

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PQ210035-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. et phil. D. Glur und Oberrichterin lic. iur. R. Bantli Keller sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Würsch

Urteil vom 18. Juni 2021

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

betreffend **Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i. V. m. Art. 395 ZGB**

Beschwerde gegen einen Beschluss der Kammer II des Bezirksrates Zürich vom 6. Mai 2021; VO.2021.35 (Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich)

Erwägungen:

I.

1. Mit Beschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich (nachfolgend KESB) vom 5. Januar 2021 wurde für A._____ (nachfolgend Beschwerdeführer), geboren tt. Juli 1947, eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB angeordnet (act. 8/2 = KESB act. 32).

2. Dagegen wehrte sich der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 17. März 2021 beim Bezirksrat Zürich (act. 8/1). Nach Einholung einer Stellungnahme der KESB (act. 8/5) trat der Bezirksrat mit Beschluss vom 6. Mai 2021 auf die Beschwerde wegen verspäteter Erhebung nicht ein (act. 8/8 = act. 3).

3. Am 1. Juni 2021 erhob der Beschwerdeführer gegen den Nichteintretensbeschluss des Bezirksamtes bei der Kammer Beschwerde und verlangt die Aufhebung des Entscheids. Zudem wünscht er, dass das Beschwerdeverfahren vorgezogen werde, weil er durch den Beistand Geld verliere (act. 2).

4. Die Akten der KESB (act. 9/1-43, zitiert als KESB act.) sowie des Bezirksamtes (act. 8/1-9) wurden von Amtes wegen beigezogen. Auf Weiterungen, namentlich das Einholen einer Vernehmlassung der Vorinstanz (vgl. § 68 Abs. 1 EG KESR), kann verzichtet werden. Die Sache erweist sich als spruchreif.

II.

1.

1.1 Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Bestimmungen des ZGB und den ergänzenden kantonalen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR). Enthalten diese Gesetze keine Bestimmungen, gelten für die Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen die Regelungen des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG) und, sofern auch hier keine Regelung getroffen wird, die Bestimmungen der Schweizerischen Zivil-

prozessordnung (ZPO) subsidiär (Art. 450f ZGB und § 40 EG KESR). Beschwerden gegen Entscheide der KESB werden in erster Instanz vom Bezirksrat und in zweiter Instanz vom Obergericht beurteilt (Art. 450f ZGB i. V. m. §§ 40 und 63 f. EG KESR und § 50 GOG). Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens können nur die Entscheide des Bezirksrats, nicht diejenigen der KESB sein.

1.2 Mit der Beschwerde kann (neben Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung) eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes oder Unangemessenheit des Entscheides gerügt werden (Art. 450a Abs. 1 ZGB). Im Verfahren vor der KESB und den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen ist der Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und das Gericht ist an die Anträge der Parteien nicht gebunden (Art. 446 ZGB). Von der Beschwerde führenden Partei ist indes darzulegen und aufzuzeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid als fehlerhaft erachtet wird. Sie muss sich sachbezogen mit den Entscheidungsgründen des angefochtenen Entscheides auseinandersetzen und darlegen, inwiefern die Vorinstanz das Recht falsch angewendet bzw. den Sachverhalt unrichtig festgestellt haben soll. Dies gilt auch im Bereich der Untersuchungsmaxime (Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR; BGE 141 III 569 E. 2.3.3 und 138 III 374 E. 4.3.1). Die Beschwerdeinstanz darf sich primär auf die geltend gemachten Rügen und Anträge konzentrieren (BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450a N 5). Neue Tatsachen und Beweismittel können noch bis zum Beginn der Beratungsphase der Rechtsmittelinstanz vorgebracht werden (BGE 142 III 413 E. 2.2.6).

2. Der angefochtene Beschluss wurde dem Beschwerdeführer am 9. Mai 2021 ausgehändigt (act. 8/9/1), weshalb die am 1. Juni 2021 der Post übergebene Beschwerde an die zur Behandlung zuständige II. Zivilkammer des Obergerichts innert 30-tägiger Beschwerdefrist (vgl. 450b Abs. 1 ZGB) erhoben wurde. Sie enthält eine schriftliche Begründung sowie Anträge (act. 2 unten). Damit sind die formalen Rechtsmittelvoraussetzungen erfüllt. Ob die oben dargestellten Anforderungen an die Begründungsqualität erfüllt sind, ist im Rahmen der nachfolgenden materiellen Prüfung der Beschwerde zu beurteilen.

3. Der Bezirksrat begründete seinen Entscheid zusammengefasst damit, gemäss Mitteilungssatz des angefochtenen KESB-Entscheids sei dem Beschwerdeführer ein begründetes Entscheidexemplar durch die Leitung der Nachtpension an der B.____-Strasse ... in ... Zürich gegen Empfangsschein auszuhändigen gewesen. Aus dem Empfangsschein ergebe sich nur, dass sich der Beschwerdeführer am 7. Januar 2021 geweigert habe, den Empfangsschein zu unterzeichnen, nicht aber, dass er auch die Entgegennahme des Beschlusses abgelehnt habe. Es sei gegenteils anzunehmen, dass ihm der Entscheid damals tatsächlich übergeben worden sei. Aufgrund des Vermerks auf dem Empfangsschein über die Verweigerung der Unterschrift könne es zudem nicht sein, dass sich der Beschwerdeführer am 7. Januar 2021 im Spital und nicht in der Pension aufgehalten habe. Der angefochtene Entscheid gelte deshalb per 7. Januar 2021 als zugestellt, so dass die erst am 17. März 2021 der Post aufgebene Beschwerde an den Bezirksrat verspätet erfolgt sei (act. 3)

4. Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, er habe sich bei der 1. Zustellung im Spital befunden, was die Post und die Betreuer der Nachtpension der KESB mitgeteilt hätten. Zwar sei ihm beim 2. Zustellversuch in der Reha-Klinik der Entscheid übergeben worden. Damals habe der Beistand aber bereits seine Tätigkeit begonnen gehabt. Es bestehe kein Grund für die Verbeiständung. Auch sei er vor dem Entscheid der KESB zur Anordnung der Beistandschaft nicht angehört worden. Der Entscheid sei deshalb zweifach nichtig. Es gälten somit für die Anfechtung keine Fristen. Vermutungsweise sei das Bezirksgericht als Beschwerdeinstanz und nicht der Bezirksrat zuständig. Die Sache sei in diesem Fall an das Bezirksgericht zu überweisen (act. 2).

5.

5.1 Unter Hinweis auf die vorstehenden Ausführungen (E. II/1.1) ist entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers der Bezirksrat (und nicht das Bezirksgericht) des örtlich zuständigen Kreises für die Behandlung von Beschwerden gemäss Art. 450 ff. ZGB gegen Entscheide der KESB sachlich zuständig (Art. 450f ZGB

i. V. m. §§ 40 und 63 f. EG KESR und § 50 GOG). Folglich sind Beschwerden ge-

gen Entscheide der KESB Stadt Zürich vom Bezirksrat Zürich zu beurteilen. Die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Bezirksrats verfängt deshalb nicht.

5.2 Der Beschwerdeführer hat die rechtlichen Erwägungen im angefochtenen Urteil zur Zustellung von Entscheiden nicht beanstandet. Darauf kann vorweg grundsätzlich verwiesen werden (act. 3 E. 2.2). Die Zustellungsvorschriften der ZPO garantieren, dass gerichtliche Urkunden zugestellt werden können und ein Verfahren unter Beachtung der Verfahrensrechte der beteiligten Personen ordnungsgemäss durchgeführt und abgeschlossen werden kann. Die Zustellung erfolgt durch eingeschriebene Postsendung oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (Art. 138 Abs. 1 ZPO). § 121 GOG bestimmt für den Kanton Zürich übereinstimmend, dass die Zustellung auf andere Weise als durch eingeschriebene Postsendung gegen Empfangsbestätigung erfolgt, und konkretisiert, dass sie insbesondere durch Angehörige des Gerichts, den Gemeindeammann oder die Polizei vorgenommen werden kann (§ 121 GOG). Wie sich aus der Formulierung "insbesondere" ergibt, ist die Aufzählung nicht abschliessend (vgl. auch HAUSER/SCHWERI/LIEBER, GOG-Kommentar, 2. Auflage, § 121 N 26). Die Zustellung auf andere Weise verlangt zwingend die Unterzeichnung einer Empfangsbestätigung durch den Empfänger (LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Auflage 2016, Art. 138 N 28). Grundsätzlich ist die Sendung dem Adressaten zuzustellen. Kann die persönliche Übergabe nicht erfolgen, sieht das Gesetz Ersatzzustellungen vor. Danach ist die Sendung zugestellt, wenn sie von einer (vom Adressaten) angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Bei einem Empfänger in einer öffentlichen Anstalt (Heim, Spital, Gefängnis usw.) sind der Inhaber oder die Leitung der Anstalt oder deren Bevollmächtigte oder Angestellte zur Entgegennahme der Sendung berechtigt (BGE 117 III 5 E. 1 = Pra 1992 Nr. 166 sowie LUKAS HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 138 N 43; BSK ZPO-GSCHWEND, 3. Auflage, Art. 138 N 12). Allerdings bleiben Anweisungen des Gerichts, eine Urkunde dem Adressaten persönlich zuzustellen, vorbehalten (Art. 138 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Bei erfolgloser Zustellung an den Adressaten oder Ersatzempfänger greift in gewissen Fällen eine Zustellfiktion. So gilt eine Zustellung als erfolgt, wenn der Empfänger die persönliche Zustellung verweigert und dies von der überbringenden

Person (Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO) oder dem Empfänger (LUKAS HUBER, DIKE-Komm ZPO, Art. 138 N 61) festgehalten wird.

5.3 Gemäss ausdrücklicher Anweisung des Gerichts im Mitteilungssatz (act. 8/2 Dispositiv-Ziff. 4) hatte die Mitteilung des Entscheids an die Leitung der Nachtpension, B.____-Strasse ..., ... Zürich, zu erfolgen mit dem *Ersuchen, dem Beschwerdeführer eine Ausfertigung dieses Beschlusses gegen Empfangsschein zu übergeben*. Auf dem Empfangsschein ist im Titel der Vermerk "EMPFANGSSCHEIN (Übergabe)" gedruckt (KESB act. 35). Somit war aufgrund der ausdrücklichen Anweisung der KESB im Mitteilungssatz die Zustellung an den Beschwerdeführer persönlich vorzunehmen. Die Zustellung ist daher erfolgt, sobald der Empfangsschein von ihm unterzeichnet wurde. Die Leitung der Nachtpension bzw. eine von ihr dazu ermächtigte Person amtete demnach nicht als Ersatzempfängerin im Sinne von Art. 138 Abs. 2 Satz 1 ZPO, sondern (im Anschluss an die Schweizer Post) als überbringende Person.

Auf dem Empfangsschein befinden sich die handschriftlichen Anmerkungen "07.01.2021 Zürich" sowie "*Hr. A.____ hat der Unterschrift verweigert*" (KESB act. 35). Als Urheber der handschriftlichen Anmerkungen wird der Name "C.____" sowie der Zusatz "*Mitarbeiter von NP*" (Nachtpension) angegeben (vgl. act. 3 S. 5, 8/5 und KESB act. 34). Eine Unterschrift des Beschwerdeführers als Empfänger fehlt auf dem Empfangsschein. Damit mangelt es am beweisbildenden Beleg für die Zustellung, nämlich am zwingend vom Beschwerdeführer persönlich unterzeichneten Empfangsschein. Protokolierte Aussagen oder ein entsprechender Vermerk auf dem Empfangsschein des überbringenden Mitarbeiters der Nachtpension, wonach der Entscheid trotz Verweigerung der Unterschrift dem Beschwerdeführer übergeben werden konnte, liegen nicht bei den Akten. Die Annahme der Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe nur die Unterschrift, nicht aber die Entgegennahme des Entscheids verweigert, bleibt damit eine zwar realistische, aber nicht belegte Vermutung. Angesichts des Erfordernisses der persönlichen Zustellung erübrigen sich Erwägungen zur Ersatzzustellung an einen Empfängerstellvertreter, sondern es bleibt zu prüfen, ob die Zustellfiktion greift.

5.4 Gemäss Wortlaut von Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO verlangt die Zustellfiktion zunächst die Form der persönlichen Zustellung, was hier wie gesehen erfüllt ist. Zusätzlich wird vorausgesetzt, dass die Verweigerung von der überbringenden Person oder vom Adressaten (vgl. LUKAS HUBER, DIKE-Komm ZPO, Art. 138 N 61) festgehalten wird. Der Vermerk über die Verweigerung der Unterschrift wurde vom Mitarbeiter der Überbringerin bzw. der Nachtpension, C._____, auf dem Empfangsschein angebracht. C._____ ist agogischer Betreuer der Sozialen Einrichtungen und Betriebe der Stadt Zürich, zu welchen die Nachtpension gehört (KESB act. 34). Hinweise, dass er die Übergabe des Entscheids ohne Ermächtigung der Leitung der Pension vorgenommen haben könnte, fehlen gänzlich. Demnach sind die Voraussetzungen der fiktiven Zustellung gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO erfüllt.

5.5 Der Beschwerdeführer wendet in diesem Zusammenhang ein, er habe sich zum Zeitpunkt der Zustellung gar nicht in der Nachtpension, sondern im Spital aufgehalten (act. 2). Damit bestreitet er sinngemäss die Echtheit des Empfangsscheins und beruft sich auf Fälschung des Inhalts. Nähere Angaben zu seiner pauschalen Behauptung legt er indes nicht dar. Insbesondere erläutert er nicht, von wann bis wann und in welchem Spital er damals weilte. Es fehlen daher substantiierte Bestreitungen im Sinne von Art. 178 ZPO. Seine Behauptung wird zudem durch die Akten weitgehend widerlegt. In der E-Mail vom 30. Dezember 2020 informierte das Angebotsmanagement des Pflegezentrums D._____ die KESB, dass der Beschwerdeführer am nächsten Tag, dem 31. Dezember 2020, aus dem Pflegezentrum D._____ austreten werde (KESB act. 31). C._____ teilte überdies mit E-Mail vom 7. Januar 2021, dem Tag der Verweigerung der Zustellung, der KESB mit, dass der Beschwerdeführer gegen 19.30 Uhr wieder in die Nachtpension zurückgekehrt sei. Er schilderte zudem dessen abweisendes Verhalten während der letzten Tage in der Nachtpension (KESB act. 34). Diese E-Mails indizieren deutlich, dass sich der Beschwerdeführer am 7. Januar 2021 bereits seit einigen Tagen wieder in der Nachtpension aufhielt. Schliesslich ist nicht einzusehen, aus welchem Beweggrund C._____ wahrheitswidrige Angaben auf dem Empfangsschein vermerken sollte. Insgesamt ist der Einwand des Beschwerdeführers,

er habe sich zum Zeitpunkt der Zustellung nicht in der Nachtpension aufgehalten, nicht schlüssig und durch Dokumente weitgehend widerlegt.

5.6 Demnach gilt der Entscheid der KESB betreffend Anordnung der Beistandschaft aufgrund der Fiktion gemäss Art. 138 Abs. 3 lit. b ZPO dem Beschwerdeführer als per 7. Januar 2021 zugestellt. Die Erwägungen der Vorinstanz, die 30-tägige Rechtsmittelfrist habe am 8. Februar 2021 geendet, weshalb die am 17. März 2021 der Post aufgegebenen Beschwerde verspätet erfolgt sei (act. 3 E. 2.3), sind deshalb nicht zu beanstanden. Eine falsche Tatsachenfeststellung oder unrichtige Rechtsanwendung durch den Bezirksrat sind nicht auszumachen.

6.

6.1 Im Weiteren rügt der Beschwerdeführer sinngemäss, die Anordnung der Beistandschaft sei grundlos erfolgt und er sei vor dem Entscheid nie angehört worden. Der Beschluss der KESB sei zweifach nichtig und jederzeit anfechtbar (act. 2).

6.2 Fehlerhafte Entscheide sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung in der Regel nur anfechtbar. Als nichtig erweisen sie sich erst dann, wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 145 III 436 E. 4 und 144 IV 362 E. 1.4.3).

6.3 Schwere formelle Fehler sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs unbegründet. Gemäss Aktennotiz der KESB vom 9. Dezember 2020 wurde der Beschwerdeführer am Nachmittag des gleichen Tags in der Akutgeriatrie des Stadtsitals Waid durch ein Behördenmitglied der KESB persönlich angehört (KESB act. 26). Anlässlich dieses Gesprächs wurde er laut Protokoll über die Gefährdungsmeldung der Nachtpension (KESB act. 9) informiert, wonach er aufgrund seines Alters und seines gesundheitlichen

Zustands Unterstützung in administrativen und finanziellen Belangen benötige. Der Beschwerdeführer habe auf Nachfragen unter anderem geantwortet, er wolle ganz sicher keine Beistandin, er könne alles noch selber machen. Daraus erhellt, dass er anlässlich dieses Gesprächs zur möglichen Anordnung der Beistandschaft angehört und über deren Gründe informiert wurde. Daran ändert nichts, dass er damals wie heute mit der Anordnung der erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme offensichtlich nicht einverstanden war und ist. Der Vorwurf der Verletzung des rechtlichen Gehörs geht somit fehl. Auch bestehen keine Hinweise auf anderweitige Verfahrensfehler. Insbesondere befolgte die KESB die gesetzlichen Bestimmungen zur Anhörung und Protokollierung gemäss §§ 51 und 52 EG KESR.

Der Einwand, es bestehe kein Grund für die Beistandschaft, betrifft die materielle Beurteilung des Entscheids der KESB, was nicht Gegenstand dieses zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens sein kann, zumal sich der Bezirksrat mit dieser Frage in seinem Beschluss nicht befasste. Der Beschwerdeführer legt überdies nicht näher dar, welche Überlegungen bei der Anordnung der Beistandschaft grob falsch gewesen sein sollen, womit jegliche Anhaltspunkte für eine qualifiziert falsche materielle Entscheidung, welche ein Einschreiten von Amtes wegen rechtfertigen würde, fehlen.

7. Somit sind sämtliche Rügen des Beschwerdeführers unbegründet, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Der Beschluss des Bezirksrats Zürich vom 6. Mai 2021 ist zu bestätigen. Mit dem heutigen Entscheid wird die Beschwerde speditiv behandelt, so dass auf den Antrag betreffend Vorziehen des Verfahrens mangels Rechtsschutzinteresses des Beschwerdeführers nicht weiter einzugehen ist.

III.

Die Vorinstanz hat in ihrem Beschwerdeverfahren umständehalber auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet (act. 3 Dispositiv-Ziff. II). Diese Lösung erweist sich auch für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren als sachgerecht. Ausgangsgemäss entfällt eine Parteientschädigung an den Beschwerdeführer.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird, und der Beschluss des Bezirksrats Zürich vom 6. Mai 2021 wird bestätigt.
2. Es wird keine Entscheidgebühr erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Schriftliche Mitteilung an den Beschwerdeführer, die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Stadt Zürich sowie – unter Rücksendung der eingereichten Akten – an den Bezirksrat Zürich, je 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. K. Würsch

versandt am: