

# Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: PQ140049-O/U

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann, Vorsitzender, Oberrichterin  
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Ge-  
richtsschreiber lic. iur. M. Isler.

## Beschluss vom 10. September 2014

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. HSG X. \_\_\_\_\_

betreffend **Erwachsenenschutzmassnahmen**

**Beschwerde gegen ein Urteil des Bezirkrates Winterthur vom 11. Juli 2014;  
VO.2014.41 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Winterthur-Andel-  
fingen)**

### Erwägungen:

**1. - 1.1** Im Juni 1999 wurde von der damaligen Vormundschaftsbehörde Winterthur für A.\_\_\_\_\_ eine Beistandschaft i.S.v. aArt. 392 Ziff. 1 ZGB und aArt. 393 Ziff. 2 ZGB errichtet. Am 13. Mai 2014 beschloss die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen (fortan nur: KESB), die Beistandschaft unter dem neuen Recht als Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung gestützt auf den Art. 394 i.V.m. Art. 395 und Art. 393 ZGB fortzusetzen. Gleichzeitig erteilte die KESB ihre Zustimmung zur Kündigung des Wohnungsmietvertrages von A.\_\_\_\_\_, der sich seit längerem in Kliniken aufhält, und ordnete die Liquidation des Haushaltes gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB an. Der Beiständin B.\_\_\_\_\_, die seit November 2012 amtiert, wurden entsprechende Aufgaben aufgetragen.

Die KESB eröffnete ihren Beschluss vom 13. Mai 2014 A.\_\_\_\_\_ und der Beiständin. Die Eröffnung an A.\_\_\_\_\_ erfolgte zweimal, zunächst mit eingeschriebener Postsendung und danach am 2. Juni 2014 mit A-Post (vgl. act. 8/2/3), weil A.\_\_\_\_\_ die Annahme der eingeschriebenen Postsendung verweigert hatte.

**1.2** Mit Eingabe vom 21. Juni 2014 beschwerte sich Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ namens A.\_\_\_\_\_ beim Bezirksrat Winterthur über den Beschluss der KESB und stellte diverse Anträge zur Sache (Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und Verzicht auf eine Massnahme) und zum Verfahren (u.a. Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege). Zudem ersuchte er vorab um Akteneinsicht bzw. Aushändigung der Akten (vgl. act. 8/1 S. 1). Dieses Ersuchen wurde im Wesentlichen damit begründet, ohne Einsicht in die Akten sei eine Begründung der Beschwerde nicht möglich.

Der Bezirksrat zog in der Folge die Akten der KESB bei (vgl. act. 8/3b und act. 8/6) und erliess am 11. Juli 2014 folgendes Urteil (vgl. act. 7 [= act. 8/7 = act. 4/2] S. 4):

- I. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.
- II. Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung wird nicht stattgegeben.
- III. Es werden keine Entscheidgebühren erhoben.

(Rechtsmittelbelehrung/Mitteilung.)

**1.3** Mit Schriftsatz vom 13. August 2014 (act. 2-4/16) beschwert sich Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ namens und mit Vollmacht (vgl. act. 3) von A.\_\_\_\_\_ (fortan: der Beschwerdeführer) bei der Kammer gegen das Urteil des Bezirksrates. Dabei stellt er im Wesentlichen die folgenden Anträge (vgl. act. 2 S. 2 – sinngemäss):

1. Aufhebung des Urteils und Rückweisung der Sache zur neuen Beurteilung an den Bezirksrat.
2. Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Kostenbefreiung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes) für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge; Auszahlung einer allfälligen Entschädigung direkt an den Rechtsvertreter.

Die Akten des Bezirksrates und der KESB sind beigezogen worden. Die Sache erweist sich sogleich als spruchreif, weshalb sich Weiterungen erübrigen.

**2. - 2.1** Der Bezirksrat nahm die Beschwerde von Rechtsanwalt X.\_\_\_\_\_ als rechtzeitig entgegen. Er erwog dazu im Wesentlichen, mit der erneuten und kommentarlosen Zustellung des Beschlusses vom 13. Mai 2014 durch die KESB an den Beschwerdeführer mit A-Post sei die Beschwerdefrist nochmals ausgelöst worden (vgl. act. 7 S. 2/3). Weiter hielt der Bezirksrat im Wesentlichen fest, gemäss Art. 450 ZGB sei eine Beschwerde innert der 30-tägigen Frist schriftlich und begründet einzureichen. An die Begründung dürften dann, wenn es sich um eine Laienbeschwerde handle, keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Zu beurteilen sei allerdings keine Laieneingabe, sondern eine von einem Anwalt verfasste Eingabe. Diesem wäre es zuzumuten gewesen, bei der KESB Akteneinsicht zu verlangen, bevor er die Eingabe verfasste, und innert Frist eine begründete Eingabe einzureichen. Auf die Beschwerde sei deshalb infolge Unbegründetheit nicht einzutreten (vgl. a.a.O., S. 3).

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wies der Bezirksrat wegen "Aussichtslosigkeit" der Beschwerde ab und verzichtete aus "Billigkeitsgründen" auf das Erheben von Entscheidgebühren (vgl. a.a.O.).

**2.2** Der Beschwerdeführer lässt im Wesentlichen geltend machen, aufgrund der nochmaligen Zustellung des Beschlusses vom 13. Mai 2014 per A-Post habe die Beschwerdefrist frühestens mit dem 4. Juni 2014 zu laufen begonnen und frühestens mit dem 3. Juli 2014 geendet (vgl. act. 2 S. 4). Er habe Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ im Juni 2014 mit der Sache betraut und dieser habe dann unverzüglich am

21. Juni 2014 beim Bezirksrat Beschwerde erhoben, zwecks deren Begründung um Akteneinsicht ersucht und allenfalls um die Ansetzung einer Nachfrist zur materiellen Begründung. Der Bezirksrat habe auf die Eingabe vom 21. Juni 2014 hin die Akten der KESB beigezogen, ihm keine Einsicht in diese gewährt und daraufhin den angefochtenen Entscheid erlassen (vgl. a.a.O., S. 4 f.). Der Bezirksrat habe ihm damit keine Chance gelassen, sich gegen den Entscheid vom 13. Mai 2014 – in einer höchstpersönlichen Sache – zur Wehr zu setzen. Mit der Verweigerung der Akteneinsicht sei es ihm auch verunmöglicht worden, seine Beschwerde noch näher zu begründen. Es liege eine schwere Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führe (vgl. a.a.O., S. 6). Hinzu komme, dass ebenfalls die KESB seinem Rechtsvertreter mit Entscheid vom 25. Juli 2014 die Einsicht in die Akten verwehrt habe, mit der Begründung, die Vollmacht legitimiere seinen Vertreter nicht zur Akteneinsicht; zudem sei er – der Beschwerdeführer – möglicherweise hinsichtlich der Mandatierung eines Anwalts nicht urteilsfähig (vgl. a.a.O., S. 5).

**2.3 - 2.3.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst u.a. das Recht auf Vertretung bzw. Verbeiständung in einem Verfahren sowie das Recht auf Akteneinsicht. Er ist insoweit formeller Natur. Er umfasst zudem materiell gesehen das Recht darauf, dass sich ein Gericht mit dem Anliegen einer Partei (deren Klage bzw. Rechtsmittel und deren Anträgen) im prozessrechtlich vorgegebenen Rahmen ernsthaft auseinandersetzt, und enthält insoweit zugleich einen Anspruch auf Entscheidungsbegründung.

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör begründet gemäss einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung einen schweren Verfahrensmangel. Entscheide, die unter Verletzung des Anspruches zu Stande gekommen sind, leiden dementsprechend an einem schweren Mangel und sind grundsätzlich auf-

zuheben, unbeschadet dessen, ob der Entscheid ohne die Verletzung anders ausgefallen wäre oder nicht. Eine Heilung der Verletzung des Gehörsanspruches ist – wiederum gemäss einschlägiger höchstrichterlicher Praxis – im Rechtsmittelverfahren an sich möglich, aber nur in Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn erstens die Verletzung des Anspruchs als solche nicht gravierend ist und zweitens die Rechtsmittelinstanz über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz verfügt. Fehlt es nur schon an einer dieser zwei Voraussetzungen, bleibt es beim Grundsatz der Aufhebung des Entscheides.

**2.3.2** Der Bezirksrat hat richtig erkannt (vgl. act. 7 S. 2/3), dass die 30-tägige Frist zur Beschwerde gegen den Beschluss der KESB vom 13. Mai 2014 mit der zweiten, kommentarlosen Zustellung des Beschlusses zu laufen begann. Aufgrund der Akten ist erstellt (und es wird das vom Beschwerdeführer auch anerkannt), dass der Beschluss der KESB am Montag, 2. Juni 2014 der Post übergeben worden war und daher die Zustellung in Form einer A-Post-Sendung an den Beschwerdeführer frühestens am Dienstag, 3. Juni 2014 erfolgen konnte. Dass sich bei der Zustellung irgendwelche postalischen Verzögerungen ereignet hätten, ist aufgrund der Akten nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargelegt (und es hat das daher als erstellt zu gelten). Im Einklang mit der Sachdarstellung des Beschwerdeführers, die nach dem Dargelegten wiederum als erstellt gelten darf, erfolgte die Zustellung somit am 3. Juni 2014 und begann die Beschwerdefrist gemäss Art. 142 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 450f ZPO und § 40 Abs. 3 EG KESR mit dem Mittwoch, 4. Juni 2014 zu laufen. Die Frist endete demzufolge mit dem Donnerstag, 3. Juli 2014. Die am 21. Juni 2014 verfasste und am 23. Juni 2014 beim Bezirksrat eingegangene Beschwerde (vgl. act. 8/1, S. 1) erwies sich daher als rechtzeitig.

Richtig erkannt hat der Bezirksrat weiter, dass innert der 30-tägigen Frist die Beschwerde schriftlich und begründet einzureichen war (vgl. act. 7 S. 3 und dazu Art. 450 Abs. 3 ZGB). Ergänzend ist dem anzufügen, dass es sich bei der Beschwerdefrist, geregelt in Art. 450b Abs. 1 ZPO, um eine gesetzliche Frist handelt, die nicht erstreckt werden kann (vgl. Art. 144 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 450f ZGB und § 40 Abs. 3 EG KESR).

Erkannt hat der Bezirksrat überdies, dass die Beschwerde von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als Vertreter des Beschwerdeführers eingereicht wurde, weist er doch im angefochtenen Entscheid gerade darauf hin (vgl. act. 7 S. 3: keine Laieneingabe) und nahm er Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ zudem im Rubrum als Vertreter auf. An der Vertretungsmacht von Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ und an der Urteilsfähigkeit des Beschwerdeführers, einen Vertreter bestellen zu können, zweifelte der Bezirksrat demnach nie (hätten solche Zweifel bestanden, wäre es Sache des Bezirkrates gewesen, Art. 69 Abs. 1 ZPO zu beachten und dem Beschwerdeführer Gelegenheit einzuräumen, einen Vorschlag zum Vertreter einzubringen). Im Einklang damit wurde am 23. Juni 2014 denn auch ein Telefongespräch mit Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ als Vertreter des Beschwerdeführers geführt (vgl. act. 8/3a).

**2.3.3** Aufgrund der Beschwerdeschrift (act. 8/1) konnte der Bezirksrat zudem un schwer erkennen, dass Rechtsanwalt X. \_\_\_\_\_ geltend machte, er sei erst jüngst mandatiert worden, habe die Beschwerdeschrift unverzüglich erstellt, allerdings ohne Akten. Daher stelle er den Antrag auf Akteneinsicht (möglichst schnelle Aushändigung der Akten; vgl. act. 8/1 S. 1). Der Bezirksrat hat diesen Antrag bis zum 11. Juli 2014 sowie im Entscheid vom 11. Juli 2014 weder formell noch wenigstens informell behandelt, worin bereits für sich allein genommen eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt.

Auch wenn es sodann zutrifft, dass eine anwaltlich vertretene Partei nicht als unbeholfen bezeichnet werden kann, gebot der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 52 ZPO) unter den gegebenen Umständen wenigstens eine informelle Behandlung des Gesuchs um Akteneinsicht durch den Bezirksrat, etwa im Telefongespräch vom 23. Juni 2014 mit dem Hinweis, die Akten befänden sich noch bei der KESB (vgl. auch BGer Urteil 5A\_897/2013 vom 8. Juli 2014) und seien dort einzusehen. Mit dieser gegen Treu und Glauben verstossenden Versäumnis begnügte sich der Bezirksrat allerdings nicht. Zwei Tage nach dem Telefonat, nämlich am 25. Juni 2014, zog er überdies die Akten der KESB (vgl. act. 8/3b) zu seinen Verfahrensakten bei, so dass der Beschwerdeführer nach dem 30. Juni 2014 (vgl. act. 8/6), aber noch während laufender Frist, auch bei der KESB keine Einsicht mehr hätte nehmen können. Bringt der Beschwerdeführer heute der Sache nach vor, der Bezirksrat habe ihm gar keine Chance gelassen, seine Beschwerde

innert Frist und mit Hilfe der Akten der KESB noch ausreichend zu begründen, kann dem eine gewisse Evidenz nicht abgesprochen werden und es bleibt eine schwere Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör festzustellen, die im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren nicht mehr geheilt werden kann. Das führt zur Aufhebung des Entscheides vom 11. Juli 2014 und zur Rückweisung der Sache an den Bezirksrat zur weiteren Behandlung der Sache und neuen Entscheidung.

**2.3.4** Mit der Rückweisung wird das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren wieder in den Stand versetzt, in dem es sich vor der Gehörsverletzung befunden hat. Das Gesuch um Akteneinsicht hätte bei korrektem Vorgehen des Bezirkrates am 23. Juni 2014 behandelt werden können bzw. sollen, also noch während der bis zum 3. Juli 2014 laufenden Beschwerdefrist. Demgemäss läuft dem Beschwerdeführer eine entsprechende Frist, um beim Bezirksrat die Akten (auch der KESB) einzusehen und seine Beschwerde zu begründen. Die Frist beginnt mit der Zustellung der Akten an den Vertreter des Beschwerdeführers zur Einsichtnahme durch den Bezirksrat. Nach Ablauf der Frist wird der Bezirksrat über die Sache neu zu entscheiden haben aufgrund der dazumal vorliegenden Anträge und Akten.

**3.** Bei diesem Verfahrensausgang (Rückweisung wegen Gutheissung der Beschwerde) sind für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten zu erheben. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Befreiung von den Gerichtskosten im zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahren ist daher gegenstandslos geworden und abzuschreiben.

Die Mittellosigkeit des Beschwerdeführers i.S. des Art. 117 ZPO ist aufgrund der Akten ohne Weiteres gegeben. Die Beschwerde erwies sich sodann – wie gesehen – nicht als aussichtslos im Sinne des Gesetzes. Der Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes steht insofern nichts entgegen und sie erweist sich mit Blick auf den Verfahrensgegenstand ebenfalls angebracht i.S. des Art. 118 Abs. 1 ZPO.

**Es wird beschlossen:**

1. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren (Befreiung von Gerichtskosten) wird abgeschrieben.
2. Dem Beschwerdeführer wird für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. HSG X. \_\_\_\_\_ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt.
3. In Gutheissung der Beschwerde wird das Urteil des Bezirksrates Winterthur vom 11. Juli 2014 aufgehoben und es wird die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an den Bezirksrat Winterthur zurückgewiesen.
4. Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
5. Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes des Beschwerdeführers für das zweitinstanzliche Verfahren wird später in einem separaten Beschluss festgesetzt.
6. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Bezirke Winterthur und Andelfingen, die Direktion der Justiz und des Innern (Gemeindeamt des Kantons Zürich), ferner hinsichtlich Dispositiv Ziffer 2 an Rechtsanwalt lic. iur. HSG X. \_\_\_\_\_, ... [Adresse], 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 in der Hauptsache ein 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. M. Isler

versandt am: