

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ190077-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin
lic. iur. A. Katzenstein und Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden
sowie Gerichtsschreiberin MLaw M. Schnarwiler

Urteil vom 9. Dezember 2019

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____,

betreffend **Kindesschutzmassnahmen / Parteientschädigung**

Beschwerde gegen einen Beschluss des Bezirksrates Uster vom 11. November 2019, i.S. B._____, geb. tt.mm.2016; VO.2019.39 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf)

Erwägungen:

I.

1. A._____ (Beschwerdeführerin) und C._____ sind die voneinander getrennt lebenden Eltern von B._____, geb. tt.mm.2016. Mit Beschluss vom 11. September 2019 entzog die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Dübendorf (fortan KESB) den Kindseltern im Sinne einer vorsorglichen Massnahme das Aufenthaltsbestimmungsrecht für B._____ und platzierte das Kind im D._____ -heim in Zürich. Sie ordnete weiter an, dass die Eltern B._____ bis auf Weiteres nur im Rahmen von begleiteten Besuchen in den Räumlichkeiten des D._____ -heims sehen bzw. besuchen dürfen. Die Aufgaben der bereits mit Beschluss vom 9. Oktober 2017 bestellten Beiständin wurden den veränderten Verhältnissen angepasst und es wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen (KESB-act.172 = BR-act. 2). Beide Eltern erhoben Beschwerde gegen diesen Entscheid; die Verfahren wurden beim Bezirksrat Uster vereinigt (BR-act. 7). Nachdem die Parteien im Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat Uster ihre Parteivorträge im Wesentlichen erstattet hatten, hob die KESB den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern mit Beschluss vom 25. Oktober 2019 wieder auf; sie stellte fest, dass B._____ damit wieder unter der Obhut der Mutter stehe. In Abänderung des eheschutzrichterlichen Teilurteils des Bezirksgerichts Uster vom 5. September 2018 ordnete sie als vorsorgliche Massnahme für den Kindsvater individuell begleitete Kontakte mit der Tochter von maximal drei Stunden pro Woche an (BR-act. 22 = BR-act. 23). Da damit die im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren angefochtenen Punkte aufgehoben waren, schrieb der Bezirksrat Uster das Verfahren mit Beschluss vom 11. November 2019 als gegenstandslos geworden ab (Dispositiv Ziff. I). Er erhob keine Kosten (Dispositiv Ziff. II) und sprach keine Parteientschädigungen zu (Dispositiv Ziff. III; act. 6 = BR-act. 24). Der Entscheid wurde der Beschwerdeführerin am 13. November 2019 zugestellt (BR-act. 24 Anhang).
2. Mit Eingabe vom 25. November 2019 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde. Sie stellt folgenden Antrag (act. 2 S. 2):

"Es sei Ziff. III. des angefochtenen Beschlusses vom 11. November 2019 aufzuheben und die KESB Dübendorf zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 4'664.50 auszurichten.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.7% Mehrwertsteuer zulasten der KESB Dübendorf."

Die Akten des Bezirksrates (act. 7/1-8 und 7/10 - 24) und der KESB (act. 7/9/1 - 216) wurden beigezogen. Es bedarf keiner Weiterungen. Das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen richtet sich primär nach dem ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen (EG KESR) und Gerichtsorganisationsgesetz (GOG); subsidiär gelten die Bestimmungen der ZPO sinngemäss (Art. 450f ZGB; § 40 EG KESR).

2. Nach Eingang der Beschwerde prüft das Gericht von Amtes wegen das Vorliegen der Rechtsmittelvoraussetzungen. Die Beschwerdeführerin ist als Mutter von B._____ zur Beschwerde ohne weiteres legitimiert (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Die Beschwerde wurde beim zuständigen Obergericht (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. § 64 EG KESR) erhoben und richtet sich gegen die Entschädigungsregelung des bezirksrätlichen Entscheides. Die am 25. November 2019 erhobene Beschwerde erweist sich als rechtzeitig. Sie ist überdies schriftlich begründet und mit Anträgen versehen (Art. 450 Abs. 3 ZGB).

3. Mit dem Begriff der Beschwerde i.S. der Art. 450-450c ZGB werden grundsätzlich alle Rechtsmittel gegen Entscheide der KESB bezeichnet. Gemeint sind damit aber im Wesentlichen Entscheide der KESB in der Sache (vgl. dazu beispielhaft STECK, in: BSK-ZPO I, 5. A., Basel 2014, Art. 450 N 19-21). Keine Entscheide zur Sache stellen Entscheide der Gerichte über die Verteilung und die Liquidation der Prozesskosten dar. Sie richten sich mangels eigener Vorschriften in den Art. 450 ff. ZGB sowie im EG KESR nach den Grundsätzen der Art. 104 ff. ZPO (vgl. § 40 EG KESR und Art. 450f ZPO). Diese sog. gerichtlichen Kostenent-

scheide können daher selbständig nur mit einer Beschwerde angefochten werden, die jener des Art. 110 ZPO entspricht. Das führt zu einem Beschwerdeverfahren i.S. der Art. 319 ff. ZPO, in dem namentlich die Art. 320 - 322 ZPO und der Art. 326 ZPO zu beachten sind (vgl. OGer ZH, PQ19015 E. II.2 vom 20. März 2019; OGer ZH, PQ190003 E. 3.1 vom 25. Januar 2019; OGer ZH, PQ160020 E. II/1.2 vom 5. April 2016 und OGer ZH, PQ160030 E. 2.1 vom 10. Mai 2016).

4. Mit der Beschwerde geltend gemacht werden kann die unrichtige Rechtsanwendung sowie die offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 320 ZPO. Umfasst wird davon auch die Überprüfung von blosser Unangemessenheit, soweit es um Rechtsfolgeermessen geht (FREIBURGHHAUS/AFHELDT, ZK-ZPO, 3.A., Art. 320 N 3 f. i.V.m. REETZ/THEILER, ZK-ZPO, a.a.O., Art. 310 N 36). Neue Tatsachen und Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 326 ZPO). In der Beschwerdebegründung ist im Einzelnen darzulegen, an welchen Mängeln der angefochtene Entscheid leidet, aus welchen Gründen er falsch ist und abgeändert werden soll. Es genügt nicht, in einer Beschwerdeschrift einen blossen Verweis auf die Vorakten anzubringen und/oder pauschale Kritik am vorinstanzlichen Entscheid zu üben oder bloss zu wiederholen, was bereits vor Vorinstanz vorgebracht wurde. Dabei kann bei der Konkretisierung der inhaltlichen Anforderungen an die Beschwerdebegründung berücksichtigt werden, ob die Beschwerdeführerin anwaltlich vertreten ist oder nicht. Fehlt es an einem Antrag und/oder an einer minimal hinreichenden Begründung, ist auf die Beschwerde gar nicht einzutreten.

5. In der Begründung lässt die Beschwerdeführerin darauf hinweisen, dass sie im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren Anträge betreffend die Kosten- und Entschädigungsfolgen gestellt habe. Gegen den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch die KESB habe sie im Beschwerdeverfahren geltend gemacht, dass B. _____ durch sie, die Beschwerdeführerin, nicht gefährdet werde. Sodann habe sie einen von der Staatsanwaltschaft in Auftrag gegebenen forensisch-psychologischen Befundbericht dazu eingereicht und überdies in formeller Hinsicht geltend gemacht, die KESB habe ihr das rechtliche Gehör vorgängig zur Verfügung vom 11. September 2019 nicht gewährt. Mit Entscheid vom 25. Okto-

ber 2019 sei ihr das Aufenthaltsbestimmungsrecht dann wieder erteilt worden. Zusammengefasst macht die Beschwerdeführerin die Verletzung des rechtlichen Gehörs im KESB-Verfahren geltend sowie dass der Entscheid der KESB vom 11. September 2019 materiell qualifiziert unrichtig gewesen sei. Deshalb seien die ihr entstandenen Kosten im Beschwerdeverfahren durch die KESB Dübendorf zu tragen, nachdem sich auch der Kindsvater mit dem angefochtenen Entscheid der KESB nicht identifiziert, sondern diesen ebenfalls angefochten habe (act. 2).

6. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist der Entscheid des Bezirksrates, wonach für das bezirksrätliche Verfahren keine Parteientschädigung zugesprochen, sondern diese gestützt auf Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO wettgeschlagen wurde (act. 3/1 S. 3). Im Hauptpunkt schrieb der Bezirksrat das Verfahren als gegenstandslos geworden ab, was nicht angefochten wurde. Zur Rechtsgrundlage der angefochtenen Anordnung äussert sich die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin in der Beschwerde nicht und insbesondere auch nicht dazu, dass und aus welchen Gründen die Bestimmung im bezirksrätlichen Verfahren nicht hätte zur Anwendung gebracht werden dürfen. Es erscheint fraglich, ob sie damit ihrer Rügeobliegenheit genügt.

7. Vor Obergericht verlangt die Beschwerdeführerin eine Entschädigung einzig zulasten der KESB, worauf sie zu behaften ist. Im bezirksrätlichen Verfahren hatte sie eine Entschädigung einmal zulasten der KESB (act. 6/1 S. 2) und dann zulasten des (damaligen) Beschwerdegegners, ev. zulasten der KESB (act. 20 S. 2) verlangt. Das bezirksrätliche Verfahren war als Zweiparteienverfahren angelegt, mit den Eltern als Parteien, beide je als Beschwerdeführer(in) und Beschwerdegegner(in). Die Parteien stellten – wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt – unterschiedliche Anträge. Die KESB ist in solchen Verfahren nicht Partei, sondern Vorinstanz. Sie erhält im Beschwerdeverfahren zwar Gelegenheit zur Vernehmlassung, nimmt aber am Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht teil (BGE 140 III 385 E. 4.2; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBI 2006 7221 ff., S. 7086). Allein der Umstand, dass beide Parteien mit den Anordnungen der KESB nicht einverstanden waren, rechtfertigt nicht, von einer materiellen Partei-

stellung der KESB auszugehen, wie dies die Beschwerdeführerin anzunehmen scheint (act. 2 S. 4 Rz 8 und 9).

8. Im Zweiparteienverfahren werden die Prozesskosten, worunter nach Art. 95 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten und die Parteientschädigung fallen, nach den Grundsätzen von Art. 106 - 109 ZPO verteilt. Im Regelfall werden sie gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO der unterliegenden Partei auferlegt, wobei bei Nichteintreten und Klagerückzug die klagende Partei und bei Anerkennung der Klage die beklagte Partei als unterliegend gilt. Das Gericht kann in gewissen Konstellationen von den Verteilungsgrundsätzen abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen, dies zum Beispiel in familienrechtlichen Verfahren (Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO) oder wenn das Verfahren als gegenstandslos abgeschrieben wird und das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO). Im letzteren Fall ist etwa zu berücksichtigen, welche Partei Anlass zum Verfahren gegeben hat, welches der mutmassliche Prozessausgang gewesen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, die dazu geführt haben, dass das Verfahren gegenstandslos geworden ist (JENNY, ZK-ZPO, 3.A., Art. 107 N 16 unter Hinweis auf die BOTSCHAFT vom 28. Juni 2006 zur ZPO, BBl 2006 7221ff., S. 7297). Auch hiezu macht die Beschwerdeführerin keine Ausführungen. Im kontradiktorisch geführten, bezirksrätlichen Verfahren hatten die Eltern wie gesehen unterschiedliche Anträge gestellt. Es erscheint in grundsätzlicher Hinsicht fraglich, ob die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung zulasten der Behörde vorliegen.

9.1 Die Beschwerdeführerin ist wie gesehen der Auffassung, es sei die Vorinstanz des bezirksrätlichen Verfahrens, d.h. die KESB, entschädigungspflichtig, weil diese im Verfahren, das zur Beschwerde vor dem Bezirksrat führte, schwere formelle und materielle Fehler begangen habe. Als schwere Fehler rügt sie einerseits die Verletzung des rechtlichen Gehörs, weil sie vor dem Erlass des Beschlusses vom 11. September 2019 nicht angehört und ihr das anonyme Schreiben nicht zur Kenntnis gebracht worden war. Andererseits sei der Entscheid auch materiell qualifiziert unrichtig gewesen, weil eine Gefährdung von B._____ durch

die Beschwerdeführerin nicht glaubhaft gemacht war. Sie geht von einer materiellen Parteistellung der KESB im bezirksrätlichen Verfahren aus.

9.2 Gemäss der von der Beschwerdeführerin zitierten Praxis der Kammer kommt es für die Beurteilung der Frage, ob eine Parteientschädigung zu Lasten einer Behörde zuzusprechen ist, u.a. darauf an, ob die Behörde materiell Parteistellung hat. Das Bundesgericht bejaht dies ausnahmsweise, zum Beispiel für den Fall einer Rechtsverzögerungsbeschwerde (BGE 139 III 471 ff.). Dabei ist nicht die formelle, sondern die materielle, faktische Parteistellung entscheidend. Eine solche kann im Zweiparteienverfahren ausnahmsweise dann angenommen werden, wenn eine Partei sich gegen eine qualifiziert unrichtige Anordnung wehrt und die andere Partei sich mit dem fehlerhaften Entscheid im Rechtsmittelverfahren nicht identifiziert (OGer ZH PQ140040 vom 25. September 2014 E. 6; PQ 140037 vom 28 Juli 2014; PQ160068 vom 9. November 2016 E. 2.3).

9.3 Was die Beschwerdeführerin zur Begründung der behaupteten qualifizierten Unrichtigkeit allerdings vorbringt, vermag nicht zu genügen:

9.3.1 Die materielle qualifizierte Unrichtigkeit begründet die Beschwerdeführerin einzig damit, dass sich im bezirksrätlichen Verfahren ergeben habe, die von der KESB befürchtete Gefährdung von B._____ durch die Beschwerdeführerin bestehe nicht. Dass die KESB bereits vor Erlass der Verfügung vom 11. September 2019 Anzeichen für eine Situation hatte, welche die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Eltern als qualifiziert unrichtig erscheinen liess, hat die Beschwerdeführerin indes nicht einmal behauptet und ist aufgrund der beigezogenen Akten auch nicht erkennbar. Wie dem Beschluss der KESB vom 11. September 2019 sowie den entsprechenden Aktennotizen in den KESB-Akten zu entnehmen ist, wandte sich am 11. September 2019 einerseits die Kantonspolizei Zürich an die KESB und informierte über einen Anruf des Beschwerdegegners, bei dem ein anonymes Schreiben eingegangen sein soll, das auf eine Gefährdungssituation für B._____ hindeutete. Am gleichen Tag wandte sich auch die Staatsanwaltschaft See/Oberland an die KESB und *ersuchte die KESB für B._____ einen neutralen Unterbringungsplatz zu finden* (KESB-act. 164 - 168). Dies veranlasste die KESB noch am gleichen Tag und ebenfalls am gleichen Tag

wurden die Eltern, die Mutter auf dem Polizeiposten, über die anzuordnende Massnahme informiert. Auch die Platzierung fand schliesslich noch am gleichen Tag statt (KESB-act. 169 - 172). Wenn der in der Folge von der Staatsanwaltschaft See/ Oberland eingeholte forensisch-psychologische Befundbericht zur Risikoeinschätzung vom 10. Oktober 2019 zum Schluss kam, die Risiken für Gewaltdelikte jeglichen Schweregrades seien bei der Beschwerdeführerin sehr gering (BR-act. 21/1 S. 15), dann vermöchte dies die von der Beschwerdeführerin gerügte qualifizierte Unrichtigkeit des KESB-Entscheides vom 11. September 2019 nicht zu begründen.

9.3.2 Die qualifizierte Unrichtigkeit begründet die Beschwerdeführerin weiter damit, dass ihr von der KESB das rechtliche Gehör nicht gewährt worden sei vor Erlass der Entscheides vom 11. September 2019. Die KESB hatte diesen Vorwurf unter Hinweis auf die Anhörung der Beschwerdeführerin an eben diesem 11. September 2019 in ihrer Vernehmlassung im bezirksrätlichen Verfahren zurückgewiesen (BR-act. 13 S. 2/3). Aus den KESB-Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin *vor* Erlass des fraglichen Entscheides über die in Aussicht genommene Massnahme orientiert wurde. Dabei soll die Beschwerdeführerin erklärt haben, dass sie das weitere Vorgehen verstanden habe und ein Stück weit verstehe, sie aber damit nicht einverstanden sei (KESB-act. 170 S. 2). Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin *vor* Erlass des fraglichen Entscheides angehört wurde. Offen bleiben kann, ob ihr hätte Gelegenheit gegeben werden müssen, sich eingehend und auch mittels ihrer Rechtsvertretung zur geplanten Massnahme zu äussern. Die Beschwerdeführerin lässt im vorliegenden Beschwerdeverfahren zwar geltend machen, dass sie wegen des Vorgehens der KESB den Rechtsweg habe beschreiten müssen, sie legt indes nicht dar, dass und – mit Blick auf die in Frage stehende Parteientschädigung – welchen Nachteil sie dadurch erfuhr, zumal andernfalls die Stellungnahme im vorsorglichen Massnahmeverfahren notwendig geworden wäre.

9.3.3 Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Gründe für den von der Beschwerdeführerin erhobenen Anspruch keinen Entschädigungsanspruch gegen-

über der KESB zu begründen vermöchten, wollte man denn davon ausgehen, es liege überhaupt eine hinreichende Begründung vor.

10. Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist abzuweisen und Ziff. III des Urteils des Bezirksrates Uster vom 11. November 2019 ist zu bestätigen.

III.

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren kostenpflichtig. Entschädigungen sind keine zuzusprechen, der Beschwerdeführerin nicht weil sie unterliegt, der Kindsvater wurde ins zweite Beschwerdeverfahren nicht einbezogen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen. Dispositiv Ziff. III des Urteils des Bezirksrates Uster vom 11. November 2019 wird bestätigt.
2. Die Entscheidunggebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten des Rechtsmittelverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, 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 nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

MLaw M. Schnarwiler

versandt am: