

ZH_OBERGERICHT PQ190053 vom 4. Oktober 2019

ZH Obergericht, 2019-10-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PQ190053

FR: ZH_OBERGERICHT PQ190053 du 4 octobre 2019

IT: ZH_OBERGERICHT PQ190053 del 4 ottobre 2019

Erwägungen

E. 1

1.1 C._____, geboren am tt. August 1986, wurde am 25. Februar 2019 nach einem hypoxischen Kreislaufstillstand bei Intoxikation mit Aspiration durch Erbrechen sowie Rippenfrakturen als Notfall durch die Sanität in das Universitätsspital Zürich eingeliefert. Bereits ausserhalb des Spitals hatte eine Reanimation stattgefunden. C._____ verblieb bis am 8. März 2019 auf der Intensivstation des Spitals, war dabei nicht kontaktierbar und wiederholt im Status myoclonicus (vgl. KESB-act. 1 S. 2). Er wurde danach zur palliativen Therapie auf die medizinische Bettenstation verlegt (a.a.O.), weil u.a. eine schwere, irreversible Hirnschädigung mit fehlendem Potential für eine neurologische Erholung diagnostiziert worden war (vgl. a.a.O., S. 1 f.: schwere hypoxische Enzephalopathie mit infauster Prognose). Der Zustand von C._____ besserte sich in der Folge nicht wesentlich: Die Atmung erfolgt seit einem Luftröhrenschnitt am 6. März 2019 über Kanülen, die Ernährung mit einer Duodenalsonde. C._____ ist nicht kontaktierbar. Willkürliche Handlungen – wie nur schon etwa das gewollte Öffnen der Augen – sind ihm nicht möglich; er lebt quasi im Zustand eines Wachkomas (vgl. KESB-act. 45 S. 3). Weil eine Behandlung im Spital nicht weiter erforderlich war, wurde er nach Einbezug der Angehörigen im Mai 2019 in das Pflegezentrum D._____ verlegt.

E. 1.2

C._____ hat keine Patientenverfügung getroffen. Er ist mit B._____ verheiratet. Das Paar hat ein gemeinsames Kind, lebt aber seit mehr als zwei Jahren getrennt, offenbar wegen Problemen von C._____ mit Drogen (vgl. KESB-act. 6). Die Eltern von C._____ sind geschieden. Zu seinem Vater hatte C._____ seit gut zwei Jahren keinen Kontakt mehr (vgl. KESB-act. 37). A._____ ist die Mutter.

E. 1.3

Auf Wunsch der Familienangehörigen wurde die im Februar 2019 getroffene spitalärztliche Einschätzung des Zustands von C._____ durch konsiliarisch und extern beigezogene Ärzte überprüft und von diesen bestätigt. Die Spitalärzte besprachen mit den Angehörigen Optionen der weiteren Behandlung und rieten zum Rückzug der nach der notfallmässigen Einweisung eingeleiteten weiteren Therapie. Darüber bestand unter den Angehörigen indes ein ausgeprägter Dissens. Für

- 3 - die Ärzte des Universitätsspitals waren auch die Vertretungsverhältnisse unklar (vgl. KESB-act. 1 S.2). Das Universitätsspital belies es daher bei der eingeleiteten Therapie und erstattete der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd (fortan: KESB) Meldung (vgl. KESB-act. 1 S.2; siehe auch KESB-act. 5 und 15). Wegen weiterhin bestehender Uneinigkeit zwischen B._____ und A._____ und der Ungewissheit, wer ihre Ansprechperson ist, meldete sich später ebenfalls die Pflegeleitung des Pflegezentrums

D._____ bei der KESB (vgl. KESB-act. 42; vgl. dazu auch act. 8/21).

E. 1.4

Die KESB hörte sowohl B._____ als auch A._____ an und errichtete mit Entscheidung vom 21. März 2019 für C._____ eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 381 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB i.V.m. Art. 394 ZGB. Zum Beistand ernannte sie Rechtsanwalt lic. iur. Y._____. Sie erteilte ihm den Auftrag, bei Urteilsunfähigkeit von C._____ über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung zu vorgesehene ambulanten oder stationären Massnahmen zu entscheiden. Ebenso trug sie ihm auf, nötigenfalls Antrag auf Anpassung der behördlichen Massnahme zu stellen (vgl. act. 8/1 [= KESB-act. 13] S. 6). Im Hinblick auf die Errichtung einer weitergehenden Beistandschaft i.S. von Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB und der Suche nach einer dafür geeigneten Beistandsperson führte die KESB das Verfahren weiter (vgl. KESB-act. 17 ff., dort insbes. KESB-act. 51 [Entscheidung vom 13. Juni 2019: Errichtung dieser weiteren Beistandschaft und Bestellung von E._____ zum Beistand]). A._____ war mit dem Entscheid der KESB vom 21. März 2019 nicht einverstanden und gelangte mit Eingabe vom 31. März 2019 an den Bezirksrat Bülach (vgl. act. 8/2). Dem Sinn nach stellte sie den Antrag, sie sei an der Stelle von Rechtsanwalt Y._____ als Vertretungsbeiständin einzusetzen. Am 17. April 2019 stellte A._____ zudem beim Bezirksrat ein Gesuch um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. act. 8/6), das sie später durch ihren zwischenzeitlich beigezogenen Rechtsvertreter noch nachbessern liess. In ihrer Beschwerdeantwort vom 24. Mai 2019 liess B._____ durch ihren Rechtsvertreter die Abweisung der Beschwerde und ebenfalls die Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege

- 4 - beantragen (vgl. act. 8/11). Es kam danach zu weiteren Eingaben (vgl. act. 8/22, act. 8/26, act. 8/29). Am 9. Juli 2019 fällte der Bezirksrat im Wesentlichen folgendes Urteil (vgl. act. 7 [= act. 4/1 = act. 8/31] S. 15 f.): I. Die Beschwerde wird abgewiesen. II. Der Beschwerdeführerin wird die unentgeltliche Prozessführung gewährt und in der Person von Rechtsanwalt lic. iur. X._____ ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. III. Das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes wird abgewiesen. IV. Die Entscheidungsgebühr von Fr. 800.00 wird den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Der Anteil der Beschwerdeführerin wird infolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung einstweilen auf die Staatskasse genommen. V. Parteientschädigungen werden keine zugesprochen. VI. Der unentgeltliche Rechtsbeistand der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt lic. iur. X._____, wird für seinen Aufwand im Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'556.30 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Staatskasse entschädigt. VII. Es wird darauf hingewiesen, dass einer Partei, der die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, zur Nachzahlung verpflichtet ist, sobald sie dazu in der Lage ist. Der Anspruch des Kantons verjährt zehn Jahre nach Abschluss des Verfahrens. (VIII. / IX.: Rechtsmittelbelehrung / Mitteilung.)

E. 1.5

1.5.1 Mit Schriftsatz vom 12. August 2019 (act. 2 ff.) beschwerte sich A._____ (fortan: die Beschwerdeführerin) über dieses Urteil bei der Kammer. Sie beantragte das Urteil in der Sache aufzuheben und sie anstelle von Rechtsanwalt Y._____ als Beiständin einzusetzen. Zudem ersuchte sie um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege und Rechtsverteiständung (vgl. act. 2 S. 2). Am 13. August 2019 wurde von Amtes wegen der

Beizug der Akten des Bezirksrates veranlasst, zu denen auch die Akten der KESB gehören. Die Beschwerde erwies sich als rechtzeitig. Mit Beschluss vom 20. August 2019 wurde der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Rechtspflege im beantragten Umfang bewilligt sowie B. _____ (fortan: die Beschwerdegegnerin) Frist von 30 Tagen angesetzt, um die Beschwerde zu beantworten. Die Zustellung des Beschlusses erfolgte für die Beschwerdegegnerin an ihren im Rubrum des bezirksrätlichen Ur-

- 5 - teils aufgeführten Rechtsvertreter (vgl. act. 11). Dieser teilte der Kammer am 22. August 2019 mit, das Vertretungsverhältnis sei zwischenzeitlich erloschen (vgl. act. 13). Der Beschwerdegegnerin wurde daher der Beschluss vom 20. August 2019 mit Verfügung vom 23. August 2019 direkt an ihre Wohnadresse zugestellt, verbunden mit Hinweisen zum Fristenlauf, den Säumnisfolgen und einer Aufklärung gemäss Art. 97 ZPO (vgl. act. 14).

E. 1.5.2

Die Beschwerdegegnerin hat die ihr als Gerichtsurkunde zugestellte Verfügung vom 23. August 2019 auf der Post innert der 7tägigen Abholfrist, die am

E. 1.5.3

Die Beschwerdegegnerin reichte bis heute keine Beschwerdeantwort ein. Weitere Verfahrensschritte erübrigen sich daher. Die Sache ist spruchreif. 2. - 2.1 Das Beschwerdeverfahren in Kindes- und Erwachsenenschutzsachen ist im EG KESR geregelt, welches als kantonales Verfahrensrecht die Vorgaben der Art. 450 ff. ZGB zu befolgen hat (vgl. auch Art. 314 ZGB). Es sind die Vorschriften des EG KESR (insbes. die §§ 63, 65 ff. EG KESR) anzuwenden und – soweit das EG KESR etwas nicht regelt – ergänzend die Vorschriften des GOG sowie der ZPO als kantonales Recht zu beachten (vgl. § 40 EG KESR und dazu ebenfalls Art. 450f ZGB). Der Kanton Zürich kennt seit dem Inkrafttreten des revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes im ZGB zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen, als erste Beschwerdeinstanz den Bezirksrat und als zweite das Obergericht. Unmittelbarer Gegenstand des zweitinstanzlichen Beschwerdever-

- 6 - fahrens können daher nur Entscheide des Bezirksrates sein, nicht hingegen solche der KESB. Zur Beschwerde legitimiert sind u.a. die am vorinstanzlichen Verfahren beteiligten Personen, soweit sie vom angefochtenen Entscheid betroffenen sind, sowie die Personen, die einer Person nahe stehen, die von einem Entscheid über eine Erwachsenenschutzmassnahme unmittelbar betroffen ist (vgl. Art. 450 Abs. 2 ZGB). 2.2 Mit der Beschwerde i.S. der §§ 64 ff. EG KESR i.V.m. den Art. 450–450c ZGB können eine Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, Unangemessenheit sowie Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung gerügt werden (vgl. Art. 450a ZGB). Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren gilt daher eine Rüge- bzw. Begründungsobligation analog derjenigen in den Art. 308 ff. ZPO: Von der Beschwerde führenden Partei ist jeweils darzulegen, weshalb der angefochtene Entscheid des Bezirksrates unrichtig sein soll (vgl. auch Art. 446 ZGB, §§ 65 und 67 EG KESR sowie BGE 141 III 576 E. 2.3.3 mit Hinweis auf BGE 138 III 374 E. 4.3.1, ferner z.B. OGer ZH NQ110031 vom 9. August 2011, E. 2, m.w.H. [= ZR 110/2011 Nr. 81]). Weiter gelten im zweitinstanzlichen Verfahren an sich Novenschranken, analog den Regeln des Art. 317 Abs. 1 ZPO. Indes kommen in Kindes- und Erwachsenenschutzbelangen die Untersuchungs- und die Oficialmaxime zum Tragen (vgl. § 65 EG KESR, Art. 446 Abs. 1 und 3 ZGB; vgl. auch STECK, in:

ROSCH/BÜCHLER/JAKOB, *Erwachsenenschutzrecht*, 2. A., Basel 2015, Art. 446 N 8, TUOR/SCHNYDER/JUN- GO, *ZGB*, 14. A., Zürich 2015, S. 742, dort Rz. 21, MARANTA/AUER/MARTI, in: *BSK ZGB I*, 6. A., Basel 2018, Art. 446 N 40 f.).

E. 3

3.1 Die Beschwerdeführerin war bereits am bezirksrätlichen Verfahren als Beschwerdeführerin beteiligt und ist durch das Urteil vom 9. Juli 2019 beschwert, weil mit diesem ihren Anträgen zur Sache nicht gefolgt wurde. Ihrer Legitimation zur (zweitinstanzlichen) Beschwerde steht insoweit nichts entgegen.

E. 3.2

Der Bezirksrat ging in seinem Urteil (act. 7) implizit davon aus, C._____ sei urteilsunfähig und bedürfe daher der Vertretung bei medizinischen Massnahmen (vgl. a.a.O., S. 10 f.). Das ist – wie gesehen (vgl. vorn Erw. 1.1) – evident und wird

- 7 - hier deshalb zu Recht von keiner Partei bezweifelt. Erstellt ist zudem, dass C._____ keine Patientenverfügung i.S. des Art. 370 ZGB getroffen und insbesondere auch keine Person bezeichnet hat, die für ihn die medizinischen Massnahmen mit den Behandelnden bespricht und für ihn in seinem Namen darüber entscheiden soll.

E. 3.3

Der Bezirksrat hat in seinem Urteil weiter erwogen, in diesem Fall greife in der Frage der Vertretung eines Urteilsunfähigen bei medizinischen Massnahmen die Regelung des Art. 378 Abs. 1 ZGB. Sei unklar, wer vertretungsberechtigt sei, bestimme die KESB gestützt auf Art. 381 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB die vertretungsberechtigte Person oder errichte eine Vertretungsbeistandschaft. Dabei sei die Behörde sowohl an die Reihenfolge als auch an die materiellen Voraussetzungen des Art. 378 Abs. 1 ZGB gebunden (vgl. a.a.O., S. 11). Das ist ebenfalls richtig und wird daher von der Beschwerdeführerin in der Beschwerde an die Kammer (vgl. act. 2) mit Fug nicht bezweifelt. Ergänzend ist dem vom Bezirksrat Dargelegten hier erstens beizufügen, dass der Art. 378 Abs. 1 ZGB eine hierarchische Reihenfolge aufstellt (sog. Kaskadenordnung; vgl. etwa EICHENBERGER/KOHLER, in: *BSK ZGB I*, 6. A., Basel 2018, Art. 378 N 2). Ist eine Person höherer Stufe zur Vertretung berechtigt (wie z.B. der Ehegatte i.S.v. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3) und ist sie auch bereit, die Verantwortung der Vertretung zu tragen bzw. übt sie die Vertretung aus (vgl. dazu Art. 381 Abs. 1 a.E.), stellt sich die Frage der Vertretung durch eine Person der nachfolgenden Personengruppen (wie z.B. Nachkommen oder Eltern i.S.v. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 5 und Ziff. 6) gar nicht. Deshalb bleibt auch kein Raum für unterschiedliche Auffassungen i.S. des Art. 381 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB. Unklarheit kann deshalb eigentlich nur bei mehreren Vertretungsberechtigten gleicher Stufe aufkommen oder dann, wenn unklar ist, ob eine Person vorangehender Stufe die materiellen Voraussetzungen erfüllt, die der Art. 378 Abs. 1 ZGB zur Voraussetzung der Vertretung gemäss dieser Stufe aufgestellt hat. Das ist vor allem dann der Fall, wenn eine Person die Vertretung nach einer vorrangigen Stufe beansprucht, obwohl sie die Voraussetzungen dieser Stufe nicht erfüllt, oder wenn eine Person, die die Voraussetzungen einer der nachgehenden Stufen erfüllt, die Vertretung durch eine Person höherer Stufe negiert bzw. in Frage stellt (z.B. weil sie der Auf-

- 8 - fassung ist, diese erfülle die materiellen Voraussetzungen nicht; vgl. auch MÖSCH PAYOT, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB, *Erwachsenenschutzrecht*, 2. A., Basel 2015, Art. 381 N 2). Zweitens ist anzufügen, dass die Erwachsenenschutzbehörde eine Vertre-

tungsbeistandschaft selbst dann anordnen kann, wenn weder eine Unklarheit darüber besteht, wer vertretungsberechtigt ist, noch unterschiedliche Auffassungen mehrerer Vertretungsberechtigter bestehen, sondern die Interessen der urteilsunfähigen Person durch die Vertretung gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind (vgl. Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Zu Letzterem können immerhin auch unterschiedliche Auffassungen mehrerer Vertretungsberechtigter führen.

E. 3.4

3.4.1 Der Bezirksrat befasste sich mit den materiellen Voraussetzungen, die eine Person zu erfüllen hat, damit sie in eine der Kategorien des Art. 378 Abs. 1 ZGB fällt und zur Vertretung berechtigt ist, und zwar mit den Voraussetzungen gemäss Ziffer 3 (Ehegatte) und Ziffer 6 der Bestimmung (Eltern). Der Bezirksrat erwog dazu, im Fall des Ehegatten sei für die Vertretung entweder ein gemeinsamer Haushalt erforderlich oder aber ein regelmässiger persönlicher Beistand. Im Fall der Eltern sei nur Letzteres erforderlich. Unter regelmässigem persönlichem Beistand sei generell die Hilfe zu verstehen, mit der eine Person die andere für eine gewisse Zeit konstant unterstütze. So verhalte es sich etwa, wenn ein Ehegatte den anderen während eines Aufenthalts im Pflegeheim regelmässig besuche. Zusätzlich erwog der Bezirksrat, der Begriff des zu erbringenden Beistands sei unbestimmt. Unter Verweis auf eine Meinung, die in der Literatur bzw. "Lehre" vertreten werde, hob er hervor, der Beistand, der zu erbringen sei, setze eine besondere Vertrauensbeziehung voraus und bedeute umfassende Hilfeleistung in allen Bereichen, welche die besondere Natur und Intimität der Vertrauensbeziehung erfordere (vgl. act. 7 S. 11).

E. 3.4.2

Richtig ist an diesen Erwägungen mit Blick auf den Zweck der Vertretung in medizinischen Belangen gemäss Art. 378 Abs. 3 ZGB, dass zwischen der urteilsunfähigen Person und der Person, die sie vertreten soll, vor dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit eine Vertrauensbeziehung bzw. vertraute Beziehung bestanden haben muss. Aufgrund der Umschreibungen der Personengruppen, die zur ge-

- 9 -
setzlichen Vertretung in medizinischen Belangen befugt sind, in den Ziffern 3–7 von Art. 378 Abs. 1 ZGB erscheint diese Vertrauensbeziehung derjenigen ähnlich, die bei Personen bestehen muss, die gemäss Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB als nahe stehend zu betrachten sind (zu diesen nahe stehenden Personen vgl. Urteil 5A_663/2013 vom 5. November 2013 E. 3 des Bundesgerichts, auf das BGE 140 III 49 [dort S. 52] verweist). Denn der Kreis der Personen, die zur Vertretung in medizinischen Belangen berechtigt sind, wird in den Ziff. 4–7 des Art. 378 Abs. 1 ZGB weit grösser gezogen als derjenige, den der Art. 374 ZGB zieht, der eine über die medizinische Belange hinausgehende Vertretung eines Urteilsunfähigen analog zu Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB regelt und daher auf Ehegatten und Partnerinnen bzw. Partner i.S. des PartG beschränkt. Diese sind zur weitgehenden Vertretung des Gatten bzw. der Partnerin oder des Partners dann berechtigt, wenn sie mit ihm bzw. ihr entweder einen gemeinsamen Haushalt führen, also in einer engen vertraulichen Beziehung leben, oder aber ohne gemeinsamen Haushalt ihm bzw. ihr regelmässig persönlichen Beistand leisten (vgl. Art. 374 Abs. 1 ZGB), weil letztlich unabhängig vom äusserlichen Band der Ehe bzw. der Partnerschaft weiterhin eine vertraute Beziehung gelebt wird. Der vom Bezirksrat in seinem Urteil erwähnte regelmässige Besuch im Pflegeheim illustriert zum einen vor allem diesen Aspekt der Konstanz einer

Beziehung bei Ehegatten bzw. Partnern, die wegen Pflegebedürftigkeit des einen nicht mehr gemeinsam wohnen bzw. leben können, aber überdies ebenfalls einen wesentlichen Aspekt des persönlichen Beistands, der gerade im Hinblick auf eine Vertretung in medizinischen Belangen erforderlich ist, nämlich die Möglichkeit zu erfahren und zu erleben, wie es um die Gesundheit und die Anliegen des pflegebedürftigen Ehegatten bzw. Partners steht. Zum andern zeigt das vom Bezirksrat erwähnte Beispiel eine Hilfsbedürftigkeit eines Ehegatten bzw. Partners bereits vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit an (denn wer in einem Heim wohnt, ist nicht a priori urteilsunfähig) und verdeutlicht dabei, welchen persönlichen Beistand diese Hilfsbedürftigkeit auch verlangt, nämlich regelmässige Besuche. Folgerichtig müssen daher die Voraussetzungen an eine Beziehung, die für eine Vertretung durch Ehegatten und Partnerinnen bzw. Partner gemäss Art. 374 ZGB gelten, für Ehegatten und Partnerinnen bzw. Partner auch bei der Vertretung

- 10 - nach Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB gelten. Ebenso folgerichtig kann daraus allerdings nicht einschränkungslos abgeleitet werden, für die weiteren Personengruppen, die der Art. 378 Abs. 1 ZGB in den Ziffern 4 ff. zur Vertretung in medizinischen Belangen berechtigt, gälten die Voraussetzungen des Art. 374 ZGB gleichermassen. Eine Vertrauensbeziehung analog zu der zwischen Ehegatten bzw. Partnerinnen und Partnern, die Ausdruck einer engen, gelebten Gemeinschaft ist, wird einzig bei den Personen gemäss Ziffer 4 des Art. 378 Abs. 1 ZGB verlangt, nicht hingegen bei den Nachkommen, Eltern oder Geschwistern. Bei den Letzteren ist einzig persönlicher und regelmässiger Beistand vorausgesetzt (vgl. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 5–7 ZGB), also das Bestehen einer gewissen Vertrautheit, die als Ausdruck einer familiärer Solidargemeinschaft zu begreifen ist (vgl. zum Ganzen auch ZK-BOENTE, Zürich 2015, Vorbem. zu Art. 374–387 N 46 ff., Art. 374 N 40 ff. und Art. 378 N 46 f.) und von der das Gesetz annimmt, sie habe es der Person, die gesetzlich vertreten darf, grundsätzlich ermöglicht, ein Wissen über die Einstellungen und Vorstellungen der urteilsunfähigen Person zu erlangen (vgl. BOENTE, a.a.O., Vorbem. zu Art. 374–387 N 52). Der regelmässige und persönliche Beistand ist daher bei den Nachkommen, Eltern und Geschwistern als Ausdruck einer gelebten familiären Beziehung zu begreifen, die im Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit bestand und auch danach von der Person, die gesetzlich vertreten darf, aufrechterhalten wird. Der Art. 378 Abs. 1 knüpft die gesetzliche Vertretungsberechtigung in medizinischen Belangen in seinen Ziff. 3–7 somit an unterschiedlich enge Vertrauensbeziehungen an, die – was nicht zu übergehen ist – kategoriell und in ihrer Intensität unterschiedlich sind: Die gelebte (Vertrauens-)Beziehung zwischen Ehegatten (vgl. Art. 159 Abs. 2–3 ZGB), Partnern i.S. des PartG (vgl. Art. 12 und 13 Abs. 1 PartG) oder Lebenspartnern ist bekanntermassen wesentlich anders als die gelebte (Vertrauens-)Beziehung zwischen nahen Verwandten wie etwa zwischen Kind und Eltern bzw. Eltern und Kind oder unter Geschwistern. Dem hat der Gesetzgeber durch die Stufenfolge in Art. 378 Abs. 1 ZGB Rechnung getragen und dem ist ebenso im Zusammenhang mit dem, was unter regelmässigem und persönlichem Beistand zu verstehen ist, sachgerecht Rechnung zu tragen. Persönlicher Beistand unter nahen Verwandten ist deshalb nicht erst dann zu be-

- 11 - jahren, wenn durch ein Kind oder ein Elternteil oder ein Geschwister vor dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit, die Vertretung erfordert, umfassende Hilfeleistung in allen Bereichen geleistet wurde wie von einem Ehegatten oder Partner, zumal die nahen Verwandten dazu bei urteilsunfähigen Erwachsenen gesetzlich gar nicht berechtigt sind (vgl. Art. 374 ZGB). Eine solche umfassende Hilfeleistung wäre überdies bei Erwachsenen,

die vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit ihr eigenes Leben führten, in aller Regel gar nicht erforderlich. Dem gesetzlichen Vertretungsrecht der nahen Verwandten i.S.v. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 5–7 ZGB liegt denn auch eine entsprechende gesellschaftliche bzw. gesetzgeberische Wertung der verwandtschaftlichen Beziehung zu Grunde, welche – übrigens ganz im Sinne des Grundsatzes der Subsidiarität – die Aufsicht durch staatliche Behörden zurückdrängt (vgl. dazu auch BOENTE, a.a.O., Vorbem. zu Art. 374–387 N 53–55). Bei einem erwachsenen Kind genügt es daher, dass zwischen ihm und dem Elternteil, den es z.B. nach einem schweren Autounfall oder einem Schlaganfall in medizinischen Belangen zu vertreten gilt, bislang eine gelebte Kind-Eltern-Beziehung bestand, und zwischen den Eltern und dem Kind eine dem Alter des Kindes entsprechende Beziehung. Daher kann auch nach dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit nicht verlangt werden, dass z.B. Geschwister oder Kinder oder Eltern ihrem Angehörigen persönlichen Beistand durch umfassende Hilfeleistung in allen Bereichen leisten, ansonsten sie von der Vertretung in medizinischen Belangen ausgeschlossen wären. Zu verlangen ist in diesem Punkt, dass sie die bislang gepflegte Beziehung in der noch möglichen Art fortsetzen und sich insbesondere um alles das kümmern, was für die Vertretung in medizinischen Belangen unter den gegebenen Umständen des konkreten Einzelfalls erforderlich ist.

E. 3.5

3.5.1 Der Bezirksrat hat in seinem Urteil eine bis zum 25. Februar 2019 gelebte Beziehung zwischen den seit langem getrennt lebenden Ehegatten B. _____ und C. _____ i.S. des Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB verneint und damit festgehalten, dass die Beschwerdegegnerin nicht berechtigt ist, C. _____ gesetzlich zu vertreten (vgl. act. 7 S. 12–14). Das wird heute weder von der Beschwerdegegnerin noch von der Beschwerdeführerin in Frage gestellt. Weiteres dazu erübrigt sich daher. Im Übrigen liessen weder die Sachverhalte, die der Bezirksrat in seinen Erwägungen festhielt, noch die darauf fussenden zutreffenden Wertungen vernünftigerweise einen anderen Schluss zu als den, dass es bereits vor dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit an einer gelebten Vertrauensbeziehung zwischen den Ehegatten fehlte, die Voraussetzung für die gesetzliche Vertretung in medizinischen Belangen ist.

E. 3.5.2

Eine gesetzliche Vertretungsbefugnis verneinte der Bezirksrat ebenfalls in Bezug auf die Beschwerdeführerin (vgl. a.a.O., S. 12). Er hielt im Wesentlichen fest, die Beziehung zwischen Mutter und Sohn sei vor dem 25. Februar 2019 sicher enger als üblich gewesen. Die Hilfestellungen der Beschwerdeführerin hätten jedoch nicht den Umfang des "von der Lehre geforderten" (a.a.O., S. 12) umfassenden Beistands erreicht. Als solche von der Beschwerdeführerin vor der Urteilsunfähigkeit von C. _____ belegte Hilfestellungen listete der Bezirksrat etwa eine gemeinsame Mitgliedschaft von Mutter und Sohn bei einer Patientenorganisation auf, die Finanzierung einer Weiterbildung des Sohnes im Juni und August 2016, das Bezahlen des ZVV-Abos, des Halbtax-Abos und eines Handys des Sohnes im Jahr 2018, regelmässige Kontakte, belegt durch WhatsApp-Ausdrucke, mit einem Unterbruch zwischen dem 10. Oktober und 2. November 2018, ferner das Besorgen der Wäsche (aber nicht immer, so z.B. nicht am 30. September 2018). Am 11. Juli 2018 habe die Beschwerdeführerin zudem ein Wohnungsformular unterschrieben, um dem Sohn zu ermöglichen, weiterhin in der Wohnung in F. _____ zu verbleiben, in der er bisher als Untermieter gelebt habe. Aufgrund ihrer finanziellen Verhältnisse habe sie es indes verneint, für den Sohn eine Wohnung zu mieten, die dieser hätte untervermieten können.

Zudem habe die Beschwerdeführerin nicht gewusst, wo sich ihr Sohn nach dem Verlust der Wohnung im Januar 2019 aufgehalten habe. Und der Sohn sei z.B. auch nicht über Pläne der Mutter für die Zeit nach Weihnachten 2018 bis anfangs Februar 2019 informiert gewesen (vgl. a.a.O.).

E. 3.5.3

Die Beschwerdeführerin lässt mit ihrer Beschwerde (act. 2) die Feststellungen des Bezirksrates sowie dessen darauf gestützte Schlussfolgerung unbeanstandet, nach der Trennung von C._____ habe die Beschwerdegegnerin keine Beziehung mehr zu diesem unterhalten, welche die Beschwerdegegnerin zur Ver-

- 13 - tretung gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB berechtigt hätte. Darauf wurde bereits hingewiesen (vgl. Erw. 3.5.1). Sie wehrt sich aber gegen die Auffassung des Bezirksrates, auch bei ihr habe vor dem 25. Februar 2019 keine zur Vertretung berechtigte Beziehung mehr zu ihrem Sohn bestanden (vgl. act. 2 S. 5 ff.). Sie verweist dabei im Wesentlichen auf die wegen der Drogenabhängigkeit instabile Lebenssituation von C._____ sowie darauf, dass sie ihn seit der Trennung von der Beschwerdegegnerin in Bezug auf alle elementaren Bedürfnisse – Geld für Abos (Mobilität) und für das Handy (Kommunikation), Essen, Kleidung, Dach über dem Kopf, Zuneigung – unterstützt habe (vgl. a.a.O., 5 f.). Sie habe zudem eine vertrauensvolle Beziehung geführt, was aus den WhatsApp-Ausdrucken, die bei den Akten lägen, nur unvollständig hervorgehe. Eines weiteren Beistandes als dem von ihr gebotenen habe C._____ vor der Urteilsunfähigkeit nicht bedurft (vgl. a.a.O., S. 7). Der Bezirksrat zeige denn auch nicht auf, welche weitere Hilfestellung erforderlich gewesen wäre, welche erst die Annahme eines regelmässigen und persönlichen Beistands erlaubt hätte (vgl. a.a.O.). Und die Beschwerdeführerin verweist darauf, dass sie ihren Sohn heute im Pflegezentrum oder Spital, wenn er sich dort zur Behandlung aufhält, regelmässig besucht sowie für ihn das Notwendige an Kleidung, Toilettenartikeln usw. besorgt (vgl. a.a.O., S. 6).

E. 3.5.4

Die Auffassung der Beschwerdeführerin, sie habe vor dem 25. Februar 2019 ihrem Sohn regelmässig und persönlich Beistand i.S. des Art. 378 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB geleistet, trifft mit Blick auf das vorhin zum Beistand naher Verwandter Ausgeführte zu. Das zeigen bereits die vom Bezirksrat als belegt erachteten Hilfestellungen der Beschwerdeführerin.

Zutreffend hat der Bezirksrat denn auch erkannt, dass die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem erwachsenen, alleine lebenden Sohn seit dessen Trennung von der Ehefrau enger als üblich war. Eine gelebte nahe verwandtschaftliche (Vertrauens-)Beziehung bestand daher offensichtlich schon vor dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit. Durch die Akten ausgewiesen bzw. unwiderlegt ist ebenfalls, dass sich die Beschwerdeführerin seit dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit von C._____ um ihren Sohn kümmert, und zwar in den Belangen bzw. Bereichen, die für die Vertretung in medizinischen Fragen wesentlich sind: Sie besucht ihn regelmässig, weiss daher, wie es um ihn steht, und

- 14 - sorgt überdies für das Notwendige an Kleidung, Hygieneartikeln usw. Sie leistete und leistet daher den regelmässigen persönlichen Beistand im Sinn des Art. 378 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB. Ihr gesetzliches Recht auf Vertretung von C._____ bei medizinischen Massnahmen besteht daher, sofern nicht eine andere, in der Stufenfolge des Art. 378 Abs. 1 ZGB vorrangige Person zur gesetzlichen Vertretung befugt ist und diese Befugnis auch ausübt.

Das ist, wie gesehen, nicht der Fall.

E. 3.6

Die Beschwerdeführerin ist somit gesetzlich vertretungsberechtigt und – wie gesehen – auch bereit, diese Berechtigung auszuüben. Stichhaltige Anhaltspunkte dafür, dass bei einer Vertretung durch die Beschwerdeführerin die Interessen von C._____ gefährdet oder nicht mehr gewahrt wären, hat der Bezirksrat in seinem Urteil zu Recht nicht erkannt – solche sind denn auch nicht ersichtlich. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und es sind Dispositivziffer I des bezirksrätlichen Urteils sowie die damit bestätigten Dispositivziffern 1 bis 3 des Entscheids der KESB vom 31. März 2019 aufzuheben. Die Vertretungsberechtigung der Beschwerdeführerin folgt aus Art. 378 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB. Es genügt daher an sich eine entsprechende Feststellung im Dispositiv dieses Urteils. Weil die Berechtigung der Beschwerdeführerin in Frage gestellt wurde, rechtfertigt es sich jedoch der Klarheit halber, gestützt auf Art. 381 Abs. 2 ZGB die Beschwerdeführerin ausdrücklich als vertretungsberechtigte Person zu bestimmen. Auf den Eventualantrag der Beschwerdeführerin (Rückweisung der Sache an den Bezirksrat; vgl. act. 2 S. 2) ist bei diesem Ergebnis nicht mehr einzugehen.

E. 4

4.1 Die Beschwerdeführerin beantragt eine Kosten- und Entschädigungsregelung zu Lasten des Staates (vgl. act. 2, dort Antrag 4). Was sie damit genau meint und ob sich ihr Antrag auch auf die Verlegung der Kosten des bezirksrätlichen Verfahrens bezieht, erläutert sie indes nicht. Sie begründet ihren Antrag vielmehr mit keinem Wort (vgl. act. 2, dort insbes. S. 3, S. 7–9). Es bleibt schon von daher grundsätzlich bei der Verlegung der Prozesskosten gemäss den Grundsätzen der ZPO, die für Verfahren gelten, in dem sich – wie hier – zwei Parteien gegenüberstehen und in dem der Bezirksrat ebenso wie die KESB Vorinstanzen sind (vgl. auch von Erw. 2.1). Im Übrigen wären auch die Voraussetzungen, welche eine

- 15 - Auflage der Prozesskosten an den Staat rechtfertigen würden, hier nicht gegeben. Denn der Entscheid des Bezirkrates erweist sich zwar im Ergebnis als unzutreffend, aber nicht als qualifiziert falsch; er beschlägt eine Materie, zu der eine gefestigte Gerichtspraxis namentlich des Bundesgerichts ebenso fehlt wie eine bewährte Lehre fehlt. Auch die gängige Literatur äussert sich – käme es noch darauf an – zu den Aspekten, über die im Wesentlichen zu befinden war, nicht klar oder gar eindeutig.

E. 4.2

Der Bezirksrat hat in Dispositivziffer IV seines Urteils die Kosten seines Verfahrens den Parteien je zur Hälfte auferlegt. Dem Ausgang des zweitinstanzlichen Beschwerdeverfahrens entsprechend wären diese Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Beschwerdegegnerin im zweitinstanzlichen Verfahren keine Beschwerdeantwort eingereicht und sich damit auch Anträgen zur Sache enthalten hat. Insoweit hat sie sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht identifiziert, was es nicht rechtfertigt, ihr Prozesskosten aufzuerlegen. Die der Beschwerdeführerin im bezirksrätlichen Urteil auferlegten Kosten sind daher der Staatskasse (vertreten durch die Kasse des Bezirkrates) zu belassen; die Beschwerdegegnerin ist überdies nicht zur Leistung einer Parteientschädigung zu verpflichten. Die vom Bezirksrat erhobenen Gerichtskosten werden mit der Beschwerde im Übrigen ebenso wenig beanstandet wie die dem Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin

in Dispositivziffer VI zugesprochene Entschädigung. Es bleibt deshalb dabei.

E. 4.3

Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren wären die Prozesskosten grundsätzlich ausgangsgemäss der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Aus den eben genannten Gründen können der Beschwerdegegnerin aber keine Kosten auferlegt werden. Eine Verpflichtung der Beschwerdegegnerin zur Leistung einer Parteientschädigung entfällt ebenso aus den eben in Erw. 4.2 genannten Gründen. Auf die Erhebung von Gerichtskosten ist daher zu verzichten und Parteientschädigungen sind keine zuzusprechen. Wie in Erw. 4.1 dargelegt, fehlt es auch an den Voraussetzungen, unter denen der Staat zur Leistung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin verpflichtet werden könnte.

- 16 - Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin wurde für das zweitinstanzliche Verfahren als unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt. Er hat bislang keine Aufstellung über seine Auslagen und Bemühungen i.S.v. § 23 Abs. 2 AnwGebV eingereicht. Eine Entschädigung kann ihm daher noch nicht zugesprochen werden und ist deshalb einem separaten Beschluss vorzubehalten. Der Klarheit halber ist immerhin schon heute anzumerken, dass für die Bemessung dieser Entschädigung ein Ansatz nach Zeitaufwand gemäss § 3 AnwGebV unmassgeblich ist, weil dieser Ansatz nicht für die Vertretung in Zivilprozessen und den damit einhergehenden Rechtsmittelverfahren vorgesehen ist, sondern bestimmten Entschädigungen in Strafverfahren oder der Justizverwaltung vorbehalten ist (vgl. § 16 Abs. 1 und § 21 AnwGebV). Zu bemessen sein wird die Entschädigung vielmehr anhand von § 13 Abs. 1 und 2 (Reduktion) gemäss § 5 Abs. 1 AnwGebV.

E. 5

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.

E. 6

Für das zweitinstanzliche Beschwerdeverfahren werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

E. 7

Die Entschädigung des unentgeltlichen Rechtsbeistandes der Beschwerdeführerin wird einem separaten Beschluss vorbehalten.

E. 8

Schriftliche Mitteilung je gegen Empfangsschein an die Parteien, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd, an Rechtsanwalt lic. iur. Y._____, ... [Adresse], an den Beistand E._____, ... [Adresse], sowie – unter Rücksendung der Akten – an den Bezirksrat Bülach.

- 18 -

E. 9

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 keine vermögensrechtliche Angelegenheit. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Gerichtsschreiberin: MLaw M. Schnarwiler versandt am:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.