

**Art. 69 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO, Unvermögen der Partei.** *Ob Abs. 1 oder Abs. 2 anzuwenden ist, hängt davon ab, ob die Partei überhaupt noch ein Interesse formuliert, welches der Vertreter umsetzen kann, oder ob ein Vertreter das wohl verstandene Interesse der Partei selber ermitteln muss (E. 3b).* **Art. 361 ZGB (resp. Art. 441 nZGB), direktes Eingreifen der Aufsichtsbehörde.** *Bleibt die Vormundschafts- (künftig: die Erwachsenenschutzbehörde) pflichtwidrig untätig, haben die Aufsichtsbehörden jedenfalls in dringenden Fällen von sich aus das Nötige anzuordnen.*

(aus einem prozessleitenden Entscheid des Obergerichts:)

1. Mit Eingabe vom 1. März 2012 beantragte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz die Konkurseröffnung über den Beschwerdegegner. Die Vorladung zur Verhandlung sowie die Verfügung vom 2. März 2012 mit der Fristansetzung an den Beschwerdeführer zur Leistung eines Kostenvorschusses konnte dem Beschwerdegegner weder postalisch noch mit Hilfe des Gemeindeammannes zugestellt werden. Dieser teilte der Vorinstanz unter Beilage eines fachärztlichen Zeugnisses der Psychiatrischen Universitätsklinik Zürich vom 28. Februar 2012 mit, der Beschwerdegegner befinde sich seit dem 10. Februar 2012 in stationärer Behandlung. Seine Urteils- und Prozessfähigkeit seien erheblich eingeschränkt bis zeitweise aufgehoben.

Mit Verfügung vom 22. März 2012 sistierte die Vorinstanz daraufhin gestützt auf Art. 69 Abs. 2 ZPO das Verfahren und ersuchte die Vormundschaftsbehörde Seldwyla um umgehende Prüfung vormundschaftlicher Massnahmen für den Beschwerdegegner (act. 5/14). Nachdem sich die Vormundschaftsbehörde in der Folge nicht vernehmen liess, erklärte deren Frau Bohnenblust auf telefonische Nachfrage, gemäss der Ehefrau des Beschwerdegegners (Frau X.) sei dieser bettlägerig und nicht mehr ansprechbar. Frau X. habe sich vormundschaftlichen Massnahmen bis anhin widersetzt. Das Ehepaar nehme keine (auch keine finanzielle) Hilfe an. Am 10. Juni 2012 werde über den Fall befunden und die Vorinstanz schriftlich informiert. Mit Schreiben vom 5. Juni 2012 teilte die Vormundschaftsbehörde der Vorinstanz schliesslich mit, die Sozialkommission sei gestützt auf die Abklärung mit Frau X. – nach deren Aussage sei der Beschwerdeführer sehr krank und könne keinem Dialog mehr folgen – der

Meinung, es gebe keinen genügenden Grund, gegen den ausdrücklichen Willen des Beschwerdegegners und seiner Frau vormundschaftliche Massnahmen zu ergreifen, zumal keinerlei Bereitschaft zur Zusammenarbeit vorhanden sei. Es sei dem Beschwerdeführer ein "Pflichtverteidiger" zur Seite zu stellen. Auf die telefonische Bitte, einen formellen Beschluss zu erlassen, liess die Vormundschaftsbehörde die Vorinstanz wissen, es ergebe sich bereits aus ihrem Schreiben vom 5. Juni 2012, dass sie nichts unternehmen könne. Am 20. Juni 2012 liess sie der Vorinstanz auf deren Verlangen ein Handlungsfähigkeitszeugnis betreffend den Beschwerdegegner zukommen.

Mit Verfügung vom 2. Juli 2012 bestellte die Vorinstanz dem Beschwerdegegner in der Person von Rechtsanwalt Dr. iur. Y. einen Rechtsvertreter. Gleichentags lud sie die Parteien zur Verhandlung auf den 8. August 2012 vor, wobei dem Beschwerdegegner weder die Verfügung noch die Vorladung zugestellt werden konnten. Die Verhandlung fand deshalb nicht statt. Es gelang Rechtsanwalt Y. in der Folge aufgrund des Widerstandes von Frau X. sowie wegen der fehlenden Reaktion des Beschwerdegegners nicht, mit diesem in Kontakt zu treten. Er reichte ein weiteres ärztliches Zeugnis vom 7. Juni 2012 ein, wonach die Überprüfung der Urteilsfähigkeit des Beschwerdegegners dringend angezeigt ist. Daraufhin wurde er von der Vorinstanz mit Verfügung vom 21. August 2012 für seine Bemühungen entschädigt. Ob er damit auch von seinen Aufgaben entbunden wurde, geht aus der Verfügung nicht ausdrücklich hervor. Danach ersuchte die Vorinstanz die Vormundschaftsbehörde erneut um die Prüfung vormundschaftlicher Massnahmen. Mit Schreiben vom 29. August 2012 hielt die Behörde fest, es sei ihr klar, dass der Beschwerdegegner in seiner Urteilsfähigkeit eingeschränkt sei. Da jedoch Frau X. den Beschwerdegegner wirksam abzuschirmen und in seinem Namen unternommene Schritte zu verhindern wisse, sei einer Beistandschaft kein Erfolg beschieden. Vielmehr müsste dem Beschwerdegegner die Handlungsfähigkeit entzogen werden. Die dafür notwendige psychiatrische Begutachtung müsse ihrer Ansicht nach durch eine fürsorgliche Freiheitsentziehung unter Zuhilfenahme polizeilicher Unterstützung erfolgen, was sie als mit der Würde eines älteren Menschen unvereinbar erachte.

Da konkrete Anhaltspunkte dafür bestünden, dass die Urteilsfähigkeit des Beschwerdegegners eingeschränkt bis aufgehoben ist, die Vormundschaftsbehörde sich geweigert habe, entsprechende Abklärungen in die Wege zu leiten und solche Abklärungen mangels einer gesetzlichen Grundlage durch das Gericht nicht vorgenommen werden könnten, setzte die Vorinstanz dem *Beschwerdeführer* in der Folge Frist an, um bei den zuständigen Behörden die für die Beurteilung der Prozessfähigkeit des Beschwerdegegners notwendigen Schritte in die Wege zu leiten und mittels geeigneter Urkunden zu belegen, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf das Konkursbegehren nicht eingetreten werde (Verfügung vom 7. September 2012).

2. Hiergegen setzte sich der Beschwerdeführer rechtzeitig zur Wehr mit den Anträgen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und über den Beschwerdegegner sei der Konkurs zu eröffnen. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, den Konkurs zu eröffnen. Subeventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, die im Hinblick auf die Frage der Prozessfähigkeit des Beschwerdegegners erforderlichen Anordnungen zu treffen. Der Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung zuerkannt. Der Beschwerdeführer leistete den ihm auferlegten Kostenvorschuss innert Frist. Für den Beschwerdegegner wurde die Verfügung mit der Fristansetzung zur Beschwerdeantwort samt der Beschwerdeschrift Rechtsanwalt Y. zugestellt, der auch bereits die Verfügung betreffend Vorschuss entgegengenommen hatte. Rechtsanwalt Y. teilte der Kammer daraufhin mit, dass er den Beschwerdegegner nicht mehr vertrete und ihm die Sendung weitergeleitet habe.

3.a) Es geht um einen prozessleitenden Entscheid im Sinne von Art. 319 lit. b ZPO. Die Beschwerdefähigkeit hängt also davon ab, ob dem Beschwerdeführer ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Grundsätzlich könnte der Beschwerdeführer die ihm angesetzte Frist verstreichen lassen und sich mit einer Beschwerde gegen den Endentscheid zur Wehr setzen. Das ist aber im vorliegenden Fall nicht zumutbar, nicht zuletzt wegen des summarischen Charakters des Verfahrens. Der geforderte Nachteil kann nach

allgemeiner Auffassung auch bloss tatsächlicher Natur sein, und das ist hier der Fall. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.b) Gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB ist ein Beistand zu ernennen, wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge von Krankheit, Abwesenheit oder dergleichen weder selbst zu handeln noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag. Neben dem besonderen Schutzbedürfnis setzt die Anordnung einer Beistandschaft demnach einen konkreten Handlungsbedarf sowie eine gewisse Dringlichkeit voraus.

Die Partei- und Prozessfähigkeit stellt eine Prozessvoraussetzung dar, welche von Amtes wegen zu prüfen ist (Art. 59 f. ZPO). Prozessfähig ist, wer handlungsfähig ist (Art. 67 ZPO), was einerseits Mündigkeit und andererseits Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 14 f. ZGB voraussetzt. Wie erwogen liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der Beschwerdegegner in seiner Urteilsfähigkeit zumindest erheblich eingeschränkt ist. Gemäss den Akten scheint er nicht in der Lage, das Konkursverfahren ordentlich zu führen und seine Interessen gehörig zu vertreten. So wurden zwei Arztzeugnisse eingereicht, die seine Urteilsfähigkeit ernsthaft in Frage stellen bzw. teilweise verneinen (act. 5/13 und /34). Die Vormundschaftsbehörde stellte dem Beschwerdegegner zwar ein Handlungsfähigkeitszeugnis aus, welches indes wenig aussagekräftig erscheint: So hielt sie fest, dass eine Person handlungsfähig ist, solange die Handlungsfähigkeit nicht durch eine Vormundschaft oder Beiratschaft entzogen bzw. beschränkt wird. Das stimmt, aber die Handlungsfähigkeit wird nur vermutet; im Einzelfall kann sie sehr wohl fehlen - wenn nämlich einer Person die Urteilsfähigkeit fehlt (Art. 16 ZGB). Im Übrigen räumte die Behörde selbst ein, dass die Urteilsfähigkeit des Beschwerdegegners eingeschränkt ist und eine Beistandschaft sinnvoll wäre. Frau X. bezeichnete den Beschwerdeführer ebenfalls als nicht ansprechbar und verneinte wiederholt dessen Urteilsfähigkeit. Ferner nimmt sie grundsätzlich keine eingeschriebene Post entgegen, wohl in der Hoffnung, sie könne dadurch den Gang der Justiz aufhalten. Schliesslich scheiterte auch die gerichtliche Bestellung eines Rechtsvertreters an der Unmöglichkeit, mit dem Beschwerdegegner überhaupt ein Gespräch zu führen,

was einerseits auf dessen Unvermögen, andererseits auf den Widerstand von Frau X. gegen eine Kontaktaufnahme zurückzuführen ist.

Es besteht sodann konkreter Handlungsbedarf sowie eine gewisse Dringlichkeit: Es wurde ein Konkursbegehren gegen den Beschwerdegegner gestellt. Dieser hat sich als Schuldner zum Begehren zu äussern oder muss mindestens Gelegenheit zur Stellungnahme haben. Ein Begehren um Konkursöffnung ist sodann von grosser Tragweite für den Schuldner. Die Angelegenheit erduldet schliesslich keinen weiteren Aufschub, da auf ein Konkursbegehren das summarische Verfahren Anwendung findet und namentlich der Beschwerdeführer Anspruch auf eine beförderliche Behandlung seines Begehrens hat.

c) Die Konkursrichterin hat dem Gläubiger Frist angesetzt, um "bei den zuständigen Behörden die für die Beurteilung der Prozessfähigkeit des Beschwerdegegners notwendigen Schritte in die Wege zu leiten und mittels geeigneter Urkunden zu belegen, unter der Androhung, dass im Säumnisfall auf das Konkursbegehren nicht eingetreten werde".

Vorweg lässt sich die Bemerkung nicht umgehen, dass diese Auflage [Anm.: in der konkreten Formulierung] für einen Laien nicht einfach zu verstehen ist - das Obergericht hatte jedenfalls auch gewisse Mühe zu erkennen, wozu der Beschwerdeführer konkret aufgefordert wird. Die Erwägungen bieten zum Verständnis auch keine grosse Hilfe, da sie in der aus dem vorletzten Jahrhundert stammenden "dass-dass-Technik" abgefasst sind, welche heute an der Grenze zur Gehörsverweigerung liegt (vgl. dazu den Entscheid der Kammer *OGerZH* NQ120028 vom 16. Juli 2012 E. 4 Abs. 2 = ZR 111/2012 Nr. 74). Darauf braucht aber hier nicht weiter eingegangen zu werden.

In der Sache drängen sich nach den vorhandenen Akten einstweilen folgende Überlegungen auf: Die Einzelrichterin liess sich wohl davon leiten, dass es Sache des Klägers oder Gesuchstellers ist, die Personalien der Gegenpartei bekannt zu geben. Nicht nur muss er selber sagen, wer er ist (*OGerZH* PS110082/Z01 vom 8. Juni 2011), sondern auch, wen das Gericht als Gegner

vorladen soll (Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO). In eine ähnliche Richtung geht eine Kommentarstelle, welche bei einer dem Beklagten "teilweise" fehlenden Prozessfähigkeit deren Erstellung dem Kläger aufbürden will (BSK ZPO-Tenchio-Kuzmic, Art. 67 N 37). Dem ist nicht zu folgen. Der moderne Rechtsstaat beansprucht das Gewaltmonopol und verbietet Faustrecht und Selbstjustiz. Das Pendant dazu ist die Pflicht zur Justizgewährung. Die Einzelrichterin versuchte die Vormundschaftsbehörde zum Bestellen eines Beistandes zu bewegen, trotz mehrfachen Insistierens aber erfolglos. Warum eine Intervention des Beschwerdeführers erfolgreicher sein könnte, ist nicht zu erkennen. Nun könnte der Beschwerdeführer zwar gegen die pflichtwidrige Untätigkeit der Behörde ein Rechtsmittel ergreifen. Ähnlich hätte allerdings auch die Einzelrichterin vorgehen können: mit einer Aufsichtsbeschwerde an den Bezirksrat. Diese Mühe (und das entsprechende Kostenrisiko) nun dem Privaten aufzubürden, ist für diesen unzumutbar und tangiert die Justizgewährungspflicht. Art. 69 ZPO geht davon aus, dass der *Staat* selber handelt.

Damit fragt sich nur noch, was die Kammer vorkehren soll. Die Bestimmung von Art. 69 Abs. 1 ZPO (Bestellung eines Vertreters durch das Gericht) greift nur, wenn die betreffende Partei zwar einen Willen bilden kann, was sie im Prozess erreichen will, das aber gegenüber dem Gericht nicht zu formulieren oder in die richtige Form zu bringen in der Lage ist. Entsprechend hat Rechtsanwalt Y. richtig erklärt, er könne seine Aufgabe nicht erfüllen.

Daher hat die Einzelrichterin zutreffend und pflichtgemäss eine vormundschaftliche Massnahme als erforderlich angesehen (Art. 69 Abs. 2 ZPO). Der wesentlichste Unterschied zwischen dem vom Gericht bestellten Anwalt und dem von der Vormundschaftsbehörde als Beistand ernannten Anwalt (denn für ein Verfahren vor einem Zivilgericht kommt wohl nur ein solcher in Frage) ist der, dass der letztere einer unmittelbaren und auch sachlichen behördlichen Aufsicht untersteht. Damit kann und muss er auch nicht nach dem geäusserten Willen der schutzbedürftigen Partei, sondern nach deren wohl verstandenem Interesse handeln, wie er es nach bestem Wissen und Gewissen versteht.

Die zuständige Vormundschaftsbehörde ist offenbar nicht willens, einen Beistand zu bestellen (...). Es ist daher angezeigt, dass das Obergericht direkt das Nötige anordnet. Da es Aufsichts- (und nicht nur Rechtsmittel-)Behörde in Vormundschafts-Sachen ist (§ 75 EG/ZGB und OGerZH PQ110002 vom 5. Mai 2011), kann es selber handeln. Der zu bestellende Beistand/die Beiständin wird als Erstes zur Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 322 Abs. 1 ZPO) die vorliegende Beschwerde zu beantworten haben.

Anzuordnen ist eine Beistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB, welche auch über den Jahreswechsel hinaus Bestand haben wird (Art. 14 Abs. 3 SchIT/ZGB). Eine amtsärztliche Untersuchung ist jedenfalls einstweilen nicht erforderlich und angesichts einerseits der Dringlichkeit der Sache, andererseits der eingeschränkten Tragweite der Beistandschaft auch nicht opportun. Sollte der Beistand oder die Beiständin zur Auffassung gelangen, es sei nicht nur im konkreten Fall eine Massnahme angezeigt, wäre die Frage einer Begutachtung neu zu prüfen (Art. 398 und 446 Abs. 2 nZGB).

Die Einführung des neuen Erwachsenenschutzrechts und der Übergang der Kompetenzen von der Vormundschafts- auf die Erwachsenenschutzbehörde wird die Sache erschweren. Das darf aber nicht zu Lasten der betroffenen Privaten gehen, auch wenn seitens der Behörden wahrscheinlich ein Sonder-Effort nötig ist.

Es wird beschlossen:

1. Es wird für den Beschwerdegegner, X., ..., *eine Beistandschaft im Sinne von Art. 392 Ziff. 1 ZGB* errichtet, welche *die Vertretung im laufenden Konkursverfahren EK120063 vor dem Bezirksgericht A. und in den damit zusammen hängenden Rechtsmittelverfahren* zum Inhalt hat. Die Vormundschaftsbehörde Seldwyla wird eingeladen, innert zehn Tagen ab Erhalt des heutigen Entscheides den ihrer Aufsicht (resp. ab 1. Januar 2013 derjenigen der KESB A.) unterstehenden Beistand oder die Beiständin zu ernennen und der Einzelrichterin am Bezirksgericht A. und dem Obergericht davon Mitteilung zu

machen. Die angesetzte Frist ist nötigenfalls kurz erstreckbar, steht aber in den Gerichtsferien nicht still.

2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Vormundschaftsbehörde Seldwyla und an die Vorinstanz, ferner zur Kenntnis an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde des Bezirks A., Seldwyla, alles gegen Empfangsschein.

Obergericht, II. Zivilkammer  
Beschluss vom 7. Dezember 2012  
Geschäfts-Nr.: PS120169-O/Z03