

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ130037-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. F. Gohl Zschokke.

Urteil vom 22. Januar 2014

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

vertreten durch Fürsprecherin X. _____

betreffend **Beistandschaft nach Art. 394 ZGB und Art. 395 ZGB**

Beschwerde gegen ein Urteil der Kammer II des Bezirksrates Zürich vom 10. Oktober 2013; VO.2012.765 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

1.1 Der heute im neunzigsten Altersjahr stehende A._____ besitzt an der B._____strasse in Zürich ein Haus, von dessen vier Wohnungen er eine selber bewohnt und drei vermietet hat.

Im November 2006 hatte das Zürcher Universitätsspital A._____ zur Rehabilitation in die ... [Klinik] überwiesen. Am 14. Dezember 2006 teilte diese Klinik der Zürcher Vormundschaftsbehörde mit, der Patient sei gegen den ärztlichen Rat ausgetreten und nach Hause gegangen. Er scheine seine Situation nicht mehr ausreichend überblicken zu können und benötige möglicherweise Hilfe (KESB-act. 1 und 5). Eine Mieterin, Frau Prof. Dr. C._____ (Rektorin des Gymnasiums in D._____), berichtete der Behörde, ihr Vermieter sei ziemlich eigensinnig, komme aber dank der nachbarschaftlichen Hilfe in der Regel zurecht - er esse gut, wasche seine Wäsche selber und lebe gesund, insbesondere ohne Alkohol; eine behördliche Unterstützung würde er sicher ablehnen, und eine Heimeinweisung "wäre sein Tod" (KESB-act. 6). Damit scheint es damals sein Bewenden gehabt zu haben.

Am 15. Februar 2012 meldete das Spital E._____ den Bedarf nach einer vormundschaftlichen Massnahme: der Patient sei verwahrlost, sozial nicht eingebunden und beginnend dement - er werde demnächst ins Pflegeheim F._____ verlegt. Die Nachbarin C._____ kümmere sich um seine Wohnung und wäre auch bereit, die Beistandschaft zu übernehmen (KESB-act. 7). Die Behörde liess sich von Frau C._____ informieren und beschied ihr, sie komme "aus gesetzlichen Gründen" als Beiständin nicht in Frage (KESB-act. 13). A._____ stellte Frau C._____ darauf am 6. März 2012 eine Generalvollmacht aus (KESB-act. 16). Bei einem Besuch im Heim am 21. März 2012 gewann die Mitarbeiterin der Behörde den Eindruck, dass der Patient nicht mehr ausreichend geistig präsent war - insbesondere konnte er sich nicht mehr erinnern, wem er eine Vollmacht ausgestellt hatte (KESB-act. 18). Die von der Behörde um eine Beurteilung ersuchte Ärztin Dr. G._____ antwortete am 15. März 2012, aufgrund ihres Gesprächs mit dem Patienten im Pflegeheim scheinere ihr der Patient nicht fähig, seine Situation und

seine administrativen Dinge vollständig zu überblicken, insbesondere die mögliche Problematik der Vollmacht an eine Mieterin; er lehne aber eine behördliche Massnahme ab und sei auch mit dem Zuzug der Spitex nicht einverstanden (KESB-act. 19). Wenige Tage später veranlasste Frau Dr. G._____ die Einweisung von A._____ in die Psychiatrische Universitätsklinik, nachdem er ihr gegenüber Morddrohungen ausgesprochen hatte (KESB-act. 21). Im Hinblick auf eine mögliche Entlassung bot die Nachbarin C._____ ihre Hilfe an und machte konkrete Vorschläge (KESB-act. 24). Am 11. April 2012 berichtete die PUK, A._____ sei aus ihrer Sicht nicht in der Lage, seine Administrativa zu überblicken und zu regeln; er sage selber, dass er Hilfe benötige und stimme einer Massnahme zu, deren Tragweite er allerdings nicht erfassen könne. Bei entsprechender Spitex-Betreuung könnte er nach Hause zurückkehren (KESB-act. 26 und 28).

Am 7. Mai 2012 kehrte A._____ in seine Wohnung zurück. Der Austrittsbericht der Psychiatrischen Universitätsklinik hält mehrere somatische Leiden fest, ferner eine leichte bis mittlere Demenz vom Typ Alzheimer. Der Patient werde entsprechend seinem Wunsch nach Hause entlassen, wo eine enge Betreuung "alternativlos" sein werde. Der Bericht verweist zudem auf die "im Rahmen der Überprüfung der ausgestellten Generalvollmacht" bereits formulierte Empfehlung nach Einrichtung einer Beirat- und Beistandschaft (act. 4/4). Anlässlich eines Besuches durch eine Mitarbeiterin der Behörde am 16. Mai 2012 zeigte sich, dass A._____ von Spitex, Mahlzeitendienst und namentlich den Mietern/Nachbarn eng betreut wurde. Im Gespräch stimmte er der Errichtung einer Beistandschaft zu und bat darum, dass man ihn vorsorglich im Altersheim H._____ anmelde (KESB-act. 34). Am 22. Mai 2012 wurde für A._____ eine Beistandschaft errichtet, welche ab Inkrafttreten des neuen Rechts als Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung im Sinne von Art. 394 und 395 (neu) ZGB geführt werden solle, und es wurde I._____ vom Sozialzentrum J._____ zum Beistand ernannt (KESB-act. 35).

1.2 Am 11. Juni 2012 wandte sich Rechtsanwältin X._____ an die Vormundschaftsbehörde mit dem Antrag, es sei eine A._____ bekannte Person als Beiständin oder Beistand einzusetzen, vorzugsweise Frau C._____ (KESB-act.

43, ergänzt durch KESB-act. 62). Gleichentags und mit Ergänzung vom 12. Juli 2012 führte sie Beschwerde gegen die Errichtung der Beistandschaft überhaupt (BR-act. 2 und 8).

Die Einsprache gegen die Person des Beistandes begründete die Vertreterin von A. _____ damit, dass das Vertrauensverhältnis zwischen unterstützter und unterstützenden Person wesentlich und bei I. _____ nicht gegeben sei. Dieser stehe zudem als Teil der verfügenden Behörde nicht weniger in einem Interessenkonflikt als die Bekannten von A. _____; allenfalls käme der langjährige Vermögensverwalter und Finanzberater von A. _____ bei der M. _____ ... [Bank] als Beistand für das rein Finanzielle in Frage. - Ein Entscheid der Behörde zum Antrag auf Wechsel des Beistandes ist ihren Akten nicht zu entnehmen (möglicherweise ist sie wegen der Beschwerde gegen die Beistandschaft an sich bewusst nicht erlassen worden: BR-act. 14).

Mit der Beschwerde an den Bezirksrat stellte die Vertreterin von A. _____ den Antrag, es sei die angeordnete Beistandschaft aufzuheben (BR-act. 2 vom 11. Juni 2012). Kurz zusammengefasst wurden die ärztlichen Beurteilungen angezweifelt und wurde geltend gemacht, A. _____ sei mittlerweile in jeder Beziehung gut betreut, akzeptiere namentlich die Hilfe der Spitex und habe eine Patientenverfügung und eine Generalvollmacht ausgestellt. Die Behörde scheine mit allen Mitteln eine Verbeiständung durchsetzen zu wollen, was angesichts des Umstandes, dass dereinst das Gemeinwesen Erbe von A. _____ sein könnte, bedenklich sei. Die Unterlagen seien widersprüchlich und die Notizen über die Gespräche mit A. _____ teilweise absurd. Auch jüngere Personen könnten mögliche Interessenkonflikte nicht immer klar überblicken, und namentlich die Betreuung und Vertretung durch die Nachbarin C. _____ sei für A. _____ wichtig (BR-act. 8 vom). Die Vormundschaftsbehörde liess sich vernehmen und beantragte Abweisung der Beschwerde (BR-act. 10), was der Vertreterin von A. _____ am 10. August 2012 zur Kenntnis gebracht wurde (BR-act. 13). Am 10. Oktober 2013 wies der Bezirksrat die Beschwerde ab; der Entscheid ging der Vertreterin von A. _____ am 14. Oktober 2013 zu (BR-act. 17 und 18).

2.1 Die Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirksrates ging am 14. November 2013 und damit fristgerecht zur Post. Sie enthält den Antrag,

1. Das Urteil der Kammer II der Vorinstanz vom 10. Oktober 2013 und damit die Anordnung einer Beistandschaft nach Art. 394 und 395 ZGB sei aufzuheben.
2. Eventualiter sei die Beschwerdegegnerin anzuweisen, im Sinne des unter dem neuen Erwachsenenschutzgesetz geltenden Grundsatzes der Sicherstellung und Förderung des Selbstbestimmungsrechts eine Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB bzw. eine Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB zu prüfen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Die Beschwerde ist einlässlich begründet und setzt sich mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheides auseinander.

Ein Kostenvorschuss war nicht einzuholen (§ 60 Abs. 1 EG KESR).

Das Obergericht zog verschiedene Berichte und Unterlagen bei und liess A._____ durch den Referenten persönlich anhören. Dieser Besuch fand am 12. Dezember 2013 im Beisein der Anwältin und Frau Dr. C._____s statt (act. 30). Anlässlich dieses Treffens wurden dem Referenten wie von ihm gewünscht Kopien der letzten Steuererklärung und der Kontoauszüge über die letzten beiden Monate übergeben (act. 31/2 und 31/3). Dem Hausarzt von A._____ wurden mehrere Fragen unterbreitet, zu denen er sich am 16. Januar 2014 äusserte (act. 39). Auf eine Anfrage an die M._____ AG (act. 18) verbot deren Rechtsdienst dem zuständigen Sachbearbeiter zunächst eine Zusammenarbeit mit dem Gericht (act. 27; eine Kontaktnahme mit dem Rechtsdienst war nicht möglich: act. 26). Einem förmlichen Befehl mit Strafdrohung (act. 28) kam die Bank dann nach (act. 32).

Die Vertreterin von A._____ hatte Gelegenheit, sich zu den zusätzlichen Unterlagen zu äussern. Sie geht davon aus, dass die Sache spruchreif ist (act. 41).

2.2 Der Bezirksrat Zürich hat für seinen Entscheid, dessen eigentlichen Erwägungen zur Sache etwas mehr als zwei Seiten umfassen und im Wesentli-

chen das wiedergeben, was schon die erste Instanz schrieb, vierzehn Monate gebraucht. Das ist um ein Mehrfaches zu lang. Es ist bekannt, dass sich die Behörde als überlastet betrachtet und daher "Prioritäten setzt", mit anderen Worten unbearbeitet lässt, was sie nicht als dringlich betrachtet. Für die betroffenen Personen macht es allerdings keinen Unterschied, ob eine Rechtsverzögerung auf ungenügende Organisation der Behörde, deren personell zu schwache Dotierung oder auf mangelnden Einsatz der mit der Sache betrauten Mitarbeitenden zurückgeht.

Die Rechtsverzögerung ist formell festzustellen.

2.3 Das Obergericht ermittelt den Sachverhalt von Amtes wegen und stellt auf die Umstände ab, wie sie sich im Zeitpunkt seines Entscheides darstellen.

A._____ ist ein alter Mann, körperlich, aber auch geistig erheblich eingeschränkt. Dem Laien fällt sein verlangsamtes Denken und sein ausgesprochen schlechtes Gedächtnis auf. So konnte er dem Referenten weder genau sagen, wann seine Schwester starb, mit der er die Wohnung teilte, noch welche Tageszeitung er abonniert hat, wer sein Hausarzt ist, oder ob er noch (allenfalls entfernte) Verwandte hat. Bezüglich seiner beruflichen Tätigkeit wusste er noch, wo er nach der Lehre gearbeitet hatte, die spätere Tätigkeit, welcher er auch seine Pensionskassenrente verdankt, war ihm aber nicht mehr präsent. Die Diagnose einer mittleren Demenz, wie sie der Arzt formuliert, ist auch ohne eine nähere fachliche Begründung überzeugend.

Die Mieterin und nächste Nachbarin Frau Dr. C._____ verfügt über eine am 6. März 2012 ausgestellte Generalvollmacht von A._____. Ob dieser in jenem Zeitpunkt die Tragweite der Bevollmächtigung überblickte, ist schwierig zu beurteilen, immerhin nicht ausgeschlossen. Allerdings scheint klar, dass der Vollmachtgeber im heutigen Zeitpunkt die Handlungen der Bevollmächtigten nicht mehr nachvollziehen und damit überwachen kann.

Bis dahin ist die Errichtung einer Beistandschaft ohne Weiteres angezeigt.

Allerdings gilt allgemein, und für die Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts kraft besonderer Bestimmung, dass behördliche Eingriffe nur erfolgen sollen, wenn sie wirklich unumgänglich nötig sind, und insbesondere behält das Gesetz die Unterstützung durch die Familie und nahe stehende Personen vor (Art. 389 ZGB; *OGerZH* NQ120049 vom 20. November 2012= ZKE 2013 127 ff.). Für A._____ besteht ein dichtes und festes Helfernetz, wie es nur selten anzutreffen ist. Vorweg akzeptiert er die Hilfe von Spitex, Mahlzeiten- und Reinigungsdienst; Wohnung und Küche sind entsprechend sauber, er selbst ordentlich angezogen und offenkundig gut betreut. Der Hausarzt kommt bei Bedarf nach Hause, ebenso der bei der M._____ am benachbarten ... [Ort] tätige Berater der Bank. Seine drei Mieter/innen kümmern sich um ihren Nachbarn und haben die Aufgaben unter sich aufgeteilt: Frau K._____ hält den Kontakt zur Spitex und koordiniert wo nötig deren Einsätze. Herr L._____ macht die Einkäufe, wobei die Frauen der Spitex ihm auf einem Zettel das jeweils Nötige aufschreiben. Frau Dr. C._____ besorgt das Administrative, so weit das nicht wie die Steuererklärung die Bank erledigt, und sie hält als nächste Nachbarin Nachschau, wenn es einmal aus der Wohnung A._____ ungewöhnlich tönt. Sie präsentierte dem Referenten des Gerichtes übersichtlich geordnet sämtliche Belege (einschliesslich das "Milchbüchlein", in welches bis vor etwa einem Jahr die Bar-Zahlungen der Mietzinse von Herrn A._____ 's Hand fein säuberlich aufgeschrieben wurden). Die Bank erklärte auf Anfrage, dass sie keine Kenntnis von aussergewöhnlichen oder auffälligen Transaktionen über Konto und Depot des Kunden habe, insbesondere keine solchen, die sich nicht ohne Weiteres mit dem Bedarf eines älteren Herrn erklären liessen (act. 32); auch die dem Gericht übergebenen Kontoauszüge sind unauffällig, und die Mieter zahlen die Miete pünktlich (act. 31/3). Der Hausarzt ist der Auffassung, das Helfernetz sei ausreichend und eine behördliche Massnahme nicht erforderlich (act. 39). Das Haus ist in einem knapp befriedigenden Zustand, zum Bewohnen aber offenbar geeignet. Wenn der Eigentümer und die Mieter lieber einfach aber dafür günstig wohnen, gibt es keinen behördlichen Handlungsbedarf.

Klar ist, dass sich die Verhältnisse ändern können, und dass dann eine neue Beurteilung nötig würde. Dabei ist klarzustellen, dass der bemerkenswerte Ein-

satz der Nachbarn keineswegs selbstverständlich ist. Daher fragte der Referent auch Frau Dr. C. _____, ob denn die Situation *für sie* tragbar sei. "Ja, so wie es jetzt ist", war die Antwort (act. 30 am Ende). Auch das könnte ändern, kann und muss aber nicht antizipiert werden. Im Moment ist jedenfalls eine Beistandschaft nicht anzuordnen.

3. Damit sind für das Verfahren des Obergerichts keine Kosten zu erheben. Die damalige Vormundschaftsbehörde hat keine Kosten erhoben, dazu ist nichts zu befinden. Der Bezirksrat hat Kosten von Fr. 1'500 erhoben und A. _____ auferlegt. Zwar war die seinerzeitige Eröffnung des Verfahrens durch die damalige Vormundschaftsbehörde ohne Weiteres angezeigt: A. _____ erschien im Spital offenkundig hilfebedürftig und nahm zu Beginn die Unterstützung durch die Spitex nicht oder nur ungenügend an. Schon die erste Instanz kannte aber das heute bestehende Helfernetz, einschliesslich Spitex-Dienste und Nachbarn (Entscheid vom 22. Mai 2012 E. 6). Unter diesen Umständen hätte schon sie, erst recht der Bezirksrat die Verbeiständung ablehnen können und müssen. Eine Auflage der Kosten des Bezirkrates an A. _____ fällt daher ebenfalls ausser Betracht, und mit der Aufhebung des Urteils vom 10. Oktober 2013 hat es daher sein Bewenden. Nur der Vollständigkeit halber sei der Irrtum der Vorinstanzen korrigiert, die Einsetzung von Frau Dr. C. _____ als (eventuelle) Beiständin sei wegen ihrer Stellung als Mieterin von A. _____ von vorneherein unzulässig gewesen: dass sie als Beiständin keine In-sich-Geschäfte hätte abschliessen dürfen (und aufgrund der Generalvollmacht nicht darf), ist juristisch trivial - solche Geschäfte standen und stehen aber nicht an, und sie wären nach Art. 403 ZGB zu regeln (neuestens so ausdrücklich *BGer* 5A_540/2013 vom 3. Dezember 2013).

Für das Verfahren der seinerzeitigen Vormundschaftsbehörde als Verwaltungsbehörde ist schon aufgrund von § 17 Abs. 1 VRG keine Parteientschädigung zuzusprechen; der dort noch nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hatte allerdings auch keine grundsätzlich ersatzfähigen Auslagen. In den gerichtlichen Verfahren, wozu das Verfahren vor Bezirksrat zu zählen ist (§ 63 EG KESR, *BGer* 5C_2/2012 vom 18. Januar 2013 = BGE 139 III 98), fehlt es für eine Parteientschädigung aus der Staatskasse an einer gesetzlichen Grundlage.

Es wird erkannt:

1. Es wird festgestellt, dass in der Behandlung des Geschäfts durch den Bezirksrat eine Rechtsverzögerung liegt.
2. Die Beschwerde wird gutgeheissen, und der Beschluss der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich vom 22. Mai 2012 sowie das Urteil des Bezirksrates Zürich vom 10. Oktober 2013 werden aufgehoben.
3. Für das Verfahren des Obergerichts werden keine Kosten erhoben.
4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Zürich, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je 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 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. F. Gohl Zschokke

versandt am: