

Expertenkommission
für die
Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts

Erwachsenenschutz

Bericht zum Vorentwurf
für eine Revision des Zivilgesetzbuchs
(Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht)

Juni 2003

Übersicht

Das geltende Vormundschaftsrecht (Art. 360–455) des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) ist seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1912 – abgesehen von den Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a–f ZGB) – praktisch unverändert geblieben. Es entspricht unseren heutigen Verhältnissen und Anschauungen nicht mehr und soll deshalb grundlegend erneuert werden.

Eines der Ziele der Revision ist es, das Selbstbestimmungsrecht zu fördern. Die Vorlage stellt unter dem Titel "Die eigene Vorsorge" (Art. 360–373) drei neue Rechtsinstitute im Zivilgesetzbuch zur Diskussion. Mit einem Vorsorgeauftrag soll eine handlungsfähige Person eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen bezeichnen können, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit ihre Interessen wahren und sie im Rechtsverkehr vertreten sollen. Mit einem Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen wird eine natürliche Person beauftragt, bei Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers oder der Auftraggeberin die Zustimmung zu medizinischen Massnahmen zu erteilen. In einer Patientenverfügung schliesslich soll eine urteilsfähige Person festlegen können, welche medizinische Behandlung sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit wünscht oder ablehnt.

Die heutigen amtsgebundenen behördlichen Massnahmen, nämlich die Vormundschaft, die Beiratschaft und die Beistandschaft haben einen bestimmten vorgegebenen Inhalt und tragen deshalb dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht ausreichend Rechnung. An ihrer Stelle soll als einheitliches Rechtsinstitut die Beistandschaft (Art. 377–415) treten, wenn eine Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen Schwächezustands ihre Angelegenheiten nicht mehr besorgen kann und die Unterstützung durch Angehörige oder freiwillige private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht. Statt der Anordnung standardisierter Massnahmen ist inskünftig von den Behörden Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur soviel staatliche Betreuung erfolgt, wie wirklich nötig ist.

Der Vorentwurf unterscheidet vier Arten von Beistandschaften, nämlich die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft sowie die umfassende Beistandschaft. Diese vier Beistandschaften knüpfen in modernisierter Form an die bisherigen behördlichen Massnahmen an. Die Begleit- und die Vertretungsbeistandschaft modifizieren die heutige Beistandschaft nach Artikel 392–394 ZGB. Die Handlungsfähigkeit bleibt bei der Begleitbeistandschaft unberührt. Bei der Vertretungsbeistandschaft muss sich die betroffene Person die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen oder gefallen lassen. Die Behörde kann auch je nach Situation die Handlungsfähigkeit punktuell einschränken. Die Mitwirkungsbeistandschaft entspricht in ihren Wirkungen der heutigen Mitwirkungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 1 ZGB). Sie wird errichtet, wenn gewisse Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu ihrem Schutz der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin bedürfen. Die umfassende Beistandschaft schliesslich ist das Nachfolgeinstitut zur Entmündigung (Art. 369–372 ZGB) und lässt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen entfallen. Angeordnet wird sie insbesondere, wenn eine Person dauernd urteilsunfähig ist.

Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden. Während bei der umfassenden Beistandschaft der Aufgabenbereich des Beistands oder der Beiständin die ganze Vermögens- und Personensorge umfasst, muss die Behörde bei den übrigen Beistandschaften den Aufgabenkreis, der vom Beistand oder von der Beiständin zu besorgen ist, im Einzelfall festlegen.

Auf die erstreckte elterliche Sorge (Art. 385 Abs. 3 ZGB) soll verzichtet werden. Dafür sieht der Vorentwurf für die Eltern, die als Beistand oder Beiständin eingesetzt

werden, Privilegien vor (Art. 408). Sie sollen insbesondere weder der Inventarpflicht noch der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage unterliegen, so dass sie materiell praktisch die gleiche Stellung haben, wie wenn sie Inhaber der elterlichen Sorge wären. Die gleichen Privilegien sollen neu auch für einen Ehegatten (und inskünftig auch für eine eingetragene Partnerin oder einen eingetragenen Partner) gelten. In beiden Fällen kann die Behörde aber in einzelnen Punkten oder generell eine Aufsicht anordnen, sofern dies nach den Verhältnissen angemessen erscheint. Der Flexibilität des neuen Rechts dient es ferner, wenn Lebenspartner und Lebenspartnerinnen, Nachkommen und Geschwister, die eine Beistandschaft übernehmen, von der Behörde ebenfalls von gewissen Pflichten entbunden werden können, sofern es die Umstände rechtfertigen (Art. 409).

Im Kapitel über die fürsorgliche Unterbringung in einer Einrichtung (Art. 416–430) sollen der Rechtsschutz ausgebaut und Lücken geschlossen werden. Unter anderem werden die ärztliche Einweisungskompetenz beschränkt und wichtige Verfahrensvorschriften gesetzlich verankert. Neu ist ferner das Recht auf den Beizug einer Vertrauensperson und die Pflicht der Behörde zur periodischen Überprüfung der Unterbringung. Die einweisende Instanz hat in ihrem Entscheid festzulegen, ob es um eine Unterbringung zur Betreuung, zur Behandlung einer psychischen Störung oder zur Abklärung geht. Neu wird eine abschliessende bundesrechtliche Regelung für die Behandlung einer psychischen Störung vorgeschlagen, die versucht, das Selbstbestimmungsrecht so weit wie möglich zu wahren. Auf eine behördlich angeordnete ambulante Behandlung wider den Willen der betroffenen Person soll verzichtet werden.

Wird eine Person vorübergehend oder – vor allem gegen Ende des Lebens – dauernd urteilsunfähig, so behilft sich die heutige Praxis auf vielfältige Art mit einem pragmatischen Vorgehen. Das neue Erwachsenenschutzrecht will deshalb dem Bedürfnis der Angehörigen urteilsunfähiger Personen Rechnung tragen, ohne grosse Umstände gewisse Entscheide zu treffen. Damit wird die Solidarität in der Familie gestärkt und es wird vermieden, dass die Behörden systematisch Beistandschaften anordnen müssen. Nahe Angehörige sollen – nach dem Vorbild gewisser kantonaler Gesetze – das Recht erhalten, für die urteilsunfähige Person die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu erteilen (Art. 434–436), sofern kein Vorsorgeauftrag und auch keine genügend klare Patientenverfügung vorliegt. Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Sonderregelungen beispielsweise für die Sterilisation, die Transplantationsmedizin oder die Forschung. Im Weiteren räumt der Vorentwurf dem Ehegatten (und inskünftig auch der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner) der urteilsunfähigen Person das Recht ein, die Post zu öffnen, für die ordentliche Verwaltung des Einkommens und des Vermögens zu sorgen und alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Art. 431–433).

Urteilsunfähige Personen, die in Einrichtungen leben, geniessen nicht immer den Schutz, den sie benötigen. Der Vorentwurf versucht, hier Abhilfe zu schaffen (Art. 437–442). Er schreibt u. a. vor, dass für diese Personen ein schriftlicher Betreuungsvertrag abgeschlossen werden muss, damit über die Leistungen, die erbracht werden, Transparenz besteht. Im Weiteren werden die Voraussetzungen, unter denen Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit zulässig sind, umschrieben. Schliesslich sollen die Kantone verpflichtet werden, Wohn- und Pflegeeinrichtungen, die urteilsunfähige Personen betreuen, zu beaufsichtigen.

Das Vormundschaftswesen ist heute sehr uneinheitlich und unübersichtlich organisiert. Während in den welschen Kantonen die vormundschaftlichen Behörden in der

Regel Gerichte sind, amten an verschiedenen Orten der deutschen Schweiz Milizlaien als Vormundschaftsbehörde, die ohne fachliche Vorgaben politisch gewählt sind. Von Fachleuten wird schon seit längerer Zeit eine Professionalisierung gefordert. Gewisse Kantone haben diese von sich aus eingeleitet oder bereits durchgeführt. Der Vorentwurf sieht vor, dass für alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes eine Fachbehörde – die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – zuständig ist (Art. 443). Diese soll unabhängig und weisungsungebunden arbeiten und den Sachverhalt selber ermitteln, so dass sie den materiellen Anforderungen an ein Gericht und damit auch den Artikeln 5 und 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) genügt.

In einer separaten Vorlage wird gestützt auf die neue Bundeskompetenz für das Zivilprozessrecht ein Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden unterbreitet. Der Rechtsschutz kann damit verbessert und das Zivilgesetzbuch von Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit und das Verfahren entlastet werden.

Nach dem geltenden Vormundschaftsrecht (Art. 426 ff. ZGB) haften sowohl die Mandatsträger und Mandatsträgerinnen wie auch die Behördenmitglieder in erster Linie persönlich. Nur wenn sie den Schaden nicht decken können, haften die Kantone und Gemeinden. Für den Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung gilt indessen bereits seit 1981 die direkte Staatshaftung mit einem Regressrecht auf fehlbar Handelnde (Art. 429a ZGB). Diese moderne Haftungsregelung für hoheitliches Handeln soll inskünftig im ganzen behördlichen Erwachsenen- und Kindesschutzrecht gelten (Art. 451–454).

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht hat einen engen Bezug zum Handlungsfähigkeitsrecht des Personenrechts. Dieses ist lückenhaft und damit wenig bürgerfreundlich. Die heutigen Bestimmungen des Vormundschaftsrechts über das eigene Handeln bevormundeter Personen werden deshalb verallgemeinert und etwas erweitert und in das Personenrecht integriert (Art. 19–19c VE ZGB).

1 Allgemeiner Teil

1.1 Das geltende Vormundschaftsrecht

Das Vormundschaftsrecht, das in den Artikeln 360–455 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) geregelt ist, blieb seit dem Inkrafttreten des ZGB am 1. Januar 1912 praktisch unberührt. Eine wichtige Ausnahme bildet das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1978 über die fürsorgerische Freiheitsentziehung, das am 1. Januar 1981 in Kraft getreten ist. Mit diesem Gesetz wurden das Vormundschaftsrecht mit den Anforderungen von Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) in Einklang gebracht und das ZGB um die Artikel 397a–397f ergänzt.

Das geltende Vormundschaftsrecht sieht drei amtsgebundene Massnahmen vor, nämlich die Vormundschaft (Art. 368–372 ZGB), die Beiratschaft (Art. 395 ZGB) und die Beistandschaft (Art. 392–394 ZGB). Daneben gibt es die fürsorgerische Freiheitsentziehung, die erlaubt, eine hilfsbedürftige Person in einer Einrichtung zu betreuen.

Das Vormundschaftsrecht

- ersetzt für Minderjährige die fehlende elterliche Sorge (Art. 368 ZGB);
- sorgt dafür, dass gewisse dauernd hilfsbedürftige Erwachsene
 - durch Entzug der Handlungsfähigkeit (Entmündigung nach Art. 369 ff. ZGB) oder durch Beschränkung der Handlungsfähigkeit in bestimmten vermögensrechtlichen Bereichen (Mitwirkungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 1 ZGB oder Verwaltungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 2 ZGB) vor zu weit gehenden "rechtlichen Bindungen" geschützt werden;
 - sich weitgehend (Art. 369 ff. ZGB) oder teilweise (Art. 395 Abs. 2 ZGB) die Vertretung durch andere Personen gefallen lassen müssen;
 - nicht mehr selber ihr Vermögen verwalten dürfen (Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB, Beiratschaft nach Art. 395 Abs. 2 ZGB);
 - persönlich betreut werden, gegebenenfalls auch ohne oder gegen ihren Willen (insbesondere fürsorgerische Freiheitsentziehung nach Art. 397a und 406 ZGB);
- sorgt für die Verwaltung nicht verwalteter Vermögen, ohne dass es sich dabei um sogenannte "schwache" Erwachsene handeln muss (Beistandschaft nach Art. 393 ZGB);
- sorgt für die Vertretung, wenn Erwachsene oder gesetzliche Vertreter vorübergehend faktisch am Handeln gehindert sind (Beistandschaft nach Art. 393 Ziff.1 und 2 ZGB); und
- entzieht bei Interessenkollision gesetzlicher Vertreter die Vertretungsmacht und sorgt für Ersatz (Art. 392 Ziff. 2 ZGB).

Das geltende Vormundschaftsrecht schützt primär

- die Minderjährigen;
- bestimmte Kategorien von Erwachsenen wie "Geistesranke, Geistesschwache, Suchtkranke und Abhängige, Verwahrloste, Lasterhafte, Verschwender, Miss-

wirtschaftler, von Freiheitsstrafe Betroffene, Altersschwache, Gebrechliche, Unerfahrene" (Art. 369–372 und 397a ZGB);

- die nicht verwalteten Vermögen, gleichgültig ob es sich um Vermögen einer natürlichen oder einer juristischen Person oder um Sammelvermögen handelt (Art. 393 ZGB), und
- die faktisch am Handeln verhinderten Personen (Art. 392 Ziff. 1 und 3 ZGB).

Sekundär schützt das Vormundschaftsrecht die Familie und die Sicherheit Dritter (Art. 369, 370 und 397a ZGB). Schliesslich sind auch Drittpersonen in allgemeiner Weise angesprochen (Art. 375, 387 Abs. 2, 397 Abs. 2, 398 Abs. 3, 410 Abs. 2 und 411 ZGB).

1.2 Die Mängel des geltenden Rechts

Die Kernfrage des Vormundschaftsrechts ist, wie Personen mit einem schwerwiegenden Schwächezustand am Rechtsleben teilnehmen und wie sie unterstützt werden können. Unser Menschenbild geht von der Menschenwürde und damit zunächst vom Selbstbestimmungsrecht jedes Menschen aus. Das Vormundschaftsrecht kommt indessen nicht ohne Fremdbestimmung aus. Das bleibt unbestritten, wenn eine hilfsbedürftige Person nicht mehr einen Willen äussern kann. Das eigentliche Problem liegt in der "Hilfe wider Willen". Das geltende – wie auch das künftige Recht – bejaht diese Möglichkeit. Wer nämlich die Zulässigkeit dieser Fremdbestimmung schlechthin verneint, riskiert um eines verabsolutierten Selbstbestimmungsrechts willen Personen mit einem Schwächezustand Hilfen zu berauben, auf die sie dringend angewiesen sind.

Der Gesetzgeber muss jedoch alles vorkehren, um in der Fremdbestimmung die Würde des Menschen zu wahren und zu gewährleisten, so dass Massnahmen dort, wo sie unabdingbar sind, juristisch klar abgestützt und in rechtsstaatlich einwandfreien Verfahren angeordnet werden. Im materiellen Vormundschaftsrecht und im vormundschaftlichen Verfahren spielt deshalb der Schutz der Grundrechte eine besondere Rolle. Diese sind in den letzten Jahrzehnten ausgebaut und präzisiert worden. Zentral ist unter anderem, dass Einschränkungen von Grundrechten dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen müssen (Art. 36 Abs. 3 der Bundesverfassung, BV; SR 101). Die heutigen mehr oder weniger starren Kategorien von Massnahmen der Entmündigung mit dem Entzug der Handlungsfähigkeit, der Beiratschaft mit dem punktuellen Entzug der Handlungsfähigkeit im Vermögensbereich und der Beistandschaft, die keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit hat, genügen diesem Anliegen nicht mehr.

Im Lichte der Grundrechtsentwicklung sind aber auch Lücken im Vormundschaftsrecht zu erkennen. Nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis legitimiert beispielsweise die fürsorgerische Freiheitsentziehung als solche nicht zu der Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung der betroffenen Person. Eine solche Massnahme ist somit nur zulässig, wenn und soweit das kantonale Recht dafür eine ausreichende Rechtsgrundlage bietet. Das Bedürfnis nach einer einheitlichen bundesrechtlichen Regelung ist evident.

Das geltende Vormundschaftsrecht steht auch nicht mehr in Einklang mit den gewandelten gesellschaftlichen Verhältnissen und Anschauungen. Das Selbstbestimmungsrecht und die Hilfe zur Selbsthilfe haben heute ein anderes Gewicht als vor mehr als 90 Jahren, als das ZGB erlassen wurde. Hoheitliche Entscheidungen wer-

den weniger akzeptiert, die vormundschaftliche Klientel ist zum Teil anspruchsvoller geworden, die Partnerschaftlichkeit der Betreuung wird stärker betont, professionelle Sozialarbeit ist unerlässlich geworden, verschiedenste Begriffe des geltenden Vormundschaftsrechts sind diskriminierend und stigmatisierend.

Die Praxis hat zum Teil versucht, den gewandelten Verhältnissen und Anschauungen durch extensive und kreative Interpretation des Gesetzes Rechnung zu tragen. Das hat aber zu Rechtsungleichheiten geführt. Zudem klaffen damit Gesetz und Rechtswirklichkeit stark auseinander. So steht beispielsweise nach dem Konzept des Gesetzgebers von 1912 für den Personen- und Vermögensschutz Erwachsener im schweizerischen Vormundschaftsrecht die Vormundschaft im Vordergrund. Die grosse Zahl der Gesetzesartikel ist deshalb entweder ausschliesslich oder primär diesem Institut gewidmet. In der Praxis ist aber seine Bedeutung zurückgegangen. Mehr als die Hälfte der amtsgebundenen Massnahmen bilden heute Beistandschaften (vgl. die von der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden geführte Statistik im Anhang). Das spricht zwar für die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bzw. der Berücksichtigung der Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen. Aber über diese Massnahmen werden heute Geschäfte für hilfsbedürftige Personen erledigt, wie sie das Gesetz selber nicht vorsieht.

Nach dem Urteil von Lehre und Praxis ist deshalb eine umfassende Erneuerung des Vormundschaftsrechts geboten.

1.3 Reformgeschichte

1.3.1 Vorarbeiten

Im September 1993 setzte das Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Gesamtrevision des schweizerischen Vormundschaftsrechts eine Expertengruppe ein. Dieses Gremium umfasste die Professoren BERNHARD SCHNYDER, Freiburg (*Vorsitz*), MARTIN STETTLER, Genf, und Rektor CHRISTOPH HÄFELI, Hochschule für soziale Arbeit, Luzern. Der Auftrag der Expertengruppe lautete: "Erarbeitung von Richtlinien und einem Thesenpapier mit einem erläuternden Begleitbericht für eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts, unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Europa. Insbesondere ist aufzuzeigen, wo die wesentlichen Mängel des geltenden Rechts liegen, welchen Bedürfnissen ein modernes Vormundschaftsrecht zu genügen hat, mit welchen Betreuungsmassnahmen diesen Bedürfnissen Rechnung getragen werden kann und welche Organisation für den Vollzug eines modernen Vormundschaftsrechts erforderlich ist". Im Juli 1995 legten die drei Experten ihren Grundlagenbericht *Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts* vor. Die darin enthaltenen – zum Teil ausformulierten – Reformvorschläge zu einem neuen "Erwachsenenschutz" wurden an einer öffentlichen Tagung vom 11. und 12. September 1995 in Freiburg vorgestellt und in Arbeitsgruppen diskutiert. Aufgrund dieser Tagung gingen Stellungnahmen ein, die vom Bundesamt für Justiz ausgewertet wurden.

Im November 1996 wurden die gleichen drei Experten, die Professoren SCHNYDER, STETTLER und Rektor HÄFELI, vom Bundesamt für Justiz beauftragt, einen ersten Vorentwurf für eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts zu erarbeiten. Dieser Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz) wurde im Juni 1998 abgeliefert. Der entsprechende Begleitbericht in der Form eines Kurzkomentars zu den vorgeschlagenen Bestimmungen stammte von Professor BERNHARD SCHNYDER.

1.3.2 Expertenkommission

Im Februar 1999 nahm eine vom Eidg. Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte interdisziplinäre Expertenkommission die Beratungen auf. Das Gremium hatte den Auftrag, gestützt auf den Vorentwurf vom Juni 1998 die aus gesetzgeberischer Sicht relevanten Fragen zu prüfen und einen vernehmlassungsreifen Vorentwurf mit Begleitbericht vorzulegen.

Der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts gehörten die folgenden Persönlichkeiten an: Dr. med. Brigitte AMBÜHL BRAUN, ehemalige Chefärztin für Gerontopsychiatrie, Zürich; Fürsprecherin CHRISTA BALLY, Juristische Sekretärin der Vormundschaftsverwaltung der Stadt Bern; NOËLLE CHATAGNY, Tutrice générale, Fribourg; Dr. med. MARIO ETZENSBERGER, Chefarzt der Psychiatrischen Klinik Königsfelden; Rechtsanwalt lic. iur. JÜRIG GASSMANN, Pro Mente Sana, Zürich; Prof. Dr. iur. THOMAS GEISER, Universität St. Gallen, Präsident des Arbeitsausschusses der Konferenz kantonaler Vormundschaftsbehörden; Prof. CHRISTOPH HÄFELI, Rektor der Hochschule für soziale Arbeit, Luzern; Dr. iur. HELMUT HENKEL, I. Vizepräsident der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich; DIN JANETT, Amtsvormund, Samedan; Oberrichterin GENEVIÈVE JOLY, Neuchâtel; Rechtsanwalt RETO MEDICI, Tutore ufficiale, Präsident der Vereinigung schweizerischer Amtsvormünder, Bellinzona; Fürsprecher CHRISTIAN MINGER, Service juridique du canton du Jura, Delémont; ANNETTE PFAEHLER, Kantonales Jugendamt, Genève; Dr. iur. RUTH REUSSER, Stellvertretende Direktorin des Bundesamtes für Justiz, Bern (*Präsidentin*); RUTH RITTER-RAUCH, Schweizerische Alzheimervereinigung, Yverdon; lic. iur. NIKLAUS RÜTSCHKE, Sekretär der Vormundschaftsbehörde der Stadt St. Gallen; SUSANNA SCHIBLER, Pro Senectute, Zürich; Prof. em. Dr. iur. BERNHARD SCHNYDER, Universität Freiburg; Fürsprecherin CHRISTA SCHÖNBÄCHLER HAUSER, insieme, Schweizerische Vereinigung der Elternvereine für Menschen mit einer geistigen Behinderung; Prof. Dr. iur. MARTIN STETTLER, Universität Genf.

Die Expertenkommission liess sich über die Erfahrungen mit dem deutschen Betreuungsrecht und dem österreichischen Erwachsenenschutz durch Prof. Dr. WERNER BIENWALD, Hannover, Dr. ERICH BUSSMANN, Leiter des Vormundschaftsgerichts München, Dr. HERBERT SPIESS, Institut für Sozialdienste, Feldkirch, Dr. WILHELM TSCHUGGUEL, Richter des Landesgerichtes Korneuburg und Dr. JOHANN WEITZENBÖCK, Richter des Landesgerichtes St. Pölten, orientieren.

Zudem führte die Expertenkommission verschiedene Anhörungen von Expertinnen und Experten aus der Schweiz durch:

- In allgemeiner Weise: Herr R. HALTNER, Fachstelle für Lebensräume für Menschen mit geistiger Behinderung; Herr U. KERN, Zentrum für selbstbestimmtes Leben, Zürich.
- Betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung: Dr. med. HANS BRÄNDLI, Chefarzt Hôpital psychiatrique, Marsens; Frau VERENA DISERENS und KARL RÜEGG, Vereinigung der Angehörigen von Schizophrenie/Psychisch-Kranken, Zürich; Prof. Dr. FRANÇOIS FERRERO, Centre médical universitaire/Clinique de psychiatrie, Chêne-Bourg; Dr. med. HERBERT HEISE, Universitäre Psychiatrische Dienste Bern; Dr. med. TEDY HUBSCHMID, Präsident der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Bern; Herr JAKOB LITSCHIG, Arzt, Verband Psychiatrie Erfahrene Schweiz, Bern; Dr. med. MILAN MONASEVIC, a. Direktor der Psychiatrischen Klinik, Riva S. Vitale; Dr. med. JEAN-PIERRE PAUCHARD, Direktor Psychiatrische Klinik Münsingen.

- Betreffend die Betreuung betagter Personen: Frau KATHARINA ALTHAUS, dipl. Krankenschwester AKP, Amt für Altersheime der Stadt Zürich; Dr. med. JACQUES GASSER, Département Universitaire de Psychiatrie Adulte, Prilly; Dr. med. ADRIAN KÜNG, Polyclinique Universitaire de Psychogériatrie, Lausanne; Frau REGULA LÜTHI, Pflegeexpertin, Interdisziplinäres Spitex-Bildungszentrum, Zürich; Dr. med. REGULA SCHMITT, Schweizerische Gesellschaft für Gerontologie, Bern; Dr. med. ALBERT WETTSTEIN, Chef des Stadtärztlichen Dienstes, Zürich.
- Zur Problematik von Personen, welche die Sicherheit Dritter gefährden: PETER EBERHÖFER, Kantonspolizei Zürich; PETER GILL, Polizei- und Militärdepartement Basel-Stadt; Lieutenant JOLLIET, Kantonspolizei Genf.
- Betreffend Organisation des Vormundschaftswesens: CHRISTIAN FELLRATH, Amtsvormundschaft Neuchâtel.

Zu den Beratungen betreffend die fürsorgerische Freiheitsentziehung und die Vertretung urteilsunfähiger Personen bei medizinischen Massnahmen wurde Prof. Dr. iur. OLIVIER GUILLOD, Direktor des Instituts für Medizinrecht (Neuchâtel) beigezogen, der auch Grundlagenpapiere für die Expertenkommission erarbeitete.

Schliesslich liess sich die Kommission über die Erkenntnisse orientieren, die Frau Prof. Dr. iur. AUDREY LEUBA bei ihrer Mitarbeit am Nationalfondsprojekt *La fourniture de soins personnels et médicaux à la personne âgée* gewonnen hatte. Das Kapitel über urteilsunfähige Personen in Einrichtungen (Art. 437 ff.) stützt sich auf ihre Vorschläge.

Die Expertenkommission verabschiedete ihren Vorentwurf zur Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) im Herbst 2002. Die Verwaltung erarbeitete anschliessend mit Unterstützung verschiedener Mitglieder der Expertenkommission den vorliegenden Begleitbericht.

1.3.3 Verfahrensgesetz

Nachdem die materiell-rechtlichen Revisionsvorschläge feststanden, wurde gestützt auf die Justizreform im Jahr 2000 (neue Bundeszuständigkeit für das Zivilprozessrecht in Art. 122 BV) auch die Vorbereitung eines Bundesgesetzes über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden an die Hand genommen. Für den Rechtsschutz der betroffenen Personen ist nicht nur das materielle Recht, sondern insbesondere auch das Verfahrensrecht wichtig. a.Oberrichter Dr. DANIEL STECK, Greifensee, beauftragt im Juni 2002, erarbeitete kurzfristig mit Hilfe verschiedener Experten und der Verwaltung den entsprechenden Vorentwurf mit Begleitbericht, der zusammen mit dem materiell-rechtlichen Vorentwurf zur Vernehmlassung unterbreitet wird.

1.4 Die zentralen Revisionsanliegen

1.4.1 Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge

Dank dem medizinischen Fortschritt nimmt die Lebenserwartung in der Schweiz laufend zu. Betrug der Anteil der über 80-Jährigen im Jahr 1900 an den Personen, die 65 oder älter waren, noch 9 Prozent, stieg er 1990 auf 26 Prozent. Im Jahr 1900 machte der Anteil der Personen, die 80 oder älter waren, 0,5 Prozent, im Jahr 2000 4 Prozent der Gesamtbevölkerung aus. In absoluten Zahlen handelt es sich um rund

290 000 Personen (2000). Mit fortschreitendem Alter steigt das Risiko, an Alzheimer oder an einer Altersdemenz zu leiden. Aber auch jüngere Personen können durch einen Unfall oder eine schwere Krankheit die Urteilsfähigkeit vorübergehend oder dauernd verlieren. Es empfiehlt sich deshalb, rechtzeitig Vorsorge zu treffen und festzulegen, durch wen und wie man in einer solchen Situation betreut werden will und wer insbesondere in Vertretung der urteilsunfähigen Person einer medizinischen Massnahme zustimmen darf, damit man nicht eines Tages von staatlichen Stellen und ihren Hilfspersonen abhängig ist. Damit kann das Selbstbestimmungsrecht über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus gewahrt werden. Gleichzeitig kann aber auch der Staat dank der eigenverantwortlichen Vorsorge entlastet werden.

Heute ist aber fraglich, ob Vollmachten über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus gültig sind. Überdies haben solche Vollmachten den Nachteil, dass sie über das eigentliche Ziel hinausschiessen, weil regelmässig die bevollmächtigte Person schon vor dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers für diesen handeln könnte. Um diesem unbefriedigenden Rechtszustand abzuhelpen, sieht der Vorentwurf drei neue Rechtsinstitute vor, nämlich den Vorsorgeauftrag, den Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und die Patientenverfügung.

Mit einem Vorsorgeauftrag bezeichnet eine handlungsfähige Person eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit ihre Interessen wahren und sie im Rechtsverkehr vertreten soll. Mit einem Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen wird eine natürliche Person beauftragt, bei Urteilsunfähigkeit die Zustimmung zu medizinischen Massnahmen zu erteilen. In einer Patientenverfügung schliesslich legt eine urteilsfähige Person fest, welche medizinische Behandlung sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit wünscht oder ablehnt. Diese Verfügungen werden erst wirksam, wenn die betroffene Person die Urteilsfähigkeit verliert. Die Rechtssicherheit gebietet es, dass es dafür jedenfalls im Fall des Vorsorgeauftrags einer behördlichen Feststellung bedarf. Das Handeln der Erwachsenenschutzbehörde ist aber nur punktuell und der Inhalt der Anordnung ist weitestgehend durch die betroffene Person selber bestimmt.

Vorsorgeaufträge sind insofern nicht unproblematisch, als der Vorsorgebeauftragte das Vertrauen des Auftraggebers missbrauchen und den Auftrag anders ausüben kann, als eigentlich gewünscht war. Bei dauernder Urteilsunfähigkeit kann der Auftraggeber den Auftrag aber nicht mehr widerrufen. Ein Minimum an behördlichen Eingriffsmöglichkeiten muss deshalb bestehen bleiben (vgl. Art. 364 Abs. 2 und 369).

1.4.2 Stärkung der Solidarität in der Familie und Entlastung des Staates

Das geltende Vormundschaftsrecht kennt keine spezifische Massnahme für Personen, die urteilsunfähig werden und damit von Gesetzes wegen die Handlungsfähigkeit verlieren (Art. 13 ZGB), so dass an sich keine gültigen Zustimmungen zu Betreuungsmassnahmen möglich sind und auch das Vermögen unverwaltet bliebe, wenn nicht rechtzeitig Vorsorge getroffen würde. Nach dem geltenden Bundesrecht müsste in diesen Fällen die Vormundschaftsbehörde immer einen Beistand oder einen Vormund ernennen. Weil dieses Vorgehen aber schwerfällig ist und die Angehörigen häufig den Gang zur Behörde scheuen, hat sich die Praxis auf vielfältige Art mit pragmatischerem Vorgehen geholfen. Häufig handeln die Angehörigen für die betroffene Person, ohne zu klären, ob sie tatsächlich rechtsgültig ermächtigt worden sind. Solange die betroffene Person noch unterschreiben kann, bemerken die Geschäftspartnerinnen und -partner oft die Urteilsunfähigkeit auch gar nicht. In kleinräumigen Verhältnissen wird dieses Vorgehen überdies unter Umständen auch in

Kenntnis der Urteilsunfähigkeit toleriert, weil man weiss, dass das Vorgehen vom gesamten Umfeld der betroffenen Person mitgetragen wird.

Um Rechtshandlungen der Angehörigen einer urteilsunfähigen Person juristisch zu legitimieren, wird zum Teil auch Artikel 166 ZGB über die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft extensiv interpretiert und auf einen Anwendungsbereich erstreckt, für den er nicht gedacht ist. Zum Teil werden die Artikel 419 ff. OR über die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigung für Handlungen von Angehörigen herangezogen, indem man anführt, sie seien dringlich geboten und würden dem mutmasslichen Willen der täglich von der Hilfe ihrer Umgebung abhängigen Person entsprechen.

Die Rechtswirklichkeit lehrt somit, dass die Schwelle für den Gang zur Behörde sehr hoch ist, namentlich wenn diese dann anschliessend eine umfassende Kontrolle ausübt. So unberechtigt diese Vorbehalte gegenüber der neuen Erwachsenenschutzbehörde auch sein mögen, ist es illusorisch anzunehmen, dass die Angehörigen im neuen Recht wesentlich bereitwilliger mit der Behörde zusammenarbeiten werden als im geltenden. Das neue Erwachsenenschutzrecht sollte deshalb dem Bedürfnis der Angehörigen urteilsunfähiger Personen, ohne grosse Umstände gewisse Entscheide treffen zu können, Rechnung tragen, soweit dies materiell verantwortet werden kann.

Was medizinische Massnahmen betrifft, so sind heute zum Teil die Kantone in die Lücke getreten. So sehen beispielsweise Jura, Tessin und Neuenburg in ihren Gesundheitsgesetzen vor, dass eine nahe stehende Person oder ein Familienmitglied für eine urteilsunfähige erwachsene Person die Zustimmung zu einer Behandlung geben kann. Weitere Kantone (z. B. Aargau, Appenzell A. Rh., Bern, Luzern) räumen der Ärztin oder dem Arzt das Entscheidungsrecht ein, auch wenn es sich nicht um einen dringlichen Fall handelt, wobei zum Teil die Angehörigen konsultiert werden müssen. Diese Lösung dürfte allerdings mit Artikel 6 des Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin des Europarats, das die Schweiz ratifizieren will (BBl 2002, S. 271 ff., Ziff. 3.3.3.3), nicht in Einklang stehen. Die Schaffung einer einheitlichen und praktikablen bundesrechtlichen Regelung ist deshalb geboten.

Der Vorentwurf räumt einem nahen Angehörigen das Recht ein, für die urteilsunfähige Person die Zustimmung zu einer medizinischen Massnahme zu geben, sofern kein Vorsorgeauftrag und keine genügend klare Patientenverfügung vorliegt (Art. 434 ff.). Die entsprechenden Bestimmungen in den kantonalen Gesundheitsgesetzen werden damit gegenstandslos. Dieses gesetzliche Vertretungsrecht der Angehörigen lässt sich verantworten, weil es um Massnahmen geht, die von einem Arzt oder einer Ärztin nach bestem Wissen und Gewissen vorgeschlagen werden. Die Angehörigen können somit nicht allein handeln und stehen auch unter einer Kontrolle, indem das medizinische Personal die Erwachsenenschutzbehörde anrufen kann, wenn in ungerRechtfertigter Weise die Zustimmung zu einer Massnahme verweigert würde, die dem Wohl der Patientin oder des Patienten dient. Im Übrigen bleiben spezialgesetzliche Regelungen – beispielsweise im Heilmittelgesetz oder in den sich in Vorbereitung befindlichen Bundesgesetzen über die Transplantation, die Sterilisation oder die Forschung vorbehalten.

Im Weiteren gibt der Vorentwurf dem Ehegatten (und inskünftig auch der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner) der urteilsunfähigen Person das Recht, alle Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind, in einem bestimmten Umfang das Einkommen und das Vermögen zu verwalten und die Post zu öffnen (Art. 431).

Diese Vertretungsrechte, die bestimmten Voraussetzungen unterliegen, stehen in engem Zusammenhang mit der Pflicht von Familienmitgliedern, einander zu helfen. Eine Beistandspflicht ist für Ehegatten in Artikel 159 Absatz 3 ZGB und für Eltern und Kinder in Artikel 272 ZGB verankert. Die Familiensolidarität wird gestärkt und es wird vermieden, dass die Behörden systematisch Massnahmen des Erwachsenenschutzes nach den Artikel 374 ff. anordnen müssen.

1.4.3 Massnahmen nach Mass

Die Entmündigung, die zu einem Verlust der Handlungsfähigkeit führt, ist häufig ein unverhältnismässiger Eingriff, der für die betroffene Person eine stigmatisierende Wirkung hat. Fähigkeiten zum selbständigen Handeln werden nicht ausreichend genutzt, die staatliche Fürsorge ist damit überschüssend. Beispielsweise geht es nicht an, dass es eine Entmündigung braucht, damit ein völlig verwaorloser Haushalt einer psychisch kranken Person gegen deren Willen gereinigt und aufgeräumt werden darf.

Auch die Beiratschaft in ihrer heutigen Form ist unbefriedigend. Sie greift nur punktuell in den Vermögensbereich ein und führt zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit. Eine persönliche Betreuung der betroffenen Person ist bei dieser Massnahme im Gesetz nicht vorgesehen.

Sowohl die Entmündigung wie die Beiratschaft mit ihren inhaltlich starren Vorgaben haben in einem modernen Erwachsenenschutzrecht keinen Platz mehr. An deren Stelle soll als einheitliches Rechtsinstitut die Beistandschaft treten (Art. 377 ff.). Der Kreis der Personen, für die eine Beistandschaft errichtet werden kann, deckt sich aber weitgehend mit den Personen, für die in der heutigen Praxis vormundschaftliche Massnahmen errichtet werden. Statt Anordnung standardisierter Massnahmen ist aber von den Erwachsenenschutzbehörden inskünftig Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur soviel staatliche Betreuung angeordnet wird, wie wirklich nötig ist. Das Selbstbestimmungsrecht und die Selbständigkeit der betroffenen Person sollen damit auch im Rahmen der behördlichen Massnahmen soweit wie möglich gewahrt werden.

Der Vorentwurf unterscheidet vier Arten von Beistandschaften, nämlich die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft, die Mitwirkungsbeistandschaft und die umfassende Beistandschaft. Diese vier Beistandschaften knüpfen in modernisierter Form an die bisherigen behördlichen Massnahmen an.

Die umfassende Beistandschaft ist das Nachfolgeinstitut zur heutigen Entmündigung und hat auch von Gesetzes wegen den Entzug der Handlungsfähigkeit zur Folge (Art. 384 Abs. 2). Der Anwendungsbereich der umfassenden Beistandschaft wird aber stark eingeschränkt. Sie soll namentlich für dauernd urteilsunfähige Personen angeordnet werden, die besonders ausgeprägt hilfsbedürftig sind.

Die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 383) entspricht in ihrer Wirkung der heutigen Mitwirkungsbeiratschaft nach Artikel 395 Absatz 1 ZGB. Sie wird errichtet, wenn gewisse Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu ihrem Schutz der Zustimmung des Beistands oder der Beistandin bedürfen. Im Gegensatz zum heutigen Recht, das den Kreis der zustimmungsbedürftigen Handlungen im Gesetz verbindlich festlegt, muss aber inskünftig die Erwachsenenschutzbehörde je nach Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person die zustimmungsbedürftigen Handlungen in ihrem Entscheid umschreiben (Art. 379 Abs. 1).

Die Begleitbeistandschaft und die Vertretungsbeistandschaft (Art. 380–382) lehnen sich an die heutige Beistandschaft nach den Artikeln 392–394 ZGB an. Die Handlungsfähigkeit bleibt bei der Begleitbeistandschaft unberührt. Bei der Vertretungsbeistandschaft muss sich die betroffene Person aber die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen oder gefallen lassen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann indessen je nach Situation die Handlungsfähigkeit punktuell einschränken.

Bei den Aufgaben, die von diesen beiden Formen der Beistandschaft erfasst werden, gilt wie bei der Mitwirkungsbeistandschaft das "Bedarfsprinzip": Die Behörde hat die Aufgaben oder Aufgabenkreise, die der Beistand oder die Beiständin zu besorgen hat, so zu umschreiben, dass nicht Geschäfte miterfasst sind, welche die betroffene Person selbständig besorgen kann (Art. 379).

Begleitbeistandschaft, Vertretungsbeistandschaft und Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden (Art. 378 Abs. 2).

Mit diesem äusserst flexiblen Massnahmenpaket wird dem in der Bundesverfassung verankerten Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 BV) und der Empfehlung No. R (99) 4 des Ministerkomitees des Europarats betreffend den gesetzlichen Schutz hilfsbedürftiger Erwachsener entsprochen und eine bedürfnisgerechte Rechtsfürsorge ermöglicht. Dies nach der Leitlinie: Soviel staatliche Fürsorge wie nötig und so wenig staatlicher Eingriff wie möglich. Gleichzeitig wird auch die Personensorge stärker betont als früher, da jede Beistandschaft auch diesen Bereich miteinschliessen kann (Art. 379 Abs. 2).

Von selbst versteht sich, dass behördliche Massnahmen nur subsidiär in Frage kommen, wenn die betroffene Person nicht durch Vollmachterteilung oder eigene Vorsorge im Sinne der Artikel 360–373 das Nötige vorgekehrt hat. Behördliche Massnahmen fallen auch ausser Betracht, wenn die freiwillige oder gesetzlich abgesicherte (vgl. Art. 431–435) Unterstützung durch die Familie, andere nahe stehende Personen oder private oder öffentliche Dienste ausreicht (Art. 375). Die Betreuungsressourcen im vorhandenen sozialen Umfeld sind zu schützen und zu mobilisieren. Sind die Beziehungen intakt und ist die gegenseitige Hilfsbereitschaft vorhanden, so haben behördliche Massnahmen keinen Platz.

1.4.4 Verzicht auf die erstreckte elterliche Sorge

Wird heute eine erwachsene Person nach den Artikeln 369–372 ZGB entmündigt, so kann die Vormundschaftsbehörde entweder einen Vormund ernennen oder den Eltern der betroffenen Person die sogenannte erstreckte elterliche Sorge einräumen (Art. 385 Abs. 3 ZGB). Erstreckte elterliche Sorge bedeutet im Wesentlichen, dass gewisse Aufsichtsrechte der Vormundschaftsbehörde wie bei den Eltern Unmündiger entfallen. Die Inhaber der elterlichen Sorge müssen weder Rechnung ablegen noch periodisch Bericht erstatten. Auch besteht keine Pflicht zur Einholung der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bzw. der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde für die in den Artikeln 421 und 422 ZGB aufgezählten Geschäfte. Eine behördliche Begleitung der Mandatsträger und damit eine regelmässige Überprüfung der Massnahme findet somit nicht statt. Möchte die Behörde darauf nicht verzichten, muss sie die Eltern als Vormund einsetzen.

Das Institut der erstreckten elterlichen Sorge kommt vor allem bei Personen in Betracht, die mit einer geistigen Behinderung geboren sind. Es wurde in der Literatur wiederholt kritisch beleuchtet. Das Hauptdilemma besteht darin, dass Eltern einer-

seits oft am besten in der Lage sind, ihre erwachsenen Kinder mit einer geistigen Behinderung zu betreuen, so dass sich für diese am wenigsten verändert. Andererseits kann das Institut auch das Selbständigwerden einer Person mit einer geistigen Behinderung und die Vorbereitung auf ein Leben ohne Eltern erschweren. Das wäre aber wichtig, weil die Eltern mit zunehmendem Alter durch die Betreuung stark belastet werden können und eines Tages auch sterben, so dass sich die Person mit einer geistigen Behinderung neu orientieren muss.

Im neuen Recht entscheidend ist aber, dass inskünftig "Massnahmen nach Mass" angeordnet werden. Das heisst, dass eine umfassende Beistandschaft nach Artikel 384 – dem Nachfolgeinstitut zur heutigen Entmündigung – nur noch in verhältnismässig wenigen Fällen in Betracht kommen sollte. Das trägt dem relativen Begriff der Urteilsfähigkeit nach Artikel 16 ZGB Rechnung. Die intellektuellen Fähigkeiten von Personen mit einer geistigen Behinderung können nämlich sehr unterschiedlich sein, so dass auch die Bedürfnisse, die mit einer Beistandschaft abzudecken sind, stark variieren können. Wollte man deshalb das Institut der erstreckten elterlichen Sorge ins neue Recht überführen, so müsste es atypischerweise zu einer "elterlichen Sorge nach Mass" umgebaut werden. Darauf möchte die Expertenkommission aber verzichten. Im neuen Recht können die Eltern jeweils nur noch als Beistand oder Beiständin eingesetzt werden. Damit entfällt auch die Unterscheidung zwischen den Eltern, die Inhaber der erstreckten elterlichen Sorge sind und nach Auftragsrecht (Art. 398 ff. OR) haften, und denjenigen, die "nur" als Vormund eingesetzt sind und für welche die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Vormundschaftsrechts gelten (Art. 426 ff. ZGB). Dafür sieht der Vorentwurf für die Eltern, die als Beistand oder Beiständin amten, Privilegien vor: Sie sollen bei der Ausübung ihres Mandats von Gesetzes wegen weder der Inventarpflicht noch der Pflicht zur periodischen Rechnungsablage und Berichterstattung noch der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, unterliegen. Materiell gilt somit das Institut der erstreckten elterlichen Sorge mit gewissen im Einzelfall unterschiedlichen Abänderungen auch im neuen Recht weiter, nur heisst es jetzt anders. Allerdings richtet sich die Haftung neu in jedem Fall nach Erwachsenenschutzrecht (Art. 451 ff.).

Elterliche Sorge kommt im schweizerischen Recht immer nur den Eltern einer Person zu. Sachlich rechtfertigt es sich aber, die gleichen Privilegien, die für Eltern vorgesehen sind, auch auf den Ehegatten (und inskünftig bei einem gleichgeschlechtlichen Paar auf die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner) zu erstrecken, wenn dieser als Beistand oder Beiständin eingesetzt wird. In beiden Fällen kann die Erwachsenenschutzbehörde aber in einzelnen Punkten oder generell eine Aufsicht anordnen, sofern dies nach den Verhältnissen angemessen erscheint (Art. 408 *in fine*).

Der Flexibilität des neuen Rechts dient es ferner, wenn Lebenspartner und -partnerinnen, Nachkommen und Geschwister, sofern es die Umstände rechtfertigen, ebenfalls von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage sowie von der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen, ganz oder teilweise entbunden werden können (Art. 409). Im Gegensatz zu den Eltern und Ehegatten braucht es hierfür aber einen ausdrücklichen Beschluss der Erwachsenenschutzbehörde, welche die Verhältnisse genau überprüfen muss, bevor sie sich zu diesem Schritt entschliesst.

1.4.5 Beseitigung von Stigmatisierungen

Das neue Erwachsenenschutzrecht kommt nicht darum herum, Massnahmen und deren Voraussetzungen zu umschreiben. Mit seltener Einmütigkeit betont aber die Lehre, dass versucht werden muss, Ausdrücke zu finden, die Stigmatisierungen möglichst vermeiden. Die Begriffe "Geisteskranke, Geistesschwache, Lasterhafte, Verschwender und Misswirtschaftler" haben in einem modernen Erwachsenenschutzrecht keinen Platz mehr. Aber auch die "Entmündigung" und "Bevormundung" bzw. "Vormundschaft" etikettieren und sind deshalb zu eliminieren. Besonders bedenklich ist der Ausdruck "das Mündel", der sich allerdings nicht im ZGB selber findet, sondern vor allem in der Umgangssprache und der Rechtsliteratur verwendet wird. Man darf sich jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass neue Begriffe mit der Zeit ebenfalls abgenutzt werden, weil sie nicht verhindern können, dass betroffene Personen Unangenehmes damit verbinden.

Abgesehen von der fürsorgerischen Unterbringung sieht das neue Recht nur noch eine Massnahme vor, nämlich die Beistandschaft, die vom Beistand oder von der Beiständin vollzogen wird. Der Vorentwurf von 1995 wollte stattdessen – in Anlehnung an das deutsche Betreuungsrecht – die Begriffe Betreuung, Betreuerin und Betreuer verwenden und damit zum Ausdruck bringen, dass es um den persönlichen Einsatz von Menschen für Menschen geht. Indessen gibt es keine befriedigende Übersetzung ins Französische und Italienische. Zudem wurde geltend gemacht, die Betreuung impliziere kaum ein partnerschaftliches Verhältnis zu der betreuten Person, sondern unterstelle eher, dass diese sich passiv die Betreuung gefallen lasse. Die Expertenkommission hat deshalb den Begriffen Beistandschaft, Beistand und Beiständin, die aus dem geltenden Recht stammen, den Vorzug gegeben.

Als besonders stigmatisierend empfunden wird die Veröffentlichung der eine mündige Person betreffenden Bevormundung oder Verbeiratung in einem amtlichen Blatt ihres Wohnsitzes und ihrer Heimat (Art. 375 und 377 Abs. 3 ZGB). Diese Massnahme stellt einen Eingriff in die persönliche Freiheit nach Artikel 10 Absatz 2 BV und in das Recht auf Achtung der Privatsphäre nach Artikel 8 EMRK dar. Ihr Ziel, dass potentielle Geschäftspartner von der Massnahme Kenntnis nehmen, ist in der heutigen Gesellschaft eine Fiktion; dementsprechend ist die Verhältnismässigkeit der Massnahme fraglich. Die Veröffentlichung soll deshalb im neuen Recht gestrichen werden. Wer ein Interesse glaubhaft macht, hat jedoch Anspruch darauf, dass ihm die Erwachsenenschutzbehörde über das Vorliegen einer Beistandschaft für eine bestimmte Person Auskunft erteilt (Art. 450 Abs. 1). Die Mandatsträger und -trägerinnen orientieren zudem Drittpersonen über das Vorliegen einer Massnahme, soweit dies zur gehörigen Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben erforderlich ist (Art. 448 Abs. 2). Schliesslich sieht Artikel 449 Absatz 2 vor, dass bei einer Vermögensverwaltungsbeistandschaft mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit die Massnahme gutgläubigen Schuldner, die an die betroffene Person leisten, nicht entgegengehalten werden kann.

1.4.6 Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der fürsorgerische Freiheitsentziehung

Die Artikel 397a ff. ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sind 1981 ins Gesetz eingefügt worden. Sie haben die bisherige administrative Versorgung nach kantonalem Recht abgelöst und das schweizerische Recht mit den Anforderungen der europäischen Menschenrechtskonvention in Einklang gebracht (Art. 5 EMRK, der teilweise in Art. 31 BV übernommen worden ist). Die Regelung hat sich im Grossen

und Ganzen bewährt. In verschiedenen Punkten werden aber Verbesserungen vorgeschlagen.

Als wichtige Neuerung ist darauf hinzuweisen, dass der Vorentwurf die ärztliche Unterbringung (vgl. Art. 397b Abs. 2 ZGB) in zweifacher Hinsicht beschränkt. Zum einen muss die ärztliche Verfügung nach einer bestimmten Frist zwingend durch einen Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde bestätigt werden (Art. 421 Abs. 2), auch wenn die betroffene Person weder gegen den Einweisungsentscheid Beschwerde eingelegt noch die Entlassung beantragt hat. Zum anderen sollen die Kantone inskünftig nur noch "geeignete" Ärztinnen und Ärzte und nicht mehr generell die ganze Ärzteschaft für zuständig erklären können. Rechtstatsächliche Abklärungen haben ergeben, dass Ärztinnen und Ärzte, die nicht speziell auf ihre Aufgabe vorbereitet werden, in diesem sensiblen Bereich häufig überfordert sind. Dem Rechtsschutz der betroffenen Personen dient es auch, wenn im ZGB für die ärztliche Einweisung klare Verfahrensbestimmungen aufgestellt werden (Art. 423) und das Recht auf den Beizug einer Vertrauensperson gesetzlich verankert wird (Art. 426). Neu ist ferner die Pflicht der Erwachsenenschutzbehörde, die Unterbringung periodisch zu überprüfen (Art. 425).

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in der fürsorgerischen Freiheitsentziehung grundsätzlich kein Rechtfertigungsgrund für die Behandlung einer eingewiesenen Person ohne ihre Zustimmung enthalten. Die Kantone mussten diese Lücke schliessen und entsprechende Rechtsgrundlagen schaffen. Die heutige Rechtslage in den Kantonen ist uneinheitlich und unübersichtlich. Neu wird deshalb eine abschliessende bundesrechtliche Regelung der Behandlung einer psychischen Störung vorgeschlagen (Art. 427 ff.). Ziel der Regelung ist, auf die Wünsche der betroffenen Person soweit wie möglich Rücksicht zu nehmen und die Behandlung gegen ihren Willen nur als *ultima ratio* zuzulassen, wenn die Einsichtsfähigkeit fehlt und ohne Behandlung ein ernster gesundheitlicher Schaden droht. Zudem soll eine Behandlung nach dem Vorentwurf lediglich im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung möglich sein, die speziell für diesen Zweck angeordnet worden ist. Hier erscheint die Massnahme letztlich als logische Folge des Entscheids, eine behandlungsbedürftige Person in ein psychiatrisches Spital einzuweisen.

Auf die Möglichkeit einer ambulanten Behandlung einer psychischen Störung gegen den Willen der betroffenen Person soll verzichtet werden. Diese Massnahme würde verschiedene heikle Fragen aufwerfen und auch Anwendungsprobleme stellen, welche die ambulanten Dienste stark belasten könnten. Heute kennen nur wenige Kantone ausdrückliche Rechtsgrundlagen für eine ambulante Zwangsbehandlung, die mit dem geplanten neuen Erwachsenenschutzrecht dahinfallen würden, da die bundesrechtliche Regelung abschliessend ist. Die Praxis macht von dieser Massnahme nur wenig Gebrauch. Und nur ganz ausnahmsweise wird tatsächlich körperlicher Zwang eingesetzt, um die Massnahme durchzusetzen. Materiell handelt es sich deshalb eher um eine Weisung als um eine ambulante Zwangsbehandlung.

1.4.7 Besserer Schutz von urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen

Urteilsunfähige Personen, die in Einrichtungen leben, geniessen nicht immer den rechtlichen und psychosozialen Schutz, den sie benötigen. In der Öffentlichkeit wird von Zeit zu Zeit auf Mängel in der stationären Betreuung hingewiesen. In gewissen Regionen der Schweiz kann man im Hinblick auf den Umfang der Beanstandungen schon fast von einer Krise sprechen. Dabei geht es nicht so sehr um unerlaubte

Freiheitsentziehungen. Am häufigsten angesprochen werden vielmehr die Qualität der Leistungen, der Mangel an persönlicher Betreuung und fehlende Transparenz bei den vertraglichen Beziehungen zwischen Bewohnern und Bewohnerinnen einerseits und der Einrichtung andererseits. Oft wird auch darauf hingewiesen, dass urteilsunfähige Personen in Einrichtungen vereinsamen und dass auf ihre persönlichen Bedürfnisse nicht immer ausreichend Rücksicht genommen wird.

In gewissen kantonalen Gesetzgebungen gibt es begrüßenswerte Entwicklungen. So finden sich beispielsweise im Gesundheitsgesetz des Kantons Freiburg von 1999 hilfreiche Vorschriften über die Begleitung von Personen in Gesundheitseinrichtungen (Art. 41) und über die Sterbebegleitung (Art. 42). Dagegen scheint eine spezifische eidgenössische Regelung der stationären Betreuung nach dem Vorbild des deutschen Heimgesetzes von 1974 in der Schweiz noch kein Thema zu sein. Indessen ist es kaum denkbar, dass das neue Erwachsenenschutzrecht nicht versucht, den Schutz urteilsunfähiger Personen, die in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung leben, zu verbessern. In der Tat wäre es stossend, wenn man die psychiatrischen Einrichtungen, in denen zahlenmässig viel weniger Personen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung betreut werden, immer strenger beaufsichtigen und daneben die Tausenden von Personen vergessen würde, die in Pflegeheimen leben, ohne dass sie rechtlich und psychosozial ausreichend geschützt sind.

Zu den Fragen, denen der Gesetzgeber Aufmerksamkeit schenken muss, gehört die Frage, wer berechtigt ist, für einen urteilsunfähigen Ehegatten, Verwandten oder für eine andere nahe stehende urteilsunfähige Person einen Betreuungsvertrag abzuschliessen, der die Leistungen der Wohn- oder Pflegeeinrichtung und das zu bezahlende Entgelt schriftlich festhält. In solchen Fällen immer eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten, würde den Erwachsenenschutz schwerfällig machen und die Behörden stark belasten. Dieser Formalismus dürfte zudem bei den Angehörigen kaum auf grosses Verständnis stossen. Auf der anderen Seite befriedigt es auch nicht, die Frage ungeregelt zu lassen. Denn die fehlende Vertretungsbefugnis hindert die Angehörigen, ihre Verantwortung richtig wahrzunehmen. Der Vorentwurf stellt deshalb als Lösung zur Diskussion, dass die Personen, die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigt sind, auch einen Betreuungsvertrag abschliessen können.

Der Vorentwurf bestimmt im Weiteren, unter welchen Voraussetzungen Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit zulässig sind. Ferner werden die Kantone verpflichtet, Wohn- und Pflegeeinrichtungen, welche urteilsunfähige Personen betreuen, zu beaufsichtigen. Insbesondere sollen diese Einrichtungen unangemeldet von Fachpersonen besucht werden. Die Aufsicht dient dazu, Missbräuche zu verhindern oder aufzudecken, Massnahmen gegen Mängel und eine schlechte Stimmung in einer Einrichtung zu ergreifen und positive Betreuungsansätze zu würdigen und zu fördern. Dagegen hat die Expertenkommission es abgelehnt, die Kantone zur Schaffung einer Mediationsstelle zu verpflichten, an die sich Bewohner und Bewohnerinnen von Wohn- und Pflegeeinrichtungen, deren Angehörige und das Pflegepersonal wenden könnten. Das heisst aber nicht, dass die Kantone nicht solche Stellen freiwillig schaffen sollten.

Die neuen Bestimmungen haben insbesondere den Schutz hochbetagter Personen zum Ziel. Es geht aber auch um Menschen mit einer allenfalls angeborenen geistigen Behinderung. Die gesetzliche Regelung schliesst somit alle urteilsunfähigen Erwachsenen ein.

1.4.8 Professionalisierung des Kindes- und Erwachsenenschutzes

1.4.8.1 Die organisatorischen Vorgaben des heutigen ZGB

Das Vormundschaftswesen ist heute sehr uneinheitlich und unübersichtlich organisiert. Von Bundesrechts wegen gibt es eine Vormundschaftsbehörde und eine oder zwei vormundschaftliche Aufsichtsbehörden (Art. 361 ZGB). Die obere Aufsichtsbehörde muss auf jeden Fall ein Gericht sein (BGE 118 Ia 473).

Die Vormundschaftsbehörde ist für die Durchführung der Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes zuständig. Sie entscheidet nach dem Kindesrecht aber auch über die Errichtung einer Beistandschaft, den Entzug der elterlichen Obhut und den erleichterten Entzug der elterlichen Sorge (Art. 308–310 und 312 ZGB) sowie über den Vermögensschutz (Art. 324 f. ZGB). Ferner fallen u. a. die Freigabe eines Kindes zur Adoption (Art. 265d ZGB) und die Regelung des Besuchsrechts ausserhalb eines Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens (Art. 275 ZGB) in ihre Kompetenz.

Gegenüber Erwachsenen ordnet die Vormundschaftsbehörde eine Beistandschaft nach den Artikeln 392–394 ZGB an. Zudem ist sie zuständig für Beschwerden gegen Handlungen von Mandatsträgern und -trägerinnen (Art. 420 Abs. 1 ZGB). Dagegen können die Kantone die zuständige Instanz für eine Entmündigung und eine Beiratschaft frei bezeichnen. Für eine fürsorgerische Freiheitsentziehung ist neben den vom Kanton bezeichneten Ärztinnen und Ärzten eine vormundschaftliche Behörde, also die Vormundschaftsbehörde oder eine vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, zuständig.

1.4.8.2 Die von den Kantonen eingesetzten Behörden

In den ausschliesslich oder mehrheitlich welschen Kantonen mit Ausnahme des Kantons Wallis und des Kantons Jura sind die Vormundschaftsbehörden und die vormundschaftlichen Aufsichtsbehörden Gerichte, die praktisch für alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes zuständig sind.

In den meisten Kantonen der deutschen Schweiz ist dagegen der Gemeinderat, d. h. die Exekutive der Gemeinde, oder eine besondere Kommission Vormundschaftsbehörde. Untere vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist zum Teil das Bezirksamt, zum Teil der Statthalter oder die Statthalterin, ein Gericht oder eine Direktion der Kantonsverwaltung. Obere Aufsichtsbehörde ist das Verwaltungsgericht, Obergericht oder Kantonsgericht, zumindest soweit es um die Beurteilung von Beschwerden geht (BGE 118 Ia 478 E. 5–7). Für die administrative Aufsicht ist dagegen häufig eine Direktion der Kantonsverwaltung oder der Regierungsrat zuständig.

Wie komplex die Strukturen sind, soll am Beispiel des Kantons Bern gezeigt werden. Hier sind in strittigen Verfahren die Zivilgerichte für die Entmündigung und die Beiratschaft zuständig. Vormundschaftsbehörde ist der Gemeinderat, soweit nicht eine spezielle Kommission eingesetzt ist. Den bestrittenen Entzug der elterlichen Sorge und eine fürsorgerische Freiheitsentziehung kann der Regierungstatthalter oder die Regierungstatthalterin als untere vormundschaftliche Aufsichtsbehörde anordnen. Rekursinstanz ist im letzteren Fall die Rekurskommission für fürsorgerische Freiheitsentziehungen, d. h. ein Fachgericht. Obere vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist bei anderen Beschwerden der Appellationshof des Obergerichts. Die administrative Oberaufsicht dagegen wird vom Regierungsrat ausgeübt. Für die im Kanton wohnhaften Erwachsenen kann im Übrigen die Burgergemeinde bzw. die bürgerliche Korporation Vormundschaftsbehörde sein.

1.4.8.3 Die Mängel der geltenden Regelung und die Revisionsvorschläge

Wie erwähnt amtiert in den meisten Kantonen der deutschen Schweiz die Exekutive der Gemeinde, also der Gemeinderat, oder eine spezielle Kommission als Vormundschaftsbehörde. Insbesondere der Gemeinderat setzt sich aus Miliz-Laien zusammen, die ohne fachliche Vorgaben politisch gewählt worden sind. Das führt im Hinblick auf die schwierigen Entscheide, die es zu treffen gilt, fast zwangsweise zu einer starken Abhängigkeit vom Fachverstand von Hilfskräften oder von der Beratung durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde. Dieser fehlt aber nicht selten der Praxisbezug. Zudem kann sie durch ihre Beratertätigkeit bei Beschwerden in ihrer Unabhängigkeit gefährdet sein. Aber auch beim Gemeinderat ist die Unabhängigkeit keineswegs immer gewährleistet. Die Nähe zur Bevölkerung mag zwar auf den ersten Blick ein Vorteil sein. Geht es indessen um Massnahmen, die sich insbesondere im Bereich des Kindesschutzes auch gegen gute Bekannte, die lokale Prominenz, gute Steuerzahler oder wichtige Arbeitgeber richten können, so ist die Nähe einem sachlichen und juristisch einwandfrei abgestützten Entscheid keineswegs zuträglich. Laienbehörden sind zudem kaum in der Lage, eine grössere Zahl von Mandatsträgern und -trägerinnen effektiv zu kontrollieren und zu steuern. Sie können auch nur sehr beschränkt in dringlichen Fällen innert nützlicher Frist handeln. Neu kommt hinzu, dass das revidierte Recht Massnahmen nach Mass vorsieht, die an die Fachkompetenz der anordnenden Behörde hohe Anforderungen stellen.

Eine Restrukturierung und Professionalisierung der Behörden ist deshalb unumgänglich geworden. Dies gilt umso mehr, als es auch mit der Verfassung nur schwer vereinbar ist, insbesondere einen politisch gewählten Gemeinderat Entscheide fällen zu lassen, die in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingreifen, wie beispielsweise die Fremdplatzierung oder die Freigabe eines Kindes zur Adoption ohne Zustimmung der Eltern. Diese Entscheide betreffen darüber hinaus "civil rights" im Sinne von Artikel 6 EMRK. Dies bedeutet, dass Anspruch auf Beurteilung durch ein Gericht innert angemessener Frist besteht. Für Entscheide des Erwachsenenschutzes gilt dasselbe, soweit zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen betroffen sind. Dies ist nicht nur der Fall bei der heutigen Entmündigung, sondern auch bei der Beiratschaft und der Vermögensverwaltung durch den Beistand oder die Beiständin sowie bei der neurechtlichen Beistandschaft. Nicht auszuschliessen ist im Übrigen, dass Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Führung eines Mandats stellen, ebenfalls den Anforderungen der Konvention genügen müssen. Dieser Problemkreis ist allerdings noch wenig ausgeleuchtet.

Der Vorentwurf sieht vor, dass alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei einer Behörde konzentriert werden und dass als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein Fachgericht eingesetzt werden soll (Art. 443). Damit gelten einheitliche und klare Bundesvorgaben für die ganze Schweiz. Der Begriff des Gerichts wird nicht im formellen, sondern im materiellen Sinn verstanden. Gericht ist jedes auf Gesetz beruhende Organ, das unabhängig und nicht weisungsgebunden arbeitet sowie den Sachverhalt selber ermittelt. Um als Fachgericht zu gelten, muss zudem der nötige Fachverstand in diesem Organ vertreten sein (dazu im Einzelnen hinten Ziff. 2.4.1 zu Art. 443). Für die innere Organisation des Fachgerichts sind die Kantone zuständig. Dass alle Mitglieder vollzeitlich arbeiten, ist nicht vorausgesetzt.

Das Recht ist nur so gut wie die Personen, die es anwenden. Wichtig ist deshalb, dass Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten nicht nur für die Behördenmitglieder, sondern auch für die Mandatsträger und -trägerinnen gefördert werden (Art. 446 Abs. 1).

Wie heute können auch im neuen Recht als Beistand oder Beiständin je nach Situation Privatpersonen, eine Fachperson eines privaten oder öffentlichen Sozialdienstes oder Berufspersonen eingesetzt werden. Manche Mandate werfen äusserst heikle Fragen auf und die Personen, die es zu betreuen und zu unterstützen gilt, können zum Teil sehr schwierig sein, so dass professionelle Betreuungsarbeit unverzichtbar ist. Um ihrer anspruchsvollen Aufgabe zu genügen, müssen die professionellen Mandatsträger und -trägerinnen nicht nur über gute Ausbildung und Weiterbildung, sondern auch über genügend zeitliche Ressourcen verfügen. Die Kantone werden deshalb verpflichtet, dafür sorgen, dass eine ausreichende Zahl ausgebildeter Berufs- oder Fachbeistände und -beiständinnen zur Verfügung steht (Art. 446 Abs. 3).

1.4.9 Einbezug konnexer Rechtsbereiche und Verbesserung der Systematik des ZGB

1.4.9.1 Personenrecht

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht hat einen engen Bezug zum Handlungsfähigkeitsrecht des Personenrechts. Dieses ist lückenhaft und damit wenig bürgerfreundlich. Indessen ist es wichtig, dass die zentralen Grundsätze des Handlungsfähigkeitsrechts für Unmündige und Erwachsene, die unter Beistandschaft stehen, dem Gesetz entnommen werden können. Die geltenden Artikel 410 und 411 ZGB über das eigene Handeln der bevormundeten Person werden deshalb verallgemeinert, etwas erweitert und ins Personenrecht integriert (Art. 19–19b VE ZGB). Zudem soll die Ausübung höchstpersönlicher Rechte neu in einer eigenen Bestimmung (Art. 19c VE ZGB) geregelt und dabei die Unterscheidung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten im Gesetz selber zum Ausdruck gebracht werden.

1.4.9.2 Kindesrecht

Bei der Revision des Vormundschaftsrechts geht es in erster Linie um den hoheitlich verordneten Schutz erwachsener Personen. Indessen ist auch die Vormundschaft über Minderjährige im Vormundschaftsrecht geregelt (Art. 368 ZGB). Dabei ist ihnen nicht ein eigener Abschnitt des Gesetzes gewidmet. Vielmehr findet die Mehrzahl der Bestimmungen, die sich mit dem Inhalt der Massnahme Vormundschaft befassen, sowohl auf Erwachsene wie auf Minderjährige Anwendung. Da im neuen Recht die Entmündigung mit anschliessender Bevormundung als klassische Hauptmassnahme abgeschafft wird, entfällt ein einleuchtender Grund für eine weitgehend gleiche Regelung der gesetzlichen Vertretung für Erwachsene und für Minderjährige. Der Vorentwurf sieht deshalb vor, dass die Vormundschaft über Minderjährige neu im Kindesrecht in einem fünften Abschnitt geordnet wird, der an das Kapitel über den Kinderschutz anschliesst. Damit folgen auf die schärfste Kinderschutzmassnahme, den Entzug der elterlichen Sorge, die Bestimmungen über die Vormundschaft für Minderjährige. Gleichzeitig wird die Rechtsstellung Minderjähriger unter Vormundschaft derjenigen von Minderjährigen unter elterlicher Sorge angeglichen (Art. 327b und 327c VE ZGB). Auf die zuständige Behörde, die Ernennung des Vormunds, die Aufsicht über den Vormund und die Verantwortlichkeit finden weiterhin die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes Anwendung.

Offen ist die Frage, ob wie heute von Vormundschaft gesprochen werden soll oder nicht. Die Expertenkommission hat sich nach längeren Diskussionen für die Weiterführung dieses Begriffs ausgesprochen. Dieser wird auch in neueren internationalen Übereinkommen wie der UN-Konvention über die Rechte des Kindes (insbes. Art. 2;

SR 0.107) verwendet. Zudem ist der Begriff für Minderjährige nicht belastend, denn die Betreuung Minderjähriger durch einen Vormund ist nicht Folge eines Schwächezustands, sondern ergibt sich aus der Tatsache, dass die Minderjährigen nicht unter elterlicher Sorge stehen, sei es, dass die Eltern gestorben sind, sei es, dass diesen die elterliche Sorge entzogen worden ist.

1.4.9.3 Beschränkung des Erwachsenenschutzes auf natürliche Personen

Nach Artikel 393 Ziffer 4 und 5 ZGB sind die Vormundschaftsbehörden heute in atypischer Weise einerseits für juristische Personen zuständig, denen die notwendigen Organe fehlen, andererseits für Sammelvermögen, die nicht ordentlich verwaltet werden. Im neue Recht soll die Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden auf natürliche Personen beschränkt bleiben. Auffangbestimmungen für juristische Personen werden im Zusammenhang mit der laufenden Revision des GmbH-Rechts (BBI 2001, S. 3148) im Gesellschaftsrecht und im Kapitel über die juristischen Personen im Personenrecht geschaffen. Eine solche Lösung wird auch für Sammelvermögen im Anhang zum vorliegenden Vorentwurf vorgesehen (Art. 89^{ter} und 89^{quater} VE ZGB).

2 Besonderer Teil: Erläuterung des Vorentwurfs

2.1 Die eigene Vorsorge im Erwachsenenschutz

2.1.1 Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.1)

Unter dem Titel "Die eigene Vorsorge" werden drei neue Rechtsinstitute vorgesehen, nämlich der Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff.), der Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen (Art. 370 ff.) und die Patientenverfügung (Art. 373). Alle drei Rechtsinstitute entfalten ihre Wirkungen erst, wenn die Person, die von der Möglichkeit der eigenen Vorsorge Gebrauch gemacht hat, urteilsunfähig wird.

In der Patientenverfügung legt eine urteilsfähige Person direkt fest, welche medizinische Behandlung sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit wünscht oder ablehnt. Mit dem Vorsorgeauftrag dagegen bezeichnet eine handlungsfähige Person eine oder mehrere andere Personen, die im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit ihre Interessen wahren und sie im Rechtsverkehr vertreten sollen. Die Regelung unterscheidet zwischen der Vorsorge für Entscheidungen in medizinischen Belangen und der Vorsorge im Allgemeinen. Die Ausgangslage ist in beiden Fällen insofern nicht die gleiche, als eine medizinische Behandlung regelmässig nicht nur die Zustimmung des Patienten oder der Patientin bzw. eines Vertreters oder einer Vertreterin voraussetzt, sondern auch die medizinische Indikation. Das Medizinalpersonal darf die vom Vertreter oder von der Vertreterin in medizinischen Angelegenheiten getroffene Anordnung nicht ausführen, wenn sich diese als medizinisch unsinnig oder als rechtswidrig erweist. Insofern findet ohnehin eine gewisse Prüfung und Kontrolle statt, ohne dass die Behörde eingreifen müsste. Entsprechend werden der Vorsorgeauftrag im Allgemeinen und der Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen getrennt geregelt. Letzterer unterliegt erleichterten Voraussetzungen. In einem allgemeinen Vorsorgeauftrag kann aber ohne weiteres auch ein Vorsorgeauftrag für den Medizinalbereich enthalten sein.

2.1.2 Der Vorsorgeauftrag im Allgemeinen

Grundsatz

(Art. 360)

Absatz 1 hält den Grundsatz fest, dass jede Person selber die Vertretung für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit regeln kann. Im Zeitpunkt, in dem sie die Anordnung trifft, muss sie handlungsfähig, d. h. volljährig und urteilsfähig sein (Art. 13 VE ZGB).

Im Vorsorgeauftrag ist der Aufgabenbereich der vorsorgebeauftragten Person möglichst genau zu umschreiben. In Betracht kommen alle Aufgaben der Personensorge und der Vermögenssorge, die ein Beistand bei einer umfassenden Beistandschaft (Art. 384) für eine urteilsunfähige Person wahrnimmt. Die auftraggebende Person kann – muss aber nicht – Weisungen erteilen, wie der Auftrag auszuführen sei (Abs. 2). So ist es beispielsweise möglich, dass jemand für die Verwaltung des Vermögens einen Vorsorgeauftrag errichtet und der beauftragten Person Weisung erteilt, bestimmte Anlagen nicht vorzunehmen.

Umfasst der Vorsorgeauftrag auch die persönliche Fürsorge für die auftraggebende Person, wird in der Regel das notwendige Vertrauensverhältnis nur gegenüber einer bestimmten natürlichen Person bestehen. Der Auftrag kann sich aber auch nur auf einen Bereich beziehen, bei dem Professionalität wichtiger ist als eine persönliche Beziehung. Der Vorentwurf erlaubt es deshalb, nicht nur eine natürliche Person, sondern auch eine juristische Person als Vertreterin einzusetzen (Abs. 1). Damit soll es ermöglicht werden, bestimmte spezialisierte Institutionen, wie beispielsweise die Pro Senectute oder eine Bank, mit der Vertretung zu betrauen. Die beauftragte Person ist namentlich zu bezeichnen.

Errichtung

(Art. 361)

Mit der Errichtung eines Vorsorgeauftrags wird eine sehr weitgehende Entscheidung getroffen. Die betroffene Person ist deshalb fachkundig zu beraten und umfassend über die Tragweite ihres Entscheids aufzuklären. Überdies muss sichergestellt sein, dass die Erklärung tatsächlich von der betroffenen Person stammt und wirklich ihrem wohlüberlegten Willen entspricht. Deshalb sind für die Errichtung strenge Formvorschriften erforderlich. Der Vorentwurf sieht entweder eine öffentliche Beurkundung vor oder die Erklärung ist der zuständigen Stelle zu Protokoll zu geben (Abs. 1). Die Zuständigkeit und das Verfahren richten sich im einzelnen nach dem kantonalen Recht.

Mit der Möglichkeit, die Erklärung einer kantonalen Stelle zu Protokoll zu geben, soll ein möglichst preisgünstiges Verfahren zur Verfügung gestellt werden. Im Ermessen des Kantons liegt es, ob er eine bereits bestehende oder eine erst noch zu schaffende öffentliche oder private Institution mit der Aufgabe betrauen will. Er kann auch mehrere Stellen zuständig erklären. Die Erwachsenenschutzbehörde ist wegen ihrer Validierungs- (Art. 364) und Auslegungsfunktion (Art. 365) keine geeignete Stelle.

Der Vorentwurf umschreibt nicht, welche Angaben die Urkunde enthalten muss. Es versteht sich von selber, dass darin der Auftraggeber oder die Auftraggeberin und die beauftragte Person eindeutig bezeichnet und der Auftrag möglichst klar umschrieben werden müssen.

Die Urkundsperson oder die zuständige Stelle muss alle Abklärungen vornehmen, die bei einem notariellen Akt üblich sind. Sie muss nämlich die Identität und die Urteilsfähigkeit der auftraggebenden Person prüfen und abklären, ob sie die Wirkungen ihrer Handlung kennt und die Erklärung mit Blick auf diese Wirkungen tatsächlich ihrem freien Willen entspricht (Abs. 2).

Nicht prüfen muss die Urkundsperson oder die zuständige Stelle, ob die bezeichnete Person bereit ist, den Auftrag anzunehmen und dafür geeignet erscheint. Eine solche amtliche Prüfung macht keinen Sinn, weil sich die Verhältnisse bis zur Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags ändern können. Diese Prüfung obliegt demgegenüber der Erwachsenenschutzbehörde, sobald der Vorsorgefall eingetreten ist (vgl. Art. 364).

Register

(Art. 362)

Der Vorsorgeauftrag kann seinen Zweck nur erreichen, wenn die Erwachsenenschutzbehörde ihn im massgeblichen Zeitpunkt auch kennt. Um dies sicherzustellen, muss der Bundesrat eine einzige zentrale Stelle bezeichnen, bei der alle Vorsorgeaufträge registriert werden (Abs. 1). Wären die Vorsorgeaufträge nur bei den Urkundspersonen oder bei den kommunalen oder kantonalen Stellen registriert, müsste bei Eintritt des Vorsorgefalls mit Blick auf die Mobilität der Bevölkerung bei einer Vielzahl von Stellen abgeklärt werden, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt.

Die Registrierung bei der zentralen Stelle ist nicht Gültigkeitserfordernis für den Vorsorgeauftrag. Auch wenn diese noch nicht erfolgt oder vergessen worden ist, kommt dem Vorsorgeauftrag Wirksamkeit zu.

Der zentralen Stelle sind nur die Personalien des Vorsorgeauftraggebers oder der Vorsorgeauftraggeberin und die Tatsache bekannt zu geben, dass in einem bestimmten Zeitpunkt ein Vorsorgeauftrag errichtet worden ist (Abs. 2). Zudem ist anzugeben, wo sich das entsprechende Dokument befindet. Weder muss der Inhalt des Vorsorgeauftrags gemeldet werden, noch ist das Dokument als solches einzuliefern. Die Meldepflicht obliegt nicht der auftraggebenden Person, sondern der Urkundsperson oder der vom Kanton bezeichneten Stelle, bei der der Vorsorgeauftrag zu Protokoll gegeben werden kann.

Das Register ist nicht öffentlich. Solange die auftraggebende Person urteilsfähig ist, darf nicht bekannt gegeben werden, dass sie einen Vorsorgeauftrag erteilt hat (Abs. 3). Grundsätzlich darf somit niemandem Auskunft gegeben werden. Selbstverständlich kann der Vorsorgegeber oder die Vorsorgegeberin selber jederzeit bei der zentralen Stelle anfragen, ob der Vorsorgeauftrag registriert worden ist. Vorbehalten sind zudem Auskunftsrechte von Behörden und Gerichten, die in anderen Gesetzen geregelt sind (Abs. 3, dritter Satz). So kann es sich beispielsweise in einem Disziplinarverfahren gegenüber einer Urkundsperson als notwendig erweisen abzuklären, ob diese ihrer Meldepflicht gegenüber der zentralen Behörde nachgekommen ist.

Wirksamkeitsdauer, Erneuerung und Widerruf

(Art. 363)

Der Vorsorgeauftrag, der für die persönlichen Belange der auftraggebenden Person von grosser Tragweite ist, muss jederzeit frei widerrufbar sein. Eine Bindung ist in diesem Bereich nicht möglich. Sie widerspräche Artikel 27 ZGB. Der Widerruf ist – im

Gegensatz zur Errichtung (Art. 361 Abs. 1) – an keine Form gebunden (Abs. 3 erster Teilsatz). Er ist allerdings der zentralen Behörde mitzuteilen (Abs. 3, zweiter Teilsatz), damit diese den Eintrag streichen kann. Diese Mitteilung ist aber kein Gültigkeitserfordernis; der Widerruf ist bereits vor bzw. unabhängig von der Mitteilung an die zentrale Stelle gültig. Er kann allerdings aus praktischen Gründen nur wirksam werden, wenn die beteiligten Personen und Behörden im Vorsorgefall davon Kenntnis haben.

Mit Blick auf die Tragweite des Vorsorgeauftrags befristet der Vorentwurf dessen Wirksamkeit. Die betroffene Person trifft im Vorsorgeauftrag Anordnungen für ein zukünftiges Ereignis. Bis dieses eintritt, können sich die persönlichen Verhältnisse wesentlich verändert haben. Das Vertrauen zu einer bestimmten, im Vorsorgeauftrag beauftragten Person kann entfallen. Wohl ist jederzeit ein Widerruf möglich. Es ist aber auch vorstellbar, dass die betroffene Person vergisst, den Vorsorgeauftrag zu widerrufen, oder gar nicht mehr daran denkt, dass sie einmal einen solchen errichtet hat. Aus diesem Grund soll der Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen erlöschen, wenn nicht innert zehn Jahren seit seiner Errichtung der Vorsorgefall eintritt, d. h. die auftraggebende Person urteilsunfähig wird (Abs. 1).

Will die auftraggebende Person, dass der Vorsorgeauftrag auch nach zehn Jahren weiterhin gültig ist, so muss sie ihn erneuern. Dafür gelten die gleichen Formvorschriften wie für die erstmalige Errichtung (Abs. 2). Die Erneuerung ist ebenfalls der zentralen Stelle zu melden.

Feststellung der Wirksamkeit und Annahme

(Art. 364)

Erhält die Erwachsenenschutzbehörde Kenntnis, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, so hat sie als erstes bei der zentralen Behörde nachzufragen, ob ein Vorsorgeauftrag erteilt worden ist (Abs. 1). Trifft dies nicht zu, wird sie behördliche Massnahmen nach den Artikeln 374 ff. ergreifen. Liegt demgegenüber ein Vorsorgeauftrag vor, so hat die Urkundsperson bzw. die vom Kanton bezeichnete Stelle das Dokument oder eine Abschrift davon der Erwachsenenschutzbehörde einzureichen. Diese hat dann zu prüfen, ob der Vorsorgeauftrag wirksam werden kann. Sie hat sich zu vergewissern, ob der Auftrag gültig errichtet worden ist und ob die Voraussetzungen, für die er errichtet worden ist, tatsächlich eingetreten sind. Sie hat sodann mit der beauftragten Person Kontakt aufzunehmen und abzuklären, ob diese bereit ist, den Vorsorgeauftrag anzunehmen. Möglicherweise erfährt die beauftragte Person erst jetzt vom Vorsorgeauftrag. In vielen Fällen wird es sich aber um eine nahe stehende Person handeln, die selber die Behörde über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit der auftraggebenden Person informiert. Die beauftragte Person ist grundsätzlich frei, ob sie den Vorsorgeauftrag annehmen will oder nicht (vgl. Art. 368). Die Erwachsenenschutzbehörde hat auch abzuklären, ob die beauftragte Person für ihre Aufgabe überhaupt geeignet ist und ob gegebenenfalls weitere Massnahmen zum Schutz der urteilsunfähigen Person getroffen werden müssen (Abs. 2). Das ist namentlich dann nötig, wenn der Vorsorgeauftrag nur für einen Teil der Aufgaben, die für die urteilsunfähige Person zu erledigen sind, errichtet worden ist.

Stellt die Erwachsenenschutzbehörde fest, dass der Vorsorgeauftrag gültig erteilt worden ist, die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind und die beauftragte Person geeignet ist und den Vorsorgeauftrag annimmt, so bestätigt sie dies in einem Dokument. Damit kann sich die vorsorgebeauftragte Person auch gegenüber

Dritten im Umfang des Auftrags als Vertreter oder als Vertreterin der urteilsunfähigen Person ausweisen. Gleichzeitig weist die Erwachsenenschutzbehörde die beauftragte Person auf ihre Rechte und Pflichten hin (Abs. 3 und Art. 366).

Auslegung und Ergänzung

(Art. 365)

Die mit der öffentlichen Beurkundung verbundene Beratung sollte eigentlich sicherstellen, dass der Vorsorgeauftrag klar und vollständig ist. Unklarheiten sind indessen immer möglich. Sie können auch dadurch entstehen, dass sich die Verhältnisse seit der Errichtung in einzelnen Punkten unerwartet geändert haben. Weil die mit solchen Unklarheiten verbundene Unsicherheit für die beauftragte Person unangenehm ist und eine zweckmässige Fürsorge gefährden kann, sieht der Vorentwurf vor, dass sie die Erwachsenenschutzbehörde um eine verbindliche Auslegung bzw. Klarstellung ersuchen kann. Die Erwachsenenschutzbehörde darf den Auftrag auch in Nebenkpunkten ergänzen. Damit kann vermieden werden, dass für Nebensächlichkeiten neben dem Vorsorgeauftrag noch eine behördliche Massnahme angeordnet werden muss.

Erfüllung des Vorsorgeauftrags

(Art. 366)

Die Bestimmung umschreibt, wie die beauftragte Person ihre Aufgabe auszuführen hat (Abs. 1). Sie vertritt die urteilsunfähige Person im Rahmen des Vorsorgeauftrags. Die übertragenen Aufgaben müssen sorgfältig wahrgenommen werden. Im Übrigen verweist der Vorentwurf auf die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag (Art. 394 ff. OR). Namentlich muss die beauftragte Person jederzeit über ihre Geschäftsführung Rechenschaft ablegen können (Art. 400 OR). Der Verweis auf das Auftragsrecht erfasst auch die Bestimmungen über die Haftung des Beauftragten.

Selbst wenn der Vorsorgeauftrag nur für einen Teilbereich erteilt worden ist, obliegt der beauftragten Person eine besondere Sorgfaltspflicht bei der Interessenwahrung für die urteilsunfähige Person. Stellt sie fest, dass Geschäfte besorgt werden sollten, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst sind, so muss sie unverzüglich die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigen (Abs. 2), damit diese die notwendigen Massnahmen treffen kann.

Entschädigung und Spesen

(Art. 367)

Der Vorentwurf schreibt nicht vor, ob der Vorsorgeauftrag entgeltlich oder unentgeltlich ist. Die auftraggebende Person kann dies im Vorsorgeauftrag frei bestimmen. Die beauftragte Person muss dann entscheiden, ob sie unter den vorgegebenen Bedingungen den Vorsorgeauftrag annehmen will oder nicht.

Enthält der Vorsorgeauftrag keinerlei Aussage zur Entschädigung, so kann die Erwachsenenschutzbehörde den Vorsorgeauftrag in diesem Punkt ergänzen (Abs. 1). Leitlinie dafür ist die Frage, ob die übertragenen Dienste "üblicherweise" entgeltlich erbracht werden oder nicht. Dabei sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen. Es liegt auf der Hand, dass von einem nahen Verwandten eher eine

unentgeltliche Leistung erwartet werden kann als beispielsweise von einem professionellen Vermögensverwalter.

Die Entschädigung für die beauftragte Person und die notwendigen Spesen werden der auftraggebenden Person belastet (Abs. 2).

Kündigung durch die beauftragte Person

(Art. 368)

Der Auftrag kann der beauftragten Person nicht aufgezwungen werden. Sie kann deshalb die Übernahme ablehnen. Auch wenn sie den Auftrag angenommen hat, bleibt ihr die Möglichkeit, das Mandat jederzeit zu kündigen (Abs. 1). Das ergibt sich schon aus dem allgemeinen Auftragsrecht (Art. 404 Abs. 1 OR), auf das der Vorentwurf ausdrücklich verweist (Art. 366 Abs. 1). Die Kündigung ist allerdings erst formgültig, wenn die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigt worden ist (Abs. 2, erster Satzteil).

Der Auftrag darf indessen nicht zur Unzeit niedergelegt werden (Art. 404 Abs. 2 OR). Der Vorentwurf konkretisiert diesen Grundsatz, indem er vorschreibt, dass die beauftragte Person auch nach dem Niederlegen des Mandats verpflichtet ist, die Interessen der betroffenen Person weiter zu wahren, bis die Erwachsenenschutzbehörde die notwendigen Massnahmen anordnen kann (Abs. 2, zweiter Satzteil). Diese Verpflichtung besteht allerdings nur, wenn die beauftragte Person den Auftrag angenommen hat. Selbstverständlich ist diese nicht verpflichtet, für die auftraggebende Person zu sorgen, wenn sie den Auftrag zum vornherein ablehnt.

Widerruf durch die Erwachsenenschutzbehörde

(Art. 369)

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass der oder die Vorsorgebeauftragte die Interessen der betroffenen Person nicht mehr hinlänglich wahrt oder diese gefährdet sind, so muss sie einschreiten. Sie widerruft den Vorsorgeauftrag und trifft die erforderlichen behördlichen Massnahmen.

2.1.3 Der Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen

Vorbemerkungen

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine ärztliche Massnahme, die in die körperliche Integrität eingreift, eine Verletzung der Persönlichkeit des Patienten oder der Patientin, selbst wenn sie *lege artis* ausgeführt wird. Sie ist deshalb rechtswidrig, soweit nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Nach Artikel 28 Absatz 2 ZGB ist eine Persönlichkeitsverletzung nur rechtmässig, wenn sie durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Die Einwilligung ist der wichtigste Rechtfertigungsgrund. Sie setzt aber voraus, dass der Patient oder die Patientin urteilsfähig ist. Für das urteilsunfähige Kind willigen die Eltern als gesetzliche Vertreter in eine Heilbehandlung ein. Bei urteilsunfähigen bevormundeten Personen genügt im geltenden Recht die Einwilligung des Vormunds oder der Vormündin. Gegebenenfalls kann auch ein Beistand oder eine Beiständin bei Urteilsunfähigkeit der verbeiständeten Person die Einwilligung in einen Heileingriff erteilen. Zudem sehen die kantonalen Gesundheitsgesetze verschie-

dene Lösungen vor, wie bei urteilsunfähigen Personen vorzugehen ist (vgl. Ziff. 1.4.2). Bei zeitlicher Dringlichkeit muss im Übrigen eine gebotene medizinische Massnahme ergriffen werden können, ohne dass eine Einwilligung vorliegt. In solchen Fällen hat das medizinische Personal nach dem mutmasslichen Willen des Patienten oder der Patientin und den objektiven Interessen der betroffenen Person zu handeln.

Der Vorentwurf vereinheitlicht die Rechtslage und regelt in den Artikeln 434–436 die Vertretung urteilsunfähiger Personen bei medizinischen Massnahmen. Entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität und in Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts soll diese Regelung aber nur gelten, wenn die betroffene Person für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit nicht selber vorgesorgt und eine Person bezeichnet hat, die an ihrer Stelle die Zustimmung zu einer medizinischen Massnahme erteilt (Art. 370 ff.). Bei einem solchen Vorsorgeauftrag ist eine behördliche Kontrolle weniger wichtig als beim rechtsgeschäftlichen Handeln, weil die Zustimmung zum Eingriff für sich allein dessen Rechtmässigkeit noch nicht bewirken kann. Vielmehr muss der Eingriff auch medizinisch geboten sein, was der Arzt oder die Ärztin, der oder die den Eingriff vornimmt, zu beurteilen und zu verantworten hat.

Grundsatz und Form

(Art. 370)

Nach Absatz 1 kann eine urteilsfähige volljährige Person schriftlich eine oder mehrere natürliche Personen bezeichnen, die im Falle ihrer Urteilsfähigkeit in ihrem Namen die Zustimmung zu medizinischen Massnahmen erteilen sollen. Im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag im Allgemeinen wird nicht Handlungsfähigkeit vorausgesetzt, da es sich bei der Zustimmung zu medizinischen Massnahmen um höchstpersönliche Rechte im Sinne von Artikel 19c VE ZGB handelt. Indessen soll eine minderjährige Person nicht die Vertretung durch die Eltern in einem Vorsorgeauftrag ausschalten können. Der Vorentwurf verlangt deshalb, dass die auftraggebende Person volljährig ist.

In Abweichung zum Vorsorgeauftrag bei allgemeinen Rechtsgeschäften können nur natürliche und nicht auch juristische Personen beauftragt werden. Der betroffene Bereich ist so persönlich, dass die entscheidende Person individuell bestimmt sein muss. Auch hier kann der Auftrag konkretisiert und es können Vorgaben für die Ausübung gemacht werden (Abs. 2).

Weil beim Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen die Sicherheit für den Rechtsverkehr weniger Gewicht hat und die Kontrolle durch die Medizinalpersonen gegeben ist, sind die Formvorschriften weniger streng. Es genügt, dass der Vorsorgeauftrag schriftlich abgefasst (Abs. 1), datiert und unterzeichnet wird (Abs. 3). Eine öffentliche Beurkundung ist nicht erforderlich. Die Datierung ist im Hinblick auf die Gültigkeitsdauer (Art. 371) wichtig.

Eine Registrierung der Vorsorgeaufträge im medizinischen Bereich ist nicht vorgesehen. Wie bei der Patientenverfügung (Art. 373) muss die auftraggebende Person selber dafür sorgen, dass im Vorsorgefall die behandelnden Ärzte und Ärztinnen vom Vorsorgeauftrag erfahren. Zu empfehlen ist, den Hausarzt oder die Hausärztin darüber zu orientieren und den Vorsorgeauftrag immer bei sich zu tragen.

Ebenfalls nicht vorgesehen ist, dass die Erwachsenenschutzbehörde über die Wirksamkeit entscheiden muss wie beim allgemeinen Vorsorgeauftrag (Art. 364 ff.).

Demgegenüber sind auch hier die Bestimmungen des Obligationenrechts über den einfachen Auftrag anwendbar, soweit der Vorentwurf nichts Anderes bestimmt.

Wirksamkeitsdauer und Widerruf

(Art. 371)

Sowohl bezüglich der Wirksamkeitsdauer wie auch bezüglich des Widerrufs wird auf die Regelung beim allgemeinen Vorsorgeauftrag (Art. 363) hingewiesen. Nicht zur Anwendung kommt dabei allerdings die Bestimmung über die Mitteilung des Widerrufs an eine zentrale Stelle.

Kündigung durch die beauftragte Person

(Art. 372)

Wie beim allgemeinen Vorsorgeauftrag kann die vorsorgebeauftragte Person den Vorsorgeauftrag jederzeit kündigen. Eine Information der Behörde ist dafür nicht erforderlich. Auch sind nicht irgendwelche Geschäfte weiterzuführen. Zu beachten ist indessen Artikel 397a VE OR, der die beauftragte Person verpflichtet, sich mit der Erwachsenenschutzbehörde in Verbindung zu setzen, wenn sie feststellt, dass zur Wahrung der Interessen der urteilsunfähigen Person ein Handeln der Behörde notwendig erscheint.

2.1.4 Die Patientenverfügung

(Art. 373)

Im Unterschied zu verschiedenen kantonalen Erlassen enthält das Bundesrecht noch keine ausdrückliche Bestimmung über die Gültigkeit bzw. die Tragweite von Patientenverfügungen. Die vorliegende Bestimmung soll diese Lücke schliessen. Demnach kann eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung schriftlich festlegen, welche medizinische Behandlung sie im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit wünscht oder ablehnt (Abs. 1). Die Patientenverfügung trägt dem Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person Rechnung, indem sie zu bestimmten Therapien, die einmal notwendig werden könnten, Stellung nimmt. Die Zulässigkeit von Patientenverfügungen wird in der heutigen herrschenden Doktrin nicht bestritten. Insofern handelt es sich nicht um eine echte Neuerung.

Gegen Patientenverfügungen wird oft eingewendet, eine gesunde Person wisse nicht, was es bedeute, künftig an einer Krankheit zu leiden. Der Mensch ist aber trotzdem in der Lage, in Ausübung seiner Autonomie grundlegende Entscheide, z. B. in Bezug auf eine würdevolle Beendigung seines Lebens, zu treffen. Zudem kann ein Patient oder eine Patientin, etwa nach entsprechender Erfahrung bei schubweise auftretender Erkrankung, genau wissen, welche Behandlung auf ihn oder sie zukommt.

Die Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu errichten, besteht im Hinblick auf alle Fälle, in denen die betroffene Person mangels Urteilsfähigkeit keine gültige Zustimmung mehr erteilen kann, sei es wegen psychischer Erkrankung oder fortschreitender Altersdemenz oder weil eine Person beispielsweise nach einem Unfall das Bewusstsein verloren hat. Für die Errichtung einer Patientenverfügung genügt Urteilsfähigkeit (Abs. 1). Handlungsfähigkeit ist nicht vorausgesetzt, da es sich um ein

höchstpersönliches Recht handelt. Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen (Art. 370 Abs. 1) ist Volljährigkeit nicht erforderlich.

In Bezug auf die Wirkung einer Patientenverfügung sieht etwa das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) vor, dass zu einem früheren Zeitpunkt geäusserte Wünsche lediglich "zu berücksichtigen" sind (Art. 9). Diese Umschreibung will zum Ausdruck bringen, dass den Wünschen nicht einfach Folge geleistet werden muss. Sind die Wünsche beispielsweise vor langer Zeit geäussert worden und haben sich neue medizinische Möglichkeiten ergeben, so kann es gerechtfertigt sein, anders zu entscheiden, als die betroffene Person es verlangt hat. Die Ärztin oder der Arzt muss sich deshalb immer vergewissern, dass die Patientenverfügung auf die konkrete Situation anwendbar und insbesondere im Hinblick auf die medizinische Entwicklung vermutungsweise noch gültig ist (BBl 2002, S. 303).

Der Vorentwurf gibt der Patientenverfügung – jedenfalls dem Grundsatz nach – ein grösseres Gewicht, indem sie nicht nur zu berücksichtigen ist, sondern direkt als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung gilt, wenn die in Aussicht genommene Situation tatsächlich eintritt (Abs. 2, erster Satz). Die Zustimmung eines gesetzlichen Vertreters ist in diesem Fall nicht einzuholen. Massgeblich ist die Patientenverfügung allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Anordnung hinreichend klar ist (Abs. 2, erster Satz); dies ist der Fall, wenn der Arzt oder die Ärztin genau weiss, was er oder sie tun oder lassen soll. Im Zweifelsfall, d. h. wenn die Anordnung nicht hinreichend klar ist, hat eine vertretungsberechtigte Person oder, bei Dringlichkeit, der behandelnde Arzt oder die behandelnde Ärztin, unter Berücksichtigung der Patientenverfügung über die Behandlung zu entscheiden (Abs. 2, zweiter Satz).

Wenn eine Person eine Patientenverfügung errichtet, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass sie über die für die Willensbildung erheblichen Informationen verfügte und auf zusätzliche Aufklärung verzichtete. Gilt eine Patientenverfügung von Gesetzes wegen als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung, so geht es nicht an, ihr die Wirksamkeit einfach mit der Begründung abzusprechen, ihr Urheber oder ihre Urheberin sei nicht hinreichend orientiert gewesen.

Eine Patientenverfügung birgt indessen das Risiko in sich, dass sie nicht oder nicht mehr dem Willen der betroffenen Person entspricht. Die entsprechenden Zweifel müssen allerdings "begründet" sein (Abs. 3), d. h. sie haben sich auf konkrete Elemente zu stützen. Es ist somit unzulässig, systematisch Zweifel zu hegen, wenn eine Patientenverfügung nicht das anordnet, was dem Arzt oder der Ärztin oder dem Pflegepersonal als ratsam erscheint.

Die antizipierte Anordnung hat zum einen keine Wirkung, wenn begründete Zweifel bestehen, ob sie noch dem Willen der betroffenen Person entspricht; da sie zwischenzeitlich aber urteilsunfähig ist, muss von ihrem mutmasslichen Willen ausgegangen werden (Abs. 3). Zweifel sind sicher berechtigt, wenn die Anordnung vor langer Zeit errichtet wurde und die betroffene Person kürzlich eine andere Meinung geäussert hat. Denkbar ist auch, dass bei der Errichtung die Entwicklung der therapeutischen Möglichkeiten, z. B. neue Medikamente mit wesentlich geringeren Nebenwirkungen, nicht vorausgesehen wurde. Bei der Beurteilung der Frage, wie die betroffene Person in der heutigen Situation entscheiden würde, können somit auch Fortschritte in der Medizin wesentlich sein.

Zum andern hat die Patientenverfügung nach dem Vorbild der Anfechtung von Verfügungen von Todes wegen infolge Willensmangels (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) keine Wirkung, wenn begründete Zweifel bestehen, ob sie auf freiem Willen beruht (Abs. 3). Dies kann der Fall sein, wenn sie offenkundig unvernünftig ist.

Wenngleich die Patientenverfügung grundsätzlich massgeblich ist, so ist ihr nach alledem nicht blind zu folgen; die Anordnung hat vielmehr einen Reflexionsprozess auszulösen, wie ihr Inhalt in der gegenwärtigen Situation zu bewerten ist.

Die Patientenverfügung bedarf der Schriftform (Abs. 1). Während der Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen zu datieren und zu unterzeichnen ist (Art. 370 Abs. 3), ist die Patientenverfügung nur eigenhändig zu unterschreiben (Art. 13 Abs. 1 OR), da im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen (Art. 371 und 363 Abs. 1) keine bestimmte Wirksamkeitsdauer vorgesehen ist. Die Regelung ist genügend flexibel, so dass auf eine Befristung verzichtet werden kann. Wurde eine Patientenverfügung vor längerer Zeit errichtet, so nimmt ihre Bedeutung ab; es kann ihr aber noch Richtliniencharakter zukommen. Auch wird es vorkommen, dass eine Patientenverfügung als Stützpunkt für einen Vorsorgeauftrag dient.

Wird die Form nicht eingehalten, ist die Verfügung rechtlich aber nicht einfach unbeachtlich. Zwar ist eine formungültige, z. B. eine mündliche Anordnung nicht als antizipierte Zustimmung oder Ablehnung zu werten. Als mutmasslicher Wille, nach dem die vertretungsberechtigte Person zu entscheiden hat (Art. 435 Abs. 2), kommt sie aber trotzdem zum Tragen.

Wer eine Patientenverfügung errichtet, muss selber dafür sorgen, dass die Adressaten davon Kenntnis erhalten (Abs. 4). Von einer zentralen Aufbewahrungsstelle wird somit abgesehen. Eine solche Einrichtung würde zahlreiche Folgeprobleme nach sich ziehen. Ein Arzt oder eine Ärztin wäre in jedem Fall verpflichtet, mit dieser Stelle Kontakt aufzunehmen. Auch wären aus Datenschutzgründen besondere Vorsichtsmassnahmen erforderlich, was Erkundigungen beim Register sehr aufwändig machen würde.

Eine eingeschränkte Bedeutung hat eine Patientenverfügung von Gesetzes wegen in Notfällen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 436) und bei der Behandlung einer psychischen Störung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (vgl. die Erläuterungen zu Art. 428 und 429).

2.2 Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes

2.2.1 Grundsätze

Zweck

(Art. 374)

Erster und die gesamte Institution primär rechtfertigender Zweck des bisherigen Vormundschaftsrechts war das bis anhin so genannte Mündelwohl. Daran soll sich in der Sache nichts ändern. Deshalb haben die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherzustellen (Abs. 1, erster Satzteil).

Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes haben sodann die Menschenwürde zu gewährleisten (Abs. 1, zweiter Satzteil). Die Menschenwürde hat ein "Doppelgesicht": Sie wird verletzt, wenn über den Menschen wie über eine Sache verfügt wird. Sie wird aber auch verletzt, wenn ihm in seinen grundlegenden Bedürf-

nissen Hilfe versagt wird. Der Erwachsenenschutz hat demnach einen Ausgleich zwischen Freiheit und Betreuung herzustellen. Ausgangspunkt ist und bleibt zwar das Selbstbestimmungsrecht des Menschen als ein Ausdruck seiner Menschenwürde. Der Erwachsenenschutz kommt aber nicht darum herum, zum Wohle der betroffenen Person unter bestimmten Voraussetzungen Fremdbestimmung vorzusehen. Innerhalb der behördlichen Massnahmen ist dann aber soweit wie möglich die Selbstbestimmung zu erhalten und zu fördern (Abs. 2). Im Übrigen entspricht der Vorentwurf dieser Maxime mit verschiedenen Bestimmungen, so mit dem Recht der zu verbeiständenden Person, dass ihren Ablehnungswünschen betreffend die Person des Beistands oder der Beiständin soweit tunlich entsprochen wird (Art. 388 Abs. 3), mit den Aussagen über das Verhältnis zur verbeiständeten Person (Art. 394) oder mit dem Recht auf Beschwerde (Art. 407).

Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird im Rahmen der allgemeinen Grundsätze nicht ausdrücklich erwähnt. Vielmehr wird es bei der Umschreibung der Voraussetzungen der behördlichen Massnahmen konkretisiert (vgl. Art. 377, 379 und 416).

Subsidiarität

(Art. 375)

Der bewährte Grundsatz der Subsidiarität ist entsprechend dem Kinderschutz (vgl. Art. 307–311 und Art. 324 f. ZGB) auch im Erwachsenenschutz zu verankern. In die Pflicht genommen werden zum einen die Familie sowie andere nahe stehende Personen (etwa durch das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten nach Art. 431 und durch das Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen nach Art. 434), zum andern private oder öffentliche Dienste. Erfasst wird damit nicht nur die Sozialhilfe, sondern auch etwa die ambulante ärztliche Betreuung. Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes sind nur anzuordnen, wenn die erwähnten Personen oder Dienste auf gewisse Dauer und nicht nur vorübergehend zur Ausübung ihrer Aufgaben ausserstande sind. Der blosser Umstand, dass in entfernter Zukunft mit der Möglichkeit anderer Hilfen gerechnet werden kann, steht hingegen einer behördlichen Massnahme des Erwachsenenschutzes nicht entgegen.

Von selbst versteht sich, dass behördliche Massnahmen auch nur in Frage kommen können, wenn eine Person nicht selber – beispielsweise durch die Erteilung obligationenrechtlicher Aufträge (Art. 394 ff. OR) oder eines Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff.) oder durch die Errichtung einer Patientenverfügung (Art. 373) – die erforderlichen Anordnungen getroffen hat.

Rechtsanspruch

(Art. 376)

Was im Familienrecht allgemein gilt, nämlich dass vom Gesetz eingeräumte Kompetenzen nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht enthalten, soll im Recht des Erwachsenenschutzes ausdrücklich verankert werden. Damit ist nicht gesagt, dass unterlassene Hilfeleistung in jedem Fall zu einer Verantwortlichkeit nach den Artikeln 451 ff. führt. Vor allem kommt mit dieser Bestimmung zum Ausdruck, dass die Menschenwürde auch dadurch verletzt werden kann, dass Hilfe in Not versagt wird. Der Rechtsanspruch bezieht sich der Natur der Sache nach bloss auf die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes.

2.2.2 Die Beistandschaften

2.2.2.1 Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.3)

Der Abschnitt über die Beistandschaften ist in neun Unterabschnitte gegliedert und umfasst die Artikel 377–415. Im ersten Unterabschnitt werden die Voraussetzungen einer Beistandschaft umschrieben und die Arten von Beistandschaften übersichtsmässig aufgezählt. Erscheint die Ernennung eines Beistands oder einer Beiständin wegen des Umfangs der Aufgaben als unverhältnismässig, kann die Erwachsenenschutzbehörde das Notwendige auch von sich aus vorkehren oder für einzelne Aufgaben einem Dritten einen entsprechenden Auftrag erteilen (Art. 379 Abs. 3). Die einzelnen Arten von Beistandschaften werden im zweiten Unterabschnitt näher eingeführt. Insbesondere wird klargestellt, welchen Einfluss sie auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person haben. Der dritte Unterabschnitt legt fest, wann eine Beistandschaft endet.

Der vierte Unterabschnitt umschreibt die Anforderungen an einen Beistand oder eine Beiständin und regelt die Ernennung, den Ausstand sowie die Entschädigung. Die Führung der Beistandschaft wird im fünften, die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde bei der Amtsführung im sechsten und das Rechtsmittel gegen Handlungen des Beistands oder der Beiständin im siebten Unterabschnitt geordnet. Der achte Unterabschnitt enthält besondere Bestimmungen für Angehörige. Schliesslich normiert der neunte Unterabschnitt das Ende des Amtes des Beistands oder der Beiständin.

2.2.2.2 Die Beistandschaften im Allgemeinen

Voraussetzungen

(Art. 377)

Absatz 1 Ziffer 1 umschreibt die subjektive Voraussetzung, die erfüllt sein muss, damit für eine Person eine Beistandschaft in Frage kommen kann. Vorliegen muss eine geistige Behinderung, eine psychische Störung oder ein ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand. Der Schwächezustand für sich allein genügt aber nicht für die Anordnung einer Beistandschaft; vielmehr ist auch erforderlich, dass die betroffene Person deswegen "ihre Angelegenheiten nur teilweise oder ganz nicht besorgen kann". Nach diesen Angelegenheiten bestimmt sich dann auch, welche Art von Beistandschaft im Einzelfall errichtet werden muss (vgl. Art. 378).

Typische Voraussetzung für den Erwachsenenschutz ist die im bisherigen Recht mit "Geistesschwäche" umschriebene geistige Behinderung. Darunter werden angeborene oder erworbene intellektuelle Beeinträchtigungen verschiedener Schweregrade verstanden.

Der stigmatisierende Begriff der "Geisteskrankheit" (Art. 369 Abs. 1 ZGB) wird nicht in den Vorentwurf übernommen. Statt dessen soll dieser Schwächezustand als "psychische Störung" bezeichnet werden. Diese umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, d. h. körperlich begründbare (exogene, organische, symptomatische) und körperlich nicht begründbare (endogene) Psychosen und Psychopathien (Persönlichkeitsstörungen und Neurosen) sowie Demenz (insbesondere Altersdemenz). Suchtkrankheit (Drogen-, Medikamenten- und Alkoholabhängigkeit) wird nicht eigens erwähnt; auch sie wird heute als psychische Störung verstanden.

Der weite Ausdruck des "ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands" ermöglicht insbesondere den Schutz Betagter, bei denen ähnliche Defizite wie bei Menschen mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung auftreten können. Darüber hinaus sind auch extreme Fälle von Unerfahrenheit oder von Misswirtschaft erfasst. In seltenen Fällen körperlicher Behinderung, z. B. schwerer Lähmung, schwerer Beeinträchtigung der Wahrnehmungsfähigkeit (etwa Verbindung von Blindheit und Taubheit) eignet sich die vorliegende Formulierung schliesslich als Auffangnorm, insbesondere wenn die betroffene Person selber beantragt, dass sie einen Beistand oder eine Beiständin erhält.

Nach Absatz 1 Ziffer 2 errichtet die Erwachsenenschutzbehörde ferner eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln noch eine zur Stellvertretung befugte Person bezeichnen kann. Diese Norm tritt an die Stelle der bisherigen Ziffer 1 des Artikels 392 ZGB. Der Ausdruck "dringende Angelegenheit" des geltenden Rechts wird ersetzt durch "Angelegenheiten, die erledigt werden müssen". Mit der neuen Formulierung sollen die anstehenden notwendigen Geschäfte ins Auge gefasst werden, ohne dass eine zeitliche Dringlichkeit gegeben sein muss.

Bei der Errichtung einer Beistandschaft sind auch die Belastung der Angehörigen und der Schutz von Drittpersonen zu berücksichtigen (Abs. 2). Die Berücksichtigung der Verkehrssicherheit wird hier nicht erwähnt; diesem Aspekt tragen Artikel 449 Absätze 2 und 3 sowie Artikel 450 Absätze 1 und 2 Rechnung.

Die Beistandschaft wird auf Antrag der betroffenen oder einer nahe stehenden Person oder von Amtes wegen errichtet (Abs. 3).

Arten von Beistandschaften

(Art. 378)

Absatz 1 enthält eine Aufzählung der in den Artikeln 380–384 auch bezüglich ihrer Wirkungen näher umschriebenen Arten von Beistandschaften. Es handelt sich um die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft (die auch die Verwaltungsbeistandschaft umfasst), die Mitwirkungsbeistandschaft sowie die umfassende Beistandschaft. Der Idee der massgeschneiderten Massnahme entspricht es, dass für die gleiche Person je nach Notwendigkeit für diesen oder jenen Bereich gleichzeitig Begleitung, Vertretung oder Mitwirkung angeordnet werden kann (Abs. 2). Die *eine* Beistandschaft im weiteren Sinn umfasst diesfalls mehrere Beistandschaften im engeren Sinn.

Nur die schärfste Massnahme, die umfassende Beistandschaft (Art. 384), bezieht sich von Gesetzes wegen auf alle Angelegenheiten der Personensorge und der Vermögenssorge.

Aufgaben

(Art. 379)

Die Erwachsenenschutzbehörde umschreibt entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person die einzelnen Aufgaben oder Aufgabenkreise, die im Rahmen der anzuordnenden Beistandschaft zu erledigen sind (Abs. 1). Die Aufgaben oder Aufgabenkreise können sich auf die Personensorge oder die Vermögenssorge oder beide

zusammen beziehen (Abs. 2, erster Satz). Keiner Aufgabenumschreibung bedarf die umfassende Beistandschaft; sie schliesst von Gesetzes wegen alle Angelegenheiten der Personensorge und der Vermögenssorge ein (Art. 384 Abs. 1).

"Entsprechend den Bedürfnissen" (Abs. 1) bedeutet, dass die Aufgaben gemäss den drei Ausfächerungen des Grundatzes der Verhältnismässigkeit (Art. 5 BV) im Hinblick auf den Schwächezustand erforderlich, geeignet und zumutbar sein müssen. Die Befugnisse des Beistands oder der Beiständin sind folglich so eng als möglich zu halten, sollen sich aber nicht auf einzelne Angelegenheiten beschränken, wenn weitere Bedürfnisse absehbar sind. Wohl aber dürfen nicht Massnahmen "auf Vorrat" angeordnet werden. Der erste Absatz dieser Bestimmung enthält mithin eine für das neue Recht grundlegende Aussage: Der Aufgabenbereich des Beistands oder der Beiständin wird von Fall zu Fall massgeschneidert festgelegt. Dies in doppeltem Sinn, zum einen in der Wahl der Stufe (Begleitung, Vertretung, Mitwirkung, umfassende Beistandschaft), zum andern in der Wahl der von der einzelnen Stufe betroffenen Bereiche (z. B. in Bezug auf den Lohn wird Verwaltung angeordnet, in Bezug auf Schenkungen Mitwirkung).

Die Formulierung "Aufgaben oder Aufgabenkreise" (Abs. 1 und 2) bringt zum Ausdruck, dass es grosse Unterschiede im Umfang der Bereiche geben kann, die der Beistandschaft unterstehen. Die einzelnen Aufgaben können sowohl eine Daueraufgabe wie eine einzelne Besorgung beinhalten. Die Aufgabenkreise umfassen ein Bündel von Angelegenheiten wie die Sorge um das gesundheitliche Wohl, den Abschluss von Vergleichen und die Prozessführung oder das Handeln gegenüber Behörden und Versicherungen. Auf die Bezeichnung als Aufgabe oder als Aufgabenkreis kommt es grundsätzlich nicht an. Eine bedeutsame Obliegenheit der neuen Praxis wird es sein, gute Aufgabenkreise zu finden und bei der Anordnung der Massnahme die einzelnen Aufgaben und Aufgabenkreise in verständlicher und klarer Weise zu umschreiben. Mit der Zeit werden sich so zwar typische Umschreibungen herausbilden; die Erwachsenenschutzbehörde ist aber in keinem Fall an einen bestimmten Katalog gebunden.

Im Rahmen einer Beistandschaft kann es nötig werden, die Post der betroffenen Person zu öffnen oder deren Wohnung zu betreten oder aufzuräumen. Die Befugnis hierzu muss nach Absatz 2, zweiter Satz von der Behörde ausdrücklich erteilt werden. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die Privatsphäre (Art. 13 BV) grundrechtlich geschützt ist und Eingriffe in Grundrechte nach Artikel 36 BV einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage bedürfen.

Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so hat nach Artikel 393 Einleitungssatz ZGB heute die Vormundschaftsbehörde selber – abgesehen von fünf Fällen, in denen sie einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen hat – "das Erforderliche anzuordnen". Künftig soll es eine entsprechende Zuständigkeit in allen Bereichen geben. In der Praxis besteht ein ausgewiesenes Bedürfnis nach einem direkten Handeln der Erwachsenenschutzbehörde in liquiden Fällen, die keine grosse Arbeit verursachen. Erscheint deshalb die Ernennung eines Beistands oder einer Beiständin wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig, so kann die Erwachsenenschutzbehörde nach Absatz 3 von sich aus das Erforderliche vorkehren, namentlich – etwa anstelle der Anordnung einer Mitwirkungsbeistandschaft – "die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen" (Ziff. 1), oder für einzelne Aufgaben einer Drittperson, d. h. einer natürlichen oder einer juristischen Person, einen entsprechenden Auftrag geben (Ziff. 2). Es geht dabei nicht um einen generellen behördlichen Auftrag, sondern um einen Auftrag in Bezug auf eine einzelne Aufgabe. Mit der Voraussetzung, dass die Beistandsernennung "offensichtlich" unverhältnis-

mässig wäre, wird eine gewisse Bremse vorgesehen, damit die Behörde nicht zuviel von sich aus anordnet. Die Beistände und Beiständinnen sollen nicht etwa über den Weg der unmittelbaren behördlichen Vorkehrungen eliminiert werden. Im Übrigen kann nicht nur beim Vorliegen eines Schwächezustands nach Artikel 377 Absatz 1 Ziffer 1 auf die Ernennung eines Beistands oder einer Beiständin verzichtet werden, sondern auch im Falle vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit der betroffenen Person (Art. 377 Abs. 1 Ziff. 2).

2.2.2.3 Die Arten von Beistandschaften im Einzelnen

Begleitbeistandschaft

(Art. 380)

Braucht eine hilfsbedürftige Person für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung, so wird eine Begleitbeistandschaft errichtet (Abs. 1). Diese bildet die niedrigste Stufe der Beistandschaften. Begleitbeistandschaft ist im Bereich der Person- und der Vermögenssorge möglich. Auf Grund der Begleitung erhält der Beistand oder die Beiständin weder Vertretungs- oder Verwaltungs-, noch Mitwirkungskompetenzen. Vielmehr ist er oder sie auf die Kooperation mit der betroffenen Person angewiesen. Im Übrigen gilt: Begleitung ist zwar der Sache nach ein Stück weit in allen Beistandschaften enthalten (vgl. Art. 393 Abs. 1 und Art. 394 Abs. 1 und 2). Die besondere Massnahme "Begleitbeistandschaft" kann indessen für sich allein angeordnet werden, kann aber auch mit einer Vertretungsbeistandschaft (unter Einschluss der Verwaltungsbeistandschaft) sowie mit einer Mitwirkungsbeistandschaft kombiniert werden (Art. 378 Abs. 2).

Bei der Begleitbeistandschaft handelt die betroffene Person selbst. Es schaut ihr jedoch jemand "über die Schultern" und unterstützt und begleitet sie. Dieser Kontrolle kann sich die betroffene Person nicht entziehen. Die Begleitbeistandschaft ist als Massnahme für in der Regel konstruktiv mitarbeitende Menschen zu verstehen. Sie soll etwa ermöglichen, betagten Menschen, die allein nicht mehr ganz zurecht kommen, helfend beizustehen, oder junge Menschen mit einer geistigen Behinderung auf dem Weg in die Selbständigkeit zu begleiten, indem eine gewisse Unterstützung im Hintergrund sichergestellt wird. Die Kontrolle infolge einer Begleitbeistandschaft vermag unter Umständen die Anordnung einer einschneidenderen Massnahme überflüssig zu machen. Zu denken ist auch an Personen mit einer schubweise verlaufenden psychischen Erkrankung.

Die Begleitbeistandschaft kann in Anlehnung an Artikel 307 Absatz 3 ZGB Einblick und Auskunft umfassen (Abs. 2). Diesfalls kann der Beistand oder die Beiständin etwa bei der Krankenkasse nachfragen, ob die Prämien bezahlt sind, oder Auskünfte von der Bank erhalten, ohne dass die Bank von der betroffenen Person dazu bevollmächtigt wäre. Grundfrage ist allerdings, ob ein allgemeines Einsichts- und Auskunftsrecht angeordnet werden kann oder ob die Behörde eine solche Kompetenz in ihrem Umfang zu umschreiben hat. Der Vorentwurf steht auf dem Boden der zweiten Auffassung. Mit der Formulierung "in diese Angelegenheiten" (Abs. 2) wird deutlich, dass das Recht auf Einsicht und Auskunft nur im Rahmen von Absatz 1 angeordnet werden kann. Es ginge zu weit, wenn sich das Recht auf Einsicht und Auskunft auf Bereiche bezöge, in denen keine Begleitung stattfindet.

Die Begleitbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht ein (Abs. 3); sie muss sich die Begleitung, die gesprächsweise Einmischung

und insbesondere die Ausübung des Auskunftsrechts analog zu Artikel 308 Absatz 1 ZGB aber gefallen lassen.

Die Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen

(Art. 381)

Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und vertreten werden muss (Abs. 1). Dabei vertritt der Beistand oder die Beiständin die verbeiständete Person im Rahmen der für die Person- oder Vermögenssorge übertragenen Aufgaben oder Aufgabenkreise (Abs. 2); d. h. bei der Erfüllung ihrer Aufgaben handelt der Beistand oder die Beiständin für die verbeiständete Person mit Wirkung für die verbeiständete Person. Zum vornherein keiner Vertretung zugänglich sind höchstpersönliche Rechte, solange die betroffene Person urteilsfähig ist (Art. 19c VE ZGB).

Was die Umschreibung der Aufgaben oder Aufgabenkreise anbelangt, sei auf Artikel 379 verwiesen; im Übrigen ergibt sich zum Teil auch aus der Umschreibung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte nach Artikel 404, was alles an der Vertretung zugänglichen Aufgaben sich denken lässt.

Dem Vertretungsbeistand oder der Vertretungsbeiständin wird nicht von Gesetzes wegen, d. h. "automatisch" die ausschliessliche Vertretungsmacht eingeräumt. Wohl aber kann die Erwachsenenschutzbehörde dies anordnen und so die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person entsprechend beschränken (Abs. 3, erster Satz). Die Lösung des Vorentwurfs geht also nicht soweit wie Artikel 407 ZGB, wonach der Vormund immer an Stelle des Mündels handelt, unterscheidet sich aber bei entsprechender Anordnung von der Vertretungsbeistandschaft nach Artikel 392 Ziffer 2 ZGB oder einer Verwaltungsbeistandschaft nach Artikel 393 Ziffer 2 ZGB, die nach Artikel 417 Absatz 1 ZGB nie Einfluss auf die Handlungsfähigkeit haben. Aber auch dort, wo die Erwachsenenschutzbehörde die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person nicht nach Absatz 3, erster Satz einschränkt, muss sich diese die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen lassen (Abs. 3, zweiter Satz); das gilt allerdings auch heute schon in den Fällen der Artikel 392 Ziffer 2 und Artikel 393 Ziffer 2 ZGB.

Das bisherige Vormundschaftsrecht hat, obwohl die Möglichkeit kollidierenden Handelns explizit in Kauf genommen worden ist (vgl. Art. 417 ZGB), darauf verzichtet, die Frage der Rechtswirkungen kollidierenden Verhaltens in seinem Bereich zu regeln. Es erscheint sinnvoll, dieser eng mit dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts verbundenen Problematik für den Sonderfall des Erwachsenenschutzes auch für die Zukunft nicht durch eine gesetzliche Sondernorm Rechnung zu tragen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, dass die Praxis damit gut zurecht kommt.

Mit der Einschränkung der Handlungsfähigkeit nach Absatz 3, erster Satz kommt der betroffenen Person in Bezug auf die Geschäfte, die aufgrund der Umschreibung der Aufgaben oder Aufgabenkreise zum Vertretungsbereich des Beistands oder der Beiständin gehören, keine Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis mehr zu. Die Erwachsenenschutzbehörde kann etwa anordnen, dass die betroffene Person, die Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses ist, keine Mietverträge mehr abschliessen kann. Eine solche Einschränkung nur der Verpflichtungsfähigkeit ist aber nur sinnvoll, wenn so dem besonderen Schwächezustand der betroffenen Person genügend Rechnung getragen wird.

Wird einer Person bezüglich gewisser Vermögenswerte nach Absatz 3, erster Satz die Handlungsfähigkeit entzogen, so heisst dies nicht, dass damit ein Sondervermögen geschaffen wird in dem Sinne, dass für Schulden, welche die betroffene Person in zulässiger Weise begründet, nur die übrigen freien, d. h. nicht der Verfügungsunfähigkeit unterliegenden Vermögenswerte haften würden, wie dies heute bei der Verwaltungsbeiratschaft nach Artikel 395 Absatz 2 ZGB der Fall ist. Eine solche Lösung würde eine Schlechterstellung der Gläubiger mit sich bringen und darf deshalb nicht einfach in eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit hineininterpretiert werden. Aus Gründen der Transparenz und der Vereinfachung soll im revidierten Erwachsenenschutzrecht die Bildung eines Sondervermögens ausgeschlossen sein, ohne dass dies im Gesetz explizit erwähnt werden muss.

Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung

(Art. 382)

Verwaltung im Sinne von Artikel 382 durch den Beistand oder die Beiständin ist nicht denkbar ohne Vertretung der betroffenen Person, d. h. Handeln für diese Person mit Wirkung für sie. Die im vorliegenden Artikel unter dem Titel "Vermögensverwaltung" geregelte Verwaltungsbeistandschaft ist deshalb eine spezielle Art der Vertretungsbeistandschaft. Der Vorentwurf widmet ihr einen eigenen Artikel, damit das Spezifische dieser Beistandschaft besser zum Ausdruck kommt. Der Begriff des "Vermögens" im Ausdruck "Vermögensverwaltung" ist in einem weiteren Sinn zu verstehen. Er erfasst sowohl das "Vermögen" im engeren, landläufigen Sinne als auch das Einkommen.

Nach Artikel 382 Absatz 1, erster Satz kann die Erwachsenenschutzbehörde im Rahmen der Vertretungsbeistandschaft (Art. 381 f.) "Vermögensverwaltung" anordnen. Verwaltungshandlung ist hier zu verstehen als jedes tatsächliche (etwa Pflücken von Früchten) oder rechtliche (z. B. Verkauf dieser Früchte) Handeln, das nach seiner typischen Beschaffenheit dazu bestimmt ist, das verwaltete Vermögen zu erhalten, zu mehren oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen. Die Verwaltungshandlung kann sowohl in Verpflichtung (z. B. Vermietung der verwalteten Wohnung) wie Verfügung (z. B. Eigentumsübertragung zur Erfüllung eines Kaufvertrags), aber auch in Prozessführung (z. B. über das Wegrecht auf einem verwalteten Grundstück) bestehen. Die Artikel 396–398 umschreiben die Rechte und Pflichten des Vermögensverwalters noch näher.

Während die Verwaltungsbeistandschaft nach dem geltenden Artikel 393 Ziffer 2 ZGB jeweils das ganze Vermögen der schutzbedürftigen Person betrifft, bezieht sich die Verwaltungsbeistandschaft des Vorentwurfs entsprechend der Anordnung der Erwachsenenschutzbehörde (Abs. 1, erster Satz) auf Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das gesamte Vermögen oder das gesamte Einkommen und Vermögen (Abs. 1, zweiter Satz). Es darf nicht einfach Verwaltung schlechthin angeordnet werden. Vielmehr ist im Einzelfall zu bestimmen, welche Bereiche von der Massnahme betroffen sind. So kann sich die Vermögensverwaltung beispielsweise nur auf ein Grundstück, eine Wohnung oder ein Sparheft beziehen. Auch was die Einkommensverwaltung anbelangt, wird der Errichtungsbeschluss darüber Aufschluss geben müssen, auf welche Teile sich die Verwaltung bezieht. Häufige Fälle dürften die Lohnverwaltung (ganz oder teilweise) oder die Rentenverwaltung sein. Dabei hat der Beistand oder die Beiständin nach Artikel 396 Absatz 2 Ziffer 1 das Recht, mit befreiender Wirkung die von Drittpersonen geschuldete Leistung für die verbeiständete Person entgegenzunehmen. Schränkt die Ver-

vertretungsbeistandschaft die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person für die Vermögensverwaltung ein, so ist die Leistung des Schuldners an den Beistand oder die Beiständin grundsätzlich zwingend, sofern jener eine entsprechende Mitteilung erhalten hat. Vorher kann die Massnahme gutgläubigen Schuldnern nicht entgegengehalten werden (Art. 449 Abs. 2). Nach geltendem Recht kann eine Lohnverwaltung gegen den Willen der betroffenen Person nur mit einer Entmündigung durchgeführt werden. Die vorgeschlagene Regelung der Verwaltungsbeistandschaft beseitigt diese Starrheit und trägt damit einem wichtigen Anliegen der Praxis Rechnung.

Die Verwaltungsbefugnisse umfassen auch die Ersparnisse aus dem verwalteten Einkommen oder die Erträge des verwalteten Vermögens, sofern die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes verfügt (Abs. 2).

Wie bei der Vertretungsbeistandschaft schlechthin (vgl. Art. 381 Abs. 3, erster Satz), kann die Erwachsenenschutzbehörde auch bei der Vermögensverwaltung die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person entsprechend einschränken. Ohne die Handlungsfähigkeit weiter einzuschränken, kann die Erwachsenenschutzbehörde der verbeiständeten Person aber auch nur den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen (Abs. 3). Die Vertretungsbeistandschaft ist in ihrer Ausgangslage ein "Zweischlüssel-Modell", in dem die Handlungsfähigkeit grundsätzlich nicht betroffen ist – mit der Folge, dass sowohl der Beistand oder die Beiständin wie die verbeiständete Person z. B. von der Bank Geld abheben können. Es soll aber die Möglichkeit bestehen, der betroffenen Person zu ihrem Schutz die faktische Verfügungsmöglichkeit über Vermögenswerte zu entziehen, allerdings nur unter einschränkenden Voraussetzungen. Zum einen tritt der Entzug nicht automatisch ein, sondern bedarf des Entscheids der Erwachsenenschutzbehörde. Zum andern bezieht sich die Einschränkung auf "einzelne Vermögenswerte", etwa auf bestimmte Gelder und Konten, die im Anordnungsbeschluss eigens aufzuführen sind. Der Inhalt der Beschränkung wird als Entzug des "Zugriffs" umschrieben. Da die betroffene Person kraft ihrer Handlungsfähigkeit über Vermögenswerte verfügen kann, geht es vorliegend um ein rechtlich geschütztes Faktum, das man etwa auch mit dem Begriff der "Kontosperre" umschreibt. Damit wird kein Sondervermögen begründet, weil die dem Zugriff entzogenen Vermögenswerte nicht der Haftung für Verbindlichkeiten entzogen sind.

Die mit der Durchführung des Erwachsenenschutzes betrauten Personen orientieren Drittpersonen über das Vorliegen einer Massnahme, soweit dies zur gehörigen Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben erforderlich ist (Art. 448 Abs. 2). Untersagt die Erwachsenenschutzbehörde der verbeiständeten Person, über ein Grundstück zu verfügen, so lässt sie dies im Grundbuch anmerken (Abs. 4).

Mitwirkungsbeistandschaft

(Art. 383)

Das geltende Recht kennt eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit in der Form der Mitwirkungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 1 ZGB). Die Ziffern 1–9 von Artikel 395 Absatz 1 ZGB enthalten eine zwingende und abschliessende Aufzählung der mitwirkungsbedürftigen Geschäfte. Dies bedeutet, dass eine Mitwirkung nur entweder in allen neun Fällen oder aber in keinem angeordnet werden kann. Die Mitwirkung des Beirats ist notwendig, damit ein der Mitwirkung unterliegendes Geschäft der verbeirateten Person gültig wird. "Mitwirkung" bedeutet somit Zustimmung zum fraglichen Geschäft; handelndes Subjekt ist die verbeiratete Person. Die Zustimmung des Beirats kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein; sie kann im voraus als Ein-

willigung erfolgen oder als nachträgliche Genehmigung erscheinen. Der Mitwirkungsbeirat ist nicht gesetzlicher Vertreter, denn im Unterschied zum gesetzlichen Vertreter der unmündigen und entmündigten Person kann er nicht vertretend für die verbeiratete Person handeln, vielmehr muss diese selber handeln.

Die Mitwirkungsbeistandschaft nach Artikel 383 lehnt sich eng an das geltende Recht an (Art. 395 Abs. 1 ZGB). Im Unterschied dazu bezieht sich aber die Mitwirkung nicht auf einen gesetzlich festgelegten, unabänderlichen Katalog von Geschäften, sondern erfolgt einzig nach Massgabe der jeweiligen Schutzbedürftigkeit. Im Bereich der höchstpersönlichen Rechte kann indessen keine Mitwirkung angeordnet werden.

Nur, aber eben "bestimmte" von der Erwachsenenschutzbehörde zu umschreibende Handlungen der betroffenen Person bedürfen der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin (Abs. 1). Selbst bei den in Artikel 404 Absatz 1 aufgezählten Geschäften ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde nicht nötig; einziges zusätzliches Gültigkeitserfordernis ist die Zustimmung des Beistands oder der Beiständin. Wie im geltenden Recht ist die Mitwirkung nur denkbar, wenn die verbeiständete Person für den betroffenen Bereich urteilsfähig ist. Der Beistand oder die Beiständin kann die fehlende Urteilsfähigkeit dieser Person nicht durch eigenes Handeln ersetzen.

Anders als bei der Vertretungsbeistandschaft wird begriffsnotwendig durch die jeweiligen Kompetenzen des Mitwirkungsbeistands oder der Mitwirkungsbeiständin die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen entsprechend eingeschränkt (Abs. 2), weil die verbeiständete Person nicht allein handeln kann. Fehlt die erforderliche Mitwirkung des Beistands oder der Beiständin, so richten sich die Rechtsfolgen analog nach Artikel 19a Absatz 2 und Artikel 19b VE ZGB.

Umfassende Beistandschaft

(Art. 384)

Die umfassende Beistandschaft setzt voraus, dass die betroffene Person "besonders ausgeprägt hilfsbedürftig ist", namentlich weil sie dauernd urteilsunfähig ist (Abs. 1). Dabei geht es insbesondere um schwer demenzkranke Menschen. Dauernd Urteilsunfähige sind nicht handlungsfähig (Art. 17 ZGB), so dass ihre Handlungsfähigkeit mit der Anordnung einer umfassenden Beistandschaft gar nicht erst entzogen werden muss und auch nicht mittelbar von Gesetzes wegen zu entfallen hat. Trotzdem wird die dauernde Urteilsunfähigkeit exemplarisch aufgeführt, um klarzustellen, dass die umfassende Beistandschaft wirklich nur als *ultima ratio* anzuordnen ist. Insbesondere ist diese Massnahme auch gegenüber Personen mit einer geistigen Behinderung lange nicht in jedem Fall notwendig oder sinnvoll; auch diese Menschen sind massgeschneidert zu schützen.

Die umfassende Beistandschaft hat demnach zwei Funktionen. Zum einen steht die Massnahme in Fällen zur Verfügung, in denen man es nicht verantworten kann, dass eine Person Rechtshandlungen vornimmt; ihre Handlungsfähigkeit soll bewusst entzogen werden. Zum andern geht es um Personen, die überhaupt nicht mehr handeln können, deren Handlungsfähigkeit demnach ohnehin nicht gegeben ist. Diese Unterscheidung braucht im Normtext nicht eigens präzisiert zu werden.

Als Rechtsfolge einer umfassenden Beistandschaft sind theoretisch zwei Modelle denkbar, nämlich ein Entfallen der Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen oder ein formeller Entzug der Handlungsfähigkeit im Bedarfsfall. Die letztere Variante ist kaum

sinnvoll, weil einer dauernd urteilsunfähigen Person die Handlungsfähigkeit ohnehin nicht eigens entzogen zu werden braucht und weil ein Entzug der Handlungsfähigkeit infolge behördlicher Anordnung von Fall zu Fall stigmatisierender ist als eine Wirkung *ex lege*. Der Vorentwurf sieht daher vor, dass die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen entfällt (Abs. 2), allerdings unter Vorbehalt der höchstpersönlichen Rechte (Art. 19c VE ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde hat – im Unterschied zur Vertretungsbeistandschaft – keine Möglichkeit, die Handlungsfähigkeit zu belassen. Im Übrigen bezieht sich die umfassende Beistandschaft auf alle Angelegenheiten der Personensorge und der Vermögenssorge (Abs. 1, erster Teilsatz); sie kann auch nicht mit einer anderen Beistandschaft kombiniert werden (Art. 378 Abs. 2 *e contrario*).

2.2.2.4 Ende der Beistandschaft

(Art. 385)

Die Beistandschaft endet von Gesetzes wegen mit dem Tod der betroffenen, d. h. der verbeiständeten Person (Abs. 1 Ziff. 1). Stirbt eine bevormundete Person, so obliegt, wenn keine andere Anordnung getroffen wird, die Erbschaftsverwaltung nach geltendem Recht dem Vormund (Art. 554 Abs. 3 ZGB); der Vormund wird allerdings nicht automatisch Erbschaftsverwalter, sondern erst durch behördliche Verfügung. Diese Bestimmung soll auf sämtliche Beistände und Beiständinnen, die Vermögen verwalten, ausgedehnt werden (Art. 554 Abs. 3 VE ZGB). Wie bisher setzt die Tätigkeit als Erbschaftsverwalter oder Erbschaftsverwalterin aber voraus, dass die zuständige Behörde eine Erbschaftsverwaltung angeordnet und den Beistand oder die Beiständin dafür eingesetzt hat. Artikel 554 Absatz 3 VE ZGB sieht somit keine automatische Ernennung des Beistands oder der Beiständin zum Erbschaftsverwalter oder zur Erbschaftsverwalterin vor, sondern enthält lediglich eine Anweisung an die Behörde, zu prüfen, ob für den Fall einer Erbschaftsverwaltung der Beistand oder die Beiständin die dafür geeignete Person wäre. Die Behörde ist aber auch frei, eine andere Person als Erbschaftsverwalter oder Erbschaftsverwalterin zu bezeichnen oder gar keine Erbschaftsverwaltung anzuordnen.

Die Beistandschaft endet sodann von Gesetzes wegen mit der Erledigung der bestimmten einzelnen Geschäfte, für die sie errichtet worden ist (Abs. 1 Ziff. 2). Die vorgeschlagene Lösung entspricht dem geltenden Recht (Art. 439 Abs. 1 ZGB). Wurde eine Beistandschaft im Hinblick auf die Erledigung eines bestimmten Geschäfts, z. B. die Vertretung in einer Erbteilung, errichtet, so endet die Massnahme mit der Geschäftserledigung, ohne dass die Beistandschaft formell aufgehoben werden müsste.

Eine grundlegende Maxime des Vormundschaftsrechts (vgl. Art. 433 Abs. 2 ZGB) und nunmehr auch des Erwachsenenschutzes (Abs. 2; vgl. auch Art. 401) verlangt, dass jede Beistandschaft aufzuheben bzw. durch eine andere geeignete Massnahme zu ersetzen ist, sobald kein Grund für die Fortdauer mehr besteht. Im Rahmen des Möglichen sollen sich behördliche Massnahmen jeweils durch deren sinnvolle Umsetzung mit der Zeit überflüssig machen (vgl. Art. 374 Abs. 2).

Mit der Aufhebung der Massnahme kann der Beistand oder die Beiständin nicht mehr amten. Er oder sie ist aber noch nicht entlassen, da noch der Schlussbericht und gegebenenfalls die Schlussrechnung einzureichen sind (Art. 414).

2.2.2.5 Der Beistand oder die Beiständin

Vorbemerkungen

Das geltende Recht enthält in den Artikeln 379–384 ZGB eine Reihe von Bestimmungen zur Person des Vormunds. Nach Artikel 367 Absatz 3 ZGB gelten diese Vorschriften auch für den Beistand und den Beirat. Die Artikel 386–390 ZGB regeln die Modalitäten bis zur rechtskräftigen Ernennung des Mandatsträgers bzw. der Mandatsträgerin bei Anfechtung oder Ablehnung der Wahl. Die Regelung der Entschädigung in Artikel 416 und 417 Absatz 2 ZGB gehört sachlich auch in diesen Kontext.

Diese Bestimmungen über die Bestellung des Vormunds widerspiegeln die Situation zu Beginn des 20. Jahrhunderts: Das Sozialwesen im Allgemeinen und die vormundschaftliche Hilfe im Besonderen waren zu Beginn des letzten Jahrhunderts weitgehend noch nicht professionalisiert. Zwar hat die Stadt Zürich bereits 1908 den ersten Amtsvormund für nichteheliche Kinder eingesetzt und die Vereinigung der Schweizerischen Amtsvormunde und Amtsvormundinnen wurde 1913 gegründet. Eine grössere Verbreitung der Amtsvormundschaften und der intensiviertere Einbezug ausgebildeter Fachpersonen erfolgte aber erst in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts. Die Gründe für diese Entwicklung sind namentlich die zunehmende Komplexität der vormundschaftlichen Aufgaben und die damit verbundenen Anforderungen an die Mandatsträgerinnen und Mandatsträger, die Entwicklung der professionellen Sozialarbeit durch die nach 1960 expandierenden Ausbildungsstätten für Soziale Arbeit sowie die Schwierigkeiten, genügend geeignete freiwillige Personen für diese Aufgaben zu finden. Heute werden schätzungsweise 2/3 der Mandate durch Fachkräfte von privaten und öffentlichen Sozialdiensten und von Amtsvormundschaften und ca. 1/3 durch Privatpersonen geführt.

Der Vorentwurf kommt mit der Hälfte der bisherigen Artikel aus. Folgende Leitideen sind massgebend:

- allgemeine und besondere Eignung als Voraussetzung für die Übernahme eines Mandats;
- grösstmögliche Selbstbestimmung durch ein Vorschlagsrecht und ein "beschränktes Ablehnungsrecht" der zu betreuenden Person;
- Abschwächung des "Vorrechts" von Verwandten;
- Festhalten an einer (abgeschwächten) Amtspflicht;
- Nebeneinander von professionellen und freiwilligen Mandatsträgern und Mandatsträgerinnen. Grundsätzlich persönliche Ausübung des Mandats.

Damit bleiben die Bestimmungen weitgehend in der Tradition des geltenden ZGB. Sie tragen aber den eingetretenen gesellschaftlichen Veränderungen und der Professionalisierung Rechnung.

Ernennung. Allgemeine Voraussetzungen

(Art. 386)

Absatz 1 umschreibt die erforderliche Eignung etwas ausführlicher als Artikel 379 ZGB. Wie bisher sollen ausschliesslich natürliche Personen als Mandatsträger oder Mandatsträgerinnen in Frage kommen, die über die persönliche und fachliche Eig-

nung für die vorgesehenen Aufgaben und ausserdem über die dafür erforderliche Zeit verfügen.

Die heutige Lehre unterscheidet zwischen der allgemeinen und der besonderen Eignung. Unter allgemeiner Eignung versteht man jene Voraussetzungen, ohne deren Vorhandensein eine Person für ein vormundschaftliches Amt nicht in Frage kommen kann, wie charakterliche Reife sowie eine körperliche, psychische und zeitliche Belastbarkeit. Die besondere Eignung meint jene Fähigkeiten, die erforderlich sind, um ein bestimmtes Mandat für eine bestimmte Person auszuüben.

Die neue Eignungsumschreibung ist stärker auf den konkreten Auftrag bezogen und trägt damit dem System der massgeschneiderten Massnahmen im Einzelfall Rechnung. Persönliche und fachliche Eignung meint eine umfassende Eignung im Sinne von Sozial-, Selbst- und Fachkompetenz. Die ausdrückliche Anforderung an die Person, die erforderliche Zeit für den jeweiligen Auftrag einsetzen zu können, rechtfertigt sich, weil die persönlichen und fachlichen Fähigkeiten allein nicht genügen, ein Mandat im wohlverstandenen Interesse der betreuten Person auszuüben, wenn dafür nicht die notwendige Zeit zur Verfügung steht. Dies gilt sowohl für vielbeschäftigte Berufsleute, die aus Gefälligkeit oder in Erfüllung einer Amtspflicht als private Mandatsträger oder Mandatsträgerinnen ein oder mehrere Mandate übernehmen, als auch für vollberuflich Tätige, denen eine zu grosse Zahl von Mandaten übertragen wird. Das Mandat ist grundsätzlich persönlich vom Beistand oder von der Beiständin auszuüben (Art. 387 Abs. 2).

Artikel 386 wird ergänzt durch Artikel 446 über die Aus- und Weiterbildung. Nach Absatz 3 dieser Bestimmung haben die Kantone namentlich dafür zu sorgen, dass eine genügende Zahl ausgebildeter Berufs- oder Fachbeistände oder Fachbeiständinnen (vgl. dazu Art. 387) zur Verfügung steht.

Die Mehrfachbeistandschaft im Sinne von Artikel 379 Absatz 2 ZGB soll beibehalten werden, obwohl das Institut in der Praxis nur eine geringe Bedeutung erlangt hat. Es ist auch mit dem neuen Massnahmensystem sinnvoll, erlaubt es doch nicht nur, dass mehrere Personen eine Beistandschaft gemeinsam ausüben, sondern insbesondere, inhaltlich verschiedene Aufgaben eines Mandats, z. B. persönliche Betreuung und Vermögensverwaltung, auf zwei oder mehr Personen mit der je spezifischen Eignung zu verteilen. Solche Aufgabenteilungen können sowohl zwischen zwei privaten als auch zwischen einem privaten und einem professionellen Mandatsträger bzw. zwischen zwei professionellen Mandatsträgern mit unterschiedlicher Fachkompetenz zweckmässig sein. Falls eine Aufgabenteilung vorgenommen wird, muss die Erwachsenenschutzbehörde aus Gründen der Klarheit und Verantwortlichkeit die Zuständigkeitsbereiche genau bezeichnen (Art. 389 Abs. 1).

Absatz 3 statuiert die Pflicht zur Übernahme eines Mandats und entspricht dem bisherigen Artikel 382 ZGB, jedoch ohne bestimmte Personenkreise zu bezeichnen. Die Liste von Ablehnungsgründen des geltenden Rechts (Art. 383 ZGB) wird ersetzt durch die Generalklausel: "sofern nicht wichtige Gründe dagegen sprechen". Als wichtige Gründe kommen insbesondere persönliche Ablehnungsgründe in Frage, wie starke aktuelle oder bevorstehende berufliche oder familiäre Belastungen oder bereits übernommene öffentliche Aufgaben, so dass die Übernahme eines Mandats nicht mehr zumutbar ist.

Die Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft bringt zum Ausdruck, dass im Bereich des Erwachsenenschutzes auch unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen Solidarität kein leeres Wort sein darf. Dennoch liegt es weder im Interesse der zu betreuenden Person noch der mit Mandaten des Erwachsenenschutzrechts beauf-

tragten Personen, jemanden lediglich unter Berufung auf diese gesetzliche Amtspflicht eine Beistandschaft zu übertragen. Es müssen vielmehr Anreize geschaffen und geeignete Qualitätssicherungsmaßnahmen getroffen werden, wenn auch in Zukunft freiwillige, nicht berufliche Mandatsträger oder Mandatsträgerinnen neben beruflich tätigen Fachleuten Betreuungsaufgaben im Rahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts erfüllen sollen. Dazu gehören eine sorgfältige Rekrutierung mit entsprechender Abklärung der allgemeinen und besonderen Eignung, eine allgemeine Schulung, möglichst vor Übernahme des ersten Mandates (Art. 446), eine adäquate, mandatsbezogene Instruktion sowie Beratung und Unterstützung während der Mandatsführung (Art. 445) und schliesslich eine angemessene Entschädigung (Art. 392).

Privat-, Fach- oder Berufsbeistand

(Art. 387)

Nach Absatz 1 kann eine Privatperson (Privatbeistand/Privatbeiständin), eine Fachperson eines privaten oder öffentlichen Sozialdienstes (Fachbeistand/Fachbeiständin) oder ein Berufsbeistand bzw. eine Berufsbeiständin ernannt werden. Diese drei Kategorien widerspiegeln die heutige Situation: Privatbeistände oder Privatbeiständinnen sind Ehegatten, Eltern und andere Angehörige und Bekannte sowie Bürgerinnen und Bürger, die freiwillig oder aufgrund der Amtspflicht einzelne Mandate führen.

Fachbeistände und Fachbeiständinnen sind Fachleute von privaten oder öffentlichen Sozialdiensten, die neben anderen Aufgaben auch Mandate des Erwachsenenschutzes übernehmen. Dies ist bereits heute der Fall in kommunalen und regionalen polyvalenten Sozialdiensten sowie in privaten Sozialdiensten, namentlich der Pro Senectute.

Der Berufsbeistand oder die Berufsbeiständin schliesslich entspricht dem heutigen Amtsvormund, der – wenn nicht ausschliesslich so doch vorwiegend – vormundschaftliche Mandate für alle Altersgruppen oder je nach Organisation nur für Kinder und Jugendliche oder nur für Erwachsene führt.

Der Vorentwurf verzichtet bewusst auf eine Hierarchisierung der verschiedenen Gruppen von Mandatsträgern oder Mandatsträgerinnen. Hauptkriterium für die Bestellung einer Person bildet die Eignung. Ob eher geeignete Privatpersonen, Fachpersonen oder Berufsbeistände oder Berufsbeiständinnen eingesetzt werden, hängt von den verfügbaren personellen Ressourcen und der jeweiligen Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes ab. Dass auch in Zukunft Privatpersonen mit der Mandatsführung beauftragt werden sollen, ist in Lehre und Praxis unbestritten. Dadurch wird geeigneten Personen nicht nur eine Möglichkeit zu sinnvoller sozialer Tätigkeit geboten, sondern es trägt auch dazu bei, dass soziales Verantwortungsbewusstsein, Verständnis und Rücksicht für sozial Schwache in der Bevölkerung erhalten bleiben. Gleichzeitig wird verhindert, dass jede mitmenschliche Hilfe an Institutionen und professionelle Helfer und Helferinnen delegiert wird. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass angesichts der Komplexität vieler Betreuungsaufgaben der Einsatz von Privatpersonen beschränkt bleibt, selbst wenn diese gut auf ihre Aufgabe vorbereitet und während der Ausübung ihres Amtes begleitet werden. Insbesondere Mandate für Suchtkranke, für schwer Psychischkranke, für Personen, die gegen die Betreuung aktiven Widerstand leisten oder in massive verwandtschaftliche Konflikte verwickelt sind, sowie Kindesschutzmassnahmen sind professionellen Fachkräften zu übertragen.

Absatz 2 verpflichtet den Beistand und die Beiständin, die übertragenen Aufgaben grundsätzlich persönlich wahrzunehmen. Dies schliesst nicht aus, dass Teilaufgaben delegiert werden, z. B. Teile der Vermögensverwaltung oder persönliche Betreuung, wie dies ja faktisch der Fall ist, wenn eine betreute Person in einer stationären Einrichtung lebt. Die Verantwortung für das Wohlergehen der Person und die fachgerechte Vermögensverwaltung liegt jedoch beim Beistand oder der Beiständin. Die Formulierung richtet sich namentlich gegen das Institut des *tuteur général*, der Hunderte oder gar Tausende von Mandaten führt, ohne je einen persönlichen Kontakt mit der betreuten Person zu pflegen, weil der gesamte Auftrag an "Hilfspersonen" delegiert wird. Dieses Modell ist unbefriedigend, auch wenn die "Hilfspersonen" ausgebildete Fachleute sind; diese haben keine Entscheidungsbefugnisse und die Klienten oder Klientinnen sind von einer "Autorität" im Hintergrund abhängig, die für sie nicht fassbar ist.

Nach Absatz 3 dürfen Mitglieder der Erwachsenenschutzbehörde und ihre Hilfspersonen nicht als Beistand oder Beiständin ernannt werden. Das geltende Recht lässt dies in Ausnahmefällen zwar zu, wenn keine anderen tauglichen Personen vorhanden sind (Art. 384 Ziff. 4 ZGB). Lehre und Praxis sind sich aber einig, dass sich die Funktionen Mandatsträger bzw. Mandatsträgerin und Behördenmitglied gegenseitig ausschliessen, denn die Behörde setzt den Beistand und die Beiständin ein (Art. 386), überwacht sie, nimmt Bericht und Rechnungsablage entgegen (Art. 403), wirkt bei verschiedenen Geschäften mit (Art. 404 f.) und ist Beschwerdeinstanz für Beschwerden, die Handlungen oder Unterlassungen des Beistands oder der Beiständin betreffen (Art. 407).

Wünsche der zu verbeiständenden oder der nahe stehenden Personen

(Art. 388)

Die Absätze 1 und 2 übernehmen den Grundgedanken von Artikel 381 ZGB. Die Berücksichtigung der Wünsche der zu verbeiständenden Person, ihrer Familie oder anderer ihr nahe stehender Personen ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts (Art. 374 Abs. 2) und trägt der Tatsache Rechnung, dass das erforderliche Vertrauensverhältnis für eine erfolgreiche Betreuung eher entsteht, wenn die zu verbeiständende Person den Beistand oder die Beiständin selber bezeichnen kann. Die Wünsche der Familie oder anderer nahe stehender Personen sind von Bedeutung, wenn sich die zu verbeiständende Person nicht selber äussert oder äussern kann oder wenn sie eine nicht geeignete Person vorschlägt und dank der Kenntnis des Umfeldes durch die Familie eine geeignete Person zu finden ist. In beiden Fällen bildet die mangelnde Eignung der vorgeschlagenen Person und deren fehlende Bereitschaft, das Amt zu übernehmen, die Schranke dieses Vorschlagsrechts. Eine Ablehnung des Amtes durch die vorgeschlagene Person ist allerdings nur aus wichtigen Gründen im Sinne von Artikel 386 Absatz 3 möglich.

Auch Absatz 3 trägt dem Selbstbestimmungsrecht Rechnung, indem die zu verbeiständende Person eine bestimmte Person als Beistand oder Beiständin ablehnen kann und diesem Wunsch, soweit tunlich, entsprochen werden muss. Freilich darf durch wiederholte Ablehnung einer designierten Person nicht die Massnahme vereitelt werden; deshalb gilt das Ablehnungsrecht nicht absolut.

Übernahme des Amtes durch mehrere Personen oder die Eltern

(Art. 389)

Absatz 1 bildet eine klärende Ergänzung zur Mehrfachbeistandschaft nach Artikel 386 Absatz 2, indem die Erwachsenenschutzbehörde festzulegen hat, ob das Amt gemeinsam ausgeübt wird oder ob Zuständigkeitsbereiche ausgeschieden werden.

Absatz 2 räumt den Eltern eine Sonderstellung ein, indem sie die Beistandschaft in der Regel gemeinsam ausüben, wie dies auch bei der elterlichen Sorge der Fall ist. Die Erwachsenenschutzbehörde hat aber von Amtes wegen zu prüfen, ob die Eltern in der Lage sind, das Amt gemeinsam auszuüben. Beziehungskonflikte unter den Eltern oder zwischen einem Elternteil und der verbeiständeten Person sowie mangelnde Eignung eines Elternteils können dem entgegenstehen.

Anfechtung

(Art. 390)

Die Absätze 1 und 2 übernehmen inhaltlich praktisch das geltende Recht (Art. 388 Abs. 1 und 2 ZGB). Der Vorentwurf hält insbesondere daran fest, dass die Anfechtung bei der Erwachsenenschutzbehörde zu erfolgen hat, die eine andere Person ernennt, falls die Anfechtung begründet ist. Dieser Lösung ist aus Praktikabilitätsgründen der Vorzug zu geben gegenüber einer übergeordneten Beschwerdeinstanz. Diese kommt, wie heute, lediglich zum Zug, wenn die Erwachsenenschutzbehörde auf die Anfechtung nicht eintritt oder sie als unbegründet ablehnt.

Absatz 3 entspricht weitgehend dem geltenden Artikel 389 ZGB, allerdings mit dem bedeutsamen Unterschied, dass die Erwachsenenschutzbehörde der Anfechtung aufschiebende Wirkung erteilen kann, dann aber für die Dauer des Verfahrens nötigenfalls einen anderen Beistand oder eine andere Beiständin ernennen muss, damit nicht die unbefriedigende Situation eintritt, dass die erforderliche Betreuung oder die Vermögensverwaltung trotz rechtskräftiger Massnahme nicht erfolgt.

Verhinderung und Interessenkollision

(Art. 391)

Absatz 1 regelt die beiden im geltenden Recht durch die Ziffern 2 und 3 von Artikel 392 ZGB abgedeckten Situationen. Der Begriff des Ersatzbeistands dient der Abgrenzung gegenüber der "ordentlichen" Vertretungsbeistandschaft nach Artikel 381 f.

Absatz 2 bietet zusätzlichen Schutz vor unrechtmässiger Vertretung für den Fall, dass die Interessenkollision erst nachträglich festgestellt wird oder dass die Behörde trotz Kenntnis der Interessenkollision nicht oder zu spät handelt. Die Befugnisse des Beistands oder der Beiständin entfallen von Gesetzes wegen für die Angelegenheit, in der widersprechende Interessen bestehen.

Im Kindesrecht soll in Artikel 306 VE ZGB eine parallele Norm zu Artikel 391 aufgenommen werden, wenn die Inhaber der elterlichen Sorge verhindert sind oder eine Interessenkollision besteht.

Entschädigung und Spesen

(Art. 392)

Artikel 416 ZGB regelt die Entschädigung für Mandatsträgerinnen und -träger unvollständig und unbefriedigend. Danach wird diese aus dem Vermögen des Bevormundeten entrichtet und von der Vormundschaftsbehörde nach Aufwand und nach dem Ertrag des Vermögens festgesetzt. Die Entschädigung des Beistands richtet sich formell nach Artikel 417 Absatz 2 ZGB. Nicht geregelt ist die Entschädigung für die persönliche Betreuung und für den Fall, dass kein Vermögen vorhanden ist. Die herrschende Lehre ist sich aber einig, dass die gesamte Tätigkeit des Vormunds zu entschädigen ist. Die Lücken wurden teilweise auch durch kantonales Recht gefüllt, wobei die übliche föderalistische Vielfalt von Lösungen anzutreffen ist. Verbreitet sind Pauschalentschädigungen in unterschiedlicher Höhe für den zeitlichen Aufwand; Barauslagen werden in der Regel nach Abrechnung vergütet. Neuere Verordnungen, z. B. des Kantons Luzern, legen aber auch Stundenansätze fest. Der Vorentwurf sieht weiterhin vor, dass die Kantone Ausführungsbestimmungen erlassen (Abs. 4).

Die vorgeschlagene Lösung unterscheidet zwischen der Frage der Entschädigung (Abs. 1 und 2) und der Frage, wer für die Entschädigung aufkommen muss (Abs. 3). Da es sich bei der Beistandschaft um die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe handelt, soll zunächst einmal für die Entschädigung der Mandatsträger oder Mandatsträgerinnen das Gemeinwesen beansprucht werden. Es entspricht aber der Billigkeit, dass bei entsprechender Vermögenslage die verbeiständete Person ganz oder teilweise für diese Kosten, die rechtlich Unterhaltskosten darstellen, aufkommt. Es ist auch sachgerecht und zweckmässig, dass die Erwachsenenschutzbehörde die Entschädigung festlegt und aus Mitteln des Gemeinwesens ausbezahlt, unabhängig davon, was dem Vermögen der verbeiständeten Person belastet werden kann.

Nach Absatz 1 haben der Beistand oder die Beiständin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen. Handelt es sich um einen Berufsbeistand oder eine Berufsbeiständin, die einen fixen Lohn erhalten, so fliesst eine allfällig aus dem Vermögen der verbeiständeten Person zu bezahlende Entschädigung in die Staatskasse.

Bei der Bemessung der Entschädigung sollen Aufwand und Komplexität der Aufgabe berücksichtigt werden. Massgebend ist dabei der von der Behörde im Massnahmeentscheid erteilte Auftrag, wobei Leistungen, die der Beistand oder die Beiständin der verbeiständeten Person auf Grund eines von dieser erteilten Auftrags erbringt, mitberücksichtigt werden können, wenn dies angemessen erscheint. Angemessen sind solche Leistungen insbesondere, wenn sie sich aus dem von der Behörde formulierten Auftrag ableiten lassen, also dem Zweck der Massnahme dienen, und wenn der Aufwand dafür verhältnismässig ist.

2.2.2.6 Die Führung der Beistandschaft

Vorbemerkung

Das geltende Recht enthält im Elften Titel zwei Abschnitte über das Amt des Vormunds und des Beistands (Art. 398–419 ZGB). Inhaltlich überwiegen Bestimmungen über die Vermögenssorge diejenigen zur persönlichen Fürsorge.

Der Vorentwurf kommt mit weniger als der Hälfte der bisherigen Artikel aus; dennoch enthalten die neuen Bestimmungen ein umfassendes Konzept für die professionelle Wahrnehmung sowohl von allgemeinen und umfassenden Betreuungs- und Vermö-

gensverwaltungsaufgaben als auch von punktuellen und speziellen Aufträgen. Die ersten drei Artikel regeln Rechte und Pflichten des Beistands oder der Beiständin bei der Übernahme des Amtes (Art. 393) und in Bezug auf die Gestaltung der Beziehung zur Klientin oder zum Klienten (Art. 394) sowie die Rechtsstellung der verbeiständeten Person (Art. 395). Vier weitere Artikel (Art. 396–399) sind der Vermögensverwaltung gewidmet. Die Artikel 400–402 schliesslich legen das Mass der Sorgfaltpflicht fest und verpflichten die Beiständin oder den Beistand, Änderungen in den Verhältnissen unverzüglich der Erwachsenenschutzbehörde mitzuteilen und dieser regelmässig Bericht über die Ausübung der Beistandschaft und die Lage der verbeiständeten Person zu erstatten.

Übernahme des Amtes

(Art. 393)

Im Gegensatz zum geltenden Recht, das sich in den ersten sieben Artikeln (Art. 398–404 ZGB) ausschliesslich mit dem Vermögen befasst, hat der neue Artikel 393 einen allgemeineren Inhalt: Der Beistand oder die Beiständin hat sich die zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben nötigen Kenntnisse zu verschaffen und persönlich mit der betreuten Person Kontakt aufzunehmen (Abs. 1). Darin kommt die grössere Gewichtung der persönlichen Betreuung im neuen Recht zum Ausdruck.

Absatz 2 statuiert die Inventarpflicht für den Fall, dass die Vermögensverwaltung zur Aufgabe des Beistands oder der Beiständin gehört. Wie im geltenden Recht (Art. 398 Abs. 1 ZGB) hat die Inventaraufnahme in Zusammenarbeit mit der Erwachsenenschutzbehörde zu erfolgen. Nach dem Vorbild von Artikel 398 Absatz 3 ZGB kann die Erwachsenenschutzbehörde auch die Aufnahme eines öffentlichen Inventars anordnen, wenn die Umstände dies rechtfertigen (Abs. 3). Solche Umstände liegen insbesondere vor, wenn die Vermögensverhältnisse unklar sind.

Absatz 4 verpflichtet Drittpersonen, alle für die Inventarisierung erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die Auskünfte sind grundsätzlich unentgeltlich.

Verhältnis zur verbeiständeten Person

(Art. 394)

Diese Bestimmung enthält die zentralen Leitlinien für das Handeln des Beistands oder der Beiständin:

- Als unabdingbare Voraussetzung für ein erfolgreiches Wirken ist ein Vertrauensverhältnis mit der verbeiständeten Person anzustreben (Abs. 1). Ob ein solches zustande kommt, hängt freilich nicht nur vom Beistand oder von der Beiständin und seinen bzw. ihren menschlichen und fachlichen Fähigkeiten ab, sondern auch von der verbeiständeten Person.
- Die Interessen der verbeiständeten Person (im geltenden Recht spricht man vom "Mündelwohl") stehen im Zentrum aller Bemühungen. Der Beistand oder die Beiständin wird zudem – in Konkretisierung von Artikel 374 Absatz 2 – verpflichtet, bei der Amtsausübung soweit tunlich auf die Meinung der verbeiständeten Person Rücksicht zu nehmen und deren Willen zu achten, das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (Abs. 2).

- Schliesslich hat der Beistand oder die Beiständin dazu beizutragen, den Schwächezustand zu lindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten (Abs. 3).

Diese Leitlinien entsprechen den Grundsätzen moderner professioneller Sozialarbeit.

Eigenes Handeln der verbeiständeten Person

(Art. 395)

Diese Bestimmung hat keinen eigenständigen Inhalt, sondern wiederholt im Interesse der Transparenz nur, was sich aus den Artikeln 19–19c VE ZGB ergibt: Auch wenn einer Person durch die Anordnung einer umfassenden Beistandschaft die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist (Art. 384 Abs. 2), kann sie, sofern sie urteilsfähig ist, höchstpersönliche Rechte selbstständig ausüben und in dem vom Personenrecht vorgegebenen Rahmen Rechte und Pflichten begründen.

Vermögensverwaltung. Aufgaben

(Art. 396)

Dieser Grundsatzartikel sieht für den Fall der Vermögensverwaltung neben der allgemeinen Pflicht, Vermögenswerte sorgfältig zu verwalten, eine generelle Befugnis zum Abschluss von Rechtsgeschäften vor, die mit der Verwaltung zusammenhängen (Abs. 1; vgl. Art. 413 Abs. 1 ZGB). Zudem führt er drei wichtige Befugnisse auf, die dem Beistand oder der Beiständin diesfalls zustehen (Abs. 2). Dabei ist namentlich die Befugnis, die verbeiständete Person nötigenfalls für die laufenden Bedürfnisse zu vertreten, von praktischer Bedeutung. Diese Bestimmung ist Artikel 166 Absatz 1 ZGB nachgebildet und erlaubt dem Beistand oder der Beiständin, Rechtsgeschäfte für den üblichen und alltäglichen Unterhaltsbedarf der verbeiständeten Person abzuschliessen und das verwaltete Vermögen anzuzehren, sofern dies nötig wird. Artikel 396 ist auf die Vermögensverwaltung nach Artikel 382 ausgerichtet, findet aber sinngemäss auch Anwendung auf andere Beistandschaften, die der Sache nach die Verwaltung von Vermögen einschliessen.

Auf Bestimmungen über die Art der Vermögensanlage, wie sie das geltende Recht in den Artikeln 399–404 ZGB enthält, wird grundsätzlich verzichtet (vgl. aber Art. 399). Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts soll inskünftig der Bundesrat und nicht wie bisher der Kanton (Art. 425 Abs. 2 ZGB) Ausführungsbestimmungen über die Anlage und Aufbewahrung des Vermögens erlassen (Abs. 3).

Freie Beträge

(Art. 397)

Diese Bestimmung hängt damit zusammen, dass die Erwachsenenschutzbehörde ohne sonstige Einschränkung der Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person bei der Vermögensverwaltung den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen kann (vgl. Art. 382 Abs. 3). Im Sinne einer Konkretisierung des Selbstbestimmungsrechts und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit wird der Beistand oder die Beiständin verpflichtet, der verbeiständeten Person auf Verlangen oder unaufgefordert angemessene Beträge aus diesen Vermögenswerten zur freien Verfügung zu stellen (Abs. 1). Was angemessen ist, beurteilt sich insbesondere nach den Vermögensverhältnissen der verbeiständeten Person und danach, welche Vermögenswerte

in der Verwaltung oder dem Zugriffsbereich der verbeiständeten Person geblieben sind. Obwohl die Vorschrift primär auf die Vermögensverwaltung nach Artikel 382 Absatz 2 ausgerichtet ist, ist sie sinngemäss auch bei anderen Massnahmen anwendbar, welche die Verwaltung von Vermögen beinhalten.

Es ist naheliegend, dass sich Mandatsträger oder Mandatsträgerin und betreute Person in manchen Situationen über die Angemessenheit der Beträge nicht einigen können. Absatz 2 sieht deshalb vor, dass bei Uneinigkeit die Erwachsenenschutzbehörde über das Begehren der verbeiständeten Person entscheidet.

Rechnung

(Art. 398)

Absatz 1 entspricht Artikel 413 Absatz 2 ZGB. Absatz 1 von Artikel 413 ZGB hat in Artikel 396 Absatz 1 Eingang gefunden.

Absatz 2 konkretisiert Artikel 413 Absatz 3 ZGB. Die Erläuterung der Rechnung hat nach Massgabe der Einsichtsfähigkeit der verbeiständeten Person zu geschehen, wobei der Gesetzestext keine Einschränkung auf urteilsfähige betreute Personen mehr enthält. Der Beistand oder die Beiständin hat der betreuten Person ausserdem auf ihr Verlangen eine Kopie der Rechnung auszuhändigen. Durch die gewählte Formulierung soll vermieden werden, dass eine völlig urteilsunfähige Person eine Rechnungskopie erhält, die dann in falsche Hände geraten kann. Es liegt aber durchaus im Ermessen des Beistands oder der Beiständin, der verbeiständeten Person auch ohne ausdrückliches Verlangen eine Kopie der Rechnung zu übergeben. Die Bestimmung dient der Achtung der Persönlichkeit und der Transparenz.

Auch über die Rechnungsführung soll im Interesse der Rechtsvereinheitlichung inskünftig der Bundesrat und nicht wie bisher der Kanton (Art. 425 Abs. 2 ZGB) Ausführungsbestimmungen erlassen (Abs. 3).

Besondere Geschäfte

(Art. 399)

Absatz 1 entspricht dem bisherigen Artikel 408 ZGB und enthält eine abschliessende Aufzählung von für den Beistand oder die Beiständin "verbotenen Geschäften". Die Regelung gilt auch für die Inhaber der elterlichen Sorge (vgl. Art. 304 Abs. 3 VE ZGB).

Im Rahmen der Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 383) kann angeordnet werden, dass diese Geschäfte der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin unterliegen (Abs. 2). Damit kann den individuellen Verhältnissen und den jeweiligen Fähigkeiten der verbeiständeten Person optimal Rechnung getragen werden.

Absatz 3 ist die Nachfolgebestimmung zu Artikel 400 Absatz 2 und 404 Absatz 1 ZGB. Der Begriff "Vermögenswerte" umfasst auch Grundstücke. Der besondere Wert kann sowohl wirtschaftlicher wie affektiver Natur sein. Die Bedeutung des Vermögenswertes für die Familie ist nur beachtlich, wenn die Interessen der verbeiständeten Person nicht entgegenstehen.

Sorgfaltspflicht

(Art. 400)

Die Bestimmung verweist für die Sorgfaltspflicht von Beistand und Beiständin auf das Auftragsrecht (Art. 398 f. OR; vgl. auch Art. 327 ZGB über die elterliche Verantwortung). Die Haftung richtet sich jedoch nach den Artikeln 451 ff.

Änderung der Verhältnisse

(Art. 401)

Der Beistand oder die Beiständin informiert die Erwachsenenschutzbehörde unverzüglich über Umstände, die eine Änderung der Massnahme erfordern oder eine Aufhebung der Beistandschaft ermöglichen. Die Bestimmung unterstellt in Anlehnung an den geltenden Artikel 433 Absatz 2 ZGB die Pflicht der Behörde, gegebenenfalls entsprechend zu handeln (vgl. auch Art. 385 Abs. 3). Sie ergänzt und konkretisiert überdies Artikel 394 Absatz 3. Dies dient der Verwirklichung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismässigkeitsprinzips (Erforderlichkeit, Zwecktauglichkeit und schonender Eingriff).

Man trifft hier erneut auf eine hohe Übereinstimmung mit den Prinzipien professioneller Sozialarbeit, die Selbständigkeit, Selbstbestimmung und Eigenverantwortung soweit möglich erhalten und fördern will.

Berichterstattung

(Art. 402)

Das geltende Recht befasst sich in mehreren Bestimmungen (Art. 413 Abs. 2, 423–425, 451–453 ZGB) nur, aber immerhin, mit der Pflicht des Mandatsträgers oder der Mandatsträgerin zur Rechnungsablage im Fall der Vermögensverwaltung sowie mit den Mitwirkungspflichten der Vormundschaftsbehörde. Kantonale Erlasse (Einführungsgesetze zum ZGB, Verordnungen über das Vormundschaftswesen) enthalten oft auch Bestimmungen zur Berichterstattung über die persönliche Betreuung.

Der Vorentwurf unterscheidet bewusst zwischen Rechnungsablage (Art. 398) und Berichterstattung über die Ausübung der Beistandschaft und die Lage der verbeiständeten Person (Art. 402 Abs. 1). Damit wird die eigenständige Bedeutung der persönlichen Betreuung hervorgehoben. Auch hier hat der Beistand oder die Beiständin die verbeiständete Person, soweit tunlich, bei der Erstellung des Berichts beizuziehen und ihr auf Verlangen eine Kopie des Berichts auszuhändigen.

Die Berichterstattung über die Ausübung der Beistandschaft im Allgemeinen und über die Vermögensverwaltung und persönliche Betreuung im Besonderen dient einem doppelten Zweck: Als Rechenschaftsbericht ermöglicht sie der Erwachsenenschutzbehörde Kontrolle und Aufsicht über die Tätigkeit des Mandatsträgers oder der Mandatsträgerin (Art. 403). Als Standortbestimmung dient sie insbesondere der Überprüfung der Massnahme auf ihre Zwecktauglichkeit und Notwendigkeit (Art. 401). Möglichst zusammen mit der betreuten Person sollen eine Auswertung der vergangenen Betreuungsperiode vorgenommen und Ziele für die nächste Betreuungsperiode formuliert werden. Der Bericht hat Auskunft zu geben über Erfolge und Misserfolge in der Lebensführung der betreuten Person. Zudem hat er die Grenzen der Selbständigkeit und die daraus resultierende weitere Betreuungsbedürftigkeit zu dokumentieren. Wie ausführlich der Bericht sein muss, richtet sich nach Art und

Umfang des Auftrags. Je nachdem genügt ein kurzer summarischer Bericht oder ist eine ausführliche Schilderung der Entwicklung und des Zustands im Zeitpunkt der Berichterstattung notwendig. Eine ausführliche Berichterstattung ist angezeigt bei komplexer Problemsituation mit ungünstiger Prognose, vor allem dann, wenn weitergehende Massnahmen beantragt werden oder für später nicht ausgeschlossen werden können. Beschränkt sich die Beistandschaft auf eine einzelne Aufgabe, so ist lediglich ein Schlussbericht zu erstellen (Abs. 2).

2.2.2.7 Die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde

Prüfung der periodischen Berichte und Rechnungen

(Art. 403)

Diese Bestimmung formuliert Artikel 423 Absätze 1 und 2 ZGB neu, indem danach unterschieden wird, was die Erwachsenenschutzbehörde in Bezug auf die periodischen Berichte und die Rechnungen unternimmt: Sie prüft den Bericht und verlangt, wenn es ihr notwendig erscheint, dessen Ergänzung (Abs. 1). Zudem prüft sie die Rechnung und erteilt oder verweigert die Genehmigung; wenn nötig verlangt sie deren Berichtigung (Abs. 2). Im Übrigen trifft die Erwachsenenschutzbehörde nötigenfalls die Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der verbeiständeten Person angezeigt sind (Abs. 3).

Zustimmungsbedürftige Geschäfte von Gesetzes wegen

(Art. 404)

Diese Bestimmung ist den Artikeln 421 und 422 ZGB nachgebildet. Neu ist insbesondere, dass nicht mehr teilweise die Vormundschafts- und teilweise die Aufsichtsbehörde, sondern nur noch die Erwachsenenschutzbehörde ihre Zustimmung zu bestimmten Geschäften geben muss.

Die Bestimmung findet – entsprechend der geltenden Regelung der Mitwirkungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 1 ZGB) – keine Anwendung bei der Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 383). Diese Massnahme setzt immer voraus, dass die verbeiständete Person selber handelt, wenn auch mit Zustimmung des Beistands oder der Beiständin.

Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zu den in Absatz 1 aufgezählten Geschäften ist ferner nicht erforderlich, wenn die urteilsfähige verbeiständete Person ihr Einverständnis erteilt und ihre Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist (Abs. 2). Diese Regelung hat ihr Vorbild in Artikel 419 Absatz 2 ZGB, wonach der Beistand ausserordentliche Verwaltungshandlungen "nur auf Grund besonderer Ermächtigung vornehmen [darf], die ihm der Vertretene selbst oder, wenn dieser hierzu nicht fähig ist, die Vormundschaftsbehörde erteilt". Ausgangsfrage ist stets, ob die Erwachsenenschutzbehörde die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person im fraglichen Geschäftsbereich eingeschränkt hat oder nicht. Falls im letzteren Fall die verbeiständete Person nicht selber handelt, so hat der Beistand oder die Beiständin die Wahl, das Geschäft entweder mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde oder – gestützt auf die Vermutung der Urteilsfähigkeit – mit Zustimmung der verbeiständeten Person abzuschliessen.

Absatz 1 zählt die Geschäfte auf, für die der Beistand oder die Beiständin von Gesetzes wegen der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedarf (Ziff. 1–9), sofern diese Geschäfte in seinen oder ihren Kompetenzbereich fallen.

Der Ehevertrag (vgl. Art. 421 Ziff. 9 ZGB) wird in der Liste nicht mehr aufgeführt. Er setzt in jedem Fall voraus, dass ein Ehegatte urteilsfähig und mit dem Ehevertrag einverstanden ist (Art. 183 Abs. 1 ZGB). Die Zustimmung des Beistands oder der Beiständin (Art. 183 Abs. 2) sollte deshalb genügen. Ferner wird die Adoption nicht mehr ausdrücklich erwähnt (vgl. Art. 422 Ziff. 1 ZGB). Materiell gilt aber Artikel 266 Absatz 3 ZGB i. V. m. Artikel 265 Absatz 3 ZGB, wenn eine Person adoptiert wird, die unter umfassender Beistandschaft steht. Auch der seltene Fall des Erwerbs eines Bürgerrechts oder des Verzichts auf ein solches figuriert nicht mehr in der Liste (Art. 422 Ziff. 2 ZGB). Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt.

Artikel 412 ZGB gibt es im neuen Recht nicht mehr. Dementsprechend muss auch Ziffer 7 von Artikel 421 ZGB ersatzlos entfallen. Ist eine Person zum selbständigen Betrieb eines Berufes oder Gewerbes fähig, so ist eine allfällig notwendig werdende Beistandschaft entsprechend einzuschränken. Für Artikel 421 Ziffer 12 ZGB betreffend Verträge über die berufliche Ausbildung des Bevormundeten ist im Kontext des neuen Erwachsenenschutzes ebenfalls kein Raum mehr. Das Gleiche gilt im Lichte der neuen Wohnsitzbestimmungen (Art. 23^{bis}, 25 und 26 VE ZGB) für Ziffer 14 von Artikel 421 ZGB betreffend den Wohnsitz des Bevormundeten, der bloss Artikel 377 ZGB wiederholt.

Nach Absatz 1 bedarf der Beistand oder die Beiständin für folgende Geschäfte der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (dabei wird immer vorausgesetzt, dass der Aufgabenkreis des Beistands oder der Beiständin diesen Bereich überhaupt erfasst):

- "Liquidation des Haushalts, Kündigung des Vertrags über Räumlichkeiten, in denen die verbeiständete Person wohnt" (Ziff. 1). Angesichts der grossen Tragweite für die betroffene Person wird die Liquidation des Haushalts eigens erwähnt. Auch die Kündigung der Wohnung ist etwas sehr Einschneidendes, weshalb überstürztes Handeln zu verhindern ist.
- "Abschluss oder Kündigung eines Dauervertrags über die Unterbringung der verbeiständeten Person" (Ziff. 2). Solche Verträge prägen die Lebenssituation der verbeiständeten Person. Die Erwachsenenschutzbehörde soll deshalb auch zur Frage Stellung nehmen, ob ein Heim im konkreten Fall geeignet und nicht nur kostengünstig ist. In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass etwa demenzkranke Menschen von spezialisierten Einrichtungen in ein billiges Heim umplatziert werden, damit Kosten gespart werden können. Indes regelt die vorliegende Bestimmung nicht nur Dauerverträge mit einem Heim, sondern ganz allgemein Vereinbarungen "über die Unterbringung", womit auch die Unterbringung in einer Familie erfasst ist. Der Begriff "Dauervertrag" bringt zum Ausdruck, dass jedenfalls nicht eine kurzfristige Unterbringung angesprochen ist. Zudem geht es um eine rechtsgeschäftliche Befugnis und nicht um eine Aufenthaltsbestimmung oder eine fürsorgliche Unterbringung (Art. 416 ff.).
- "Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, wenn dafür eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist, sowie Erbverträge und Erbteilungsverträge" (Ziff. 3). Die Vorschrift entspricht Artikel 421 Ziffer 9 zweiter Teil und Artikel 422 Ziffer 5 ZGB. Unter "Erbvertrag" ist jener Erbvertrag zu verstehen, bei dem die verbeiständete Person nicht als Erblasserin auftritt, sondern vertreten durch den Bei-

stand oder die Beiständige Gegenkontrahentin ist. Für den Fall, dass die verbeiständete Person Erblasserin ist, siehe Artikel 468 Absatz 2 VE ZGB. Die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft unterliegt der Zustimmung, "wenn dafür eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist". Diese Formulierung trägt dem Umstand Rechnung, dass Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft (Art. 566 ZGB) erfolgen können, ohne dass eine Willenserklärung vorliegt.

- "Erwerb, Veräußerung, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken" (Ziff. 4, erster Satzteil). Diese Regelung entspricht Artikel 421 Ziffer 1 ZGB; der zu enge Wortlaut "Kauf, Verkauf" wird indes ersetzt durch "Erwerb, Veräußerung", womit z. B. auch der Tausch erfasst ist. Schenkungen sind ohnehin nach Artikel 399 Absatz 1 verboten.

Zustimmungsbedürftig sind sodann in Übereinstimmung mit Artikel 421 Ziffer 3 ZGB "Bauten, die über die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen hinausgehen" (Ziff. 4, zweiter Satzteil). Genau genommen bedarf nicht die Baute – so die deutsche Fassung –, sondern das Bauen der Zustimmung. Im vorliegenden Zusammenhang entspricht der Begriff der gewöhnlichen Verwaltungshandlung nach Artikel 647a ZGB.

Nach Artikel 404 Absatz 1 ZGB ist die Veräußerung von Grundstücken "nur in den Fällen zu gestatten, wo die Interessen des Bevormundeten es erfordern". Eine Regelung, wonach bei der Veräußerung eines Grundstücks eine erhöhte Sorgfalt walten zu lassen ist, hat auch im neuen Recht ihren Platz. Deshalb wird als Nachfolgebestimmung vorgeschlagen, dass Vermögenswerte, die für die verbeiständete Person oder für deren Familie einen besonderen Wert haben, wenn immer möglich nicht veräußert werden (Art. 399 Abs. 3). Hingegen ist eine Regelung betreffend die Art bzw. die Form der Veräußerung – Vorrang der öffentlichen Versteigerung gegenüber dem freihändigen Verkauf (Art. 404 Abs. 2 und 3 ZGB) – heute überholt.

- "Erwerb, Veräußerung und Verpfändung anderer Vermögenswerte sowie Errichtung einer Nutzniessung daran, wenn diese Geschäfte nicht unter die Führung der gewöhnlichen Verwaltung und Bewirtschaftung fallen" (Ziff. 5). Diese Regelung entspricht grundsätzlich dem geltenden Recht (Art. 421 Ziff. 2 ZGB). Ergänzend vorgeschlagen wird, auch die Nutzniessung anderer Vermögenswerte als dinglicher Rechte an Grundstücken von der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde abhängig zu machen, denn die Nutzniessung ist ebenso wichtig wie die Verpfändung. Entscheidend bleibt aber, dass die Errichtung der Nutzniessung nicht unter die Führung der gewöhnlichen Verwaltung und Bewirtschaftung fällt. Der Begriff der gewöhnlichen Verwaltung ist gleich ausulegen wie bei der Gütergemeinschaft (Art. 227 Abs. 2 ZGB).
- "Aufnahme und Gewährung von erheblichen Darlehen, Eingehung von wechselseitlichen Verbindlichkeiten" (Ziff. 6). Auch diese Bestimmung entspricht dem geltenden Recht (Art. 421 Ziff. 4 und 5 ZGB). Vorgeschlagen wird allerdings eine Änderung in Bezug auf die Höhe des Darlehens, denn das Zustimmungserfordernis soll nur für erhebliche Darlehen gelten. Besondere Probleme entstehen erst, wenn sich jemand in beträchtlichem Ausmass verschuldet. Denkbar ist indessen, dass z. B. eine Kreditkarte mit einer Kreditoption verbunden ist oder ein Bankkonto temporär überzogen wird. Es ginge sehr weit, wenn in jedem Fall die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde eingeholt werden müsste. Ob

ein Darlehen erheblich ist, bestimmt sich nach der finanziellen Lage der verbeiständeten Person.

- "Abschluss von Leibrenten- und Verpfändungsverträgen sowie Lebensversicherungen, soweit diese nicht im Rahmen der beruflichen Vorsorge mit einem Arbeitsvertrag zusammenhängen" (Ziff. 7). Der Leibgedingsvertrag (Art. 422 Ziff. 4 ZGB) wird nicht mehr erwähnt, weil er ein Verpfändungsvertrag nach Artikel 521 ff. OR ist.

Nach der vorgeschlagenen Regelung ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde dann nicht nötig, wenn der Lebensversicherungs- und Leibrentenvertrag dem Freizügigkeitsgesetz (Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, FZG; SR 831.42) untersteht und zudem im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis steht. Vom Zustimmungserfordernis nicht erfasst werden somit alle Vorsorgeverträge der beruflichen Vorsorge der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, bei denen kein grosser Ermessensspielraum besteht. Es kommt nicht darauf an, ob es sich um eine obligatorische oder um eine überobligatorische Versicherung handelt. Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist aber in den Fällen erforderlich, in denen eine Vorsorgeeinrichtung eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin nicht der zweiten Säule untersteht, d. h. dass das FZG nicht anwendbar ist. Ebenfalls bedarf es der behördlichen Zustimmung, wenn es zwar um eine dem FZG unterstehende Vorsorge geht, diese aber nicht im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis steht. Vom Zustimmungserfordernis ist somit die berufliche Vorsorge der Selbständigerwerbenden nicht befreit.

- "Übernahme oder Liquidation eines Geschäfts, Eintritt in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung oder erheblicher Kapitalbeteiligung" (Ziff. 8). Diese Bestimmung entspricht Artikel 422 Ziffer 3 ZGB.
- "Erklärung der Zahlungsunfähigkeit, Prozessführung, Abschluss eines Vergleichs, eines Schiedsvertrags oder eines Nachlassvertrags, unter Vorbehalt vorläufiger Massnahmen des Beistands oder der Beiständin in dringenden Fällen" (Ziff. 9). Diese Regelung übernimmt Artikel 421 Ziffer 8 und 10 ZGB.

In Bezug auf die Frage, ob Verträge zwischen der verbeiständeten Person und ihrem Beistand oder ihrer Beiständin der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen, ist nach Absatz 3 zu unterscheiden: Grundsätzlich ist die Zustimmung erforderlich, und zwar unabhängig vom Typus der errichteten Beistandschaft und von den Kompetenzen des Beistands. In Abweichung vom geltenden Recht (vgl. Art. 422 Ziff. 7 ZGB) wird aber vorgeschlagen, dass keine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich ist, wenn die verbeiständete Person dem Beistand oder der Beiständin einen unentgeltlichen Auftrag erteilt. Die verbeiständete Person kann den Beistand oder die Beiständin z. B. mit der Begleichung periodischer Rechnungen oder mit der Besorgung anderer Geschäfte beauftragen. Dies wird gegebenenfalls die Erweiterung der Massnahme mittels Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft überflüssig machen. Die Ausnahme vom behördlichen Zustimmungserfordernis betrifft lediglich unentgeltliche Aufträge, mithin nicht entgeltliche Aufträge, aber auch nicht unentgeltliche andere Verträge.

Zustimmungsbedürftige Geschäfte auf Anordnung oder auf Antrag

(Art. 405)

Die Bestimmung ergänzt Artikel 404 und liegt auf der Linie eines massgeschneider-ten Massnahmerechts: Die Erwachsenenschutzbehörde kann aus wichtigen Gründen anordnen, dass ihr weitere Geschäfte zur Zustimmung unterbreitet werden (Abs. 1).

Nach Absatz 2 kann der Beistand oder die Beiständin Geschäfte von grosser Tragweite von sich aus der Erwachsenenschutzbehörde zur Zustimmung unterbreiten. "Unterbreiten" hat in diesem Zusammenhang anders als im Absatz 1 den Sinn, dass die Behörde nicht notwendigerweise zum Geschäft Stellung beziehen muss (im französischen Text steht in Absatz 1 "soumis" und nur in Absatz 2 "solliciter").

Fehlen der Zustimmung

(Art. 406)

Die Bestimmung enthält einen blossen Verweis: Ist ein Geschäft ohne die erforderliche Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde abgeschlossen worden, so ist für seine Wirkung die Bestimmung des Personenrechts über das Fehlen der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters massgebend. Diese Regelung ist der Sache nach identisch mit dem geltenden Artikel 424 ZGB. Wegen der Verlegung der Artikel 410 und 411 ZGB ins Personenrecht werden künftig die Artikel 19a und 19b VE ZGB anwendbar sein.

Beschwerde

(Art. 407)

Artikel 407 tritt an die Stelle des bisherigen Artikels 420 Absatz 1 ZGB. Nach dieser Bestimmung kann gegen die Handlungen des Vormunds bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde geführt werden. Absatz 2 von Artikel 420 ZGB sieht ferner vor, dass die Beschlüsse der Vormundschaftsbehörde an die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde weitergezogen werden können. Der Weiterzug der Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde wird inskünftig im geplanten Verfahrensgesetz geregelt werden (vgl. Art. 443 Abs. 3).

Anfechtungsgegenstand nach der vorgeschlagenen Regelung sind nicht nur Handlungen, sondern – über den Wortlaut, nicht aber die Praxis betreffend Artikel 420 Absatz 1 ZGB hinausgehend – auch Unterlassungen des Beistands oder der Beiständin. Die Anfechtung der Wahl des Beistands oder der Beiständin richtet sich nach Artikel 390. Spezielle Rechtsmittel bestehen sodann im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 430) und des Aufenthalts urteilsunfähiger Personen in Einrichtungen (Art. 440). Die Beschwerde nach Artikel 407 richtet sich gegen den Beistand oder die Beiständin. Folglich steht sie gegen Handlungen oder Unterlassungen der vorsorgebeauftragten Person im Zusammenhang mit eigener Vorsorge (Vorsorgeauftrag im Allgemeinen, Art. 360–369; Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen, Art. 370–372) nicht zur Verfügung.

Zur Beschwerde legitimiert ist in erster Linie die verbeiständete Person. Einzige Voraussetzung ist, dass sie urteilsfähig ist. Das Wort "urteilsfähig" des geltenden Rechts (Art. 420 Abs. 1 ZGB) wird aber im Gesetzestext gestrichen. Es versteht sich an sich von selbst, dass eine urteilsunfähige Person als solche keine Beschwerde einreichen kann. An die Urteilsfähigkeit dürfen indessen keine hohen Anforderungen gestellt

werden. Wer klar zum Ausdruck bringen kann, dass er mit einer bestimmten Handlung oder Unterlassung nicht einverstanden ist, darf im vorliegenden Rahmen als urteilsfähig angesehen werden.

Beschwerde führen kann auch eine "nahe stehende" Person, sofern sie Interessen der verbeiständeten Person wahren will. In Bezug auf die Frage, ob eine Person nahe stehend ist, sind nicht starre Regeln anwendbar; massgeblich ist vielmehr die Stärke der Verbundenheit, d. h. die Nähe der tatsächlichen Beziehung. Der Begriff der nahe stehenden Person wird bereits in Artikel 397d ZGB verwendet.

In Bezug auf die Legitimation Dritter zur erwachsenenschutzrechtlichen Beschwerde bedarf es eines "rechtlichen Interesses". Die Verfolgung bloss tatsächlicher Vorteile genügt wie bei der staatsrechtlichen Beschwerde nicht. Verschleudert jemand sein Vermögen und greift der Beistand oder die Beiständin im Rahmen der zustehenden Kompetenzen nicht ein, so ist die verwandtenunterstützungspflichtige Person (Art. 328 ZGB) aus eigenem rechtlichem Interesse beschwerdelegitimiert. Unerheblich sind indes erbrechtliche Interessen, denn vor dem Erbfall handelt es sich bloss um Anwartschaften ohne selbständige rechtliche Bedeutung.

Der Zweck der Beschwerde besteht darin, dass innert kurzer Zeit ein materiell möglichst richtiger Entscheid in einem möglichst einfachen Verfahren zustande kommt. Entsprechend dem geltenden Recht (Art. 420 Abs. 1 ZGB) ist die Beschwerde gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands oder der Beiständin nicht befristet. Sobald allerdings die Beschwerde keinen Sinn mehr macht, weil die Handlung nicht mehr zu korrigieren ist oder die Unterlassung nicht mehr gutgemacht werden kann, besteht auch keine Beschwerdemöglichkeit mehr, sofern es nicht um eine Grundsatzfrage geht, deren Klärung im Interesse der Praxis liegt. Was zeitlich nicht in den Rahmen der Beschwerde fällt, kann gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit Bedeutung erlangen.

Im Übrigen ist die Regelung des Verfahrens Gegenstand des geplanten Bundesgesetzes über das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.

2.2.2.8 Besondere Bestimmungen für Angehörige

Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.4)

Der Vorentwurf verzichtet auf das Institut der erstreckten elterlichen Sorge. Dafür räumt er nicht nur den Eltern, sondern auch weiteren Angehörigen, die das Amt des Beistands oder der Beiständin übernehmen, eine Sonderstellung ein. Dabei unterscheidet er zwei Gruppen, die Ehegatten und Eltern der verbeiständeten Person einerseits und Partner, Nachkommen und Geschwister andererseits. Die Sonderstellung beruht auf einer allgemeinen gesellschaftlichen Wertung dieser Beziehungen und berücksichtigt Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), der die Achtung des Privat- und Familienlebens garantiert. Zu betonen ist aber, dass weder der gesetzliche noch der durch die Behörde angeordnete Verzicht auf bestimmte Pflichten des Beistands oder der Beiständin die Erwachsenenschutzbehörde von ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht über die Mandatsträger oder Mandatsträgerinnen entbindet. Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 451 ff.) und damit die direkte Staatshaftung gelten auch für diese Mandatsverhältnisse.

Ehegatte und Eltern

(Art. 408)

Ehegatte und Eltern der betroffenen Person unterliegen als Beistand oder Beiständin grundsätzlich weder der Inventarpflicht noch der Pflicht zu periodischer Berichterstattung (Art. 402) und Rechnungsablage (Art. 398 Abs. 1, zweiter Satzteil) noch der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen (Art. 404). Damit haben Eltern, die als Beistand und Beiständin ihres volljährigen Kindes mit einer geistigen Behinderung eingesetzt werden, praktisch die gleiche Rechtsstellung, wie wenn ihnen unter geltendem Recht die erstreckte elterliche Sorge (Art. 385 Abs. 3 ZGB) eingeräumt worden ist.

Diese Bestimmung enthält einen besonderen Vertrauensbeweis für Ehegatten und Eltern, der auf der besonders nahen Beziehung und den damit verbundenen sittlichen und gesetzlichen Rechten und Pflichten beruht. Die Befreiung von den erwähnten Pflichten ist aber nicht zwingend; die Erwachsenenschutzbehörde kann im Einzelfall etwas Anderes anordnen und z. B. bei besonderen Vermögensverhältnissen dennoch einzelne oder alle Pflichten "aufleben" lassen. Dies empfiehlt sich namentlich, wenn an das Amt aufgrund der konkreten Verhältnisse sehr hohe Anforderungen gestellt werden, wenn die eingesetzte Person über wenig Erfahrung im ihr übertragenen Aufgabengebiet verfügt oder wenn die Beziehungsgeschichte und Beziehungsqualität zwischen Mandatsträger oder Mandatsträgerin und betreuter Person dies nahe legen. Die Anordnung einer oder aller dieser Pflichten kann allerdings nicht eine fehlende allgemeine oder besondere Eignung kompensieren.

Partner, Nachkommen und Geschwister

(Art. 409)

Für die in dieser Bestimmung aufgeführten Personen, d. h. für Partner, Nachkommen und Geschwister, gelten grundsätzlich die Inventar- und Rechenschaftspflichten sowie die Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, gleich wie für die übrigen Privat-, die Fach- und Berufsbeistände und -beiständinnen. Die Behörde kann sie jedoch, wenn dies angezeigt erscheint, ganz oder teilweise von diesen Pflichten entbinden.

Unter den Begriff Partner oder Partnerin fallen heterosexuelle und gleichgeschlechtliche Lebenspartner oder Lebenspartnerinnen, unabhängig davon, ob sie mit der verbeiständeten Person in Hausgemeinschaft leben oder nicht. Nach dem Inkrafttreten des geplanten Bundesgesetzes über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare wird für eingetragene Partnerinnen oder Partner die gleiche Regelung wie für Ehegatten gelten.

Die Befreiung von den erwähnten Pflichten sollte eher restriktiv gehandhabt werden; sie ist am ehesten vertretbar, wenn nur geringes Vermögen zu verwalten ist und die Verwaltung keine hohen Anforderungen stellt.

2.2.2.9 Das Ende des Amtes des Beistands oder der Beiständin

Von Gesetzes wegen

(Art. 410)

Die Bestimmung regelt, in welchem Zeitpunkt das Amt des Beistands oder der Beiständin automatisch ("von Gesetzes wegen") endet. Nach geltendem Recht legt die Behörde eine Amtsdauer fest, die durch einfache Bestätigung verlängert werden kann (Art. 415 Abs. 1 und 2 ZGB). Nach dem Vorentwurf endet das Amt des Beistands oder der Beiständin von Gesetzes wegen mit Ablauf einer von der Erwachsenenschutzbehörde festgelegten Amtsdauer, sofern keine Bestätigung im Amt erfolgt (Ziff. 1). Es steht somit im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde, den Beistand oder die Beiständin auf eine bestimmte Amtsdauer oder für unbestimmte Zeit einzusetzen. Wird die Amtsdauer befristet, soll sie durch einfache Bestätigung verlängert werden können. Mit dieser flexiblen Lösung lässt sich die Amtsdauer unter Berücksichtigung des Einzelfalles festlegen. Der Verzicht auf eine Amtsdauer dürfte insbesondere naheliegen, wenn Angehörige als Beistand oder Beiständin eingesetzt werden.

Das Amt des Beistands oder der Beiständin endet ferner von Gesetzes wegen mit dem Ende der Beistandschaft (Ziff. 2) sowie im Zeitpunkt, in dem der Beistand oder die Beiständin verbeiständet, urteilsunfähig wird oder stirbt (Ziff. 3).

Entlassung

Auf Begehren des Beistands oder der Beiständin

(Art. 411)

Zwischen der Aufhebung der Massnahme (Art. 385 Abs. 2) und der Entlassung des Beistands oder der Beiständin (Art. 411/412) ist klar zu unterscheiden. Die Entlassung ist ausschliesslich in der Person der Beistands oder der Beiständin begründet.

Der Beistand oder die Beiständin kann grundsätzlich frühestens nach vier Jahren Amtsdauer die Entlassung verlangen (Abs. 1). Die vorgeschlagene Lösung entspricht dem geltenden Recht (Art. 415 Abs. 3 ZGB). Vorher kann die Entlassung erfolgen, wenn der Beistand oder die Beiständin dafür wichtige Gründe geltend macht (Abs. 2). Amtsmüdigkeit für sich allein ist kein wichtiger Grund.

Übrige Fälle

(Art. 412)

Die Erwachsenenschutzbehörde entlässt den Beistand oder die Beiständin von Amtes wegen, wenn die Eignung zur Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben nicht mehr gewährleistet ist (Abs. 1 Ziff. 1) oder wenn ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vorliegt (Abs. 1 Ziff. 2). Wenn der Beistand oder die Beiständin nach Artikel 387 Absatz 3 nicht mehr wählbar ist, so liegt ein wichtiger Grund vor, der zur Entlassung führen muss.

Die Entlassung aus wichtigen Gründen kann auch von der verbeiständeten oder einer ihr nahe stehenden Person beantragt werden (Abs. 2).

Weiterführung der Geschäfte

(Art. 413)

Nach Artikel 444 ZGB muss der Vormund die notwendigen Geschäfte der Vormundschaft weiter führen, bis sein Nachfolger das Amt übernommen hat. Es ist von grosser praktischer Bedeutung, dass die gleiche Regelung auch im neuen Recht gilt. Artikel 413 verpflichtet deshalb den Beistand oder die Beiständin, Geschäfte, die nicht aufgeschoben werden können, so lange weiterzuführen, bis der Nachfolger oder die Nachfolgerin das Amt übernimmt, sofern die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes anordnet. Die Erwachsenenschutzbehörde muss auf jeden Fall eine andere Lösung treffen, wenn der bisherige Beistand oder die bisherige Beiständin zur Wahrung der Aufgaben nicht mehr geeignet ist (Art. 412 Abs. 1 Ziff. 2).

Schlussbericht und Schlussrechnung

(Art. 414)

Diese Bestimmung deckt sich weitgehend mit den Artikeln 451–453 ZGB. Endet das Amt, so erstattet der Beistand oder die Beiständin der Erwachsenenschutzbehörde den Schlussbericht; zudem ist "gegebenenfalls" die Schlussrechnung einzureichen (Abs. 1), was sich auf Fälle bezieht, in denen eine Beistandschaft mit Vermögensverwaltung angeordnet wurde. Einem säumigen Beistand oder einer säumigen Beiständin muss die Erwachsenenschutzbehörde eine Frist ansetzen, wenn nötig unter Androhung der strafrechtlichen Folgen bei Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB).

Die Erwachsenenschutzbehörde prüft und genehmigt den Schlussbericht und die Schlussrechnung wie die periodischen Berichte und Rechnungen (Abs. 2). Bei der Prüfung des Schlussberichts und der Schlussrechnung hat sie auch abzuklären, ob ein Verantwortlichkeitsfall vorliegt.

Unter Hinweis auf die Bestimmungen über die Geltendmachung der Verantwortlichkeit (Art. 451 ff.) stellt die Erwachsenenschutzbehörde die Schlussrechnung und den Schlussbericht der verbeiständeten Person oder deren Erben zu (Abs. 3). Fällt das Ende des Amtes nicht mit der Aufhebung der Massnahme zusammen, ist auch dem neuen Beistand oder der neuen Beiständin die Schlussrechnung und der Schlussbericht auszuhändigen.

Die Erwachsenenschutzbehörde teilt der verbeiständeten Person oder deren Erben und gegebenenfalls dem neuen Beistand oder der neuen Beiständin mit, ob sie den Amtsvorgänger oder die Amtsvorgängerin entlastet oder die Genehmigung der Schlussrechnung verweigert hat (Abs. 4). In Bezug auf die Genehmigung der Schlussrechnung braucht sich die Mitteilung bloss auf die Verweigerung und nicht auf die Erteilung zu beziehen, denn in der Entlastung des Beistands oder der Beiständin ist auch die Genehmigung der Schlussrechnung inbegriffen.

Vermögensübergabe

(Art. 415)

In Übereinstimmung mit Artikel 326 ZGB übergibt der Beistand oder die Beiständin die verwalteten Vermögenswerte der Person, deren Beistandschaft aufgehoben worden ist, deren Erben oder dem neuen Beistand oder der neuen Beiständin, wenn die

Amtszeit des bisherigen Beistands oder der bisherigen Beiständin zu Ende gegangen ist.

2.2.3 Die fürsorgerische Unterbringung

Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.6)

Das geltende ZGB spricht in Übernahme der Terminologie von Artikel 5 EMRK von der fürsorgerischen Freiheitsentziehung. Die Regelung erfasst aber auch Fälle, die nicht in den Anwendungsbereich der EMRK fallen. So hat der Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte mit Urteil vom 26.2.2002 i. S. H.M. c. Schweiz (zur Publikation vorgesehen) entschieden, dass die behördlich nach Artikel 397a ff. ZGB angeordnete Unterbringung einer alten, bettlägerigen Frau in einem Alters- und Pflegeheim wegen ungenügender Pflege und Betreuung zu Hause von Artikel 5 EMRK nicht erfasst werde. Es handle sich hier nicht um eine Freiheitsentziehung, sondern um eine sinnvolle fürsorgerische Massnahme. Man kann sich auch fragen, um welche Freiheit es eigentlich geht, wenn eine Massnahme ergriffen wird, um beispielsweise einer Person zu helfen, die von krankhaften Ängsten geplagt wird, die ihr Leben zerstören. Der Vorentwurf verwendet deshalb neu die Umschreibung "fürsorgerische Unterbringung" und betont damit das Positive der Hilfe. Damit grenzt sich die Massnahme auch vom Freiheitsentzug des Strafgesetzbuchs ab.

Da die Erwachsenenschutzbehörde inskünftig ein für alle Erwachsenenschutzmassnahmen zuständiges Fachgericht sein soll (Art. 443) und ein separates Bundesgesetz das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde regeln soll, kann das Zivilgesetzbuch von verschiedenen Verfahrensbestimmungen entlastet werden. Für die ärztliche Einweisung sind aber klare Verfahrensnormen im ZGB erforderlich (Art. 423).

Die Massnahme. Unterbringung zur Behandlung oder Betreuung

(Art. 416)

Nach Artikel 397a ZGB darf eine mündige oder entmündigte Person wegen Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, anderen Suchterkrankungen oder schwerer Verwahrlosung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden, wenn ihr die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann. Die Tatbestandsmerkmale, die nach dem neuen Artikel 416 für eine Unterbringung erfüllt sein müssen, lehnen sich materiell eng an das bisherige Recht an. Statt von Geistesschwäche und Geisteskrankheit wird aber – wie bei Artikel 377 – von geistiger Behinderung und von psychischer Störung gesprochen. Letztere erfasst auch die Suchtkrankheit (Drogen-, Medikamenten- und Alkoholmissbrauch; der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat i.S. Witold Litwa c. Polen [Rec. 2000-III, § 61] den Begriff der Alkoholsucht weit ausgelegt). Unter schwerer Verwahrlosung ist ein Zustand zu verstehen, bei dessen Vorliegen es der Menschenwürde der hilfsbedürftigen Person schlechthin widersprechen würde, ihr nicht die nötige Fürsorge in einer Einrichtung zukommen zu lassen. In der Praxis sind Einweisungen gestützt auf diesen Schwächezustand sehr selten, da oft auch die Voraussetzung der geistigen Behinderung oder der psychischen Störung erfüllt ist. Die Zurückbehaltung von freiwillig in eine Einrichtung eingetretenen Patientinnen und Patienten und die Einweisung zur Abklärung sollen inskünftig in separaten Artikeln geregelt und restriktiveren Voraussetzungen als bisher unterstellt werden (Art. 419 und 417).

Wie im bisherigen Recht genügt das Vorliegen eines Schwächezustands für sich allein für eine fürsorgerische Unterbringung noch nicht. Vielmehr darf diese Massnahme nur als *ultima ratio* in Frage kommen, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung auf andere Weise nicht erfolgen kann. Damit sollen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Zwecktauglichkeit auch im neuen Recht Eingang finden. Die fürsorgerische Unterbringung ist nur zulässig, wenn keine leichtere Massnahme der betroffenen Person genügenden Schutz bietet. Zudem muss das angestrebte Ziel mit der Massnahme erreicht werden können. Mit anderen Worten muss eine geeignete Einrichtung zur Verfügung stehen. Der Begriff der Einrichtung ist weit. Eine fürsorgerische Unterbringung liegt beispielsweise auch dann vor, wenn eine betagte Person, die sich in der eigenen Wohnung nicht mehr zurechtfindet, gegen ihren Willen auf behördliche Verfügung hin zur eigenen Tochter ziehen soll.

Sind die Unterbringungs Voraussetzungen erfüllt, so hat die Erwachsenenschutzbehörde schon nach geltendem Recht kein Ermessen, ob sie eine Unterbringung anordnen will oder nicht. Die neue Formulierung "wird ... untergebracht" bringt dies besser zum Ausdruck als die bisherige Umschreibung "darf ... untergebracht werden".

Bei der Prüfung der Unterbringungs Voraussetzungen sind die Belastung der Angehörigen und der Schutz von Drittpersonen mitzuberücksichtigen (Abs. 2; vgl. Art. 397a Abs. 2 ZGB). Zwar dient die fürsorgerische Unterbringung dem Schutz der betroffenen Person und nicht der Umgebung. Trotzdem ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Wenn die Angehörigen durch die Betreuung eines kranken Familienmitglieds überfordert sind, muss nach Alternativen gesucht werden. Auch der Schutz Dritter darf in die Beurteilung einbezogen werden, kann allerdings für sich allein nicht ausschlaggebend sein. Indessen gehört es letztlich ebenfalls zum Schutzauftrag, eine kranke verwirrte Person davon abzuhalten, eine schwere Straftat zu begehen.

Artikel 416 unterscheidet nicht danach, ob eine Person in Bezug auf ihren Aufenthaltsort urteilsfähig ist oder nicht. Zur Anwendung kommt die Bestimmung immer dann, wenn eine Person Widerstand leistet bzw. im Falle einer urteilsfähigen Person ihre Zustimmung zur Unterbringung nicht erteilt. Artikel 434 Absatz 1 präzisiert, dass die Zustimmung zur Unterbringung einer urteilsunfähigen Person in einem Spital wegen einer somatischen Krankheit nicht als fürsorgerische Unterbringung zu betrachten ist. Das Gleiche gilt beispielsweise für die Betreuung einer Person mit einer schweren geistigen Behinderung in einer geschützten Einrichtung zur Ausbildung, wenn kein Widerstand geleistet wird. Gegen solche Anordnungen der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen befugten Person und der Beiständin oder des Beistands kann indessen wie bei der fürsorgerischen Unterbringung durch eine Ärztin oder einen Arzt die Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden (Art. 407 und 434 Abs. 2).

Die einweisende Instanz muss sich inskünftig Rechenschaft geben, ob es sich um eine Unterbringung zur Behandlung einer psychischen Störung oder um eine andere Unterbringung handelt und dies in ihrem Entscheid festhalten. Im ersteren Fall erfolgt die Behandlung nach den Artikeln 427–429. Im letzteren Fall dagegen – beispielsweise bei Unterbringung in einem Altersheim – hat die Leitung der Einrichtung keine Kompetenz, eine medizinische Behandlung zu verfügen. Vielmehr muss die betroffene Person jeder medizinischen Massnahme zustimmen, wenn sie urteilsfähig ist. Bei Urteilsunfähigen dagegen hat die nach Artikel 434 zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen zuständige Person die Zustimmung zu erteilen.

Unterbringung zur Abklärung

(Art. 417)

Nach der Entstehungsgeschichte erlaubt Artikel 397a ZGB auch die Einweisung zum Zweck einer medizinischen Abklärung. Artikel 417 hält nun ausdrücklich fest, dass eine Person zur Abklärung in eine geeignete Einrichtung eingewiesen werden kann, wenn sich nicht anders feststellen lässt, ob die Voraussetzungen für eine Unterbringung zur Behandlung oder Betreuung erfüllt sind. Wenn immer möglich muss die Abklärung aber ambulant vorgenommen werden. Bei einer stationären Abklärung ist der Aufenthalt in der Einrichtung auf die absolut notwendige Zeit zu beschränken. Eine Behandlung nach Artikel 427 ff. ist nicht erlaubt.

Entlassung

(Art. 418)

Die betroffene Person muss nach Absatz 1 aus der Einrichtung entlassen werden, sobald die Voraussetzungen für die Unterbringung nicht mehr erfüllt sind. Das heisst, dass die noch nötige Betreuung oder Behandlung ambulant erfolgen kann. Damit regelt der Vorentwurf die Entlassung etwas zurückhaltender als das geltende Recht. Heute muss eine Patientin oder ein Patient entlassen werden, sobald der Zustand es erlaubt (Art. 397a Abs. 3 ZGB). Das trägt zur sog. Drehtürpsychiatrie bei: Die Patientinnen und Patienten verlassen die Einrichtung, sobald die akute Krise, die zur Einweisung geführt hat, vorüber ist. Zeit für eine gewisse Stabilisierung des Gesundheitszustands oder für die Organisation der notwendigen Betreuung ausserhalb der Einrichtung bleibt nicht. Dafür erfolgt dann relativ rasch wieder eine Klinikeinweisung. Deshalb hat sich namentlich die Vereinigung der Angehörigen von Schizophrenie/Psychisch-Kranken anlässlich ihrer Anhörung vor der Expertenkommission für eine sachgerechtere Regelung eingesetzt.

Zurückbehaltung freiwillig Eingetretener

(Art. 419)

Das heutige Recht regelt die Zurückbehaltung von Personen, die freiwillig eine Einrichtung aufsuchen, unbefriedigend (s. Art. 397a ZGB). Als Grundsatz muss gelten, dass jederzeit die Einrichtung verlassen kann, wer freiwillig eingetreten ist. Artikel 419 sieht lediglich eine Ausnahme vor für Personen, die wegen einer psychischen Störung behandelt werden. Sie können von der ärztlichen Leitung der Einrichtung für höchstens 48 Stunden zurückbehalten werden, wenn die Gefahr besteht, dass sie sich eine schwere Körperverletzung zufügen oder dass von ihnen eine Gefahr für Leib und Leben Dritter ausgeht (Abs. 1). Nach Ablauf dieser Frist kann die Person auf jeden Fall die Einrichtung verlassen, wenn nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid vorliegt (Abs. 2). Aufgabe der Kantone ist es, die zuständigen Instanzen (Art. 420 und 421 Abs. 1) so zu organisieren, dass sie binnen 48 Stunden in einem korrekten Verfahren einen Entscheid fällen können.

Zuständigkeit für die Unterbringung

(Art. 420 und 421)

Nach dem heutigen Recht bestimmen die Kantone, ob die Vormundschaftsbehörde oder die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde eine fürsorgerische Freiheitsentziehung verfügt (Art. 397b Abs. 1 ZGB). Artikel 420 erklärt neu von Bundesrechts wegen die Erwachsenenschutzbehörde, also ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht, für zuständig. Die örtliche Zuständigkeit und das Verfahren sollen im geplanten Verfahrensgesetz geregelt werden.

Nach Artikel 397b Absatz 2 ZGB können die Kantone für die Fälle, in denen Gefahr im Verzug ist oder die Person psychisch krank ist, weiteren geeigneten Stellen eine Einweisungskompetenz erteilen. Die meisten Kantone haben von dieser Möglichkeit zugunsten der im Kantonsgebiet oder in der Schweiz praxisberechtigten Ärztinnen und Ärzte – entweder beschränkt auf dringliche Fälle oder generell für psychisch Kranke – Gebrauch gemacht. Als geeignete Stelle kommen aber auch andere Personen oder Behörden in Betracht.

Artikel 421 erlaubt den Kantonen nur noch, neben der Erwachsenenschutzbehörde geeignete Ärztinnen und Ärzte für zuständig zu erklären (Abs. 1). Mit der Umschreibung "geeignete Ärztinnen und Ärzte" kommt zum Ausdruck, dass eine Kompetenzübertragung an alle praxisberechtigten Ärztinnen und Ärzte nicht mehr statthaft ist. Vielmehr muss es sich um Ärztinnen und Ärzte handeln, die für ihre Aufgabe vorbereitet sind, sich also insbesondere in psychischen Krankheiten auskennen, über die nötige praktische Erfahrung verfügen und in der Lage sind, das Verfahren korrekt durchzuführen. Nach einer Untersuchung (Thomas Maier, Die Praxis der fürsorgerischen Freiheitsentziehung) sind Nicht-Fachärzte, die relativ selten mit der Notwendigkeit einer Unterbringung gegen den Willen der Patientin oder des Patienten konfrontiert werden, häufig überfordert und können oft die in diesem rechtlich und psychologisch sensiblen Gebiet notwendige Qualität des Unterbringungsentscheids nicht gewährleisten.

Die ärztliche Zuständigkeit gilt für alle Tatbestände von Artikel 416 und 417. In der Praxis kommen die Ärztinnen und Ärzte vor allem im Sinne einer Krisenintervention bei Personen mit einer psychischen Störung zum Zuge. Um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden, wird aber auf eine Differenzierung verzichtet.

Zeitlich wird die ärztliche Einweisung beschränkt. Spätestens nach sechs Wochen fällt sie von Gesetzes wegen dahin, sofern in diesem Zeitpunkt nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt (Art. 421 Abs. 2). Diese ist von der Einrichtung rechtzeitig zu benachrichtigen, wenn die Unterbringung länger als sechs Wochen dauern soll (Abs. 3). Das bedeutet praktisch, dass nach vier oder spätestens nach fünf Wochen die Erwachsenenschutzbehörde sich von Amtes wegen mit dem Fall befassen muss. Die Frist von sechs Wochen mag relativ lang erscheinen. Zu bedenken ist aber, dass die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person den Unterbringungsentscheid anfechten und jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen kann, das unverzüglich von der Erwachsenenschutzbehörde zu behandeln ist. Die Frist trägt deshalb dem Anliegen der Patientinnen und Patienten, die nicht rekurren, nach Diskretion Rechnung und berücksichtigt den Umstand, dass nach sechs Wochen der grössere Teil der eingewiesenen Personen bereits wieder entlassen ist (vgl. Art. 418). Immerhin erlaubt das heutige Recht den Kantonen, Ärztinnen und Ärzte zeitlich unbefristet für zuständig zu erklären.

Die Zuständigkeit des Vormunds zu einer Unterbringung bei Gefahr im Verzug (Art. 405a Abs. 1 ZGB) wird ersatzlos gestrichen.

Zuständigkeit für die Entlassung

(Art. 422)

Die Bestimmung entspricht materiell dem geltenden Recht. Hat die Erwachsenenschutzbehörde die Unterbringung angeordnet, so befindet sie auch über die Entlassung. In den anderen Fällen entscheidet darüber die Einrichtung (Abs. 1). Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall die Zuständigkeit zur Entlassung der Einrichtung übertragen kann (Abs. 2), damit keine Zeit verloren geht, wenn die Voraussetzungen für eine Entlassung erfüllt sind.

Verfahrensvorschriften für die ärztlich angeordnete Unterbringung

(Art. 423)

Die Bestimmung will sicherstellen, dass die ärztliche Einweisung in einem korrekten rechtsstaatlichen Verfahren erfolgt. Da es sich um einen Eingriff in die persönliche Freiheit handelt, muss der Entscheid mit grosser Sorgfalt und Verantwortungsbewusstsein getroffen werden. Oberstes Gebot ist, dass der Arzt oder die Ärztin die betroffene Person persönlich untersucht (Abs. 1). Es ist unstatthaft, lediglich gestützt auf Angaben Dritter eine Unterbringungsverfügung zu erlassen. Vielmehr muss sich die einweisende Instanz selber ein Bild der Situation machen. Der betroffenen Person ist zudem das rechtliche Gehör zu gewähren, soweit dies möglich ist. Sie muss somit über die Gründe der Unterbringung in einer Einrichtung in verständlicher Weise orientiert werden und zu diesen Stellung nehmen können, sofern sie ansprechbar ist.

Absatz 2 umschreibt die wesentlichen Elemente des Unterbringungsentscheids. Dieser muss den Namen der anordnenden Person sowie Ort und Datum der Untersuchung angeben. Zudem sind der Befund und die Gründe der Unterbringung festzuhalten. Namentlich ist darzulegen, wie die anordnende Person mit dem Fall in Kontakt gekommen ist, ob anamnestische Angaben verfügbar sind, die für die Einschätzung der aktuellen Situation hilfreich sind, und in welchem Zustand sich die betroffene Person befindet. Aus den Darlegungen muss sich ergeben, warum eine stationäre Unterbringung nötig ist und zu welchem Zweck sie erfolgt (Behandlung, Betreuung oder Abklärung). Schliesslich muss der Unterbringungsentscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden. Von selbst versteht sich, dass auch die Personalien der betroffenen Person angegeben werden müssen. Sind diese nicht erhältlich, weil die betroffene Person nicht ansprechbar ist, muss darauf hingewiesen werden. In der Praxis können vorgedruckte Formulare verwendet werden, die das Einhalten der formellen Kriterien erleichtern und von Hand ausgefüllt werden.

Ein Exemplar des Unterbringungsentscheids wird der betroffenen Person ausgehändigt, ein weiteres Exemplar wird der Einrichtung bei der Aufnahme der betroffenen Person vorgelegt (Abs. 3). Damit ist die Einrichtung von Anfang an korrekt orientiert, warum es zu einer Unterbringung gekommen ist, und kann sich danach ausrichten.

Nach Absatz 4 soll der Arzt oder die Ärztin schliesslich eine der betroffenen Person nahe stehende Person schriftlich über die Unterbringung und die Möglichkeit, ein Rechtsmittel zu ergreifen, informieren. In erster Linie ist die betroffene Person zu fragen, welche Vertrauensperson zu benachrichtigen ist. Äussert sie sich nicht dazu, so

muss die einweisende Instanz nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, wer orientiert werden soll. In erster Linie wird es sich um den Ehegatten oder den Lebenspartner bzw. die Lebenspartnerin der betroffenen Person oder um einen nahen Verwandten oder einen Hausgenossen handeln. Ist nicht evident, wer als nahe stehende Person in Frage kommt, müssen aber nicht lange Nachforschungen angestellt werden. Auf jeden Fall nicht angezeigt ist die Information einer nahe stehenden Person, wenn die betroffene Person damit nicht einverstanden ist.

Rechtsmittelbelehrung

(Art. 424)

Nach Artikel 397e Ziffer 2 ZGB muss jeder Person, die in eine Anstalt eintritt, sofort schriftlich orientiert werden, dass sie im Falle ihrer Zurückbehaltung oder bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs das Gericht anrufen kann. Die Pflicht der Einrichtung, eine Rechtsmittelbelehrung abzugeben, gilt unabhängig davon, ob es sich um eine fürsorgerischen Freiheitsentziehung oder um einen freiwilligen Eintritt handelt.

Artikel 424 übernimmt diese Regelung, präzisiert aber, dass es sich um eine Einrichtung handeln muss, die "regelmässig" fürsorgerische Unterbringungen vollzieht. Geschieht dies nur in Ausnahmefällen, wie beispielsweise bei einem Altersheim, so kann die Rechtsmittelbelehrung unterbleiben.

Die Mitteilung muss persönlich und in einer für die aufgenommene Person verständlichen Sprache erfolgen. Sie hat anzugeben, welches Gericht im konkreten Fall anzurufen und an wen ein Entlassungsgesuch zu richten ist. Empfehlenswert ist es, eine Rechtsmittelbelehrung auch in die Hausordnung aufzunehmen.

Periodische Überprüfung

(Art. 425)

Nach Artikel 418 Absatz 1 muss eine Person sofort entlassen werden, wenn die Voraussetzungen für die Unterbringung nicht mehr erfüllt sind. Daraus ergibt sich die Pflicht der Einrichtung, unverzüglich die Erwachsenenschutzbehörde zu orientieren, wenn eine Entlassung erfolgen kann (vgl. Art. 422). Bei ärztlicher Unterbringung hat die Erwachsenenschutzbehörde die Unterbringung zudem spätestens nach sechs Wochen zu bestätigen (Art. 421 Abs. 2).

Die Erwachsenenschutzbehörde soll aber nicht nur auf Benachrichtigung oder auf ein Entlassungsgesuch hin tätig werden. Vielmehr soll sie von Amtes wegen periodisch überprüfen, ob die Einweisungsvoraussetzungen noch erfüllt sind und ob die Einrichtung für die betroffene Person weiterhin geeignet ist. Nach Artikel 425 hat die erste Überprüfung spätestens sechs Monate nach Beginn der Unterbringung zu erfolgen. Innerhalb der nächsten sechs Monate ist eine weitere Überprüfung durchzuführen (Abs. 1). Anschliessend ist der Überprüfungsrythmus mindestens jährlich (Abs. 2). Mit dieser Frist soll gewährleistet werden, dass die Überprüfung nicht zu einer Routineangelegenheit verkommt, die wenig nützt. Bei Personen mit einer Altersdemenz geht es im Übrigen weniger um die Frage, ob ein Leben ausserhalb der Einrichtung möglich ist. Vielmehr ist zu beurteilen, ob die Einrichtung weiterhin die Pflege und Betreuung gewährleisten kann, die im Einzelfall nötig ist.

Vertrauensperson

(Art. 426)

Personen, die gegen ihren Willen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung in eine Einrichtung eingewiesen werden, befinden sich in verschiedener Hinsicht in einem Ausnahmezustand. Einerseits leiden sie an einem Schwächezustand, der Anlass für die Einweisung ist. Andererseits tragen weitere Faktoren wie die nicht vertraute Umgebung dazu bei, dass die betroffenen Personen Mühe haben können, sich in der neuen Situation zurechtzufinden. In diesem Ausnahmezustand fällt es manchen Personen schwer, von ihren Rechten selbständig Gebrauch zu machen. Sie sind deshalb häufig auf Unterstützung von aussen angewiesen. Der Vorentwurf trägt diesem Umstand einmal dadurch Rechnung, dass alle Rechtsmittel nicht nur von der betroffenen Person, sondern aus eigenem Recht auch von nahe stehenden Personen wahrgenommen werden können (Art. 430). Ergänzend sieht Artikel 426 vor, dass jede in einer Einrichtung untergebrachte oder freiwillig eingetretene Person das Recht hat, eine Vertrauensperson ihrer Wahl beizuziehen, die sie während des Aufenthalts und bis zum Abschluss aller damit zusammenhängenden Verfahren unterstützt. Da die Übergänge zwischen Freiwilligkeit, Pseudofreiwilligkeit und Zwang in der Praxis fließend sein können, wird der Anspruch auf eine Vertrauensperson nicht auf die fürsorgerische Unterbringung beschränkt.

Der Vertrauensperson obliegt die Aufgabe, die betroffene Person über ihr Rechte und Pflichten zu informieren, ihr bei der Formulierung und Weiterleitung von Anliegen zu helfen, bei Konflikten zu vermitteln und sie bei Verfahren zu begleiten. Mit Vollmacht der betroffenen Person kann sie auch in alle Akten Einsicht nehmen. Die Vertrauensperson muss die Patientin oder den Patienten in der Einrichtung selbst dann besuchen können, wenn das Besuchsrecht anderer Personen eingeschränkt wird. Eine besondere Aufgabe kommt der Vertrauensperson bei der Erarbeitung eines Behandlungsplanes für eine Person mit einer psychischen Störung zu (Art. 428). Die Einrichtung hat dafür zu sorgen, dass die Gespräche in Anwesenheit der Vertrauensperson erfolgen können, soweit diese innert nützlicher Frist verfügbar ist.

Die Person in der Einrichtung kann eine beliebige Person als Vertrauensperson bezeichnen. In erster Linie kommen wohl die Angehörigen oder andere nahe stehende Personen, aber auch Patientenanwältinnen und -anwälte oder Mitarbeiter anderer Dienste in Frage. Die Kantone können ergänzende Bestimmungen erlassen und beispielsweise unabhängige Dienste mit der Aufgabe betrauen, auf Wunsch der betroffenen Person eine Vertrauensperson zur Verfügung zu stellen.

Behandlung einer psychischen Störung. Notfälle

(Art. 427)

Ist eine Person zur Behandlung einer psychischen Störung in eine Einrichtung eingewiesen worden und stellt ihr Zustand eine Notfallsituation dar, so können die nach Massgabe des Einweisungsgrundes indizierten und verhältnismässigen medizinischen Massnahmen sofort ergriffen werden (Abs. 1). Ist der Einrichtung bekannt, wie die Person behandelt werden will, so wird dieser Wille berücksichtigt (Abs. 2).

In der vorliegenden Situation geht es um die Bewältigung eines Notfalls. Darunter versteht man üblicherweise vielerlei, z. B. einen Herzinfarkt, einen Hirnschlag, schwere Verletzungen, starke Blutungen, eine fodyoyante Infektion, Vergiftungen und manches mehr. Die sofortige medizinische Hilfe ist in solchen Fällen allgemein unbe-

stritten. Artikel 436 schafft hierfür in Anlehnung an Artikel 8 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin die erforderliche Rechtsgrundlage.

In der Psychiatrie kommen aber besondere Notfallsituationen hinzu. So kann eine psychisch kranke Person mit oder ohne Vorzeichen plötzlich in eine Verfassung geraten, in der sie sich selbst zu töten oder zu verletzen droht, Dritte durch ihre Erregung aus Krankheit heraus ernsthaft gefährdet und zuletzt auch die materielle Umgebung (Fenster, Türen, Möbel usw.) in arge Mitleidenschaft zieht. In dieser Situation muss sofort eingegriffen und behandelt werden können. Der Einweisungsgrund ist dabei insofern wichtig, als lediglich krankheitsbedingte Verhaltensweisen therapiert werden dürfen, während anders motivierte Gewalt mit polizeirechtlichen Massnahmen angegangen werden müssen. Dass bei alledem die Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss, versteht sich im Rahmen professionell geführter Behandlungseinrichtungen von selbst. Erlaubt sind nur diejenigen medizinischen Massnahmen, die nach Massgabe des Einweisungsgrundes indiziert sind und nicht aufgeschoben werden können.

Behandlung ausserhalb einer Notfallsituation. Behandlungsplan

(Art. 428)

Für die Behandlung ausserhalb einer Notfallsituation wird unter Beteiligung der betroffenen Person und einer allfälligen von ihr bezeichneten Vertrauensperson ein schriftlicher Behandlungsplan erstellt (Abs. 1). Gerade das in der Psychiatrie geltende "bio-psycho-soziale Modell" psychischen Krankseins und dessen Behandlung erfordert den Beizug wichtiger Menschen, seien es Angehörige, Nahestehende oder auch ambulant tätige Fachleute und Behörden (vgl. Art. 426).

Die betroffene Person und ihre Vertrauensperson werden über alle im Hinblick auf die in Aussicht genommenen medizinischen Massnahmen wesentlichen Umstände, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten und Risiken sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten informiert. Auf die Wünsche der betroffenen Person ist Rücksicht zu nehmen und deren Zustimmung zum Behandlungsplan ist anzustreben (Abs. 2). Ist ein Beistand oder eine Beiständin oder eine vorsorgebeauftragte Person zur Vertretung der betroffenen Person in medizinischen Angelegenheiten berechtigt, so wird die vertretungsberechtigte Person nach Möglichkeit beigezogen (Abs. 3).

Entgegen landläufiger Meinung befinden sich die meisten der psychisch kranken Personen freiwillig in öffentlichen und erst recht in privaten psychiatrischen Behandlungseinrichtungen. Schon heute ist es üblich, mit ihnen mündlich oder schriftlich einen Behandlungsplan aufzustellen, der Auskunft über die geplanten Abklärungen und Untersuchungen gibt, eine erste oder eine bereits gesicherte Diagnose enthält, die dazu passende Therapie umschreibt, über Risiken und Nebenwirkungen der Therapie Ausführungen macht und eine mögliche Prognose stellt. Dazu gehören auch andere mögliche Behandlungswege und die Gefahren einer unterlassenen Therapie. Das Gleiche muss gelten, wenn eine Person aus fürsorgerischen Gründen gegen ihren Willen zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht wird. In der Unterbringung ist nicht einfach das Recht zur Behandlung eingeschlossen. Vielmehr ist es – auch im Hinblick auf den Therapieerfolg – wichtig, dass versucht wird, wenn immer möglich das Einverständnis der betroffenen Person zur in Aussicht genommenen Therapie zu erhalten. Dies bedeutet, dass ihre Behandlun-

wünsche soweit wie möglich zu respektieren sind. Allerdings darf damit nicht einfach eine Therapie verhindert werden.

Der Behandlungsplan ist von Bundesrechts wegen schriftlich zu erstellen (Abs. 1). Das dient der Transparenz für alle Beteiligten.

Behandlung ohne Zustimmung

(Art. 429)

Äussert die betroffene Person keinen Willen oder leistet sie mangels Einsichtsfähigkeit in ihre Behandlungsbedürftigkeit Widerstand, droht ihr aber ohne Behandlung ein ernster gesundheitlicher Schaden, so kann die leitende Fachärztin oder der leitende Facharzt der Einrichtung die im Behandlungsplan vorgesehene und nach Massgabe des Einweisungsgrundes verhältnismässige Behandlung schriftlich anordnen (Abs. 1). Die Anordnung wird der betroffenen Person verbunden mit einer Rechtsmittelbelehrung mitgeteilt (Abs. 2). Die Erwachsenenschutzbehörde, die als Fachgericht angerufen werden kann, muss binnen 48 Stunden über eine Beschwerde entscheiden (vgl. Art. 430 Abs. 2).

Die vorliegende Situation betrifft Personen, die so behandlungsbedürftig sind, dass eine fürsorgerische Unterbringung nötig wurde, die der in Aussicht genommenen Behandlung aber nicht zustimmen können. So ist es einmal denkbar, dass den Patientinnen oder Patienten die kognitive Fähigkeit (z. B. wegen Demenz, schweren Intelligenzmangels oder Bewusstseinsstörungen) schlicht mangelt und sie so weder eine Zustimmung noch eine Ablehnung äussern. Denkbar ist aber auch, dass die Krankheit die Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt (z. B. Schizophrenie) und die Entschlussfähigkeit lähmt (z. B. Sucht), so dass die Patientinnen oder Patienten zwar merken, worum es geht, einer angepassten Behandlung aber nicht zustimmen können und dies mit verbalem und allenfalls physischem Widerstand ausdrücken, weil sie in ihrer die ganze Persönlichkeit erfassenden Schwäche ihre Situation nicht vernunftgemäss einschätzen können (vgl. Art. 16 ZGB über die Urteilsunfähigkeit).

Die erste Situation stellt für Laien selten ein Problem dar. Die Personen der zweiten Gruppe imponieren dagegen oft als zu Unrecht unterdrückte, geplagte und manipulierte Menschen, denen es gegen eine dominante Psychiatrie zu helfen gilt. Erst die mehrjährige Erfahrung von Angehörigen solch psychisch Kranker, von behandelnden und betreuenden oder sonstwie involvierten Personen (z. B. Nachbarn, Behörden, Juristinnen und Juristen) zeigt, wie schädlich es sein kann, diese Patienten und Patientinnen nicht zu behandeln. Man will in ehrlichem Bemühen die Freiheit dieser kranken Menschen bewahren und übersieht, dass die Krankheit selbst diese Freiheit schon längst schwer beeinträchtigt oder zunichte gemacht hat.

Artikel 429 Absatz 1 erlaubt indessen Behandlung ohne Zustimmung der betroffenen Person nur, wenn dieser ohne Behandlung ein schwerer gesundheitlicher Schaden droht, während sonst bei urteilsunfähigen Personen jede ihrem Wohl dienende medizinischen Massnahme mit Zustimmung der vertretungsberechtigten Person (Art. 434) ergriffen werden kann. Die Kompetenz der ärztlichen Leitung der Einrichtung wird also auf eine Gefahrensituation beschränkt. Damit steht die Bestimmung in Einklang mit Artikel 7 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, ist aber insofern enger, als der Behandlung immer eine fürsorgerische Unterbringung vorausgehen muss.

Die Behandlung muss im Übrigen nach dem Einweisungsgrund verhältnismässig sein und dem letzten Stand der Wissenschaft entsprechen. Umstrittene Massnahmen kommen gleich wie chirurgische Eingriffe ohne Zustimmung der betroffenen Person nicht in Betracht. Vielmehr geht es um die Abgabe von Medikamenten, das Einhalten eines Tagesrhythmus, Gespräche und Zwangsernährung.

Liegt keine Gefahrensituation oder keine Zustimmung der betroffenen Person zur Behandlung vor, so muss es auch in der Psychiatrie selbstverständlich sein, dass solche Personen aus der Einrichtung entlassen werden. Psychiatrische Spitäler dürfen nicht dafür missbraucht werden, Personen einfach ohne Behandlung einzuschliessen und vor der Gesellschaft abzuschirmen.

Rechtsmittel

(Art. 430)

Die gerichtliche Beurteilung nach Artikel 397d ZGB ist eine zentrale Bestimmung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB). Auch im künftigen Recht gilt es, im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 416 ff.) einen umfassenden Rechtsschutz im Sinne von Artikel 5 EMRK zu gewähren. Anfechtbar sind nicht nur die ärztliche Anordnung der Unterbringung und die Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung (Abs. 1), sondern auch die Zurückbehaltung nach einem freiwilligen Eintritt in die Einrichtung (Abs. 2 Ziff. 1) sowie die Behandlung einer psychischen Störung (Abs. 2 Ziff. 2; vgl. Art. 427 ff.). Legitimiert sind die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person (Abs. 1 und 2). Das Rechtsmittel gegen die Unterbringung durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 420) richtet sich nach dem geplanten Bundesgesetz über das Verfahren vor der Erwachsenen- und Kinderschutzbehörde.

Sachlich zuständig ist die Erwachsenenschutzbehörde (Abs. 1 und 2); diese ist ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht (Art. 443 Abs. 1).

Das Rechtsmittel setzt – wie nach geltendem Recht (Art. 397d Abs. 1 ZGB) – ein schriftliches Begehren voraus (Abs. 1 und Abs. 2, Einleitungssatz). Die beschwerdeführende Person hat somit unterschriftlich (Art. 14 f. OR) zu erklären, dass sie mit der Anordnung nicht einverstanden ist; ein formeller Antrag oder eine Begründung sind nicht erforderlich. Das Formerfordernis dient der Rechtssicherheit. Für das Begehren um gerichtliche Überprüfung können auch ohne weiteres Formulare zur Verfügung gestellt werden. Die Urteilsfähigkeit zur Beschwerdeführung ist von Bundesrechts wegen gegeben, wenn die betroffene Person in der Lage ist, ein schriftliches Begehren zu verfassen.

Die Erwachsenenschutzbehörde ist innert zehn Tagen nach Mitteilung des Entscheids anzurufen, wenn es um die ärztliche Anordnung der Unterbringung oder um die Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung geht (Abs. 1). Bei Nichteinhaltung der Frist ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, es ist aber – als jederzeit zulässiges Entlassungsgesuch (Art. 418 Abs. 2) – zuständigkeitshalber an die Erwachsenenschutzbehörde weiterzuleiten (Abs. 3). Keine Befristung ist vorgesehen für das Rechtsmittel bei Zurückbehaltung nach einem freiwilligen Eintritt in die Einrichtung (Abs. 2 Ziff. 1; vgl. Art. 419). Die Erwachsenenschutzbehörde muss ohnehin von Amtes wegen binnen 48 Stunden entscheiden, ob die Unterbringung gegen den Willen der betroffenen Person fortgesetzt werden darf. Liegt nach Ablauf dieser Frist kein vollstreckbarer Entscheid vor, kann die betroffene Person in jedem Fall die Einrichtung verlassen.

Nach Absatz 2 Ziffer 2 ist es möglich, die Erwachsenenschutzbehörde "gegen die Behandlung einer psychischen Störung" anzurufen, und zwar jederzeit, da für dieses Rechtsmittel ebenfalls keine Frist vorgeschlagen wird. Unter "Behandlung" ist zum einen die Behandlung in einer Nofallsituation (Art. 427) zu verstehen. Diesfalls wird etwa geltend gemacht, es liege kein Notfall vor oder die angeordnete medizinische Massnahme sei nach Massgabe des Einweisungsgrundes nicht verhältnismässig. Zum andern kann sich die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person auch gegen den Behandlungsplan als solchen (Art. 428 f.) zur Wehr setzen. Nach dem Verfahrensgesetz soll die Erwachsenenschutzbehörde – gegebenenfalls durch ein Einzelmitglied – binnen 48 Stunden über die Beschwerde gegen eine beabsichtigte Behandlung entscheiden.

Entsprechend Artikel 397e Ziffer 3 ZGB ist jedes Begehren um Beurteilung durch die Erwachsenenschutzbehörde dieser unverzüglich weiterzuleiten (Abs. 3).

Die Weiterziehung des Rechtsmittelentscheids der Erwachsenenschutzbehörde wird durch das Bundesgesetz über das Verfahren vor den Erwachsenen- und Kinderschutzbehörden geregelt.

2.3 Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen

2.3.1 Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.2 und 1.4.7)

Dieses Kapitel sieht neue und spezifische Schutzmassnahmen für vorübergehend oder dauernd urteilsunfähige Personen vor, die von Gesetzes wegen gelten.

Der erste Abschnitt regelt die Vertretung einer urteilsunfähigen Person durch deren Ehegatten (und durch eine eingetragene Partnerin oder einen eingetragenen Partner, wenn das entsprechende Gesetz in Kraft getreten ist). Diese Massnahme soll sicherstellen, dass die grundlegenden persönlichen und materiellen Bedürfnisse befriedigt werden können, ohne dass die Erwachsenenschutzbehörde tätig werden muss.

Der zweite Abschnitt bestimmt, wer eine urteilsunfähige Person bei medizinischen Massnahmen vertreten werden kann, wenn kein Vorsorgeauftrag (Ziff. 2.1.2) und auch keine Patientenverfügung (Ziff. 2.1.4) vorliegt. Spezialgesetzliche Regelungen beispielsweise betreffend die Transplantation von Organen und Geweben, die Sterilisation oder die Forschung bleiben selbstverständlich vorbehalten.

Der dritte Abschnitt schliesslich will den Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen verbessern.

2.3.2 Vertretung durch den Ehegatten

Voraussetzung und Umfang des Vertretungsrechts

(Art. 431)

Die Tatsache allein, dass zwei Personen durch Ehe miteinander verbunden sind, rechtfertigt es noch nicht, dass der urteilsfähige den urteilsunfähigen Ehegatten von Gesetzes wegen vertreten kann. Vielmehr setzt dieses Vorrecht voraus, dass die Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führen oder dass der eine dem anderen regelmässig und persönlich Beistand leistet (Abs. 1). Damit ist gewährleistet, dass eine gelebte Beziehung besteht. In der Realität werden wohl häufig beide Voraussetzungen erfüllt sein. Indessen kann es auch sein, dass ein urteilsunfähiger Ehegatte

ausserhalb der ehelichen Wohnung in einer Einrichtung betreut werden muss, vom andern aber regelmässig unterstützt wird.

Die direkt aus dem Gesetz fliessende Vertretungsbefugnis des Ehegatten ist begrenzt und umfasst nur Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind, die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte sowie das Öffnen der Post (Abs. 2). Der Ehegatte kann indessen bei der Erwachsenenschutzbehörde die Errichtung einer Beistandschaft beantragen und das Amt des Beistands oder der Beiständin übernehmen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 377 und 386). Grundsätzlich sollte immer dann eine Beistandschaft angeordnet werden, wenn eine Person nicht nur vorübergehend, sondern dauernd urteilsunfähig geworden ist. Dank dem gesetzlichen Vertretungsrecht muss die Erwachsenenschutzbehörde aber nicht systematisch angerufen werden, wenn ein Ehegatte urteilsunfähig wird. Zudem beseitigt das neue Institut die heutige Grauzone, indem der Ehegatte für die urteilsunfähige Person spontan Geschäfte erledigt, ohne sich zu fragen, ob er eigentlich dazu berechtigt ist oder nicht.

Für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung, insbesondere für das Eingehen von Verpflichtungen oder für Verfügungen über wichtige Teile des Vermögens, wie Kauf oder Verkauf von Immobilien oder Wertpapieren, muss der vertretungsberechtigte Ehegatte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einholen (Abs. 3). Zur Unterscheidung von Art und Umfang der ordentlichen und der ausserordentlichen Verwaltung kann auf Doktrin und Rechtsprechung zu den Artikeln 227 und 228 ZGB betreffend die Gütergemeinschaft verwiesen werden.

In Übrigen ist das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten nach Artikel 431 von dessen Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft nach Artikel 166 ZGB zu unterscheiden. Überschneidungen sind zwar möglich, sollten aber von Lehre und Rechtsprechung ohne grössere Schwierigkeiten behoben werden können.

Ausübung des Vertretungsrechts

(Art. 432)

Es versteht sich fast von selbst, dass die Bestimmungen über den Auftrag analog auf die Ausübung der gesetzlichen Vertretungsbefugnis des Ehegatten einer urteilsunfähigen Person anwendbar sind. Dessen Stellung lässt sich mit derjenigen einer vorsorgebeauftragten Person vergleichen, mit dem Unterschied allerdings, dass bei letzterer der Umfang der Vertretungsbefugnis von einer vorgängigen Willensäusserung abhängt und sich nicht direkt aus dem Gesetz ergibt. Die beiden Rechtsinstitute unterscheiden sich auch dadurch, dass der Ehegatte, der als vorsorgebeauftragte Person tätig wird, auf die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde nur dann angewiesen ist, wenn es um die Regelung von Geschäften geht, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst werden (Art. 366 Abs. 2). Demgegenüber muss der Ehegatte, dessen Vertretungsbefugnis sich direkt auf das Gesetz stützt, die Einwilligung der Erwachsenenschutzbehörde für alle Handlungen einholen, die der ausserordentlichen Vermögensverwaltung zuzurechnen sind (Art. 431 Abs. 3). Im Übrigen ist das Auftragsrecht ebenfalls anwendbar, wenn ein Ehegatte die Verwaltung seines Vermögens ausdrücklich oder stillschweigend dem andern überlässt (Art. 195 Abs. 1 ZGB).

Der Verweis auf das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) erfasst insbesondere Artikel 398 Absatz 3 OR, wonach der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen hat. In

Anbetracht der besonderen, personenbezogenen Natur des Rechtsinstituts dürfte eine dauernde Übertragung der Ausführung an eine dritte Person nicht in Betracht fallen. Ist der Ehegatte nicht nur für kurze Zeit verhindert, seine gesetzliche Vertretungsbefugnis wahrzunehmen, muss eine Beistandschaft errichtet und ein anderes Familienmitglied oder eine dritte Person mit der Aufgabe betraut werden.

In Bezug auf die Verantwortlichkeit des Ehegatten verweist Artikel 455 auf die Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 398 OR).

Entzug des Vertretungsrechts

(Art. 433)

Denkbar ist, dass andere Angehörige oder Dritte das Vorliegen der Voraussetzungen oder den Umfang des Vertretungsrechts des Ehegatten bestreiten. Sachlich erscheint es richtig, die Erwachsenenschutzbehörde über solche Streitfälle entscheiden zu lassen (Abs. 1).

Zudem muss die Erwachsenenschutzbehörde befugt sein, dem Ehegatten die Vertretungsbefugnis ganz oder teilweise zu entziehen, wenn er sie überschreitet oder sich als unfähig erweist, sie auszuüben (Abs. 2). Die Erwachsenenschutzbehörde wird von Amtes wegen oder auf Antrag einer der urteilsunfähigen Person nahe stehenden Person tätig. Die Regelung entspricht derjenigen von Artikel 369 betreffend den Widerruf des Vorsorgeauftrags durch die Erwachsenenschutzbehörde.

2.3.3 Vertretung bei medizinischen Massnahmen

Vertretungsberechtigte Person

(Art. 434)

Die Ermächtigung, einer Behandlung zuzustimmen oder diese abzulehnen, bezieht sich nicht nur auf ambulante, sondern auch auf stationäre medizinische Behandlungen (Abs. 1).

Ein Patient oder eine Patientin kann in der Form eines Vorsorgeauftrags eine oder mehrere Personen bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit in ihrem Namen einer medizinischen Massnahme zustimmen soll (Art. 370 ff.). Eine solche Anordnung schliesst die Intervention anderer Personen aus. Gibt es keinen Vorsorgeauftrag und liegt auch keine hinreichend klare Patientenverfügung vor (Art. 373), so ist es in erster Linie Aufgabe des Beistands oder der Beiständin, die urteilsunfähige Person bei medizinischen Massnahmen zu vertreten, wenn sich seine Aufgaben auf diesen Bereich erstrecken (Abs. 1 Ziff. 1).

Fehlt es an einer ausdrücklich zu diesem Zweck bestimmten Person, so steht die Vertretungsbefugnis dem Ehegatten oder dem Partner bzw. der Partnerin zu, wenn er oder sie mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet (Abs. 1 Ziff. 2). Die gleichen alternativen Voraussetzungen gelten für die Vertretung durch den Ehegatten nach Artikel 431. Die Gleichstellung des Partners bzw. der Partnerin mit dem Ehegatten ist in diesem besonderen Bereich im Hinblick auf die enge persönliche Beziehung gerechtfertigt.

Verwandte Personen werden erst an dritter Stelle berücksichtigt (Abs. 1 Ziff. 3). Dabei ist für die Vertretungsberechtigung nicht der Grad der Verwandtschaft, sondern

die Nähe der Beziehung ausschlaggebend, die sich in einem gemeinsamen Haushalt oder durch regelmässigen und persönlichen Beistand manifestiert. Der Kreis der zustimmungsberechtigten Verwandten ist auf die Nachkommen, die Eltern und die Geschwister der urteilsunfähigen Person beschränkt. Ist keine dieser Personen vorhanden, so muss ein Beistand oder eine Beiständin ernannt werden.

Bei Zweifeln über die Vertretungsberechtigung entscheidet die Erwachsenenschutzbehörde. Diese kann von jeder nahe stehenden Person, also auch von der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt angerufen werden. Besteht die Gefahr, dass die Interessen der urteilsunfähigen Person nicht richtig gewahrt werden, fehlt eine vertretungsberechtigte Person oder ist diese nicht bereit, die Aufgabe zu übernehmen, so errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine Vertretungsbeistandschaft (Abs. 2 und 3).

Absatz 4 behält die Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung (Art. 427 ff.) vor. Ist eine urteilsunfähige Person zur Behandlung einer psychischen Störung untergebracht worden, so erfolgt die Behandlung nach den Artikeln 427–429.

Information und Zustimmung

(Art. 435)

Das Recht des Patienten oder der Patientin auf Information bzw. die Informationspflicht des Arztes oder der Ärztin sind heute wesentliche Elemente einer therapeutischen Behandlung. Ist der Patient oder die Patientin urteilsunfähig, muss der Arzt oder die Ärztin die vertretungsberechtigte Person informieren. Diese kann nur dann rechtsgültig zustimmen, wenn die Information alle wesentlichen Umstände der in Aussicht genommenen Behandlung umfasst, insbesondere deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken und Kosten, aber auch allfällige andere Behandlungsmöglichkeiten. Eine zweite ärztliche Stellungnahme ist einzuholen, wenn es sich um einen schwerwiegenden oder risikoreichen Eingriff handelt, der nicht dringlich ist (Abs. 1).

Entsprechend der heutigen Lehre und Rechtsprechung hält der Vorentwurf fest, dass die zustimmungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den objektiven Interessen der urteilsunfähigen Person zu entscheiden hat, falls Vorgaben in einer Patientenverfügung fehlen (Abs. 2).

Absatz 3 sieht zusätzlich vor, dass auch die urteilsunfähige Person soweit möglich in angemessener Weise informiert wird. Damit entspricht der Vorentwurf nicht nur der herrschenden Lehre, sondern auch dem Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin (Art. 6 Abs. 3).

Notfälle

(Art. 436)

In Fällen, in denen wegen Dringlichkeit einer medizinischen Massnahme keine Zeit besteht, um eine vertretungsberechtigte Person zu informieren und deren Zustimmung einzuholen, muss der Arzt oder die Ärztin befugt sein, von sich aus zu handeln. Massstab dafür sind auch hier – gleich wie bei den Vertretungsberechtigten, wenn keine Patientenverfügung vorliegt (Art. 435 Abs. 2) – der mutmassliche Wille der urteilsunfähigen Person und deren objektiven Interessen.

2.3.4 Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen

Betreuungsvertrag

(Art. 437)

Tritt eine Person in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung ein, so ist es wichtig, dass Leistung und Gegenleistung im Voraus klar bestimmt werden. Ist der künftige Heimbewohner oder die künftige Heimbewohnerin handlungsfähig, obliegt es ihm oder ihr selbst, den wesentlichen Vertragsinhalt zu vereinbaren. Formvorschriften gibt es nicht.

Weitaus heikler ist die Situation Urteilsunfähiger, deren Interessen durch eine andere Person wahrgenommen werden müssen. Wird eine urteilsunfähige Person für längere Dauer in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut, so muss inskünftig schriftlich in einem Betreuungsvertrag festgelegt werden, welche Leistungen die Einrichtung erbringt und welches Entgelt dafür geschuldet ist (Abs. 1). Die Schriftlichkeit ist aber nicht Gültigkeitserfordernis, sondern nur Beweisform.

Die Schriftform soll Missverständnissen und Missbrauchsrisiken vorbeugen. Für die Angehörigen wie auch für die Aufsichtsbehörde (Art. 442) muss Transparenz bestehen, beispielsweise welche Beschäftigungstherapien angeboten, ob Ausflüge unternommen oder ob die Leute gebadet werden. Medizinische Leistungen sind vom Betreuungsvertrag nicht erfasst. Es ist durchaus denkbar, dass sich allmählich ein Mustervertrag herausbildet, dessen Inhalt jedoch der Privatautonomie unterstellt bleiben muss.

Bei der Festlegung der von der Einrichtung zu erbringenden Leistungen ist auf die Wünsche der betroffenen Person Rücksicht zu nehmen (Abs. 2). Solche Wünsche können die Lebensgestaltung, die Körperpflege, die Sterbebegleitung oder auch andere Bereiche betreffen.

Die Regelung der Vertretungsbefugnis ist heikel, wenn man auf die systematische Errichtung einer Beistandschaft verzichten will. Analog zu Artikel 431 nur den Ehegatten für vertretungsberechtigt zu erklären, löst das Problem nicht, weil viele Bewohnerinnen und Bewohner von Alters- und Pflegeeinrichtungen verwitwet oder unverheiratet sind. Absatz 3 erklärt deshalb Artikel 434 über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen sinngemäss für anwendbar und gewährleistet damit eine einheitliche Vertretungsregelung für diese beiden Bereiche. Die Verantwortung, eine Person beim Abschluss eines Betreuungsvertrags zu vertreten, ist nicht grösser, als wenn sie für eine urteilsunfähige Person einer medizinischen Massnahme zustimmen muss.

Die vertretungsberechtigte Person ist nicht Vertragspartei und ihr Vermögen wird durch die eingegangenen Verpflichtungen, die nur für die vertretene Person bindend werden, in keiner Weise betroffen. Die vertretungsberechtigte Person kann sich auch weigern, ihr Vertretungsrecht auszuüben. Findet sich keine andere vertretungsberechtigte Person, wird die Erwachsenenschutzbehörde eine Vertretungsbeistandschaft errichten müssen (Art. 434 Abs. 3 analog).

Die vertretungsberechtigte Person haftet entsprechend den Vorschriften des Obligationenrechts über den Auftrag. Die gleiche Haftungsregelung gilt für die vertretungsberechtigte Person bei medizinischen Massnahmen (vgl. Art. 434 und 455).

Die Bestimmung gibt der vertretungsberechtigten Person nicht die Befugnis, die urteilsunfähige Person gegen ihren Willen bzw. gegen ihren Widerstand in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung unterzubringen. Vielmehr muss in einem solchen Fall

nach Artikel 416 ff. eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet werden. Für den Abschluss des Betreuungsvertrags und die Umschreibung der Leistungen sind die Angehörigen dagegen – je nach Situation – wieder zuständig. Die Bestimmung kommt ferner zum Zuge, wenn eine Person für einen freiwilligen Eintritt in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung noch als urteilsfähig angesehen werden kann, der Abschluss eines Betreuungsvertrags aber ihre intellektuellen Fähigkeiten übersteigt. Schliesslich sind auch Fälle denkbar, in denen eine Person seit Jahren bereits in einer Einrichtung lebt und erst im fortgeschrittenen Alter urteilsunfähig wird. Auch hier muss mittels eines Vertrags Transparenz geschaffen werden, wie die Person betreut wird.

Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit

Vorbemerkungen

Die Bundesverfassung (vgl. Art. 10 Abs. 2) garantiert die persönliche Freiheit; dieses Recht hat jedoch keinen absoluten Charakter. Vielmehr muss es möglich sein, die Bewegungsfreiheit einer urteilsunfähigen Person einzuschränken, um eine schwere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von ihr selber oder von Dritten oder eine schwere Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen. Zu denken ist insbesondere an verwirrte Personen, die ihren Lebensabend in einem Altersheim oder in einer Pflegeeinrichtung verbringen, sich nicht mehr orientieren können und sich dadurch gefährden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unterscheidet – je nachdem, wie einschneidend der Eingriff ist – zwischen der Freiheitsentziehung, die Artikel 5 EMRK untersteht, und der Freiheitsbeschränkung (vgl. Urteil i.S. Guzzardi c. Italien vom 6. November 1980, Série A 39). Die Expertenkommission war mehrheitlich der Auffassung, dass die Unterstellung jeder Einschränkung der Bewegungsfreiheit bei einer urteilsunfähigen Person unter das förmliche Verfahren der fürsorgerischen Unterbringung zu einer Stigmatisierung führen würde, die den wohlverstandenen Interessen der zu schützenden Person nicht dienlich wäre. Zudem würde diese Lösung einen grossen Arbeitsaufwand bei den Erwachsenenschutzbehörden verursachen, ohne dass für die betroffenen urteilsunfähigen Personen viel gewonnen wäre. Daher ist die Einführung eines speziellen Verfahrens vorzuziehen, das namentlich durch Protokollführungs- und Informationspflichten (Art. 439) – ergänzt durch ein Rechtsmittel (Art. 440) – die gewünschte Transparenz sowohl für die Angehörigen wie für die Aufsichtsbehörde gewährleistet.

Die Massnahme selber darf nur angeordnet werden, wenn sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspricht (Art. 438). Dabei kann die Bewegungsfreiheit in all ihren Aspekten nur dann geschützt werden, wenn der Begriff der Einschränkung in seinem weitesten Sinn verstanden wird. Er erfasst sowohl elektronische Überwachungs-massnahmen wie auch das Abschliessen von Türen, das Anbringen von Bettgittern und anderen Schranken und das Angurten zur Vermeidung von Stürzen.

Selbstverständlich sind die vorgeschlagenen rechtsstaatlichen Garantien bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit auch bei fürsorgerischen Unterbringungen anwendbar, soweit sie nicht durch die Regelung betreffend die Behandlung einer psychischen Störung bereits abgedeckt sind (vgl. Art. 427 ff.). Gesetzes-systematisch wäre es auch möglich, die Vorschriften im dritten Abschnitt des elften Titels über die fürsorgerische Unterbringung einzufügen und im zwölften Titel über die Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen lediglich darauf

zu verweisen. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass sich das Problem der freiheitsbeschränkenden Massnahmen häufiger in Einrichtungen stellt, die hochbetagte Personen nach dem Verlust ihrer Selbständigkeit betreuen.

Voraussetzungen von Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit

(Art. 438)

Nach dieser Bestimmung darf eine urteilsunfähige Person in ihrer Bewegungsfreiheit nur soweit eingeschränkt werden, als dies unerlässlich ist, um eine schwere Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden oder um eine schwere Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen (Abs. 1). Im letzteren Fall ist das Mass an Verständnis und Toleranz, das von anderen Bewohnern und Bewohnerinnen verlangt werden kann, entscheidend. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass dank guter Überwachung der urteilsunfähigen Person durch das Pflegepersonal und dessen Verfügbarkeit oft unzumutbare Störungen des Gemeinschaftslebens vermieden werden können. Die verschiedenen Aspekte des Verhältnismässigkeitsprinzips verdienen deshalb besondere Beachtung. Auf jeden Fall können Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit nicht einfach mit dem Bemühen um einen Abbau des Personalbestands gerechtfertigt werden.

Nach Absatz 2 muss jede freiheitsbeschränkende Massnahme vorher mit der betroffenen Person besprochen werden, ausser es liege eine Notfallsituation vor. Es muss der betroffenen Person erklärt werden, was geschieht, warum die Massnahme ergriffen wurde, wie lange sie voraussichtlich dauert und wer sich in dieser Zeit um sie kümmert. Damit wird das Pflegepersonal angehalten, die Umstände jedes Einzelfalls vertieft zu prüfen. Das Gespräch soll insbesondere dazu dienen, bei der betroffenen Person Stress und Frustrationen abzubauen. Urteilsunfähigkeit bewirkt nicht notwendigerweise, dass jemand die Gründe für die Massnahme nicht verstehen, sich kein Bild von der möglichen Dauer machen und die Person, die sie während dieser Zeit pflegt, nicht erkennen kann.

Die Forderung, die Massnahme sobald als möglich aufzuheben, folgt direkt aus dem Prinzip der Verhältnismässigkeit. In jedem Fall muss die Massnahme in regelmässigen Abständen auf ihre Berechtigung überprüft werden (Abs. 3).

Protokollführungs- und Informationspflicht

(Art. 439)

Ein wirksamer Schutz vor Missbrauch kann nur gewährleistet werden, wenn die Einrichtung verpflichtet ist, über die Massnahme Protokoll zu führen und die Angehörigen zu informieren.

Das Protokoll enthält mindestens die Namen der betroffenen und der anordnenden Person, den Zweck, die Art und die Dauer der Massnahme (Abs. 1). Diese Aufzeichnungen gehören zum formellen Mindeststandard, gleich wie die einzelnen medizinischen Massnahmen im Krankendossier der Patientin oder des Patienten festgehalten werden müssen. Das Dokument mit den wesentlichen Angaben, auf die das Datenschutzrecht des Bundes oder der Kantone anwendbar sind, verbleibt in den Händen der Einrichtung.

Die Person, die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen befugt ist (Art. 434), muss von der Einrichtung über freiheitsbeschränkende Massnahmen informiert wer-

den und kann jederzeit in das Protokoll Einsicht nehmen (Abs. 2). Nur so ist gewährleistet, dass sie ihre Aufgabe, nämlich die Einrichtung zu überwachen und nötigenfalls ein Rechtsmittel zu ergreifen, richtig wahrnehmen kann. Eine systematische Information der Erwachsenenschutzbehörde wäre hingegen wohl unverhältnismässig. Hat eine Person keine Angehörigen, so muss die Einrichtung nach Artikel 441 Absatz 2 die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigen, die dann eine Beistandschaft zu errichten hat.

Selbstverständlich steht ein Einsichtsrecht auch den Personen zu, welche die Einrichtung nach Artikel 442 beaufsichtigen (Abs. 3). Diese Personen müssen von Amtes wegen einschreiten, wenn freiheitsbeschränkende Massnahmen ergriffen werden, ohne dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Rechtsmittel

(Art. 440)

Jede freiheitsbeschränkende Massnahme muss bei der Erwachsenenschutzbehörde angefochten werden können. Dank dem Erfordernis der Schriftlichkeit (Abs. 1) kann die Erwachsenenschutzbehörde feststellen, ob das Rechtsmittel rechtsgültig ergriffen worden ist. Zur Beschwerde legitimiert sind die betroffene und jede ihr nahe stehende Person. Meistens wird eine nahe stehende Person Beschwerde führen, da die betroffene Person ja urteilsunfähig ist. Ist sie aber in der Lage, schriftlich festzuhalten, dass sie mit der Massnahme nicht einverstanden ist, so ist für die Beschwerde ihre Urteilsfähigkeit gegeben. Der Kreis der beschwerdeberechtigten Personen stimmt somit mit demjenigen nach Artikel 430 betreffend die fürsorgerische Unterbringung überein. Eine Rechtsmittelfrist ist nicht vorgesehen, da die Massnahme den Betroffenen nicht eröffnet wird.

Jedes Begehren um Beurteilung durch die Erwachsenenschutzbehörde muss dieser unverzüglich weitergeleitet werden (Abs. 2). Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die betroffene Person stark von ihrer Umgebung und von der Interessenwahrung durch Nahestehende abhängt.

Schutz der Persönlichkeit

(Art. 441)

Der Schutz der Persönlichkeitsrechte wird an sich bereits durch die Artikel 28 ff. ZGB gewährleistet. Dabei handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, das bei urteilsunfähigen Personen durch eine vertretungsbefugte Person ausgeübt werden kann. Das heisst im vorliegenden Zusammenhang, dass die urteilsunfähige Person gegenüber der Einrichtung in sinngemässer Anwendung von Artikel 434 vertreten wird (vgl. Art. 437 Abs. 3). Zudem hat die Wohn- oder Pflegeeinrichtung bei der Bearbeitung persönlicher Daten der urteilsunfähigen Person die Datenschutzbestimmungen des Bundes oder des Kantons zu beachten.

Nach dem Vorbild des Arbeitsvertragsrechts (Art. 328 Abs. 1 OR) verpflichtet Absatz 1 die Wohn- oder Pflegeeinrichtung, von sich aus die Persönlichkeit der urteilsunfähigen Person zu schützen und so weit wie möglich Kontakte zu Personen ausserhalb der Einrichtung zu fördern. Die Wohn- oder Pflegeeinrichtung hat sich um das tägliche Wohl ihrer Bewohner und Bewohnerinnen zu kümmern. Dabei hat sie deren

besonderen Bedürfnissen Rechnung zu tragen und alles in ihrer Macht Stehende zu tun, um Einsamkeit zu verringern und körperliches oder seelisches Leiden zu lindern.

Sofern die Vertretung bei medizinischen Massnahmen oder im Rahmen von Wohn- und Pflegeeinrichtungen (vgl. Art. 434 und 437 Abs. 3) richtig wahrgenommen wird, können die Heimbewohner und -bewohnerinnen auf eine gewisse Unterstützung von ausserhalb zählen. Für Bewohner und Bewohnerinnen ohne solche feste Beziehung sieht Absatz 2 vor, dass die Einrichtung die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigt, damit eine Beistandschaft errichtet wird.

Nach Absatz 3 ist die freie Arztwahl gewährleistet. Von diesem Grundsatz darf die Einrichtung nur abweichen, wenn besondere Umstände vorliegen. Eine solche Abweichung muss stichhaltig begründet sein, etwa durch die geographische Distanz oder dadurch, dass es dem externen Arzt oder der externen Ärztin nicht möglich ist, auf einen Notfall sofort zu reagieren und ins Heim zu kommen.

Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen

(Art. 442)

Die Forderung, dass die Kantone Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen regelmässig urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht unterstellen (Abs. 1), ergibt sich aus dem Schutzbedürfnis dieser Personen. Dabei hängt die Wirksamkeit des Schutzes insbesondere von der Regelmässigkeit und der Qualität der durchgeführten Kontrollen ab. Die Aufsicht durch die Kantone ist vorgezeichnet in der Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO; SR 211.222.338), die sich auf Artikel 316 ZGB stützt. Danach haben die Kantone schon heute Heime zu beaufsichtigen, die Minderjährige aufnehmen.

Der Vorbehalt zugunsten einer Aufsicht, die durch andere bundesrechtliche Vorschriften gewährleistet ist, soll Konkurrenzfälle vermeiden. Dabei ist namentlich an die Aufsicht über Einrichtungen gedacht, die Beiträge der Invalidenversicherung erhalten. Die Bearbeitung von Personendaten untersteht aber auch der Aufsicht der Datenschutzbehörden.

Die Expertenkommission war einhellig der Meinung, dass die Aufsichtsbehörde nicht nur Mängel rügen, sondern auch positive Erfahrungen würdigen sollte. Dagegen waren die Auffassungen über unangemeldete Besuche durch Fachpersonen (Abs. 2) geteilt. Solche Inspektionen sind indessen in anderen Erlassen ebenfalls vorgesehen, z. B. im Fortpflanzungsmedizingesetz (Art. 12 Abs. 2; SR 814.90). Man erhofft sich von ihnen eine vorbeugende Wirkung.

2.4 Organisation des Erwachsenenschutzes, Verschwiegenheitspflicht und Verantwortlichkeit

2.4.1 Organisation

Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.8)

Die Organisation des Erwachsenenschutzes ist eine zentrale Frage der Revision. Tatsächlich hängt ihr Erfolg zu einem grossen Teil von der Unabhängigkeit und von der Qualifikation der Behördenmitglieder sowie der Personen ab, die mit der Durchführung der neuen Schutzmassnahmen betraut sind. Der Vorentwurf legt deshalb auch grosses Gewicht auf die Ausbildung und die fachübergreifende Zusammenarbeit der Personen, die im Bereich des Erwachsenenschutzes tätig sind.

Erwachsenenschutzbehörde

(Art. 443)

Nach Absatz 1 ist die Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht. Mit dem Begriff "Gericht" ist nicht ein formelles Gericht gemeint. Vielmehr geht es darum, dass das Organ den Anforderungen von Artikel 6 Absatz 1 EMRK genügen muss. Das heisst, dass es unabhängig und unparteiisch sein muss. Nach den Strassburger Organen gehört zum Wesen eines Gerichts ferner, dass es die rechtserheblichen Tatsachen selber ermittelt, die einschlägigen Rechtsnormen auf diesen Sachverhalt anwendet und einen verbindlichen Entscheid fällt. Verlangt wird dagegen nicht, dass das Gericht nur aus Berufsrichterinnen und Berufsrichtern besteht.

Aus der Vorgabe des Vorentwurfs, dass die Erwachsenenschutzbehörde interdisziplinär zusammengesetzt sein muss, ergibt sich, dass sie nicht nur aus einer einzigen Person bestehen kann. Ein Organ ist nur interdisziplinär, wenn der vorsitzenden Person mindestens zwei Beisitzer oder Beisitzerinnen zugeteilt werden. Diese können ständig an den Verhandlungen teilnehmen oder nach der Fachkompetenz ausgerufen werden, die für das zu behandelnde Geschäft erforderlich ist. Die Kantone legen die Wahlvoraussetzungen für die Mitglieder der Erwachsenenschutzbehörde und deren Zahl fest. Um den Anforderungen des Vorentwurfs zu entsprechen, muss dem Gericht aber mindestens eine Person mit juristischer Ausbildung angehören, die in der Regel den Vorsitz innehat, während die anderen Mitglieder über genügend Fachkenntnisse verfügen müssen, um in Kenntnis der Sachlage an der Entscheidungsfindung teilnehmen zu können. Selbstverständlich sollte die Tätigkeit als Mitglied eines Fachgerichts nicht von Personen ausgeübt werden, die über keinerlei Ausbildung im Bereich des Kindes- oder Erwachsenenschutzes verfügen (vgl. Art. 446).

Die Erwachsenenschutzbehörde ist auch die Kindesschutzbehörde (Abs. 2). Zwischen den beiden Behörden besteht somit Personalunion. Der Zuständigkeitsbereich der Vormundschaftsbehörden ist übrigens mit der Revision des Scheidungsrechts merklich ausgeweitet worden, indem sie über die Abänderung des Besuchsrechts und die einverständliche Umteilung der elterlichen Sorge entscheiden. Für eine sachgerechte Behandlung der Kinderfragen sind Fachkenntnisse unerlässlich.

Nach der Auffassung der Expertenkommission ist das Zivilgesetzbuch nicht der angemessene Ort, um die oft vielschichtigen Gerichtsstands- und Verfahrensfragen zu regeln. Vorgeschlagen wird deshalb ein neues Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (vgl. Ziff. 1.3.3). Dieses sieht vor, dass die Geschäfte grundsätzlich von einer Kollegialbehörde behandelt werden, der mindestens drei Mitglieder angehören müssen. Daneben sieht der Vorentwurf eine Liste von Geschäften vor, für die ein Mitglied der Erwachsenenschutzbehörde zuständig ist, sofern der Kanton in diesen Fällen nicht auch die Zuständigkeit der Kollegialbehörde vorsehen will. Es ist wichtig, dass den Kantonen bei der Aufgabenverteilung innerhalb der Behörde eine gewisse Freiheit belassen wird.

Aufsichtsbehörde

(Art. 444)

Die Kantone sind zuständig, die Aufsichtsbehörde zu bestimmen (Abs. 1). Diese Lösung entspricht dem geltenden Recht. Weil die Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht ist, muss über Beschwerden eben-

falls ein Gericht entscheiden (Abs. 2). Indessen ist schon heute zumindest die obere vormundschaftliche Aufsichtsbehörde im Rechtsmittelverfahren ein Gericht (BGE 118 Ia 473). Neu ist deshalb nur, dass die Aufsichtsbehörde nicht mehr auf zwei Ebenen organisiert werden kann (vgl. Art. 361 Abs. 2 ZGB). Die Kantone bleiben frei, die übrigen Aufgaben der Aufsichtsbehörde, insbesondere die administrative Aufsicht, einem anderen Organ anzuvertrauen.

Nach Absatz 3 soll der Bundesrat Bestimmungen über die Aufsicht erlassen und die einzelnen Aufgaben konkretisieren, um auf diesem Weg für eine gewisse Einheit in der administrativen Aufsicht zu sorgen. Wichtig ist vor allem, im Bereich der Mandatsführung Impulse zu geben und zu versuchen, die Qualität der Leistungen zu verbessern, die durch die verschiedenen Organe des Erwachsenenschutzes angeboten werden. Allerdings untersteht die Erwachsenenschutzbehörde in Bezug auf Geschäfte, die sie in ihrer Funktion als interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht behandelt, nicht einer spezifischen Aufsicht. Hier kann die Aufsichtsbehörde nur als Rechtsmittelinstanz Korrekturen anbringen.

Unterstützung von Personen, die Massnahmen des Erwachsenenschutzes durchführen

(Art. 445)

Zu oft verfügen heute die mit der Durchführung von Massnahmen des Erwachsenenschutzes betrauten Personen, insbesondere die Privatvormünder und Privatvormünderinnen, nicht über die erforderliche Instruktion, Beratung und Unterstützung, um ihre Aufgabe sachgerecht zu erfüllen. Die vorgeschlagene Regelung soll diese Lücke schliessen. Der Erwachsenenschutzbehörde wird die Verantwortung übertragen sicherzustellen, dass ein ausreichendes Beratungsangebot besteht. Der Kreis der möglichen Adressaten beschränkt sich nicht nur auf Beistände und Beiständinnen. Vielmehr können auch vorsorgebeauftragte Personen oder ein gesetzliches Vertretungsrecht ausübende Ehegatten urteilsunfähiger Personen um Unterstützung nachsuchen.

Aus- und Weiterbildung

(Art. 446)

In zahlreichen Kantonen fehlen geeignete Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten der Behördenmitglieder sowie der Personen, die Massnahmen des Erwachsenenschutzes durchführen. Dies ist eine empfindliche Lücke des heutigen Erwachsenenschutzes. Da der Erfolg der Gesetzesrevision zu einem grossen Teil von der Qualifikation der verschiedenen verantwortlichen Personen abhängt, hat sich der Bundesgesetzgeber mit der Frage zu befassen. Dabei geht es nicht darum, den in diesem Bereich allein zuständigen Kantonen ein bestimmtes Modell vorzuschreiben (Abs. 1). Eine finanzielle Beteiligung des Bundes an den Bestrebungen der Kantone (Abs. 2) dürfte indessen die Schaffung von Ausbildungseinrichtungen beschleunigen. Das Erfordernis der interdisziplinären Zusammensetzung der Erwachsenenschutzbehörde (vgl. Art. 443) wird zudem dazu beitragen, die bestehende Lücke im Bereich der Grundausbildung zu schliessen.

Als Beistand oder Beiständin kann nach Artikel 387 Absatz 1 eine Privatperson, eine Fachperson eines privaten oder öffentlichen Sozialdienstes sowie ein Berufsbeistand oder eine Berufsbeiständin ernannt werden. Die Vormundschaftsbehörden sind

erfahrungsgemäss immer mehr auf ausgebildete Sozialarbeiter und Sozialarbeiterinnen angewiesen. Diese arbeiten in einem Teilzeit- oder Vollpensum in Dienststellen, die für die schwierigsten Situationen eingerichtet sind. Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass ausgebildete Berufs- oder Fachbeistände und -beiständinnen in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen (Abs. 3). Dies dient der Herstellung eines Gleichgewichts zwischen den gesetzlichen Anforderungen an den Schutz hilfsbedürftiger Personen und den zur Verfügung stehenden Fachkräften für die Ausübung von Mandaten, die nicht Privatpersonen übertragen werden können. Ohnehin wird die Rekrutierung "privater" Mandatsträger wegen der allgemeinen Entwicklung des sozialen Umfelds immer schwieriger.

Interdisziplinäre Zusammenarbeit

(Art. 447)

Der Erfolg der Arbeit der Organe des Erwachsenenschutzes kann von einer guten Zusammenarbeit und vom Informationsaustausch mit anderen Behörden und Diensten abhängen, die präventiv tätig sind. Nach dem Vorbild von Artikel 317 ZGB über die Zusammenarbeit in der Jugendhilfe unterstreicht Artikel 447 die Bedeutung der Zusammenarbeit der Organe des Erwachsenenschutzes mit den Sozial- und Psychiatriediensten sowie nötigenfalls mit der Polizei, den Strafverfolgungs- und den Strafvollzugsbehörden. Die Kantone sind nach Absatz 1 aufgerufen, eine solche Zusammenarbeit zu fördern und hierfür Rahmenbedingungen zu schaffen. Sie haben gewisse Regeln betreffend die Art und den Umfang der Zusammenarbeit aufzustellen, die auch auf einer gewissen Gegenseitigkeit beruhen sollte. Denkbar ist eine solche Zusammenarbeit nicht nur im Tätigkeitsbereich von Beiständen und Beiständinnen, sondern auch von vorsorgebeauftragten Personen oder von Nahestehenden mit gesetzlicher Vertretungsbefugnis. Eine interdisziplinäre Zusammenarbeit ist aber nur soweit angezeigt, als sich damit die Aufgaben im Erwachsenenschutz besser erfüllen lassen.

Die vorgeschlagene Regelung unterscheidet zwischen der Zusammenarbeit mit den Sozial- und Psychiatriediensten, die sich ohnehin oft fast von selbst ergibt, und der Zusammenarbeit mit der Polizei, den Strafverfolgungs- und den Strafvollzugsbehörden, die nur bei Vorliegen besonderer Umstände notwendig werden dürfte und manchmal heikle Fragen aufwirft. Es gibt aber aussergewöhnliche Situationen, in denen die Organe des Erwachsenenschutzes verpflichtet sind, zum Schutze Dritter mit den anderen Akteuren präventiv zusammenzuarbeiten. Dies ist der Fall, wenn eine ernstliche Gefahr besteht, dass eine hilfsbedürftige Person wegen eines Schwächezustands ein Verbrechen oder ein Vergehen begeht, mit dem sie jemanden körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigen könnte (Abs. 2). In einem solchen Fall sollen auf Grund einer gesetzlichen Interessenabwägung Personen, die dem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, auch ermächtigt sein, der Erwachsenenschutzbehörde Mitteilung zu machen, ohne dass sie vorher die Zustimmung der vorgesetzten Behörde einholen müssen (Abs. 3; vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB).

2.4.2 Verschwiegenheitspflicht

Grundsatz

(Art. 448)

Die Verschwiegenheitspflicht bindet die mit der Anordnung und Durchführung des Erwachsenenschutzes betrauten Personen. Wenn diese Pflicht sich auch oft mit dem Amts- oder Berufsgeheimnis überschneidet, ist dies bei privaten Mandatsträgern grundsätzlich nicht der Fall. Wegen der Bedeutung des Grundsatzes empfiehlt es sich, die Verschwiegenheitspflicht im Erwachsenenschutz ausdrücklich zu verankern (Abs. 1).

Die Verschwiegenheitspflicht findet ihre Grenze in der Verpflichtung, Dritte über das Vorliegen einer Massnahme zu informieren, soweit dies zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben der damit betrauten Person (Abs. 2) oder zum Schutz gutgläubiger Drittpersonen (Art. 449 Abs. 2) erforderlich ist. So kann sich ein Beistand oder eine Beiständin nicht auf die Vertretungsbefugnis berufen, ohne über den Umfang der Aufgaben und die rechtlichen Auswirkungen der Massnahme zu orientieren. Vorzubehalten ist auch ein Recht Dritter auf Information, wenn diese ein Interesse glaubhaft machen (Art. 450 Abs. 1).

Schliesslich kann die Erwachsenenschutzbehörde auch Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht beschliessen, wenn dies im Interesse der von der Massnahme betroffenen Person liegt oder wenn überwiegende Interessen Dritter oder der Schutz der Öffentlichkeit dies rechtfertigen (Abs. 3). Diese Interessenabwägung entspricht der Regelung des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Schutz gutgläubiger Drittpersonen

(Art. 449)

Nach dem geltenden Recht müssen Massnahmen, welche die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person einschränken oder entziehen, grundsätzlich veröffentlicht werden (Art. 375 und 397 Abs. 2 und 3 ZGB). Im neuen Recht soll auf diese Veröffentlichung verzichtet werden. Sie zeigt in der heutigen Gesellschaft offensichtlich keine konkrete Wirkung mehr. Dass Dritte, die mit der betroffenen Person in Rechtsbeziehung treten könnten, von der Veröffentlichung Kenntnis nehmen, ist eine Fiktion. Damit besteht ein krasses Missverhältnis zwischen dem hypothetischen Nutzen, den die Publikation für Dritte haben könnte, und einer beträchtlichen Stigmatisierung der von einer Massnahme betroffenen Person.

Das neue Recht geht vom Grundsatz aus, dass das Bestehen einer Erwachsenenschutzmassnahme auch gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann (Abs. 1). Der Vorentwurf sieht indessen eine besondere Regelung für die Schuldner einer Person vor, deren Handlungsfähigkeit durch eine Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung beschränkt ist. In diesem Fall soll die Leistung des Schuldners – sobald er Kenntnis von der Massnahme hat – nur dann befreiende Wirkung haben, wenn er sie dem Beistand oder der Beiständin erbringt. Indessen ist es gerechtfertigt, vorher seinen guten Glauben zu schützen (Abs. 2). Mit der Pflicht, den Schuldner einer Person, deren Handlungsfähigkeit durch eine Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung eingeschränkt ist, von Amtes wegen zu informieren, schützt der Gesetzgeber die wohlverstandenen Interessen sowohl der urteilsunfähigen Person wie gutgläubiger Dritter. Letztere entgehen dadurch auch der Gefahr, die gleiche Schuld zwei Mal bezahlen zu müssen. Aber den guten Glauben

kann der Schuldner nur so lange geltend machen, als er keine Kenntnis von der Massnahme hat.

Zum Schutze des Geschäftsverkehrs übernimmt der Vorentwurf im Übrigen die Grundgedanken von Artikel 411 Absatz 2 ZGB auch ins neue Recht: Hat eine Person, für die eine behördliche Massnahme des Erwachsenenschutzes besteht, den Geschäftspartner zur irrtümlichen Annahme ihrer Handlungsfähigkeit verleitet, so ist sie ihm für den verursachten Schaden verantwortlich (Abs. 3). Die gleiche Regel findet sich in den allgemeinen Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit (Art. 19b Abs. 2 VE ZGB).

Auskunft und Akteneinsicht

(Art. 450)

Obwohl der Vorentwurf keine Publikation von Massnahmen vorsieht, kann nicht einfach auf Informationsrechte für Dritte verzichtet werden. Nach dem Vorbild des Grundbuchrechts (Art. 970 Abs. 2 ZGB) hat eine Person, die ein Interesse glaubhaft macht, Anspruch darauf, dass die Erwachsenenschutzbehörde ihr über das Vorliegen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes Auskunft gibt (Abs. 1).

Die Person, für die eine Massnahme des Erwachsenenschutzes angeordnet worden ist, hat Anspruch auf Einsicht in die sie betreffenden Akten der mit der Anordnung und Durchführung des Erwachsenenschutzes betrauten Behörden und Personen, soweit nicht überwiegende Interessen von Drittpersonen entgegenstehen (Abs. 2). Damit konkretisiert der Vorentwurf Artikel 29 Absatz 2 der Bundesverfassung über das rechtliche Gehör. Zu diesem Grundrecht gibt es eine umfangreiche Lehre und Rechtsprechung. Das Recht auf Akteneinsicht findet seine Grenze im Schutz von überwiegenden Interessen Dritter (Abs. 2). Ergibt sich aufgrund einer Interessenabwägung beispielsweise, dass Dritte, die Auskünfte erteilt haben, geheimgehalten werden sollen, so kann das Akteneinsichtsrecht in der Weise gewährt werden, dass Namen oder Textteile abgedeckt und gewisse Dokumente aus dem Dossier entfernt werden.

Mit der Präzisierung, dass persönliche Notizen nicht zu den Akten gehören, gibt Absatz 3 eine Antwort auf eine Frage, die in der Praxis immer wieder diskutiert worden ist. Damit ist zu unterscheiden zwischen Dokumenten mit offiziellem Charakter, deren Inhalt und Form den vorgegebenen Anforderungen zu genügen haben, und Notizen, die als blosse Gedankenstützen dienen.

2.4.3 Verantwortlichkeit

Vorbemerkungen

Das geltende Recht regelt die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe in einer komplizierten Kaskadenordnung (Art. 426 ff. ZGB). In erster Linie haften sowohl die Mandatsträger und Mandatsträgerinnen wie auch die Behördenmitglieder persönlich. Nur wenn diese den Schaden nicht decken können, haften die Kantone und Gemeinden. Lehre und Praxis anerkennen allerdings die Möglichkeit der Kantone, auf die Subsidiarität ihrer Haftung zu verzichten. Zudem hat der Bundesgesetzgeber bei der Reform der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB) von 1978 für diesen Bereich des Vormundschaftsrechts eine direkte Staatshaftung mit einem Regressrecht auf die fehlbaren Handelnden für die ganze Schweiz vorgeschrieben

(Art. 429a ZGB). Diese moderne Haftungsregelung für hoheitliches Handeln soll inskünftig im ganzen Erwachsenen- und Kindesschutzrecht gelten.

Wie das geltende Recht regelt der Vorentwurf nur die zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Allfällige strafrechtliche Verantwortlichkeiten richten sich nach dem Strafgesetzbuch, das mit dieser Revision nicht geändert wird. Soweit es sich bei den handelnden Personen um Angestellte der öffentlichen Verwaltung handelt, kann sich eine Verantwortlichkeit auch aus dem Dienstrecht ergeben. Diese richtet sich nach dem öffentlichen kantonalen Recht (Art. 6 ZGB). Das ist insbesondere bei den Amtsvormundschaften wichtig.

Der Vorentwurf geht vom heutigen Verständnis der Verantwortlichkeit für hoheitliches Handeln aus. In erster Linie soll der Staat haften und zwar unabhängig davon, ob überhaupt ein individuelles Verschulden vorliegt. Die geschädigte Person soll sich nicht damit herumschlagen müssen, welcher Mandatsträger oder welche Mandatsträgerin oder welches Behördenmitglied nun für den Schaden verantwortlich ist. Der Staat hat aber die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Fehlbaren. Der herrschenden Lehre und Praxis folgend wird neben dem materiellem auch der immaterielle Schaden erfasst, so dass neben eigentlichem Schadenersatz auch Genugtuung verlangt werden kann. Dieses Konzept entspricht der geltenden Regelung der Haftung im Zivilstands- (Art. 46 ZGB), Grundbuch- (Art. 955 ZGB) und Betreuungswesen (Art. 5 ff. SchKG).

Der Vorentwurf stellt den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit den Grundsatz der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit voraus (Art. 451). In zwei Bestimmungen wird die direkte Staatshaftung (Art. 452) und der Regressanspruch (Art. 453) geregelt. Eine weitere Bestimmung betrifft die Verjährung (Art. 454).

Schliesslich stellt der Vorentwurf klar, dass die direkte Staatshaftung (Art. 451–454) grundsätzlich nicht für Handlungen des Vorsorgebeauftragten (Art. 360 ff.), des vertretungsberechtigten Ehegatten einer urteilsunfähigen Person (Art. 431 ff.) und der vertretungsberechtigten Person bei medizinischen Massnahmen gilt, sofern es sich nicht um den Beistand oder die Beiständin handelt (Art. 434 ff.). In diesen Fällen findet ausschliesslich das Auftragsrecht Anwendung (Art. 455), sofern nicht ein Fehlverhalten der Behörde vorliegt (Art. 451 Abs. 2).

Grundsatz

(Art. 451)

Absatz 1 dieser Bestimmung bezieht sich nur auf die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes, d. h. auf die Beistandschaften (Art. 377 ff.) und die fürsorgliche Unterbringung (Art. 416 ff.) einschliesslich der in diesem Zusammenhang durchgeführten Behandlungen (Art. 427 ff.), unabhängig davon, ob die betroffene Person einwilligt oder nicht (Art. 428 Abs. 2). Erfasst wird nicht nur die Verantwortlichkeit für das Handeln oder Unterlassen der Mandatsträger und Mandatsträgerinnen und der direkt ausführenden Personen, sondern auch der Behörde. Soweit dieser Überwachungsfunktionen zukommt, haftet der Kanton für eine unsorgfältige Überwachung.

Nach Absatz 2 tritt auch eine Haftung ein, wenn die Behörden in den nicht von Absatz 1 gedeckten Bereichen sich widerrechtlich verhalten, namentlich wenn sie ihren Aufsichtspflichten nicht nachkommen.

Die Haftungsvoraussetzungen sind die für eine Kausalhaftung üblichen. Die geschädigte Person muss nachweisen, dass ihr im Rahmen der genannten Aufgaben des Erwachsenenschutzes widerrechtlich ein Schaden zugefügt worden ist. Zu den Voraussetzungen, die sie nachzuweisen hat, gehört auch der adäquate Kausalzusammenhang. Genugtuung ist – wie im ausservertraglichen Haftpflichtrecht (Art. 49 OR) – nur geschuldet, wenn die Schwere der Verletzung es rechtfertigt.

Haftung des Kantons

(Art. 452)

Die Bestimmung sieht die direkte Staatshaftung des Kantons vor. Aus den bereits ausgeführten Grundsätzen ergibt sich, dass der Kanton uneingeschränkt für jene Personen haftet, die als Behörde handeln oder von der Behörde für ihre Aufgabe ausgesucht worden sind.

Beim Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff.) hat die Betreuungsbehörde keine laufende Überwachungsfunktion. Ist der Auftrag einmal wirksam geworden, so handelt es sich grundsätzlich um eine Massnahme ohne jede weitere behördliche Einmischung. Der Betreuungsbehörde kommt nur die Aufgabe zu, die Wirksamkeit festzustellen und damit die Massnahme in Kraft zu setzen, sowie allenfalls den Auftrag zu ergänzen (Art. 364 f.). Hier rechtfertigt sich die Staatshaftung für ein Fehlverhalten der beauftragten Person nur, wenn die Behörde bei der Feststellung der Gültigkeit unsorgfältig vorgegangen ist, namentlich wenn sie die Eignung der beauftragten Person nicht genügend abgeklärt hat (Art. 364 Abs. 2). Haftbar kann der Kanton allerdings auch werden, wenn die Erwachsenenschutzbehörde von Missständen Kenntnis erhält und pflichtwidrig nicht einschreitet (Art. 369).

Keine Haftung des Kantons besteht für Handlungen des Ehegatten. Die Vertretung durch diesen entsteht von Gesetzes wegen und es bedarf dafür keiner Anordnung der Behörde (Art. 431 ff.). Es rechtfertigt sich auch nicht, eine weitergehende Staatshaftung vorzusehen, wenn die Betreuungsbehörde ausnahmsweise das Vertretungsrecht ausdrücklich bestätigt, weil es bestritten worden ist (Art. 433 Abs. 1). Soweit die Betreuungsbehörde bei einer solchen Bestätigung einen Fehler macht oder einen Entzug bei Überschreitung trotz Kenntnis des Sachverhalts nicht anordnet (Art. 433 Abs. 2), haftet allerdings der Kanton. Dann geht es aber bloss um das fehlerhafte Handeln der Behörde, nicht des Ehegatten. Analog ist die Situation, wenn es um die Vertretung bei medizinischen Massnahmen geht (Art. 434 ff., insb. Art. 434 Abs. 2 und 3).

Rückgriff auf die handelnden Personen

(Art. 453)

Soweit die direkte Staatshaftung besteht, kann die geschädigte nicht auf die fehlbare Person greifen, die im Zusammenhang mit ihrer Aufgabe im Rahmen des Erwachsenenschutzrechts gehandelt hat, sondern nur auf den Kanton. Wenn dieser einen Schaden vergüten muss, kann er dann aber seinerseits auf die handelnden Personen zurückgreifen, sofern diese den Schaden grobfahrlässig oder absichtlich verursacht haben (Abs. 1).

Die Artikel 451 ff. bieten den Mandatsträgern und Mandatsträgerinnen einen gewissen Schutz vor Haftungsklagen. Zum einen brauchen sie sich nicht mit den Geschä-

digten auseinanderzusetzen, weil diese nur gegen den Kanton klagen können. Zum andern haften sie nicht für leichte Fahrlässigkeit. Damit soll den in der Mandatsführung inhärenten Risiken Rechnung getragen und einer Überängstlichkeit entgegengetreten werden, die Initiativen lähmen kann. Dieses Haftungsprivileg gilt auch für das Personal, das im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung eine Behandlung ohne Zustimmung (Art. 429) durchführt.

Absatz 2 trägt dem Umstand Rechnung, dass es sich bei den Beiständen und Beiständinnen um Angehörige der verbeiständeten Person handeln kann, für die der Vorentwurf besondere Regeln vorsieht, die eine Abschwächung der behördlichen Kontrolle bedeuten (vgl. Art. 408 und 409). Es kann nun sein, dass diese Personen mit leichter Fahrlässigkeit einen Schaden angerichtet haben, für den der Kanton aufkommen muss. Würde auf Grund der konkreten Situation nicht die betroffene, sondern die fehlbare Person selber von den Schadenersatzzahlungen des Kantons profitieren, rechtfertigt sich die Einschränkung des Regresses nicht. Zu denken ist beispielsweise an den Ehegatten der verbeiständeten Person, der als Beistand oder Beiständin leicht fahrlässig das Vermögen der verbeiständeten Person widerrechtlich vermindert hat. Stirbt in einem solchen Fall die verbeiständete Person, wäre es stossend, wenn der Kanton den Schadenersatz an die fehlbare Person als Erben ausbezahlen müsste. Absatz 2 sieht deshalb vor, dass der Kanton auch bei leichter Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen kann, wenn sich die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit als offensichtlich unbillig erweist.

Verjährung

(Art. 454)

Die neue Bestimmung trägt dem Umstand Rechnung, dass das Erwachsenenschutzrecht nicht nur Dauermassnahmen kennt, sondern es sich auch um eine punktuelle Anordnung handeln kann (Erledigung eines einzelnen Rechtsgeschäfts). Sie gilt sowohl für die Forderung der geschädigten Person gegenüber dem Kanton wie auch für dessen Regressforderung gegenüber der fehlbaren Person.

Absatz 1 regelt die Verjährungsfrist gleich wie das übrige ausservertragliche Haftpflichtrecht und damit grundsätzlich auch gleich wie das geltende Vormundschaftsrecht. Der Anspruch verjährt ein Jahr nach dem Tag, an dem die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden und von der ersatzpflichtigen Person erhalten hat. Bei Klagen der verbeiständeten Personen ist die ersatzpflichtige Person immer der Kanton. Die Jahresfrist ist auch für den Regressanspruch massgebend. Sie beginnt zu laufen, wenn der Kanton weiss, dass er bezahlen muss, und auch Klarheit darüber hat, wer als fehlbare Person ins Recht gefasst werden kann.

Neben dieser relativen Verjährungsfrist sieht der Vorentwurf eine absolute zehnjährige Verjährungsfrist vor. Sie beginnt mit der schädigenden Handlung zu laufen, unabhängig davon, ob die geschädigte Person von dieser Kenntnis hat und der Schaden bereits eingetreten ist oder nicht.

Vorbehalten bleiben allerdings Dauermassnahmen. Nach Absatz 3 beginnt die Verjährung des Anspruchs gegenüber dem Kanton nicht vor dem Wegfall der Dauermassnahme. Diese Einschränkung gilt sowohl für die relative einjährige wie auch für die absolute zehnjährige Verjährungsfrist.

Ist die schädigende Handlung nicht nur widerrechtlich sondern auch strafbar, gelten nach Absatz 2 allfällige längere Verjährungsfristen des Strafrechts. Die Bestimmung entspricht Artikel 60 Absatz 2 OR.

Die Berechnung der Fristen, deren Wahrung, ihr Ruhen und die Unterbrechung richten sich nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 132 ff. OR). Artikel 134 Absatz 1 Ziffer 2 OR ist an das neue Recht anzupassen (vgl. Ziff. 2.6.2 zu Art. 134 VE OR).

Haftung nach Auftragsrecht

(Art. 455)

Wie schon dargelegt, erfassen die Artikel 451–454 nur die Haftung für das Handeln im Rahmen des behördlichen Erwachsenenschutzes. Artikel 455 verweist für die Haftung bei anderen Massnahmen auf das Auftragsrecht. Er betrifft die vorsorgebeauftragte Person (360 ff.), den Ehegatten eines Urteilsunfähigen (Art. 431 ff.) und die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 434 ff.), soweit es sich nicht um den Beistand oder die Beiständin handelt. Nicht ausdrücklich erwähnt werden Verantwortlichkeitsansprüche, die sich aus einer Patientenverfügung (373) oder aus dem Aufenthalt in Einrichtungen (Art. 437) ergeben können.

2.5 Änderung weiterer Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs

2.5.1 Personenrecht

Handlungsfähigkeit

(Art. 13)

Nach geltendem Recht besitzt die Handlungsfähigkeit, wer mündig und urteilsfähig ist (Art. 13 ZGB). Eine Person ist trotz Volljährigkeit nicht mündig, wenn sie entmündigt und unter Vormundschaft oder elterliche Sorge gestellt worden ist. Der Begriff "mündig" enthält somit zwei Elemente, nämlich "mündig" im Sinne von volljährig und "nicht entmündigt". Weil das revidierte Erwachsenenschutzrecht die Entmündigung nicht mehr kennt, hätte der Begriff "mündig" lediglich noch den Sinn von "volljährig". Eine terminologische Anpassung drängt sich deshalb auf. Nach dem künftigen Recht besitzt die Handlungsfähigkeit, wer volljährig und urteilsfähig ist. In Bezug auf den französischen ("majeur") und italienischen ("maggiorenne") Text besteht kein Anpassungsbedarf.

Volljährigkeit

(Art. 14)

Weil nach Artikel 13 VE ZGB die Handlungsfähigkeit besitzt, wer volljährig und urteilsfähig ist, muss die vorliegende Bestimmung festhalten, dass nicht mehr "mündig", sondern "volljährig" ist, wer das 18. Lebensjahr zurückgelegt hat. Auch der Randtitel ist entsprechend anzupassen.

Urteilsfähigkeit

(Art. 16)

Urteilsfähigkeit nach Artikel 16 ZGB ist die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Diese Fähigkeit kann wegen verschiedener Schwächezustände fehlen. Entsprechend dem neuen Erwachsenenschutzrecht (Art. 377) soll die stigmatisierende Bezeichnung "Geisteskrankheit" durch den umfassenderen Begriff der "psychischen Störung" ersetzt werden, für die bisherige "Geistesschwäche" wird der Ausdruck "geistige Behinderung" vorgeschlagen. Die "Trunkenheit" des geltenden Rechts wird inskünftig mit "Rausch" umschrieben. Damit sind vorübergehende toxische Bewusstseinsstörungen gemeint, also insbesondere der Alkohol- oder Drogenrausch. Aber auch Willensbeeinträchtigungen unter Hypnose werden erfasst.

Handlungsunfähigkeit

(Art. 17)

Handlungsunfähig sind nach Artikel 17 ZGB urteilsunfähige, unmündige oder entmündigte Personen. Die Bestimmung enthält nur in Bezug auf die letzte Personengruppe eine Änderung, weil das revidierte Erwachsenenschutzrecht keine Entmündigung mehr kennt. Handlungsunfähig sind künftig Personen, die unter umfassender Beistandschaft stehen.

Urteilsfähige handlungsunfähige Personen

Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.9.1)

Artikel 19 ZGB soll um die Artikel 19a, 19b und 19c ergänzt werden. Dabei handelt es sich grundsätzlich nicht um materielle Änderungen. Vielmehr geht es darum, in diesem wichtigen Bereich die geltende Rechtslage klarer und verständlicher darzustellen. Bürgerinnen und Bürger sollen aus dem Zivilgesetzbuch die wichtigen Eckpunkte des Handlungsfähigkeitsrechts entnehmen können. Die Artikel 410 und 411 ZGB betreffend eigenes Handeln der bevormundeten Person werden deshalb verallgemeinert und in das Personenrecht übergeführt.

Grundsatz

(Art. 19 Abs. 1 und 2)

Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können sich nur mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters durch ihre Handlungen verpflichten (Abs. 1). Diese Bestimmung umschreibt entsprechend Artikel 19 Absatz 1 und 410 Absatz 1 ZGB die Rechtsstellung beschränkt Handlungsunfähiger, d. h. grundsätzlich handlungsunfähiger Personen, die jedoch kraft ihrer Urteilsfähigkeit trotzdem am Rechtsleben teilnehmen können. Der Kreis beschränkt Handlungsunfähiger umfasst Minderjährige sowie volljährige Personen unter umfassender Beistandschaft (Art. 384 Abs. 2).

Ohne die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vermögen beschränkt handlungsunfähige Personen zum einen – in Übereinstimmung mit Artikel 19 Absatz 2 ZGB – unentgeltliche Vorteile zu erlangen, zum andern "geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens" zu besorgen (Abs. 2). Die letztere Regelung ist neu; sie ist vom deutschen Recht (§ 1903 Abs. 3, zweiter Satz BGB) inspiriert und trägt den Bedürf-

nissen der Praxis Rechnung. Die Ausübung höchstpersönlicher Rechte (Art. 19 Abs. 2 ZGB) wird inskünftig durch Artikel 19c VE ZGB geregelt.

Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

(Art. 19a)

Absatz 1 ergänzt den Grundsatz von Artikel 19 Absatz 1 VE ZGB durch die Aussage, dass die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ausdrücklich oder stillschweigend im Voraus oder im Nachhinein erteilt werden kann.

Der Geschäftspartner der urteilsfähigen handlungsfähigen Person wird frei, wenn die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, die er selber ansetzt oder durch das Gericht ansetzen lässt (Abs. 2). Die Regelung stimmt wörtlich mit Artikel 410 Absatz 2 ZGB überein, der materiell nicht nur für Personen unter Vormundschaft, sondern auch für Kinder unter elterlicher Sorge gilt. Die Unterbringung der Bestimmung im Personenrecht ist deshalb zweckmässiger.

Fehlen der Zustimmung

(Art. 19b)

Artikel 411 ZGB regelt die Folgen des Rechtsgeschäfts, das die urteilsfähige bevormundete Person ohne Zustimmung des Vormunds vorgenommen hat. Diese Bestimmung soll ebenfalls in das Personenrecht verlegt werden, damit sie für alle urteilsfähigen handlungsunfähigen Personen gilt. Erfolgt die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nicht, so kann jeder Teil die vollzogenen Leistungen zurückfordern, die handlungsunfähige Person haftet jedoch nur insoweit, als die Leistung zu ihrem Nutzen verwendet worden ist oder als sie zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäussert hat (Abs. 1). Hat die handlungsunfähige Person den andern Teil allerdings zur irrtümlichen Annahme ihrer Handlungsfähigkeit verleitet, so ist sie ihm für den verursachten Schaden verantwortlich (Abs. 2).

Höchstpersönliche Rechte

(Art. 19c)

Nach Artikel 19 Absatz 2 ZGB sind beschränkt Handlungsunfähige in Bezug auf so genannt höchstpersönliche Rechte, d. h. Rechte, "die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen" voll geschäftsfähig; sie können also ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters rechtswirksam handeln. Die Verleihung der Geschäftsfähigkeit für den höchstpersönlichen Bereich nach Artikel 19 Absatz 2 ZGB schliesst nicht zwangsläufig eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters aus. Die vorliegende Bestimmung soll an dieser Rechtslage nichts ändern. Folglich üben urteilsfähige handlungsunfähige Personen die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus (Abs. 1 erster Teilsatz). Materiell besagt Artikel 395 dasselbe. Das Gesetz sieht allerdings eine Reihe von Ausnahmen vor, wonach die Gültigkeit des vom beschränkt Handlungsunfähigen vorzunehmenden höchstpersönlichen Geschäfts an die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung geknüpft ist (vgl. Art. 90 Abs. 2, 94 Abs. 2, 260 Abs. 2, 265 Abs. 3 ZGB). Die Liste der zustimmungsbedürftigen Geschäfte, bei denen ungeachtet der Geschäftsfähigkeit der beschränkt hand-

lungsunfähigen Person die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Gültigkeitserfordernis ist, darf allerdings nicht durch Auslegung erweitert werden. Vorbehalten bleiben deshalb nur Fälle, in denen "das Gesetz" die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht (Abs. 1, zweiter Teilsatz).

Ist die handlungsunfähige Person – im Gegensatz zu dem in Artikel 19 Absatz 2 ZGB bzw. 19c Abs. 1 VE ZGB vorausgesetzten Fall – urteilsunfähig, so kann sie weder allein noch mit Zustimmung der gesetzlichen Vertretung rechtswirksam handeln. In Bezug auf die höchstpersönlichen Rechte ist dann zu prüfen, ob infolge Exklusivzuständigkeit ihres Rechtsträgers ein absolut höchstpersönliches Recht in Frage steht, d. h. ein Recht, dessen Ausübung seitens der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen und das im Falle der Urteilsunfähigkeit folglich jeder Ausübung entzogen ist, oder ob ein relativ höchstpersönliches Recht vorliegt, das im Fall der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person der Vertretung zugänglich ist (Abs. 2). Die Unterscheidung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten entspricht geltender Doktrin und Praxis.

Einschränkung der Handlungsfähigkeit

(Art. 19d)

Die Bestimmung ruft in Erinnerung, dass die Handlungsfähigkeit durch eine Massnahme des Erwachsenenschutzes eingeschränkt werden kann. Die Erwachsenenschutzbehörde hat diese Befugnis im Fall der Vertretungsbeistandschaft (Art. 381 Abs. 3, erster Satz). Demgegenüber haben die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 383 Abs. 2) und die umfassende Beistandschaft (Art. 384 Abs. 2) von Gesetzes wegen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person.

Wohnsitz. Aufenthalt zu einem Sonderzweck

(Randtitel und Art. 23^{bis} [*neu*]; Art. 26 [*Streichung*])

Während Artikel 23 Absatz 1 ZGB positiv festhält, dass der Wohnsitz einer Person sich am Ort befindet, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält, bestimmt Artikel 26 ZGB negativ, dass der Aufenthalt zu einem Sonderzweck, d. h. der Besuch einer Lehranstalt und die Unterbringung einer Person in einer Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt keinen Wohnsitz begründet. Der neu vorgeschlagene Artikel 23^{bis} regelt den Aufenthalt zu einem Sonderzweck – ohne materielle Änderung des geltenden Rechts, aber unter redaktioneller Überarbeitung – am systematisch richtigen Ort. Artikel 26 ZGB kann gestrichen werden.

Die neue Bestimmung nennt zwei Kategorien des Aufenthalts an einem Ort zu einem Sonderzweck, die keinen Wohnsitz begründen, auch wenn der Aufenthalt längere Zeit andauert. Bei der ersten Kategorie geht es um den Aufenthalt an einem Ort zwecks Ausbildung. Die zweite Kategorie erfasst den Aufenthalt in einer Einrichtung. Der Begriff der "Einrichtung" entspricht der "Erziehungs-, Versorgungs-, Heil- und Strafanstalt" nach Artikel 26 ZGB. Es geht um eine öffentliche oder private Institution, die mehrere Insassen zu einem Sonderzweck beherbergt. Keine Einrichtungen sind Pflegefamilien und Privatpersonen.

Die Bestimmung stellt ferner in Anlehnung an die bisherige Praxis klar, dass der Aufenthalt zu einem Sonderzweck "für sich allein" keinen Wohnsitz begründet. Damit

wird deutlich, dass die betroffene Person in gewissen Fällen an diesem Ort trotzdem ihren Lebensmittelpunkt im Sinn von Artikel 23 Absatz 1 ZGB und damit Wohnsitz haben kann. Dies trifft insbesondere bei urteilsfähigen mündigen Person zu, die freiwillig in ein Alters- und Pflegeheim eintreten, um dort den Lebensabend zu verbringen, also die Absicht haben, sich dort dauernd aufzuhalten. Zu beachten ist indessen, dass der "Anstaltsaufenthalt" nach dem Bundesgesetz vom 24. Juni 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (Zuständigkeitsgesetz, ZUG; SR 851.1) selbst dann, wenn er freiwillig ist, keinen öffentlich-rechtlichen Unterstützungswohnsitz begründet (vgl. Art. 5 ZUG).

Wohnsitz Minderjähriger

(Art. 25 Randtitel und Abs. 2)

Minder- oder volljährige bevormundete Personen haben nach Artikel 25 Absatz 2 ZGB ihren Wohnsitz am Sitz der Vormundschaftsbehörde und nicht am Wohnsitz des Vormunds oder der Vormündin. Daraus folgt auch, dass nur eine Vormundschaft, nicht aber eine Beistand- oder Beiratschaft einen abgeleiteten Wohnsitz begründet.

Im neuen Recht stellt sich die Frage, ob für die umfassende Beistandschaft (Art. 384), die der bisherigen Vormundschaft entspricht, noch eine spezielle Regelung vorzusehen oder ob nicht eine einheitliche Lösung vorzuziehen ist. Der Vorentwurf optiert für die zweite Variante. Der abgeleitete Wohnsitz nach Artikel 25 Absatz 2 ZGB soll inskünftig nur für Minderjährige, d. h. für bevormundete Kinder gelten. Volljährige Personen, die unter einer wie auch immer gearteten Beistandschaft stehen, sollen keinen abgeleiteten Wohnsitz am Sitz der Erwachsenenschutzbehörde haben. Für diese Personen werden inskünftig die allgemeinen Regeln nach den Artikeln 23 und 24 ZGB gelten. Damit ist die Behörde am Ort zuständig, an dem die betroffene Person auch tatsächlich lebt.

Im Zusammenhang mit dem Wohnsitz sind an die Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB) geringe Anforderungen zu stellen. Wechselt eine in dieser Frage urteilsunfähige Person ihren Aufenthaltsort, so wird ihr bisheriger Wohnsitz nach Artikel 24 Absatz 1 ZGB perpetuiert.

An der Wohnsitzregelung für Kinder unter elterlicher Sorge wird materiell nichts geändert. Die Bestimmung wird aber der neuen Terminologie angepasst.

Die Sammelvermögen

Vorbemerkungen

Heute regelt Artikel 393 Ziffer 5 ZGB die Beistandschaft "bei öffentlicher Sammlung von Geldern für wohltätige oder andere dem öffentlichen Wohl dienenden Zwecke, solange für die Verwaltung oder Verwendung nicht gesorgt ist". Die Bestimmung hat im neuen Erwachsenenschutzrecht, das ausschliesslich die Sorge für natürliche Personen regelt, keinen Platz mehr.

Das Gleiche gilt für Artikel 393 Ziffer 4 ZGB. Nach dieser Bestimmung ist bei einer Körperschaft (Art. 52 ff. ZGB) oder Stiftung (Art. 80 ff. ZGB) ein Beistand nach Vormundschaftsrecht zu ernennen, wenn die erforderlichen Organe mangeln und nicht auf andere Weise für die Verwaltung gesorgt ist. Der Bundesrat hat bereits in der Botschaft vom 19. Dezember 2001 zur Revision des Obligationenrechts (GmbH-Recht; BBl 2002, S. 3148 ff.: Art. 731b, 819, 910a E OR sowie Art. 69a und 83 E

ZGB) die erforderlichen Ersatzmassnahmen vorgesehen und Streichung von Artikel 393 Ziffer 4 ZGB beantragt.

Eine Beistandschaft für Sammelvermögen ist bisher sehr selten angeordnet worden. Dies ist wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass in zahlreichen Kantonen öffentliche Sammlungen bewilligungspflichtig sind. Das gilt aber nicht in allen Kantonen. Eine ersatzlose Streichung von Artikel 393 Ziffer 5 ZGB rechtfertigt sich deshalb nicht. Für die Schaffung einer Ersatzlösung spricht auch die finanzielle Bedeutung des Sammelwesens in der Schweiz. Ein Mindestmass an staatlicher Eingriffsmöglichkeit in diesem Bereich dürfte notwendig sein.

Da das Sammelvermögen eine unselbständige Stiftung ist, rechtfertigt es sich, die neue Regelung nach den Vorschriften über die Stiftung (Art. 80–89^{bis} ZGB) einzufügen. Das Sammelvermögen ist aber keine juristische Person. Daher müssen die Bestimmungen in einem gesonderten Abschnitt eingereiht werden.

Der neue Artikel 89^{ter} enthält eine bundesrechtliche Minimalvorschrift zur Kontrolle öffentlicher Sammlungen für gemeinnützige Zwecke. Den Kantonen steht es wie bisher nach Artikel 6 ZGB frei, schärfere verwaltungsrechtliche Bestimmungen zu erlassen, beispielsweise die Bewilligungspflicht einzuführen und bei Sammeln ohne Bewilligung die Beschlagnahme des Sammelvermögens vorzusehen.

Inhaltlich wird die Regelung nur geringfügig geändert. Neu wird der zuständigen Behörde ermöglicht, das Sammelvermögen einem Verein oder einer Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuzuwenden. Die Zuständigkeit wird ferner neu umschrieben.

Fehlende Verwaltung bei Sammelvermögen

(Art. 89^{ter} [neu])

Absatz 1 regelt zunächst die Voraussetzungen für das Eingreifen der Behörde. Gegenüber dem bisherigen Artikel 393 Ziffer 5 ZGB werden nur redaktionelle Änderungen vorgenommen. Vorausgesetzt wird, dass bei einer Sammlung für gemeinnützige Zwecke für die Verwaltung oder Verwendung des Sammelvermögens nicht gesorgt ist. Der Begriff "wohltätig" wird weggelassen, da er im Oberbegriff "gemeinnützig" aufgeht. Es kann sich um die Sammlung von Geld oder Naturalien (z. B. Altkleider) handeln. Mit der Umschreibung "nicht gesorgt" wird ein erheblicher Mangel in der Verwaltung oder Verwendung vorausgesetzt. Der Mangel kann sich auch aus der Unerreichbarkeit des Sammlungszwecks und Problemen bei der Bestimmung eines Ersatzzwecks ergeben. Die Bestimmung verpflichtet die Behörde, – entsprechend dem Einleitungssatz des bisherigen Artikels 393 ZGB – das Erforderliche anzuordnen. Dabei ist insbesondere an vorsorgliche Massnahmen zu denken wie Sperrung von Bankkonten, Untersagung der Verfügung über das Sammelvermögen.

Absatz 2 nennt die wichtigsten Massnahmen, welche die Behörde ergreifen kann. Einerseits kann sie einen Sachwalter ernennen. Dieser neue Begriff wird eingeführt, da im revidierten Erwachsenenschutzrecht der Beistand oder die Beiständin ausschliesslich für die Betreuung natürlicher Personen zuständig ist. Der Sachwalter hat ein Inventar des Sammelvermögens aufzunehmen, es zu verwalten, gegebenenfalls die Sammlung weiterzuführen und das Sammelvermögen seinem Zweck entsprechend einzusetzen. Andererseits kann die Behörde das Sammelvermögen selbst einem Verein oder einer Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuwenden. Diese Befugnis lehnt sich an Artikel 83 Absatz 3 ZGB an und soll in einfachen Fällen

eine rasche Erledigung ermöglichen, vor allem wenn die Sammlungstätigkeit abgeschlossen und das Sammelvermögen vollständig erfasst ist.

Nach Absatz 3 sind die Vorschriften des Erwachsenenschutzrechts sinngemäss auf die Sachwalterschaft anwendbar. Es gelten die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung (Art. 382), über die Ernennung des Beistands, die Führung der Beistandschaft und die Verantwortlichkeit. Die Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde sind von der nach Artikel 89^{quater} zuständigen Behörde wahrzunehmen.

Zuständigkeit für Sammelvermögen

(Artikel 89^{quater} [neu])

Nach Absatz 1 ist der Kanton örtlich zuständig, in dem das Sammelvermögen in seinem Hauptbestandteil verwaltet worden ist. Diese Regelung lehnt sich an den bisherigen Artikel 396 Absatz 2 ZGB an.

Neu ist die sachliche Zuständigkeit einer kantonalen Behörde. Da die Beistandschaft für Sammelvermögen sehr selten ist, rechtfertigt es sich, eine kantonale Behörde zuständig zu erklären, die mit der Kontrolle der privaten Wohlfahrtspflege vertraut ist. Absatz 2 sieht daher die Zuständigkeit der kantonalen Stiftungsaufsichtsbehörde vor, sofern der Kanton nicht eine andere Behörde für zuständig erklärt, beispielsweise die Behörde, die sich mit der Bewilligung von Sammlungen befasst. Den Beschwerdeweg regeln die Kantone.

2.5.2 Familienrecht

Vorbemerkungen

"Die Vormundschaft", bis anhin die Dritte Abteilung des Familienrechts, wird im Rahmen der vorliegenden Revision ersetzt durch "Der Erwachsenenschutz" (Art. 360–455 ZGB). Im Folgenden geht es somit um die übrigen Änderungen des Familienrechts. Dabei sind zwei Gruppen zu unterscheiden: Der Grossteil der Revisionsvorschläge betrifft Anpassungen an das Erwachsenenschutzrecht oder terminologische Neuerungen. Neu ist der Fünfte Abschnitt des Achten Titels des ZGB über "Die Wirkungen des Kindesverhältnisses" mit der Überschrift "Minderjährige unter Vormundschaft" (Art. 327a–327c ZGB).

Was die terminologischen Änderungen angeht, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Einmal soll der Ausdruck "Vormundschaftsbehörde" im Erwachsenenschutzrecht durch Erwachsenenschutzbehörde und im Kindesrecht durch Kindesschutzbehörde ersetzt werden. Die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde wird zur Aufsichtsbehörde.
- Sodann sollen die Ausdrücke "unmündig" und "mündig" wegfallen und durch "minderjährig" und "volljährig" bzw. die entsprechenden "Dingwörter" (Substantive) wie Mündigkeitsalter oder Volljährigkeit ersetzt werden. Im französischen und italienischen Text bleibt es dagegen wie bisher bei "mineur/minorenne" und "majeur/maggiorenne". Auch der Begriff der "Entmündigung", für den im geltenden französischen und italienischen Gesetzestext kein Pendant gibt, entfällt im neuen Recht, so dass verschiedene Bestimmungen entsprechend anzupassen sind.

2.5.2.1 Eherecht

Verlobung

(Art. 90 Abs. 2)

Nach dem geltenden Recht werden Unmündige oder Entmündigte ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch ihre Verlobung nicht verpflichtet. Diese Schutzvorschrift soll im neuen Recht für Minderjährige beibehalten werden.

Nachdem der Vorentwurf bei volljährigen Personen unter umfassender Beistandschaft keine Zustimmung des Beistands zur Heirat verlangt (Art. 94 Abs. 2), soll konsequenterweise auch das Verlöbnis nicht mehr dem Zustimmungserfordernis unterliegen.

Ehefähigkeit

(Art. 94 Abs. 2)

Nach dem geltenden Recht bedarf die entmündigte urteilsfähige Person zur Eingehung der Ehe der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Der gesetzliche Vertreter darf die Zustimmung aber nicht aus Gründen verweigern, die mit Artikel 14 BV, d. h. mit dem Recht auf Ehe unvereinbar sind. Zu berücksichtigen sind ausschliesslich Gesichtspunkte der vormundschaftlichen Fürsorge, etwa ökonomische Interessen der entmündigten Person bzw. gesundheitliche, geistige oder sittliche Gefahren, die ihr aus der beabsichtigten Ehe erwachsenen könnten. In der Praxis wird die Zustimmung nur in ganz seltenen Fällen verweigert. Der Vorentwurf verzichtet auf die Bestimmung. Damit können auch Personen unter umfassender Beistandschaft, wenn sie urteilsfähig sind, ohne Zustimmung des Beistands heiraten.

Veränderung der Verhältnisse

(Art. 179 Abs. 1)

Die Bestimmung handelt von der Abänderung oder Aufhebung der Eheschutzmassnahmen. Das Gesetz behält dabei die Zuständigkeit "der vormundschaftlichen Behörden" vor, wo es sich um den persönlichen Verkehr und die Kinderschutzmassnahmen handelt. An die Stelle der "vormundschaftlichen Behörden" tritt neu die "Kinderschutzbehörde".

Ehevertrag. Vertragsfähigkeit

(Art. 183 Abs. 2)

Nach dem bisherigen Artikel 183 Absatz 2 ZGB bedürfen Unmündige oder Entmündigte für den Abschluss eines Ehevertrags der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. "Unmündige" ist durch "Minderjährige" zu ersetzen.

Im neuen Recht gibt es keine Entmündigten mehr. An deren Stelle treten Personen unter umfassender (Art. 384) oder einer anderen Beistandschaft, die auch den Abschluss eines Ehevertrags erfasst (vgl. Art. 381 Abs. 1).

Entgegen der bisherigen Regelung (Art. 421 Ziff. 9 ZGB) fallen Eheverträge nicht mehr unter die Geschäfte, die von Gesetzes wegen der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen (vgl. Art. 404 Abs. 1). Neben dem Beistand oder der

Beiständin muss auf jeden Fall auch die urteilsfähige verbeiständete Person selber dem Vertrag zustimmen. Hat der Ehevertrag aber eine grosse Tragweite, kann der Beistand oder die Beiständin von sich aus das Geschäft gestützt auf Artikel 405 Absatz 2 der Erwachsenenschutzbehörde zur Genehmigung vorlegen.

2.5.2.2 Kindesrecht

Anerkennung. Zulässigkeit und Form

(Art. 260 Abs. 2)

Analog zu Artikel 183 Absatz 2 tritt an die Stelle von unmündig "minderjährig" und an die Stelle von entmündigten Personen treten Personen unter umfassender Beistandschaft oder für welche die Erwachsenenschutzbehörde eine entsprechende Anordnung getroffen hat (siehe hierzu Art. 384 und 383 Abs. 1). Neu wird statt von den Eltern oder dem Vormund vom gesetzlichen Vertreter gesprochen. Dieser Begriff umfasst bei Minderjährigen die Eltern (Art. 304 Abs. 1 ZGB) oder den Vormund bzw. die Vormündin (Art. 327a Abs. 1 ZGB), bei Volljährigen den Beistand bzw. die Beiständin.

Klagefrist

(Art. 260c Abs. 2, Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2)

Auch in diesen beiden Bestimmungen handelt es sich nur um redaktionelle Bereinigungen. Neu wird statt auf das Mündigkeitsalter auf die Volljährigkeit (vgl. Art. 14) abgestellt. Dieser Begriff stellt nur noch auf ein bestimmtes Alter ab. Im Gegensatz dazu ging es bisher bei der Mündigkeit sowohl um das Mündigkeitsalter wie um das Nicht-entmündigt-sein.

Adoption Minderjähriger

(Randtitel zu Art. 264 ff.)

Im Randtitel zu den Artikeln 264 ff. ZGB ist aus terminologischen Gründen in Übereinstimmung mit den Artikeln 13, 14 und 17 VE ZGB "A. Adoption Unmündiger" durch "A. Adoption Minderjähriger" zu ersetzen. In der Sache ändert sich nichts.

Adoption. Zustimmung des Kindes

(Art. 265 Abs. 3)

Künftig ist die Zustimmung der Kindesschutzbehörde statt der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde erforderlich.

Adoption einer volljährigen Person

(Randtitel zu Art. 266, Art. 266 Abs. 1, Einleitungssatz, Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3)

An die Stelle von "B. Adoption Mündiger und Entmündigter" tritt aus terminologischen Gründen im Randtitel "B. Adoption einer volljährigen Person".

Der Einleitungssatz von Absatz 1 beginnt fortan in Übereinstimmung mit dem neuen Randtitel mit "Fehlen Nachkommen, so darf eine volljährige Person adoptiert werden

...". In der Sache ändert sich nichts. In Absatz 1 Ziffer 2 und in Absatz 3 wird statt auf die Unmündigkeit auf die Minderjährigkeit verwiesen.

Heimat

(Art. 267a)

Hier ist "Das unmündige Kind" zu ersetzen durch "Das minderjährige Kind".

Adoptionsverfahren

(Art. 268 Abs. 3)

Der dritte Absatz des Artikels 268 ZGB regelt die Auswirkungen der Tatsache, dass ein minderjähriges Kind während des Adoptionsverfahrens volljährig wird. In Übereinstimmung mit den Artikeln 13, 14 und 17 VE ZGB ist denn auch "mündig" durch "volljährig" und "Adoption Unmündiger" durch "Adoption Minderjähriger" zu ersetzen.

Adoptivkindervermittlung

(Art. 269c Abs. 2, zweiter Teilsatz ZGB)

Statt der Vermittlung durch vormundschaftliche Organe bleibt inskünftig die Vermittlung durch die Organe des Kindesschutzes vorbehalten.

Festsetzung des persönlichen Verkehrs

(Art. 275 Abs. 1)

Während Artikel 275 Absatz 1 ZGB sowohl die sachliche wie die örtliche Zuständigkeit für Anordnungen über den persönlichen Verkehr durch die Vormundschaftsbehörde betrifft, muss inskünftig nur noch die sachliche Zuständigkeit geregelt werden: Für Anordnungen über den persönlichen Verkehr ist die Kindesschutzbehörde zuständig. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem geplanten Verfahrensgesetz.

Unterhaltsrecht

Dauer der Unterhaltspflicht

(Art. 277 Abs. 1)

Artikel 277 ZGB handelt von der Dauer der elterlichen Unterhaltspflicht. Der bisherige Text von Absatz 1, wonach diese Pflicht "bis zur Mündigkeit" dauert, ist zu ersetzen durch "bis zur Volljährigkeit".

Verträge über die Unterhaltspflicht

(Art. 287 Abs. 2 und Art. 288 Abs. 2 Ziff. 1)

Sowohl Artikel 287 Absatz 2 ZGB wie Artikel 288 Absatz 2 Ziffer 1 ZGB sehen Zuständigkeiten der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit Verträgen über die Unterhaltspflicht vor: Einerseits geht es um die Zustimmung zur

Unabänderlichkeit von festgelegten Unterhaltsbeiträgen, andererseits um die Genehmigung einer Abfindung des Kindes für seinen Unterhaltsanspruch. Angesichts der erhöhten Anforderungen an die neue Kinderschutzhbehörde im Verhältnis zur bisherigen Vormundschaftsbehörde rechtfertigt es sich, die Kinderschutzhbehörde nun auch für diese Fälle für zuständig zu erklären.

Elterliche Sorge. Voraussetzungen

(Art. 296)

Diese grundlegende Bestimmung über die Voraussetzungen der elterlichen Sorge wird wie folgt geändert:

- In Absatz 1 wird statt auf die Unmündigkeit auf die Minderjährigkeit verwiesen.
- In Absatz 2 geht es um die Beantwortung der Frage, welchen Eltern die elterliche Sorge von Gesetzes wegen nicht zustehen kann. Das sind einmal "Unmündige", die neu als "Minderjährige" bezeichnet werden. Der zweite Unfähigkeitsgrund der Entmündigung ist im neuen Recht nicht mehr vorgesehen. Er wird ersetzt durch die umfassende Beistandschaft nach Artikel 384. Da anzunehmen ist, dass inskünftig weniger umfassende Beistandschaften als bisher Entmündigungen angeordnet werden, wird der Anwendungsbereich der Bestimmung eingeschränkt. Wo dies als Mangel empfunden wird, ist die Entziehung der elterlichen Sorge nach den Artikeln 311 f. ZGB angezeigt.

Elterliche Sorge unverheirateter Eltern

(Art. 298 Abs. 1^{bis} [neu] und 2)

Auf gemeinsamen Antrag unverheirateter Eltern soll inskünftig die Kinderschutzhbehörde die elterliche Sorge auch auf den Vater übertragen können, wenn dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist (Abs. 1^{bis}).

In Absatz 2 werden die Voraussetzungen auf Seiten der Mutter Minderjährigkeit statt Unmündigkeit sowie umfassende Beistandschaft statt Entmündigung. Zuständig ist die Kinderschutzhbehörde statt die Vormundschaftsbehörde.

Gemeinsame elterliche Sorge

(Art. 298a Abs. 1^{bis} [neu] und Abs. 2)

Der neue Absatz 1^{bis}, der die gemeinsame elterliche Sorge Unverheirateter regelt, füllt eine Gesetzeslücke, die allerdings nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der gesamten Revision steht. Es geht um den Fall, dass einer der beiden unverheirateten Elternteile, welche gemeinsam die elterliche Sorge innehaben, stirbt. In diesem Fall soll die elterliche Sorge von Gesetzes wegen dem überlebenden Elternteil zustehen. Das entspricht der Regelung von Artikel 297 Absatz 3 ZGB über verheiratete Eltern und der Auslegung der missverständlichen Formulierung von Artikel 134 Absatz 3 ZGB für den Fall des Todes eines geschiedenen Elternteils, dem nach Artikel 133 Absatz 3 ZGB die gemeinsame elterliche Sorge mit dem geschiedenen Partner zusteht.

In Absatz 2 wird die "vormundschaftliche Aufsichtsbehörde" durch die "Kinderschutzhbehörde" ersetzt. Angesichts der von Bundesrechts wegen erhöhten Anforder-

rungen an die Zusammensetzung der Kinderschutzhilfe drängt sich diese Zuständigkeit auf.

Vertretung

(Art. 304 Abs. 3 und Art. 305)

Die Artikel 304 Absatz 3 und 305 Absatz 1 ZGB verweisen für die Vertretung der Kinder unter elterlicher Sorge und für deren Handlungsfähigkeit auf die Regelung für die Vertretung des Bevormundeten (mit Ausnahme der Bestimmungen über die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden). Die Handlungsfähigkeit Minderjähriger wird indessen im neuen Artikel 17 ZGB, im bisherigen Artikel 18 ZGB und in den neuen Artikeln 19–19c ZGB geregelt. Für das Kind unter elterlicher Sorge werden diese Bestimmungen ergänzt durch Artikel 323 Absatz 1 ZGB. Der Verweis auf das Vormundschaftsrecht für diesen Bereich und insbesondere Artikel 305 Absatz 1 ZGB können deshalb gestrichen werden.

Indessen enthält Artikel 304 Absatz 3 ZGB in Übereinstimmung mit Artikel 305 Absatz 1 ZGB für das Kind unter elterlicher Sorge nicht nur die grundsätzliche Verweisung auf die Rechtsstellung des bevormundeten Kindes, sondern verweist auch auf die Artikel 408–412 ZGB. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

- Artikel 408 ZGB wird im Vorentwurf durch Artikel 304 Absatz 3 ersetzt. In Übereinstimmung mit Artikel 399 Absatz 1 des Erwachsenenschutzes können Eltern in Vertretung des Kindes keine Bürgschaften eingehen, keine erhebliche Schenkungen vornehmen und keine Stiftungen errichten.
- Artikel 409 Absatz 1 ZGB erübrigt sich angesichts der generellen Pflicht der Eltern gemäss Artikel 301 Absatz 2 ZGB, in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Was Artikel 409 Absatz 2 ZGB betrifft, so enthält die Bestimmung eine Regelung, die sich von selbst versteht.
- Die bisherigen Artikel 410 und 411 ZGB gehen in den Artikeln 19 ff. VE ZGB auf.
- Artikel 412 ZGB, den es ja in dieser Form auch für den Erwachsenenschutz nicht mehr gibt, erübrigt sich für Minderjährige angesichts des Artikels 323 Absatz 1 ZGB.

Verhinderung und Interessenkollision

(Art. 306 Abs. 2 und 3)

Der bisherige Artikel 306 Absatz 2 ZGB verweist auf die Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Artikel 392 Ziffer 2 ZGB, wenn die Eltern in einer Angelegenheit Interessen haben, die denen des Kindes widersprechen. Im neuen Recht hat aber das Wort "Vertretungsbeistandschaft" als wichtiger Fall der Beistandschaft für Erwachsene eine andere Bedeutung (siehe Artikel 381 ff.). Die Verweisung auf die Vertretungsbeistandschaft ist mithin fehl am Platz. Der neue Artikel 306 Absatz 2 bestimmt direkt, was bei Interessenkonflikten zu geschehen hat. Die Befugnisse der Eltern entfallen nach Absatz 3 von Gesetzes wegen für die Angelegenheit, in der widersprechende Interessen bestehen. Die Regelung lehnt sich an Artikel 391 an.

Entziehung der elterlichen Sorge

(Randtitel zu den Art. 311 und 312, Art. 311 Abs. 1, Einleitungssatz, Art. 312, Einleitungssatz)

Die geltenden Artikel 311 und 312 ZGB sehen unterschiedliche Zuständigkeiten für die Entziehung der elterlichen Sorge vor: In krasseren Fällen der Gefährdung des Kindeswohls ist die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde, in den als Eingriff in die elterliche Sorge weniger schwerwiegenden Fällen ist die Vormundschaftsbehörde zuständig. Im Hinblick auf die erhöhten Anforderungen an die Kindesschutzbehörde empfiehlt es sich, im neuen Recht einheitlich die Kompetenz zur Entziehung der elterlichen Sorge diesem Fachgericht (Art. 443 Abs. 1) zuzuweisen. Neu wird deshalb zwischen der Entziehung der elterlichen Sorge von Amtes wegen und auf Ersuchen der Eltern unterschieden. Der Randtitel von Artikel 312 unterstellt, dass die Eltern mit der Einwilligung in eine künftige Adoption durch ungenannte Dritte *implicite* darum nachsuchen, dass ihnen die elterliche Sorge nicht mehr zusteht.

Örtliche Zuständigkeit und Verfahren im Kindesschutzrecht

(Art. 314 und 314a sowie Art. 315 ZGB)

Da die örtliche Zuständigkeit und das Verfahren im Erwachsenenschutzrecht nicht mehr im ZGB, sondern in einem eigenen Bundesgesetz geregelt werden, soll wegen des engen Zusammenhangs zwischen Erwachsenenschutz und Kindesschutz die gleiche Systematik auch im Kindesschutzrecht gelten. Artikel 314 begnügt sich deshalb mit einem blossen Verweis auf das Verfahrensgesetz. Auch der bisherige Artikel 315 ZGB über die örtliche Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen entfällt. Artikel 314a ZGB, der bis anhin das Verfahren bei fürsorgerischer Freiheitsentziehung (in Zukunft "fürsorgerische Unterbringung" genannt) regelte, wird durch Artikel 315 VE ZGB ersetzt, soweit die Regelung nicht in das Verfahrensgesetz überführt wird.

Behandlung einer psychischen Störung

(Art. 315)

Unter dem neuen Randtitel "Behandlung einer psychischen Störung" wird analog dem bisherigen Artikel 314a ZGB die Brücke geschlagen zwischen der "fürsorgerischen Unterbringung" im Rahmen des Erwachsenenschutzes (Art. 416 ff.) und dem analogen Rechtsinstitut für Minderjährige. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass nach Artikel 327c Absatz 1 dem Vormund oder der Vormündin anders als den Eltern und anders als bis anhin nach Artikel 405a Absatz 2 ZGB *in fine* das Recht zur fürsorgerischen Unterbringung nicht mehr zusteht.

Die materiellen Voraussetzungen für eine fürsorgerische Unterbringung des Kindes finden sich in Artikel 310 Absatz 1 ZGB, der die "überwachte Erziehung" und die Behandlung einer psychischen Störung im Sinne von Artikel 5 Ziffer 1 Buchstaben d und e EMRK miteinschliesst. Da die Kindesschutzbehörde ein Gericht ist, muss nicht mehr ein spezielles Rechtsmittel an ein Gericht gewährleistet werden. Die Verfahrensgarantien finden sich inskünftig im Verfahrensgesetz. Indessen soll bei Minderjährigen, die an einer psychischen Störung leiden, neben der Kindesschutzbehörde gleich wie bei Volljährigen auch die vom kantonalen Recht bezeichneten Ärztinnen und Ärzte eine fürsorgerische Unterbringung anordnen können. Zudem sollen sinngemäss die gleichen rechtsstaatlichen Grundsätze für die Entlassung, das Verfahren,

die periodische Überprüfung, die Behandlung der psychischen Störung und die Rechtsmittel gelten. Artikel 315 Absatz 1 verweist deshalb auf die Artikel 421–423, 425 und 427–430.

Nach Artikel 314a Absatz 2 ZGB kann das Kind erst nach zurückgelegtem 16. Altersjahr gerichtliche Beurteilung der ihm gegenüber angeordneten fürsorgerischen Unterbringung verlangen. Die feste Altersgrenze dient zwar der Rechtssicherheit, erscheint aber im Lichte von Artikel 11 Absatz 2 der neuen Bundesverfassung problematisch. Der Vorentwurf setzt deshalb in Absatz 2 für das Ergreifen von Rechtsmitteln nur noch Urteilsfähigkeit voraus (vgl. auch Art. 94 Abs. 1 ZGB und insbesondere den bisherigen Art. 420 Abs. 1 ZGB). Dies scheint umso mehr gerechtfertigt, als inskünftig nicht nur gegen die Unterbringung, sondern auch gegen die Behandlung ein bundesrechtliches Rechtsmittel zur Verfügung steht.

Zuständigkeit in eherechtlichen Verfahren

(Art. 315a und 315b)

Im Rahmen der Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen unterscheidet das ZGB bis anhin zwischen dem, was (für die örtliche Zuständigkeit) "im allgemeinen" gilt (bisheriger Art. 315 ZGB), und dem, was im eherechtlichen Verfahren gilt (bisherige Art. 315a ZGB und Art. 315b ZGB). Die örtliche Zuständigkeit im Allgemeinen soll inskünftig im Verfahrensgesetz geregelt werden. Mithin verbleiben von diesen drei Artikeln nur noch die zwei im ZGB, die auf Kinderbelange im eherechtlichen Verfahren Bezug nehmen. Diese finden sich nunmehr unter dem Randtitel "VII^{bis}. Zuständigkeit in eherechtlichen Verfahren" in den Artikeln 315a und 315b. Diese Bestimmungen übernehmen im Wesentlichen die bisherige Regelung. Im Hinblick auf den neuen Artikel 311 tritt aber die Kindesschutzbehörde an die Stelle der "vormundschaftlichen Behörden".

Ende der Verwaltung. Rückerstattung

(Art. 326)

Bei dieser Bestimmung über die Rückerstattung nach dem Ende der Verwaltung des Kindesvermögens durch die Eltern als Inhaber der elterlichen Sorge geht es um terminologische Neuerungen. Das Kindesvermögen ist an das "volljährige" statt an das "mündige" Kind oder an den "gesetzlichen Vertreter" statt "an den Vormund oder Beistand des Kindes" herauszugeben. Der neue Ausdruck "gesetzlicher Vertreter" erfasst neben dem Vormund und neben dem allenfalls auf die Volljährigkeit hin ernannten neurechtlichen Beistand oder der Beiständin (Art. 377 ff.) auch den Beistand nach Artikel 325 Absatz 1 ZGB.

Ersatz von Ausdrücken

An die Stelle der bisherigen Vormundschaftsbehörde tritt fortan entweder die Erwachsenenschutzbehörde oder die Kindesschutzbehörde. In einer Liste werden alle Bestimmungen angegeben, bei denen der Ausdruck "Vormundschaftsbehörde" durch "Kindesschutzbehörde" ersetzt wird.

An mehreren Stellen des bisherigen Familienrechts ist nicht von der "Vormundschaftsbehörde", sondern von "vormundschaftlichen Behörden" die Rede. Auch dort tritt im neuen Recht regelmässig der Ausdruck "Kindesschutzbehörde" an die Stelle

des bisherigen Ausdrucks. Da es hier jeweils um mehr als eine terminologische Änderung geht, sind die einzelnen Fälle im neuen Gesetzestext und im Begleitbericht ausdrücklich festgehalten worden.

Minderjährige unter Vormundschaft

Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.9.2)

Der "Achte Titel" des ZGB über "Die Wirkungen des Kindesverhältnisses" hört seit der Schaffung des ZGB mit dem Vierten Abschnitt über "Das Kindesvermögen" (Art. 318–327 ZGB) auf. Der bedeutsame Fall, dass Kinder unter Vormundschaft stehen, ist in der Dritten Abteilung des Familienrechts über "Die Vormundschaft" (Art. 360–455 ZGB) geregelt. Nach dem Vorentwurf soll indessen fortan diese Dritte Abteilung des Familienrechts nur noch dem Erwachsenenschutz gewidmet sein. Das hat zur Folge, dass die Bestimmungen betreffend die Vormundschaft über unmündige Personen systematisch richtig im Kindesrecht unterzubringen sind. Sie sollen als letzter Abschnitt dem Titel über "Die Wirkungen des Kindesverhältnisses" im Anschluss an den Abschnitt über "Die elterliche Sorge" (Art. 296–327) angefügt werden. Beim Minderjährigenschutz geht es primär um den Ersatz für die fehlende elterliche Sorge, so dass die Vormundschaft über Minderjährige der Sache nach eine Kindesschutzmassnahme *in optima forma* darstellt, die nicht nur die Person des Minderjährigen, sondern auch sein Vermögen erfasst. Allerdings werden gewisse Wechselbeziehungen zwischen dem Erwachsenenschutz und der nach wie vor so genannten Vormundschaft über Minderjährige bestehen bleiben. So verweisen die Absätze zwei und drei des Artikels 327c VE ZGB ergänzend auf den Erwachsenenschutz.

Grundsatz

(Art. 327a [neu])

Die Bestimmung übernimmt inhaltlich Artikel 368 ZGB: Jede unmündige Person, die sich nicht unter elterlicher Sorge befindet, gehört unter Vormundschaft. Wie bis anhin wird es in der Regel vom Wegfall der elterlichen Sorge an bis zur Ernennung des Vormunds oder der Vormündin ein Zwischenstadium geben, an dessen Ende zunächst einmal verbindlich erkannt werden muss, dass der Tatbestand der Bestimmung eingetreten ist, bevor der Vormund ernannt wird. In der Expertenkommission umstritten war die Frage, ob für den Amtsträger der Ausdruck "Vormund/Vormündin" beibehalten werden soll oder ob auch hier fortan von "Beistand/Beiständin" die Rede sein sollte. Die Kommission hat sich letztlich für die Beibehaltung der Ausdrücke "Vormund/Vormündin" und "Vormundschaft" entschieden. "Beistandschaft" mag weniger stigmatisierend als "Vormundschaft" sein. Doch liegen zunächst einmal die Dinge bei den minderjährigen Betreuten insofern anders als bei den volljährigen, als der Mangel, der zur Massnahme führt, gerade nicht bei ihnen liegt. Die Lösung hat auch den Vorteil, dass die Hauptmassnahme gegenüber Minderjährigen klar von den im Kinderschutz vorgesehenen Beistandschaften und gegenüber den Erwachsenenschutzmassnahmen abgegrenzt wird. Hinzu kommt, dass bei der Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts von unseren deutschsprachigen Nachbarländern weder Österreich seinen "Sachwalter" auch für Minderjährige vorgesehen hat noch Deutschland den "Betreuer" an die Stelle des "Vormunds" Minderjähriger treten liess. In der weltweit geltenden UN-Konvention über die Rechte des Kindes ist einerseits neben den "Eltern" die Rede von des "Vormunds oder anderer für das Kind gesetzlich verantwortlicher Personen" (Art. 3 Abs. 2 bzw. Art. 5 UKRK), andererseits aber

auch ganz einfach von "der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds" (Art. 14 Abs. 2 UKRK) oder von "die Eltern und den Vormund" (Art. 18 Abs. 2 UKRK).

Der zweite Absatz deckt sich formal weitgehend und inhaltlich völlig mit dem bisherigen Artikel 368 Absatz 2 ZGB über die Mitteilungspflicht von Behörden, die vom Eintritt eines solchen "Falles" (statt "Bevormundungsfalles") Kenntnis erhalten.

Rechtsstellung des Kindes

(Art. 327b [neu])

Unter dem Titel "Rechtsstellung" wird in den neuen Artikeln 327b und 327c die Rechtsstellung des Kindes einerseits, des Vormund oder der Vormündin andererseits umschrieben.

Nach Artikel 327b hat das Kind unter Vormundschaft die gleiche Handlungsfähigkeit wie das Kind unter elterlicher Sorge. Damit wird zunächst einmal auf die Artikel 17 und 19 ff. VE ZGB verwiesen, die nicht zwischen bevormundeten und nicht bevormundeten minderjährigen Personen unterscheiden. Der Verweis erfasst aber auch Artikel 323 Absatz 1 ZGB. Die in der Doktrin kontrovers beurteilte Frage, ob Artikel 323 Absatz 1 ZGB auch für bevormundete Minderjährige gelte, wird somit durch den Gesetzgeber im bejahenden Sinne entschieden.

Rechtsstellung des Vormunds oder der Vormündin

(Art. 327c [neu])

Die Bestimmung erläutert die Rechtsstellung des Vormunds oder der Vormündin als vom Gesetz nach Artikel 327a VE ZGB vorgesehenen Elternersatz. Der erste Absatz enthält gewissermassen als Gegenstück zu Artikel 327b VE ZGB die Aussage, dass der Vormund oder die Vormündin grundsätzlich die gleichen Rechte haben wie die Eltern. Das stand schon bis anhin mit Bezug auf die Personensorge in Artikel 405 Absatz 2 ZGB, also für jenen Bereich, dem eine besondere Personennähe zukommt. Wie bisher ist auch in Zukunft diese Bestimmung namentlich für die Personensorge ein Stückweit *cum grano salis* zu verstehen; so hat etwa der Vormund sicher nicht wie die Eltern das Kind im Sinne von Artikel 302 Absatz 1 ZGB "seinen Verhältnissen entsprechend" zu erziehen. Das hat indes schon die bisherige Lehre problemlos bewältigt. Die neue Fassung bezieht sich aber auch auf die Vertretung des Kindes und auf die Verwaltung des Kindesvermögens.

Zwei Vorbehalte bringt Absatz 1 an. Zunächst einmal gilt die Gleichheit zwischen Eltern und Vormund nicht für die fürsorgerische Unterbringung. Während die Eltern von sich aus im Sinne überwachter Erziehung ein Kind ohne Zustimmung einer Behörde in eine Einrichtung einweisen können, in welcher es in seiner Freiheit über das Übliche hinaus beschränkt wird (also materiell eine fürsorgerische Unterbringung anordnen können), steht dieses Recht dem Vormund, obwohl er sonst über den Aufenthalt des Kindes analog den Eltern entscheidet, nicht zu. Nach bisherigem Recht hatte der Unmündigenvormund wie der Erwachsenenvormund für den Fall, dass Gefahr im Verzuge liegt, das Recht, die bevormundete Person in fürsorgerischer Freiheitsentziehung unterzubringen (Art. 405a Abs. 1 ZGB *in fine* und Art. 406 Abs. 2 ZGB). Diese Zuständigkeiten fallen nun weg. Im Übrigen hält Absatz 1 ausdrücklich fest, dass keine Kindesschutzmassnahmen für bevormundete Kinder angeordnet werden können. Wird der Vormund seiner Aufgabe nicht gerecht, ist er zu ersetzen.

Nach Absatz 2 sind die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die Mitwirkung der Behörden sinngemäss anwendbar. Das bezieht sich primär auf die Artikel 403–406 (Prüfung der periodischen Berichte und Rechnungen sowie zustimmungspflichtige Geschäfte). In der Sache ist das nichts Neues.

Was die übrigen Bestimmungen des Erwachsenenschutzes angeht, finden diese nach dem dritten Absatz auf den Unmündigenvormund entsprechende Anwendung. Rechtstechnisch handelt es sich um eine dem bisherigen Artikel 367 Absatz 3 ZGB ähnelnde Regel, wonach für den Beistand mangels besonderer Vorschriften die Bestimmungen über den Vormund Anwendung finden. Für die entsprechende Anwendung in Frage kommt mithin die Gesamtheit der Bestimmungen über den Beistand oder die Beiständin des Erwachsenenschutzrechts (Art. 386–415), mit Ausnahme der Regeln über die Mitwirkung der Behörden (Art. 403–406), die nach Absatz 2 nicht nur entsprechende Anwendung finden.

2.5.2.3 Die Hausgewalt. Verantwortlichkeit des Familienhauptes

(Art. 333 Abs. 1 und 2)

Die Verantwortlichkeit des Familienhauptes nach Artikel 333 ZGB beruht auf der Verursachung eines Schadens durch einen unmündigen, entmündigten, geisteschwachen oder geisteskranken Hausgenossen. Weil das künftige Erwachsenenschutzrecht keine Entmündigung mehr kennt, ist auf die Schädigung durch eine Person unter umfassender Beistandschaft (Art. 384) abzustellen. In terminologischer Hinsicht werden die Begriffe "unmündig" durch "minderjährig" (vgl. Art. 13 VE ZGB) und "geisteschwach oder geisteskrank" durch "geistige Behinderung oder psychische Störung" (vgl. Art. 377 Abs. 1 Ziff. 1) ersetzt.

Forderung der Kinder und Grosskinder

(Art. 334 Abs. 1)

Der Begriff "mündig" wird durch "volljährig" ersetzt.

2.5.3 Erbrecht

Erbvertrag

(Art. 468 ZGB)

Nach geltendem Recht ist beim Erbvertrag (Art. 468 ZGB) für jene Partei, die als Erblasser von Todes wegen verfügt, volle Handlungsfähigkeit erforderlich, also Urteilsfähigkeit, Mündigkeit und keine Entmündigung. Stellvertretung und Zustimmung fallen wegen Höchstpersönlichkeit ausser Betracht. Für das künftige Recht ist am Erfordernis der Mündigkeit im Sinne der Volljährigkeit festzuhalten. Deswegen ist – entsprechend der letztwilligen Verfügung (Art. 467 ZGB) – zu formulieren: Wer urteilsfähig ist und das 18. Altersjahr zurückgelegt hat, kann als Erblasser einen Erbvertrag abschliessen (Abs. 1).

Nach geltendem Recht kann eine entmündigte Person, selbst wenn sie urteilsfähig ist, nur durch Testament, nicht aber als Vertragserblasser verfügen. Als Neuerung wird vorgeschlagen, Personen, die unter umfassender Beistandschaft stehen oder deren Beistandschaft den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, die Errichtung eines Erbvertrags zu gestatten, aber die Zustimmung der Beiständin oder des Beistands zu

verlangen (Abs. 2). Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht erforderlich; Artikel 404 Absatz 1 Ziffer 3 bezieht sich nur auf Erbverträge, welche die verbeiständete Person als Gegenkontrahent eingeht. Für die vorgeschlagene Lösung spricht, dass es gelegentlich im wohlverstandenen Interesse der verbeiständeten Person liegen kann, einen Erbvertrag abzuschliessen; man denke etwa an den Erbvertrag unter Ehegatten. Allerdings ist erforderlich, dass die verbeiständete Person die für den Erbvertrag nötige Urteilsfähigkeit besitzt.

Für den Geschäftsabschluss unter Zustimmungsvorbehalt durch eine Person, deren Beistandschaft den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, kommt nicht eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 381), sondern nur eine Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 383) in Frage, da der Abschluss eines Erbvertrags auf Erblasserseite ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft im Sinne des neuen Artikels 19c darstellt, für das jede Vertretung ausgeschlossen ist.

Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen pflichtteilsgeschützten Erben

(Art. 492a und 531)

Eltern von geistig schwer behinderten Kindern stehen immer wieder vor dem Problem, dass sie zwar ihr ganzes Vermögen bzw. die entsprechende Quote gerne ihrem behinderten Kind hinterlassen, es aber als wenig sinnvoll erachten, dass nach dem Tod des Kindes dessen Nachlass aufgrund des gesetzlichen Erbrechts an Verwandte geht, die sich möglicherweise nie um das Kind mit einer geistigen Behinderung gekümmert haben.

Im schweizerischen Erbrecht herrscht die Maxime der Höchstpersönlichkeit der Verfügung von Todes wegen. Dies bedeutet den Ausschluss der Vertretung in der Willensbildung und Willenserklärung; nötig ist persönliches Handeln des Erblassers. Wird das Kind nie testierfähig, so vererbt sich sein Nachlass zwingend nach den Regeln über die Intestaterbfolge. Die Eltern können nur über ihren eigenen Nachlass, nicht aber über jenen ihres Kindes mit einer geistigen Behinderung verfügen. Daran ist grundsätzlich festzuhalten.

Nach Artikel 488 Absatz 1 ZGB ist der Erblasser befugt, in seiner Verfügung den eingesetzten Erben als Vorerben zu verpflichten, die Erbschaft einem andern als Nacherben auszuliefern. Die Praxis anerkennt auch die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest. Damit vermag der Erblasser den Vorerben von den gesetzlichen Pflichten und Beschränkungen, welche die Stellung eines Vorerben mit sich bringt, zum Teil oder ganz zu befreien. Der Nacherbe ist auf dasjenige eingesetzt, was von der Erbschaft bei Eintritt der Nacherbfolge – im Zeitpunkt des Todes des Vorerben, wenn die Verfügung es nicht anders bestimmt – noch übrig ist. Massgebend für den Umfang der Befreiung des Vorerben ist der Wille des Erblassers. In der Regel ist davon auszugehen, dass der Vorerbe das Ererbte für seinen Lebensunterhalt verbrauchen darf, wie er will. Er darf nur keine Schenkungen vornehmen und nicht von Todes wegen über das verbleibende Vermögen verfügen. Das kann aber ein Mensch mit einer geistigen Behinderung, wenn er urteilsunfähig ist, ohnehin nicht.

Im geltenden Recht ist eine Nacherbeneinsetzung gegenüber einem pflichtteilsberechtigten Erben im Umfang des Pflichtteils ungültig (Art. 531 ZGB). Der Vorentwurf will das ändern. Nach dem neuen Artikel 492a Absatz 1 kann der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen, wenn ein pflichtteilsgeschützter Erbe dauernd urteilsunfähig ist. Somit können die Eltern in einer Verfügung von Todes wegen ihr urteilsunfähiges Kind als Vorerben und eine weitere Person als

Nacherben auf den Überrest einsetzen. Das gilt auch für die Pflichtteile. Artikel 531 ZGB wird entsprechend angepasst.

Ergänzend sieht der Vorentwurf zwei gesetzliche Neuerungen vor, deren Wirkungen der Erblasser allerdings auch rechtsgeschäftlich mittels Resolutivbedingung anordnen könnte. Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist hinfällig, wenn der pflichtteilsgeschützte, dauernd urteilsunfähige Erbe seinerseits Nachkommen, d. h. pflichtteilsgeschützte Erben, hinterlässt (Abs. 1). Zudem fällt die Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen dahin, sobald der pflichtteilsgeschützte Erbe urteilsfähig wird (Abs. 2).

Das Kind vor der Geburt

(Art. 544 Abs. 1^{bis} [neu])

Diese Bestimmung ergänzt Artikel 544 ZGB betreffend die erbrechtliche Stellung des Kindes vor der Geburt. Die Kindesschutzbehörde soll inskünftig die Befugnis haben, ihm einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen. Dies ist in gewissen Fällen unabdingbar, namentlich bei Interessenkollision zwischen Mutter und *nasciturus*. Deshalb erfolgt die Ernennung des Beistands oder der Beiständin, wenn es zur Wahrung der Kindesinteressen nötig ist. Somit erübrigt sich die Regelung von Artikel 393 Ziffer 3 zweiter Teil ZGB, wonach zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt ein Beistand oder eine Beiständin zu ernennen ist, wenn einem Vermögen die nötige Verwaltung fehlt. Unverändert bleibt indes Artikel 605 Absatz 1 ZGB: Ist beim Erbgang auf ein noch nicht geborenes Kind Rücksicht zu nehmen, so muss die Erbteilung bis zum Zeitpunkt seiner Geburt verschoben werden.

Inventar und Erbschaftsverwaltung

(Art. 553 Abs. 1 und 554 Abs. 3)

Hier handelt es sich um Anpassungen an die neuen Massnahmen des Erwachsenenschutzes und an die neue Terminologie. Zu Art. 554 Abs. 3 vgl. auch Ziff. 2.2.2.4.

2.5.4 Sachenrecht

Vertretung des Gläubigers

(Art. 823)

Ist der Name oder Wohnort eines Grundpfandgläubigers unbekannt, kann nach Artikel 823 Absatz 1 ZGB von der Vormundschaftsbehörde ein Beistand ernannt werden. Es handelt sich hier um einen der wenigen Fälle von Beistandschaften, die nach dem Einleitungssatz zum bisherigen Artikel 392 ZGB errichtet werden können, "wo das Gesetz es besonders vorsieht". Nun gibt es zwar im neuen Erwachsenenschutzrecht keine entsprechende Bestimmung mehr. Das Fehlen eines bekannten Grundpfandgläubigers gleicht aber derart den im Erwachsenenschutz geregelten Konstellationen (siehe etwa Art. 377 Abs. 1 Ziff. 2 oder Art. 391), dass nichts im Wege steht, auch für diesen Fall eine Beiständin oder einen Beistand zu bestellen. Angesichts der Ähnlichkeit des hier vorliegenden Tatbestands und der entsprechenden Rechtsfolge mit anderen Beistandschaften, ist es naheliegend, die Zuständigkeit zur Ernennung dieses Beistands oder dieser Beiständin der Erwachsenenschutzbehörde zuzuerkennen. Im Übrigen ist der Ausdruck "Unterpfund" für das verpfändete Grund-

stück heute nicht mehr geläufig. Im Vorentwurf wird er deshalb durch den gebräuchlichen Ausdruck "das verpfändete Grundstück" ersetzt (siehe etwa Art. 804 Abs. 1 ZGB und Art. 806 Abs. 1 ZGB).

2.5.5 Schlusstitel

Erwachsenenschutz

(Art. 14 und 14a)

Die bisherigen Bestimmungen des Schlusstitels ZGB gelten, sofern nicht besondere intertemporale Regeln vorgesehen werden, auch bei späteren Revisionen. Für die geänderten Bestimmungen des Personen-, Kindes-, Erb- und Sachenrechts braucht es deshalb keine besonderen übergangsrechtlichen Vorschriften. Vielmehr finden – neben Artikel 2 und 3 – insbesondere die Artikel 5, 12 und 16 Absatz 3 Schlusstitel ZGB Anwendung.

Das Übergangsrecht zum Erwachsenenschutzrecht wird in Artikel 14 Schlusstitel geregelt. Artikel 14a über die fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Änderung des ZGB vom 6. Oktober 1978) kann gestrichen werden.

Artikel 14 Absatz 1 übernimmt inhaltlich die intertemporale Regelung zum Vormundschaftsrecht von 1907: Für den Erwachsenenschutz gilt das neue Recht, sobald das revidierte Bundesrecht in Kraft getreten ist. Dementsprechend stehen Personen, denen nach bisherigem Recht die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts unter umfassender Beistandschaft (Art. 384; Art. 14 Abs. 2, zweiter Satz SchlT). Das gilt, gleichgültig, ob die Person, der die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist, unter Vormundschaft oder unter elterliche Sorge gestellt worden ist. Die Inhaber der elterlichen Sorge sind inskünftig die Beistände oder Beiständinnen ihrer Kinder, unterliegen aber nach Artikel 408 von Gesetzes wegen weder der Inventarpflicht noch der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage noch der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen. An ihrer bisherigen Rechtsstellung ändert sich deshalb nichts Wesentliches. Zu bedenken ist indessen, dass für widerrechtliches Handeln von Beiständinnen und Beiständen inskünftig der Kanton direkt haftet.

Im Hinblick auf die massgeschneiderten Massnahmen des neuen Rechts ist es ohne weiteres denkbar, dass inskünftig keine umfassende Beistandschaft, sondern eine andere Beistandschaft genügt. Artikel 14 Absatz 2, zweiter Satz verpflichtet deshalb die Erwachsenenschutzbehörde, von Amtes wegen sobald wie möglich und auf jeden Fall vor Ablauf von drei Jahren seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Das heisst, dass jeder Fall überprüft und abgeklärt werden muss, ob eine weniger einschneidende Massnahme genügt. Dass eine umfassende Beistandschaft von Amtes wegen aufzuheben ist, sobald kein Grund dafür mehr besteht, ergibt sich bereits aus Artikel 385 Absatz 2, der mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts sofort anwendbar ist.

Die Beistandschaften und Beiratschaften des bisherigen Rechts (Art. 392 ff. ZGB), haben zwar Parallelen im neuen Recht. Von Gesetzes wegen können sie aber nicht in eine neue Massnahme überführt werden. Artikel 14 Absatz 3 bestimmt deshalb, dass diese Massnahmen mit den Wirkungen des bisherigen Rechts bis längstens drei Jahre seit dem Inkrafttreten weiterdauern. Ist bis zu diesem Zeitpunkt von Amtes wegen oder auf Antrag der betroffenen oder einer ihr nahe stehenden Person keine

Massnahme des neuen Rechts angeordnet worden, so fallen die Beistandschaften oder Beiratschaften des bisherigen Rechts von Gesetzes wegen dahin.

Auch wenn die Beistandschaften und Beiratschaften für eine Übergangszeit mit den Wirkungen des bisherigen Rechts bestehen bleiben, gelten für die Amtsführung des Beistands oder Beirats und die Rechtsmittel die Bestimmungen des neuen Rechts.

Die Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung entsprechen grundsätzlich denjenigen der fürsorgerischen Unterbringung. Besondere intertemporale Vorschriften braucht es nicht. Die Massnahme bleibt rechtsgültig, auch wenn sie eine unter neuem Recht nicht mehr zuständige Behörde oder Stelle angeordnet hat (vgl. im Übrigen Art. 59 VE Verfahrensgesetz). Die Behandlung einer psychischen Störung richtet sich ab Inkrafttreten in jedem Fall nach den Artikeln 427 ff.

Was mit Verfahren, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens hängig sind, zu geschehen hat, regelt das Verfahrensgesetz.

Ergänzende kantonale Anordnungen

(Art. 52 Abs. 3 und 4)

Vorgeschlagen wird, für die kantonalen Ausführungsbestimmungen inskünftig nicht mehr die Genehmigung des Bundes, sondern nur noch eine Meldepflicht vorzusehen. Die Regelung des heutigen Absatzes 4 überzeugt nicht. Zudem geht die Bedeutung der kantonalen Anordnungen im Hinblick auf die schweizerische Zivilprozessordnung und das Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, die in Vorbereitung sind, zurück. Weiterhin einer Genehmigung des Bundes sollen allerdings die kantonalen Anordnungen zum Registerrecht (Zivilstandsregister, Grundbuch und Handelsregister) bedürfen.

2.6 Änderung anderer Erlasse

2.6.1 Vorbemerkung

Im Anhang zum Vorentwurf werden das Obligationenrecht, das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, das Bundesgesetz über die politischen Rechte, das Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer und das Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger dem neuen Recht angepasst. Es gibt noch weitere anpassungsbedürftige Erlasse, z. B. das Strafgesetzbuch, das Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, das Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition oder das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer. Diese Anpassungen sollen im Rahmen des bundesrätlichen Entwurfs erfolgen. In der Regel wird es sich nur um redaktionelle Anpassungen handeln.

2.6.2 Obligationenrecht

Stellvertretung

(Art. 35 Abs. 1)

Nach geltendem Recht erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung, sofern nicht das Gegenteil "vereinbart" ist (Art. 35 Abs. 1 OR; SR 220). Dies entspricht der älteren Doktrin, welche die Vollmacht als Bestandteil des Auftrags bezeichnete. Demgegenüber unterscheidet die neuere Anschauung zwischen Auftrag und Voll-

macht und versteht letztere als einseitiges Rechtsgeschäft des Vollmachtgebers. Der Ausdruck "vereinbart" wird deswegen durch den Begriff "angeordnet" ersetzt.

Der Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten hat nach geltendem Recht das Erlöschen der Vollmacht zur Folge. Inskünftig soll auf den Verlust der "entsprechenden" Handlungsfähigkeit abgestellt werden. Darunter fällt neben der umfassenden Beistandschaft (Art. 384) eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 381), die gerade jenen Bereich abdeckt, der *in casu* Gegenstand der Vollmacht bildet.

Hinderung und Stillstand der Verjährung

(Art. 134 Abs. 1 Ziff. 2)

Das geltende Recht kennt den Stillstand der Verjährung während der Dauer einer Vormundschaft. Er betrifft alle Forderungen zwischen den entsprechenden Personen. Der Stillstand gilt auch, wenn die Forderung keinen Zusammenhang mit der vormundschaftlichen Massnahme hat. Demgegenüber kennt das geltende Recht keine entsprechende Regelung bei Beistandschaften. Das ist unbefriedigend, weil es von Zufälligkeiten abhängen kann, ob eine Beistandschaft oder eine Vormundschaft angeordnet wird. Wohl hindert die Beistandschaft die verbeiständete Person rechtlich nicht daran, gegen den Beistand oder die Beiständin gerichtlich vorzugehen. Wenn ihr aber ein Beistand ernannt worden ist, weil sie für ihre eigenen Angelegenheiten nicht mehr selber sorgen kann, wird sie auch nicht mehr in der Lage sein, gegen ihren Beistand oder ihre Beiständin zu klagen. Insofern rechtfertigt sich ein Stillstand der Verjährungsfrist, unabhängig davon, ob die Massnahme einen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit hat oder nicht.

Weil die verbeiständete Person einen direkten Haftpflichtanspruch gegen den Kanton, nicht aber gegen den Beistand oder die Beiständin selber hat (Art. 452), werden gegenüber diesen Personen praktisch ausschliesslich Forderungen betroffen, die keinen direkten Zusammenhang mit der Massnahme selber haben. Da auch die Behördenmitglieder nicht mehr persönlich haften, muss die Forderung gegenüber dem Kanton erwähnt werden. Dabei handelt es sich um Forderungen aus der Verantwortlichkeit für Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts. Auf die Verjährung anderer Forderungen gegenüber dem Kanton, die keinen Zusammenhang mit dem Erwachsenenschutz haben, wie beispielsweise Steuerrückforderungen, hat die Bestimmung keinen Einfluss.

Persönliche Fähigkeit des Schenkers

(Art. 240 Abs. 2 und 3)

Das geltende Recht verlangt in Bezug auf Schenkungen bei fehlender Handlungsfähigkeit des Schenkers namentlich die Beobachtung der Vorschriften des "Vormundschaftsrechts" (Art. 240 Abs. 2 OR). Da der Begriff der Vormundschaft inskünftig nur noch für Minderjährige verwendet wird (Art. 327a ff. VE ZGB), werden die Vorschriften des "Kindes- und Erwachsenenschutzrechts" zu beobachten sein (Abs. 2).

Für das der Pauliana nachgebildete Anfechtungsrecht der Vormundschaftsbehörde bei Entmündigung wegen Verschwendung (Art. 240 Abs. 3 OR) ist im revidierten Erwachsenenschutzrecht kein Raum (Aufhebung von Abs. 3).

Verpflichtung des Beauftragten

(Randtitel und Art. 397a [neu])

Zusätzlich zu den "Verpflichtungen des Beauftragten" beim einfachen Auftrag (Art. 397 ff. OR) wird durch die vorgeschlagene Bestimmung unter dem Randtitel "Informationspflicht" eine weitere Verpflichtung aufgeführt, die dem Schutz von Hilfsbedürftigen dient. Tritt beim Auftraggeber ein voraussichtlich dauernder Verlust der Urteilsfähigkeit ein, so hat der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers zu benachrichtigen, sofern eine solche Meldung zur Interessenwahrung als angezeigt erscheint.

Auftrag. Beendigung

(Art. 405 Abs. 1)

Artikel 405 Absatz 1 OR ist schon bis anhin für den Auftrag das Gegenstück zu Artikel 35 Absatz 1 OR für die Vollmacht. Wenn daher in der letzteren Bestimmung der "Verlust der Handlungsfähigkeit" durch den Verlust der "entsprechenden" Handlungsfähigkeit ersetzt wird, so drängt es sich auf, in der vorliegenden Parallelnorm den gleichen Ausdruck zu verwenden.

Beendigung der einfachen Gesellschaft

(Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3)

Nach geltendem Recht wird die einfache Gesellschaft aufgelöst, wenn der Liquidationsanteil eines Gesellschafters zur Zwangsverwertung gelangt oder ein Gesellschafter in Konkurs fällt oder bevormundet wird (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Der letztere Beendigungsgrund soll durch das Nachfolgeinstitut der Entmündigung, d. h. die umfassende Beistandschaft, ersetzt werden.

Kommanditgesellschaft. Auflösung, Liquidation, Verjährung

(Art. 619 Abs. 2, zweiter Satz)

Die Entmündigung des Kommanditärs wird durch die umfassende Beistandschaft ersetzt.

2.6.3 Bundesgesetz über die politischen Rechte

(Art. 2)

Wer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche "entmündigt" ist, hat keine politischen Rechte (Art. 136 Abs. 1, erster Satz BV). Mit Rücksicht auf diese Bestimmung wurde Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte (SR 161.1) durch das Bundesgesetz vom 21. Juni 2002 (AS 2002, S. 3193) aufgehoben, weil die Norm mit dem Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung auf den 1. Januar 2000 vollumfänglich auf Verfassungsstufe verankert ist. Mit dem Inkrafttreten des revidierten Erwachsenenschutzrechts wird das Rechtsinstitut der Entmündigung aufgehoben, obwohl der Begriff auf Verfassungsstufe weiterlebt. Die vorgeschlagene Bestimmung interpretiert die Verfassung, indem vom Stimmrecht in

eidgenössischen Angelegenheiten inskünftig ausgeschlossen ist, wer unter umfassender Beistandschaft steht.

2.6.4 Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer

(Art. 4)

Anpassungsbedarf besteht in Bezug auf das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1975 über die politischen Rechte der Auslandschweizer (SR 161.5). Nach Artikel 4 dieses Erlasses ist vom Stimmrecht in eidgenössischen Angelegenheiten ausgeschlossen, wer nach schweizerischem Recht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt ist und wer aus den gleichen Gründen im Ausland entmündigt wurde, sofern die Entmündigung auch nach schweizerischem Recht hätte ausgesprochen werden können. Vorgeschlagen wird, dass der Ausschluss inskünftig Personen trifft, die nach schweizerischem Recht unter umfassender Beistandschaft stehen oder die durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden, oder für die nach ausländischem Recht aufgrund ihrer fehlenden Urteilsfähigkeit eine Massnahme des Erwachsenenschutzes besteht, welche die Handlungsfähigkeit entfallen lässt.

2.6.5 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs

Zustellung der Betreuungsurkunden

(Art. 60, erster Satz)

Für die Ernennung eines gesetzlichen Vertreters für den verhafteten Schuldner gemäss Artikel 371 ZGB durch die Vormundschaftsbehörde ist im SchKG (SR 281.1) kein Raum.

Betreibung minderjähriger Schuldner und volljähriger Schuldner unter Beistandschaft oder vertreten durch einen vorsorgebeauftragte Person

(Randtitel und Art. 68c, Randtitel und Art. 68d)

Das geltende Recht unterscheidet zwischen der Betreuung von Schuldnern unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft (Art. 68c Randtitel SchKG) und Schuldner unter Beistandschaft (Art. 68d Randtitel SchKG). Vorgeschlagen wird, inskünftig zwischen der Betreuung minderjähriger Schuldner und volljähriger Schuldner unter Beistandschaft oder mit Vorsorgeauftrag zu unterscheiden. Ist der Schuldner minderjährig, so werden die Betreuungsurkunden dem gesetzlichen Vertreter zugestellt (Art. 68c Abs. 1, erster Satz). Im Fall einer Beistandschaft nach Artikel 325 ZGB erhalten sowohl der Beistand bzw. die Beiständin wie die Inhaber der elterlichen Sorge die Betreuungsurkunden, sofern die Ernennung dem Betreibungsamt mitgeteilt wurde (Art. 68c Abs. 1, zweiter Satz). Der Verweis auf die Artikel 412 und 414 ZGB soll entfallen (Art. 68c Abs. 2). Absatz 3 von Artikel 68c SchKG ist aufzuheben, weil die Verwaltungsbeiratschaft nach Artikel 395 Absatz 2 ZGB in der Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung aufgeht und neu in Artikel 68d geregelt wird.

In Bezug auf volljährige Schuldner wird folgende Lösung vorgeschlagen: Ist ein Beistand oder eine vorsorgebeauftragte Person für die Vermögensverwaltung des volljährigen Schuldners zuständig und hat die Erwachsenenschutzbehörde dies dem Betreibungsamt mitgeteilt, so werden die Betreuungsurkunden dem Beistand oder der vorsorgebeauftragten Person zugestellt (Art. 68d Abs. 1). Ist die Handlungs-

fähigkeit des Schuldners nicht eingeschränkt, so sind die Betreuungsurkunden auch diesem zuzustellen (Art. 68d Abs. 2).

Privilegierter Anschluss

(Art. 111 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 sowie Abs. 2)

In Anpassung an das neue Recht sollen bloss die Kinder des Schuldners für Forderungen aus dem elterlichen Verhältnis und volljährige Personen für Forderungen aus einem Vorsorgeauftrag den privilegierten Anschluss haben (Abs. 1 Ziff. 2), denn für den Beistand bzw. die Beiständin und den Vormund Unmündiger besteht direkte Staatshaftung. Der Begriff "mündig" wird durch "volljährig" ersetzt (Abs. 1 Ziff. 3). Absatz 2 ist entsprechend umzuformulieren.

2.6.6 Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger

(Art. 5 und Art. 7 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. a)

Vorgesprochen wird, das Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (SR 851.1) ohne materielle Änderung an das System und die Terminologie des revidierten Erwachsenenschutzrechts anzupassen. Dementsprechend ist eine "Anstalt" inskünftig eine "Einrichtung", die "Versorgung" wird als "Unterbringung" umschrieben, "mündige oder entmündigte" Personen sind inskünftig "volljährig", das "unmündige" Kind "minderjährig". Die (elterliche) "Gewalt" ist durch die "elterliche Sorge" zu ersetzen. Schliesslich wird die "Vormundschaftsbehörde" als "Kinderschutzbehörde" bezeichnet.

3 Auswirkungen der Vorlage

3.1. Personelle und finanzielle Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage delegiert in verschiedenen Punkten Rechtsetzungsbefugnisse an den Bundesrat (vgl. Ziff. 4.2). Die entsprechenden Bundesratsbeschlüsse können durch die Bundesverwaltung vorbereitet werden, ohne dass dafür zusätzliches Personal erforderlich ist.

Die Expertenkommission schlägt vor, dass der Bund die Aus- und Weiterbildung für Behördenmitglieder sowie für Personen, welche die Massnahmen durchführen, durch finanzielle Beiträge fördert (Art. 446 Abs. 2). Das Budget des Bundes für diese Bildungsoffensive dürfte 150 000 Franken nicht übersteigen.

3.2 Personelle und finanzielle Auswirkungen auf die Kantone

Die Auswirkungen der Vorlage auf die Kantone sind äusserst schwierig abzuschätzen. Das gilt in erster Linie für die neuen bundesrechtlichen Vorgaben an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 443). Einige Kantone dürften ihnen bereits genügen, so dass keine Umstrukturierungen erforderlich sind. Zudem ist offen, inwieweit bestehende Vormundschaftskommissionen ohne grösseren Aufwand zu einer gerichtlichen Fachbehörde umgestaltet werden können. Sicher ist aber auf jeden Fall, dass dort, wo der Gemeinderat als Vormundschaftsbehörde amtiert, Reorganisationen unabdingbar sind. Auch wenn nicht bundesrechtlich vorgeschrieben wird, dass die Behördenmitglieder vollberuflich tätig sind und die Kantone ein

weites Ermessen bei der inneren Organisation der Behörde geniessen, hat eine Professionalisierung ihren Preis. Aber auch die heutigen Strukturen haben ihren Preis. Das gilt nicht nur für die effektiven direkt anfallenden Kosten. Vielmehr sind auch indirekte Kosten in Rechnung zu stellen, wenn für hilfsbedürftige Menschen mangels Fachkompetenz nicht rechtzeitig, keine oder falsche Massnahmen angeordnet werden. Kommt hinzu, dass das neue Recht mit den Massnahmen nach Mass erhöhte Anforderungen an die Behörden stellt. Die Vorlage dürfte deshalb letztlich einen Reorganisationsprozess beschleunigen, den die Kantone über kurz oder lang ohnehin von sich aus hätten in Angriff nehmen müssen. Gewisse Kantone haben sich übrigens bereits reorganisiert oder sind daran, dies zu tun.

Zu beachten ist ferner, dass das neue Recht auch gewisse Vereinfachungen vorsieht. So enthält der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einen Katalog von Geschäften, die durch ein einzelnes Mitglied der Behörde erledigt werden dürfen. Durch die Konzentration des Kindes- und Erwachsenenschutzes in der Hand einer Fachbehörde werden zudem andere Behörden und Gerichte von einer schwierigen Aufgabe entlastet (vgl. dazu Ziff. 1.4.8). Zudem soll es inskünftig von Bundesrechts wegen nur noch eine Aufsichtsinstanz geben (Art. 444), so dass der Rechtsmittelweg verkürzt wird. Zu hoffen ist auch, dass die neuen Rechtsinstitute im Kapitel "eigene Vorsorge" (Art. 360 ff.) sowie die Vertretungsrechte von nahen Angehörigen (Art. 431 ff.) zu einer Entlastung der Behörden und ihrer Hilfspersonen führen.

Da bereits heute die obere Aufsichtsbehörde in ihrer Funktion als Rechtsmittelinstanz ein Gericht sein muss (BGE 118 Ia 473) und die administrative Aufsicht auch weiterhin einer Administrativbehörde übertragen werden darf, ergeben sich aus Artikel 444, abgesehen von der Einschränkung der Aufsichtsinstanzen, keine zwingenden Neuerungen.

Die Vorlage verpflichtet die Kantone, für geeignete Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten der Behördenmitglieder sowie der Personen, die Massnahmen des Erwachsenenschutzes durchführen, zu sorgen (Art. 446). Der Bund soll diese Bildungsoffensive, die eine unerlässliche flankierende Massnahme zum neuen Erwachsenenschutzrecht ist, unterstützen. Für die einzelnen Kantone sollten die entsprechenden Kosten deshalb nicht besonders ins Gewicht fallen. Schon heute hat sich die Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden für ein Aus- und Weiterbildungsangebot eingesetzt.

Nach Artikel 392 haben der Beistand und die Beiständin Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und Ersatz der Spesen, die durch das Gemeinwesen ausgerichtet werden und ganz oder teilweise der verbeiständeten Person belastet werden, wenn deren finanziellen Verhältnisse es erlauben. Die Kantone erlassen dazu Ausführungsbestimmungen. Diese neue Entschädigungsregelung ist etwas grosszügiger als die des geltenden Zivilgesetzbuches. Bei einem Berufsbeistand oder einer Berufsbeiständin bringt die Erhöhung aber auch Mehreinnahmen für die Staatskasse.

Durch die Ausdehnung der direkten Staatshaftung über den Bereich der fürsorglichen Freiheitsentziehung hinaus auf den gesamten Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes (Art. 451 ff.) dürften die Kantone kaum wesentlich mehr belastet werden. Haftungsfälle sind in der Praxis selten. Zudem haben gewisse Kantone bereits von sich aus die direkte Staatshaftung eingeführt.

Nicht für alle, aber doch für verschiedene Kantone neu ist die Verpflichtung, Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen untergebracht sind, zu beaufsichtigen (Art. 442). Der Inhalt dieser Aufsicht wird aber – abgesehen von der

Verpflichtung, diese Einrichtungen durch Fachpersonen unangemeldet zu besuchen – bundesrechtlich nicht vorgegeben. Die Kantone haben deshalb ein weites Ermessen bei der Erfüllung des Auftrags. Auf eine Aufsicht kann aber im Interessen der urteilsunfähigen Personen, den schwächsten Gliedern unserer Gesellschaft, nicht verzichtet werden.

Schliesslich haben die Kantone eine oder mehrere Stellen zu bezeichnen, bei der ein Vorsorgeauftrag zu Protokoll gegeben werden kann (Art. 361). Für die Tätigkeit dieser Stelle dürfen kostendeckende Gebühren verlangt werden, ausser es handelt sich um eine mittellose Person, die den Vorsorgeauftrag errichten will.

4 Rechtliche Grundlagen

4.1 Verfassungsmässigkeit

Der Gesetzesentwurf stützt sich auf Artikel 122 BV, der dem Bund die Zuständigkeit im Bereich des Zivilrechts überträgt.

4.2 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

Die Revisionsvorlage delegiert die Rechtsetzung in folgenden Punkten an den Bundesrat:

- Bezeichnung einer zentralen Stelle, die ein Register der Personen führt, die einen Vorsorgeauftrag erteilt haben (Art. 362 Abs. 1);
- Erlass von Ausführungsbestimmungen über die Anlage und Aufbewahrung des Vermögens (Art. 396 Abs. 3);
- Erlass von Bestimmungen betreffend die (administrative) Aufsicht über die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 444 Abs. 3).

5 Europarat

Die Vorlage berücksichtigt die Empfehlung No. R (99) 4 des Ministerkomitees betreffend den gesetzlichen Schutz hilfsbedürftiger Erwachsener.

Die Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung (Art. 416 ff.) tragen den Vorgaben von Artikel 5 EMRK und den Empfehlungen des Europäischen Komitees zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (CPT) Rechnung. Die Organisation der Behörden (Art. 443 und 444) ist auf Artikel 6 EMRK abgestimmt. Ferner werden mit dem Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen (Art. 370 ff.), der Patientenverfügung (Art. 373), den Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (434 ff.) und den Vorschriften über die Behandlung einer psychischen Störung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 427 ff.) die Artikel 6–9 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin umgesetzt. Der Bundesrat hat dem Parlament die Ratifikationsbotschaft bereits unterbreitet (BBI 2002, S. 271).

Schweizerische Vormundschaftsstatistik 2001 (alle Kantone)

Bestehende Massnahmen 31.12.2001 (Erwachsene)

	Entmündigungen				Beistandschaften				Beirat- schaften	FFE*	Total	Wohn- bevölke- rung	Fälle pro 1000 Einwohner
	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Art. 397a			
UR	81	11	1	29	16	20	34	74	22	* Die vorhan- denen An- gaben der Kantone zur FFE werden vorderhand nicht mehr publiziert, weil die Er- fassungs- grundlagen, namentlich bei den ärzt- lich verord- neten FFE, sehr unter- schiedlich sind und deshalb keine Ver- gleichs- grundlage hergeben.	288	34'777	8.28
SZ ¹	232	43	2	84	69	1	205	192	95		922	128'704	7.16
NW	57	0	0	12	16	18	59	49	28		239	37'235	6.42
OW	72	18	0	12	11	0	53	74	50		290	32'427	8.94
LU	1'017	66	2	208	81	141	184	851	374		2'924	350'504	8.34
ZG ²	128	6	0	36	20	21	45	114	34		404	100'052	4.04
GL ³	96	27	1	32	25	0	44	77	53		355	38'183	9.30
GR	415	54	1	80	114	149	108	155	447		1'523	187'058	8.14
SG	1'109	69	3	267	133	153	698	895	192		3'519	452'837	7.77
TG ⁴	417	22	3	79	86	4	356	510	131		1'604	228'875	7.01
SH	131	12	1	40	36	37	92	280	23		652	73'392	8.88
AI	27	2	2	16	10	0	18	56	7		138	14'618	9.44
AR	134	7	0	34	22	28	64	168	40		497	53'504	9.29
ZH	2'543	119	0	510	337	150	3'255	1'657	438		9'009	1'247'906	7.22
AG	1'026	44	4	299	294	157	505	836	623		3'788	547'493	6.92
SO	556	12	1	184	117	173	370	587	232		2'232	244'341	9.13
BL ⁵									169		0	259'374	0.00
BS ⁶	83 ⁶	29	0	394 ⁶	147	17 ⁶	270	991 ⁶	78		2'009	188'079	10.68
JU	137	13	2	59	12	211	-	208	16		658	68'224	9.64
BE	1'898	113	3	863	439	586	1'711	3'022	319		8'954	957'197	9.35
FR	487	104	12	819	123	-	285	1'135	456	3'421	241'706	14.15	
VS ⁷	576	228	7	214	61	0	323	280	822	2'511	272'399	9.22	
VD	1'048	92	8	1'295	360	-	1'198	1'670	266	5'937	640'657	9.27	
GE	821	36	-	119	92	38	848	494	44	2'492	413'673	6.02	
NE	436	52	2	422	43	118	2	432	69	1'576	167'949	9.38	
TI	376	20	1	446	556	782	131	535	22	2'869	306'846	9.35	
Total	13'903	1'199	56	6'553	3'220	2'799	10'858	15'342	5'050	0	58'980	7'288'010	8.09

Quelle: Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden

- 1 Art. 393 wird nicht erfasst
- 2 Nach Art. 385³: 12 Fälle
- 3 Nach Art. 298a: 3 Fälle
- 4 Art. 393 wird nicht erfasst
- 5 Der Kanton Basel-Landschaft erfasst die Massnahmen folgendermassen: 583 Vormundschaften (Mündige und Unmündige) – 169 Beiratschaften – 1510 Beistandschaften (Mündige und Unmündige, betr. Unmündigen sind die Beistandschaften nach Art. 147, 308, 309 enthalten)
- 6 Art. 369 inkl. Art. 369 und Art. 385³ / Art. 372 inkl. Art. 385³ / Art. 394 inkl. Kombination Art. 393 und 394
- 7 Nach Art. 385³: 184 Fälle

Inhaltsverzeichnis

1	Allgemeiner Teil	5
1.1	Das geltende Vormundschaftsrecht	5
1.2	Die Mängel des geltenden Rechts	6
1.3	Reformgeschichte	7
1.3.1	Vorarbeiten.....	7
1.3.2	Expertenkommission	8
1.3.3	Verfahrensgesetz	9
1.4	Die zentralen Revisionsanliegen.....	9
1.4.1	Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge.....	9
1.4.2	Stärkung der Solidarität in der Familie und Entlastung des Staates..	10
1.4.3	Massnahmen nach Mass	12
1.4.4	Verzicht auf die erstreckte elterliche Sorge	13
1.4.5	Beseitigung von Stigmatisierungen	15
1.4.6	Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der fürsorgliche Freiheitsentziehung	15
1.4.7	Besserer Schutz von urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen.....	16
1.4.8	Professionalisierung des Kindes- und Erwachsenenschutzes	18
1.4.8.1	Die organisatorischen Vorgaben des heutigen ZGB.....	18
1.4.8.2	Die von den Kantonen eingesetzten Behörden	18
1.4.8.3	Die Mängel der geltenden Regelung und die Revisionsvorschläge.....	19
1.4.9	Einbezug konnexer Rechtsbereiche und Verbesserung der Systematik des ZGB.....	20
1.4.9.1	Personenrecht	20
1.4.9.2	Kindesrecht.....	20
1.4.9.3	Beschränkung des Erwachsenenschutzes auf natürliche Personen	21
2	Besonderer Teil: Erläuterung des Vorentwurfs.....	21
2.1	Die eigene Vorsorge im Erwachsenenschutz	21
2.1.1	Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.1)	21
2.1.2	Der Vorsorgeauftrag im Allgemeinen	22
2.1.3	Der Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen.....	26
2.1.4	Die Patientenverfügung.....	28
2.2	Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes	30

2.2.1	Grundsätze.....	30
2.2.2	Die Beistandschaften	32
2.2.2.1	Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.3).....	32
2.2.2.2	Die Beistandschaften im Allgemeinen	32
2.2.2.3	Die Arten von Beistandschaften im Einzelnen	35
2.2.2.4	Ende der Beistandschaft.....	40
2.2.2.5	Der Beistand oder die Beiständin	41
2.2.2.6	Die Führung der Beistandschaft	46
2.2.2.7	Die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde.....	51
2.2.2.8	Besondere Bestimmungen für Angehörige	56
2.2.2.9	Das Ende des Amtes des Beistands oder der Beiständin.....	58
2.2.3	Die fürsorgerische Unterbringung.....	60
2.3	Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen	70
2.3.1	Vorbemerkungen (vgl. auch Ziff. 1.4.2 und 1.4.7)	70
2.3.2	Vertretung durch den Ehegatten	70
2.3.3	Vertretung bei medizinischen Massnahmen.....	72
2.3.4	Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen	74
2.4	Organisation des Erwachsenenschutzes, Verschwiegenheitspflicht und Verantwortlichkeit.....	78
2.4.1	Organisation	78
2.4.2	Verschwiegenheitspflicht.....	82
2.4.3	Verantwortlichkeit	83
2.5	Änderung weiterer Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs.....	87
2.5.1	Personenrecht.....	87
2.5.2	Familienrecht.....	93
2.5.2.1	Eherecht	94
2.5.2.2	Kinderrecht.....	95
2.5.2.3	Die Hausgewalt. Verantwortlichkeit des Familienhauptes ..	103
2.5.3	Erbrecht.....	103
2.5.4	Sachenrecht	105
2.5.5	Schlusstitel	106
2.6	Änderung anderer Erlasse	107
2.6.1	Vorbemerkung.....	107
2.6.2	Obligationenrecht	107
2.6.3	Bundesgesetz über die politischen Rechte	109
2.6.4	Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer..	110

2.6.5	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG).....	110
2.6.6	Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger.....	111
3	Auswirkungen der Vorlage	111
3.1.	Personelle und finanzielle Auswirkungen auf den Bund	111
3.2	Personelle und finanzielle Auswirkungen auf die Kantone.....	111
4	Rechtliche Grundlagen.....	113
4.1	Verfassungsmässigkeit.....	113
4.2	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	113
5	Europarat	113
	Anhang	114