

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190063-O/UA

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. M. Sarbach sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. D. Tolic Hamming

Urteil vom 8. Oktober 2019

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

gegen

B._____,
Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Entschädigungen Verfahrensbeiständigen**

**Beschwerde gegen das Urteil des Bezirksrates Uster vom 12. August 2019;
VO.2017.28 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf)**

Erwägungen:

I.

1. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf (nachfolgend KESB) entschädigte mit Entscheid vom 2. August 2017 die Verfahrensbeiständigen Dipl. Soz. C. _____ und lic. iur. Y. _____ für die Aufwendungen in der Beistandschaft gemäss Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB für D. _____ (nachfolgend D. _____) für die Zeit von Februar 2016 bis Februar 2017 mit insgesamt Fr. 9'460.– und auferlegte diese Kosten je zur Hälfte den Eltern von D. _____, B. _____ und A. _____ (act. 6/2).

Gegen den Entscheid der KESB erhoben sowohl die Mutter (am 5. September 2017, act. 6/1) als auch der Vater von D. _____ (am 8. September 2017, act. 6/17/1) Beschwerde an den Bezirksrat Uster (nachfolgend Vorinstanz). Während die Mutter hauptsächlich beantragte, die Entschädigung für die Verfahrensbeiständigen sei auf maximal Fr. 5'000.– festzulegen, die Tätigkeit der Verfahrensbeiständigen sei als abgeschlossen festzulegen und der Maximalbetrag von Fr. 5'000.– sei den Eltern je zur Hälfte aufzuerlegen (act. 6/1 S. 2), focht der Vater die Höhe der Entschädigung nicht an, beantragte indes, der Entscheid der KESB sei dahingehend abzuändern, als die Kosten für die (Kinds-)Vertretung vollumfänglich der Mutter aufzuerlegen seien (act. 6/17/1 S. 2). Mit Urteil vom 12. August 2019 (act. 3/1 = act. 5 [Aktenexemplar] = act. 6/19, nachfolgend act. 5) setzte die Vorinstanz in teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Mutter die Entschädigung der Verfahrensbeiständigen für die Zeit von Februar 2016 bis Februar 2017 auf insgesamt Fr. 8'360.– fest, auferlegte davon den Eltern je die Hälfte von Fr. 6'608.–, unter Begleichung des Restbetrags von Fr. 1'752.– durch die Behördenkasse der KESB und wies gleichzeitig die Beschwerde des Vaters ab (act. 5 S. 24 f.).

2. Gegen diesen Entscheid erhob der Vater (Beschwerdeführer) rechtzeitig (vgl. act. 6/19 i.f. sowie act. 2 S. 1) die vorliegend zu beurteilende Beschwerde. Er beantragt (act. 2 S. 2):

1. Das Urteil des Bezirksrats Uster vom 12. August 2019 sei wegen Befangenheit des Vorsitzenden lic. iur. Z._____, wegen Verstosses gegen das Gebot auf rechtliches Gehör und des Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot aufzuheben und das Verfahren durch einen unabhängigen und unbefangenen Spruchkörper neu durchzuführen und dabei den Anträgen des Beschwerdeführers aus der Beschwerde vom 7. September 2017 zu entsprechen.
2. Eventualiter sei in der Sache direkt neu zu entscheiden und dabei
 - a. Disp.-Ziffer I durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Beschwerdegegnerin werden Dispositiv-Ziffern 1 und 4 des angefochtenen Entscheids der KESB Dübendorf vom 2. August 2017(DU-2017/752) aufgehoben und durch folgenden Wortlaut ersetzt: Die Verfahrensbeiständigen Dipl. Soz. C._____ und lic. iur. Y._____, E._____, ...[Adresse], werden für die Aufwendungen in der Beistandschaft gemäss Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB für D._____, geb. tt.mm.2013, von ..., der gemeinsamen elterlichen Sorge von B._____ und A._____ unterstellt, wohnhaft in ...[Adresse], wie folgt entschädigt:

Für die Zeit von Februar 2016 bis Februar 2017:

Honorar (insgesamt)	Fr. 8'252.00
Barauslagen	Fr. 108.00
Total:	Fr. 8'360.00

Die Kosten für die Vertretung werden der Kindsmutter im Umfang von Fr. 6'608.00 auferlegt. Der restliche Betrag von Fr. 1'752.– wird aus der Behördenkasse der KESB Dübendorf beglichen.
 - b. Disp.-Ziffer II sei wie folgt zu ändern:

Die Beschwerde des Beschwerdeführers wird vollumfänglich gutgeheissen und die Kosten der Verfahrensbeiständigen werden vollumfänglich der Kindsmutter auferlegt.
 - c. Die Entscheidgebühr in Disp.-Ziffer III sei den Parteien zu je gleichen Teilen aufzuerlegen.
 - d. Disp.-Ziffer IV sei aufzuheben. Es seien gegenseitig keine Parteientschädigungen zuzusprechen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MwSt. von 8% zulasten der Beschwerdegegnerin.

Die Akten des Bezirksrates (act. 6/1-7, act. 6/9-19) sowie diejenigen der KESB (act. 6/8/1-306) wurden beigezogen. Weiterungen erscheinen nicht notwendig

(§§ 66 und 68 Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht [EG KESR]). Das Verfahren ist spruchreif.

3. Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR (LS 232.3) 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 ZGB). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können daher stets nur Entscheide des Bezirkrates als Vorinstanz sein, nicht hingegen solche der KESB.

Zur Beschwerde ist legitimiert, wer durch den angefochtenen Entscheid beschwert ist. Dies trifft auf den Beschwerdeführer zu. Daneben enthält die Beschwerde Anträge und eine Begründung (act. 2). Dem Eintreten auf die Beschwerde steht nichts entgegen.

4. Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes 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; dazu gehört auch die volle Ermessensüberprüfung (STECK, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 450a ZGB N 3 und 10). Im Verfahren vor der KESB und in den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht

falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1).

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt vorab, der Vorsitzende der Vorinstanz sei befangen gewesen. Er, der Beschwerdeführer, habe am 25. Juli 2019 gegen Letzteren eine Aufsichtsbeschwerde beim Regierungsrat des Kantons Zürich wegen Untätigkeit und mutmasslicher Begünstigung eingereicht. Dies sei dem Vorsitzenden der Vorinstanz von der Justizdirektion mitgeteilt worden, woraufhin dieser über die Aufsichtsbeschwerde im Bild gewesen sei. Am 12. August 2019 sei dann der für den Beschwerdeführer negative vorinstanzliche Entscheid ergangen, unter Mitwirkung des von ihm mittels Aufsichtsbeschwerde ins Recht gefassten Vorsitzenden. Zudem habe der Vorsitzende des Bezirksrats in seiner Rolle als Bezirksstatthalter zwei Strafverfahren verschleppt, in denen er darüber hätte urteilen müssen, ob die Mutter von D._____ im Rahmen der Auseinandersetzung über D._____ eine amtliche Verfügung der KESB nicht befolgt habe und entsprechend zu bestrafen sei. Durch seine Untätigkeit im Strafverfahren habe der Bezirksstatthalter die Mutter von D._____ vor Strafverfolgung geschützt, indem er drei Jahre nichts gemacht habe, bis 2019 die Verjährung eingetreten sei (act. 2 S. 3 ff.).

Mit diesem Vorbringen macht der Beschwerdeführer primär den Ausstandsgrund von Art. 47 Abs. 1 lit. f ZPO geltend, wonach eine Gerichtsperson in den Ausstand tritt, wenn sie wegen Freundschaft oder Feindschaft mit einer Partei befangen sein könnte. Dieser und weitere Ausstandsgründe – so etwa auch seine Rüge, der Präsident des Bezirksrats sei in ein und derselben Sache in zwei Rollen aufgetreten (act. 2 S. 4) – sind gemäss Art. 49 ZPO unverzüglich mittels Ausstandsgesuch bei der befassen Instanz geltend zu machen, die, falls die betroffene Gerichtsperson den geltend gemachten Ausstandsgrund bestreitet, über das Ausstandsgesuch einen beschwerdefähigen Entscheid trifft (Art. 50 ZPO). Dies hat der Beschwerdeführer indes unterlassen. Auf seine im Nachhinein bei der Rechtsmittelinstanz erhobene Rüge der Befangenheit ist daher mangels Zuständigkeit nicht einzutreten. Es kommt hinzu, dass eine Strafanzeige gegen eine

Gerichtsperson nur mit grösster Zurückhaltung als Ausstandsgrund gelten kann – zu einfach wäre es sonst, unliebsame Personen auszuschalten (Dike Kommentar ZPO-Diggelmann, N. 25 zu Art. 47 ZPO).

2. Weiter rügt der Beschwerdeführer die Verletzung des rechtlichen Gehörs. Soweit der Beschwerdeführer das rechtliche Gehör durch die KESB verletzt sieht, indem diese ihm Akten vorenthalten oder erst mit dem Entscheid vom 2. August 2017 zugestellt habe (act. 2 S. 5 f.), ist er darauf hinzuweisen, dass die entsprechende Rüge bereits vor dem Bezirksrat vorzubringen gewesen wäre. Zwar macht er geltend, er habe im Verfahren vor Bezirksrat dazu gar nicht die Möglichkeit gehabt, denn er habe erst aus dem Urteil des Bezirksrates, welches act. 277 der KESB zitiere, von diesem Aktorum erfahren, das bis zu diesem Zeitpunkt weder ihm noch seiner Rechtsvertretung zugestellt oder zugänglich gemacht worden wäre (act. 2 S. 6). Dies ist aktenwidrig: Die KESB hat sich im vorinstanzlichen Verfahren am 12. Oktober 2017 vernehmen lassen (act. 6/7) und mit der Vernehmlassung die bei ihr verbliebenen Restakten samt einem Aktenverzeichnis eingereicht, aus welchem sich das act. 277 (Brief von E. _____ betr. Stellungnahme zum Schreiben bzgl. eingereichte Honorarnoten, 28.06.2017) ergibt. Diese Eingabe der KESB wurde (auch) dem Beschwerdeführer mit Präsidialverfügung vom 18. Oktober 2017 zur Stellungnahme zugestellt (act. 6/9), der sich dazu allerdings nicht vernehmen liess.

Soweit der Beschwerdeführer der Vorinstanz eine Verletzung des rechtlichen Gehörs vorwirft, indem diese auf den von ihm erhobenen Vorwurf der Gehörsverletzung durch die KESB mit keinem Wort eingegangen sei (act. 2 S. 6 f.), verpasst er es, sich mit den diesbezüglichen Erwägungen der Vorinstanz (act. 5 E. 3.2.2) inhaltlich auseinanderzusetzen, sondern wirft der Vorinstanz vor, sie habe entweder die Rechtsbegriffe (des rechtlichen Gehörs sowie der Aufklärungspflicht als Ausfluss davon, Anm. hinzugefügt) verwechselt, den Unterschied verkannt oder die Beschwerde nicht richtig gelesen. Das vermag den inhaltlichen Anforderungen, welchen die Beschwerde führende Partei nachkommen müsste, nicht zu genügen (oben, Ziff. I.4. m.w.H.).

3. Der Beschwerdeführer sieht das Diskriminierungsverbot durch die Vorinstanz dadurch verletzt, dass diese durch die je hälftigen Kostenaufgabe an die Mutter und den Vater von D._____ (d.h. den Beschwerdeführer) das Verhalten der Mutter auf die gleiche Stufe stelle wie sein eigenes Verhalten, dürfe doch Ungleiches nicht gleich behandelt werden (act. 2 S. 8). Der Beschwerdeführer übersieht, dass die Kosten in familienrechtlichen Prozessen der vorliegenden Art nicht nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt werden: Anders als etwa in Forderungsprozessen kann regelmässig nicht von einem Obsiegen oder Unterliegen die Rede sein, wo es – überdies in einem nach wie vor laufenden Verfahren – um die Tragung der (bisher entstandenen) Kosten der Kindesvertretung geht (vgl. auch Botschaft zur Schweizerischen ZPO, BBl 2001 7297). Deshalb ist es mit gutem Grund Praxis, dass die Kosten der Kindesvertretung gemäss Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO in der Regel den Eltern je hälftig auferlegt werden, jedenfalls so lange kein Elternteil aufgrund von Art. 106 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unterliegend gilt (OGer ZH, Urteil PQ160093 vom 31. März 2017, E. III.1.; BGE 139 III 358). Darin liegt nota bene keine Aussage über das Verhalten der Eltern. Der Feststellung der Vorinstanz, es "könne beiden Eltern nicht abgesprochen werden, dass sie gute Gründe für ihre Standpunkte und das Wohl von D._____ im Auge hatten", welche für den Beschwerdeführer gemäss seiner Formulierung in der Beschwerde ein "zentraler Punkt" ist (act. 2 S. 8 unter Hinweis auf act. 5 S. 19), hätte es zur je hälftigen Kostenaufgabe nicht bedurft. Die vom Beschwerdeführer sinngemäss gerügte unrichtige Rechtsanwendung durch die Vorinstanz (act. 2 S. 9 ff., "Mangelhafte rechtliche Würdigung") ist daher zu verneinen.

4. Zusammenfassend ist die Beschwerde damit abzuweisen.

III.

Der Beschwerdeführer unterliegt mit seiner Beschwerde gegen die je hälftige Auflegung der Kosten der Kindesvertretung vollumfänglich. Die Kosten des vorliegenden Verfahrens sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Die Höhe der Entscheidgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 350.– festzusetzen. Parteientschädigungen sind nicht zuzusprechen, dem Be-

schwerdeführer nicht, da er unterliegt, der Beschwerdegegnerin nicht, da ihr keine entschädigungspflichtigen Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 350.– festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.
3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage der Doppel von act. 2 sowie act. 3/1-6, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Uster, 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. 3'304.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. D. Tolic Hamming

versandt am: