

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ230005-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende,
Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller und Oberrichter Dr. E. Pahud
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 28. Februar 2023

in Sachen

1. ...

2. **A.**_____,

Beschwerdeführerin

2 vertreten durch Rechtsanwältin MLaw X._____,

gegen

1. **B.**_____,

2. **C.**_____,

Beschwerdegegner

1 vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y._____

betreffend **D.**_____, geb. tt.mm.2015 / Kindesschutzmassnahmen / Kosten

Beschwerde gegen ein Urteil und Beschluss des Bezirksrates Winterthur vom 20. Dezember 2022; VO.2022.17 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. D._____ (Verfahrensbeteiligter), geboren tt.mm.2015, ist das gemeinsame Kind der nicht verheirateten und getrennt lebenden Eltern, B._____ (Vater/Beschwerdegegner 1) und C._____ (Beschwerdegegnerin 2). Er lebte kurz nach der Geburt mehrheitlich beim Vater, dessen Lebenspartnerin ab Februar 2016 A._____ (Beschwerdeführerin) war (KESB act. 27 S. 2). Das Paar bekam zwei gemeinsame Kinder. Im Frühling 2021 trennte es sich und D._____ blieb mit den beiden jüngeren Halbgeschwistern bei der Beschwerdeführerin. Nach der Trennung des Beschwerdegegners 1 von der Beschwerdeführerin traten Unstimmigkeiten über Kinderbelange, namentlich über die Obhut von D._____, auf (u.a. KESB act. 10, 17 und act. 51).

2. Am 17. Dezember 2021 entzog die KESB beiden Beschwerdegegnern vorsorglich das Aufenthaltsbestimmungsrecht über D._____ und beließ ihn vorübergehend bei der Beschwerdeführerin, regelte das Besuchsrecht des Beschwerdegegners 1, ordnete eine Erziehungsbeistandschaft für das Kind an und ernannte eine Kindesverfahrensvertreterin (KESB act. 55). Während die Kindesverfahrensvertreterin sowie die Beschwerdeführerin im Hauptverfahren der KESB beantragten, D._____ auf absehbare Zeit bei der Beschwerdeführerin als seiner sozialen Mutter zu belassen (KESB act. 17, 37, 77 und 128), verlangten beide Beschwerdegegner die Rückplatzierung von D._____ zum Vater (KESB act. 103 und 104). Mit Entscheid vom 29. März 2022 sah die KESB die Rückführung des Kindes zum Beschwerdegegner 1 per Ende April 2022 vor, legte dessen Besuchsrecht bis dahin sowie das anschliessende Kontaktrecht der Beschwerdeführerin zu D._____ fest. Die Gebühr sowie die Kosten der Kindesverfahrensvertreterin auferlegte die KESB der Beschwerdeführerin sowie den Beschwerdegegnern je zu einem Drittel (KESB act. 139 = BR act. 2).

3. Gegen diesen Entscheid gelangten die Beschwerdeführerin sowie die Kindesverfahrensvertreterin an den Bezirksrat Winterthur (Vorinstanz) und verlangten die weitere Platzierung von D._____ bei der Beschwerdeführerin (BR act. 1 und

10). Das Gesuch um vorsorgliche Ernennung einer neuen Beistandsperson wies der Bezirksrat mit Beschluss vom 19. Juli 2022 ab (BR act. 46). Dagegen erhob die Beschwerdeführerin bei der Kammer Beschwerde, welcher indes kein Erfolg beschieden war (BR act. 94; Geschäfts-Nr.: PQ220053). Nach einem umfangreichen Verfahren (vgl. BR act. 1-136, act. 9 S. 6 ff.) beschloss der Bezirksrat am 20. Dezember 2022 zunächst, beiden Beschwerdegegnern das Aufenthaltsbestimmungsrecht während der Dauer des Kindeschutzverfahrens zu entziehen und D._____ bis auf weiteres bei der Beschwerdeführerin zu belassen. Zudem ernannte er eine neue Beistandsperson für das Kind. Im Anschluss an diesen Beschluss erliess der Bezirksrat folgendes Urteil (act. 4/2 = act. 9 [Aktenexemplar] = BR act. 125):

- I. *Der Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 29. März 2022 wird aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung des Sachverhaltes im Sinne der Erwägungen und zum Neuentscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.*
- II. *Verfahrenskosten werden keine erhoben. Die noch unbekanntten Kosten der Kindesverfahrensvertretung werden dem Beschwerdegegner 1, der Beschwerdeführerin 2 und der Beschwerdeführerin [2] zu je einem Drittel aufgelegt. Der Anteil des Beschwerdegegners 1 und der Beschwerdeführerin 2 an den noch unbekanntten Kosten der Kindesverfahrensvertretung werden vorerst auf die Staatskasse genommen. Es werden die Parteien auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 40 EG KESR i.V.m. Art. 123 ZPO hingewiesen.*
- III. *(Einladung an die Kindesverfahrensvertreterin und die unentgeltlichen Rechtsbeiständigen zur Einreichung der Honorarnoten).*
- IV. *(Rechtsmittel/Beschwerde).*
- V. *(Entzug aufschiebende Wirkung).*
- VI. *(Mitteilung).*

Am 23. Dezember 2022 reichte die Kindesverfahrensvertreterin der Vorinstanz ihre Kostennote über CHF 8'192.80 ein (BR act. 127).

4. Am 20. Januar 2023 legte die Beschwerdeführerin bei der Kammer Beschwerde mit den folgenden Anträgen ein (act. 2):

- "1. Es sei Ziff. II Satz 2 ff. der Erkennungen der Beschwerdegegnerin [Vor-Instanz] im Urteil und Beschluss vom 20. Dezember 2022 aufzuheben.
2. Es seien der Beschwerdeführerin keine Kosten für die im Verfahren vor der Vorinstanz eingesetzte Kindsverfahrensvertreterin aufzuerlegen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beschwerdegegnerin [Vorinstanz]."

5. Die Akten des Bezirksrats (act. 11/1-136, zitiert als BR act.) und der KESB (act. 12/1-232, zitiert als KESB act.) wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf Weiterungen kann verzichtet werden. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1.

1.1. Angefochten ist ein Entscheid des Bezirksrates über die Kostenverteilung. Mit dem Begriff der Beschwerde im Sinne der Art. 450 ff. ZGB werden grundsätzlich alle Rechtsmittel gegen Entscheide der KESB bezeichnet. Gemeint sind damit aber im Wesentlichen Entscheide der KESB in der Sache (vgl. dazu beispielhaft in: BSK-ZGB I-STECK, Art. 450 N 19-21). Keine Entscheide in der Sache stellen solche über die Verteilung und die Liquidation der Prozesskosten dar. Sie richten sich mangels eigener Vorschriften in den Art. 450 ff. ZGB sowie im EG KESR nach den Grundsätzen der Art. 104 ff. ZPO (vgl. § 40 EG KESR und Art. 450f ZGB). Diese Kostenentscheide können daher selbständig nur mit einer Beschwerde angefochten werden, die jener des Art. 110 ZPO entspricht. Das führt zu einem Beschwerdeverfahren analog zu Art. 319 ff. ZPO (OG ZH PQ19015 vom 20. März 2019 E. II.2; OG ZH PQ190003 vom 25. Januar 2019 E. 3.1; OG ZH PQ160020 vom 5. April 2016 E. II/1.2).

1.2. Mit der Beschwerde können die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts, einschliesslich Fehler beim Rechtsfolgeermessen gerügt werden (Art. 320 ZPO; FREIBURGH/AFHELDT in: Sutter/Somm/Hasenböhler, ZPO Komm, Art. 320 N 3 f. i.V.m. REETZ/THEILER, a.a.O., Art. 310 N 36). In der Beschwerdebegründung ist im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet, aus welchen Gründen er falsch ist und abgeändert werden soll. Dabei genügt nicht, in einer Beschwerdeschrift pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss zu wiederholen, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde.

1.3. Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und die Beschwerdeschrift enthält Anträge sowie eine Begründung (act. 2 und act. BR. 133; Art. 321 ZPO). Die Beschwerdeführerin ist durch die vorinstanzliche Kostenverlegung beschwert. Die Rechtsmittelvoraussetzungen sind insoweit erfüllt.

1.4. Die Beschwerde richtet sich gegen die Regelung in Dispositiv-Ziff. II des angefochtenen Entscheids, mit welcher die damals unbekanntenen Kosten der Kindesverfahrensvertreterin dem Beschwerdegegner 1, der Beschwerdegegnerin 2 und der Beschwerdeführerin je zu einem Drittel auferlegt wurden. Soweit die Beschwerdeführerin jedoch die weitere Entscheidung in Dispositiv-Ziff. II anfecht (vgl. Beschwerdeantrag 1: "Es sei Ziff. II Satz 2 ff. ...aufzuheben"), womit die Anteile der Beschwerdegegner an den Kosten der Kindesverfahrensvertretung (zufolge gewährter unentgeltlicher Prozessführung) vorerst auf die Staatskasse genommen und die Beschwerdegegner auf die Nachzahlungspflicht hingewiesen werden, ist sie nicht beschwert. Diesbezüglich ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

2.

2.1. Der Bezirksrat führte zur Begründung der Kostenverteilung in seinem Verfahren aus, eine Rückweisung an die KESB zum erneuten Entscheid in der Sache mit offenem Ausgang gelte zwar nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Obsiegen (mit Hinweis auf BGer 9C_1033/2012 vom 8. November 2013). Die Beschwerdeführerin unterliege jedoch mit verschiedensten Anträgen. Eine Aufteilung der Kosten nach Obsiegen und Unterliegen sei hier nicht angebracht, vielmehr sei

die Kostenaufgabe in ständiger Praxis bei familienrechtlichen Verfahren nach Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO vorzunehmen. Praxisgemäss würden den beschwerdeführenden Kindern keine Kosten auferlegt. Die Aufteilung der Kosten zu gleichen Teilen auf die Beschwerdeführerin sowie die beiden Beschwerdegegner sei angemessen. Infolgedessen würden die Parteientschädigungen wettgeschlagen (act. 9 S. 36).

Zur Kostenverteilung gemäss Dispositiv-Ziff. 12 des Entscheids der KESB, welche die Beschwerdeführerin angefochten hatte, erwog der Bezirksrat, die Kosten der Kindesverfahrensvertretung könnten gemäss § 60 Abs. 5 EG KESR allen Verfahrensbeteiligten auferlegt werden. Die Beschwerdeführerin sei im Verfahren bei der KESB Verfahrensbeteiligte gewesen. Das Verfahren habe sich unter anderem um ihr Kontaktrecht zu D._____ sowie die Rückführung des Kindes von ihr zum Beschwerdegegner 1 gedreht. Ferner sei sie von der KESB zur Teilnahme an einer Mediation verpflichtet worden. Sie habe im Verfahren keine untergeordnete Rolle gespielt und sei vom angefochtenen Entscheid direkt betroffen, weshalb die teilweise Kostenaufgabe zu ihren Lasten nicht willkürlich erscheine (act. 9 S. 34 f.).

2.2. Die Beschwerdeführerin will die Kostenverteilung nicht gelten lassen und rügt eine Rechtsverletzung. Gemäss Art. 276 Abs. 1 und 2 ZGB hätten die unterhaltspflichtigen Eltern die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen zu übernehmen. Kosten für die Kindesvertretung im Kindesschutzverfahren gehörten zu den Kosten für Kindesschutzmassnahmen und seien von den unterhaltspflichtigen Eltern zu tragen. Dies gelte auch, wenn die Kindesverfahrensvertretung nicht als Kindesschutzmassnahme, sondern als Rechtsververtretung im engeren Sinne betrachtet werde. Denn Kosten für den Rechtsschutz eines Kindes seien ebenso Teil des Unterhalts (act. 2 S. 4). Die Unterhaltspflicht entstehe durch das rechtliche Kindesverhältnis, unabhängig wem die elterliche Sorge zukomme. Das Kindesverhältnis von D._____ bestehe einzig zu den Beschwerdegegnern, auch wenn sie selber das Kind seit Jahren betreue und sozial die Stellung der Mutter einnehme. Da ein rechtliches Kindesverhältnis zu ihr fehle, könne sie nicht zur Leistung von finanziellem Unterhalt an D._____

verpflichtet werden, indem ihr die Kosten der Kindesverfahrensvertreterin teilweise auferlegt würden (act. 2 S. 5). Auf die Regelung von § 60 Abs. 5 EG KESR komme es nicht an. Die Entschädigung der Kindesverfahrensvertreterin sei vollständig von den Beschwerdegegnern zu tragen. Zudem habe sie im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren überwiegend obsiegt (act. 2 S. 6).

2.3. Vom materiellen Anspruch des Kindes gegenüber den Eltern auf finanziellen Unterhalt ist die prozessrechtliche Frage zu unterscheiden, wer die anfallenden Prozesskosten in einem Kindeschutzverfahren zu tragen hat. Kinderunterhalt und Verteilung der Prozesskosten richten sich unabhängig voneinander nach unterschiedlichen Rechtsgrundsätzen. Der Unterhaltsanspruch als materieller und persönlicher Anspruch des Kindes gegenüber seinen Eltern findet seine Rechtsgrundlage in Art. 276 und 285 ZGB. Für die Verteilung der Verfahrens- bzw. Prozesskosten kommen dagegen im Verfahren der KESB § 60 Abs. 5 EG KESR und in den gerichtlichen Beschwerdeverfahren Art. 106 ff. ZPO ausschliesslich zur Anwendung. Mangels konkreter Regelung im ZGB, EG KESR und GOG zählen die Kosten für die Vertretung des Kindes im Beschwerdeverfahren gemäss Art. 95 Abs. 2 lit. e ZPO zu den Gerichtskosten, die nach den vorgenannten prozessrechtlichen Bestimmungen zu verteilen und liquidieren sind (Art. 450f ZGB i.V.m. § 40 EG KESR). Die Auffassung der Beschwerdeführerin, die zum Kindesunterhalt zählenden Kosten der Kindesvertretung könnten im Kindeschutzverfahren nur den unterhaltspflichtigen Eltern auferlegt werden, geht deshalb im Grundsatz fehl. Die Unterhaltspflicht der Eltern käme erst zum Tragen, wenn dem Kind nach den prozessrechtlichen Bestimmungen im Verfahren Kosten auferlegt würden. Dies ist vorliegend gerade nicht geschehen. Die Vorinstanz erwog, praxisgemäss würden Kindern keine Kosten auferlegt (act. 9 S. 36), und verteilte die Kosten der Kindesverfahrensvertretung zu gleichen Teilen auf die Eltern und die Beschwerdeführerin. Ob die Kosten der Kindesverfahrensvertreterin zum Kindesunterhalt gehören, bleibt mangels Kostenaufgabe zu Lasten des Kindes ohne Relevanz und ist nicht weiter zu erörtern.

2.4. Die Vorinstanz stützte sich bei der Überprüfung der Kostenverteilung der KESB zu Recht auf § 60 Abs. 5 EG KESR und verlegte die Kosten ihrer Verfah-

rens zutreffend nach Art. 106 ff. ZPO, ohne Unterhaltsfragen einzubeziehen. Sie hat mit Blick auf die konstante Gerichtspraxis davon abgesehen, die Kosten der Kindesverfahrensvertreterin ausgangsgemäss nach Obsiegen/Unterliegen zu verteilen, sondern hat diese gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO, welcher bei familienrechtlichen Verfahren ein Abweichen vom Verteilungsgrundsatz gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO ermöglicht, den drei Parteien je zu gleichen Teilen auferlegt. Was daran falsch sein soll, erläutert die Beschwerdeführerin nicht und lässt in diesem Punkt ihre Beschwerde unbegründet. Sie hat im Verfahren der KESB eigene Anträge stellen lassen und neben der Kindesverfahrensvertreterin gegen den Entscheid der KESB separate Beschwerde erhoben. Im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren reichte sie zahlreiche Eingaben ein und stellte diverse Rechtsbegehren (BR act. 17, 41, 42, 55, 70, 74, 77, 97, 101, 107, 119 und 121). Ihr kam dadurch im vorinstanzlichen Verfahren neben den Eltern (vgl. auch § 56 EG KESR) ohne weiteres Parteistellung zu. Es ist folglich sachgerecht, sie in die Kostenverteilung einzubeziehen. Da angenommen werden darf, alle Parteien hätten aus ihrer Sicht im wohlwollenden Interesse von D. _____ prozessiert, erscheint überdies gerechtfertigt, die Prozesskosten unabhängig des Verfahrensausganges gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO den Parteien zu gleichen Teilen aufzuerlegen.

3.

3.1. Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Verfahrensausgang hat es bei der Kosten- und Entschädigungsregelung im vorinstanzlichen Entscheid sein Bewenden.

3.2. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit, deren Streitwert CHF 8'192.80 beträgt. Die Gerichtsgebühr für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren ist gestützt auf §§ 4 und 12 GebV OG zu bemessen und in Berücksichtigung des Streitwerts, des überschaubaren Zeitaufwands und der eher geringen Schwierigkeit des Falles auf CHF 600.– festzulegen. Da die Beschwerdeführerin unterliegt und das Verfahren ohne Beteiligung der Beschwerdegegner erledigt werden kann, sind die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens vollständig der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

3.3. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen; der Beschwerdeführerin nicht, weil sie unterliegt, und den Beschwerdegegnern nicht, weil ihnen keine zu entschädigenden Aufwände entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren wird auf CHF 600.– festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur - Andelfingen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, 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. Der Streitwert beträgt CHF 8'192.80.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: