

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210021-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 13. April 2021

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Gegenstandslosigkeit / Entschädigung / Rechtsverweigerung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 9. Februar 2021; VO.2020.56 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen)

Erwägungen:

1.1 A._____ (nachstehend: "A._____" oder "Beschwerdeführer") wurde 2004 in Eritrea geboren. 2005 soll seine Mutter B._____ über den Sudan, Libyen und Italien in die Schweiz gekommen sein, wo eine nach ihren Angaben im Krieg erlittene Verletzung behandelt wurde. Da sein Vater im Gefängnis gewesen sei, hätten die Grosseltern väterlicherseits A._____ betreut. Mit seinem Vater sei er dann 2010 ebenfalls in die Schweiz gekommen, wo die Familie in Luzern unterkam.

A._____ besuchte in Luzern den Kindergarten, wo bald Schwierigkeiten entstanden. Wegen seiner Verhaltens-Auffälligkeiten wurde eine Person eigens für ihn eingesetzt, was aber nicht nachhaltig war. Seine Eltern stritten sich häufig, und es kam zu häuslicher Gewalt. Die Eltern trennten sich im Jahr 2011, und etwa zu der Zeit kam A._____'s jüngerer Bruder C._____ zur Welt. In der Folge wurden die Eltern offenbar geschieden.

Am 29. Juni 2011 errichtete der Stadtrat von Luzern als damalige Vormundschaftsbehörde eine Beistandschaft für A._____. Ab 2011 fanden mehrere schulpsychologische und kinderpsychiatrische Abklärungen statt. Im Jahr 2016 soll der Vater ohne Angabe einer Adresse fortgezogen sein, gemäss Vermutung der Mutter nach Kanada. Ab 2017 entzog sich der mittlerweile 13-jährige A._____ zusehends erzieherischer Einflussnahme. Es kam zu Polizeieinsätzen, akutpsychiatrischen Kriseninterventionen, einem stationären Aufenthalt zur Abklärung, verschiedenen Unterbringungen in Pflegefamilien und einem längeren Aufenthalt im Schul- und Erziehungsheim D._____. A._____ wurde überall wegen eines "aggressiven und destruktiven Verhaltens" (u.a. Bedrohung eines Mitschülers mit einem Beil, offenes Feuer in einer Holzhütte, diverse Sachbeschädigungen) als untragbar empfunden. Die jugendforensische Abteilung der Psychiatrischen Kliniken Basel erstatteten im Juli 2019 in stationärem Setting ein ausführliches Gutachten. Dieses stellte eine "Störung des Sozialverhaltens bei fehlenden sozialen Bindungen" fest, eine "hochgradige Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentwicklung" bei "stark beeinträchtigter Impulskontrolle". Die Gutachter empfahlen unbedingt struk-

turelle, therapeutische und allenfalls medikamentöse Massnahmen, vorzugsweise eine stationäre Sonderschulung mit integrierter psychotherapeutischer Versorgung - so weit im Wesentlichen aus den Akten der Vormundschafts-/Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Luzern (im Folgenden: KESB) die act. 8 und act. 25 passim, besonders S. 75 ff.

Die Mutter zog am 1. Juli 2019 nach Winterthur, und am 1. April 2020 übernahm die KESB Winterthur / Andelfingen die Führung der für A. _____ bestehenden Kinderschutz-Massnahme. Aktueller Beistand ist E. _____ vom Kinder- und Jugendhilfezentrum Winterthur. Der Entscheid der KESB vom 6. November 2020 referiert im Einzelnen die weiteren Ereignisse, darunter die (gescheiterten) Versuche zur Unterbringung A. _____s und dessen zahlreiche Straftaten in den Kantonen Bern und Zürich. Da das für den heutigen Entscheid nur von beschränkter Bedeutung ist, wird vorerst ohne detaillierte Wiedergabe darauf verwiesen (BR-act. 2).

1.2 Anfangs Mai 2020 war A. _____ bei der Institution "F. _____" auf einer Alp im ... untergebracht. Als er einen Sachschaden von Fr. 50'000.-- angerichtet und eine Person mit einem Messer bedroht hatte, musste er die Institution verlassen und wurde zur Fürsorgerischen Unterbringung in die Psychiatrische Klinik Basel gebracht. Am 12. Mai 2020 entschied das fallführende Mitglied der KESB, für das weitere Verfahren betreffend die Fürsorgerische Unterbringung und die Suche nach einem geeigneten Platz für A. _____ für diesen einen Verfahrensvertreter zu bestellen. Sie ernannte dafür Rechtsanwalt X2. _____. In der Folge wurde die Fürsorgerische Unterbringung aufgehoben und A. _____ vorübergehend bei seiner Mutter untergebracht. Am 29. Mai 2020 wurde auf A. _____s Wunsch Rechtsanwalt X1. _____ als neuer Verfahrensvertreter bestellt.

Weil sich die zuständige Jugendanwaltschaft immer wieder mit ihm zu befassen gehabt und zu befassen hatte, kam die KESB zur Auffassung, die Frage der Unterbringung A. _____s falle in die Zuständigkeit der Strafbehörden. Die beiden Stellen konnten sich darüber allerdings nicht einigen.

Am 2. November 2020 informierte die KESB den Leitenden Jugendanwalt, Rechtsanwalt X1. _____ habe die Behörde aufs Übelste beschimpft, ihr die Schuld am Tod von drei Menschen vorgeworfen, habe erklärt, das wäre bei Einsetzung eines Kindesverfahrensvertreters nicht passiert, und "Ihre einzige Sorge ist, Ende Jahr mit Ihrer KESB finanziell schlank dazustehen" (KESB-act. 450, zweites Blatt).

Am 3. November 2020 informierte die Jugendanwaltschaft ihrerseits die KESB über ein neues Strafverfahren. A. _____ werde beschuldigt, einem 12-jährigen Mädchen mit einer Weinflasche ernsthafte Verletzungen im Kopfbereich zugefügt zu haben. Die Jugendanwaltschaft erklärte sich bereit, für die Dauer der bereits in die Wege geleiteten stationären Begutachtung die Verantwortung für die nötigen Schutzmassnahmen für den Beschuldigten zu übernehmen. Anschliessend werde aber zu entscheiden sein, welche Stelle die empfohlenen Massnahmen umzusetzen habe. Die Jugendanwaltschaft empfahl, die bestehenden Massnahmen weiter zu führen, insbesondere den Entzug der mütterlichen Obhut (KESB-act. 454).

Am 6. November 2020 erwog die KESB, weil A. _____ nun stationär begutachtet werde, sei für die Behörde die Frage nach seiner weiteren Betreuung/Unterbringung gegenstandslos geworden. Sie entschied:

- "1. Das Verfahren Überprüfung der Kindesschutzmassnahmen hinsichtlich des Unterbringungsortes von A. _____ wird wegen Gegenstandslosigkeit abgeschrieben (Art. 242 ZPO).
2. Der Kindesverfahrensvertreter, Rechtsanwalt lic. iur. X1. _____, Saland, wird für seine Aufwendungen im vorliegenden Verfahren mit CHF 5'000 zuzüglich MwSt entschädigt.
3. Das Akteneinsichtsgesuch vom 28. Oktober 2020 wird abgewiesen."

Kosten wurden nicht erhoben (KESB-act. 459 = BR-act. 2). Der Entscheid soll gemäss Mitteilungssatz (Dispositiv Ziff. 6) A. _____ an seinem damaligen Aufenthaltsort in der Jugendabteilung des Gefängnisses Limmattal und seinem Verfahrensvertreter zugestellt worden sein; Belege dazu finden sich in den Akten der KESB nicht. Am Montag 9. November 2020 datiert immerhin ein Mail von Rechts-

anwalt X1._____ an die KESB, in welchem er den "heute" erhaltenen Entscheid kritisiert, weil dieser zwar wie üblich Seitenzahlen, aber bei der Schilderung des Sachverhalts keine Randziffern enthielt (KESB-act. 466).

1.3 Mit vom 19. November 2020 datierten Schreiben (BR-act. 1, Postaufgabe unklar, vom Bezirksrat nicht vermerkt) focht Rechtsanwalt X1._____ den Beschluss der KESB vom 6. November 2020 im Namen von A._____ beim Bezirksrat an. Er beantragte:

(prozessual)

"1. Der BF verlangt Akteneinsicht in das Dossier der KESB.

2. evtl., soweit die prov. Strukturierung des Sachverhalts durch den BF nicht akzeptiert wird, sei der Entscheid zur Erstellung einer zitierfähigen Struktur des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen."

(in der Sache)

"1. Der Entscheid der KESB Winterthur (Ziff. 1), das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, sei aufzuheben.

2. Der Kindesverfahrensvertreter sei für seinen Aufwand in der Zeit vom 27. Mai bis 14. Sept. 20 mit Fr. 17'215.-- zzgl. Spesen/MwSt zu entschädigen.

3. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege/Beistand zu gewähren.

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

Die KESB nahm zur Beschwerde am 21. Dezember 2020 ausführlich Stellung (BR-act. 7), was wiederum der Vertreter A._____s kommentierte (BR-act. 14). Auch A._____ selbst äusserte sich (BR-act. 15). Am 26. Februar 2021 entschied die KESB, offenbar als Reaktion auf den entsprechenden Antrag von Rechtsanwalt X1._____, diesem keine (weitere) Akteneinsicht zu gestatten (BR-act. 20). Im Dossier des Bezirkrates folgen dann belanglose formelle Papiere (BR-act. 21 ff.). Es fehlen der Entscheid in der Beschwerdesache und irgendwelche Belege dafür, wann ein solcher Entscheid dem Beschwerdeführer zugestellt wurde. Auf seinem Exemplar, welches der Beschwerdeführer als Beilage zur Beschwerde einreicht, hat eine unbekannte Hand, vermutlich die des Anwaltes, vermerkt "Zugestellt 12.2.21" (act. 3/1, letztes Blatt Rückseite).

Dem von A._____s Anwalt der Kammer vorgelegten Entscheid (act. 3/1) ist zu entnehmen, dass der Bezirksrat am 9. Februar 2021 wie folgt entschieden hat:

(Beschluss)

- "I. Auf die Beschwerde gegen Dispositiv-Ziff. 2 des Entscheides der KESB Winterthur-Andelfingen vom 6. November 2020 wird nicht eingetreten.
- II. Der Beschwerdegegnerin wird die unentgeltliche Rechtspflege gewährt.
- III. (Rechtsmittelbelehrung, Mitteilungen)"

(Urteil)

- "I. Die Beschwerde betreffend Dispositiv-Ziff. 1 des Entscheides der KESB Winterthur-Andelfingen vom 6. November 2020 wird abgewiesen.
- II. Die Beschwerde betreffend Dispositiv-Ziff. 3 des Entscheides der KESB Winterthur-Andelfingen vom 6. November 2020 wird gutgeheissen. Die Akten der Vorinstanz (KESB-act. 329-476) werden dem Kindesverfahrensvertreter mit diesem Urteil zugestellt.
- III. Verfahrenskosten werden keine erhoben.

Die Kosten der Kindesverfahrensvertretung in noch unbestimmter Höhe werden der Beschwerdegegnerin auferlegt, infolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege vorerst auf die Staatskasse genommen.

Die Beschwerdegegnerin wird eingeladen innert 10 Tagen ab Zustellung dieses Urteils zur Honorarnote Stellung zu nehmen. Nach Ablauf der Frist wird in einem separaten Beschluss über die Höhe der Kosten entschieden.

IV/V (Rechtsmittelbelehrung, Mitteilungen)"

Der Bezirksrat übersandte der Kammer auf deren Wunsch ein Exemplar des Entscheides: act. 7.

1.4 Mit Eingabe vom 15. März 2021 führt Rechtsanwalt X1._____ im Namen A._____s Beschwerde (act. 2). Er formuliert folgende Anträge:

(prozessual)

- "1. Als Beschwerdegegnerin sei im Rubrum wiederum die KESB resp. der Staat aufzuführen.

2. Dem Beschwerdeführer sei Akteneinsicht in sein Dossier bei der KESB (ab act. 476) zu gewähren."

(in der Sache)

- "1. Die Abweisung des Beschwerdeantrags 1 (Aufhebung der Abschreibung infolge Gegenstandslosigkeit) bzw. die Gutheissung der Verfahrensabschreibung sei aufzuheben (gemäss Ziff. I, S. 17).
2. Die Vorinstanz sei zu verpflichten, auf Beschwerdeantrag 2 betr. "Entschädigung" einzutreten und darüber zu entscheiden (Ziff. I, Seite 16) - evtl. sei die Pauschalentschädigung der KESB (Ziff. 2, Entscheid KEB 6.11.2020) von der Vorinstanz aufzuheben und zur Erstellung einer Entschädigung gemäss eingereichtem Zeitaufwand an die KESB zurückzuweisen.
3. Dem Beschwerdeführer sei für das vorliegende Beschwerdeverfahren die unentgeltliche Rechtspflege / Beistand zu gewähren.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen."

2. Die Beschwerde ist zulässig, sie enthält Anträge und eine Begründung. Ob sie innert der gesetzlichen Frist eingereicht wurde, lässt sich nicht sicher feststellen, weil der Bezirksrat dazu keine Unterlagen ins Dossier gelegt hat. Sie ist jedenfalls nicht offensichtlich verspätet (wenn Rechtsanwalt X1. _____ den Entscheid am Freitag 12. Februar 2021 erhalten hat, war die Postaufgabe der Beschwerde am Montag 15. März 2021 rechtzeitig), und es ist daher auf Weiterungen zu verzichten - mit der ernsthaften Aufforderung an den Bezirksrat und die KESB, künftig bei weiterziehbaren Entscheiden ihren Dossiers Belege über die Zustellung an die zum Weiterzug Legitimierten beizufügen.

Unter diesen Aspekten ist auf die Beschwerde einzutreten.

Das Verfahren der Beschwerde im Kindes- und Erwachsenenschutz ist rudimentär vom Bundesgesetzgeber geregelt (Art. 450 ff. ZGB) und im Übrigen den Kantonen vorbehalten (Art. 450f ZGB). Der Kanton Zürich hat im Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gewisse Bestimmungen aufgestellt (§§ 40 ff. EG KESR) und verweist subsidiär auf die schweizerische Zivilprozessordnung (§ 40 Abs. 3 EG KESR). Für das heutige Verfahren wesentlich sind die §§ 66 Abs. 1 und 68 Abs. 1 EG KESR: Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs lässt die Beschwerdeinstanz private Beteiligte zur Beschwerde Stellung nehmen.

Das ist nicht erforderlich, wenn sich die Beschwerde als offensichtlich unzulässig oder unberechtigt erweist. Falls sie es für erforderlich erachtet, kann die Beschwerdeinstanz von der Vorinstanz oder den Vorinstanzen eine Vernehmlassung verlangen. Das zweite ist hier nicht nötig. Die Mutter A.____s als (bestrittene) "Beschwerdegegnerin" hat sich am Verfahren bisher nicht beteiligt. Sie hat keine eigene Beschwerde geführt. Wie der Entscheid des Obergerichts sie in eigenen Rechten oder Pflichten betreffen könnte, ist nicht zu sehen - sie hat ein Interesse daran, dass sie die ihr auferlegten Kosten der Verfahrensvertretung einstweilen nicht zahlen muss - das ist aber gar nicht angefochten, und das Obergericht darf daran nichts ändern, auch wenn es das als unrichtig ansähe. Die massgeblichen Verhältnisse sind zudem aus den Akten ausreichend ersichtlich (Art. 446 Abs. 1 ZGB).

Die Sache ist demnach ohne Weiterungen spruchreif.

3.1 Der Beschwerdeführer will, dass im Rubrum (im "Roten": das ist die Angabe der Parteien eines Prozesses, was zu Pergament-Zeiten rot geschrieben wurde) als Beschwerdegegnerin statt der Mutter A.____s die KESB oder der Staat aufgeführt werde. Seine Mutter habe keine Anordnung getroffen und sich am Verfahren nicht beteiligt (act. 2 S. 3).

Wie das Rubrum gestaltet wird, ist eine reine Frage der Zweckmässigkeit und beeinflusst Rechte und Pflichten der Beteiligten nicht. Die Kammer hat schon vor vielen Jahren entschieden, Vorinstanzen nicht als Gegenparteien der ein Rechtsmittel führenden Partei zu bezeichnen. Gegenparteien haben in aller Regel ein Interesse an der Sache. Bei einer Verwaltungs- oder Gerichtsbehörde darf das nicht der Fall sein, sonst müssten ihre Mitglieder in den Ausstand treten (§ 5a VRG, Art. 47 ZPO). Auch wenn es etwa um das Honorar eines Anwaltes als unentgeltlicher Vertreter geht, hat die Vorinstanz kein eigenes Interesse an der Sache. Obwohl die Kammer die Vorinstanz im Rubrum nicht aufführt, wird dem obsiegenden Anwalt für das Honorar-Verfahren gegebenenfalls eine Entschädigung aus der Staatskasse zugesprochen.

Die Aufnahme einer Person ins Rubrum bedeutet in der Regel, dass sie die gerichtlichen Mitteilungen und Entscheide erhält. Wenn eine Partei der Meinung ist, das dürfe nicht geschehen, kann (und muss) sie das begründet geltend machen. Mit der Gestaltung des Rubrums hat es direkt nichts zu tun. Im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht kommt die Besonderheit hinzu, dass mitunter Personen direkt in ihren Rechten und Pflichten betroffen sind, obwohl sie nicht Partei sind. Dann drängt es sich auf, die Personen ins Rubrum zu nehmen. Typisch ist die Beschwerde einer im Sinne von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB "nahe stehenden" Person gegen die (Nicht-)Anordnung einer Schutzmassnahme. Eine solche Beschwerde muss sich durchaus nicht gegen die direkt betroffene Person resp. gegen deren Interessen und Absichten richten. Dann ist ihre Bezeichnung als "Beschwerdegegnerin" irreführend. Wenn sie selber nicht aktiv geworden ist, passt auch "(zweite) Beschwerdeführerin" nicht. Die Kammer hat darum für diese Fälle die Bezeichnung der "verfahrensbeteiligten Person" eingeführt. Auch das ändert allerdings weder an prozessualen noch an materiellen Rechten und Pflichten etwas.

Der Beschwerdeführer A._____ hat darum kein rechtlich geschütztes Interesse (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO) daran, dass die Kammer die KESB oder den Staat als Beschwerdegegner bezeichnet - auch wenn er oder sein Anwalt die KESB als "Feind" betrachten mögen (vgl. dazu vorstehend E. 2.1 auf S. 4 oben). Warum der Beschwerdeführer die Mutter A._____s als Beschwerdegegnerin in sein Verfahren aufnahm, erschliesst sich nicht. Das zitierte Aktenstück BR-act. 17 ist die Zusammenstellung der Bemühungen des Vertreters und sagt sonst nichts aus. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege formulierte der Vertreter klarerweise einzig für A._____ selbst. Dass die Kosten der Verfahrensvertretung des Kindes von den Eltern zu tragen sind, trifft zu, wenn diese die Verfahrenskosten zu tragen haben (Art. 95 und 106f. ZPO). Wenn sie am Verfahren gar nicht beteiligt sind, folgt die Pflicht zur Kostentragung allenfalls aus der materiell-rechtlichen Pflicht der Sorge für das Kind.

Zusammengefasst ist auf diesen Antrag A._____s nicht einzutreten. Erforderte das Verfahren Weiterungen, wäre es angezeigt, die Mutter im Rubrum als

"Verfahrensbeteiligte" zu bezeichnen. Da heute entschieden werden kann, ist die vom Bezirksrat gewählte Bezeichnung der Einfachheit halber stehen zu lassen.

3.2 Der Anwalt A. _____s hatte am 28. Oktober 2020 von der KESB Einsicht in deren Akten verlangt (KESB-act. 442/1). Die KESB wies diesen Antrag am 6. November 2020 ab (BR-act. 2). Das wurde beim Bezirksrat angefochten (BR-act. 1 S. 2); dieser hiess die Beschwerde gut und stellte dem Vertreter A. _____s direkt die Akten der KESB zu, so weit sie ihm von der Behörde übermittelt worden waren, das heisst bis und mit der Aktennummer 476.

Am 17. Februar 2021 stellte Rechtsanwalt X1. _____ bei der KESB einen erneuten Antrag um Akteneinsicht. Diesen Brief erwähnt die KESB in ihrem Entscheid vom 26. Februar 2021, doch findet er sich merkwürdigerweise im Dossier der KESB nicht, obgleich dieses Papiere bis und mit dem 22. März 2021 enthält (drittes blaues Faszikel, mit Vermerk "477 - 496"). Die KESB wies diesen unbekanntan Antrag ab (act. 3/2). Der Merkwürdigkeit des Verfahrens wird separat aufsichtsrechtlich nachzugehen sein. Für den heutigen Entscheid spielt sie keine Rolle:

Es erscheint ziemlich merkwürdig, dass die KESB einem Anwalt und Verfahrensvertreter, den sie zwar entlassen will, was allerdings noch nicht rechtskräftig ist, keine Akteneinsicht gewährt. Der Schutz des Opfers rechtfertigt die Verweigerung nicht. Im Zivilprozess, im Verwaltungsverfahren und speziell für das Verfahren der Schutzrechte gibt es gesetzliche Vorschriften (Art. 53 Abs. 2 ZPO und § 9 VRG, Art. 449b insbesondere Abs. 2 ZGB) und eine dazu entwickelte Praxis, wie die Akteneinsicht und das rechtliche Gehör bei Interessenkonflikten zu handhaben sind: die Verweigerung jeder Aktensicht gehört nicht dazu - im Übrigen hat die KESB die Aktenstücke alle anonymisiert, welche auf die Identität des verletzten Mädchens schliessen liessen. Für die Beurteilung dieses Entscheides ist das Obergericht allerdings jedenfalls direkt nicht zuständig (§ 63 Abs. 1 EG KESR); richtig hat die KESB denn auch als Rechtsmittel die Beschwerde an den Bezirksrat angegeben (act. 3/2 S. 3 unten Disp. Ziff. 3). - Hingegen sind diese Papiere nun Bestandteil des Beschwerde-Dossiers der Kammer - und für diese besteht unabhängig vom Entscheid der KESB die selbstverständliche Pflicht, den Parteien

Einsicht in ihr Dossier zu geben (Art. 53 Abs. 2 ZPO). Die verlangten Unterlagen wurden dem Anwalt des Beschwerdeführers daher zur Einsicht zugestellt (act. 15), und damit ist dessen prozessualementer Antrag entsprochen.

4.1 Am 16. September 2020 wandte sich Rechtsanwalt X1._____ an die KESB und ersuchte diese um eine Teilzahlung für seinen Aufwand in der Zeit vom 27. Mai 2020 bis zum 14. September 2020. Ohne Mehrwertsteuer beanspruchte er eine Vergütung von Fr. 17'215.-- (KESB-act. 402). Mit dem Entscheid vom 6. November 2020 sprach ihm die KESB Fr. 5'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer zu. Mit dem heute angefochtenen Entscheid trat der Bezirksrat auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht ein, mit der Begründung, das Rechtsmittel sei im Namen des Kindes erhoben worden, und dieses sei weder legitimiert noch habe es rechtlich geschütztes Interesse daran, die Höhe des Vertreter-Honorars anzufechten (act. 3/1 S. 16 unten und S. 3).

Mit der Beschwerde wird verlangt, dass der Bezirksrat angehalten werde, auch über das streitige Honorar zu entscheiden. Richtig sei, dass der Entscheid über die Entschädigung eines unentgeltlichen Vertreters oder Kindesbeistandes auf dessen eigene Beschwerde hin überprüft werden könne. Das gelte aber nicht und wäre unökonomisch, wenn die Entschädigung mit dem und im Entscheid über die Sache festgesetzt werde. Es gebe eine ständige Praxis auf kantonaler und auf Bundes-Ebene, dass die Anfechtung in der Sache auch zur Anfechtung der Entschädigung legitimiere. Die KESB habe zudem eine falsche Rechtsmittelbelehrung gegeben, indem sie nur auf eine, und nicht auf zwei Beschwerden hingewiesen habe. Das Kind sei an einem kostendeckenden Honorar seines Vertreters im Übrigen auch darum interessiert, weil sich keine Vertreter mehr fänden, wenn es für die professionelle Vertretung keine ausreichende Vergütung gebe. Endlich wird geltend gemacht, dass die vom Vertreter verlangten Fr. 17'215.-- für den betreffenden Zeitraum von rund dreieinhalb Monaten nicht übersetzt und angemessen seien (act. 2 S. 7 ff.).

Dieser Antrag und diese Argumente werden auch dem Obergericht namens A._____s vorgetragen (act. 2 S. 1). Das Obergericht muss also wie der Bezirksrat

vorweg entscheiden, ob das vertretene Kind sich für das Honorar seines Vertreters wehren kann.

Eine ständige Praxis auf kantonaler und auf Bundes-Ebene, dass die Anfechtung in der Sache auch zur Anfechtung der Entschädigung legitimiere (wobei zu ergänzen ist: auch und insbesondere, wenn es um das Honorar eines unentgeltlichen Vertreters oder Kindesbeistandes geht), ist der Kammer nicht bekannt, und die Beschwerde gibt dazu auch keine Belege an. Vermutlich ist es ein Missverständnis: der Kostenentscheid eines Urteils ist auch dann mit Beschwerde anfechtbar, wenn die Sache der Berufung unterliegt (Art. 110 ZPO). Das Gesetz spricht aber von der *selbständigen* Anfechtung und macht damit klar, dass auch der Kostenentscheid zusammen mit der Sache angefochten werden kann (und allenfalls angefochten werden muss). Das geht aber von der stillschweigenden Voraussetzung aus, die vom Kostenspruch Betroffenen seien auch die an der Sache Beteiligten (Art. 105 - 107 ZPO).

Wie die Beschwerde an anderer Stelle einräumt, ist es ständige Praxis, die Legitimation zum Anfechten eines zu tiefen Honorars beim unentgeltlichen Vertreter oder Kindesbeistand nur diesem zuzugestehen (so schon das kantonale Recht: Frank/Sträuli/Messer, ZPO, N. 11 zu §§ 89/90 ZPO/ZH; für das neue Recht nur beispielhaft BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, N. 8 zu Art. 122 ZPO, BK ZPO-Bühler N. 46 f. zu Art. 122 ZPO, mit zahlreichen Hinweisen auf Literatur und Gerichtspraxis). Die vertretene Person selber kann einzig rügen, das festgesetzte Honorar sei übersetzt (weil sie es unter den Voraussetzungen von Art. 123 ZPO eventuell dem Staat zurückzahlen muss). Das theoretische Interesse des Vertretenen an einer allgemein ausreichenden Honorierung unentgeltlicher Vertreter, weil sich sonst keine solchen mehr finden liessen, stellt kein rechtlich geschütztes Interesse im Sinne von Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO dar. Das Argument ist im Übrigen auch von der Sache her nicht stichhaltig; nach der Erfahrung der Kammer sind genügend gut qualifizierte Anwältinnen und Anwälte bereit, unentgeltliche Mandate zu übernehmen.

Der Vorwurf der Beschwerde, die KESB habe eine unrichtige oder treuwidrig irreführende Rechtsmittelbelehrung angegeben, ist nicht berechtigt. Der Vertreter

A._____s wusste nach eigener Darstellung sehr wohl, wie die Festsetzung seines Honorars anzufechten war - und wenn er es nicht gewusst haben sollte, hätte er es wissen können und wissen müssen. Die Formulierung "eine schriftliche und begründete Beschwerde..." war vernünftigerweise nicht missverständlich - sie konnte nicht so verstanden werden, die KESB meine, entgegen aller Praxis könne ihr Entscheid nur mit *einer* Beschwerde (und zudem: nur von *einer* Person) beim Bezirksrat angefochten werden: die KESB sagte mit einer tausendfach verwendeten Formulierung, dass ihr Entscheid mit Beschwerde anfechtbar sei - und das war richtig.

Der Bezirksrat ist daher zu Recht auf die Beschwerde des *Kindes* gegen das dem *Vertreter* zugesprochene Honorar nicht eingetreten. Und auf die auch in diesem Punkt im Namen des Kindes bei der Kammer dagegen erhobene Beschwerde kann nicht eingetreten werden.

Das Honorar von Rechtsanwalt X1._____ kann und muss unter diesen Umständen nicht im Einzelnen überprüft werden. Lediglich der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass ihm die KESB einen Ansatz von Fr. 220.-- zugesagt hat (KESB-act. 219), was ohne irgend eine Begrenzung wohl etwas unvorsichtig war. Daran ist sie bis zu einem Widerruf gebunden. Gleichwohl steht es dem Vertreter nicht völlig frei, wie viel Zeit er für ein Mandat aufwenden will. Er hat Anspruch auf Ersatz (nur) der *notwendigen* Bemühungen - und wenn die KESB in ihrem Entscheid darauf hinwies, der Vorgänger von Rechtsanwalt X1._____ als Kindesvertreter habe für das Einarbeiten in die Sache nur einen Bruchteil der Zeit aufgewendet wie jener, ist das vom Prinzip her eine durchaus valable Überlegung. Es kommt hinzu, dass auch im direkten Auftrag tätige Anwältinnen und Anwälte regelmässig überlegen müssen, welchen Aufwand sie ihren Klienten zumuten können. Bei Sachen von begrenzter Tragweite ist das selbstverständlich. Aber die Selbstzahlerin verlangt eine effiziente Mandatsführung auch bei gewichtigen Dingen. So ist es feste Praxis, dass den Wirtschaftskanzleien grosse Mandate zur Offertstellung unterbreitet und dann, allenfalls nach einer Agebots-Runde, zu einem Pauschalhonorar vergeben werden. Selbstredend lässt sich die kindeschutzrechtliche Platzierung eines Jugendlichen nicht direkt mit einer Fusion von

Gesellschaften oder mit etwas anderem Vermögensrechtlichen vergleichen. Auch in einer solchen Sache hat der Anwalt das Mandat aber effizient zu führen. Wenn seine Aufwendungen deutlich darüber hinaus gehen, was eine Selbstzahlerin vernünftigerweise aufzuwenden bereit wäre, ist eine Reduktion der zu entschädigenden Stunden angezeigt.

4.2 Mit ihrem Entscheid vom 6. November 2020 entschied die KESB, ihre Bemühungen um eine geeignete Unterbringung von A. _____ einzustellen und das Verfahren abzuschreiben. Sie begründete das damit, dass das Verfahren sehr aufwändig und schwierig sei, was massgeblich daran liege, dass sie und der Vertreter ganz unterschiedlicher Auffassung seien, welche Art und Form der Unterbringung und Betreuung für A. _____ richtig sei. Seine Haltung habe zu unnötigen und zeitintensiven Gesprächen geführt, und sein Misstrauen gegenüber jeglicher wie er es empfinde staatlicher "Gewalt" habe ihn dazu geführt, sich nötigen Abklärungen zu widersetzen und A. _____ entsprechend negativ zu beeinflussen. Er wolle A. _____ und dessen Mutter nicht nur als Verfahrensvertreter, sondern auch als Familiencoach, als Jugendcoach und als Lehrer unterstützen. Neuestens sei nun ein weiterer gravierender Vorfall passiert, die Jugendanwaltschaft werde A. _____ stationär begutachten lassen, und damit seien ihre (der KESB) Bemühungen gegenstandslos (BR-act. 2 E. 2.2 S. 12 f.). Der Bezirksrat bestätigte den Entscheid der KESB. Während der Dauer der stationären Begutachtung habe A. _____ einen "gesicherten Aufenthalt" und bedürfe keiner anderen Unterkunft und Betreuung. Eine Abschreibung und eine Sistierung sei im Wesentlichen das Gleiche: die KESB werde einstweilen nicht mehr tätig. Nach Vorliegen des Gutachtens werde die KESB zu beurteilen haben, ob sie ihre Bemühungen wieder aufnehmen müsse. Gemäss den "Richtlinien Zusammenarbeit" zwischen KESB und Jugendanwaltschaft liege ein Fall der Zuständigkeit der letzteren vor, da die von A. _____ dem Mädchen zugefügten Verletzungen im Gesicht schwer seien (act. 3/1 E. 6 S. 10 ff.).

Der Beschwerdeführer ist damit nicht einverstanden. Die Zuständigkeit und Verantwortlichkeit für Platzierung und Betreuung A. _____s liege seit der Übernahme der Beistandschaft von den Luzerner Behörden primär bei der KESB. Die

Jugend-anwaltschaft habe zwar ohne Präjudiz für die Dauer der Begutachtung die entsprechende Aufgabe übernommen. Wie sich das Strafverfahren weiter entwickle, sei aber offen, und darum sei es nicht angezeigt, dass die KESB ihr Verfahren abschreibe. Dieses Abschreiben habe denn auch vor allem den Zweck, den ungeliebten Verfahrensvertreter loszuwerden (act. 2 S. 4 ff.).

Das Letztere wäre ein sachfremdes Element. Wenn man die vorstehend referierte Begründung der KESB unbefangen liest, liegt zwar der Gedanke nicht fern, mit dem Abschreiben des Verfahrens solle in erster Linie der kritisierte Verfahrensvertreter abgesetzt werden. Falls die Vorwürfe der KESB zutreffen, wäre eine Entbindung des Rechtsanwalts X1. _____ von seinem Mandat zwar denkbar - aber nur mit einer Entscheidung, welche den Entzug des Mandates offen nennt, die Gründe einzeln aufführt und auch in Auseinandersetzung mit diesen Gründen angefochten werden kann. Darauf kommt es freilich heute nicht an:

Grundlage der Diskussion ist zunächst die für A. _____ bestehende und in der Verantwortung der KESB geführte Beistandschaft, in deren Rahmen die Platzierung und Betreuung des Jugendlichen zu regeln ist. Das ist unbestritten. Eine Zuständigkeits-Konkurrenz kann entstehen, wenn sich die Organe des Jugendstrafrechts ebenfalls mit einem Jugendlichen befassen, und in diesem Fall verpflichtet das Bundesrecht die Kantone zur Koordination (allgemein Art. 317 ZGB und detailliert Art. 20 JStG SR 311.1).

Die Oberjugend-anwaltschaft und die KESB haben in Erfüllung dieses bundesrechtlichen Auftrages mit Empfehlungen zur Zusammenarbeit zwischen den Jugend-anwaltschaften und den KESB vom 22. Dezember 2015 vereinbart, dass die Jugend-anwaltschaft insbesondere dann die Fallführung übernimmt, wenn eine schwere Straftat vorliegt (insbesondere eine Straftat nach Art. 25 Abs. 2 JStG) oder wenn ein hohes Rückfallrisiko für Verbrechen und Vergehen besteht ("Empfehlungen" Ziff. 7.5). Die Fallübergabe erfolgt nach vorgängiger Absprache mit einem schriftlichen, begründeten Antrag und wird von der übernehmenden Stelle bestätigt (Ziff. 7.6). Bei Uneinigkeit sollen sich die Beteiligten wenn möglich auf dem Weg eines informellen Meinungsaustausches einigen. Ist das nicht möglich, entscheiden die Aufsichtsbehörden Oberjugend-anwaltschaft und Gemeindeamt

(Ziff. 8.1 und 8.2). Diese Richtlinien haben weder formell noch materiell Gesetzesstufe, und sie sind für das Obergericht nicht direkt bindend. Allerdings geht dieses nicht ohne Not von dieser sinnvollen Regelung ab, welche die beteiligten Stellen einvernehmlich getroffen haben.

Der Bezirksrat verweist in seiner Begründung insbesondere auf Art. 25 Abs. 2 JStG:

"Der Jugendliche, der zur Zeit der Tat das 16. Altersjahr vollendet hat, wird mit Freiheitsentzug bis zu vier Jahren bestraft, wenn er:

- a. ein Verbrechen begangen hat, das nach dem für Erwachsene anwendbaren Recht mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bedroht ist;
- b. eine Tat nach den Artikeln 122, 140 Ziffer 3 oder Artikel 184 StGB begangen und dabei besonders skrupellos gehandelt hat, namentlich wenn der Beweggrund des Jugendlichen, der Zweck der Tat oder die Art ihrer Ausführung eine besonders verwerfliche Gesinnung offenbaren."

Offenbar geht er davon aus, A._____ drohe ein langer Freiheitsentzug, und darum werde eine Unterbringung durch die KESB bis auf Weiteres weder nötig noch möglich sein. Da ist zunächst darauf hinzuweisen, dass A._____ zur Zeit des fraglichen Vorfalles (gerade) noch nicht 16 Jahre alt war. Die direkte Anwendung von Art. 25 Abs. 2 JStG mit einem Freiheitsentzug von bis zu vier Jahren scheidet also von vorneherein aus. Zudem ist höchst fraglich, ob dem zur Zeit des Vorfalles offenbar betrunkenen A._____ eine "besondere Skrupellosigkeit" vorzuwerfen ist, und eine Tat im Sinne von lit. a (nach dem Erwachsenenstrafrecht mit *nicht unter* drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht, also etwa vollendete vorsätzliche Tötung, qualifizierter Raub und qualifizierte sexuelle Nötigung, Völkermord) ist nicht zu erkennen. Zu diskutieren ist allenfalls Abs. 1 der Bestimmung:

"Der Jugendliche, der nach Vollendung des 15. Altersjahres ein Verbrechen oder ein Vergehen begangen hat, kann mit Freiheitsentzug von einem Tag bis zu einem Jahr bestraft werden."

Dazu lässt sich einstweilen wenig Sinnvolles feststellen. Es ist zwar bekannt, dass ein 12-jähriges Mädchen von der Hand A._____s mit einer Flasche im Gesicht verletzt wurde. Ob das objektiv eine schwere Körperverletzung war (Art. 122 und 125 StGB), steht im gegenwärtigen Zeitpunkt dahin, ebenso die entscheidenden Fragen nach allfälligen Schuldausschlussgründen, nach Fahrlässigkeit oder Vorsatz, gegebenenfalls nach der Schwere des Verschuldens. Gewiss liegt

ein Freiheitsentzug im Bereich des Möglichen, sicher ist das aber keineswegs, und die Dauer eines solchen Freiheitsentzugs ist ebenfalls völlig offen. Entsprechend erklärte sich die zuständige Jugendanwältin (nur) "vorübergehend" bereit, die Verantwortung für jugendstrafrechtliche Schutzmassnahmen zu übernehmen (act. 3/3).

Die zitierten "Empfehlungen" lassen einen Spielraum für die Zuständigkeit von KESB resp. Jugendanwaltschaft. Die Subsumtion des neuesten Vorfalles unter strafrechtlichen Gesichtspunkten ist daher nicht unbedingt entscheidend. Eindeutig geregelt ist aber das Verfahren, wenn sich KESB und Jugendanwaltschaft über die Zuständigkeit nicht einig sind. Es soll zuerst ein informeller Meinungsaustausch mit dem Ziel einer Einigung erfolgen, und wenn das nicht zum Ziel führt, entscheiden die Aufsichtsbehörden (Oberjugendanwaltschaft und Gemeindeamt). Ob der Schriftenwechsel unter den Instanzen in diesem Fall die Qualität eines informellen Meinungsaustausches mit dem Ziel einer Einigung hatte, ist zweifelhaft, denn die KESB scheint eine Fortführung ihres Verfahrens nicht ernstlich in Betracht gezogen zu haben, was zu einem loyalen Verhandeln gehörte. Vor allem aber hat die KESB nicht die Aufsichtsbehörden involviert, sondern einseitig und eigenmächtig ihr Verfahren eingestellt - in der erklärten Meinung, die Jugendanwaltschaft werde dann schon das Nötige tun. Das ist nicht die konstruktive Zusammenarbeit, welche in diesem durchaus schwierigen Fall angezeigt wäre, und es verletzt klar die "Empfehlungen".

Die Kammer könnte die Sache von Amtes wegen den Aufsichtsbehörden vorlegen. Das scheint mindestens zur Zeit nicht erforderlich, weil sich die Jugendanwaltschaft bereit erklärt hat, einstweilen die Verantwortung zu übernehmen (act. 3/3). Sobald das Strafverfahren Näheres ergeben hat und einigermaßen absehbar sein wird, was mit A._____ in näherer und mittlerer Zukunft geschieht, muss aber der Entscheid über die Zuständigkeit getroffen werden. Von da her drängt sich eine Sistierung des KESB-Verfahrens auf.

Der Bezirksrat hat zwar insofern Recht, als "sistieren" und "abschreiben unter dem Vorbehalt der Wiederaufnahme" fürs Erste das Gleiche bedeuten: dass die KESB einstweilen keine weiteren eigenen Bemühungen zur Platzierung und

Betreuung von A._____ unternimmt. Mit ihrem einseitigen Entscheid, der im Widerspruch zu den "Empfehlungen" steht, schafft sie aber doch in gewissem Sinn Fakten und drängt die Jugendanwaltschaft in eine Position, aus der diese positiv eine (wieder auflebende) Zuständigkeit der KESB zu begründen hat. Daher ist es angezeigt, dem Antrag der Jugendanwaltschaft, welchem sich die Beschwerde anschliesst, zu folgen und das Verfahren der KESB lediglich einstweilen zu sistieren, bis die Begutachtung abgeschlossen ist.

Rechtsanwalt X1._____ weist mit der Rücksendung der ihm zur Einsicht zugestellten Akten auf seinen Eindruck hin, die KESB wolle alle Kinderschutzmassnahmen für A._____ aufheben, also insbesondere die bestehende Beistandschaft und den Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Mutter (act. 16). Das ist nicht Thema des Verfahrens. Die KESB hat ihr Verfahren "betreffend Überprüfung der Kinderschutzmassnahmen *hinsichtlich des Unterbringungsortes* von A._____" abgeschrieben (Hervorhebung im Zitat beigefügt), und das wird heute überprüft. Für weitere Überlegungen besteht weder Anlass noch Raum. Rechtsanwalt X1._____ behauptet nicht, die KESB habe in dem von ihm befürchteten Sinn entschieden, und wenn dem so wäre, ginge der Rechtswittelweg zuerst an den Bezirksrat.

5. Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Beschwerdeführer im zentralen Punkt der Abschreibung des Verfahrens durch die KESB. Die Akteneinsicht wurde ihm gewährt, das Rubrum nicht antragsgemäss geändert, doch sind das nur formelle und im Rahmen des ganzen Verfahrens der Kammer weniger gewichtige Punkte. Bis hierher sind dem Beschwerdeführer daher keine Kosten aufzuerlegen, und sein Antrag um unentgeltliche Rechtspflege wird insoweit gegenstandslos. Die (abzuweisenden) Anträge zum Streit um sein Honorar hat Rechtsanwalt X1._____ zwar formell im Namen von A._____, aber materiell im eigenen Interesse gestellt. Dafür wird er persönlich kostenpflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO analog, Art. 108 ZPO). Die Entscheidgebühr für diesen Teil ist auf Fr. 500.-- festzusetzen.

Für die Frage der Abschreibung/Sistierung des Verfahrens und die formellen Anträge ist Rechtsanwalt X1. _____ für das Verfahren der Kammer antragsgemäss als unentgeltlicher Vertreter des Beschwerdeführers zu bestimmen.

KESB und Bezirksrat haben keine Verfahrenskosten erhoben. Dazu ist heute also nichts zu entscheiden.

Es wird erkannt:

1. Auf die Beschwerde gegen Ziff. I des Beschlusses des Bezirkrates (angefochtener Entscheid S. 16) wird nicht eingetreten.
2. Die Beschwerde gegen Ziff. I des Erkenntnisses des Bezirkrates (angefochtener Entscheid S. 17) wird gutgeheissen, und diese Ziffer wird aufgehoben. Ziff. 1 des Entscheides der KESB vom 6. November 2020 (Abschreibung) wird aufgehoben. Das Verfahren der KESB "Überprüfung der Kinderschutzmassnahme hinsichtlich des Unterbringungsortes von A. _____" wird einstweilen *sistiert*, bis zur Beendigung der Begutachtung.
3. Für die Beurteilung der Beschwerde gegen Ziff. I des Beschlusses des Bezirkrates (angefochtener Entscheid S. 16) wird die Entscheidgebühr auf Fr. 500.-- festgesetzt und Rechtsanwalt X1. _____ persönlich auferlegt. Im Übrigen werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Befreiung von Verfahrenskosten ist gegenstandslos.
5. Für die Beschwerde gegen Ziff. I des Erkenntnisses des Bezirkrates (angefochtener Entscheid S. 17) wird Rechtsanwalt X1. _____ als unentgeltlicher Vertreter des Beschwerdeführers bestellt. Er wird ersucht, der Kammer eine Aufstellung seiner Bemühungen einzureichen, welche seinen gesamten Aufwand und denjenigen für diesen Punkt gesondert ausweist.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an Rechtsanwalt X1. _____ persönlich, an die Beschwerdegegnerin unter Beilage einer Kopie der Be-

schwerdeschrift act. 2, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, 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

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. K. Würsch

versandt am: