

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: NQ120060-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Graf.

Urteil vom 7. Januar 2013

in Sachen

A. _____,

Berufungskläger (neu: Beschwerdeführer)

betreffend **Errichtung Beistandschaft**

Berufung (neu: Beschwerde) gegen einen Beschluss des Bezirksrates Dietikon vom 2. Oktober 2012 i.S. B. _____, geb. tt.mm.1927; VO.2012.77 (Sozialbehörde C. _____)

Erwägungen:

1.1 Am tt. Juni 2009 verstarb der in C._____ wohnhaft gewesene D._____. Er hinterliess als Erben seine Ehefrau B._____, die Tochter E._____ und den Sohn A._____. Testamentarisch hatte er die Bank F._____ als Willensvollstreckerin eingesetzt. Diese legte offenbar im März 2011 den Entwurf für eine Erbteilung vor.

Im Dezember 2011 orientierte E._____ die Vormundschaftsbehörde C._____ darüber, dass ihr Bruder und ihre Mutter den Teilungsvertrag nicht unterschrieben hätten. Gemäss einem beigelegten ärztlichen Zeugnis könnte es die Mutter allerdings gar nicht gültig tun, weil sie danach nicht mehr urteilsfähig ist (VB-act. 3). Die Erbschafts-Liegenschaft soll nach Darstellung der Tochter im Einvernehmen der Erben auf die Witwe und den Sohn übertragen werden, gegen entsprechende Abfindung der Tochter. Das Geschäft konnte bisher nicht abgewickelt werden, weil der zuständige Notar die Unterzeichnung durch die Witwe nicht akzeptierte (VB-act. 6).

Die Vormundschaftsbehörde setzte sich mit A._____ in Verbindung und teilte ihm mit, aus ihrer Sicht sei eine Beistandschaft für seine Mutter nötig. Er wurde aufgefordert, allenfalls geeignete Personen aus dem familiären Umfeld vorzuschlagen. A._____ war damit aber nicht einverstanden.

Auf entsprechende Anfrage der Behörde teilte der Hausarzt von B._____ mit, diese leide an einer schweren Einschränkung der kognitiven Fähigkeiten, sei zeitlich und örtlich desorientiert, ihr Kurzzeitgedächtnis sei deutlich eingeschränkt, sie könne einfache Rechnungen nicht mehr ausführen und auch nicht mehr lesen, da sie das Geschriebene nicht mehr verstehe. Beim letzten Besuch habe sie ihn – den Arzt – nicht mehr erkannt. Sie sei im Pflegeheim auf dauernde intensive Betreuung angewiesen, es sei angezeigt, ihr Vermögen zu verwalten und sie für komplexere Rechtsgeschäfte vertreten zu lassen, zu ihrem Schutz sei eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit angezeigt, die Wirkung einer entsprechenden Massnahme vermöge sie aber nicht mehr zu erfassen (VB-act. 15 in Verbindung

mit VB-act. 9). Anlässlich eines Besuchs durch G._____, Präsidentin der Sozialbehörde, wurde dieser Befund bestätigt (VB-act. 16).

Mit Beschluss vom 27. März 2012 errichtete die Vormundschaftsbehörde für B._____ eine kombinierte Beistandschaft im Sinne der Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB. Tochter und Sohn wurden aufgefordert, Vorschläge für die zu beauftragende Person zu machen (VB-act. 18). Die Tochter schrieb, sie möchte nicht ihren Bruder als Beistand ernannt haben und ersuche um Ernennung einer ausser stehenden Person (VB-act. 20).

1.2 Am 2. April 2012 wandte sich A._____ mit einem Gesuch um Fristerstreckung an den Bezirksrat, welcher ihm sofort mitteilte, das sei nicht möglich, und ihm eine kurze Nachfrist zum begründen einer allfälligen Beschwerde ansetzte (BR-act. 4). Am 10. April 2012 kam A._____ der Aufforderung nach; er stellte den Antrag, auf eine Beistandschaft für seine Mutter sei zu verzichten, weil das nicht nötig und rechtsungleich sei (BR-act. 5).

Der Bezirksrat führte einen mehrfachen Schriftenwechsel durch, während welchem er sowohl die Vormundschaftsbehörde als auch insbesondere A._____ je mehrfach zu Stellungnahmen aufforderte. Am 22. August 2012 wies er einen Antrag von E._____ auf sofortige Einsetzung eines Beistandes im Sinne einer vorsorglichen Massnahme ab. A._____ setzte er Frist an, um die "amtlichen Unterlagen und Beweismittel" einzureichen, die er in seinen Eingaben in Aussicht gestellt hatte (BR-act. 32). Am 24. August 2012 schrieb A._____ dem Bezirksrat, er habe bereits mitgeteilt, "dass meine Stellvertretungsvollmacht [gemeint: für die Mutter] rechtsgültig sei" (BR-act. 34/2). Am 3. September 2012 ging dem Bezirksrat über die H._____ AG ... die Kopie einer Vollmacht zu, mit welcher B._____ am 7. September 2010 ihren Sohn bevollmächtigte, "sämtliche Erbschaftssachen" und "Immobilienangelegenheiten inkl. öffentliche Beurkundungen und Anmeldung beim Grundbuch" für sie vorzunehmen (BR-act. 40/2).

Nach nochmals mehreren Stellungnahmen der Beteiligten wies der Bezirksrat am 2. Oktober 2012 die Beschwerde ab (BR-act. 48 = act. 3/3). Der Entscheid ging A._____ am 10. Oktober 2012 zu (BR-act. 50).

2.1 Mit Eingabe vom 18., zur Post gegeben am 19. Oktober 2012, führt A._____ rechtzeitig Berufung gegen den Entscheid des Bezirksrates. Er beantragt, es sei in Aufhebung des angefochtenen Entscheides auf die Errichtung einer Beistandschaft für seine Mutter zu verzichten (act. 2).

Es wurden die Akten von Bezirksrat und Vormundschaftsbehörde beigezogen. Den ihm auferlegten Kostenvorschuss zahlte A._____ fristgerecht. Weitere prozessleitende Anordnungen wurden nicht getroffen.

2.2 Am 1. Januar 2013 sind das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und die kantonalen Einführungsbestimmungen in Kraft getreten.

a) In materieller Hinsicht gilt daher nun das neue Recht (Art. 14 Abs. 1 SchlT ZGB). Die nach bisherigem Recht angeordneten Massnahmen – mit Ausnahme der Entmündigungen – gelten auch unter neuem Recht weiter; sie verlieren erst nach drei Jahren ihre Wirksamkeit, wenn sie nicht bis dann von einer neurechtlichen Massnahme abgelöst werden (Art. 14 Abs. 3 SchlT ZGB). Ob die Errichtung der Beistandschaft für B._____ im Sinne dieser Bestimmung bereits (gültig) "angeordnet" worden ist, entscheidet sich danach, welche Wirkung die gegen den Beschluss vom 27. März 2012 ergriffenen Rechtsmittel hatten.

Der Weiterzug von der Vormundschaftsbehörde an den Bezirksrat als Aufsichtsbehörde (§§ 41 und 75 EG ZGB) stützte sich auf Art. 420 Abs. 2 ZGB und war dort als "Beschwerde" bezeichnet. Im kantonalen Recht, welches mangels eidgenössischer Verfahrensvorschriften zum Zug kam, lief diese Beschwerde nach den Vorschriften des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren zum Rekurs ab. Dieser Rekurs hatte aufschiebende Wirkung (§ 25 VRG). Sowohl die erste als auch die Rekurs-Instanz konnten diesbezüglich eine andere Anordnung treffen: im Fall der Beistandschaft für B._____ war das aber nicht der Fall (VB-act. 18, Dossier BR passim). Die Wirksamkeit der Beistandschaft war demnach einstweilen aufgeschoben. Der Bezirksrat wies die Beschwerde von A._____ ab und bestätigte die Anordnung der Vormundschaftshörde. Gegen den Entscheid richtet sich das heute zu beurteilende Rechtsmittel. Der Bezirksrat hat es zutreffend noch als Berufung bezeichnet (§ 187 GOG und Art. 308 ZPO). Sowohl Berufung

als auch Beschwerde hatten nach altem Recht aufschiebende Wirkung, wenn – wie hier – nichts Anderes angeordnet wurde (§ 189 Abs. 1 und 2 GOG).

Das bedeutet, dass beim Inkrafttreten des neuen Rechts keine altrechtliche Massnahme bereits gültig angeordnet war. Materiell ist also nach neuem Recht zu entscheiden.

b) Das neue Recht sieht in formeller Hinsicht vor, dass bei seinem Inkrafttreten hängige Verfahren von den neu zuständigen Behörden weitergeführt werden (Art. 14a Abs. 1 SchlT ZGB); entsprechend haben die kommunalen Vormundschaftsbehörden noch vor Ende 2012 alle ihre Dossier den neuen regionalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (§§ 2 ff. EG KESR) übergeben. Der Kanton Zürich hat mit den Bezirksräten und dem Obergericht zwei "gerichtliche Beschwerdeinstanzen" im Sinne von Art. 441 Abs. 1 ZGB geschaffen (§§ 63 und 64 EG KESR). Das entspricht der bisherigen Ordnung (§§ 41 und 75 EG ZGB), und an der Zuständigkeit des Obergerichts ändert sich daher nichts.

Anders als beim Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung anfangs 2011 (Art. 404 Abs. 1 ZPO) enthält das Übergangsrecht des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts keinen Vorbehalt für hängige Verfahren. Gegenteilig findet das neue Verfahrensrecht sofort Anwendung, und die neu zuständige Behörde muss darüber befinden, ob und wie weit das bisherige Verfahren ergänzt werden muss (Art. 14a Abs. 2 und 3 SchlT ZGB). Nach neuem Recht heisst das gegen Entschiede der Bezirksräte zulässige Rechtsmittel nicht mehr Berufung, sondern "Beschwerde" (§ 64 EG KESR). Das ist terminologisch im Rubrum zu berichtigen. Materiell hat es aber keine Auswirkungen: das Rechtsmittel hat wie bisher die Berufung aufschiebende Wirkung, wenn nicht die Vorinstanz oder das Obergericht das anders anordnen (Art. 450c ZGB), und die Rügegründe – Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Feststellung des erheblichen Sachverhalts, Unangemessenheit – entsprechen ebenfalls dem bisherigen Recht (Art. 310 ZPO). Nach wie vor können die Vorinstanzen zur Vernehmlassung angehalten werden, und das Obergericht kann nach Ermessen eine mündliche Anhörung durchführen oder schriftliche Stellungnahmen einholen (§§ 66 ff. EG KESR). Es gilt weiterhin die Praxis des Bundesgerichts, dass wer ein Rechtsmittel ergreift im Einzelnen

darlegen muss, weshalb der angefochtene Entscheid unrichtig sei, und das insbesondere auch dort, wo das Verfahren dem so genannten Untersuchungsgrundsatz (der "*maxime inquisitoire*") untersteht, die Rechtsmittelinstanz also von sich aus Abklärungen treffen muss, wenn es die Akten nahe legen ("*L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC [RS 272]) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC). [...] Que la cause soit soumise à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC) ou, comme en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, à la maxime inquisitoire (art. 55 al. 2, art. 272 et, pour le sort des enfants, art. 296 al. 1 CPC), il incombe toutefois au recourant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique.*". BGE 138 III 374, E. 4.3.1).

3.1 In seinem Rechtsmittel kritisiert A. _____ vorab, dass die Vorinstanzen es an der Differenzierung hätten fehlen lassen, ob eine Person wegen Krankheit etc. weder selber handeln noch einen Vertreter bestellen könne, oder aber ob sie zwar nicht mehr selber handeln könne, *zum Bestellen eines Vertreters* aber noch in der Lage sei. Das zweite treffe für seine Mutter zu, was er gerade in einem persönlichen Gespräch bestätigt gefunden habe, und was ja auch in der vorgelegten Generalvollmacht Ausdruck fand. — Es trifft zu, dass es keiner behördlichen Massnahme bedarf, wenn eine Person zwar ihre Geschäfte nicht selber besorgen, aber noch einen Vertreter bestimmen kann. Der Arzt hat diese Unterscheidung nicht gemacht, sie war aber nach seinen Feststellungen auch nicht nötig. Er berichtet, B. _____ leide an einer schweren Einschränkung der kognitiven Fähigkeiten und sei zeitlich und örtlich desorientiert, ihr Kurzzeitgedächtnis sei deutlich eingeschränkt, sie könne einfache Rechnungen nicht mehr ausführen und auch nicht mehr lesen, da sie das Geschriebene nicht mehr verstehe. Beim letzten Besuch habe sie ihn — den Arzt — nicht mehr erkannt (VB-act. 15). Dass der Sohn

seine Mutter anders erlebt, und dass insbesondere das Lesen (auch) wegen einer Sehschwäche erschwert ist, gibt keinen Anlass, an der Beurteilung des Arztes zu zweifeln – umso weniger, als sich auch die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde ein eigenes Bild machte und die Angaben des Arztes bestätigt fand (VB-act. 16). Es mag auch sein, dass B._____ ihrem Sohn gegenüber den Wunsch äussert, er möge sich um ihre Angelegenheiten kümmern. Nachdem er das offenbar schon seit vielen Jahren tat und sich sehr regelmässig um seine Mutter kümmert (nach VB-act. 16 besucht er sie jede Woche zwei Mal), liegt das an sich nahe. Die Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Handlungsfähigkeit (Art. 13 ZGB, in diesem Punkt gleich in der alten und der seit dem 1. Januar 2013 geltenden Fassung) setzt aber voraus, dass die Vollmachtgeberin die Tragweite der Bevollmächtigung erkennen und überblicken kann, und dass sie insbesondere in der Lage ist, die Tätigkeit des Bevollmächtigten wenigstens in den grossen Zügen nachzuvollziehen und in diesem Sinne zu kontrollieren. Das kann B._____ nach den Feststellungen von Arzt und Vormundschaftsbehörde nicht mehr. Die Voraussetzungen für eine Vertretungsbeistandschaft sind von da her gegeben.

A._____ beruft sich auf die erwähnte Generalvollmacht, welche seine Mutter am 7. September 2010 unterzeichnete (BR-act. 40/2). Wie ihre Verfassung damals war, ist nicht festgestellt und hinterher wohl nicht mehr zu eruieren. Die Urteilsfähigkeit wird vermutet (Art. 16 ZGB). Nachdem die Präsidentin der Vormundschaftsbehörde am 26. März 2012 feststellte, der Zustand der heute 85-jährigen B._____ habe sich seit 2009 "stark verschlechtert", ist durchaus möglich, dass diese beim Unterzeichnen der Vollmacht dafür noch handlungsfähig war. Diese Vollmacht ist aber gerade noch kein Vorsorgeauftrag im Sinne des neuen Art. 360 ZGB. Sie bestimmt nicht ausdrücklich, sie solle über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus gelten (Art. 35 Abs. 1 OR). Das ist auch darum bedeutsam, weil andere, frühere Vollmachten eine solche Bestimmung enthalten (act. 17/9 und 17/10 aus dem Jahr 2009 gegenüber der ... Bank resp. der ...kasse). Entgegen der Auffassung A._____s ist auch nicht anzunehmen, diese Meinung der Vollmachtgeberin gehe "aus der Natur des Geschäftes hervor" (Art. 35 Abs. 1 OR). Wer eine Vollmacht erteilt, wird gegenteils häufig nicht daran denken, dass er einmal die Fähigkeit verliert, den Bevollmächtigten zu überwachen. Die Bestim-

mung von Art. 35 OR verlöre ihren (guten) Sinn, wenn man aus der Wünschbarkeit des Geltens einer Vollmacht darauf kurz-schliessen dürfte, das sei seinerzeit so gewollt gewesen. A._____ kann sich daher jedenfalls heute nicht (mehr) auf die Vollmacht stützen, und diese hebt die Notwendigkeit einer Beistandschaft nicht auf.

Dass nahe Verwandte einer Person vorhanden und auch zur Unterstützung willens sind, verschafft ihnen nicht die rechtliche Möglichkeit, mit Wirkung für die Person zu handeln. Stehen rechtliche Dispositionen an wie hier der Abschluss eines Erbteilungsvertrages, ist daher die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 394 Abs. 1 ZGB unumgänglich. Das entspricht der Beistandschaft, wie sie das alte Recht in Art. 392 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 aZGB vorsah.

3.2 Im Beschluss vom 27. März 2012 hat die Vormundschaftsbehörde die Person von Beiständin oder Beistand noch offen gelassen. Die neu zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird an diesem Punkt einzusetzen und das Verfahren weiter zu führen haben. Die Ausführungen A._____s zur Wünschbarkeit (s)einer geeigneten und mit der Materie vertrauten Person sind dabei in Erwägung zu ziehen, ebenso allerdings der ausdrückliche Wunsch der Tochter von B._____ nach einer aussenstehenden Person. Die Behörde wird – nachdem sie sich einen Überblick über die gesamte Situation verschafft hat, was die bisherigen Akten vermissen lassen – den Umfang der Vertretung zu definieren haben (Art. 395 ZGB). Jedenfalls für den fälligen Vertrag über die Teilung des Nachlasses von Ehemann und Vater D._____ wird eine Vertretung unumgänglich sein – anders als nach der Auffassung von A._____ (indirekt zu entnehmen aus seinen Glossen auf act. 3/1) kann die als Willensvollstreckerin tätige Bank die Teilung nämlich nicht selber zum Abschluss bringen. Sie kann und soll Vorschläge machen; die Teilung rechtlich vornehmen können nur die Erben selber oder allenfalls auf Klage hin das zuständige Gericht, und erst der Vollzug des Vereinbarten oder Angeordneten – etwa das Ausführen von Zahlungen – obliegt dann wieder der Willensvollstreckerin (BSK ZGB II-Karrer/Vogt/Leu 4. Aufl. 2011, Art. 518 N. 52 ff.). Die Behörde wird auch festlegen, wie weit die Handlungsfähigkeit von

B._____ zu ihrem Schutz eingeschränkt werden muss. Jedenfalls den bisherigen Akten zufolge besteht kaum die Gefahr aktiver selbst-schädigender Dispositionen (Art. 394 Abs. 2 ZGB).

4. Die Kosten des obergerichtlichen Verfahrens gehen zu Lasten von A._____ (Art. 106 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 40 Abs. 3 EG KESR).

Es wird erkannt:

1. Die Berufung (neu: Beschwerde) wird abgewiesen, und es wird für B._____, geboren am tt.mm.1927, wohnhaft Pflegezentrum "... " ... [Adresse], eine Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 394 Abs. 1 ZGB errichtet.
2. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde I._____ wird eingeladen, das Verfahren im Sinne der Erwägungen zu ergänzen und dann die erforderlichen weiteren Entscheidungen zu fällen.
3. Die Kostenregelung durch den Bezirksrat (Dispositiv Ziff. 2 des angefochtenen Entscheides) wird bestätigt.
4. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.-- festgesetzt und A._____ auferlegt.
5. Schriftliche Mitteilung an A._____ und an E._____ (... [Adresse]), unter Beilage aller Akten an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde I._____, an den Bezirksrat Zürich und an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich), alles gegen Empfangsschein.
6. 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 Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 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. Graf

versandt am: