

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170008-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
Dr. P. Higi und Ersatzrichter lic. iur. A. Huizinga sowie Gerichtsschreiberin MLaw N. Seebacher

Urteil vom 6. März 2017

in Sachen

KESB Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur und Andelfingen,

Beschwerdeführerin

gegen

A._____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. HSG X._____

betreffend **Parteientschädigung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 16. Dezember 2016 i.S. B._____, geb. tt.mm.2015; VO.2016.91

Erwägungen:

1. Streitgegenstand, Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. A._____ (fortan "Beschwerdegegner" genannt) und C._____ sind die nicht verheirateten Eltern von B._____, geb. tt.mm.2015. Mit Entscheid vom 5. Juli 2016 stellte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen (fortan "Beschwerdeführerin" genannt) B._____ unter die gemeinsame Sorge der Eltern, belies die Obhut bei Frau C._____, ordnete eine auf zwei Personen verteilte Erziehungs- und Besuchsrechtsbeistandschaft zu Gunsten von B._____ sowie ein Kontaktrecht des Beschwerdegegners an und traf weitere Anordnungen. Der Beschwerdegegner zog den Entscheid – zur Hauptsache mit Blick auf die Obhutsregelung, aber auch betreffend die Beistandschaften – an den Bezirksrat Winterthur weiter, wo das Verfahren in der Hauptsache derzeit pendent ist. Mit Entscheid vom 25. Oktober 2016 erkannte die Beschwerdeführerin, dass der bisherige Besuchsrechtsbeistand zufolge Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus seinem Amt entlassen werde und ernannte zeitlich gestaffelt für die Zeitspannen von Oktober bis Dezember 2016 sowie ab 1. Januar 2017 zwei Beiständinnen gemäss Art. 308 Abs. 2 ZGB mit den bisherigen Aufgaben und Befugnissen gemäss Entscheid vom 5. Juli 2016. Ferner entzog sie einer allfälligen Beschwerde dagegen die aufschiebende Wirkung. Auf Beschwerde des Beschwerdegegners hin hob der Bezirksrat Winterthur den Entscheid mit Urteil vom 16. Dezember 2016 auf, überführte ihn als Antrag ins bestehende Verfahren und verpflichtete die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'500.– zu bezahlen. Letzteres ficht die Beschwerdeführerin bei der Kammer an.

1.2. Die Kammer hat sich mit Beschluss und Urteil vom 17. November 2016 bereits mit der vorliegenden Sache – bezogen auf die Frage der Teilrechtskraft der vor Vorinstanz nicht angefochtenen gemeinsamen elterlichen Sorge – befasst (PQ160075-O/U; vgl. act. 4/1). Für eine ausführliche Darstellung des Sachver-

halts und der Prozessgeschichte sei auf diesen Entscheid verwiesen (act. 4/1 S. 2 f.).

1.3. Zur Verdeutlichung für das vorliegende Verfahren sind der Entscheid der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2016 und die dagegen erhobene Beschwerde des Beschwerdegegners vom 17. August 2016 mit Blick auf die Beistandschaften anzuführen:

Entscheid der Beschwerdeführerin vom 5. Juli 2016 (act. 4/2):

- "4. Für B._____, wird eine Erziehungsbeistandschaft mit besonderen Befugnissen nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB angeordnet.
5. Die Beistandsperson erhält im Rahmen von Art. 308 Abs. 1 ZGB die Aufträge,
 - a) die Eltern in ihrer Sorge um B._____ mit Rat und Tat zu unterstützen und bestmöglich zu beraten;
 - b) für die gedeihliche persönliche und schulische Entwicklung des Kindes besorgt zu sein sowie in seinem Interesse nach der jeweiligen Situation die notwendigen Vorkehrungen treffen.
6. Die Beistandsperson erhält im Rahmen der besonderen Befugnisse nach Art. 308 Abs. 2 ZGB die zusätzlichen Aufträge,
 - a) für die Errichtung einer sozialpädagogischen Familienbegleitung besorgt zu sein;
 - b) auf den Zeitpunkt des Auszugs von Mutter und B._____ aus der jetzigen Lebensgemeinschaft eine geeignete Mutter-Kind-Wohnform zu vermitteln;
 - c) die Koordination des Helfernetzes zu übernehmen und sich regelmässig über die Entwicklung von B._____ ins Bild zu setzen.
7. Zur Erziehungsbeiständin nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB wird D._____, Kinder und Jugendhilfezentrum (kjz) Winterthur ernannt mit der Einladung,
 - a) nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahmen an veränderte Verhältnisse zu stellen;
 - b) **per 30. Juni 2018** ordentlicherweise Bericht zu erstatten.

8. Für B._____, wird eine Besuchsrechtsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB angeordnet.
9. Die Beistandsperson erhält im Rahmen von Art. 308 Abs. 2 ZGB die Aufträge, bezüglich des Besuchsrechts zwischen den Eltern zu vermitteln und bei veränderten Verhältnissen möglichst mit den Eltern eine neue Regelung auszuarbeiten und der KESB zur Genehmigung zu unterbreiten;
10. Zum Beistand wird E._____, Kinder- und Jugendhilfezentrum (kjz) Winterthur ernannt mit der Einladung,
 - a) nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahmen an veränderte Verhältnisse zu stellen;
 - b) **per 30. Juni 2018** ordentlicherweise Bericht zu erstatten."

Anträge des Beschwerdegegners vom 17. August 2016 (act. 4/3 S. 3 f.):

"3. Einsetzung einer Beistandsperson

- 3.1 Es sei davon abzusehen, zwei verschiedene Beistandspersonen mit der Beistandschaft zu beauftragen und es sei eine Beistandsperson für alle Belange von B._____ einzusetzen.
- 3.2 Für den Fall, dass B._____ beim Vater lebt, sei eine Besuchsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB zu errichten.
- 3.3 Für den Fall, dass B._____ bei der Mutter lebt, sei eine umfassende Erziehungs- und Besuchsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB zu errichten."

1.4. Am 29. September 2016 erhielt die Beschwerdeführerin die Mitteilung, dass das Arbeitsverhältnis von E._____ – dem angedachten Besuchsrechtsbeistand für B._____ – per Ende September 2016 ende und an seiner Stelle F._____ per 1. Januar 2017 als neue Mandatsperson einzusetzen sei und bis dahin G._____ (KESB-act. I/152). Am 25. Oktober 2016 entschied die Beschwerdeführerin in diesem Sinne, wobei sie zur Gewährleistung der lückenlosen Mandatsführung einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog (act. 4/4 = KESB-act. I/154).

1.5. Mit Beschwerde gegen diesen Entscheid vom 28. November 2016 beantragte der Beschwerdegegner, dass D._____ rückwirkend per 1. Oktober 2016 zur neuen Besuchsrechtsbeiständin von B._____ zu ernennen sei (act. 4/5 = BR-

act. II/1). Ohne Einholung einer Antwort oder Vernehmlassung fällte der Bezirksrat Winterthur am 16. Dezember 2016 folgenden Entscheid (act. 4/5 S. 7 f. = BR act. II/3 = act. 10):

- I. Der Antrag des Beschwerdeführers [im vorliegenden Verfahren der Beschwerdegegner] um unentgeltliche Rechtspflege wird abgeschrieben, soweit es die unentgeltliche Rechtsvertretung betrifft.
- II. Die Anträge des Beschwerdeführers um Vereinigung der beiden Beschwerdeverfahren, um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und um Erlass einer vorsorglichen Besuchsrechtsbeistandschaftseinsetzung in der Person von D._____ werden zufolge Gegenstandslosigkeit abgeschrieben.
- III. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen, als dass der Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 25. Oktober 2016 aufgehoben wird.
- IV. Der Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 25. Oktober 2016 wird als Antrag der KESB Winterthur-Andelfingen ins Verfahren VO.2016.60, act. 30, überführt.
- V. Die KESB Winterthur-Andelfingen wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 1'500.00 (inkl. Auslagen und MWSt.) auszurichten.
- VI. Es wird keine Entscheidgebühr erhoben.
- VII./VIII. (Rechtsmittel / Schriftliche Mitteilung)"

1.6. Mit Schreiben vom 17. Januar 2017 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Kammer, dass Ziffer V des vorerwähnten Beschlusses aufzuheben und auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung durch die Beschwerdeführerin zu verzichten sei (act. 2 S. 2). Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (BR-act I. = act. 11/1-36; BR-act. II = act. 12/1-9; KESB-act. I = act. 7/148-165; KESB-act. II = act. 13/1-147). Das Verfahren ist spruchreif.

2. Beschwerdevoraussetzungen

2.1. Die Beschwerde richtet sich einzig gegen Ziff. V des bezirksrätlichen Urteils vom 16. Dezember 2016. Darin wurde die Beschwerdeführerin zur Bezahlung einer Parteientschädigung an den Beschwerdegegner verpflichtet. Die Be-

schwerdeführerin ist damit vom Entscheid direkt betroffen und ausnahmsweise zur Beschwerde legitimiert (vgl. 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 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).

2.2. 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 Bezirksrates unrichtig sein soll.

3. Qualifizierte Unrichtigkeit

3.1. Die Kammer verpflichtet eine "Behörde" dann zur Zahlung einer Parteientschädigung, wenn eine formelle Gegenpartei fehlt (bzw. sich mit dem fehlerhaften Entscheid nicht identifiziert), die Behörde materiell Parteistellung hat und sich der angefochtene Entscheid zudem als qualifiziert unrichtig erweist (vgl. OGer ZH PQ140037 E. 3.1 vom 28. Juli 2014; vgl. auch BGE 139 III 471, BGE 140 III 501, BGE 142 III 110 E. 3.3).

3.2. Der Bezirksrat erwog, dass die Beschwerdeführerin den Wechsel der Beistandsperson samt Entzug der aufschiebenden Wirkung im Wissen um das hängige Rechtsmittelverfahren und die darin gestellten Anträge veranlasste. Der Beistandswechsel sei also ohne funktionale Zuständigkeit und trotz aufschiebender Wirkung der Beschwerde vom 17. August 2016 erfolgt. Spätestens mit Einreichen der Vernehmlassung am 26. September 2016 sei die Zuständigkeit an den mit

umfassender Kognition ausgestatten Bezirksrat übergegangen. Es habe kein Sachverhalt vorgelegen, der ein abweichendes Vorgehen gerechtfertigt hätte (act. 10 S. 4 ff.).

3.3. Die Beschwerdeführerin hielt dem in der Beschwerde entgegen, dass ein Beistandswechsel nicht voraussetze, dass der Beistand bereits tätig gewesen sei. Ein Wechsel könne auch vorgenommen werden, wenn die zugrunde liegende Massnahme noch nicht rechtskräftig sei. Der Entscheid über den Wechsel der Beistandsperson sei sodann eine neue Sache, die von der Devolutivwirkung der Beschwerde gegen den früheren Entscheid nicht erfasst sei. Unberührt seien auch jene Teile des ursprünglichen Entscheids, die Gegenstand des Beschwerdeverfahrens seien. Würde der Bezirksrat entsprechend dem Antrag des Beschwerdegegners die Aufgaben des Besuchsrechtsbeistands an D._____ übertragen, werde das vom vorgenommenen Wechsel der Mandatsperson nicht tangiert. Schliesslich habe die die Beschwerdeführerin auch auf die Verfahrensökonomie zu achten.

3.4. Im vorliegenden Verfahren ist einzig angefochten und zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin qualifiziert unsorgfältig agierte: Dazu sei Folgendes erwogen:

3.4.1. Die Beschwerde im Sinne von Art. 450 ZGB ist ein devolutives Rechtsmittel, das heisst mit der Anfechtung geht das Verfahren mit den vollständigen Akten auf die Rechtsmittelinstanz über; diese überprüft den erstinstanzlichen Entscheid in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend und beurteilt die Sache neu (vgl. STECK, in: FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, Art. 450 ZGB N 7). Auch im Beschwerdeverfahren können dabei veränderte Verhältnisse berücksichtigt werden; grundsätzlich verliert also die KESB bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens die Herrschaft über die Angelegenheit und kann auf ihren Entscheid nicht zurückkommen (REUSSER, in: BSK-ZGB I, 5. Auflage, Basel 2014, Art. 450d N 20). Durchbrochen wird der Grundsatz des Devolutiveffekts durch die gesetzlich verankerte Möglichkeit der Wiedererwägung (Art. 450d Abs. 2 ZGB). Vorliegend erstattete die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 26. September 2016 eine Vernehmlassung in der Hauptsache und nahm dabei explizit Bezug auf die Anträge zu den zwei vorgesehenen Beistandschaften sowie zu den einzuset-

zenden Mandatspersonen. Der Bezirksrat hielt zu Recht fest, dass mit dem Einreichen der Vernehmlassung die Zuständigkeit in der Hauptsache definitiv auf ihn übergegangen sei (act. 10 S. 5). Auch den subsidiär anwendbaren Regeln der ZPO wohnt der Grundsatz inne, dass die erkennende Instanz an den von ihr erlassenen Entscheid gebunden ist (vgl. dazu bspw. den Entscheid der Kammer vom 24. Januar 2017, PS160245, E. 3.4.). Der Beschwerdeführerin ist insofern beizupflichten, als die Beendigung der Tätigkeit als Berufsbeistand seitens E._____ ein Novum ist; dieser in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Beschwerdeverfahren stehende Umstand kann und muss aber vom Bezirksrat im Rechtsmittelverfahren beurteilt werden. Zwar wird in der Lehre dafür gehalten, dass eine KESB *im Interesse der betroffenen Person* auch während des Beschwerdeverfahrens frei bleiben müsse, aufgrund veränderter Verhältnisse einen Massnahmeentscheid *sofort* anzupassen (vgl. REUSSER, a.a.O., Art. 450d N 20). Der Bezirksrat erwog diesbezüglich, dass kein Sachverhalt vorgelegen habe, der das Vorgehen der Beschwerdeführerin gerechtfertigt habe. Auch im obergerichtlichen Beschwerdeverfahren trug die Beschwerdeführerin keine sachliche Notwendigkeit vor, die ihr Vorgehen als im unmittelbaren Interesse der betroffenen Personen erscheinen liesse. Offen bleiben kann daher, ob und inwiefern eine KESB über die gesetzlich normierten Fälle der Wiedererwägung (Art. 450d ZGB), der Zuständigkeit während eherechtlicher Verfahren (Art. 315a Abs. 3 ZGB) und der Berichtigung sowie Erläuterung (Art. 334 ZPO) hinaus in hängigen Rechtsmittelverfahren zur Anpassung getroffener Entscheide befugt bleiben kann.

3.4.2. Mit dem Argument der zu wahrenen Verfahrensökonomie und der bei einem Wechsel eines Beistands zu erwartenden bis zu achtzig Fällen impliziert die Beschwerdeführerin, dass den Umständen des konkreten Einzelfalls wenig Rechnung getragen werden kann (vgl. act. 2 S. 5). Eine gewisse Unzulänglichkeit der getroffenen Entscheidung im konkreten Fall zeigt sich vorliegend schon darin, dass E._____ als Beistand des Kindes B._____ unter Verdankung seiner geleisteten Arbeit entlassen wurde, obwohl er das Amt noch nicht angetreten hatte. Sodann findet sich in der fraglichen Verfügung kein Hinweis, dass die dem Amt als Beistand zugrundeliegende Kindesschutzmassnahme vorliegend (noch) nicht rechtskräftig wurde und vom pendenten Rechtsmittelverfahren abhängt. Vielmehr

indizieren der Entzug der aufschiebenden Wirkung im Verbund mit der Erwägung, der Entzug rechtfertige sich zur Gewährleistung einer lückenlosen Mandatsführung und der soeben erwähnten Entlassung des "bisherigen" Beistands Gegenteiliges. Dass die neue Beistandsperson erst ab Rechtskraft der angeordneten, zugrundeliegenden Beistandschaft tätig werden könne, ist daher nicht so selbstverständlich ersichtlich, wie es die Beschwerdeführerin anführt (act. 2 S. 4). Weiter stellt sich die Beschwerdeführerin zwar auf den Standpunkt, dass das Beschwerdeverfahren hinsichtlich der Ernennung von E._____ als Beistand gegenstandslos geworden sei, bedient aber weder den Bezirksrat als zuständige Rechtsmittelinstanz noch die Vertreter der Betroffenen mit dem Entscheid vom 25. Oktober 2016 (vgl. KESB-act. I/154 f.; vgl. dazu den verwaltungsrechtlichen Grundsatz nach Art. 58 Abs. 2 VwVG sowie Art. 137 ZPO;). Der Beistandswechsel tangiert aber die Anträge im Beschwerdeverfahren, besteht doch das Risiko sich widersprechender oder überlappender Entscheide, würde der Bezirksrat in Unkenntnis des Entscheids der Beschwerdeführerin vom 25. Oktober 2016 resp. bei unterbliebener Beschwerde urteilen müssen, so bspw. bei Übertragung sämtlicher Beistandsaufgaben an D._____. Ein valables Vorgehen mit vertretbarem Aufwand für die Beschwerdeführerin läge im Übrigen wohl schlicht darin, die Rechtsmittelinstanz in pendenten und relevanten bezirksrätlichen sowie obergerichtlichen Verfahren mit den Schreiben betr. Mandatswechsel zur weiteren Veranlassung zu bedienen. Wie bereits erwogen, liegt in diesen Fällen regelmässig kein Mandatswechsel vor, ist die Beistandschaft doch (noch) nicht in Rechtskraft erwachsen und demzufolge sind Anordnungen zur Entlassung, Verantwortlichkeit und zum allfälligen Schlussbericht, wie sie die Beschwerdeführerin traf, obsolet.

3.5. Im Ergebnis erging die Entscheidung der Beschwerdeführerin vom 25. Oktober 2016 ohne Zuständigkeit. Darüber hinaus nahm sie unzureichend Bezug auf die in Frage stehenden Aspekte des vorliegenden Falls und ist insgesamt als qualifiziert unrichtig zu bezeichnen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolge

4.1. Kosten sind bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zu erheben, auch wenn die KESB nicht formell kostenfrei ist (§ 200 GOG).

4.2. Mangels Umtrieben ist dem Beschwerdegegner in diesem Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Für das Verfahren des Obergerichts wird keine Entscheidgebühr erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Beschwerdegegner unter Beilage des Doppels von act. 2, 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 Fr. 1'500.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw N. Seebacher

versandt am: