

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ140087-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin
lic. iur. E. Lichti Aschwanden und Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur
sowie Gerichtsschreiber lic. iur. D. Oehninger

Urteil vom 8. Mai 2015

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X1. _____

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X2. _____

gegen

B. _____,

Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____

substituiert durch Rechtsanwältin MLaw Y2. _____

vertreten durch Rechtsanwältin MLaw Y3. _____

betreffend **Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung**

**Beschwerde gegen ein Urteil der Kammer I des Bezirksrates Zürich vom
6. November 2014; VO.2013.108 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
der Stadt Zürich)**

Erwägungen:

I.

1. A._____ (fortan: Beschwerdeführerin; um Verwechslungen zu vermeiden, weil die Parteirollen im Vergleich zum Verfahren vor dem Bezirksrat vertauscht sind, werden die Parteien im Dispositiv beim Namen genannt) ist die (einzige) Tochter von B._____ (fortan: Beschwerdegegnerin). Mit Eingabe vom 20. September 2013 stellte der damalige Vertreter der Beschwerdeführerin einen Antrag auf Erlass erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen für die Beschwerdegegnerin, den er mit Schreiben vom 25. September 2013 ergänzte und konkretisierte. Anlass waren Vorbereitungen der Beschwerdegegnerin, die seit Anfang 2012 im Altersheim lebt, zum Verkauf ihres ehemaligen Wohnhauses an der C._____ - Strasse ... in Zürich.

2. Gestützt auf einen ärztlichen Bericht und aufgrund einer Anhörung der Beschwerdegegnerin, welche am 30. September 2013 stattfand (act. 9/16), ordnete die KESB für die Beschwerdegegnerin mit Beschluss vom 7. November 2013 die Errichtung einer Vermögensverwaltung nach Art. 394 in Verbindung Art. 395 ZGB an. Die Beiständin - ernannt wurde damals Frau D._____ vom Sozialzentrum E._____, Quartierteam F._____, die zwischenzeitlich mit Beschluss vom 15. Juli 2014 wegen Stellenwechsels durch ihre Nachfolgerin, Frau G._____, ersetzt worden sei, wie aus einem von der Beschwerdeführerin eingereichten Schreiben der KESB vom 20. Februar 2015 hervorgeht (act. 26) - wurde namentlich damit beauftragt, die Beschwerdegegnerin beim Erledigen der administrativen und finanziellen Angelegenheiten zu vertreten und ihre Interessen betreffend ihr Grundstück zu wahren. Die Handlungsfähigkeit wurde nicht eingeschränkt (act. 9/28).

3. Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdegegnerin am 12. Dezember 2013 Beschwerde an den Bezirksrat mit den Anträgen (act. 8/1):

1. Es seien Ziffer 1 bis 5 des Beschlusses Nr. ... vom 7. November 2013 der Rekursgegnerin vollumfänglich aufzuheben. Insbeson-

dere sei die Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB aufzuheben und es sei Frau D. _____ als Beiständin abzusetzen.

2. Eventualiter zu Antrag Ziffer 1 sei Frau D. _____ als Beiständin abzusetzen und Herr Rechtsanwalt Dr. Y1. _____, MBA, als Beistand der Rekurrentin einzusetzen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (letztere zuzüglich MwSt.) zu Lasten der Rekursgegnerin.

Mit Beschluss vom 27. Februar 2014 wurde der Beschwerde auf Antrag der Beschwerdeführerin (in jenem Verfahren Beschwerdegegnerin) die aufschiebende Wirkung entzogen. Mit Urteil vom 6. November 2014 ernannte der Bezirksrat Rechtsanwalt Dr. Y1. _____, den Rechtsvertreter der Beschwerdegegnerin, zu ihrem Beistand. Im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen (act. 7).

4. Gegen den Entscheid des Bezirksrats, der ihrem Vertreter am 10. November 2014 zugestellt wurde (act. 8/43), liess die Beschwerdeführerin am 10. Dezember 2014 rechtzeitig innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist Beschwerde führen mit den Anträgen (act. 2):

1. Es sei Ziffer I Abs. 1 des Urteils der Kammer I des Bezirkrates Zürich vom 6. November (Geschäfts-Nr. VO.2013.108/3.02.03) in dem Sinne aufzuheben bzw. abzuändern, dass die Ernennung von Rechtsanwalt Dr. iur. Y1. _____ zum Beistand aufgehoben und der Amtsbeistand bestätigt wird.
2. Es sei Ziffer II des Urteils der Kammer I des Bezirkrates Zürich vom 6. November (Geschäfts-Nr. VO.2013.108/3.02.03) abzuändern und es sei die gesamte Entscheidgebühr der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.
3. Es sei Ziffer II des Urteils der Kammer I des Bezirkrates Zürich vom 6. November (Geschäfts-Nr. VO.2013.108/3.02.03) abzuändern und es sei der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zuzusprechen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

5. Mit Verfügung vom 22. Dezember 2014 (act. 10) wurden der Beschwerdegegnerin und dem von der Vorinstanz zum Beistand ernannten Dr. Y1. _____ eine Frist zur Beantwortung der Beschwerde bzw. zur Vernehmlassung angesetzt. Je

mit Eingabe vom 28. Januar 2015 beantragten sowohl die Beschwerdegegnerin (act. 12) als auch Dr. Y1._____ (act. 14) die Abweisung der Beschwerde.

6. Mit Beschluss vom 3. Februar 2015 ordnete das Gericht eine Anhörung der Beschwerdegegnerin durch eine Delegation des Gerichts unter Ausschluss der übrigen Verfahrensbeteiligten und insbesondere ihrer Rechtsvertreter an (act. 15). Diese Anhörung fand am 17. Februar 2015 statt (Prot. S. 4 ff.; act. 19). Am 13. März 2015 nahmen eine Vertreterin der Beschwerdegegnerin (act. 22) und am 16. März 2015 die Beschwerdeführerin (act. 25) schriftlich Stellung zum Protokoll der Anhörung, während sich Dr. Y1._____ nicht vernehmen liess. Sämtliche Eingaben wurden den anderen Verfahrensbeteiligten zugestellt (act. 27/1-3 und act. 28/1-3). Weitere Beweisabnahmen erübrigen sich, das Verfahren ist spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz erachtete die Hilfsbedürftigkeit der Beschwerdegegnerin für gegeben. Es sei nicht zu beanstanden, dass die KESB eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB errichtet habe. Die von der KESB umschriebenen Aufgabenbereiche der Beistandschaft würden den festgestellten Bedürfnissen der Beschwerdeführerin entsprechen. Da sie offenkundig nicht in der Lage sei, die Y1._____ Rechtsanwälte AG, der sie eine Generalvollmacht erteilt habe, beim Verkauf ihrer Liegenschaft zu kontrollieren, zu überwachen und nötigenfalls zu ersetzen, seien die Aufgabenbereiche der Beistandschaft unverändert zu belassen und insbesondere der Verkauf der Liegenschaft aufzuführen (act. 7 S. 16 f. E. 3.6). In diesem Umfang wurde die Beschwerde abgewiesen und der Entscheid der KESB bestätigt. Dieser Teil des vorinstanzlichen Entscheides blieb unangefochten und ist demnach in Rechtskraft erwachsen.

2. Entsprechend dem Eventualantrag der Beschwerdegegnerin ernannte die Vorinstanz anstelle der von der KESB eingesetzten Amtsbeiständin D._____ Rechtsanwalt Dr. Y1._____ zum Beistand. Zur Begründung verwies sie auf

Art. 401 Abs. 1 ZGB. Schlage die betroffene Person eine Vertrauensperson vor, sei diesem Wunsch zu entsprechen, wenn die vorgeschlagene Person für die Beistandschaft geeignet und zu deren Übernahme bereit sei. Diese Voraussetzungen seien im Fall von Dr. Y1._____ erfüllt. Den Einwand, Dr. Y1._____ sei als ihr Anwalt wegen kollidierender Interessen für dieses Amt nicht geeignet, verwarf die Vorinstanz (act. 7 S. 18 f. E. 3.7).

3. Die Vorinstanz stützte ihren Entscheid auf die Akten und damit namentlich auf die Abklärungen der KESB. Sie verzichtete insbesondere auf die beantragte Einholung eines Gutachtens darüber, ob die Beschwerdeführerin bei der Unterzeichnung eines Vorsorgeauftrages und einer Generallvollmacht zugunsten der Y1._____ Rechtsanwälte AG am 17. Dezember 2013 urteilsfähig war, weil die KESB diesen Vorsorgeauftrag noch nicht genehmigt habe, so dass die Wirksamkeit der Beistandschaft davon nicht berührt werde (act. 7 S. 11 f. E. 3.3).

Die Beschwerdeführerin rügt diese Unterlassung, weil die Urteilsfähigkeit der Beschwerdegegnerin auch für die Beurteilung ihres Vorschlags eines Beistands von Bedeutung sei, und beantragt erneut die Begutachtung der Beschwerdegegnerin (act. 2 S. 8 ff. Ziff. 4.1). Diese Überlegung trifft grundsätzlich zu. Da jedoch kein entsprechender Wunsch oder Vorschlag vorliegt, wie nachstehend gezeigt wird, erübrigen sich Abklärungen zur Urteilsfähigkeit der Beschwerdegegnerin. Ein Entzug der Handlungsfähigkeit, wie er von der Beschwerdeführerin angeregt wird (act. 25 S. 7), ist von der KESB im Zusammenhang mit der offenbar laufenden Prüfung der Urteilsfähigkeit (vgl. act. 26) zu prüfen.

4. Zur Begründung seines Eventualantrags, er sei selbst als Beistand einzusetzen, hatte Dr. Y1._____ vor Vorinstanz ausgeführt, die Beschwerdegegnerin habe vollstes Vertrauen zu ihm und habe explizit ihn angefragt, ob er ihr Beistand werden könne (act. 8/2 S. 11 Rz. 30).

Die Beschwerdeführerin hält es für erstaunlich, dass die Beschwerdegegnerin diesen Wunsch geäußert hätte, und bestreitet dies. Die Beschwerdegegnerin müsse Dr. Y1._____ vor nicht allzu langer Zeit kennen gelernt haben, dieser sei kein langjähriger Vertrauter. Sie rügt, dass die Vorinstanz unter diesen Umstän-

den ohne weitere Abklärungen davon ausging, die Beschwerdegegnerin persönlich habe einen Vorschlag für einen Beistand gemacht (act. 2 S. 12 Rz. 43 ff.).

Aus dem Protokoll der Anhörung durch eine Delegation der KESB geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin auf die Frage, ob sie damit einverstanden sei, dass sie zur Unterstützung einen Beistand erhalte, wissen wollte, ob das nicht die Besucher von der KESB machen könnten (act. 9/16 S. 4 oben). Während der Anhörung im gerichtlichen Verfahren fragte sie den Referenten sogar zweimal, ob nicht er diese Aufgabe übernehmen könnte (Prot. S. 8 und 9). Es erscheint also entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht unglaublich, dass sie auch ihren Anwalt beim Instruktionsgespräch bat, dieses Amt zu übernehmen.

Dieser Wunsch erreicht allerdings nicht die Nachhaltigkeit und Stärke, die es braucht, damit unter Art. 401 Abs. 1 ZGB darauf abgestellt werden könnte. So fällt auf, dass die Beschwerdegegnerin in der gerichtlichen Anhörung nicht von sich aus auf Dr. Y1._____ zu sprechen kam, obwohl dieser anscheinend am selben Vormittag bei ihr zu Besuch gewesen war (vgl. act. 22 S. 4 Rz. 8), und dass sie ihn auch auf eine mehr oder weniger offene Aufforderung nicht als Beistand vorschlug, sondern ihn bloss ausweichend als sympathisch beschrieb (Prot. S. 7 und S. 8 f.). Es kann also nicht von einem entsprechenden Wunsch oder Vorschlag i.S. von Art. 401 ZGB die Rede sein.

Die Beschwerdegegnerin ist sich ihrer Hilfsbedürftigkeit offenbar bewusst und sucht aktiv nach Unterstützung. Dass sie die Delegation der KESB oder den gerichtlichen Referenten bei der ersten Begegnung fragt, ob sie dieses Amt übernehmen könnten, erscheint allerdings wahllos und beliebig und als weiteres Zeichen der Hilflosigkeit. Es ist fraglich, ob es sich bei solchen flüchtigen Bekannten überhaupt um Vertrauenspersonen i.S. von Art. 401 Abs. 1 ZGB handeln kann. Im Fall von Dr. Y1._____ dürfte es sich ähnlich verhalten. Das kann jedoch dahin gestellt bleiben, da die Beschwerdegegnerin an diesem Wunsch nicht festhält, wie oben dargelegt wurde, so dass von vornherein nicht darauf abgestellt werden kann.

Ob Dr. Y1._____ als Beistand geeignet wäre, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben. Die Vorinstanz hatte die Gefahr einer Interessenkollision aufgrund seiner Doppelrolle als Anwalt und Beistand verneint. Während der Umstand, dass in der Anwaltsvollmacht nicht er selbst, sondern die Y1._____ Rechtsanwälte AG genannt wird, angesichts seiner Rolle in dieser Gesellschaft nichts nützt, sind die Hinweise der Vorinstanz auf den gesetzlichen Wegfall der Befugnisse des Beistandes bei Interessenkollisionen (Art. 403 Abs. 2 ZGB), die Rechenschaftspflicht gegenüber der KESB (Art. 415 ZGB) und die Zustimmungspflicht der Veräusserung eines Grundstücks (Art. 416 Ziff. 4 ZGB) grundsätzlich zutreffend. In Bezug auf die Urteilsfähigkeit, welche von der KESB gegenwärtig abgeklärt wird (act. 26), ist ein Interessenkonflikt zwischen der Rolle als Beistand und als Anwalt allerdings nicht zu übersehen, da der Anwalt die Weisungen seiner Klienten umzusetzen hat, was er nicht optimal tun kann, wenn er ihre Urteilsfähigkeit hinterfragt.

5. Während die Beschwerdegegnerin sich offenbar nicht auf eine bestimmte Person festlegen will bzw. in ihren Wünschen schwankend ist, so dass sich ein Wunsch oder Vorschlag i.S. von Art. 401 Abs. 1 ZGB nicht feststellen lässt, ist deutlich, dass sie niemanden von der Behörde will (Prot. S. 10). Einem solchen negativen Wunsch ist soweit tunlich zu entsprechen (Art. 401 Abs. 3 ZGB). Damit die Behörde oder eine Beschwerdeinstanz beurteilen kann, ob es tunlich ist, auf einen solchen Wunsch Rücksicht zu nehmen, ist die Ablehnung zu begründen. Das Ablehnungsrecht stellt kein Vetorecht dar und soll die Massnahme nicht blockieren bzw. ihren Zweck nicht vereiteln (Reusser, BSK ZGB I, 5. Aufl. 2014, Art. 401 N 22; Fassbind, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, S. 260).

Es fällt auf, dass die Beschwerdegegnerin keine Vorbehalte äusserte, die sich gegen die von der KESB eingesetzte Beiständin als Person richten. Stein des Anstosses scheint vielmehr ihre Zugehörigkeit zur Behörde zu sein. Dass die Person der Beiständin inzwischen geändert habe (act. 26), ist daher unerheblich. Nach der Lehre kann sich die Ablehnung nicht nur gegen eine bestimmte Person, sondern auch gegen eine bestimmte Kategorie von Personen richten (Reusser, a.a.O., Art. 401 ZGB N 21). Dabei wird es sich in der Regel mehrheitlich um Per-

sonen handeln, mit denen die betroffene Person noch nie zu tun hatte, was die Anforderungen an die Begründung erhöht. Schlechte Erfahrungen mit einzelnen Mitgliedern genügen nicht als Grund für die Ablehnung einer ganzen Gruppe. Es muss sich um sachliche Gründe handeln, die etwas mit einem Merkmal dieser Gruppe zu tun haben.

Die Beschwerdegegnerin begründet ihre ablehnende Haltung gegenüber einer Berufsbeiständin oder einem Berufsbeistand nicht näher. Aus den Akten geht hervor, dass der Umstand, dass die von der KESB eingesetzte Beiständin die Konten der Beschwerdegegnerin auflöste und zur ZKB transferierte, beim Altersheim H._____ wegen damit verbundener Probleme beim Zahlungsverkehr für Unmut sorgte. Ausserdem habe die Beiständin die Schlüssel der Liegenschaft der Beschwerdegegnerin nicht zurückgegeben und die Schlösser ausgewechselt (act. 8/26/1; act. 19; act. 22 S. 5 Rz. 13 f.).

Solche Handlungen sind im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung üblich. Die Transferierung der Vermögenswerte an einen einzigen Ort erlaubt eine effiziente Verwaltung, was grundsätzlich zu begrüßen ist und auch im Interesse der betroffenen Person liegt, welche diese Kosten zu tragen hat. Davon betroffen war primär das Altersheim, was der Beschwerdegegnerin offenbar zu Ohren kam (vgl. act. 19). Dass eine Privatbeiständin allenfalls von solchen Schritten abgesehen hätte, ist kein genügender sachlicher Grund für die pauschale Ablehnung einer Berufsbeiständin.

Dass die Beschwerdegegnerin mit solchen Veränderungen Mühe hat, ist nachvollziehbar, insbesondere falls sie ohne ihr Wissen erfolgen. Ob tatsächlich keine Information (auch nicht von Seiten der Bank) erfolgte oder ob sie diese nicht verstanden hatte oder wieder vergass, muss mit Blick auf ihren Gesundheitszustand allerdings offen bleiben. Grundsätzlich gehört die Orientierung der betroffenen Person über solche Schritte zu den Aufgaben der Beiständin und trägt zur Akzeptanz und zum reibungslosen Vollzug der Massnahme bei, wobei Art und Umfang der Information der Urteilsfähigkeit der betroffenen Person anzupassen sind.

Ein persönlicher Kontakt zwischen der Beschwerdegegnerin und der Beiständin scheint noch nicht stattgefunden zu haben. Das dürfte damit zusammen hängen, dass die Ernennung der Beiständin durch die KESB nicht in Rechtskraft erwuchs und durch den Bezirksrat aufgehoben wurde. Mit dem vorliegenden Entscheid fällt dieses Hindernis weg. Angesichts des Vertrauens, das die Beschwerdegegnerin den Behördenvertretern und der Delegation des Gerichts im Rahmen dieses Verfahrens entgegen brachte, ist zu hoffen, dass es der (neuen) Beiständin in der persönlichen Begegnung gelingt, der Behörde ein Gesicht zu geben und die Vorbehalte der Beschwerdegegnerin auszuräumen.

6. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufzuheben, was bedeutet, dass die Ernennung der Beiständin durch die KESB zu bestätigen ist.

III.

Die Beschwerdeführerin hat die Regelung der Nebenfolgen durch die Vorinstanz angefochten. Nachdem ihre Beschwerde gutgeheissen und der vorinstanzliche Entscheid aufgehoben wird, sind die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin auch für das obergerichtliche Verfahren kostenpflichtig. Die Beschwerdegegnerin ist zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für beide Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung zu bezahlen. Bei der Bemessung der Entscheidungsbühr und der Parteientschädigung ist vom Rahmen für eine nicht vermögensrechtliche Streitigkeit nach den jeweils einschlägigen obergerichtlichen Verordnungen auszugehen. Dabei sind die Durchführung einer Anhörung im obergerichtlichen Verfahren und die deswegen notwendige Einholung mehrerer Stellungnahmen sowie der Umstand, dass vor Vorinstanz ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt wurde, als Gründe für die Erhöhung der jeweiligen Grundgebühren zu berücksichtigen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und Dispositiv Ziff. I Abs. 1, Ziff. II und Ziff. III des Urteils des Bezirksrates Zürich (Kammer I) vom 6. November 2014 werden aufgehoben.
2. Die Ernennung einer Beiständin/eines Beistandes im Sinne von Dispositiv Ziff. 2 des Beschlusses Nr. ... der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (Kammer I) vom 7. November 2013 wird bestätigt.
3. Die Entscheidgebühr des Bezirksrats von Fr. 1'800.-- wird B._____ auferlegt.
4. Die Entscheidgebühr für das obergerichtliche Verfahren wird auf Fr. 2'500.-- festgesetzt und B._____ auferlegt.
5. B._____ wird verpflichtet, A._____ für die Beschwerdeverfahren vor dem Bezirksrat und dem Obergericht eine Parteienschädigung von Fr. 5'000.-- zuzüglich Fr. 400.-- (8% Mehrwertsteuer), d.h. insgesamt Fr. 5'400.--, zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an Rechtsanwalt Dr. Y1._____, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt 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.
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 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

Der Gerichtsschreiber:

lic. iur. D. Oehninger

versandt am: