

Art. 450 Abs. 2 ZGB, Legitimation der nahe stehenden Person. Der Ehemann, der sich für seine Frau einsetzt, ist legitimiert, auch wenn das Verhältnis ambivalent ist und sie ihn mitunter vehement ablehnt (E. 3.1). **Abs. 336 Abs. 2 ZPO, Bescheinigung der Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit.** Die Bescheinigung der Rechtskraft oder Vollstreckbarkeit ist nicht anfechtbar und kann nicht Gegenstand einer KESR-Beschwerde sein. **Art. 374 und 376 ZGB, Vertretung des urteilsunfähigen Ehegatten.** Diese Vertretung setzt voraus, dass die Eheleute einen gemeinsamen Haushalt führen oder der eine dem anderen regelmässig und persönlich Beistand leistet (E. 3.3).

Die Eheleute lebten zusammen, bis die Frau (F.) fürsorgerisch in einer psychiatrischen Klinik und dann in einer Pflegeinstitution untergebracht wurde. Nach ihrer Entlassung konnte sie in die eheliche Wohnung zurückkehren. In der Folge errichtete die KESB eine Beistandschaft für sie, welche der Bezirksrat aber auf Beschwerde des Ehemannes (M.) hin aufhob. Der Ehemann führt mit verschiedenen Anträgen Beschwerde ans Obergericht. Mittlerweile hat F. das eheliche Domizil wieder verlassen.

(aus den Erwägungen des Obergerichts:)

3.1 M. war vor Bezirksrat Partei und ist daher fürs Erste ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert. Was Anordnungen angeht, welche vorwiegend oder ausschliesslich seine Frau betreffen, muss sich seine Legitimation für Anträge in der Sache aus Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB ergeben. Als Ehemann ist er ohne Weiteres eine solche nahe stehende Person. In Ausnahmefällen kann die Legitimation eines nahe Stehenden gleichwohl fehlen. Zunächst gilt dies für Anordnungen, welche gerade eigens gegen den nahe Stehenden gerichtet sind wie in einem instruktiven Fall, in welchem eine Frau auf ihren eigenen Wunsch durch die angeordnete Beistandschaft vor ihrem dominanten Bruder geschützt werden sollte (OGerZH PQ140035 vom 9. Juli 2014). Auch bei einem manifesten Gegensatz der Interessen fehlt die Legitimation: wenn es um ein Grundstücksgeschäft zwischen Mutter und Sohn geht (OGerZH PQ180047 vom 5. September 2018 oder um eine Millionen-Schenkung des möglicherweise urteilsunfähigen Vaters an seine Tochter [OGerZH PQ180080 vom 13. Dezember 2018]). Zu differenzieren ist, wenn die betroffene Person den von einem nahe Stehenden beantragten Schutz ablehnt. Vorweg können die Interessen auch des nahe Stehenden von Gesetzes wegen erheblich sein, wie bei der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 Abs. 2 ZGB). Ferner kommt es entscheidend darauf an, ob die Ablehnung aus freiem Willen getroffen wird und auf einer selbstverantwortlichen Entscheidung beruht; dann ist

auch der nahe Stehende nicht legitimiert, mag er auch keine eigenen, sondern die aus seiner Sicht wohl verstandenen Interessen der betroffenen Person verfolgen (OGerZH PQ170040 vom 29. Sept. 2017). Ausgangspunkt ist immer die gesetzliche Regel, dass der nahe Stehende legitimiert ist.

Im heutigen Fall ist nicht zu bezweifeln, dass M. seine Anträge stellt, um seiner Frau zu helfen. Als sie sich im Pflegezentrum B. befand, bemühte er sich um ihr Wohl, sowohl im Grundsätzlichen als auch mit kleinen praktischen Dingen wie Noppensocken als Sturz-Prävention. Zwar kann sich F. bisweilen gegen ihren Mann wenden und will dann von ihm nichts wissen (in diese Richtung gehen auch Ausführungen von M. selbst in der Beschwerde zur neuesten Entwicklung seit der Mitte dieses Jahres (es ist darauf zurück zu kommen), und wird sogar gegen ihn aggressiv. Andererseits wird berichtet, dass sie ihn und das gemeinsame Zuhause vermisste, auch wenn das Zusammenleben bisweilen spannungsgeladen gewesen zu sein scheint, und dass sie gegenüber einem Gutachter erklärte, ihr Mann sei der liebste Mensch der Welt und würde alles für sie tun (Gutachten Dr. S., Gutachten R.). Unter diesen Umständen ist die Legitimation M.s als seiner Frau nahe Stehender im Sinne von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB nach der gesetzlichen Regel zu bejahen.

3.2 Mit dem Rechtsbegehren 1 seiner Beschwerde verlangt M.,

"Die Vorinstanz sei unverzüglich anzuweisen, dem Beschwerdeführer unverzüglich eine Rechtskraftbescheinigung des heute angefochtenen Urteils v. 08. 10. 20 auszufertigen."

Er begründet das damit, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung habe. Es bestehe ein Widerspruch zwischen dem Erwachsenenschutzrecht und der Zivilprozessordnung, weil der Gesetzgeber die Koordination der beiden Gesetze "einfach verschlampt" habe.

Im Rahmen eines Rechtsmittels kann nach allgemeiner Auffassung verlangt werden, dass die Rechtsmittelinstanz eine von der Vorinstanz verweigerte Anordnung treffe oder eine Anordnung abändere. Im Rahmen eines pendenten Verfahrens kann die Untätigkeit der mit einer Sache befassten Instanz als Rechtsverzögerung gerügt werden. Das Ausstellen einer Rechtskraftbescheinigung für einen

angefochtenen Entscheid gehört so weit bisher bekannt und praktiziert nicht zu den mit einem Rechtsmittel möglichen Anträgen¹. Ob ein Rechtsmittel aufschiebende Wirkung hat oder nicht, ergibt sich aus den Gesetzen, und die mit der Rechtsanwendung befassten Instanzen können dazu keine eigenen Anordnungen treffen. Möglich und in der Praxis selbstverständlich ist die Mitteilung einer Rechtsmittelinstanz, dass bis zu einem bestimmten Zeitpunkt kein Rechtsmittel eingegangen sei. Daneben sehen die Gesetze vor, dass die aufschiebende Wirkung einem Rechtsmittel entzogen und/oder wieder erteilt werden kann, und in bestimmten Fällen ist es zulässig, die vorzeitige Vollstreckung einer Anordnung zu bewilligen, welche nach der Regelung des entsprechenden Rechtsmittels an sich noch nicht vollstreckbar wäre. Es ist zu prüfen, wie es sich hier verhält resp. ob eine von diesen Ausnahmen zutrifft.

Für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht sieht das Gesetz ein eigenes, als Beschwerde bezeichnetes Rechtsmittel vor (Art. 450 ZGB). Diese Beschwerde hat aufschiebende Wirkung, sofern die Erwachsenenschutzbehörde oder die gerichtliche Beschwerdeinstanz nichts anderes verfügt (Art. 450c ZGB). Auf die Beschwerde sind "im Übrigen" die Bestimmungen der Zivilprozessordnung anwendbar, sofern die Kantone nichts anderes bestimmen (Art. 450f.). Der Kanton Zürich hat Bestimmungen zum Verfahren im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und insbesondere zum Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen erlassen (§§ 40 ff., insbesondere 62 ff. EG KESR). Dabei hat er keine eigenen Anordnungen über die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln getroffen. Das hätte er auch nicht tun dürfen, weil das Bundesrecht dazu Bestimmungen enthält, die nach ihrem Wortlaut und bisher allgemeiner Auffassung abschliessend zu verstehen sind, und die anderslautenden kantonalen Vorschriften vorgehen (Art. 49 Abs. 1 BV). Für die Frage der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht kommt es also nur auf die Vorschriften des ZGB an.

Es ist einzuräumen, dass die unterschiedlichen Regeln der verschiedenen als "Beschwerde" bezeichneten Rechtsmittel im Bundesrecht (etwa in der Zivil-

¹ nachträgliche Anmerkung: so neuestens nun *BGer 5A_642/2020* vom 3. Dezember 2020, E. 1.3

prozessordnung, im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, im Betreibungsrecht, im Bundesgerichtsgesetz) zu Missverständnissen führen können. Offenkundig haben sie auch den an sich rechtlich gut bewanderten Beschwerdeführer in die Irre geführt. Genau besehen besteht aber kein Widerspruch und hat der Gesetzgeber nicht wie es M. ausdrückt "geschlampt": Wie bereits zitiert, erklärt Art. 450f ZGB die Zivilprozessordnung (nur) für so weit anwendbar, als das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht keine eigenen Bestimmungen aufstellt ("im Übrigen..."). Wenn auch die Beschwerde als Rechtsmittel im Zivilprozess nach Art. 325 ZGB von Gesetzes wegen keine aufschiebende Wirkung hat, gilt das daher nicht für die Beschwerde im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, für welches eine eigene, gegenteilige Bestimmung gilt (Art. 450c ZGB).

Das erste Rechtsbegehren (...), das Obergericht solle den Bezirksrat anweisen, ihm eine Rechtskraftbescheinigung für den angefochtenen Entscheid zukommen zu lassen, beruht also auf einer unrichtigen Rechtsauffassung.

Die KESB hat einer allfälligen Beschwerde gegen ihren Entscheid vom 2. April 2020 die aufschiebende Wirkung entzogen. Der Bezirksrat traf keine Anordnung betreffend aufschiebender Wirkung einer Beschwerde ans Obergericht, und darum gilt hier die gesetzliche Regel. M. führt in seiner Beschwerde auch gar nicht aus, weshalb er oder seine Ehefrau ein Interesse an einer Rechtskraftbescheinigung hätten. Ein solches Interesse, das nach Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO Voraussetzung eines entsprechenden Rechtsmittel- aber auch jeden anderen prozessualen Antrages wäre, ist auch nicht zu erkennen.

In diesem Punkt ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

3.3 (...) Die KESB entzog M. das Vertretungsrecht für seine Ehefrau (1. Satzteil) und verweigerte ihm "damit" das Ausstellen der verlangten Urkunde im Sinne von Art. 376 ZGB (2. Satzteil). Der Bezirksrat hob den ersten Satzteil auf und belies es damit beim gesetzlichen Vertretungsrecht des Ehemannes. Dieser beharrt nun mit der Beschwerde ans Obergericht auf seinem Begehren um Ausstellen der Urkunde.

Unter Ehegatten besteht ein gesetzliches Vertretungsrecht für "laufende Bedürfnisse" (Art. 166 ZGB). Wird ein Ehegatte urteilsunfähig, erweitert sich die Vertretung durch den Partner, welcher mit dem ersteren im gleichen Haushalt lebt oder ihm regelmässig und persönlich Beistand leistet. Die Vertretung umfasst dann auch alle üblichen Rechtshandlungen zum Decken des Unterhaltsbedarfs, die ordentliche Verwaltung von Einkommen und Vermögen, ferner "nötigenfalls" das Öffnen und Erledigen der Post (Art. 374 Abs. 1 und 2 ZGB). Bestehen Zweifel daran, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, entscheidet die KESB, und diese stellt dem Vertretungsberechtigten gegebenenfalls eine Urkunde aus, welche seine Befugnisse dokumentiert (Art. 376 ZGB). Ausserordentliche Rechtshandlungen im Rahmen der Vermögensverwaltung bedürfen immer der Zustimmung durch die KESB (Art. 374 Abs. 3 ZGB).

Der Bezirksrat erwog im angefochtenen Entscheid, aktuell sei F. nicht mehr fürsorgerisch untergebracht und werde von ihrem Ehemann im gemeinsamen Heim umsorgt. Die festgestellten psychischen Schwierigkeiten beständen schon seit Langem, seien aber nach dem Gutachten S. über beinahe zwei Jahrzehnte kompensiert geblieben, und F. scheine nicht grundsätzlich urteilsunfähig. M. habe erklärt, es seien die nötigen baulichen Massnahmen für ein Leben seiner Frau im gemeinsamen Heim geschaffen, er habe sich um die hausärztliche Betreuung gekümmert und erwäge, eine gerontopsychiatrische Behandlung zu installieren. Unter diesen Umständen sei eine Beistandschaft nicht (mehr) nötig, komme aber auch die erweiterte Vertretung F.s durch M. nicht zum Tragen.

Die Aufhebung der Beistandschaft ist von keiner Seite angefochten, ebenso wenig der Entscheid des Bezirkrates, den von der KESB gegenüber M. ausgesprochenen Entzug der ehelichen Vertretungsbefugnis aufzuheben. Die gesetzlichen Regeln der Vertretung unter den Eheleuten gelten also (wieder).

M. kritisiert den Entscheid des Bezirkrates, ihm nach wie vor die Urkunde für die ausserordentliche Vertretung nicht auszustellen, weil seine Frau klar und bisher unstreitig urteilsunfähig sei. Erst das "dümmliche Theater" der KESB im Rahmen der Verlegung F.s von der psychiatrischen Klinik A. nach B. habe Zweifel an seiner Vertretungsbefugnis aufkommen lassen. Dass seine Frau urteilsfähig

wäre, sei ausgeschlossen und aktenwidrig. Sie lebe auch keineswegs wieder bei ihm: Am 3. August 2020 habe er sich unter Hinweis auf die Corona-Epidemie geweigert, mit ihr ein Restaurant aufzusuchen, worauf sie zur gemeinsamen im Nachbarhaus lebenden Tochter geflüchtet sei. Diese habe ihre Mutter in die Obhut der Beiständin "entführt". F. sei bis zum 13. Oktober 2020 an einem dem Ehemann bis heute verheimlichten Ort, in der Folge im Heim U. untergebracht worden. M. bemängelt, dass der Bezirksrat vor seinem Entscheid keine Stellungnahme der KESB einholte, und dass im Beschwerdeverfahren des Bezirkrates neue Behauptungen und neue Beweismittel ausgeschlossen gewesen wären.

Vorweg sind zwei Punkte zum Verfahren richtig zu stellen. Nach Art. 450d ZGB gibt die Beschwerdeinstanz der KESB Gelegenheit zur Stellungnahme, worauf die Behörde den angefochtenen Entscheid in Wiedererwägung ziehen kann. Dass die KESB davon hier Gebrauch gemacht hätte, macht M. nicht ausdrücklich geltend, und nach seiner abschätzigen Beurteilung der Behörde ("dümmlisches Theater") ist nicht anzunehmen, er wolle das stillschweigend behaupten. Eine Vernehmlassung kann etwa im Rahmen der Pflicht zur Erforschung des Sachverhaltes von Amtes wegen angezeigt sei, wenn die KESB neue Entwicklungen ins Verfahren einbringen könnte (beispielsweise bei einer streitigen Kontaktregelung erste Erfahrungen mit von Kind und getrennt lebendem Elternteil gemeinsam verbrachter Zeit); das dürfte im heutigen Fall keine Rolle gespielt haben, und M. macht nichts Solches geltend. Die Bestimmung von Art. 450d ZGB gibt den Verfahrensbeteiligten darüber hinaus kein abstraktes und durchsetzbares Recht, so wenig wie beim Einholen einer Antwort im Rechtsmittelverfahren der Zivilprozessordnung (Art. 312 und 322 ZPO; *BGer 5A_849/2015* vom 27. Juni 2016). Der Ausschluss von neuen Behauptungen und Beweismitteln nach Art. 326 ZPO gilt sodann nicht im kantonalen Beschwerdeverfahren des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts: Die Pflicht zum Erforschen der massgeblichen Verhältnisse von Amtes wegen trifft auch die Beschwerdeinstanzen, und diese müssen relevante Informationen zur Sache daher auch im Beschwerdeverfahren berücksichtigen.

Die erste Voraussetzung für das Ausstellen der Urkunde im Sinne von Art. 376 ZGB ist die Urteilsunfähigkeit des zu vertretenden Teils. Der Bezirksrat

verneint, M. bejaht sie. Die Kammer hat eine Urteilsunfähigkeit F.s in ihrem Urteil vom 5. Mai 2020 unterstellt, allerdings war jene Annahme für den Entscheid nicht tragend. M. verweist mit Recht auf das Gutachten Dr. R. vom 8. Februar 2020, das sich kritisch zu den Möglichkeiten F.s äussert, planend zu handeln und strukturiert vorzugehen. Auch das Gutachten S. konstatierte ein "krankheitsbedingt schwer eingeschränktes Urteilsvermögen". Die Störungen hätten ihren Ursprung in einem Verkehrsunfall aus dem Jahr 1995, seien aber während Jahrzehnten kompensiert geblieben. Aktuell im Vordergrund stehe ein schwergradiges demenzielles Syndrom mit Sinnestäuschen und Wahn, aber auch adäquatem Erleben, ferner eine Verhaltensstörung mit Irritier-/Reizbarkeit, Enthemmung mit gesteigerter Aggressionsbereitschaft und beträchtlichen Störungen in der Affektregulation. Beide Beurteilungen indizieren deutlich eine generelle Zurechnungsunfähigkeit F.s. Die Haltung M.s, der heute die Urteilsunfähigkeit seiner Frau als ganz selbstverständlich darstellt, war nicht immer konsistent. So hat er einen grossen Zivilprozess vor der Kammer (erledigt am 23. Juli 2019) als bevollmächtigter Vertreter seiner Frau geführt, ohne seine Bestellung auf dem Weg von Art. 69 ZPO zu verlangen, und vor Bundesgericht (dessen Verfahren mit Urteil vom 28. Juli 2020 endete) wurde seine Frau ebenfalls von einem frei gewählten Anwalt vertreten. Am 26. März 2020 schrieb M. dem Bezirksgericht ..., er werde den Namen der möglichen Fachleute seiner Frau mitteilen, und diese werde den Gutachter auswählen - womit er zu erkennen gab, er betrachte sie als dazu fähig. Die (dauerhafte) Urteilsunfähigkeit F.s muss heute freilich nicht abschliessend beurteilt werden:

Für das Begehren M.s um Beurkundung seiner Vertretungsbefugnis im Sinne von Art. 376 ZGB fehlt es nämlich an der zweiten Voraussetzung: dass er aktuell mit seiner Frau zusammen lebt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet. Nach seinen eigenen Angaben in der Beschwerde ist sie vor ihm am 3. August 2020, also vor nunmehr fast vier Monaten zur Tochter des Paares geflohen, welche im Nachbarhaus lebe. In der Folge hielt sie sich (immer nach den Angaben in der Beschwerde) während rund zweieinhalb Monaten an einem ihm nicht bekannt gegebenen und nicht bekannten Ort auf. Seit dem 13. Oktober 2020 soll sie im Heim in U. untergebracht sein. Dass er sie dort regelmässig besuche

und ihr Beistand leiste, macht M. nicht geltend und kann aufgrund seiner Darstellung nicht angenommen werden. Dabei ist klarzustellen, dass das Obergericht nicht unterstellt, er *wolle* sich nicht um seine Frau kümmern. Es fehlt für die außerordentliche Vertretungsbefugnis von Art. 376 ZGB aber jedenfalls zur Zeit an der faktischen Voraussetzung des regelmässigen und persönlichen Leistens von Beistand.

Damit ist das Begehren um Ausstellen der Urkunde über die Vertretungsbefugnis abzuweisen.

Obergericht, II. Zivilkammer
Geschäfts-Nr.: PQ200065-O/U
Urteil vom 3. Dezember 2020

(Anmerkung zu Erw. 3.2: das Ausstellen einer Vollstreckbarkeits-Bescheinigung mag für eine Partei erforderlich sein; wenn diese Bescheinigung verweigert wird, käme wohl eine allgemeine Aufsichtsbeschwerde in Frage)