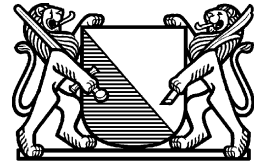


Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ170097-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. S. Mazan sowie
Gerichtsschreiberin MLaw C. Funck

Beschluss und Urteil vom 31. Januar 2018

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegner

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

sowie

C. _____,

Verfahrensbeteiligter

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Z. _____

betreffend **Kindesschutzmassnahmen**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Winterthur vom

1. November 2017; VO.2017.34 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

I.

1. C._____, geb. tt.mm.2009, ist das gemeinsame Kind von D._____, geb. tt. September 1989, und B._____, geb. tt. Januar 1985. Seit Januar 2015 lebte C._____ auf Wunsch der Mutter bei der Pflegemutter E._____ in F._____. Am tt.mm.2016 verstarb die Mutter von C._____. Sie war alleinsorgeberechtigt. Ein Antrag des Vaters auf Erteilung der gemeinsamen elterlichen Sorge war mit Beschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Schaffhausen vom 31. Mai 2016 abgewiesen worden. Am 19. Juli 2016 beantragte die Schwester der verstorbenen Mutter (heutige Beschwerdeführerin) bei der zuständigen KESB, es sei ihr die Bewilligung zu erteilen, C._____ als Pflegesohn bei sich aufzunehmen. Der Vater beantragte am 8. August 2016, es sei ihm die alleinige elterliche Sorge über C._____ zu übertragen.

Mit zwei Entscheiden vom 13. September 2016 übernahm die KESB Bezirk Winterthur-Andelfingen die Verfahren und die laufende Beistandschaft, und sie bestellte für C._____ einen Verfahrensvertreter. Nach Durchführung des Verfahrens beschloss sie, dem Vater die elterliche Sorge zu übertragen. Gleichzeitig entzog sie ihm das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Es wurde die Unterbringung von C._____ bei der Beschwerdeführerin angeordnet und der persönliche Verkehr des Vaters mit dem Sohn geregelt. Des weiteren wurden die Aufgaben der Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB festgelegt. Für die Kosten der Unterbringung hatte der Vater aufzukommen, subsidiär die zivilrechtliche Wohnsitzgemeinde des Kindes. Die Verfahrenskosten wurden je hälftig dem Vater und der Beschwerdeführerin auferlegt, und einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid wurde die aufschiebende Wirkung entzogen (BR-act. 2).

2. Am 6. Juli 2017 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bezirksrat Winterthur. Sie beantragte, die elterliche Sorge sei nicht dem Vater, sondern einem amtlichen Vormund zu übertragen, und es sei das Besuchsrecht des Vaters

vorläufig zu sistieren. Letzteren Antrag stellte sie auch als superprovisorisches Massnahmebegehren (BR-act. 1). Mit Präsidialverfügung vom 13. Juli 2017 sistierte die Bezirksratspräsidentin das Besuchsrecht antragsgemäss als superprovisorische Massnahme (BR-act. 8). Nach Eingang der verschiedenen Stellungnahmen hob der Bezirksrat Winterthur mit Beschluss vom 14. August 2017 die Sistierung der Besuche wieder auf und ordnete vorsorglich das Besuchsrecht an, wie es mit Entscheid der KESB Winterthur-Andelfingen vom 30. Mai 2017 angeordnet worden war. Ferner hielt der Bezirksrat fest, dass über die Kosten im Endentscheid befunden werde (BR-act. 22).

Nach zahlreichen Weiterungen im bezirksrätlichen Verfahren, zog die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 25. September 2017 ihre Beschwerde zurück. Dies tue sie nicht aus Überzeugung, sondern angesichts des Drucks, der von allen Seiten auf sie ausgeübt werde, nicht nur vom Beschwerdegegner und dessen Familie, sondern vor allem auch durch die stellvertretende Beiständin und deren stellvertretenden Vorgesetzten, welche die Ansicht verträten, als Pflegemutter von C._____ müsse sie mit dem Beschwerdegegner ungeachtet von dessen Verhalten einen Weg finden, ansonsten sie sich selber für dieses Amt disqualifiziere und ihr die Obhut über C._____ entzogen werden müsse (BR-act. 45). Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsfolge des abzuschreibenden Verfahrens bat sie zu berücksichtigen, dass sie in der festen Überzeugung gehandelt habe, diese Beschwerde zum Wohl von C._____ und in dessen Interesse zu führen. Die Begründung und die Argumente gäben ihr immer noch Recht. Sie hoffe, ihr Rückzug werde zu einer Beruhigung der Situation führen (a.a.O.). Der Beschwerdeführer verzichtete auf eine Stellungnahme dazu (BR-act. 47). Der Kindesverfahrensvertreter verwies hinsichtlich der Kostenfolgen zunächst auf sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und beantragte, dass – auch wenn die Beschwerdeführerin bei diesem Ausgang des Verfahrens grundsätzlich die Kosten zu tragen hätte – ihr diese im grösstmöglichen Umfang nicht aufzuerlegen seien. Im Interesse seines kindlichen Klienten C._____ erachte er es als relevant, die Beschwerdeführerin wo immer möglich von den Kosten des Verfahrens zu entlasten, weil sie sich nun mit aller Kraft ihren auch für sie neuen Verpflichtungen widmen können und nicht durch Verfahrenskosten belastet sein sollte (BR-act. 48).

Mit Beschluss vom 1. November 2017 schrieb der Bezirksrat Winterthur das Verfahren als durch Rückzug erledigt ab und auferlegte die Entscheidegebühren in der Höhe von CHF 1'000.00 zusammen mit den Kosten für die Kindesverfahrensvertretung in der Höhe von insgesamt CHF 3'044.80 der Beschwerdeführerin (zu den einzelnen Summanden, welche diese Zahl ergeben vgl. angefochtener Entscheid E.3.3; der Teilbetrag von Fr. 2'267.67 im Dispositiv ist ein offenkundiger Verschrieb). Ausserdem verpflichtete er die Beschwerdeführerin, dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'864.90 auszurichten (Dispositiv Ziff. I - III). Der Entscheid wurde am 3. November 2017 der Post übergeben (BR-act. 51) und ging der Beschwerdeführerin gemäss deren Eingangsstempel am 6. November 2017 zu (act. 4/2).

3. Am 6. Dezember 2017 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde. Sie beantragt (act. 2 S. 2):

- "1. In Abänderung von Ziffer II des angefochtenen Entscheides seien die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.
2. In Abänderung von Ziffer III des angefochtenen Entscheides seien die beiderseitigen Parteientschädigungen wettzuschlagen.
3. Der Beschwerdeführerin sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der Unterzeichneten eine unentgeltliche Rechtsvertreterin beizugeben, und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zu Lasten des Beschwerdegegners."

Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 5; BR-act = act. 8/1-52 und KESB-act. = act. 9/1-172), und mit Verfügung vom 20. Dezember 2017 wurde dem Beschwerdegegner Frist zur Erstattung der Beschwerdeantwort angesetzt (act. 10). Diese erging fristgerecht am 12. Januar 2018 (act. 12). Weiterungen, insbesondere die Einholung einer Stellungnahme des Kindesvertreters, erweisen sich als nicht notwendig. Das Verfahren ist spruchreif. Mit dem Endentscheid ist der Beschwerdeführerin eine Kopie der Beschwerdeantwort (act. 12) und dem

Kindesvertreter je eine Kopie der Beschwerdebegründung und der Beschwerdeantwort (act. 2 und 12) zuzustellen.

II.

1. Gegenstand des Verfahrens bildet die Kosten- und Entschädigungsregelung im Abschreibungsbeschluss des Bezirksrates Winterthur vom 1. November 2017 (act. 7). Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich primär nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen (Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR] und Gerichtsorganisationsgesetz [GOG]), subsidiär kommen sinngemäss die Bestimmungen der ZPO als kantonales Recht zur Anwendung (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR). Dies gilt insbesondere auch mit Bezug auf die Kosten- und Entschädigungsregelung im gerichtlichen Beschwerdeverfahren. Das Obergericht ist für Beschwerden gegen Entscheide des Bezirksrates zuständig (§ 64 EG KESR). Die Beschwerdeführerin ist von der angefochtenen Anordnung unmittelbar betroffen und zur Beschwerdeerhebung ohne weiteres legitimiert (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB). Es kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerde innert der beehrten Frist ergangen ist (act. 2 i.V.m. BR-act. 51 Anhang). Sie ist begründet und mit Anträgen versehen; dem Eintreten steht nichts entgegen.

2. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder Unangemessenheit des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Der Rechtsmittelbehörde kommt sowohl in rechtlicher wie auch in tatsächlicher Hinsicht umfassende Überprüfungsbefugnis zu (STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 450a ZGB N 3 und 10).

3.1 Die im Verfahren strittige Frage der Kostenverteilung beschlägt zunächst das Verhältnis zwischen Art. 106 und Art. 107 ZPO. Das Bundesgericht hat sich dazu im Entscheid 139 III 358 ff. einlässlich geäußert. Es hielt fest, dass angesichts dessen, dass das Gesetz die Kostenverteilung bei Klagerückzug in Art. 106

Abs. 1 ZPO ausdrücklich regle und es sich bei Art. 107 ZPO um eine blosser "Kann"-Bestimmung handle, davon ausgegangen werden müsse, dass die Kosten bei Rückzug einer Scheidungsklage grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen seien. Die blosser Tatsache, dass es sich um ein familienrechtliches Verfahren handle, vermöge ein Abrücken von der klaren Regelung in Art. 106 Abs. 1 ZPO noch nicht zu rechtfertigen (E. 3). Dem Entscheid lag ein Fall zugrunde, in welchem eine Partei das Scheidungsverfahren selber eingeleitet und danach wieder parteiautonom beendet hatte, ohne dass der andern Partei für den einen oder andern Entscheid eine Mitverantwortung zuzuordnen war (a.a.O.).

3.2 Die Vorinstanz ging im angefochtenen Entscheid gestützt auf diesen Entscheid davon aus, dass (auch) in familienrechtlichen Verfahren die Regelung von Art. 106 Abs. 1 ZPO jener von Art. 107 ZPO grundsätzlich vorgehe (act. 7 S. 8 E. 3.4). Demgegenüber hält die Beschwerdeführerin dafür, dass sich BGE 139 III 358 keine starre Regelung für den Fall des Rückzuges einer Scheidungsklage entnehmen lasse; vielmehr lasse das Bundesgericht auch in solchen Fällen die Möglichkeit einer ermessensmässig anderen Kosten- und Entschädigungsfolge offen. Im vorliegenden Fall gehe es sodann nicht um eine Scheidungsklage, sondern um Kinderbelange im engeren Sinne, nämlich um die elterliche Sorge und das Besuchsrecht. Aus dem Entscheid könne eine analoge Regel für sämtliche familienrechtliche Belange nicht abgeleitet werden. Bei Kinderbelangen im engeren Sinne seien bereits unter der kantonalen Prozessordnung, aber auch unter der eidgenössischen Prozessordnung gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO nach der ständigen Praxis des Obergerichts die Kosten in der Regel den Parteien jeweils je zur Hälfte auferlegt worden. Sie verweist dabei auf neuere Entscheide des Obergerichts (OGer LE160064 vom 12. Dezember 2016, E. 3b; LY160064 vom 11. Januar 2017 und den Entscheid der Kammer vom 31. März 2017 [PQ160093 E. 3]) (act. 2 S. 3/4).

3.3 Das Bundesgericht unterscheidet im zitierten Entscheid nicht zwischen einzelnen familienrechtlichen Verfahren. Dargelegt wird das Verhältnis zwischen den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen (Art. 106 ZPO) und den in Art. 107 ZPO aufgelisteten Fällen, in welchen die Kostenverteilung nach Ermessen erfolgen kann;

dies sei unter anderem "in familienrechtlichen Verfahren" der Fall. Ausdrücklich hält das Bundesgericht sodann fest, es sei jedenfalls unzulässig, unter Berufung auf die Ermessensbestimmung von Art. 107 ZPO eine bisherige kantonale Regelung und Praxis einfach weiterzuführen. Die Rechtsanwendung müsse vor der eidgenössischen ZPO standhalten und an diesem Massstab entscheide sich, ob eine Anordnung, die im Ergebnis einer früheren kantonalen Regelung oder Praxis entspreche, zulässig sei oder nicht. Nach dem klaren Wortlaut sei Art. 107 ZPO eine "Kann"-Bestimmung. Das Gericht verfüge im Anwendungsbereich dieser Norm nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen wolle, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen wolle (E. 3). Nach ausführlicher Darlegung der umstrittenen Interpretation der Kann-Vorschrift im Zusammenhang mit den familienrechtlichen Verfahren gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO sowie der Materialien und der Entstehungsgeschichte der Norm kommt das Bundesgericht alsdann zum vorerwähnten Schluss, dass die Kosten bei Rückzug einer Scheidungsklage grundsätzlich der klagenden Partei aufzuerlegen seien (a.a.O.).

Den Erwägungen des Bundesgerichts im obzitierten Entscheid ergingen zwar in einem Scheidungsverfahren, sie sind indes allgemein gehalten und betreffen die "familienrechtlichen Verfahren" gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO generell, weshalb entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht davon ausgegangen werden kann, Kinderbelange im engeren Sinne seien davon ausgeschlossen. Zutreffend erscheint demgegenüber der Einwand, dass das Bundesgericht auch bei einem Rückzug keine starre Regelung vorsieht; vielmehr wird auch hier auf das Ermessen verwiesen. Dies wiederum bedeutet, dass nicht unbesehen vom konkret zu beurteilenden Fall eine allgemeine Praxis zur Anwendung gelangen kann, welche von den Verteilungsgrundsätzen abweicht. Dem trägt die von der Beschwerdeführerin zitierte obergerichtliche Praxis Rechnung, indem sie die hälftige Kostenteilung davon abhängig macht, ob die Parteien durch das Kindeswohl motiviert wurden bzw. sie unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gute Gründe für ihre Standpunkte hatten. Ebendies ist vorliegend umstritten und nachfolgend zu prüfen.

4.1 Die Vorinstanz erwog, dass der Beschwerdegegner keine ausreichenden Gründe gesetzt habe, um die Beschwerdeanhebung durch die Beschwerdeführerin zu forcieren. Zudem sei der Aufwand für das Verfahren vor dem Bezirksrat durch Anträge der Beschwerdeführerin zum Teil unnötig erhöht worden (act. 7 S. 8 E. 3.4).

4.2 Der Beschwerdegegner, der die Abweisung der Beschwerde beantragt, hält dafür, dass die Beschwerde nicht durch das Kindeswohl motiviert gewesen sei, sondern die Beschwerdeführerin offensichtlich ihre eigenen Interessen in den Vordergrund gestellt habe. Er weist darauf hin, dass die verstorbene Kindsmutter mehrere, auch länger dauernde Aufenthalte in psychiatrischen Kliniken gehabt habe, was die Beschwerdeführerin verschweige. Es sei zwar richtig, dass die Kindsmutter gewünscht habe, dass C._____ bei der Beschwerdeführerin untergebracht werde, doch könne über den Aufenthalt der Kinder nicht letztwillig verfügt werden. Ob dies überdies dem Willen von C._____ entsprochen habe, entziehe sich seiner Kenntnis. Zwischen der Beschwerdeführerin und ihm, dem Beschwerdegegner bestünden wie vor dem Hinschied der Kindsmutter seit Jahren dieselben Differenzen. Dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde nach "einigem Hin und Her" zurückgezogen habe, treffe nicht ganz zu; vielmehr ergebe sich aus dem Schreiben vom 25. September 2017 (= BR-act. 45), dass der Beschwerdeführerin die Aussichtslosigkeit ihres Unterfangens, C._____ möglichst von dessen Vater fernzuhalten, offenbar bewusst geworden sei (act. 12).

4.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie nach Erlass des Entscheides der KESB vom 30. Mai 2017 sich dem Wohl von C._____ verpflichtet fühlend in guten Treuen habe Beschwerde erheben dürfen, nachdem ein Jahr zuvor dem Beschwerdegegner die elterliche Sorge für C._____ durch einen wohl begründeten Entscheid der KESB Schaffhausen noch verweigert worden war. Auch bei Unterliegen im Beschwerdeverfahren hätte sie nach der Praxis nicht mit einer vollumfänglichen Kostenaufgabe rechnen müssen. Aufgrund der Vorkommnisse während laufender Beschwerdefrist (heftige negative Reaktion des Beschwerdegegners auf den Entscheid der KESB in Anwesenheit von C._____, Verhalten im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des Pflegevertrages) habe sie C._____ ' zu-

nehmend grössere Zurückhaltung gegenüber dem Beschwerdegegner wahrgenommen, weshalb sie sich doch entschlossen habe, Beschwerde zu führen. Die Ansicht der Vorinstanz, der Beschwerdegegner habe keine ausreichenden Gründe gesetzt, könne nicht geteilt werden. Die Vorinstanz selbst habe noch in der Präsidialverfügung vom 13. Juli 2017 das Verhalten des Beschwerdegegners als kindswohlschädigend beurteilt und die superprovisorische Sistierung des Besuchsrechts angeordnet. Damit müssten der Beschwerdeführerin erst recht gute Gründe für die Beschwerdeerhebung zugestanden werden. Ob sie mit der Beschwerde obsiegt hätte, könne im Lichte der obergerichtlichen Praxis keine Rolle spielen. Ebenso wie für die Beschwerdeerhebung habe sie aber auch gute Gründe für den Rückzug der Beschwerde gehabt. Wenn das Ergreifen eines Rechtsmittels in familienrechtlichen Belangen nicht zwangsläufig zu einer Kostenaufnahme führen solle, dann müsse Gleiches auch für einen Rückzug gelten. Schliesslich stellt sie die vorinstanzliche Annahme in Frage, sie habe mit ihrem Fristerstreckungsgesuch für eine Stellungnahme einen Mehraufwand verursacht. Es bestehe insgesamt keine Veranlassung von der Zürcher Praxis der hälftigen Kostenteilung abzuweichen; entsprechend seien die Parteientschädigungen wettzuschlagen (act. 2 S. 2 - 10).

4.4 Nach dem Gesagten geht es darum zu prüfen, ob es sich (auch) im vorliegenden Fall rechtfertigt, vom Verteilungsgrundsatz gemäss Art. 106 ZPO abzuweichen und die Kosten des bezirksrätlichen Verfahrens in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c nach Ermessen und dabei den Parteien je hälftig aufzuerlegen.

Aus den beigezogenen Akten ergibt sich, dass dem Entscheid der KESB vom 30. Mai 2017 ein fast einjähriges Verfahren vorausging. Nach dem Tod der Mutter von C._____ am tt.mm.2016 waren die elterliche Sorge, seine Unterbringung, Kindesschutzmassnahmen sowie die Besuchsregelung neu festzulegen. Im Laufe des Verfahrens ergingen zahlreiche Abklärungen und es wurde für C._____ ein Verfahrensvertreter eingesetzt. Schliesslich erging der Entscheid, mit welchem dem Beschwerdegegner entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin die elterliche Sorge für C._____ übertragen wurde. Gegen den Willen des Beschwerde-

gegners wurde C._____ sodann bei der Beschwerdeführerin untergebracht. Mit ihrer Beschwerde beim Bezirksrat hielt die Beschwerdeführerin an ihrem Antrag betreffend elterliche Sorge fest und sie verlangte – auch superprovisorisch – die vorläufige Sistierung des Besuchsrechts für den Vater (BR-act. 1). Die Vorinstanz erachtete aufgrund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage das Anliegen auf umgehende Sistierung des persönlichen Verkehrs als berechtigt und sistierte das Besuchsrecht wie verlangt mit sofortiger Wirkung (BR-act. 13). Auslöser für das Begehren war das von der Beschwerdeführerin glaubhaft gemachte Verhalten des Beschwerdegegners nach Entscheideröffnung, welches die Vorinstanz als unbestrittenermassen unangebracht qualifizierte; sie begründete die Notwendigkeit der Massnahme zudem mit dem bevorstehenden Wechsel von C._____ von der bisherigen Pflegemutter zur Beschwerdeführerin (act. 7 S. 8).

Der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden, wenn sie bei dieser Sachlage im Endentscheid davon ausgeht, der Beschwerdegegner habe keine ausreichenden Gründe für die Beschwerdeerhebung gesetzt, nachdem sie selbst nach Eingang eben dieser Beschwerde aufgrund des Verhaltens des Beschwerdegegners sich zu superprovisorischen Massnahmen veranlasst sah. Dass die Massnahme später aufgehoben wurde (BR-act. 22), die Beschwerdeführerin selbst die Wiederaufnahme von – dem Kindeswohl entsprechenden – Besuchen verlangte (BR-act. 9) und der Kindesvertreter die superprovisorische Anordnung als nicht verhältnismässig beurteilte (BR-act. 15), vermag hieran nichts zu ändern. Auch im Beschluss vom 14. August 2017 hielt die Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift eine glaubhafte Gefährdung des Kindeswohls geltend gemacht habe, die in den Akten der KESB belegt seien. Dies muss auch heute gelten. Wenn die Vorinstanz weiter erwog, dass diese Gefahr nach summarischer Prüfung nicht mehr bestehe und alle Beteiligten sich einig seien, dass dem Beschwerdegegner dem Kindeswohl zuliebe wieder ein Besuchsrecht zugestanden werden solle (BR-act. 22 S. 6/7), ändert dies hieran nichts.

Dass der Aufwand des vorinstanzlichen Verfahrens durch Anträge der Beschwerdeführerin zum Teil unnötig erhöht worden sei, findet sodann in den Akten keine Stütze. Die Beschwerdeführerin wendet zu Recht ein, dass der angesprochene

Beschluss vom 31. August 2017 erging, weil die Vorinstanz ihr Fristerstreckungsgesuch vom 24. August 2017 als sinngemässes Sistierungsgesuch qualifizierte (vgl. BR-act. 37 und 39). Inwiefern die Beschwerdeführerin durch ihr Fristerstreckungsgesuch unnötigen Mehraufwand verursacht haben soll, ist nicht ersichtlich.

4.5 Insgesamt ergibt sich, dass die Erhebung der Beschwerde jedenfalls auch auf das Verhalten des Beschwerdegegners zurückzuführen ist, was es rechtfertigt, bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen abzuweichen und in Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO diese ermessensweise zu verlegen. Dass mit Bezug auf das Besuchsrecht bereits während des Verfahrens die Regelung gemäss dem KESB-Entscheid wieder angeordnet werden konnte, vermag daran nichts zu ändern. Ein eigentlicher Rückzug im Sinne des prozessualen Fallenlassens ihres Standpunktes erfolgte nur bezüglich der elterlichen Sorge, was indes wiederum nicht losgelöst vom Verhalten des Beschwerdegegners betrachtet werden kann. Die beantragte hälftige Aufteilung der Kosten erscheint insgesamt als sachgerecht. Für die Parteientschädigung hat dies zur Folge, dass diese wettzuschlagen sind.

In Gutheissung der Beschwerde sind Dispositiv Ziff. II und III des bezirksrätlichen Beschlusses vom 1. November 2017 aufzuheben und die Kosten des Verfahrens zusammen mit den Kosten für die Kindesvertretung den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Parteientschädigungen sind für das bezirksrätliche Verfahren keine zuzusprechen.

III.

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt der Beschwerdegegner, weshalb er für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig wird.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens waren nur die Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Entscheides. Es ist von einem Streitwert von rund CHF 13'800.00 auszugehen (Parteientschädigung und die Hälfte der Ge-

richtskosten inklusive Kosten der Kindervertretung). Unter Berücksichtigung des Aufwandes und der Schwierigkeit des Falles rechtfertigt sich eine Reduktion der Grundgebühr auf einen Drittel. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren ist auf CHF 750.00 festzusetzen. Die Parteientschädigung ist in Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 der Anwaltsgebührenverordnung (i.V.m. Art. 450f ZGB, § 40 EG KESR und Art. 96 ZPO) auf zwei Drittel der Grundgebühr und damit auf CHF 2'000.00 (inklusive Mehrwertsteuer) festzusetzen.

2. Beide Parteien verlangen für das Beschwerdeverfahren die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und die Bestellung ihres Rechtsvertreters bzw. ihrer Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeistände (act. 2 S. 2 und S. 10 ff.; act. 12).

2.1 Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht, wenn eine Partei nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos erscheint (Art. 117 ZPO). Ein unentgeltlicher Rechtsbeistand wird ihr bestellt, wenn dies zur Wahrung der Rechte notwendig ist (Art. 118 ZPO). Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist im Rechtsmittelverfahren neu zu beantragen. Dabei hat die gesuchstellende Person ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzulegen und sich zur Sache zu äussern. Das Gericht entscheidet über das Gesuch im summarischen Verfahren (Art. 119 ZPO).

2.2 Die von der Beschwerdeführerin behaupteten Einkünfte hat diese belegt und erscheinen glaubhaft. Es ist von monatlichen Einkünften von CHF 5'568.60 auszugehen (act. 2 S. 10 und act. 4/4-6). Als Bedarf für sich und C. _____ macht sie monatliche Kosten von CHF 5'565.15 geltend. Dieser Betrag enthält nebst der obligatorischen Krankenversicherung KVG auch die private Versicherung VVG, von welchen glaubhaft gemacht ist, dass sie der Beschwerdeführerin tatsächlich anfallen (act. 4/8 und 4/9). Sie hat sodann glaubhaft dargelegt, dass ihr, obwohl der Arbeitsweg auch mit öffentlichen Verkehrsmitteln zurückgelegt werden kann, die Benützung des Autos ermöglicht, die Fremdbetreuung von C. _____ auf einem Minimalmass zu halten. Ausgewiesen sind die weiteren Kosten für die Tageseltern und die mutmasslichen Steuern. Ohne jegliche Zuschläge auf den Grundbe-

trägen hat die Beschwerdeführerin zusammen mit C._____ damit einen Notbedarf von CHF 5'127.65, womit ein monatlicher Überschuss von rund CHF 440.00 resultiert, unter Berücksichtigung der geltend gemachten Zuschläge vermag die Beschwerdeführerin ihren und C._____ monatlichen Bedarf gerade zu decken. Die prozessuale Bedürftigkeit kann bei diesen Verhältnissen gerade noch bejaht werden. Das Prozessergebnis zeigt sodann, dass die Beschwerde nicht aussichtslos war und es ist schliesslich auch davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin zur Erhebung der Beschwerde auf rechtskundige Vertretung angewiesen war. Da sie im Beschwerdeverfahren obsiegt, wird ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos, es ist ihr aber in der Person ihrer Rechtsvertreterin eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Deren Entschädigung ist mit separatem Beschluss festzusetzen, soweit sie sich als uneinbringlich erweist.

2.3 Der Beschwerdeführer begründet sein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nicht, sondern er verweist in der Beschwerdeantwort lediglich darauf, dass sie ihm bereits vor Vorinstanz gewährt worden war und sich an der finanziellen Situation nichts geändert habe. Sollte das angerufene Gericht die Einreichung weiterer Dokumente als notwendig erachten, so werde dem entsprechenden Wunsch auf erstes Verlangen umgehend nachgekommen (act. 12 S. 2). Damit kommt der Beschwerdegegner seiner Mitwirkungspflicht nicht hinreichend nach. Vor Vorinstanz hatte er sein Gesuch überhaupt nicht begründet (BR-act. 25), die Vorinstanz bejahte die Mittellosigkeit des Beschwerdegegners indes ohne weiteres unter Verweis auf die Akten der KESB, namentlich KESB-act. 114. Dabei handelt es sich um eine Aktennotiz, aus der sich ergibt, dass der Beschwerdegegner im Jahr 2015 weder steuerbares Einkommen noch Vermögen ausgewiesen hat und er sozial unterstützt wurde. In der Gemeinde ... hatte sich der Beschwerdegegner am 3. Juni 2016 nach unbekannt abgemeldet. Im vorinstanzlichen Verfahren war eine Adresse des Beschwerdegegners nicht bekannt; er wurde mit Verfügung vom 13. Juli 2017 aufgefordert, ein Zustelldomizil zu bezeichnen, das er dann bei seinem Rechtsvertreter angab (BR-act. 3, 5, 7 S. 4 und 10). Es rechtfertigt sich bei diesen Verhältnissen ausnahmsweise auf weitere Erhebungen zu verzichten und auch für das zweitinstanzliche Beschwerdever-

fahren von der Mittellosigkeit des Beschwerdegegners auszugehen. Sodann kann sein Prozesstandpunkt nicht als geradezu aussichtslos bezeichnet werden, und es ist auch ihm ein unentgeltlicher Rechtsbeistand in der Person seines Vertreters zu bestellen. Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten. Die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege entbindet nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

Es wird beschlossen:

1. Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren wird teilweise abgeschrieben.
2. Der Beschwerdeführerin wird für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwältin lic. iur. X. _____ eine unentgeltliche Rechtsbeiständin bestellt.
3. Dem Beschwerdegegner wird für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege bewilligt und in der Person seines Rechtsvertreters Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
4. Schriftliche Mitteilung mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

und erkannt:

1. Dispositiv Ziff. II und III des Beschlusses des Bezirksrats Winterthur vom 1. November 2017 werden aufgehoben.
2. Die Entscheidgebühr des bezirksrätlichen Verfahrens in der Höhe von Fr. 1'000.00 wird zusammen mit den Kosten für die Kindesverfahrensvertretung in der Höhe von insgesamt Fr. 3'044.80 (bestehend aus dem Honorar von Fr. 2'676.67, den Spesen: Fr. 142.60 und der MwSt: Fr. 225.54) den

Parteien je zur Hälfte auferlegt. Die dem Beschwerdegegner auferlegte Hälfte wird zufolge gewährter unentgeltlicher Rechtspflege einstweilen auf die Bezirksratskasse genommen. Die Nachzahlung gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.

3. Für das bezirksrätliche Verfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Verfahren wird auf Fr. 750.00 festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten des obergerichtlichen Verfahrens werden dem Beschwerdegegner auferlegt, zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege aber einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
Die Nachzahlungspflicht gemäss Art. 123 ZPO bleibt vorbehalten.
6. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin für das obergerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdeführerin unter Beilage eines Doppels von act. 12, an den Verfahrensbeteiligten je unter Beilage eines Doppels von act. 2 und 12, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein.
8. 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 CHF 13'800.00.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw C. Funck

versandt am: