

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ150038-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin MLaw D. Weil.

Urteil vom 16. Oktober 2015

in Sachen

KESB Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur und Andelfingen,

Beschwerdeführerin

gegen

1. **A.**_____,

2. **B.**_____,

Beschwerdegegner

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____,

betreffend **Parteientschädigung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 8. Juni 2015;
VO.2014.83 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-
Andelfingen)**

Erwägungen:

1.1 Die leiblichen Eltern der am tt.mm.2004 geborenen A._____ sind beide gestorben (die Mutter 2009, der Vater 2010); B._____ lebte mit der Mutter bis zu deren Tod zusammen und versah für das Kind faktisch die Vaterstelle; im August 2013 wurde daher die Adoption A._____s durch B._____ bewilligt. Die Kammer hatte sich mit den Verhältnissen A._____s und ihrer älteren Halbschwester C._____ im Verfahren PQ140051 (Urteil vom 4. November 2014) zu befassen und gewann dort einen gewissen Einblick in die Situation.

1.2 In der für A._____ (rechtlich) Eltern-losen Zeit hatte die damals noch zuständige Vormundschaftsbehörde D._____ am 8. Januar 2010 für das Kind eine Vormundschaft errichtet und E._____ vom Jugendhilfezentrum ... zur Vormundin ernannt. Gleichzeitig mit der Adoption errichtete die nunmehr zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ("KESB") Winterthur-Andelfingen im August 2013 zwei Beistandschaften: die eine gestützt auf Art. 308 ZGB (allgemeine Unterstützung der Eltern, hier des Vaters) mit E._____ als Beiständin, die andere gestützt auf Art. 325 (Verwaltung des Vermögens) mit Rechtsanwalt F._____ als Beistand. Am 21. Oktober 2014 hob die KESB als Folge der rechtskräftigen Adoption und mit Hinweis auf die beiden neuen Beistandschaften die Vormundschaft auf und entliess die Beiständin unter Genehmigung von Schlussbericht und -rechnung (act. 7/2/1b) aus ihrem Amt, mit der Auflage, Unterlagen und Vermögenswerte dem Beistand F._____ zu übergeben (act. 7/2/1a).

Gegen den Beschluss der KESB führten Vater und Kind Beschwerde an den Bezirksrat. Sie beanstandeten, die Genehmigung des Schlussberichts und der Rechnung von E._____ (teilweise) aufzuheben und die letztere als Beiständin abzusetzen. Die KESB sei anzuweisen, den Sachverhalt korrekt und vollständig zu erheben, und eventuell habe die Gemeinde D._____ dem Vermögen von A._____ Fr. 33'262.30 nebst Zins gutzuschreiben. Sie beklagten generell die aus ihrer Sicht unzureichende Unterstützung durch die Gemeinde und beanstandeten konkret einerseits mangelnde Transparenz in der Verwaltung des Erbes der Mutter

von A._____, andererseits aus ihrer Sicht unzulässige Überweisungen aus dem Kindesvermögen an die Gemeinde (act. 7/1).

Der Bezirksrat entschied über die Beschwerde am 8. Juni 2015. Auf die Anträge, die Beiständin abzusetzen und (eventuell) die Gemeinde D._____ zu einer Zahlung zu verpflichten, trat er nicht ein. Hingegen fasste er den Punkt der Genehmigung des Schlussberichts der Vormundin in dem Sinne neu, als er nur den Bericht im engeren Sinn, nicht aber die Rechnung genehmigte: er erwog, die Rechnung weise offensichtliche Unklarheiten und gravierende Mängel auf. Im Übrigen wies er die Beschwerde ab. Seine Kosten setzte er auf Fr. 1'000.-- fest, wovon er je Fr. 200.-- den Beschwerdeführern auferlegte und diesen zu Lasten der KESB eine Entschädigung von insgesamt Fr. 7'298.65 einschliesslich Mehrwertsteuer zusprach (act. 7/20).

2. Gegen den Entscheid des Bezirkrates führt die KESB Beschwerde mit dem Antrag, es sei auf eine Parteientschädigung an die Beschwerdeführer zu verzichten, eventuell sei sie auf einen Fünftel herabzusetzen (act. 2). Auf die Begründung ist zurückzukommen.

Die Beschwerdeführer vor Bezirksrat, die sich in diesem Verfahren als "Beigeladene" bezeichnen (vgl. act. 18 S. 2), beantragen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, und eventuell sei sie abzuweisen, und es sei ihnen volle Akteneinsicht zu gewähren, "unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWSt)" (act. 18). Auch darauf ist zurückzukommen.

3.1 Zunächst geht es um den Punkt des Eintretens auf die Beschwerde.

Die Beschwerdegegner anerkennen die Aktivlegitimation der KESB ausdrücklich (act. 18 S. 3 Rz. 1), und das zu Recht: wenn die KESB als solche zu einer Parteientschädigung verurteilt wurde, soll sie sich dagegen wehren können, auch wenn sie im Übrigen keine Parteistellung hatte (*OGerZH* PQ130038 vom 21. Januar 2014, und *BGer* *5A_388/2015 vom 7. September 2015 E. 5.2).

Hingegen glauben die Beschwerdegegner, sie selber seien gar nicht Partei im Beschwerdeverfahren, die Parteientschädigung sei nicht (richtig) angefochten

worden, demnach rechtskräftig geworden, und sie sei "zu vollstrecken" (act. 18 S. 3. f., Rz. 2 ff.). Das ist nicht ganz leicht zu verstehen. Wohl sind die KESB, wie die Beschwerdegegner richtig hervorheben, (auch) mit juristischem Sachverstand ausgestattet. Ihre Verlautbarungen, besonders Eingaben und Stellungnahmen in einem Rechtsmittelverfahren, sollten daher aus sich heraus verständlich sein, und analog zum Zivilprozess, wo die Fragepflicht des Gerichts gegenüber anwaltlich vertretenen Parteien reduziert ist, darf man eine KESB in der Regel dabei behaften, was sie schreibt. Noch fundamentaler ist freilich der Grundsatz von Treu und Glauben: wenn vernünftigerweise und ohne Zweifel klar ist, was eine Partei meint, auch wenn sie sich vielleicht nicht mit letzter Klarheit ausdrückt, haben alle Beteiligten, Gegner und Behörden, davon auszugehen. Die Beschwerdegegner glauben, weil die KESB in der Rechtsmitteleingabe nicht auf dem Deckblatt ausdrücklich schrieb, ihre Beschwerde richte sich gegen B._____ und A._____, könnten sie beide hier nicht Partei sein. Das ist nicht so. Der Bezirksrat verurteilte die KESB, an B._____ und A._____ eine Parteientschädigung zu zahlen, und die KESB beantragt dem Obergericht als zuständiger Rechtsmittelbehörde, auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung sei zu verzichten, eventuell sei sie herabzusetzen – wobei in diesem zweiten Punkt ausdrücklich auf die Zahlen Bezug genommen wird, welche B._____ und A._____ als ihre Aufwendungen für das (erste) Beschwerdeverfahren bezeichnet hatten (act. 1 passim, besonders S. 2 oben und S. 6). Auch wenn die Beschwerde den Bezirksrat als Beschwerdegegner bezeichnet, ist damit ohne jeden Zweifel klar, dass die B._____ und A._____ zugeprochene Parteientschädigung aufgehoben werden soll. Deren Rechtsstellung soll verändert werden, und solche Personen pflegt man gemeinhin als Rechtsmittel-(hier: Beschwerde-)gegner zu bezeichnen. Dass das Obergericht damit, dass es diese Parteien ins Rubrum aufnahm und ihnen die materiell richtige Parteibezeichnung zuerkannte, ins Verfahren eingegriffen und die Beschwerde der KESB in unzulässiger Weise ergänzt hätte, ist jedenfalls nach bisherigem prozessualen Verständnis nicht anzunehmen. Dass die Beschwerde mangels der Angabe eines Streitwertes zur Verbesserung zurückgewiesen werden müsse (act. 18 Rz. 9), trifft nicht zu; der Streitwert ergibt sich ohne jeden Zweifel aus dem Vergleich von angefochtenem Entscheid und Beschwerdeantrag – da eine Verbesserung zu ver-

langen, wäre überspitzt formalistisch und willkürlich. Auf die Beschwerde ist vielmehr auch unter dem Aspekt der Passivlegitimation der Beschwerdegegner ohne Weiterungen einzutreten.

Akteneinsicht hatte und hat jede Partei zu jeder Zeit. Dazu ist nichts anzuordnen.

3.2 Die Beschwerdeführerin kritisiert grundsätzlich die Praxis der Kammer, wonach einer KESB Kosten auferlegt werden können. Im Leitentscheid *OGerZH PQ140037* vom 28. Juli 2014 wurde erwogen, in erster Linie komme es darauf an, ob einer Vorinstanz materiell Parteistellung zukomme – was auch in einem Zweiparteienstreit der Fall sein könne. Jedenfalls nicht ausreichend wäre es, dass in einem Rechtsmittelverfahren ein Entscheid geändert oder aufgehoben werde; denn das sei mit dem System des Rechtsmittels notwendig verbunden. Erforderlich wäre auf jeden Fall eine qualifizierte Unrichtigkeit in dem Sinn, dass das Rechtsmittelverfahren nicht mehr als adäquat kausal mit dem Streit an sich verbunden betrachtet werden könne. Im publizierten Fall war die Situation zu beurteilen, dass der Präsident einer KESB in krasser Missachtung des rechtlichen Gehörs eine Anordnung zum Verfahren getroffen hatte, die er dann ohne erkennbaren anderen Anlass als die Beschwerde-Erhebung durch den Betroffenen wieder zurück nahm (a.a.O.). Das Bundesgericht hat zur Sache mehrere grundsätzliche Entscheide gefällt: materielle Partei ist danach etwa eine Instanz, gegen welche sich eine Rechtsverzögerungsbeschwerde richtet oder deren negativer Entscheid zur unentgeltlichen Rechtspflege aufgehoben wird; die Kantone können aber gestützt auf Art. 116 ZPO sich selber – und ihre Gemeinden – von Parteientschädigungen befreien (BGE 139 III 471; BGE 140 III 501); im (kantonal geregelten) Verfahren der FU "mangels gesetzlicher Grundlage" keine Entschädigungen zu Lasten des Staates zuzusprechen, ist nicht willkürlich (BGE 140 III 385); bei einem negativen Kompetenzkonflikt im Kanton kann dieser entschädigungspflichtig werden (BGE 138 III 471).

Entgegen der Kritik der Beschwerdeführerin sieht die Kammer keinen Anlass, ihre Praxis grundsätzlich zu ändern. Die Möglichkeit, dass eine Gemeindebehörde (und das sind die KESB, wenn auch aufgrund von Zusammenschlüssen

mehrerer Gemeinden) kosten- und entschädigungspflichtig werden kann, gründet darin, dass der Kanton Zürich, anders als der Bund für das Verfahren des Bundesgerichts (Art. 66 Abs. 4 BGG), die Gemeinden nicht wie früher nach § 203 Abs. 2 GVG/ZH privilegierte, und das ist für das Obergericht bindend. Es mag sein, wie die KESB ausführt, dass der Gesetzgeber auf eine Regelung verzichtete, weil die Gerichte ja "in der Regel" zu Lasten von Vorinstanzen keine Parteientschädigungen zusprächen (act. 2 S. 4 Mitte). "In der Regel" bedeutet aber immer, dass es Ausnahmen gibt, und auch die Praxis der Kammer behandelt die KESB bewusst nicht als Parteien, womit eine Parteientschädigung zu ihren Lasten auch eine Ausnahme bleiben wird und bleiben soll. Es kommt hinzu, dass der Entscheid im einzelnen Fall und so auch hier durchaus offen ist:

3.3 Offenbar hat die Vormundin sich eingehend und mit sehr grossem Einsatz mit der persönlichen Situation A.____s befasst; ihr Bericht ist zu diesem Thema denn auch umfassend und umfangreich (act. 7/2/1b). Zu diskutieren ist aber der Bericht der Vormundin zum Finanziellen und seine Genehmigung durch die KESB in dieser Hinsicht. Unter dem Gesichtspunkt des "qualifizierten Fehlers" geht die KESB in ihrer Beschwerde im Einzelnen auf die Rechnung der Vormundin ein und erläutert, wie die Differenzen zustande kamen und von der Vormundin erläutert wurden. Keinesfalls könne die Genehmigung der Rechnung unter diesen Umständen als gleichsam willkürlich beurteilt werden (act. 2 S. 4 f.). Dem halten die Beschwerdegegner entgegen, die Beschwerdegegnerin 1 habe von ihrer leiblichen Mutter rund Fr. 170'000.-- geerbt, wovon nur noch rund Fr. 134'000.-- vorhanden seien. Die Vormundin habe "wiederholt Gelder des Kindesvermögens abgerufen" und dieses selber "derart schlecht angelegt, dass ein Vermögenszerfall statt fand". Die "Behörde" (gemeint offenbar: die Vormundin und ihre allfälligen Hilfspersonen) habe das Kindesvermögen unfähig und unsorgfältig gehütet und ohne jedes Verantwortungsbewusstsein fatalistisch Vermögenseinbussen hingenommen. Es sei unglaublich, dass die KESB derartige Arbeit hinnehme, und es sei unerträglich, dass Kindesvermögen "durch Schludrigkeit, Unfähigkeit und Desinteresse" geschmälert werde. Die Unterlagen der Vormundin seien zudem mangelhaft und unvollständig (act.18).

Zu unterscheiden ist zwischen der Rechnungslegung und der Verantwortlichkeit. Der Bezirksrat ist, von den Beschwerdegegnern unangefochten, auf die bei ihm eingereichte Beschwerde insoweit nicht eingetreten, als diese eine Zahlung der Gemeinde D._____ verlangte resp. allgemein die Verantwortlichkeit der Vormundin für einen allfälligen Schaden thematisierte. Das war richtig. Dem Rechenschaftsbericht ist zu entnehmen, wie das Vermögen A._____s angelegt ist (act. 7/2/1b). Sie und ihr Vater bezeichnen diese Anlagen gegenüber dem Obergericht als "derart schlecht (...), dass ein Vermögenszerfall statt fand". Dazu ist das Verfahren der Genehmigung des Rechenschaftsberichtes allerdings nicht das richtige – der Punkt müsste vielmehr zum Gegenstand einer Haftungsklage gemacht werden. Die Vorgänge "Weiterleitung Renten" resp. "Rückerstattung Sozialhilfe" sind den Beschwerdegegnern bekannt, und sie rügen sie mit scharfen Worten. Ob diese und andere Belastungen auf den Konti des Kindes sachlich gerechtfertigt waren, ist aber ebenfalls eine Frage der materiellen Beurteilung der Tätigkeit der Vormundin, allenfalls ihrer Hilfspersonen. Die KESB hat damit, so weit ersichtlich, direkt nichts zu tun (und eine Vermögens-Abnahme muss ja keinesfalls zwingend ein Fehlverhalten der Vormundin spiegeln). Im Verfahren des Bezirkrates ging es im Übrigen auch nicht um eine allfällige Mitverantwortung der KESB an einem möglichen dem Kind entstandenen finanziellen Schaden. In der Diskussion um eine von der KESB an die Beschwerdegegner zu zahlende Parteientschädigung spielt dieses Thema keine Rolle.

Thema und Streitpunkt sind die Darstellung und die (un-)Vollständigkeit des Teils des Berichtes, welcher die finanziellen Vorgänge der Periode 1. März 2012 bis 20. Dezember 2013 wiedergeben. Wie weit die Vormundin diesen Bericht überhaupt (mit) verfasste, ist nicht klar. Sie hat den Textteil unterschrieben (act. 7/2/1b S. 5 unten), allerdings wird auf der ersten Seite offen gelegt, der Bericht sei verfasst von einer G._____ vom (oder: und dem) "Team ...". Sei dem wie ihm wolle: die Vormundin trägt die Verantwortung für den Bericht, auch wenn sie sich als ausgebildete und diplomierte Sozialarbeiterin in den administrativen Belangen wohl unterstützen lassen musste. Der finanzielle Teil ist überhaupt nicht unterzeichnet – ein Mangel, der zu beheben sein wird. Eine weitere Merkwürdigkeit besteht darin, dass das Aktenverzeichnis der KESB den mit 3. April 2014 da-

tierten Bericht der Beiständin nicht enthält. Am 27. März 2014 ersuchte die KESB bei der "Berichtsverfasserin" G._____ schriftlich um Ergänzungen eines "Schluss-Rechenschaftsberichtes 17. März 2014" – auch einen solchen gibt es im Aktenverzeichnis der KESB nicht. Die sehr kritischen Bemerkungen der heutigen Beschwerdegegner gegenüber der administrativen Kompetenz der KESB sind von da her sehr wohl berechtigt, spielen aber bei der Frage der Parteientschädigung für das Verfahren des Bezirksrates nur eine höchstens indirekte Rolle. Der Schlussbericht, den die Beschwerdegegner ihrem Rechtsmittel an den Bezirksrat beilegten, muss der KESB irgend einmal zugegangen sein, denn er wurde dem angefochtenen Genehmigungsbeschluss beigefügt (KESB-act. 103). Die KESB hat ihn offenbar auch rechnerisch geprüft oder prüfen lassen, und sie erkannte eine auffällige und nicht erklärte Differenz von Fr. 96'663.10 zwischen dem Schluss-Saldo der per 29. Februar 2012 abgeschlossenen Rechnung und dem Anfangssaldo der neuen Periode. Die Vormundin erklärte eine Differenz von Fr. 91'891.-- damit, dass Wertschriften in der alten Rechnung schlicht "nicht enthalten waren" (E-mail vom 9. September 2014, nicht akturiert, aber enthalten im Faszikel KESB-act. 103). Eine Differenz von weiteren Fr. 4'766.10 zwischen einem Schluss- und einem Anfangssaldo von zwei Konti soll nach Darstellung der KESB mit einer E-mail (in den Akten jedenfalls für Aussenstehende nicht auffindbaren) der Vormundin vom 11. September 2014 geklärt worden sein (act. 2 S. 5). Eine weitere Differenz von Fr. 6.-- wird von der KESB zu erklären versucht, freilich sind diese Ausführungen nicht verständlich (act. 2 S. 5 unten).

Der Bezirksrat hat unangefochten und in der Sache zu Recht die Genehmigung der Rechnung verweigert. Diese befand sich, nur schon den erforderlichen Nachfragen der KESB zu unerklärten und unerklärlichen Differenzen nach zu schliessen, in einem beklagenswerten Zustand. Sie entbehrt so, wie sie zum Teil im Dossier liegt wesentlicher Belege. Die Vormundin hat zwar offenbar einiges nachgeliefert (KESB-act. 115 und 116). Mit der Nachlieferung könnte es sein Bewenden haben, wenn es um irgend *einen* Beleg ginge, der irrtümlich vergessen gegangen war. Der Bericht, wie er auf unbekanntem Weg ins Dossier kam und wie ihn die KESB genehmigte, war aber offenkundig ungenügend, weil nicht nur das Vermögen eingestandenermassen grob falsch dargestellt war, sondern auch

zu den Gutschriften und Belastungen keine Belege vorhanden waren (KESB-act. 103, nicht akturiertes Dokument im Faszikel). Ein "Berichtsprüfungsdienst" der KESB hat zwar seinen Stempel angebracht, neben einem Visum steht das Datum 15. April 2014, und die meisten der einzelnen Positionen in der Rechnung sind mit Bleistift abgezeichnet. Wie diese Prüfung erfolgte, und ob dafür irgendwelche Belege vorlagen, bleibt damit aber unklar. Die von der KESB dem Obergericht nachgelieferten Unterlagen (act. 11) sind ohne Nummerierung und Verweise unbrauchbar. – Die Rechnung als Teil des Berichts der Vormundin wird also vollständig neu aufzustellen sein, mit den richtigen Zahlen in der Eingangsbilanz, und mit Belegen nicht zur Bilanz, sondern auch zur Rechnung, wobei diese Belege einzeln nummeriert zu sein haben und mit nachvollziehbaren Verweisen auf die Rechnung versehen sein sollen.

Die Mängel der Rechnung sind nun allerdings einzig der Vormundin, allenfalls ihren Hilfspersonen anzulasten. Die Vormundin – und nicht die KESB – ist die materielle Gegenpartei bei der Diskussion dieser Mängel. Richtig ist wie vorstehend erwogen, und wie der Bezirksrat entschieden hat, dass die KESB den Bericht (resp. den Rechnungs-Teil) so nicht hätte genehmigen sollen. Sie hat wie dargestellt auch selber Fragen gestellt und Unterlagen einverlangt. In erster Linie basiert die Nicht-Genehmigung auf einer anderen Gewichtung der Mängel des Berichts und des Anspruches der Beteiligten auf eine einheitliche und verständliche Rechnung durch die Rechtsmittelinstanzen. Weder wird die KESB damit zur materiellen Gegenpartei der privaten Beteiligten, noch scheint es gerechtfertigt, ihr einen besonders krassen Fehler vorzuwerfen, welche im Sinne der eingangs erwähnten Praxis eine Parteientschädigung geböte.

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, ohne dass auf die eventuellen Ausführungen der Parteien zur Höhe einer Entschädigung einzugehen wäre.

4. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegen die Beschwerdegegner. Angesichts der unerfreulichen Feststellungen, welche die Kammer zur (Rechnungs-)Arbeit der Vormundin machen musste, rechtfertigt es sich gleichwohl, auf Kosten für das vorliegende Verfahren zu verzichten. Eine Parteientschädigung fällt allerdings nicht in Betracht.

Es wird erkannt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird Ziffer IV des Dispositivs im angefochtenen Entscheid aufgehoben, und den Beschwerdegegnern wird für das Beschwerdeverfahren vor Bezirksrat keine Entschädigung zugesprochen.
2. Für das vorliegende Rechtsmittelverfahren werden keine Kosten erhoben und wird keine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Schriftliche Mitteilung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen (unter Beilage einer Kopie der Beschwerdeantwort act. 18), an B._____ und A._____, an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein.
4. 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 mit dem Streitwert von Fr. 7'298.65.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw D. Weil

versandt am: