

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ130048-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter
lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichter lic. iur. H. Meister sowie
Gerichtsschreiberin lic. iur. I. Vourtsis-Müller.

Urteil vom 12. Februar 2014

in Sachen

A._____,
Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X._____

betreffend **Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 306 Abs. 2 ZGB**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 4. November
2013 i.S. B._____, geb. tt.mm.1996; VO.2013.49 (Kindes- und Erwachsenen-
schutzbehörde Winterthur-Andelfingen)**

Erwägungen:

1. B._____ ist der Sohn der geschiedenen Eltern C._____ (zur Zeit wohnhaft in Deutschland) und von A._____, welchen bei der Scheidung die gemeinsame Sorge übertragen wurde. Während der letzten Jahre lebte der Sohn bei seinem Vater und dessen Partnerin in D._____. Im Jahr 2013 wurde die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen über ernsthafte Probleme im Haushalt A._____-B._____ informiert; so soll der Vater als Erziehungs- oder Disziplinierungsmassnahmen die finanziellen Mittel B.____s für Lehrmittel und Mittagsverpflegung beschnitten und ihm mit einer Versetzung vom Gymnasium in die Sekundarschule gedroht haben. Am 16. April 2013 hob die Behörde die Obhut des Vaters auf, platzierte B._____ in einer Jugend- Institution in Winterthur und errichtete für ihn eine Beistandschaft im Sinne von Art. 308 ZGB (KESB-act. 28).

Im Mai 2013 wandte sich der Beistand an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde mit dem Antrag, seinen Auftrag um die Vertretung in zivil- und strafrechtlichen sowie administrativen Belangen zu erweitern. Er habe zwar bereits den Auftrag, die finanziellen Interessen B.____s wahrzunehmen, es fehle ihm aber die Befugnis, die Unterhaltsansprüche auf dem Rechtsweg einzufordern. Es stehe ein neuer Handy-Vertrag an, und der Mietvertrag für B.____s Wohnung müsse unterschrieben werden. Es bestehe ein Hausverbot für die väterliche Wohnung, womit der Kontakt offenkundig seitens des Vaters abgebrochen worden sei, und daher könnten zum Beispiel auch Schulzeugnisse nicht mehr korrekt visiert werden. Ergänzend teilte der Beistand mit, der Vater habe gegen seinen Sohn eine Strafanzeige erstattet, womit auch eine Vertretung in jenem Verfahren nötig sei (KESB-act. 39 und 44). Die Behörde hörte den Vater an und entsprach am 9. Juli 2013 dem Antrag des Beistandes: dieser wurde ergänzend im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB beauftragt, B._____ in allen zivil- und strafrechtlichen sowie administrativen Belangen zu vertreten, und es wurde ihm ausdrücklich Prozessvollmacht mit Substitutionsbefugnis erteilt (KESB-act. 47 = BR-act. 2/1).

Gegen diesen Entscheid erhob der Vater A._____ Beschwerde an den Bezirksrat Winterthur, welcher das Rechtsmittel am 4. November 2013 abwies (BR-act. 11 = act. 3). Dieser Entscheid ging der Vertreterin des Beschwerdeführers am 14. November 2013 zu (BR-act. 12).

2. Mit Eingabe vom 16. Dezember 2013, zur Post gegeben am selben Tag, erhebt der Vater Beschwerde gegen den Entscheid des Bezirkrates. Unter Berücksichtigung der Fristverlängerung durch das vorangegangene Wochenende ist das Rechtsmittel fristgerecht.

Es wurden die Akten von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und Bezirksrat beigezogen. Ein Kostenvorschuss war nicht zu erheben (§ 60 Abs. 1 EG KESR).

Mit Verfügung vom 27. Dezember 2013 wurde der Antrag des Vaters betreffend aufschiebende Wirkung der Beschwerde abgewiesen (act. 10). Weitere prozessleitende Anordnungen mussten nicht getroffen werden.

3.1 Der Vater lässt den Antrag stellen, es sei der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ersatzlos aufzuheben. Er begründet das damit, dass der Auftrag zum Sicherstellen des finanziellen Auskommens längst auf die Gemeinde D._____ übergegangen sei. Der Hintergrund des Hausverbotes werde nicht erwähnt: dass der im Kampfsport erfahrene B._____ "mit Kampfsportgriffen" auf den Vater losgegangen sei und dessen Vater und den kleinen Buben bedroht habe. B._____ sei von Gesetzes wegen in der Lage, seine Angelegenheiten selber zu regeln, zumal es nur um Alltäglichkeiten gehe. Im Strafverfahren dürfe der Beistand als Nicht-Anwalt ohnehin nicht auftreten. B._____ habe keinen Bedarf nach einem Beistand, habe selber nie darum ersucht und sei dazu nicht angehört worden, was eine zwingende Voraussetzung gewesen wäre. Abschliessend erklärt die Beschwerde das Interesse des Vaters damit, dass dieser vor eigenmächtigen Gerichts-, Straf- und Administrativverfahren seitens eines Beistandes geschützt werden solle (im Einzelnen act. 2).

3.2 Vorweg stellt sich die Frage nach der Legitimation zur Beschwerde. Die Kammer hat in konstanter Praxis die Berechtigung dessen zur (damaligen) Vormundschafts-Beschwerde im Sinne von Art. 420 aZGB verneint, gegen den sich die Anordnung konkret richtete (*OGerZH* NQ110029-O/U vom 5. September 2011), und auch unter dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ist es nicht anders zu beurteilen: Zwar können auch der Betroffenen nahe stehende Personen Anträge stellen und namentlich Rechtsmittel ergreifen (Art. 450 Abs. 2 ZGB). Dass auch formell gar nicht betroffene Personen für Anträge und Rechtsmittel legitimiert sind, ist durch die besondere Lage der zu schützenden Personen begründet, die eben nicht oder nicht ausreichend in der Lage sind, ihre Rechte wahrzunehmen. Das Bundesgericht hat das bestätigt: dritte Personen sind zu vormundschaftlichen Rechtsmitteln legitimiert, wenn sie sich auf Interessen der zu schützenden Person berufen oder auf eigene Rechte und Interessen, *welche die Behörden hätten berücksichtigen müssen* (BGE 137 III 67, Hervorhebung beige-fügt). Das letztere ist der springende Punkt. Wenn etwa einem Kind im Sinne von Art. 309 Abs. 1 ZGB ein Beistand gegeben wird, um gegen den möglichen Vater auf Feststellung der Vaterschaft zu klagen, werden damit die Interessen des zu Beklagenden sehr wohl tangiert, aber der Entscheid der Behörde hat diese Interessen nicht zu berücksichtigen - sonst würden die Interessen des Kindes, auf die es ankommt, verletzt.

So ist es hier: der Beistand soll nötigenfalls gegen den Vater B.____s in dessen Namen klagen können, um dessen Unterhaltspflicht einzufordern. Dagegen steht dem potentiell Beklagten das Recht zur Beschwerde nicht zu, und das Nämliche gilt für die Vertretung im Strafverfahren. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Nur der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass es bei der Frage der Bestellung des Beistandes nicht drauf ankommt, ob der Vater zu Recht eine Strafanzeige gegen den Sohn erstattet hat. Das ist in jenem Verfahren zu klären, und dafür bedarf der Sohn einer Vertretung. Bei der Diskussion um den Unterhalt wird der Umstand zur Sprache kommen, dass die Gemeinde D.____ offenbar Leistungen für B.____ erbringt. In diesem Umfang ist sein auf Art. 276 ZGB beru-

hender Anspruch auf die Gemeinde übergegangen (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Die Gemeinde irrt, wenn sie den Beistand insoweit in Pflicht nehmen will, und der Beistand weist richtig darauf hin, "Frau RA X._____ würde vor Gericht meine Klagelegitimation in der Luft zerfetzen" (KESB-act. 48). Ob es zwischen den Leistungen der Gemeinde und dem Anspruch des Sohnes einen Bereich gibt, in welchem der Beistand tätig werden kann und muss, lässt sich den Akten nicht entnehmen - es ist etwa der Fall, wenn die Gemeinde nur gerade das Nötigste zahlt, der Unterhaltsanspruch unter dem Gesichtspunkt der Leistungsfähigkeit des Pflichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB) aber weiter geht. Das ist hier nicht zu vertiefen, da auf die Beschwerde insoweit wie gesehen nicht eingetreten werden kann.

3.3 Der von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde formulierte Auftrag des Beistandes geht freilich über die soeben diskutierten Geschäfte (Unterhaltsklage, Strafverfahren) hinaus, und insoweit hat auch der Bezirksrat richtigerweise dem Vater die Legitimation zur Beschwerde zuerkannt.

Die Einwendungen des Vaters sind allerdings nicht stichhaltig. Vorweg kann auf die zutreffenden Erwägungen des Bezirksrates verwiesen werden. Bestätigend und teilweise ergänzend ist Folgendes zu erwägen:

B._____ mag für die anstehenden Geschäfte urteilsfähig sein, das ist bei einem Maturanden zu vermuten. Handlungsfähig ist aber laut Gesetz nur, wer urteilsfähig *und volljährig* ist (Art. 13 ZGB in der Fassung des KESR, in Kraft seit dem 1. Januar 2013), und diese zweite Voraussetzung ist (noch) nicht erfüllt - umgekehrt ist nicht handlungsfähig, wer unmündig ist (Art. 17 ZGB). Unmündige Jugendliche werden regelmässig in die Selbständigkeit geführt, indem ihnen die Eltern oder gesetzlichen Vertreter schrittweise Freiheiten und damit verbundene Verantwortung übergeben: im Sinne einer generellen Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften - aber diese setzt einen gesetzlichen Vertreter voraus der überhaupt zustimmen kann (Art. 19 und 19a ZGB). Die Urteilsfähigkeit B._____s ist also kein Argument gegen die Beistandschaft.

Der Vater lässt vortragen, es gehe nur um Alltäglichkeiten, und B._____ werde demnächst volljährig. Das zweite trifft zu. Eine Person muss aber auf jeden

Fall am Rechtsverkehr teilnehmen können. Für unmündige Kinder handeln in der Regel die sorgeberechtigten Eltern, allenfalls die unverheiratete Mutter (Art. 304 und Art. 298 Abs. 1 ZGB). Besteht keine elterliche Sorge, wird dem Kind von Gesetzes wegen ein Vormund gegeben (Art. 298 Abs. 2 und Art. 311 Abs. 2 ZGB), und das zwingend, nicht etwa erst "falls es notwendig ist". Hier ist die Vertretung durch die in Deutschland wohnende Mutter offenkundig nicht tunlich - die Beschwerde macht das auch nicht geltend. Der Bezirksrat hat sodann zutreffend erwogen, eine Vertretung durch den Vater komme nicht in Frage: so lange die beiden in einem offenen Konflikt stehen, mit tätlichen Auseinandersetzungen und Strafverfahren, ist nicht gewährleistet, dass der Vater seine Vertretungsbefugnis loyal für den Sohn ausübt, auch wenn ihm keine konkrete Absicht unterstellt wird, seinem Sohn direkt schaden zu wollen (Art. 306 Abs. 2 ZGB). Daraus erhellt, dass die Bestellung eines Beistandes für B._____ geboten wäre, auch wenn gar keine konkreten Handlungen des Vertreters anstünden - damit er bei Bedarf überhaupt am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Darum war auch die Anordnung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde richtig, einer allfälligen Beschwerde gegen ihren Entscheid die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

Der Vater macht geltend, der bestellte Beistand dürfe als Nicht-Anwalt B._____ nicht vor Gericht vertreten. Das träfe zu, wenn es um ein Verhältnis Klient / Vertreter ginge. Dort ist der Vertretene handlungsfähig, könnte (von der notwendigen Verteidigung bei Kapitalverbrechen einmal abgesehen) selber handeln und erteilt dem Vertreter eine rechtsgeschäftliche Vollmacht (Art. 32 OR) - und dafür bestehen im Prozessrecht Einschränkungen (Art. 68 Abs. 2 ZPO, Art. 127 Abs. 4 und 5 StPO). Hier geht es um etwas Anderes: es wird einer handlungsunfähigen Person ein Beistand zur Seite gegeben, der überhaupt erst die Willenserklärungen des Verbeiständeten an dessen Stelle rechtlich gültig äussert. Das ist nicht eine in den Prozessgesetzen geregelte gewillkürte Vertretung. Wenn der Beistand für die Prozessführung einen damit vertrauten Vertreter beizieht, muss das in der Regel ein patentierter Anwalt sein - darum geht es heute aber nicht.

In der Beschwerde wird endlich moniert, es sei keine Anhörung des Kindes erfolgt, wie sie zwingend vorgeschrieben sei. Es trifft zu, dass urteilsfähige Kinder

das Recht haben, in allen sie betreffenden Angelegenheiten angehört zu werden (Art. 314 ZGB). Grundsätzlich ist das ein Aspekt, den nach der Rechtsprechung auch dem Kind nahe Stehende geltend machen können. Beim Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren, der mit seinem Rechtsmittel ausdrücklich das Ziel verfolgt, "vor eigenmächtigen Gerichts-, Straf- und Administrativverfahren seitens eines Beistandes geschützt" zu werden, kann das aber wegen des offenkundigen Interessen-Gegensatzes zwischen dem Beschwerdeführer und dem Jugendlichen nicht gelten. B._____ hat die Episode der tätlichen Auseinandersetzung mit seinem Vater der Behörde selber ausführlich geschildert. Er hat mitgeteilt, dass er für den Moment bei einem Freund unterkommen könne und die Behörde ersucht, "baldmöglichst zu einer Entscheidung zu kommen" (KESB-act. 26), was er später wiederholte (KESB-act. 30). Der heute angefochtene Entscheid wurde B._____ eröffnet (KESB-act. 54), und er hat sich dagegen nicht vernehmen lassen. Der Vater lässt selber ausführen, B._____ sei urteilsfähig, und es ist aus dessen Schweigen zu schliessen, dass er keinen Wert auf eine formelle Anhörung legt. Der Antrag zu den streitigen Anordnungen kam von seinem Beistand, der vermuthungsweise seine Interessen ins Verfahren einbringt. B._____ hat endlich auch nach dem Entscheid direkt mit der Behörde kommuniziert (KESB-act. 64), ohne den Wunsch nach einer Anhörung zu äussern. Dass eine solche nicht formell erfolgte, steht der Gültigkeit der getroffenen Anordnungen daher nicht entgegen.

Die Beschwerde ist daher abzuweisen, so weit auf sie eingetreten werden kann.

4. Der Beschwerdeführer wird kostenpflichtig (Art. 106 ZPO). Entschädigungen sind nicht zuzusprechen, da keiner privaten Gegenpartei Aufwendungen entstanden sind.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 1'000.-- festgesetzt und dem Beschwerdeführer auferlegt.

3. Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, an den Beistand lic. iur. E._____, ... [Adresse] (im Doppel, für sich und für B._____), an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andelfingen, an die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich) sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Winterthur, alles gegen Empfangsschein.
5. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.
Es handelt sich um eine nicht vermögensrechtliche Angelegenheit.
Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. I. Vourtsis-Müller

versandt am: