

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190057-O/U
damit vereinigt Geschäfts-Nr. PQ190062

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichter
lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. M. Stammbach
sowie Leitender Gerichtsschreiber lic. iur. T. Engler

Urteil vom 6. November 2019

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

sowie

1. **C.** _____,

2. **D.** _____,

Verfahrensbeteiligte

betreffend **Aufhebung Beistandschaft**

**Beschwerde gegen Beschluss und Urteil des Bezirksrates Uster vom 13.
August 2019; VO2019.1 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster)**

Erwägungen:

I.

1. Die Parteien sind die geschiedenen Eltern der Kinder C._____, geboren am tt.mm.2002, und D._____, geboren am tt.mm.2004, die unter der alleinigen Obhut und elterlichen Sorge der Beschwerdegegnerin stehen.

Die Vorgeschichte ist der Kammer aus verschiedenen Verfahren bekannt. An dieser Stelle wird auf ihre Wiedergabe verzichtet und stattdessen auf die entsprechenden Verfahren verwiesen (PQ150081, PQ160074, PQ160086, PQ170004, PQ170005, PQ170012 und zuletzt PQ190014, vgl. insbesondere PQ170012 mit Urteil vom 29. Juni 2017).

2. Am Anfang dieses Rechtsmittelverfahrens steht ein Entscheid vom 29. November 2018, mit dem die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster (fortan KESB) die für die Kinder bestehende Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB aufgehoben hat.

Gegen diesen Entscheid erhob der Vater am 5. Januar 2019 Beschwerde an den Bezirksrat Uster mit den Anträgen (BR act. 1):

1. Der Entscheid sei aufzuheben, dies superprovisorisch.
2. Die Beistandschaft sei fortzuführen, dies ebenfalls superprovisorisch.
3. Der Rechenschaftsbericht sei NICHT zu genehmigen.
4. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung sei superprovisorisch aufzuheben.
5. Für die "Neudefinition" der Beistandschaft und die Ausdehnung des B-Rechts, denn dieses sei nun unbedingt auszuweiten, aufgrund der Erfolge neben den Schulferien, sei innert 1 Woche zu befinden und das Geschäft innert dieser Frist ans Obergericht weiter zu leiten (...).

Mit Beschluss vom 14. Januar 2019 wies der Bezirksrat die superprovisorischen Massnahmenbegehren ab und trat auf das Begehren um Neudefinition der Beistandschaft und Ausdehnung des Besuchsrechts nicht ein. Ein mit der Beschwer-

deschrift eingereichter USB-Stick wurde aus dem Recht gewiesen und dem Beschwerdeführer ungelesen retourniert (act. 6).

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer eine Beschwerde an die Kammer, welche mit Bezug auf den USB-Sticks mit Urteil vom 5. Juni 2019 gutgeheissen wurde, während ansonsten mit Urteil vom 15. April 2019 nicht darauf eingetreten wurde.

Mit Beschluss vom 7. März 2019 erteilte der Bezirksrat der Beschwerde gegen den Entscheid der KESB vom 29. November 2018 wieder die aufschiebende Wirkung, welche die KESB im angefochtenen Entscheid entzogen hatte (BR act. 21).

Mit Beschluss 13. August 2019 (BR act. 38 = act. 5) wies der Bezirksrat das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege sowie ein von ihm gestelltes Sistierungsgesuch ab und mit Urteil vom gleichen Tag wies der Bezirksrat auch die Beschwerde ab und auferlegte dem Beschwerdeführer die Kosten. Dieser Entscheid wurde dem Beschwerdeführer am 22. August 2019 zugestellt (vgl. Anhang zu BR act. 38).

3. Mit Eingabe an die Kammer vom 2. September 2019 erhob der Beschwerdeführer gegen den Entscheid des Bezirkrats vom 13. August 2019 innerhalb der für die prozessualen Entscheide (betreffend unentgeltliche Rechtspflege und Sistierung) einschlägigen Beschwerdefrist von 10 Tagen Beschwerde an die Kammer, die er mit Eingabe vom 17. September 2019 mit Bezug auf den Entscheid in der Sache innerhalb der entsprechenden Beschwerdefrist von 30 Tagen ergänzte.

In seiner Eingabe vom 2. September 2019 stellte der Beschwerdeführer sinngemäss den Antrag, der Beschluss des Bezirkrats vom 13. August 2019 sei aufzuheben und sein Sistierungsgesuch sei gutzuheissen, um ihm zu ermöglichen, die Beschwerde zurückzuziehen. Die Kosten des bezirksrätlichen und des obergerichtlichen Verfahrens seien auf die Staatskasse zu nehmen oder es sei ihm für beide Verfahren die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

In seiner Eingabe vom 17. September 2019 erklärte er den Rückzug seiner Beschwerde gegen die Aufhebung der Beistandschaft mit Entscheid der KESB vom

29. November 2018 und verlangte (wohl im Sinne eines Eventualstandpunkts zu seinem Antrag vom 2. September 2019 auf vollständige Kostenbefreiung) eine Reduktion der bezirksrätlichen Entscheidgebühr von Fr. 3'000.– auf maximal Fr. 300.–.

4. Aufgrund dieser beiden Eingaben wurden bei der Kammer zwei Beschwerdeverfahren eröffnet, die mit Präsidialverfügung vom 19. September 2019 vereinigt wurden. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2019 wurde dem Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 132 Abs. 1 ZPO eine Frist gesetzt, um seine Eingabe vom 17. September 2019 zu unterschreiben. Mit Poststempel vom 9. Oktober 2019 reichte der Beschwerdeführer innert der entsprechenden Frist eine unterzeichnete Kopie seiner Eingabe vom 17. September 2019 ein. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Mit seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, er habe seinen Sistierungsantrag vom 15. Mai 2019 mit dem beabsichtigten Rückzug seines (von ihm untechnisch als Einsprache bezeichneten) Rechtsmittels begründet. Er moniert, dass der Bezirksrat nicht bzw. nicht vor dem Endentscheid über den Sistierungsantrag entschied und erwähnt, dass er sich zwischenzeitlich zu einem Rückzug entschieden habe (den er in seiner zweiten Eingabe vom 17. September bzw. 9. Oktober 2019 ausdrücklich erklärt; vgl. act. 13).

Den Rückzug habe er dem Bezirksrat am 15. August 2019 per Mail angekündigt, was ihm zumindest telefonisch bestätigt worden sei. Er habe seinen Entscheid bereits am 12. August 2019 dem obergerichtlichen Referenten mitgeteilt und am 10. August 2019 mit den beiden Söhnen so abgesprochen.

Den Umstand, dass sich sein Rückzug mit dem am 13. August 2019 gefällten Entscheid des Bezirksrats, mit dem sowohl sein Sistierungsantrag als auch seine Beschwerde abgewiesen wurden, nun gekreuzt habe, bezeichnet der Beschwerdeführer als "in der Tat etwas unglücklich" (act. 1 S. 1 f.), und er meint, hätte der Be-

zirksrat seinen Antrag auf Sistierung nicht übergangen, hätte genug Zeit bestanden für einen Rückzug (act. 1 S. 3).

2. Gemäss Art. 126 Abs. 1 ZPO kann das Gericht das Verfahren sistieren, wenn die Zweckmässigkeit dies verlangt. Das Gericht hat dabei ein grosses Ermessen. Zweck einer Sistierung kann namentlich die Möglichkeit einer Erledigung aufgrund einer Parteierklärung (Rückzug, Anerkennung oder Vergleich) anstatt eines Entscheides in der Sache sein. In der Beilage zu seinem Sistierungsantrag vom 15. Mai 2019 erwähnte der Beschwerdeführer die Möglichkeit eines Rückzugs der Beschwerde (BR act. 34/1).

Mit Blick auf das Ergebnis in der Sache scheint es von aussen betrachtet keinen Unterschied zu machen, ob die Beschwerde abgewiesen oder zurückgezogen wird, da sich an der Aufhebung der Beistandschaft dadurch nichts ändert. Abgesehen vom subjektiven Empfinden des Beschwerdeführers (vgl. dazu unten 3) wirkt sich die Art der Erledigung jedoch auch auf die Höhe der Entscheidgebühr aus, welche der Beschwerdeführer ebenfalls beanstandet (vgl. dazu unten III), so dass ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen ist.

3. Mit einer Erledigung aufgrund einer Parteidisposition übernehmen die Parteien selbst die Verantwortung für ihren Streit, die sie mit der Einleitung des Verfahrens den Behörden übergeben hatten, und gestalten seine Entscheidung aktiv mit. Das erfordert mehr Eigeninitiative als wenn die Parteien den gerichtlichen Entscheid abwarten, den sie mehr oder weniger widerwillig akzeptieren oder mit einem Rechtsmittel an die nächste Instanz weiterziehen können.

Da sie von den Parteien selbst gewählt wurde, ist die Akzeptanz einer solchen Erledigung höher als wenn das Gericht entscheidet, was sich in den eingeschränkten Rechtsmittelmöglichkeiten widerspiegelt. Sind die Parteien im Nachhinein unzufrieden mit ihrer Wahl, können sie niemand anderem die Schuld geben. Dafür dürfen sie stolz sein, dass sie diesen Schritt aus eigener Kraft gemacht haben. Das hilft ihnen hoffentlich, den im rechtlichen Sinn erledigten Streit auch gedanklich und emotional hinter sich zu lassen und sich der Zukunft zuzuwenden.

Eine Erledigung aufgrund einer Parteierklärung erledigt einen Rechtsstreit daher in der Regel nicht nur schneller, sondern vor allem nachhaltiger als ein gerichtlicher Entscheid, der an die nächste Instanz weitergezogen werden kann. Eine Erledigung aufgrund einer Parteidisposition dient dem Rechtsfrieden daher meistens besser als ein Urteil in der Sache. Neben den Parteien profitieren davon die weiteren Verfahrensbeteiligten, d.h. in diesem Fall die Kinder der Parteien, und auch die Behörden werden entlastet.

4. Es ist verständlich, dass der Bezirksrat angesichts der langen und schwierigen Vorgeschichte (vgl. oben I.1) nicht ernsthaft mit einem Rückzug rechnete, so dass er diese Möglichkeit als Zweck einer Sistierung nicht einmal in Betracht zog (vgl. act. 5 S. 6 f.).

Die Wahrscheinlichkeit einer Erledigung aufgrund einer Parteidisposition nimmt oft im Verlauf des Verfahrens ab, weil sich die Positionen der Parteien verhärten. Das ändert jedoch nichts am Wert einer solchen Erledigung, sondern dieser nimmt sogar eher noch zu. Ein entsprechender Versuch lohnt sich daher in jedem Prozessstadium. Seine Chancen müssen allerdings gegen das Beschleunigungsgebot abgewogen werden, das mit zunehmender Verfahrensdauer ebenfalls an Bedeutung gewinnt. Angesichts der unsicheren Aussichten auf einen Rückzug war der Entscheid des Bezirkrats gegen eine Sistierung daher richtig.

Heute stellt sich die Situation aber anders dar, da der Beschwerdeführer inzwischen den Rückzug erklärte, so dass die Zweckmässigkeit einer Sistierung zum Zweck der Erledigung des Verfahrens ausser Frage steht. Als echtes Novum ist der während laufender Rechtsmittelfrist erklärte Rückzug nach Art. 317 ZPO (obwohl im ZGB von einer Beschwerde die Rede ist, kommen die Bestimmungen der ZPO über das Berufungsverfahren zur Anwendung, vgl. § 67 EG KESR) zu berücksichtigen (ZK ZPO-Reetz / Hilber, Art. 317 N 56 f.).

5. Unter diesen Umständen ist die mit Beschluss vom 13. August 2019 erfolgte Abweisung des Sistierungsantrages aufzuheben, was die Aufhebung des gleichentags ergangenen Urteils voraussetzt, mit dem die Beschwerde in der Sache abgewiesen wurde. Sodann ist das bezirksrätliche Verfahren gestützt auf den zwi-

schenzeitlich erklärten Rückzug der Beschwerde abzuschreiben. Aus prozessökonomischen Gründen ist die Abschreibung durch die Rechtsmittelinstanz vorzunehmen und von einer Rückweisung an den Bezirksrat abzusehen.

III.

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege wurde von der Vorinstanz abgewiesen mit der Begründung, er habe seiner Beschwerde keine Unterlagen über seine Einkommens- und Vermögenssituation beigelegt, sondern stattdessen auf die Akten vorangegangener Verfahren verwiesen. Damit sei er nicht zu hören, da Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege für alle Verfahren separat zu prüfen seien (act. 5 S. 8 f.).

Obwohl ihm mit Beschluss vom 7. März 2019 (BR act. 21) eine Nachfrist angesetzt worden sei, habe der Beschwerdeführer die vollständigen Unterlagen nicht nachgereicht. Es fehle der Lohnausweis für das Jahr 2018, die Lohnabrechnungen für die Monate Dezember 2018 bis Januar 2019 und die monatlichen Lebenshaltungskosten (insbesondere die Wohnkosten) seien undokumentiert geblieben. Ferner habe er auch seine Vermögenssituation nicht hinreichend belegt (act. 5 S. 8).

2. Mit seiner Beschwerde verweist der Beschwerdeführer erneut darauf, dass ihm die unentgeltliche Rechtspflege "bei der Vorinstanz gewährt / bewilligt worden war", was allerdings nicht genügt, wie ihm die Vorinstanz zurecht entgegen hielt, und deshalb unbehelflich wäre, selbst wenn es zuträfe.

Im Übrigen ist anzumerken, dass dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege, als er bei der Kammer zum letzten Mal darum ersucht hatte, mit Entscheid vom 15. April 2019 (Geschäfts-Nr. PQ190014) unter anderem verweigert wurde, weil er seine Mittellosigkeit nicht rechtsgenügend dargetan hatte, da er über den Verbleib von Vermögenswerten keine Auskunft erteilte, die aus einem früheren Verfahren bekannt waren (vgl. act. 30 S. 7 f. E. 12). Daran hat sich nichts geändert.

3. Der Beschwerdeführer macht mit seiner Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege weiter geltend, von den eingeforderten Unterlagen habe er alle nachgereicht, die ihm zur Verfügung standen (act. 2 S. 2).

Als Gesuchsteller ist es am Beschwerdeführer, seine Mittellosigkeit nachzuweisen, und die Verletzung seiner Mitwirkungspflicht hat grundsätzlich die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege zur Folge hat, worauf ihn die Vorinstanz mit Beschluss vom 7. März 2019 hingewiesen hatte (BR act. 21 S. 8 f. und Disp.-Ziff. VII). Das Fehlen von Belegen wirkt sich daher grundsätzlich zu seinem Nachteil aus, sofern er den Nachweis der entsprechenden Positionen nicht auf anderem Weg erbringt.

Der Beschwerdeführer liefert jedoch nicht nur keine Belege, sondern stellt auch keine Behauptungen auf und beschränkt sich darauf geltend zu machen, ihm erscheine Mittellosigkeit nicht ausgeschlossen (act. 2 S. 3). Damit kommt er den Anforderungen an die Begründung trotz des Hinweises der Vorinstanz nicht nach.

Es nützt dem Beschwerdeführer nichts, dass es keinen Mietvertrag gibt, sondern er hat seine Wohnkosten damit nicht nachgewiesen und es ist ihm unter dieser Position nichts anzurechnen. Die Behauptung, dass der Arbeitgeber keine Lohnabrechnungen erstellt habe, ist ebenfalls unbehelflich. Sollte dies tatsächlich der Fall sein, müsste der Beschwerdeführer sein Einkommen auf anderem Weg nachweisen (z.B. über die Offenlegung seines Kontoauszugs mit den entsprechenden Auszahlungen).

Ein Kontoauszug fehlt ebenfalls, obwohl die Vorinstanz einen solchen per Ende Januar 2019 ausdrücklich verlangt hatte (BR act. 21 S. 11 Disp.-Ziff. VII). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hatte die Vorinstanz nicht bloss den Kontostand per Ende Monat verlangt, den sie (in Form eines aus einer einzigen Zeile bestehenden Ausschnitts; vgl. BR act. 24) erhalten habe, wie er betont (act. 2 S. 3 oben). Abgesehen davon, dass Urkunden vollständig und nicht bloss auszugsweise einzureichen sind, lässt sich daraus ohne Kenntnis eines Anfangsaldos keine Kontoentwicklung ableiten, so dass sich damit nicht belegen lässt, dass der Kontostand abgenommen habe, wie der Beschwerdeführer behauptet.

Die eigenen Angaben des Beschwerdeführers, die aus einem amtlichen Dokument zu stammen scheinen und die er unkommentiert übernimmt, weisen neben einem steuerbaren Einkommen von CHF 35'900 von 2016 bis 2018 ein unverändertes Vermögen von CHF 43'000.00 aus (BR act. 24). Das widerspricht seiner unbelegten Behauptung, dass sein Vermögen seit der Scheidung / Trennung und somit seit über 9 Jahren ständig abnehme und sich immer weiter ins Negative bewege (act. 2 S. 3), und der Betrag genügt beim Weitem, um die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens zu decken.

4. Die Vorinstanz hat demnach das Gesuch des Beschwerdeführers zurecht abgewiesen, weil er seine Einnahmen und Ausgaben nicht nachgewiesen hat und ausserdem über Vermögen verfügt, das eine Mittellosigkeit ausschliesst. Seine Beschwerde gegen die Verweigerung der unentgeltliche Rechtspflege ist daher abzuweisen.

IV.

1. Mit Bezug auf den Verfahrensausgang, von dem die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen abhängt, ist ein Rückzug gleichbedeutend mit einer Niederlage. Der Beschwerdeführer trägt demnach gestützt auf seinen Antrag die vorinstanzlichen Kosten.

Da dies aufgrund seines Rückzugs und damit im Vergleich zum vorinstanzlichen Entscheid auf einer veränderten Grundlage erfolgt, ist auf seine Einwände gegen die vorinstanzliche Kostenaufgabe nicht einzugehen.

2. Zur Bemessung der Entscheidgebühr kann zunächst auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden, die von einem eher aufwändigen Beschwerdeverfahren ausging, in dessen Rahmen eine Kinderanhörung stattfand und mehrere Zwischenbeschlüsse erfolgten (act. 5 S. 22).

Da das vorinstanzliche Verfahren nun aufgrund einer Parteierklärung und damit ohne Anspruchsprüfung erledigt wird, kann die Entscheidgebühr bis auf die Hälfte herabgesetzt werden (§ 10 Abs. 1 GebV OG). Die Entscheidgebühr von

Fr. 3'000.–, welche die Vorinstanz mit Blick auf die Abweisung der Beschwerde festgesetzt hatte, ist daher entsprechend zu reduzieren.

3. Wenn der Beschwerdeführer zum Vergleich auf andere Entscheide verweist und eine massive Reduktion der Kosten auf höchstens Fr. 300.– für gerechtfertigt hält, ist ihm entgegenzuhalten, dass der Grund für die Reduktion der Entscheidgebühr die damit verbundene Ersparnis von Aufwand widerspiegelt.

Wenn in einem Fall wie dem vorliegenden der Rückzug erst erfolgt, wenn bereits ein begründeter Entscheidantrag in der Sache ausgearbeitet wurde, besteht grundsätzlich kein Grund für eine Reduktion der Gebühr. Die von der Vorinstanz festgesetzte Entscheidgebühr ist daher nicht zu beanstanden und es hat bei einer Reduktion um die Hälfte wegen des Rückzugs sein Bewenden.

4. Für das vorliegende Verfahren, in dem der Beschwerdeführer teilweise obsiegt, ist auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Eine Entschädigung ist nicht zuzusprechen. Sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege für das vorliegende Verfahren ist somit abzuschreiben.

Es wird erkannt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerden werden Dispositiv-Ziffer II des Beschlusses des Bezirksrats Uster vom 13. August 2019 sowie das Urteil des Bezirksrats Uster vom 13. August 2019 aufgehoben.
Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen und wird Dispositiv-Ziffer III des Beschlusses des Bezirksrats Uster vom 13. August 2019 bestätigt.
2. Das Verfahren des Bezirksrats wird abgeschrieben.
3. Die Entscheidgebühr des bezirksrätlichen Verfahrens wird auf Fr. 1'500.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
4. Die Kosten des obergerichtlichen Beschwerdeverfahrens fallen ausser Ansatz.

5. Das Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtspflege für das obergerichtliche Verfahren wird abgeschrieben.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, mit separatem Schreiben an die Verfahrensbeteiligten 1 und 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Uster sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Uster, je gegen Empfangsschein.
7. 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Der Leitende Gerichtsschreiber:

lic. iur. T. Engler

versandt am: