

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ130016-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. M. Stambach und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen
sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Urteil vom 18. Juli 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch B. _____

betreffend **Errichtung Vertretungsbeistandschaft**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 21. Mai 2013;
VO.2013.13 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-
Andelfingen)**

Erwägungen:

I.

1. Im Juli 2012 berichtete die Sozialberaterin der G._____, Frau D._____, der (damaligen) Vormundschaftsbehörde C.____ (und heutigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen), dass sich eine Klientin, A.____ (die Beschwerdeführerin) über die vormundschaftliche Massnahme der Beistandschaft auf eigenes Begehren informieren wolle (act. 12/2). Sie, Frau D.____, gehe von einer Unterstützungsbedürftigkeit von Frau A.____ aus, weshalb sie Frau A.____ habe überzeugen können, dass eine Beistandschaft auf eigenes Begehren die nachhaltigste Lösung für sie wäre (act. 12/2).

Der Sekretäradjunkt der Vormundschaftsbehörde C.____ (und heutiges Mitglied der KESB Bezirke Winterthur und Andelfingen) hörte im Folgenden die Beschwerdeführerin am 24. Juli 2012 an (act. 12/7) und setzte sich mit dem Hausarzt, Dr. med. E.____, C.____, in Verbindung. Auf entsprechende Anfrage teilte der Hausarzt von A.____ mit, der gegenwärtige körperliche und geistige Gesundheitszustand sei deutlich eingeschränkt, in allmählich zunehmendem Masse. Seines, des Arztes, Erachtens sei Frau A.____ jetzt oder mindestens in kurzer Zeit nicht mehr fähig, ihre persönlichen, finanziellen und administrativen Angelegenheiten selbständig zu erledigen. Sie leide an einer chronischen Zuckerkrankheit sowie einer beginnenden Demenz. Im Moment würde eine Beistandschaft wohl genügen, der weitere Verlauf würde aber zeigen, ob stärkere Massnahmen notwendig seien. Die jetzige Wohnsituation sei unter Inanspruchnahme von Spitex, Hauspflege knapp genügend, leider sei aber die diesbezügliche Einsicht von Frau A.____ eingeschränkt. Er, der Arzt, empfehle Frau A.____ seit längerem einen Umzug in eine Alterswohnung oder in ein Pflegeheim. Frau A.____ sei aber mit der Suche und einem allfälligen Umzug überfordert (act. 12/12 und act. 12/11).

Am 13. August 2012 und am 25. September 2012 hörte der Sekretäradjunkt Frau A.____ erneut an (act. 12/15 und act. 12/23). Gemäss Protokoll der Anhörung vom 25. September 2012 erklärte sich Frau A.____ damit einverstanden, dass

die anzuordnende Beistandschaft ab Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes (d.h. ab 1. Januar 2013) als Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung gemäss Art. 394 i.V.m. Art. 395 nZGB unverändert weitergeführt werden soll (act. 12/23). Ebenso erklärte sich Frau A._____ gemäss Protokoll mit Frau F._____, Sozialarbeiterin im Gesetzlichen Betreuungsdienst, als Beiständin einverstanden (ebenda). Einen Tag später widerrief die Beschwerdeführerin allerdings ihre am Tag zuvor erklärte Zustimmung zur Errichtung einer Beistandschaft (act. 12/24). Die damalige Vormundschaftsbehörde C._____ teilte deshalb der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 1. November 2012 mit, dass das Verfahren zur Prüfung einer Beistandschaft bis Ende Februar 2013 sistiert werde, um alsdann die Situation wieder zu besprechen (act. 12/27).

Im Zuge der Einführung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes per 1. Januar 2013 wurde das vorliegende Dossier noch vor Ende 2012 von der kommunalen Vormundschaftsbehörde Stadt C._____ der neuen regionalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen übergeben (§§ 2 ff. EG KESR i.V.m. Art. 14a Abs. 1 SchIT ZGB; act. 12/18). Frau A._____ erkundigte sich mit Telefonat vom 7. Januar 2013 beim fallführenden Mitglied der neu geschaffenen Behörde (und bisherigen Sekretäradjunkt) über die Auswirkungen einer Beistandschaft bzw. darüber, welcher Rechte sie bei einer allfälligen Anordnung verlustig gehe (act. 12/28). Am 14. Februar 2013 fand eine vierte Anhörung von Frau A._____ durch das fallführende Mitglied der Behörde im Beisein der designierten Beiständin statt. Frau A._____ erklärte sich erneut gemäss Protokoll mit der Einsetzung von Frau F._____ als Beiständin einverstanden. Es wurden zudem die der Beiständin zu übertragenden Aufgabenbereiche festgehalten und darauf hingewiesen, dass zunächst ein Inventar über den Besitzstand aufgenommen werde (act. 12/31). Wenig später distanzierte sich Frau A._____ abermals von ihrer Zustimmung zur Anordnung der streitgegenständlichen Erwachsenenschutzmassnahme (act. 12/32 und act. 12/33).

Mit Entscheid vom 5. März 2013 errichtete die heutige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen für Frau A._____ autoritativ eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m.

Art. 395 nZGB und ernannte F._____, Gesetzlicher Betreuungsdienst, zur Beiständin, mit den mehrheitlich üblichen allgemeinen Aufträgen (act. 12/34 = act. 11/2). Gegen diese Anordnungen führte Frau A._____ Beschwerde an den Bezirksrat Winterthur. Dieser holte von der KESB Winterthur-Andelfingen eine Vernehmlassung ein (act. 11/7), wies im Folgenden die Beschwerde mit Urteil vom 21. Mai 2013 kostenfällig ab und entzog einem allfälligen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung (Art. 450c ZGB; act. 11/8 = act. 3 S. 12 Dispositivziffer IV).

2.1. Gegen dieses Urteil des Bezirksrates, mit welcher die Anordnungen der KESB bestätigt werden, richtet sich die nun von der bevollmächtigten B._____ eingereichte Beschwerde (act. 2 und act. 9). Es wurden die Akten von Bezirksrat und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beizogen (§§ 66 ff. EG KESR; act. 11/1-9, act. 12/1-42, act. 4). Beide Vorinstanzen verzichteten auf eine Vernehmlassung (act. 14, act. 16, act. 17). Mit Verfügung der Präsidentin vom 7. Juni 2013 wurde im Übrigen eine weitere prozessleitende Anordnung getroffen, nämlich der Beschwerde, wie beantragt, die aufschiebende Wirkung wieder erteilt (Art. 450c ZGB; act. 6 S. 4, Dispositivziffer 1 i.V.m. act. 3 S. 12 Dispositivziffer IV). Die Wirksamkeit der Beistandschaft ist demnach einstweilen aufgeschoben.

2.2. Am 1. Januar 2013 sind das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und die kantonalen Einführungsbestimmungen in Kraft getreten. Es ist unbestritten, dass die streitgegenständliche Massnahme, die nach Inkrafttreten des neuen Rechts von der KESB angeordnet wurde, sowohl in formeller als auch in materiel-ler Hinsicht nach neuem Recht zu entscheiden ist (Art. 14 Abs. 1 SchIT ZGB und Art. 14a Abs. 2 und 3 SchIT ZGB). Die Rügegründe – Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Feststellung des erheblichen Sachverhalts, Unangemes-senheit – entsprechen dem bisherigen Recht (Art. 310 ZPO und Art. 450a ZGB).

2.3. Die hier zu behandelnde Rechtsmitteleingabe wurde von B._____ verfasst, die in ihrer Eigenschaft als Buchhalterin u.a. die Steuererklärung 2012 für Frau A._____ erledigte (act. 2). Ob sie als Vertreterin im prozessrechtlichen Sinn auf-treten kann, ist mittlerweile fraglich. Es hat sich ergeben, dass B._____ Werbung für ihre Dienstleistungen als Buchhalterin in einem Lokalanzeiger macht. Die so akquirierte A._____ entgelt die von B._____ geleistete Unterstützung (vgl. auch

act. 20). Der Einsatz von B._____ muss daher wohl als berufsmässig angesehen werden. Eine berufsmässige Vertretung vor Gericht unterliegt aber den Einschränkungen von Art. 68 Abs. 2 ZPO (i.V.m. § 40 EG KESR und Art. 450 Abs. 2 Ziff, 2 ZGB). Weiterungen sind aber zu vermeiden.

2.4. Der Bezirksrat wies die Beschwerde von A._____, wie bereits erwähnt, kostenfällig ab, ohne dass er ihr vorgängig die Vernehmlassung der Erwachsenenschutzbehörde vom 18. April 2013 (act. 11/7) zur freigestellten Stellungnahme zukommen liess. Damit wurde das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann indes vor der Rechtsmittelinstanz geheilt werden, wenn diese die gleiche Kognition in Tat- und Rechtsfragen hat wie die Vorinstanz (Sutter-Somm/Chevalier, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO, Komm., Art. 53 N 27). Die Kammer als Beschwerdeinstanz kann den angefochtenen Entscheid, wie bereits erwähnt, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht frei überprüfen und fällt gestützt darauf einen neuen Entscheid (Art. 450a ZGB i.V.m. Art. 318 ZPO). Dieser Mangel des vorinstanzlichen Verfahrens kann daher im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt werden. Das geschieht vorliegend auch, indem die Beschwerdeführerin in der Begründung der Beschwerde auf die in der Vernehmlassung thematisierte Verhältnismässigkeit der Verbeiständung Bezug nimmt (act. 11/7 und act. 2).

II.

1.1. Die Beistandschaft des neuen Rechts knüpft an das bisherige Institut der Beistandschaft an, kann aber weiter gehen und flexibler auf die jeweiligen Bedürfnisse der zu unterstützenden Person angepasst werden (Prinzip der Massschneidung der Massnahme). Sie setzt voraus, dass familiäre oder andere Unterstützung nicht ausreicht, und dass die hilfsbedürftige Person wegen einer Behinderung, einer Krankheit oder irgend eines "in der Person liegenden Schwächezustandes" ihre Angelegenheiten weder selber besorgen noch dafür eine Stellvertretung bestellen kann (Art. 389 und 390 ZGB). Bei der Begleitbeistandschaft bietet der Beistand der hilfsbedürftigen Person Unterstützung zum Erledigen bestimmter Angelegenheiten, kann aber nicht selber handeln. Diese Massnahme setzt die Zustimmung der hilfsbedürftigen Person voraus (Art. 393 ZGB). Aufgrund der durch die Akten gezeichneten Ambivalenz kann derzeit nicht von einer verlässlichen Zustimmung der Beschwerdeführerin zu einer Begleitbeistandschaft ausgegangen werden.

Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss (Art. 394 Abs. 1 ZGB). Der Beistand kann selber handeln – auch wenn er, soweit tunlich, auf die Wünsche der hilfsbedürftigen Person Rücksicht zu nehmen hat –, und die Handlungen des Beistandes muss sich die betroffene Person anrechnen lassen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit der hilfsbedürftigen Person einschränken (Art. 394 und Art. 406 ZGB). Die Mitwirkungs- und die umfassende Beistandschaft (Art. 396 resp. 398 ZGB) kommen für die Beschwerdeführerin heute unbestrittenermassen nicht in Frage.

1.2. Die Erwachsenenschutzbehörde hat vorliegend aufgrund eines Eindrucks, welcher v.a. auch durch mehrmalige Anhörungen der Beschwerdeführerin (act. 21/31, act. 12/23, act. 12/15, act. 12/7) gewonnen wurde, Anordnungen für sämtliche der drei Aufgabenbereiche der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs (vgl. Art. 391 Abs. 2 ZGB) getroffen. Die Anordnungen finden so aber in den Akten keine Stütze. Auch wenn ein Bild einer zuweilen ver-

gesslichen älteren Frau gezeichnet wird, die hie und da ambivalent und auch widersprüchlich handelt, so fehlen konkrete Benennungen von Missständen (wie etwa Betreibungen), die für die Errichtung einer solchen weitreichenden Vertretungsbeistandschaft sprechen würden. Der vom Hausarzt Dr. med. E._____ angegebene deutlich eingeschränkte körperliche und geistige Zustand der Beschwerdeführerin findet keinen Niederschlag in konkreten und aktenkundigen Vorkommnissen (act. 12/12). Dass die Beschwerdeführerin anfangs Jahr verwirrt mit vielen Ordnern in der Bank erschienen sei und die Begleichung der laufenden Rechnungen mit dem Kundenberater habe vornehmen wollen (act. 22), zeigt, dass sich die Beschwerdeführerin bei der Erledigung der administrativen Belange Unterstützung wünscht. Die Beschwerdeführerin wusste sich denn auch zu helfen (vgl. act. 21 oder act. 12/28) und beauftragte in eben diesem Zeitraum (anfangs Jahr) die Buchhalterin B._____ mit der Erledigung dieser Belange (act. 20). Der in den Akten rudimentär erwähnte Vorfall, wonach eine Nichte im Spital aus dem Portemonnaie der Beschwerdeführerin Geld entwendet haben soll (act. 12/7 S. 1), lässt den Auftrag an die Vertretungsbeiständin, das gesamte Vermögen der Beschwerdeführerin zu verwalten, nicht rechtfertigen (act. 11/2, Dispositivziffer 1.a). Weitere Vorfälle, die für eine Vermögensverwaltung sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Zu (angeblich) anstehenden Unterhaltsarbeiten an Haus und Garten, die ebenfalls als Aufgabenbereich der Beiständin genannt werden, fehlen Sachverhaltsermittlungen und entsprechend auch Erwägungen (act. 11/2, Dispositivziffer 1.b).

Der Entscheid vom 5. März 2013 bzw. die getroffenen Anordnungen können der Erwachsenenschutzbehörde in dem Sinne nicht zum Vorwurf gemacht werden, als die Beschwerdeführerin sich wiederholt mit einer Vertretungsbeistandschaft einverstanden erklärte, ihre Zustimmung aber immer wieder zurückzog (act. 12/31). Die umfassende Vermögenssorge (act. 11/2, Dispositivziffer 1.a) erscheint aber vor allem auch unter Hinweis auf das dem neuen Erwachsenenschutzrecht inhärente Prinzip der Verhältnismässigkeit der Massnahmen als Standardformulierung ungeschickt und unnötig verletzend. Der Umfang der Vertretung bedarf denn auch einer Umschreibung bzw. einer Definition (vgl. auch den Gesetzeswortlaut von Art. 395 ZGB). Eine Einkommensverwaltung im Sinne von

Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB wäre den Bedürfnissen der Beschwerdeführerin gerechter geworden.

1.3. Der Beschwerdeführerin ist ein unabhängiges und selbstbestimmtes Leben im eigenen Haus wichtig. Aufgrund der eigenen Angaben der Beschwerdeführerin kann man sich nicht des Eindrucks erwehren, dass ihr die Einsamkeit zuweilen zusetzt, was möglicherweise auch ihre manchmal an den Tag gelegte verwirrte Verfassung zu erklären mag. Die Beschwerdeführerin hat in den vergangenen Jahren ihre vier Geschwister und ihren Ehemann verloren (act. 19 S. 1 unten f.). Eigene Kinder sind nicht da, und zu den Kindern ihrer Geschwister hätte sie gerne mehr Kontakt. Jedenfalls konnte sich der von A._____ bezeichnete Neffe nicht bereit erklären, seiner Tante zur Seite zu stehen (act. 12/17). Die von ihrem Hausarzt, Dr. med E._____, gestellte Diagnose, nämlich die einer beginnenden Demenz, verunsichert die Beschwerdeführerin (vgl. act. 19). In diesem Zusammenhang gibt ihr auch die mittelfristige Wohnsituation zu einigen schweren Gedanken Anlass (act. 19 S. 2).

2.1. Die äusseren Verhältnisse im Leben der Beschwerdeführerin erscheinen indes als geordnet. Ihr Haushalt wird von der zuständigen Mitarbeiterin Spitex Haushaltshilfe, aber auch von der verantwortlichen Person der Pro Senectute als geordnet und ordentlich bezeichnet (act. 18 und act. 21). Die Beschwerdeführerin tätigt eigenen Angaben zufolge immer noch selbständig Kommissionen. Sie spritzt sich auch selbst zwei Mal im Tag das Insulin zur Behandlung ihrer chronischen Zuckerkrankheit (act. 19 S. 1). Sie geniesst den eigenen Garten, welcher ein Gärtner pflegt, vor allem in den Sommermonaten (act. 19 S. 2 unten f.). Die Beschwerdeführerin weiss auch sonst zur Bewältigung ihres Alltages Hilfe in Anspruch zu nehmen. Die Spitex Pflege kontrolliert die Insulininjektionen (act. 19 S. 1). Die Beschwerdeführerin kann auf die Unterstützung einer Nachbarin zurückgreifen und zur Begleichung von Rechnungen und Erledigung der Steuerklärung mandatierte sie die bereits erwähnte Buchhalterin B._____ (act. 19 S. 2). Das Konto bei der Hausbank weist keine unüblichen Transaktionen auf. Die Konto-Belastungen werden durch die monatlichen Gutschriften gedeckt. Somit findet kein Vermögensverzehr statt (act. 22). Die finanziellen Verhältnisse müssen als

transparent gewertet werden, jedenfalls wird nichts Gegenteiliges von Seiten der Behörden oder der Auskunftspersonen behauptet. Zahlungsrückstände, Betreuungshandlungen oder dergleichen sind unbestrittenermassen kein Thema (so zuletzt in act. 18, act. 19, act. 20 und act. 22). Damit haben mindestens für den jetzigen Zeitpunkt die Alltagskompetenzen der Beschwerdeführerin nicht als eingeschränkt zu gelten. Der Alltag der Beschwerdeführerin fällt nicht aus seinem gewohnten Lauf, was behördliches Einschreiten notwendig machen würde.

2.2. Wie bereits erwähnt, wünscht sich die Beschwerdeführerin Unterstützung und Hilfeleistung bei der Begleichung von laufenden Rechnungen (und in der Erledigung der Steuererklärung), und damit im Bereich der Einkommensverwaltung. Wie unter Ziffer. 3.1. vorstehend erwähnt, ist für eine Unterstützung im finanziellen und administrativen Bereich die Begleitbeistandschaft geeignet. Möglicherweise liesse sich die Zustimmung der Beschwerdeführerin zu einer Begleitbeistandschaft gewinnen, wenn ihr der Umfang und das Ausmass dieser Beistandschaft, insbesondere auch, dass die Begleitbeistandschaft die Handlungsfähigkeit nicht einschränkt, nachhaltig bewusst gemacht werden könnte. Derzeit bietet indes die Buchhalterin B._____ der Beschwerdeführerin Unterstützung in der Erledigung laufender (Zahlungs-)Verpflichtungen, und die Beschwerdeführerin ist damit (noch) einverstanden (act. 19 S. 3 und act. 22). Unter diesen Voraussetzungen ist einstweilen auf eine formelle Massnahme des Erwachsenenschutzes zu verzichten. Die derzeit bestehende private Unterstützung muss aufgrund der Akten als genügend angesehen werden, weshalb es auch keines behördlichen Einschreitens gestützt auf Art. 392 ZGB bedarf.

3. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und auf die angefochtene Beistandschaft ist (einstweilen) zu verzichten. Die entsprechenden Entscheide der Vorinstanzen sind aufzuheben. Die Vormundschaftsbehörde hat zu Recht ein Verfahren eröffnet und A._____ hat die Idee der Errichtung einer Beistandschaft auch mitgetragen. Eine Auferlegung der Kosten der KESB rechtfertigt sich aber trotzdem nicht, weil der zu den Akten gebrachte Sachverhalt die autoritative Errichtung einer (Vertretungs-)beistandschaft nicht zulässt.

III.

Es sind für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren keine Kosten zu erheben (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 40 Abs. 3 EG KESR). Für eine (nicht rückerstattungspflichtige) Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin aus der Staatskasse besteht keine gesetzliche Grundlage.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 21. Mai 2013 wird aufgehoben.
2. Für das obergerichtliche Beschwerdeverfahren wird keine Entscheidgebühr erhoben.
3. Schriftliche Mitteilung an die Beschwerdeführerin, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, je gegen Empfangsschein.
4. 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. V. Seiler

versandt am: