

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ160048-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. S. Kröger.

Beschluss und Urteil vom 3. November 2016

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

unentgeltlich vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____

betreffend **Kosten / Entschädigung**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 7. Juli 2016;
VO.2016.46 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-
Andelfingen)**

Erwägungen:

1. Ausgangslage/Verfahrensgang

1.1. A._____ und B._____ sind die Eltern von C._____, geboren tt.mm.2005. Nach der Trennung ihrer Eltern, die im Sommer 2007 erfolgte, verblieb C._____ im Haushalt ihres Vaters. Während des nachfolgenden Eheschutzverfahrens schlossen die Parteien eine Vereinbarung, die mit Verfügung des Einzelrichters des Bezirksgerichts Andelfingen vom 5. Oktober 2009 vorgemerkt und genehmigt wurde. Danach wurde C._____ für die Dauer des Getrenntlebens unter die Obhut des Vaters gestellt und der Mutter ein Besuchsrecht eingeräumt. Im Weiteren wurde eine Beistandschaft zur Überwachung des Besuchsrechts im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet (KESB-act. 4).

1.2. Am 27. Januar 2012 reichte A._____ beim Bezirksgericht Andelfingen die Scheidungsklage ein (LC160023-act. 1). Die Belange von C._____ – allen voran das Besuchsrecht, aber auch die Zuteilung der Obhut und die elterliche Sorge – sind hochstrittig. Das Bezirksgericht Andelfingen hatte sich im Rahmen vorsorglicher Massnahmen und deren Vollstreckung wiederholt damit zu befassen, ebenso die Kammer, welche regelmässig über Rechtsmittel der Parteien zu befinden hatte. Es kann diesbezüglich auf die Geschäfte Nrn. LY140013 (LC160023-act. 190/1-37), PF140043 (LC160023-act. 490/1-72), LY150023 (LC160023-act. 488/1-51) und LY160009 (LC160023-act. 489/1-17) verwiesen werden. Während der ganzen Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens erfolgte keine Änderung der Zuteilung der Obhut über C._____. Das Besuchsrecht erfuhr gewisse Anpassungen, wobei der Anspruch der Mutter auf einen Kontakt zu C._____, der auch Übernachtungen bei ihr beinhaltet, von beiden Instanzen wiederholt bejaht wurde. Die Durchführung der Übernachtungen scheiterte jedoch immer wieder am Widerstand von C._____.

Mit Urteil vom 5. Februar 2016 schied die Vorinstanz die Ehe der Parteien und regelte die Nebenfolgen der Scheidung. Was die Kinderbelange betrifft, wurde an der bis dahin geltenden vorsorglichen Regelung nichts Grundlegendes geändert (LC160023-act. 474 = [act. 473/2 = act. 468]). Sowohl der Vater als auch die Mutter erhoben Berufung gegen dieses Urteil. Gegenstand der Berufungen sind die Kinderbelange. Das Verfahren ist pendent (vgl. Geschäft Nr. LC160023).

1.3. Der seit Jahren andauernde Streit ihrer Eltern wirkt sich massiv auf das Befinden von C._____ aus. Nach wiederholten Krisen in den vergangenen Jahren, welche sich namentlich in Ängsten und Schulverweigerung äusserten, ist die Situation im Mai 2016 eskaliert. Anlässlich eines Termins bei Dr. med. D._____, dem damaligen Psychotherapeuten von C._____, machte der Vater in Anwesenheit seiner Tochter Suizidäusserungen. Daraufhin entzog die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Bezirke Winterthur und Andelfingen (KESB) den Parteien mit Entscheid vom 12. Mai 2016 superprovisorisch das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ihre Tochter und platzierte C._____ bis auf weiteres im Kantonsspital Winterthur. Gleichzeitig ernannte die KESB E._____, ... Winterthur, zur neuen Beiständin von C._____ und ordnete für ihr Verfahren betreffend Unterbringung eine Verfahrensvertretung für C._____ im Sinne von Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB an. Mit dieser Aufgabe betraute die KESB Rechtsanwältin lic. iur. Z._____ (KESB-act. 361).

Die KESB nahm in der Folge Abklärungen vor, namentlich hörte sie den Vater, die Mutter und C._____ persönlich an (KESB-act. 430, 434, 437).

Mit Entscheid vom 27. Mai 2016 (KESB-act. 459 S. 21 ff.) bestätigte die KESB die Anordnungen seines Behördenmitglieds vom 12. Mai 2016. Was die Unterbringung von C._____ betrifft, ordnete sie den Wechsel vom Kantonsspital Winterthur zur Pflegefamilie F._____, ... [Adresse] an. Der Entscheid enthält weitere Anordnungen, unter anderem zum Besuchsrecht des Vaters und der Mutter sowie zur Beistandschaft. Die Gebühr für ihr Verfahren setzte die KESB auf Fr. 6'000.- fest. Diese Gebühr und die weiteren (in der Höhe damals noch unbekannt) Kosten für die Kindsvertretung und einen Bericht der Tagesklinik KJPD Winterthur auferlegte sie den Eltern je zur Hälfte. Unter Bezugnahme auf die unentgeltliche Rechtspflege, die sie beiden Elternteilen gewährte, hielt sie fest, dass die Kosten einstweilen zu Lasten der KESB gehen.

1.4. Die Kindsvertreterin und der Vater erhoben gegen diesen Entscheid am 3. bzw. 6. Juni 2016 Beschwerde an den Bezirksrat Winterthur. Beide beantragten im Wesentlichen die Wiederherstellung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern und die Rückführung von C._____ unter die Obhut des Vaters. Die Be-

schwerde der Kindsvertreterin behandelte der Bezirksrat unter der Geschäfts-Nr. VO.2016.46 (BR-act. 1 S. 1 f., VO.2016.46), die Beschwerde des Vaters unter der Geschäfts-Nr. VO.2016.47 (BR-act. 1 S. 1 ff., VO.2016.47).

Nach durchgeführtem Verfahren fällte der Bezirksrat am 7. Juli 2016 folgendes Urteil (act. 10 [= act. 4/2 = BR-act. 23, VO.2016.46]):

- I. Die Verfahren VO.2016.46 und VO.2016.47 werden vereinigt und unter der Verfahrensnummer VO.2016.46 geführt.
- II. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und es wird RA in lic. iur. Y. _____ als unentgeltliche Rechtsvertreterin eingesetzt.
- III. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen und es wird RA lic. iur. X. _____ als unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzt.
- IV. Die Beschwerden der Kindesverfahrensvertreterin und des Beschwerdeführers werden abgewiesen, soweit überhaupt darauf eingetreten wird.
- V. Die Verfahrenskosten, welche sich aus den noch unbekanntem Kosten für die Kindesverfahrensvertreterin und den Entscheidgebühren in der Höhe von CHF 800.00 ergeben, werden den Kindseltern je zur Hälfte auferlegt. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehen die Kosten einstweilen unter Hinweis auf Art. 123 ZPO zu Lasten der Staatskasse. Die Kindesverfahrensvertreterin und die Parteivertreter werden eingeladen, ihre angemessenen Honorarnoten einzureichen.
- VI. Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet.
- VII. (Entzug aufschiebende Wirkung)
- VIII. (Zustellung und Weiterleitung von Eingaben)
- IX. (Rechtsmittel)
- X. (Mitteilung)"

1.5. Mit Eingabe an die Kammer vom 20. Juli 2016 erhob A._____ (nachfolgend Beschwerdeführerin) Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksrats und stellte die folgenden Anträge (act. 2 S. 2 f.):

"In materieller Hinsicht:

1. Erster Satz von Ziffer V. des Urteils sei aufzuheben und die Verfahrenskosten, welche sich aus den noch unbekanntem Kosten für die Kindesverfahrensvertreterin und den Entscheidgebühren in der Höhe von CHF 800 ergeben, seien dem Beschwerdeführer [vor Bezirksrat] aufzuerlegen;
2. Ziffer VI. des Urteils sei aufzuheben und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 20'178.05 auszurichten; aufgrund des dem Beschwerdegegner bewilligten Gesuchs um unentgeltliche Rechtspflege sei die Entschädigung dem Vertreter der Beschwerdeführerin direkt aus der Staatskasse auszurichten unter gleichzeitigem Übergang der Forderung an den Staat;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen [zzgl. 8.0 % MwSt] zulasten des Beschwerdegegners.

In prozessualer Hinsicht:

Der Beschwerdeführerin sei die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und ihr in der Person des unterzeichnenden Rechtsanwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen."

Auch B._____ (nachfolgend Beschwerdegegner) erhob Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksrats vom 7. Juli 2016. Seine Beschwerde vom 21. Juli 2016 richtete sich gegen den Entscheid des Bezirksrats im Hauptpunkt. Er verlangte die Wiedererteilung des Aufenthaltsbestimmungsrechts und die Rückkehr von C._____ unter seine Obhut. Die Kammer, welche diese Beschwerde unter der Geschäfts-Nr. PQ160049 behandelte, wies die Beschwerde mit Urteil vom 5. Oktober 2016 ab (PQ160049-act. 31).

Mit Eingabe vom 9. September 2016 beantwortete der Beschwerdegegner die Beschwerde der Beschwerdeführerin. Er beantragte die Abweisung der Be-

schwerde (act. 27). In prozessualer Hinsicht ersuchte auch er um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (act. 7 S. 6 und act. 27 S. 3 f.).

Die Akten des Bezirksrates (BR-act. 1-30, VO.2016.46, und BR-act. 1-14, VO.2016.47) und der KESB (KESB-act. 1-537) wurden beigezogen. Dem Antrag der Beschwerdeführerin, auch die Akten des pendenten Berufungsverfahrens LC160023 betreffend Ehescheidung beizuziehen, steht nichts entgegen. Es sind dieselben Parteien in das Berufungsverfahren involviert, und dieses steht mit dem vorliegenden Beschwerdeverfahren in engem Zusammenhang. Darin enthalten sind auch die Akten des Eheschutzverfahrens (EE090005) und der Berufungsverfahren betreffend vorsorgliche Massnahmen (LY140013, LY150023 und LY160009). Beigezogen wurden sodann die bereits erwähnten Akten PQ160049 (Beschwerde des Beschwerdegegners gegen das Urteil des Bezirksrats vom 7. Juli 2016).

Weitere Verfahrensschritte sind nicht erforderlich. Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Das Doppel der Beschwerdeantwort (act. 27) ist der Beschwerdeführerin mit dem vorliegenden Endentscheid zuzustellen.

2. Ausstand

Mit Eingabe vom 25. Juli 2016 verlangte der Beschwerdegegner den Ausstand von Ersatzrichter lic. iur. H. Meister (act. 7). Mit Beschluss vom 27. September 2016 wies die Kammer das Ausstandsgesuch ab (act. 31). Zum Verfahren über das Ausstandsgesuch und zu den Entscheidungsgründen kann auf die Erwägungen im genannten Beschluss verwiesen werden. Somit besteht kein Anlass, Ersatzrichter Meister von der weiteren Mitwirkung in diesem Verfahren zu entbinden.

3. Kindsvertretung

Die Beschwerde, die es hier zu behandeln gilt, hat einzig die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen durch den Bezirksrat im angefochtenen Entscheid zum Gegenstand. Da eine Verpflichtung von C. _____ nicht zur Debatte steht und die unterschiedlichen Standpunkte der Parteien eine finanzielle Angele-

genheit betreffen, ist C._____ am vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht zu beteiligen, und es ist ihr insbesondere keine Verfahrensvertretung zu bestellen (Art. 300 ZPO e contrario).

4. Unentgeltliche Rechtspflege

4.1. In den bisherigen Verfahren ist die Kammer jeweils davon ausgegangen, dass die Beschwerdeführerin mittellos im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ist. Wie ihren Ausführungen in der Beschwerde zu entnehmen ist, sind hinsichtlich der Wohnverhältnisse Änderungen im Gang (vgl. act. 2 S. 19 f.). Auch wenn weiterhin mit Wohnkosten von Fr. 1'000.- (statt neu mit Fr. 1'500.-) gerechnet wird, ist die Beschwerdeführerin nicht in der Lage, neben den notwendigen Lebenskosten die Prozesskosten zu finanzieren. Ihre Anträge sind nicht aussichtslos und anwaltliche Vertretung gerechtfertigt. Es ist ihr daher antragsgemäss die umfassende unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

4.2. Für den Beschwerdegegner gilt nichts anderes. Auch bei ihm ist die Kammer bislang von Mittellosigkeit im Sinne von Art. 117 lit. a ZPO ausgegangen. Daran scheint sich zwischenzeitlich nichts geändert zu haben (vgl. act. 7 S. 6 i.V.m. PQ160049-act. 2 S. 15 f.). Die weiteren Voraussetzungen (vgl. Art.117 lit. b und Art. 118 lit. c ZPO) sind ebenfalls erfüllt, so dass auch ihm die unentgeltliche Rechtspflege im umfassend beantragten Sinne zu bewilligen ist.

5. Beschwerdevoraussetzungen und -grundsätze

5.1. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZPO). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zudem zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite

das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirksrates sein, nicht hingegen solche der KESB.

5.2. Die Beschwerdeführerin hat das Urteil des Bezirksrats am 11. Juli 2016 entgegengenommen (BR-act. 24, VO.2016.46). Ihre Beschwerde vom 20. Juli 2016 erweist sich damit als rechtzeitig (act. 2 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 und Art. 445 Abs. 3 ZGB). Die Beschwerdeschrift enthält Anträge, die soweit erforderlich beziffert sind. Die Beschwerdeführerin hat diese begründet. Damit sind die Beschwerdevoraussetzungen erfüllt (vgl. Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 und Abs. 3 ZGB).

5.3. Gemäss Art. 110 ZPO ist der Kostenentscheid selbständig nur mit Beschwerde anfechtbar. Dies führt zu einer eingeschränkten Kognition der Rechtsmittelbehörde (vgl. Art. 320 ZPO im Vergleich zu Art. 310 ZPO bzw. Art. 450a Abs. 1 ZGB) und zum gänzlichen Ausschluss von Noven (Art. 326 ZPO). Auch wenn die Prozesskosten teilweise, nämlich im Umfang der Gerichtskosten, von Amtes wegen festzusetzen und zu verteilen sind (Art. 105 ZPO), gilt diesbezüglich, anders als für die Kinderbelange (vgl. Art. 296 ZPO), die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime nicht.

6. Zum Entscheid des Bezirksrats zu den Prozesskosten

6.1. Der Bezirksrat auferlegte seine Verfahrenskosten, welche aus der Entscheidegebühr von Fr. 800.- und den (im Zeitpunkt seiner Entscheidung in der Höhe noch unbekannt) Kosten der Kindsvertretung bestehen, den Parteien je zur Hälfte. Weiter hielt er fest, dass keine Parteientschädigungen ausgerichtet werden (act. 10, Dispositiv-Ziff. V und VI des Urteils vom 7. Juli 2016). Wie seinen Erwägungen entnommen werden kann, stützte sich der Bezirksrat auf die ständige Praxis des Obergerichts, in Kinderbelangen die Kosten in der Regel den Parteien unabhängig vom Verfahrensausgang je zur Hälfte aufzuerlegen und die Prozessentschädigungen wettzuschlagen (act. 10 S. 17 f. Erw. 6.3 i.V.m. Erw. 6.2).

6.2. Die Beschwerdeführerin vertritt mit ausführlicher Begründung die Auffassung, dass es sich vorliegend nicht um einen Fall handle, der die hälftige Aufteilung der Prozesskosten rechtfertigt. Der Beschwerdegegner habe den Entscheid der KESB alleine provoziert, sie, die Beschwerdeführerin, habe dazu keinerlei Anlass gegeben. Den Entscheid der KESB, die Verfahrenskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen, habe sie nicht angefochten, um nicht weitere Kosten zu verursachen. Im Verfahren vor dem Bezirksrat habe sie sich mit ihren Stellungnahmen für den Fortbestand des Entscheids der KESB eingesetzt. Nicht akzeptabel sei es daher, dass auch der Bezirksrat trotz Abweisung der Beschwerde des Beschwerdegegners die Prozesskosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt habe. Angesicht seines Unterliegens seien die Kosten des Bezirkrats dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Zudem sei dieser zu einer Parteientschädigung an sie zu verpflichten. Es handle sich um ein umfangreiches Verfahren, das einen ungewöhnlich grossen Aufwand erfordert habe. Als angemessen erweise sich eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 20'178.05 (act. 2 S. 5 ff.).

6.3. Der Beschwerdegegner weist in seiner Stellungnahme zunächst darauf hin, dass der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bezirksrat die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und RA lic. iur. X._____ als ihr unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzt worden sei, und zwar mit der Aufforderung, dem Bezirksrat die Honorarnote einzureichen. Damit sei RA lic. iur. X._____ nicht mehr berechtigt, für sich eine weitere Entschädigung geltend zu machen. Wieviel er vom Bezirksrat erhalten habe, sei nicht dargelegt worden. Sodann bestritt der Beschwerdegegner, den Entscheid der KESB provoziert zu haben. Ein Grund für eine Fremdplatzierung von C._____ habe nie bestanden und in ihrer Beschwerde habe die Beschwerdeführerin bestätigt, wiederholt die Ausübung des Besuchsrechts verweigert bzw. zu verhindern versucht zu haben. Die Gefährdung von C._____ durch die Mutter komme denn auch darin zum Ausdruck, dass die KESB der Beschwerdeführerin kein festes Besuchsrecht zugesprochen habe. Daran habe auch der Bezirksrat festgehalten. Hinsichtlich der Parteientschädigung beschränkte sich der Beschwerdegegner auf den Hinweis, dass eine solche bei ihm nicht einbringlich wäre (act. 27 S. 2 ff.).

6.4. Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO sind die Prozesskosten, bestehend aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO), der unterliegenden Partei aufzuerlegen. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

In familienrechtlichen Prozessen kann von diesen Grundsätzen abgewichen, und die Prozesskosten können nach Ermessen verteilt werden (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO). Die Ausnahmeregel bietet sich etwa in einvernehmlichen Scheidungen nach Art. 111 f. ZGB an oder in familienrechtlichen Verfahren, welche sich zur Hauptsache um Kinderbelange, namentlich elterliche Sorge, Besuchsrecht, Obhut etc., drehen. In diesen Fällen sind die Kosten des Verfahrens praxisgemäss – unabhängig des Ausgangs des Verfahrens – den Parteien je hälftig aufzuerlegen und die Parteientschädigungen wettzuschlagen, wenn die Parteien unter dem Gesichtspunkt der Interessen des Kindes gute Gründe zur Antragsstellung hatten (ZR 84 Nr. 41). Stehen hingegen vermögensrechtliche Streitigkeiten im Zentrum, ist diesbezüglich ein Ermessensentscheid nicht angezeigt, sondern es drängt sich für die darauf entfallenden Kosten eine Verteilung nach Obsiegen und Unterliegen auf (vgl. anstatt vieler: OGer ZH, LC130032 vom 22. August 2014, E. 6.1, und OGer ZH, LE140017 vom 3. Oktober 2014, E. 2.1 und 2.2).

Darüber hinaus kann das Gericht von den Verteilgrundsätzen abweichen, wenn eine Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war (Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), andere besondere Umstände eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) oder unnötige Prozesskosten verursacht wurden (Art. 108 ZPO).

6.5. Das vorinstanzliche Verfahren hatte den Entscheid der KESB vom 27. Mai 2016 zum Gegenstand. Auf Beschwerde des Beschwerdegegners und der Kindesvertreterin hin, hatte sich der Bezirksrat mit dem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern und der Fremdplatzierung von C._____ zu befassen.

Diese Massnahmen, welche die KESB am 12. Mai 2016 zunächst supervisorisch angeordnet hatte und hernach am 27. Mai 2016 bestätigte, wurden durch den Beschwerdegegner veranlasst. Wie dem Urteil der Kammer vom 5. Ok-

tober 2016 im Verfahren PQ160049 entnommen werden kann, stellt die hoch strittige Auseinandersetzung zwischen den Eltern zwar ein mittel- und langfristiges Entwicklungsrisiko für C._____ dar (PQ160049-act. 31, Erw. 7.6.1). Diese Gefährdung von C._____ allein, für welche beide Parteien Verantwortung tragen, war indessen weder Anlass für das Einschreiten der KESB, noch hätte sie die angeordneten Massnahmen gerechtfertigt. Es war das Verhalten des Beschwerdegegners, insbesondere ab Herbst 2015 und vor allem im Frühjahr 2016, das die notfallmässige Intervention der KESB erforderte. Angesprochen sind damit seine Suizidäusserungen, die gemäss Akten im Herbst 2015 begannen und im Frühjahr 2016 sich häuften und seine massive Überforderung (vor allem) bezüglich der Belange von C._____ zum Ausdruck brachten, aber nicht nur. Gemeint sind auch sein Unvermögen, sich vom elterlichen Streit und den damit verbundenen behördlichen und gerichtlichen Verfahren zu lösen, und sein Unwille, C._____ davor zu schützen, seine fehlende Kritikfähigkeit sowie ungenügende Bereitschaft zur Kooperation. Um Wiederholungen zu vermeiden, sei auf die ausführlichen Erwägungen im bereits erwähnten Urteil der Kammer verwiesen (PQ160049-act. 31, insbes. Erw. 7.6.2 - 7.6.5 und Erw. 7.7.6).

Wie die Kammer im erwähnten Urteil vom 5. Oktober 2016 erwog, wies der Bezirksrat die Beschwerden des Beschwerdegegners und der Kindsvertreterin zu Recht ab, soweit er darauf eintrat. Damit folgte der Bezirksrat im Ergebnis den Anträgen der Beschwerdeführerin, welche auf die Bestätigung des angefochtenen Entscheids der KESB abzielten (vgl. BR-act. 8 S. 2 f., VO.2016.46, und BR-act. 10 S. 2 f., VO.2016.47). Hervorzuheben ist insbesondere, dass die Beschwerdegegnerin im vorinstanzlichen Verfahren nicht verlangt hatte, dass C._____ unter ihre Obhut zu stellen wäre (das machte sie auch im vorangegangenen Verfahren nicht, das die KESB nach den superprovisorischen Anordnungen vom 12. Mai 2016 durchführte).

Richtig ist, dass die KESB im Entscheid vom 27. Mai 2016 den Anspruch der Beschwerdeführerin auf persönlichen Verkehr mit C._____ nicht vorbehaltlos gewährte, sondern von den Bedürfnissen von C._____ abhängig machte (KESB-act. 459, Dispositiv-Ziff. 4 und Erw. 2.6.2). Damit entsprach sie Bedenken, welche

sie hinsichtlich fester Besuchszeiten zwischen C._____ und ihrer Mutter hatte und ging insofern wohl von einer Gefährdung von C._____ aus. Wer diese Gefährdung zu verantworten hat, lässt sich dem Entscheid der KESB indessen nicht entnehmen, und es braucht darauf auch nicht weiter eingegangen zu werden. Für den hier zu treffenden Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen ist von Bedeutung, dass die Beschwerdeführerin den Entscheid der KESB vom 27. Mai 2016 beim Bezirksrat nicht anfocht und auch im Laufe des vorinstanzlichen Verfahrens keine Änderung ihres Besuchsrechts verlangte. Damit hatte sich der Bezirksrat mit diesem Thema auch nicht weiter zu befassen. Nur der Vollständigkeit halber sei der Beschwerdegegner schliesslich auf einen Irrtum hingewiesen, der ihm in seiner Beschwerdeantwort unterlief (vgl. act. 27 S. 3 Ziff. 3). In ihrer Beschwerdeschrift hatte die Beschwerdeführerin nicht bestätigt, wiederholt die Ausübung des Besuchsrechts verweigert bzw. zu verhindern versucht zu haben. An der vom Beschwerdegegner erwähnten Stelle (act. 2 S. 13 Rz 44) sprach die Beschwerdeführerin nämlich nicht von ihrem Verhalten, sondern sie schilderte den Sachverhalt, wie er dem in ZR 84 Nr. 41 wiedergegebenen Entscheid zu Grunde lag.

Auch wenn angesichts der Schwere der Massnahmen, welche die KESB am 27. Mai 2016 anordnete, nachvollzogen werden kann, dass der Beschwerdegegner mittels Beschwerde eine Überprüfung des Entscheids der KESB durch den Bezirksrat forderte, lassen sich unter dem einzig massgeblichen Gesichtspunkt der Interessen des Kindes keine guten Gründe zur Antragsstellung ausmachen. Die Kammer brachte dies auch im Entscheid vom 5. Oktober 2016 im Zusammenhang mit dem Gesuch des Beschwerdegegners (dort Beschwerdeführer) um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege zum Ausdruck (PQ160049-act. 31, Erw. 3). Für die Beschwerdeführerin, welche im vorinstanzlichen Verfahren für die Bestätigung des Entscheids der KESB eintrat, gilt demgegenüber das Gegenteil.

Unter diesen Umständen erweist sich die Anwendung der Ausnahmeregel für familienrechtliche Verfahren, wie sie in Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO statuiert ist, als falsch. Dafür, dass ein anderer Ausnahmetatbestand vorliegen würde, etwa, dass der Beschwerdegegner in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst war

(Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO), dass andere besondere Umstände eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) oder dass unnötige Kosten verursacht worden sind (Art. 108 ZPO), fehlen nicht nur entsprechende Behauptungen des Beschwerdegegners, sondern auch Anhaltspunkte in den Akten.

Kommen aber die Verteilungsgrundsätze gemäss Art. 106 ZPO zur Anwendung, so sind die vorinstanzlichen Prozesskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen, ist er es doch, der im vorinstanzlichen Verfahren unterlag.

6.6. Die Gerichtskosten des vorinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus der Entscheidgebühr in der Höhe von Fr. 800.- und den Kosten für die Kindesvertreterin (act. 10, Dispositiv-Ziff. V i.V.m. Art. 95 Abs. 2 lit. a und b ZPO), sind demnach in Gutheissung der Beschwerde dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

6.7. Zu den Prozesskosten, die vom Beschwerdegegner als der unterliegenden Partei zu tragen sind, gehört auch die Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 ZPO). Da die Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Bezirksrat vertreten war, stehen die Kosten ihres Anwalts zur Debatte (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO).

6.7.1. Der Beschwerdegegner wendet zunächst ein, dass der Bezirksrat der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und ihr insbesondere ihren Rechtsvertreter zum unentgeltlichen Rechtsbeistand ernannt habe. Dieser sei vom Bezirksrat aufgefordert worden, seine Rechnung einzureichen. Da ein Anwalt neben dem Honorar, das er als unentgeltlicher Rechtsbeistand erhalte, keine weitere Entschädigung geltend machen könne, sei RA lic. iur. X. _____ nicht mehr berechtigt, von ihm, dem Beschwerdegegner, eine Entschädigung zu verlangen (act. 27 S. 2).

Mit diesen Einwendungen scheint der Beschwerdegegner die Bedeutung der Beschwerde der Beschwerdeführerin bzw. den Effekt ihrer Gutheissung nicht zu verstehen. Nach dem Entscheid des Bezirksamts müsste die Beschwerdeführerin die Kosten für ihren Anwalt selber tragen (act. 10, Dispositiv-Ziff.VI: "Es werden

keine Parteientschädigung ausgerichtet"). Der Umstand, dass ihr die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt wurde, entbände sie nur vorläufig von dieser Pflicht: Die Entschädigung, welche vom Kanton ihrem Vertreter in Anwendung von Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO auszurichten wäre, könnte von ihr vom Kanton nachträglich eingefordert werden (vgl. Art. 123 ZPO). Wenn ihr demgegenüber, als obsiegende Partei, eine Parteientschädigung zu Lasten des Beschwerdegegners zugesprochen wird, hat sie selber keine Anwaltskosten zu tragen. Auch dann nicht, wenn der Beschwerdegegner, wie er selber erklärte (Art. 27 S. 3 f. Ziff. 5), zur Bezahlung einer Parteientschädigung nicht in der Lage und RA lic. iur. X. _____ deshalb vom Kanton zu entschädigen ist. Der Kanton kann in diesem Fall nur, aber immerhin, auf den Beschwerdegegner Rückgriff nehmen (vgl. Art. 122 Abs. 2 ZPO). Es ist also nicht so, dass die Beschwerdeführerin bzw. ihr Vertreter doppelt für seine Aufwendungen entschädigt wird. Solches wäre, insofern ist dem Beschwerdegegner zuzustimmen, unzulässig (vgl. dazu auch Erw. 6.7.2 lit. e).

6.7.2. Zur Höhe der Parteientschädigung, die Beschwerdeführerin beziffert diese mit Fr. 20'178.05, äusserte sich der Beschwerdegegner nicht und überliess deren Festsetzung damit sinngemäss dem Ermessen des Gerichts.

a) Gemäss Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO spricht das Gericht die Parteientschädigung nach den kantonalen Tarifen zu. Im Kanton Zürich finden sich die entsprechenden Bestimmungen in der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (AnwGebV). Entschädigt wird ein unentgeltlicher Rechtsbeistand damit in gleicher Weise wie ein von einer Partei selbst bestellter und zu entschädigender Anwalt, wenn eine Parteientschädigung zugesprochen wird. Im Berufungs- oder Beschwerdeverfahren bemisst sich die Gebühr nach Massgabe dessen, was vor der Rechtsmittelinstanz noch im Streit liegt (§ 13 Abs. 1 AnwGebV). Handelt es sich wie hier um eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit, wird die Grundgebühr nach der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts und nach der Schwierigkeit des Falls festgesetzt und beträgt in der Regel Fr. 1'400.- bis Fr. 16'000.- (§ 5 Abs. 1 AnwGebV). Im summarischen Verfahren wird die Gebühr in der Regel auf zwei Drittel bis einen Fünftel ermässigt (§ 9 AnwGebV). Diese Grundgebühr deckt die Bearbeitung oder Beantwortung

tung der Klage bzw. des Rechtsmittels und den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen oder für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Grundgebühr oder ein Pauschalzuschlag berechnet (§ 11 Abs. 1 und 2 ZPO).

b) Wie diesen Bestimmungen entnommen werden kann, bildet der notwendige Zeitaufwand des Anwalts weder das einzige noch das massgebliche Kriterium für die Festsetzung der Grundgebühr, sondern eines unter mehreren. Eine Entschädigung nach Zeitaufwand ist nach dem anwendbaren Anwaltstarif im Zivilprozess denn auch gar nicht vorgesehen. Dazu kann es nur kommen, wenn die Behörde, die den Beistand bestellt, bei der Bestellung eine Entschädigung nach Stundenaufwand festsetzt (es gilt dann § 3 AnwGebV). Im Übrigen gelten Stundenansätze gemäss § 3 AnwGebV nur in Strafverfahren gemäss § 16 Abs. 1 AnwGebV. Dies übergeht die Beschwerdeführerin, wenn sie die konkrete Bezifferung der beantragten Entschädigung (abgesehen von den aufgeführten Auslagen) auf die beiden Faktoren Zeitaufwand und Stundenansatz beschränkt (act. 2 S. 18 Rz 65 ff. und act. 4/5). Ihre Aufstellung über die Bemühungen ihres Anwalts, die insbesondere dessen Stundenaufwand ausweist, reichte die Beschwerdeführerin erst mit der vorliegenden Beschwerde an die Kammer ein. Dies ist wie bereits erwähnt (Erw. 5.3) unzulässig, zumal die Beschwerdeführerin diese Angaben schon vor Vorinstanz hätte machen können (vgl. dazu insbesondere Art. 105 Abs. 2 ZPO).

c) Geht es wie vorliegend um den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern und die Fremdplatzierung des Kindes ist die Verantwortung des Anwalts erheblich. Weder die Beschwerdeführerin noch der Beschwerdegegner haben sich zu diesem Kriterium geäussert, so dass darauf nicht weiter einzugehen ist.

Was den notwendigen Zeitaufwand betrifft, erwähnte die Beschwerdeführerin die riesige Fülle an Akten und die oft akten- und faktenwidrige Argumentation des Beschwerdegegners. Dies habe ein ausführliches Aktenstudium notwendig gemacht, was extrem viel Zeit in Anspruch genommen habe. Da der Bezirksrat

mit dem Fall noch nicht vertraut gewesen sei, sei es absolut notwendig gewesen, die Situation umfassend darzulegen und ausführliche Stellungnahmen einzureichen (act. 2 S. 18 Rz 67 f.). Der Beschwerdegegner äusserte sich dazu nicht. Die Akten sind in der Tat aussergewöhnlich umfangreich, was auch bei Kenntnis des Falles, wie sie beim Vertreter der Beschwerdeführerin vorausgesetzt werden kann, den Zugriff zu den relevanten Dokumenten erschwert und damit den Zeitaufwand für die Beantwortung der Beschwerde erhöhte. Insofern ist der Beschwerdeführerin zuzustimmen. Besondere Mühe machte ihr dabei aber allein die Beschwerde des Beschwerdegegners, die Beschwerde der Kindsvertreterin erwähnte sie in diesem Zusammenhang nicht (act. 2 S. 18 Rz 67). Es ist denn auch augenfällig, dass die Beschwerdeführerin in der Beantwortung der Beschwerde der Kindsvertreterin über weite Strecken ihre Ausführungen in ihrer Antwort zur Beschwerde des Beschwerdegegners übernahm (vgl. BR-act. 10, VO.2016.47, und BR-act. 8, VO.2016.46). Soweit sie es als erforderlich erachtete, den Bezirksrat umfassend über die Situation, insbesondere auch das Scheidungsverfahren, zu orientieren, ist allerdings anzumerken, dass sie diesbezüglich auf Eingaben verwies, welche sie einerseits im vorangegangenen Verfahren vor der KESB und andererseits im pendenten Scheidungsverfahren vor der Kammer eingereicht hatte (vgl. BR-act. 10 S. 7 Rz 17, VO.2016.47), was für das Verfahren vor dem Bezirksrat keinen nennenswerten Aufwand zur Folge haben konnte. Insgesamt betrachtet ist für das vorinstanzliche Verfahren von einem erheblichen Zeitaufwand des Vertreters der Beschwerdeführerin auszugehen.

In rechtlicher Hinsicht bot der Fall keine Schwierigkeiten. Auch in tatsächlicher Hinsicht nicht, sieht man vom bereits behandelten Kriterium der Fülle des Prozessstoffs und dem damit verbundenen erhöhten Zeitaufwand ab. Weitere Ausführungen erübrigen sich, haben doch beide Parteien zu diesem Kriterium keine Angaben gemacht.

d) Die vorstehende Bewertung der massgeblichen Kriterien führt zu einer Grundgebühr, die im Bereich der Mitte des ordentlichen Gebührenrahmens von § 5 Abs. 1 AnwGebV liegt und mit Fr. 9'500.- zu beziffern ist. Da vorsorgliche Massnahmen zur Beurteilung standen, ist diese Summe in Anwendung von § 9

AnwGebV auf 3/5 zu reduzieren, und es ergibt sich als Zwischenresultat ein Betrag von Fr. 5'700.-. Dem Mehraufwand, der dadurch entstand, dass die Beschwerdeführerin auch die Beschwerde der Kindsvertreterin zu beantworten hatte, ist in analoger Anwendung von § 8 und § 11 Abs. 2 AnwGebV mit einem Zuschlag von 1/3 Rechnung zu tragen. Ihre zweiten Rechtsschriften vom 4. Juli 2016 rechtfertigen einen weiteren Zuschlag von insgesamt 1/4. Es resultiert ein Betrag von rund Fr. 9'000.-. Auslagen, die bei ihrem Rechtsvertreter anfielen, machte die Beschwerdeführerin nicht (bzw. nicht rechtzeitig) geltend und sind damit nicht zu ersetzen. Sie beantragte allerdings Ersatz der Mehrwertsteuer (vgl. BR-act. 8 S. 3, VO.2016.46, und BR-act. 10 S. 3, VO.2016.47), was zu beachten ist.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist der Beschwerdegegner somit zu verpflichten, der Beschwerdeführerin bzw. ihrem Rechtsvertreter für die vereinigten Verfahren VO.2016.46/47 vor dem Bezirksrat eine Parteientschädigung von Fr. 9'000.- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen. Im Mehrumfang ist die Beschwerde abzuweisen.

Da diese Parteientschädigung beim Beschwerdegegner voraussichtlich nicht einbringlich ist, ist RA lic. iur. X._____, der vom Bezirksrat zum unentgeltlichen Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin ernannt wurde, im genannten Umfang vom Kanton zu entschädigen. Und es bleibt deswegen festzuhalten, dass mit der Zahlung des Kantons der Anspruch von RA lic. iur. X._____ gegenüber dem Beschwerdegegner auf die Parteientschädigung an den Kanton übergeht (Art. 122 Abs. 2 ZPO).

e) Der Vollständigkeit halber ist Folgendes anzumerken. Soweit die Entschädigung von RA lic. iur. X._____ nach Massgabe von Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO vom Bezirksrat bereits festgelegt wurde, wird diese an die mit dem vorliegenden Entscheid im Sinne von Art. 122 Abs. 2 ZPO festzusetzende Entschädigung anzurechnen sein (vgl. dazu Erw. 6.7.1).

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen:

7.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens, Obsiegen und Unterliegen halten sich in etwa die Waage, sind die Kosten des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und es sind dementsprechend die Parteientschädigungen wettzuschlagen (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

7.2. Der vorliegende Streit um die Kosten- und Entschädigungsfolgen im Verfahren vor dem Bezirksrat ist vermögensrechtlicher Natur. Der Streitwert setzt sich aus der beantragten Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 20'178.05 und der Hälfte der vorinstanzlichen Entscheidgebühr von Fr. 800.- fest. Hinzu kommt die Hälfte der Kosten der Kindsvertretung. Der Streitwert ist somit auf rund Fr. 23'000.- zu schätzen. Bei diesem Streitwert ist die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren in Anwendung von § 12 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 8 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'500.- festzusetzen.

Da den Parteien die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen ist, sind die Kosten einstweilen auf die Gerichtskasse zu nehmen, und es werden ihre Vertreter nach Vorliegen ihrer Aufstellung über den Zeitaufwand und die Auslagen (vgl. § 23 AnwGebV) mit separatem Beschluss zu entschädigen sein. Die Entschädigung wird nach den Grundsätzen von § 13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 AnwGebV zu bemessen sein. Die Parteien seien darauf hingewiesen, dass sie zur Nachzahlung dieser Kosten verpflichtet sind, sobald sie dazu in der Lage sind (Art. 123 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihr in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
2. Dem Beschwerdegegner wird die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt, und es wird ihm in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. Y. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.

3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde werden Dispositiv-Ziff. V und VI des Urteils des Bezirksrats Winterthur vom 7. Juli 2016 aufgehoben und durch folgende Fassung ersetzt:

- V. Die Verfahrenskosten, welche sich aus den noch unbekanntem Kosten für die Kindesverfahrensvertreterin und den Entscheidgebühren in der Höhe von CHF 800.00 ergeben, werden dem Beschwerdeführer (B._____) auferlegt. Infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gehen die Kosten einstweilen unter Hinweis auf Art. 123 ZPO zu Lasten der Staatskasse. Die Kindesverfahrensvertreterin und die Parteivertreter werden eingeladen, ihre angemessenen Honorarnoten einzureichen.
- VI. Der Beschwerdeführer (B._____) wird verpflichtet, Rechtsanwalt lic. iur. X._____ eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 9'000.- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Zufolge Uneinbringlichkeit dieser Parteientschädigung wird Rechtsanwalt lic. iur. X._____ für seine Aufwendungen als unentgeltlicher Rechtsbeistand der Beschwerdegegnerin A._____ im erstinstanzlichen Beschwerdeverfahren mit Fr. 9'000.- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, also total Fr. 9'720.-, aus der Kasse des Bezirksrats entschädigt.

Der Anspruch auf die unerhätliche Prozessentschädigung geht im vollen Umfang an den Kanton Zürich (Kasse des Bezirksrats) über.

Im übrigen Umfang wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'500.- festgesetzt und den Parteien je zur Hälfte auferlegt, jedoch zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einstweilen auf die

Staatskasse genommen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Die Parteientschädigungen werden wettgeschlagen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 27, 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.
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 rund Fr. 23'000.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. S. Kröger

versandt am: