auch superprovisorisch) weder beantwortet, noch behandelt worden seien und er, bzw. die betroffenen Kinder auch nicht zur Vernehmlassung zur Beschwerde eingeladen worden seien (act. 7/6). Mit Eingabe vom 5. September 2016 nahm die Mutter unaufgefordert Stellung zur Eingabe von Rechtsanwalt G._____ (act. 7/7). Am 7. September 2016 erging das Urteil des Bezirkrates A._____ wie folgt (act. 7/9 = act. 6):

- I. In Gutheissung der Beschwerde wird der Entscheid Nr. 2016/1057 der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde A._____ vom 30. Juni 2017 aufgehoben.
- II. B._____ wird im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB die Weisung erteilt, soweit erforderlich mitzuwirken, dass für D._____ eine Identitätskarte und das von ihm für den Schulweg benötigte Abonnement ausgestellt werden kann.
- III. Die Gerichtskosten werden auf die Staatskasse genommen.
- IV. Die Stadt A._____ wird verpflichtet, B._____ eine Prozessentschädigung von Fr. 800.00 auszurichten.
- (V. Rechtsmittel: 30 Tage)
- (VI. Schriftliche Mitteilung)"

5. Am 7. Oktober 2016 erhob die KESB Beschwerde gegen das Urteil des Bezirkrates A._____ vom 7. September 2016 (act. 2). Sie beantragt, es sei Ziff. IV. des Urteils aufzuheben und B._____ keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Akten des Bezirkrates und der KESB wurden beigezogen (act. 4, 7/1-11, 8/1-254 und 9/255-300). Mit Präsidialverfügung vom 17. Oktober 2016 wurde der Mutter als Beschwerdegegnerin Frist zur Beschwerdeantwort und dem als Verfahrensbeteiligten ins Verfahren aufgenommenem Vater der Kinder Frist zur Stellungnahme angesetzt (act. 10). Der Vater verzichtete auf eine Stellung-

nahme (act. 12), die Beschwerdegegnerin liess mit Eingabe vom 31. Oktober 2016 vorbringen, dass sie ausdrücklich auf einen Antrag und eine Stellungnahme verzichte. Sie verwies hingegen darauf, dass im Fall einer Beschwerdegutheissung über das von ihr vor dem Bezirksrat gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu befinden wäre und reichte die Honorarnote für die Aufwendungen vor Vorinstanz ein (act. 13 und 14). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Der Beschwerdeführerin ist mit dem Endentscheid je ein Doppel der Stellungnahmen gemäss act. 12 und 13 zuzustellen.

II.

1. Die Beschwerde richtet sich einzig gegen Ziff. IV des bezirksrätlichen Urteils vom 7. September 2016. Darin wurde die Stadt A._____ als Rechtsträgerin der KESB A._____ zur Bezahlung einer Parteientschädigung an B._____ verpflichtet. Die Beschwerdeführerin ist damit vom Entscheid direkt betroffen und ausnahmsweise zur Beschwerde legitimiert (BGer 5A_388/2015, Urteil vom 7. September 2015 E. 5.2; OGer ZH PQ150038, Urteil vom 16. Oktober 2015 E 3.1; OGer ZH PQ130038 vom 21. Januar 2014). Das angerufene Obergericht ist zur Behandlung der Beschwerde zuständig (§ 64 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, EG KESR). Die Beschwerde erging innert Frist, ist mit Anträgen versehen und schriftlich begründet. Dem Eintreten steht nichts entgegen. Das Verfahren richtet sich primär nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen, subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO sinngemäss (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR).

2. Mit der Beschwerde i.S. der §§ 64 ff. EG KESR i.V.m. den Art. 450-450c ZGB können eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, Unangemessenheit sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung gerügt werden (vgl. Art. 450a ZGB). Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren gilt eine Rüge- bzw. Begründungspflicht analog derjenigen in den Art. 308 ff. bzw. Art. 319 ff. ZPO. Dies bedeutet, dass die Beschwerde führende Partei darzulegen hat, weshalb der angefochtene Entscheid des Bezirkrates unrichtig sein soll.

3. Die Beschwerdeführerin erachtet es in ihrer Beschwerde zunächst als fraglich, ob überhaupt von einem Einparteienverfahren ausgegangen werden könne. Der Bezirksrat habe ein solches faktisch geschaffen, indem er den Vater, der sich im Verfahren vor der KESB geäußert hatte, nicht zur Stellungnahme aufgefordert habe. Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, der Bezirksrat sei hinsichtlich der Auferlegung der Parteientschädigung seiner Begründungspflicht nicht genügend nachgekommen: Er komme zum Schluss, dass die Voraussetzungen für eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB nicht erfüllt seien und schliesse daraus – ohne weitere Ausführungen – auf qualifizierte Unrichtigkeit des Entscheides. Qualifizierte Unrichtigkeit wie sie in den vom Bezirksrat zitierten obergerichtlichen Entscheiden angenommen wurde, liege indes nicht vor, wenn – wie vorliegend – der abweichende Beschwerdeentscheid bloss Ausdruck der Tatsache sei, dass zwischen den Behörden unterschiedliche Auffassungen bestünden. In den zitierten obergerichtlichen Fällen sei es nicht um die Beurteilung einer Ermessensfrage gegangen, wie dies vorliegend der Fall sei. Würde Gleiches gelten, wenn der Bezirksrat seinem Entscheid lediglich sein Ermessen anstelle jenes der KESB setze, öffnete dies Tür und Tor für die Auferlegung von Parteientschädigungen zu Lasten der KESB und schaffe damit Rechtsunsicherheit. Für ein solches Vorgehen bedürfte es einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage.

Die Beschwerdeführerin geht weiter davon aus, dass die Mutter im bezirksrätlichen Beschwerdeverfahren nicht als obsiegend betrachtet werden könne, da sie die Beistandschaft an sich gar nicht angefochten, sondern sich lediglich gegen die Person des Beistandes und die ihm übertragenen Aufgaben gewendet habe. Die anstelle der Beistandschaft angeordnete Weisung an die Mutter habe sodann dem entsprochen, was die KESB dem Beistand als Aufgabe übertragen habe, weshalb auch inhaltlich nicht von einem Obsiegen ausgegangen werden könne. Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, dass die Entschädigungsforderung der Mutter dem Bestimmtheitserfordernis nicht genüge (act. 2).

4. Die Vorinstanz qualifizierte die von der KESB nach Art. 306 Abs. 2 ZGB errichtete Beistandschaft als qualifiziert unrichtig; sie hob den Entscheid der KESB auf und erteilte der Mutter eine Weisung im Sinne von Art. 307 Abs. 3 ZGB. Deren

Inhalt entsprach im Wesentlichen dem, was dem von der KESB eingesetzten Beistand als Aufgabe übertragen worden war. Im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren angefochten war einzig die Einsetzung von Rechtsanwalt G._____ als Beistand sowie das was ihm als Aufgabe übertragen worden war. Die Beistandschaft als solche wurde von der Mutter nicht in Frage gestellt, der Bezirksrat ging mit seinem Entscheid auf Aufhebung des gesamten Entscheides über die Anträge in der Beschwerde hinaus, was allerdings nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann, weil hier wiederum nur die Parteientschädigung zulasten der Stadt A._____ als Trägerin der KESB angefochten ist.

5. Der Vater der Kinder nahm am Verfahren vor der KESB teil und verlangte dort eine behördliche Intervention. Weshalb er im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht ins Verfahren einbezogen wurde, erschliesst sich aus den Akten nicht, kann aber letztlich offen bleiben. Auch ein Zweiparteienverfahren würde nach der Praxis der Kammer die Möglichkeit einer Entschädigungspflicht der Behörde nicht ausschliessen. Sie wäre dann anzuordnen, wenn eine Partei sich gegen eine qualifiziert unrichtige Anordnung wehrte und die andere Partei sich mit dem fehlerhaften Entscheid im Rechtsmittelverfahren nicht identifizierte (PQ140037 vom 28. Juli 2014, E. 3.1; grundsätzlich zur Entschädigungspflicht der Behörde: BGE 139 III 471ff.). Mangels Einbezug des Vaters ins vorinstanzliche Verfahren ist nicht klar, ob und in welcher Weise er sich geäußert hätte, wenn er in das Verfahren einbezogen worden wäre. Aus den nachstehend zu erörternden Gründen kann aber auch dies offen bleiben.

6. Grundlage für den vorinstanzlichen Entscheid, die Parteientschädigung der Trägerin der KESB aufzuerlegen, bildet die Auffassung der Vorinstanz, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB nicht gegeben und die Anordnung deshalb qualifiziert unrichtig sei. Fest steht aber wie gesehen, dass die Errichtung der Beistandschaft als solche gar nicht angefochten worden war; schon in formeller Hinsicht mindestens fraglich ist damit die Grundlage der angeordneten Entschädigungspflicht. Dies, zumal nicht im Raum steht, dass die Anordnung geradezu nichtig gewesen wäre.

7. Dem Beistand wurde mit Entscheid der KESB die Aufgabe übertragen, für die Ausstellung einer Identitätskarte und eines Reisepasses sowie für die Anmeldung zur Rollerprüfung für E._____ und D._____ besorgt zu sein (act. 3/4 Dispositiv Ziff. 2). Die bezirksrätliche Weisung gemäss Urteil vom 7. September 2016 geht dahin, dass die Mutter soweit erforderlich mitzuwirken hat, dass für D._____ eine Identitätskarte und das von ihm für den Schulweg benötigte Abonnement ausgestellt werden kann (act. 6 Dispositiv Ziff. III). Damit entsprechen sich die Anordnungen inhaltlich mindestens teilweise, weshalb der Beschwerdeführerin mindestens teilweise zuzustimmen ist, wenn sie davon ausgeht, die Mutter habe im bezirksrätlichen Verfahren nicht obsiegt. Mit Bezug auf die Person des Beistandes "obsiegte" die Mutter vor Vorinstanz, ohne dass sich letztere inhaltlich mit dem Anliegen auseinandersetzte. Es war dies vielmehr die Folge des Entscheides über die Aufhebung der Beistandschaft, welche nicht angefochten war. Insgesamt könnte somit höchstens von einem teilweisen Obsiegen der Mutter gesprochen werden, was allenfalls zu einem teilweisen Entschädigungsanspruch führen könnte.

8. Entsprachen sich – was den Inhalt der Anordnung sowie deren Auswirkungen für die Eltern betrifft – die Entscheide der KESB und des Bezirksrates nach dem Gesagten mindestens teilweise, dann kann aber mit der Beschwerdeführerin zum vornherein nicht von einer "qualifizierten Unrichtigkeit" des behördlichen Entscheides im Sinne der vom Bezirksrat zitierten obergerichtlichen Rechtsprechung gesprochen werden, weshalb sich eine vertieftere Auseinandersetzung damit erübrigt. Damit entfällt auch aus diesem Grund die Grundlage für die vorinstanzlich angeordnete Verpflichtung der Stadt A._____, der Mutter eine Parteientschädigung auszurichten; entsprechend ist Dispositiv Ziff. IV. des bezirksrätlichen Urteils vom 7. September 2016 aufzuheben. Die Sache ist dem Bezirksrat zur Entschädigungsregelung zurückzuweisen. Dabei wird er über das bei ihm von der Mutter gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu befinden haben, über welches ein Entscheid noch aussteht. Zu diesem Zweck ist ihm die der Eingabe vom 31. Oktober 2016 beigelegte Honorarnote (act. 14) weiterzuleiten.

9. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren sind keine Kosten zu erheben. Diese wären auf die Gerichtskasse zu nehmen, da die Beschwerdeführerin obsiegt und sich die Beschwerdegegnerin mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert hat (act. 13) (Art. 107 Abs. 2 ZPO). Für die Zusprechung einer Entschädigung fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. Ein Gesuch um Gewährung der umfassenden unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren hat die Mutter nicht gestellt.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Dispositiv Ziff. IV des Urteils des Bezirksrates A._____ vom 7. September 2016 aufgehoben.
2. Die Sache wird an den Bezirksrat A._____ zurückgewiesen zum Entscheid über die Entschädigungsregelung im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren im Sinne der Erwägungen.
3. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
4. Es werden keine Entschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 12 und 13, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage eines Doppels von act. 12 und den Verfahrensbeteiligten unter Beilage eines Doppels von act. 13, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten und Beilage von act. 14 im Original – an den Bezirksrat A._____, je gegen Empfangsschein.

6. 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. Der Streitwert beträgt Fr. 800.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. O. Canal

versandt am: