

06.063

**Botschaft
zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)**

vom 28. Juni 2006

Sehr geehrte Herren Präsidenten
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit dieser Botschaft unterbreiten wir Ihnen den Entwurf zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) mit dem Antrag auf Zustimmung.

Wir versichern Sie, sehr geehrte Herren Präsidenten, sehr geehrte Damen und Herren, unserer vorzüglichen Hochachtung.

28. Juni 2006

Im Namen des Schweizerischen Bundesrates

Der Bundespräsident: Moritz Leuenberger

Die Bundeskanzlerin: Annemarie Huber-Hotz

Übersicht

Das geltende Vormundschaftsrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 360–455 ZGB) ist seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1912 – abgesehen von den Bestimmungen über die fürsorgliche 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 im Abschnitt «Die eigene Vorsorge» (Art. 360–373) zwei neue Rechtsinstitute im Zivilgesetzbuch zur Diskussion: Mit einem Vorsorgeauftrag soll eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person bezeichnen können, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge übernehmen oder sie im Rechtsverkehr vertreten soll. Mit einer Patientenverfügung soll eine urteilsfähige Person zum einen festlegen können, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt, zum andern aber auch eine natürliche Person bezeichnen dürfen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit entscheidungsbefugt ist.

Wird eine Person vorübergehend oder – beispielsweise 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 Rechnung tragen, dass die Angehörigen urteilsunfähiger Personen ohne grosse Umstände gewisse Entscheide treffen können. Damit wird die Solidarität in der Familie gestärkt und es wird vermieden, dass die Behörden systematisch Beistandschaften anordnen müssen. Bestimmte Kreise von Angehörigen sollen – nach dem Vorbild gewisser kantonaler Gesetze – das Recht erhalten, für die urteilsunfähige Person die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu erteilen oder zu verweigern (Art. 378), sofern keine Patientenverfügung vorliegt. Vorbehalten bleiben spezialgesetzliche Sonderregelungen, beispielsweise für die Sterilisation, die Transplantationsmedizin oder die Forschung. Im Weiteren räumt der Entwurf dem Ehegatten sowie 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. 374).

Urteilsunfähige Personen, die in Einrichtungen leben, geniessen nicht immer den Schutz, den sie benötigen. Der Entwurf versucht, hier Abhilfe zu schaffen (Art. 382–387). Er schreibt u.a. vor, dass für diese Personen ein schriftlicher Betreuungsvertrag abgeschlossen werden muss, damit über die Leistungen, die erbracht werden, Transparenz besteht. Weiter werden die Voraussetzungen umschrieben, unter denen Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit zulässig sind. Schliesslich sollen die Kantone verpflichtet werden, Wohn- und Pflegeeinrichtungen, die urteilsunfähige Personen betreuen, zu beaufsichtigen.

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 ihre Stelle soll als einheitliches Rechtsinstitut die Beistandschaft (Art. 390–425) 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 private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht. Statt der Anordnung standardisierter Massnahmen ist künftig von den Behörden Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur so viel staatliche Betreuung erfolgt, wie wirklich nötig ist.

Der Entwurf unterscheidet vier Arten von Beistandschaften, nämlich die Begleit-, die Vertretungs-, die Mitwirkungs- und die umfassende Beistandschaft. Eine Begleitbeistandschaft wird nur mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet und lässt die Handlungsfähigkeit 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 wird errichtet, wenn bestimmte Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu deren 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.

Die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden. Während der Aufgabenbereich des Beistands oder der Beiständin bei der umfassenden Beistandschaft alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs umfasst, muss ihn die Behörde bei den übrigen Beistandschaften entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person, d.h. massgeschneidert, festlegen.

Auf die erstreckte elterliche Sorge (Art. 385 Abs. 3 ZGB) soll verzichtet werden. Dafür wird die Behörde die Eltern von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die behördliche Zustimmung einzuholen, entbinden können. Die gleiche Flexibilität soll gelten, wenn der Ehegatte, die Ehegattin, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, ein Nachkomme, ein Geschwister, die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner als Beistand oder Beiständin eingesetzt wird (Art. 420).

Im Abschnitt über die fürsorgerische Unterbringung in einer Einrichtung (Art. 426–439) sollen der Rechtsschutz ausgebaut und Lücken geschlossen werden. Unter anderem werden die ärztliche Einweisungskompetenz beschränkt und wichtige Verfahrensvorschriften gesetzlich verankert. Vorgesehen sind ferner das Recht auf den Beizug einer Vertrauensperson und die Pflicht der Behörde zur periodischen Überprüfung der Unterbringung. Neu wird eine abschliessende bundesrechtliche Regelung für die stationäre Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung der betroffenen Person vorgeschlagen. Dabei wird versucht, das Selbstbestimmungsrecht so weit wie möglich zu wahren. Die Kantone können eine

behördlich angeordnete ambulante Behandlung wider den Willen der betroffenen Person einführen.

Das Vormundchaftswesen ist heute uneinheitlich und unübersichtlich organisiert. Während in den welschen Kantonen die vormundtschaftlichen Behörden in der Regel Gerichte sind, amten an verschiedenen Orten der deutschen Schweiz als Vormundschaftsbehörde Laien, die politisch gewählt sind und keine einschlägigen fachlichen Vorgaben erfüllen müssen. Von Fachleuten wird schon seit längerer Zeit eine Verbesserung der Verhältnisse gefordert. Gewisse Kantone haben diese von sich aus eingeleitet oder bereits durchgeführt. Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts sollen alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei einer Fachbehörde konzentriert werden (Art. 440). Für die innere Organisation der Behörde sind die Kantone zuständig; namentlich bestimmen sie, wie gross der Spruchkörper sein soll. Im Gegensatz zum Vorentwurf, der ein interdisziplinäres Fachgericht vorschreiben wollte, kann als Fachbehörde eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht eingesetzt werden. Die Organisationsfreiheit der Kantone wird so weit wie möglich gewahrt.

Im Hinblick auf diese veränderte Ausgangslage schlägt der Bundesrat vor, auf das spezielle Verfahrensgesetz, so wie es in die Vernehmlassung geschickt worden ist, zu verzichten, aber die darin enthaltenen wesentlichen Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz im Sinn eines bundesrechtlich vereinheitlichten gesamtschweizerischen Standards im Zivilgesetzbuch zu verankern (Art. 443 ff.). Im Kindes- und Erwachsenenschutz spielen die Grundrechte eine zentrale Rolle. Dieser Umstand erfordert bei der Gestaltung des Verfahrens besondere Beachtung. Daneben haben die Verfahrensgrundsätze aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, dass im Kindes- und Erwachsenenschutz vielfältige Geschäfte bestehen, die auf einfache und unbürokratische Art erledigt werden können und sollen. Die vorge schlagenen Verfahrensnormen tragen beiden Anliegen Rechnung. Im Übrigen soll von Bundesrechts wegen – beispielsweise für den Fristenlauf, die Ausstandsgründe und die Beweisverfahren – die Zivilprozessordnung zur Anwendung kommen. Die Kantone bleiben aber frei, etwas anderes zu bestimmen (Art. 450f).

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 die fürsorgliche Freiheitsentziehung gilt indessen bereits seit 1981 die direkte Staatshaftung mit einem Regressrecht auf fehlbar Handelnde (Art. 429a ZGB). Eine solche moderne Haftungsregelung für hoheitliches Handeln soll künftig im ganzen behördlichen Erwachsenen- und Kinderschutz gelten (Art. 454 f.). Die Umschreibung der Voraussetzungen für den Regress soll indessen den Kantonen überlassen bleiben.

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, etwas erweitert und in das Personenrecht integriert (Art. 19–19c). Zudem wird die Vormundschaft über Unmündige neu im Kindesrecht geregelt.

Inhaltsverzeichnis

Übersicht	7002
1 Grundzüge der Vorlage	7008
1.1 Ausgangslage	7008
1.2 Reformgeschichte	7008
1.2.1 Vorarbeiten	7008
1.2.2 Interdisziplinäre Expertenkommission	7009
1.2.3 Verfahrensgesetz	7010
1.2.4 Vernehmlassung und Überarbeitung des Vorentwurfs	7010
1.3 Die zentralen Revisionsanliegen	7011
1.3.1 Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge	7011
1.3.2 Stärkung der Solidarität in der Familie und Entlastung des Staates	7013
1.3.3 Besserer Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen	7014
1.3.4 Behördliche Massnahmen nach Mass	7015
1.3.5 Beschränkung der Beistandschaft auf natürliche Personen	7017
1.3.6 Verzicht auf die erstreckte elterliche Sorge	7017
1.3.7 Verzicht auf die Veröffentlichung der Einschränkung oder des Entzugs der Handlungsfähigkeit	7018
1.3.8 Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung	7019
1.3.9 Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde	7020
1.3.10 Verankerung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze im Zivilgesetzbuch	7021
1.3.11 Einbezug des Personen- und Kindesrechts	7022
1.3.12 Terminologie	7023
1.4 Rechtsvergleich und Verhältnis zum europäischen Recht	7024
1.5 Umsetzung	7025
2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln	7025
2.1 Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen	7025
2.1.1 Der Vorsorgeauftrag	7025
2.1.2 Die Patientenverfügung	7030
2.1.3 Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner	7034
2.1.4 Vertretung bei medizinischen Massnahmen	7036
2.1.5 Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen	7038
2.2 Behördliche Massnahmen	7042
2.2.1 Allgemeine Grundsätze	7042
2.2.2 Allgemeine Bestimmungen über die Beistandschaften	7043
2.2.3 Die Arten von Beistandschaften	7045
2.2.4 Ende der Beistandschaft	7049
2.2.5 Der Beistand oder die Beiständin	7049
2.2.6 Die Führung der Beistandschaft	7052
2.2.7 Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde	7055
	7005

2.2.8	Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde	7058
2.2.9	Besondere Bestimmungen für Angehörige	7059
2.2.10	Das Ende des Amtes der Beiständin oder des Beistands	7060
2.2.11	Fürsorgerische Unterbringung	7062
2.3	Organisation	7073
2.3.1	Behörden und örtliche Zuständigkeit	7073
2.3.2	Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde	7075
2.3.3	Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz	7083
2.3.4	Verhältnis zu Dritten und Zusammenarbeitspflicht	7089
2.3.5	Verantwortlichkeit	7091
2.4	Änderung weiterer Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs	7094
2.4.1	Personenrecht	7094
2.4.2	Familienrecht	7098
2.4.3	Erbrecht	7104
2.4.4	Schlusstitel. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen	7107
2.5	Änderung anderer Erlasse	7108
2.5.1	Bürgerrechtsgesetz	7108
2.5.2	Ausweisgesetz	7109
2.5.3	Bundesgesetz über die politischen Rechte	7109
2.5.4	Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer	7110
2.5.5	Bundesgesetz über das Bundesgericht	7110
2.5.6	Sterilisationsgesetz	7110
2.5.7	Bundesgesetz zum Haager Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen zum Schutz des Kindes bei internationalen Adoptionen	7111
2.5.8	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht	7111
2.5.9	Obligationenrecht	7112
2.5.10	Gerichtsstandsgesetz	7113
2.5.11	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs	7113
2.5.12	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht	7114
2.5.13	Schweizerisches Strafgesetzbuch	7115
2.5.14	Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht	7116
2.5.15	Rechtshilfegesetz	7116
2.5.16	Waffengesetz	7116
2.5.17	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer	7116
2.5.18	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden	7117
2.5.19	Fortpflanzungsmedizinengesetz	7117
2.5.20	Transplantationsgesetz	7117
2.5.21	Betäubungsmittelgesetz	7117
2.5.22	Heilmittelgesetz	7117
2.5.23	Arbeitsgesetz	7118
2.5.24	Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge	7118
2.5.25	Zuständigkeitsgesetz	7118
2.5.26	Bundesgesetz über Fürsorgeleistungen an Auslandschweizer	7119
2.5.27	Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden	7119

3 Auswirkungen	7119
3.1 Auswirkungen auf den Bund	7119
3.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden	7120
3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	7121
3.4 Auswirkungen auf die Informatik	7121
4 Verhältnis zur Legislaturplanung	7122
5 Rechtliche Aspekte	7122
5.1 Verfassungsmässigkeit	7122
5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	7122
5.3 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	7122
Anhang	
Schweizerische Vormundschaftsstatistik	7124
Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) (Entwurf)	7139

Botschaft

1 Grundzüge der Vorlage

1.1 Ausgangslage

Das Vormundschaftsrecht, das in den Artikeln 360–455 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)¹ 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 ZGB um die Artikel 397a–397f ergänzt und das schweizerische Recht mit den Anforderungen von Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)² in Einklang gebracht.

Beim Vormundschaftsrecht geht es um rechtliche Massnahmen zugunsten schwacher Personen, die ihre Angelegenheiten nicht besorgen können und für die andere Hilfen nicht ausreichen. 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).³ Diese drei Massnahmen haben infolge des Grundsatzes der Typengebundenheit und der Typenfixierung einen gesetzlich genau umschriebenen Inhalt. Daneben gibt es die fürsorgerische Freiheitsentziehung, die erlaubt, eine hilfsbedürftige Person in einer Einrichtung zu betreuen.

Die Starrheit des gesetzlichen Massnahmenkatalogs trägt dem Einzelfall zu wenig Rechnung, so dass das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht gewahrt ist. Eine kreative Interpretation, so wie sie von einem Teil der Behörden gehandhabt wird, stösst zudem an Grenzen und lässt Gesetz und Wirklichkeit auseinander fallen. Im Übrigen haben das Selbstbestimmungsrecht und die Hilfe zur Selbsthilfe heute ein anderes Gewicht als in der Zeit, in der das ZGB erlassen wurde. Hoheitliche Entscheidungen werden weniger akzeptiert, die vormundschaftliche Klientel ist zum Teil anspruchsvoller geworden, die Partnerschaftlichkeit in der Betreuung wird stärker betont, verschiedene Begriffe wirken heute diskriminierend und stigmatisierend. Eine Revision, die den gewandelten Verhältnissen und Anschauungen Rechnung trägt, ist deshalb unumgänglich geworden.

1.2 Reformgeschichte

1.2.1 Vorarbeiten

1993 setzte das Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe ein. Diese umfasste die Professoren Bernhard Schnyder, Freiburg (Vorsitz), Martin Stettler, Genf, und Christoph Häfeli, Rektor der Hochschule für soziale Arbeit, Luzern. Ihr Auftrag lautete: «Erarbeitung von Richtlinien und einem Thesenpapier mit einem erläutern-

¹ SR 210

² SR 0.101

³ Für die heutige praktische Bedeutung siehe den Anhang mit der Statistik der amtsgebundenen Massnahmen, die von der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden geführt wird.

den Begleitbericht für eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts, unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Europa». Im Juli 1995 legten die drei Experten ihren Grundlagenbericht *Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts* mit einem ausgebauten rechtsvergleichenden Teil vor. Die darin enthaltenen Reformvorschläge zu einem neuen «Erwachsenenschutz» wurden im September 1995 an einer öffentlichen Tagung 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 beauftragt, einen ersten Vorentwurf für eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts zu erarbeiten. Der *Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz)* mit Erläuterungen von Prof. Bernhard Schnyder wurde 1998 abgeliefert.

1.2.2 Interdisziplinäre Expertenkommission

1999 nahm eine vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement eingesetzte interdisziplinäre Expertenkommission die Beratungen auf. Das Gremium hatte den Auftrag, gestützt auf den Vorentwurf von 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; lic. iur. 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. Jürg 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; lic. iur. Christian Minger, Service juridique du Canton du Jura, Delémont; Annette Pfähler, Kantonales Jugendamt, Genève; Dr. iur. Ruth Reusser, Stellvertretende Direktorin des Bundesamtes für Justiz, Bern (Präsidentin); Ruth Ritter-Rauch, Schweizerische Alzheimervereinigung, Yverdon; lic. iur. Niklaus Rüttsche, Leiter Vormundschaftsamt, St. Gallen; Susanna Schibler, Pro Senectute, Zürich; Prof. em. Dr. iur. Bernhard Schnyder, Universität Fribourg; Fürsprecherin Christa Schönbächler, insieme, Schweizerische Vereinigung der Elternvereine für geistig Behinderte; Prof. Dr. iur. Martin Stettler, Universität Genf.

Personen aus Wissenschaft und Praxis berichteten der Expertenkommission über die Erfahrungen mit dem deutschen Betreuungsrecht und dem österreichischen Erwachsenenschutz. Zudem hörte die Kommission verschiedene Expertinnen und Experten aus der Schweiz an. Sie liess sich auch über die Erkenntnisse im Zusammenhang mit dem Nationalfondsprojekt *La fourniture de soins personnels et médicaux à la personne âgée* orientieren. Die Bestimmungen über den Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen gehen auf Anregungen von Prof. Dr. iur. Audrey Leuba, Neuchâtel, zurück. Zu den Beratungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und

die Vertretung urteilsunfähiger Personen bei medizinischen Massnahmen wurde Prof. Dr. iur. Olivier Guillod, Direktor des Instituts für Medizinrecht, Neuchâtel, beigezogen.

Die Expertenkommission verabschiedete ihren *Vorentwurf zur Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht)* im Herbst 2002.

1.2.3 Verfahrensgesetz

Nachdem die materiell-rechtlichen Revisionsvorschläge feststanden und die Expertenkommission ein interdisziplinäres Fachgericht als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorschlug, wurde gestützt auf die Justizreform im Jahr 2000, d.h. die neue Bundeszuständigkeit für das Zivilprozessrecht in Artikel 122 BV, die Vorbereitung eines Bundesgesetzes über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden an die Hand genommen. Alt Oberrichter Dr. Daniel Steck, Greifensee, erarbeitete kurzfristig mit Hilfe von einzelnen Mitgliedern der Expertenkommission, Spezialisten des Verfahrensrechts der Verwaltung und von Fürsprecher und Notar Kurt Affolter, Ligerz, den *Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden*.

1.2.4 Vernehmlassung und Überarbeitung des Vorentwurfs

Im Sommer 2003 wurde zu beiden Vorentwürfen eine breit angelegte Vernehmlassung eröffnet. 72 offizielle Stellungnahmen gingen ein. Der Bundesrat nahm vom Ergebnis dieses Verfahrens im Oktober 2004 Kenntnis und beauftragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, den Vorentwurf im Lichte der Vernehmlassung zu überarbeiten und ihm in der ersten Hälfte 2006 eine Botschaft zu unterbreiten.

Die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts fand in der Vernehmlassung grossmehrheitlich Zustimmung. Nur fünf Kantone und eine Partei lehnten den Vorentwurf ab: Das geltende Vormundschaftsrecht habe sich bewährt und sei funktionsfähig, eine Partialrevision reiche aus. Die Revision sei mit untragbaren Mehrkosten verbunden und greife zu stark in die kantonale Organisationsautonomie ein.

Weitgehend unbestritten war der Übergang zu dem von der Expertenkommission vorgeschlagenen System der massgeschneiderten behördlichen Massnahmen. Nur eine kleine Minderheit machte geltend, zu sehr individualisierte Anordnungen könnten mit einem Verlust an Rechtssicherheit verbunden sein. Breite Unterstützung fanden auch die Bestimmungen über die eigene Vorsorge mit dem Vorsorgeauftrag und der Patientenverfügung und das Kapitel über die Massnahmen von Gesetzes wegen, d.h. die Vertretung urteilsunfähiger Personen durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, die Vertretung urteilsunfähiger Personen bei medizinischen Massnahmen und der Schutz solcher Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen.

Höchst umstritten war der Vorschlag der Expertenkommission, als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinäres Fachgericht einzusetzen. Weitgehende Zustimmung fanden zwar – u.a. im Hinblick auf die zunehmende Komplexität

der Verhältnisse – die Erfordernisse der Interdisziplinarität und der Professionalität. Auf breite Ablehnung stiess aber die Vorgabe eines Gerichts. Die unbestrittene Professionalität könne auch mit einer Fachbehörde gewährleistet werden, die eine Verwaltungsbehörde sei. Der vorliegende Entwurf trägt dieser Kritik Rechnung. Er erlaubt den Kantonen auch weiterhin, entsprechend dem heutigen ZGB, zwei Aufsichtsbehörden einzusetzen. Eine Rückkehr zum geltenden Recht sieht der Entwurf zudem bei den Kosten einer Beistandschaft vor: Diese sind in erster Linie von der verbeiständeten Person und nur subsidiär vom Gemeinwesen zu tragen, nicht umgekehrt. Ferner wird auf eine Bestimmung über die Aus- und Weiterbildung verzichtet. Auch ohne bundesrechtliche Vorgaben gehört es zu den Aufgaben der Kantone, für die Durchführung des Erwachsenenschutzes geeignete Personen einzusetzen.

Der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden mit seinen 57 Artikeln wurde in der Vernehmlassung unterschiedlich aufgenommen. Zum Teil wurde die Integration der Bestimmungen in die Schweizerische Zivilprozessordnung, die sich in Vorbereitung befindet, postuliert. Zum Teil wurden die Regelungsdichte und die Kostenfolgen kritisiert. Bei den Kantonen stiessen insbesondere der obligatorische Verfahrensbeistand bei der fürsorglichen Unterbringung und der generelle Ausschluss des Kostenvorschusses auf Widerstand. Sieben Kantone und drei Organisationen lehnten den Vorentwurf grundsätzlich ab.

Der vorliegende Entwurf verzichtet sowohl auf ein spezielles Verfahrensgesetz wie auf eine Integration der einschlägigen Verfahrensbestimmungen in die kommende Schweizerische Zivilprozessordnung. Dafür sollen zentrale Verfahrensgrundsätze im Zivilgesetzbuch verankert werden. Bei deren Ausarbeitung wurde die Verwaltung von der Arbeitsgruppe, die den Vorentwurf für ein Verfahrensgesetz vorgelegt hatte, und zusätzlich durch lic. iur. Niklaus Freivogel, Sekretär der Erwachsenen- und Kindesschutzkommission der Stadt Bern, unterstützt.

Auf wichtige Diskussionspunkte aus der Vernehmlassung wird bei der Erläuterung der einzelnen Bestimmungen eingegangen.

1.3 Die zentralen Revisionsanliegen

1.3.1 Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge

Der medizinische Fortschritt bringt es mit sich, dass auch bedeutende Gesundheitsschäden nicht unbedingt den Tod herbeiführen. Sie können aber eine mehr oder weniger lange dauernde Urteilsunfähigkeit bewirken. Im hohen Alter steigt zudem das Risiko, an Alzheimer zu erkranken oder an einer Altersdemenz zu leiden.⁴ Es empfiehlt sich deshalb, rechtzeitig Vorsorge zu treffen und festzulegen, durch wen und wie man in einer solchen Situation betreut werden will und wer vertretungsweise einer medizinischen Massnahme zustimmen oder diese ablehnen darf, wenn man nicht eines Tages von staatlichen Stellen und ihren Hilfspersonen abhängig sein will. Damit kann das Selbstbestimmungsrecht, das verfassungsrechtlich in der Men-

⁴ In der Schweiz leiden 8 Prozent der über 65-Jährigen und 30 Prozent der über 85-Jährigen an der Alzheimer-Krankheit oder einer anderen Form von Demenz; 89 000 Personen sind dement, davon über die Hälfte wegen Alzheimer-Krankheit (Campus, Magazine de l'Université de Genève, n° 79 2006, S. 8).

schenwürdegarantie und im Grundrecht der persönlichen Freiheit verankert ist, über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus gewahrt werden. Gleichzeitig kann die eigenverantwortliche Vorsorge aber auch den Staat entlasten.

Patientenverfügungen spielen bereits in der heutigen medizinischen Praxis eine Rolle und sind auch in einem Teil der kantonalen Gesundheitsgesetze verankert. Sie erlauben einer Patientin oder einem Patienten, insbesondere am Lebensende den Willen zum Ausdruck zu bringen, dass in bestimmten Situationen nicht mehr alle zur Verfügung stehenden Behandlungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Die Tragweite solcher Patientenverfügungen wird aber unterschiedlich beurteilt. Fest steht, dass das Selbstbestimmungsrecht seine Grenze darin findet, dass niemand eine andere Person dazu verpflichten kann, ihm etwa Beihilfe zum Selbstmord zu leisten.

Die Gültigkeit von Vorsorgevollmachten ausserhalb des medizinischen Bereichs ist in der Doktrin umstritten. Das Bundesgericht hat sich allerdings in einem jüngsten Entscheid dafür ausgesprochen, dass es durchaus im Interesse des Vollmachtgebers liegen könne, wenn die einmal erteilte Vollmacht mit dem Verlust der Urteilsfähigkeit nicht ohne weiteres erlösche.⁵ Solche Vollmachten haben aber auf jeden Fall den Nachteil, dass sie über das eigentliche Ziel hinaus schiessen können, weil regelmässig die bevollmächtigte Person schon vor dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers für diesen handeln könnte.

Um dem heutigen unbefriedigenden Rechtszustand abzuhelpfen und eine einheitliche, transparente Rechtslage in der ganzen Schweiz zu schaffen, sieht der vorliegende Entwurf unter dem Titel der eigenen Vorsorge im Erwachsenenschutzrecht zwei neue Rechtsinstitute vor, nämlich den Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung.

Mit einem Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff.)⁶ bezeichnet eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge übernehmen oder sie im Rechtsverkehr vertreten soll.

Ferner kann eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung in verbindlicher Weise festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt und welche Vertrauensperson in ihrem Namen über eine medizinische Massnahme entscheiden soll, wenn sie sich selber nicht mehr äussern kann (Art. 370 ff.; vgl. die Erläuterungen zu Art. 372). Sie kann auch Gesichtspunkte benennen, welche die Ärzteschaft und der gesetzliche Vertreter bei der Ermittlung ihres mutmasslichen Willens berücksichtigen sollen. Die Reichweite und die Verbindlichkeit der Patientenverfügung werden nicht auf bestimmte Phasen einer Erkrankung beschränkt, sondern das Institut steht für alle Fälle von Urteilsunfähigkeit zur Verfügung.

Vorsorgeaufträge sind insofern nicht unproblematisch, als die beauftragte Person das in sie gesetzte Vertrauen missbrauchen und den Auftrag anders ausüben kann, als eigentlich gewünscht war. Bei dauernder Urteilsunfähigkeit kann der Auftrag aber nicht mehr widerrufen werden. Ein bestimmtes Mass an behördlichen Eingriffsmöglichkeiten muss deshalb bestehen bleiben (Art. 363 und 368). Auch bei Patientenverfügungen muss unter bestimmten Umständen eine behördliche Intervention möglich sein (Art. 373).

⁵ BGer, 23.5.2005, 4C.263/2004.

⁶ Artikel ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf den Entwurf für eine Revision des ZGB.

1.3.2

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. 17 ZGB). Deshalb sind an sich keine gültigen Zustimmungen zu Betreuungsmassnahmen möglich, und auch das Vermögen bliebe unverwaltet, 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 pragmatischem 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 auch oft die Urteilsunfähigkeit nicht. In kleinräumigen Verhältnissen wird dieses Vorgehen überdies unter Umständen selbst 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 rechtlich zu legitimieren, wird zum Teil Artikel 166 ZGB über die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft extensiv interpretiert und auf einen Anwendungsbereich erstreckt, für den er nicht gedacht ist. Zum Teil dienen die Artikel 419 ff. OR über die Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtfertigung für Handlungen von Angehörigen, indem man vorgibt, 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 anschliessend eine umfassende Kontrolle ausübt. So unberechtigt diese Vorbehalte gegenüber der neuen Erwachsenenschutzbehörde auch sein mögen, ist es doch illusorisch anzunehmen, dass die Angehörigen im neuen Recht wesentlich bereitwilliger mit der Behörde zusammenarbeiten werden als im geltenden. Das neue Erwachsenenschutzrecht soll deshalb dem Bedürfnis der Angehörigen urteilsunfähiger Personen Rechnung tragen, ohne grosse Umstände gewisse Entscheide zu treffen, soweit dies materiell verantwortet werden kann.

Was medizinische Massnahmen betrifft, so sind zum Teil die Kantone in die Lücke getreten. Beispielsweise sehen die Kantone 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 und Luzern, räumen der Ärztin oder dem Arzt das Entscheidungsrecht ein, auch wenn es sich nicht um einen dringlichen Fall handelt; dabei müssen zum Teil die Angehörigen konsultiert werden. Diese Lösung dürfte allerdings nicht in Einklang stehen mit Artikel 6 des Europäischen Übereinkommens vom 4. April 1997 über Menschenrechte und Biomedizin, das die Schweiz ratifizieren will.⁷ Die Schaffung einer einheitlichen und praktikablen bundesrechtlichen Regelung ist deshalb geboten.

⁷ Ratifikationsbotschaft BBl 2002 271 ff., Ziff. 3.3.3.3.

Der vorliegende Entwurf räumt Angehörigen in einer bestimmten Reihenfolge das Recht ein, im Namen der urteilsunfähigen Person medizinischen Massnahmen die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern, sofern kein Vorsorgeauftrag und keine genügend klare Patientenverfügung vorliegt (Art. 377 ff.). Das Vertretungsrecht der Angehörigen ergibt sich natürlicherweise aus ihrem Verhältnis zur betroffenen Person und dürfte in der Regel deren mutmasslichem Willen entsprechen. Wer es anders will, kann in einem Vorsorgeauftrag oder in einer Patientenverfügung eine Vertrauensperson bestimmen. Das Vertretungsrecht der Angehörigen lässt sich verantworten, weil es um Massnahmen geht, die von einer Ärztin oder einem Arzt nach bestem Wissen und Gewissen vorgeschlagen werden. Die Angehörigen können somit nicht allein handeln. Sie stehen zudem unter einer Kontrolle, da das medizinische Personal die Erwachsenenschutzbehörde anrufen kann, wenn sie die Zustimmung zu einer Massnahme in ungerechtfertigter Weise verweigern. Im Übrigen bleiben spezialgesetzliche Regelungen – beispielsweise im Heilmittelgesetz oder in den Bundesgesetzen über die Transplantation, die Sterilisation oder die Forschung am Menschen – vorbehalten.

Weiter gibt der Entwurf dem Ehegatten, der Ehegattin, 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 und zu erledigen (Art. 374 ff.), sofern nicht in einem Vorsorgeauftrag etwas anderes angeordnet ist oder eine entsprechende Beistandschaft besteht. Das Vertretungsrecht erweitert damit in harmonischer Weise die Kompetenzen, die Ehegatten nach Artikel 166 ZGB und eingetragenen Partnerinnen und Partnern nach Artikel 15 des Partnerschaftsgesetzes (PartG)⁸ zukommen. Es steht auch in engem Zusammenhang mit der Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB, Art. 12 PartG). Die Familiensolidarität wird gestärkt und es wird vermieden, dass die Behörden systematisch Massnahmen des Erwachsenenschutzes nach den Artikeln 388 ff. anordnen müssen.

Eine Ausdehnung dieses Vertretungsrechts auf faktische Lebensgemeinschaften, wie vereinzelt in der Vernehmlassung gefordert wurde, ist abzulehnen. Hier fehlen eine gesetzliche Beistandspflicht, ein Vertretungsrecht, eine Auskunftspflicht über Einkommen und Vermögen und eine gesetzliche Unterhaltspflicht (Art. 159, 163, 166, 170 ZGB; Art. 13, 16 PartG), so dass es bei einer punktuellen gesetzlichen Massnahme bliebe, die nicht in eine rechtlich abgesicherte Gemeinschaft eingebettet wäre. Wie bei verschiedenen anderen Fragen kann ein Paar, das in faktischer Lebensgemeinschaft lebt, die gegenseitigen Beziehungen in Verträgen und Vollmachten ordnen und in einem Vorsorgeauftrag die nötigen Anordnungen treffen.

1.3.3 Besserer Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen

Urteilsunfähige Personen, die in Einrichtungen leben, geniessen nicht immer den rechtlichen und psychosozialen Schutz, den sie benötigen. In der Öffentlichkeit wird immer wieder auf Mängel in der stationären Betreuung hingewiesen. Dabei geht es nicht so sehr um unerlaubte Freiheitsentziehungen. Am häufigsten angesprochen

⁸ SR 211.231

werden vielmehr die Qualität der Leistungen, der Mangel an persönlicher Betreuung und die fehlende Transparenz bei den vertraglichen Beziehungen zwischen Bewohnern und Bewohnerinnen einerseits und der Einrichtung andererseits. Oft wird auch darauf aufmerksam gemacht, 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 Institutionen des Gesundheitswesens und über die Sterbebegleitung.

Der Bund kann das Pflegerecht im Erwachsenenschutzrecht nicht abschliessend regeln. Indessen muss das neue Recht versuchen, den Schutz von Personen, die in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung leben, punktuell zu verbessern (Art. 382 ff.). In der Tat wäre es stossend, wenn man die psychiatrischen Einrichtungen, in denen zahlenmässig viel weniger Personen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung betreut werden, immer strenger beaufsichtigen und daneben die Tausenden von Personen vergessen würde, die in Wohn- oder Pflegeheimen leben, ohne dass sie rechtlich und psychosozial ausreichend geschützt sind.

Zu den Problemen, 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 dafür geschuldete Entgelt – im Interesse der Transparenz 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 vorliegende Entwurf ermächtigt deshalb die Personen, die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigt sind, auch einen Betreuungsvertrag abzuschliessen. Das Recht, die hilfsbedürftige Person gegen deren Willen in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung unterzubringen, kommt ihnen aber nicht zu. Vielmehr sind hier die Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung massgebend.

Der Entwurf bestimmt weiter, unter welchen Voraussetzungen Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit zulässig sind. Ferner werden die Kantone verpflichtet, Wohn- und Pflegeeinrichtungen, die urteilsunfähige Personen betreuen, zu beaufsichtigen. Die Aufsicht dient dazu, Missbräuche zu verhindern oder aufzudecken, Massnahmen gegen Mängel und schlechte Stimmung in einer Einrichtung zu ergreifen und positive Betreuungsansätze zu würdigen und zu fördern.

1.3.4 Behördliche 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 schießt über das Ziel hinaus, so dass auch Rehabi-

litionsmöglichkeiten gestört werden. Beispielsweise geht es nicht an, dass eine Entmündigung notwendig ist, damit der verwahrloste Haushalt einer Person mit einer geistigen Behinderung gegen deren Willen aufgeräumt und gereinigt werden darf.

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

Sowohl die Entmündigung wie die Beiratschaft mit ihren inhaltlich starren Vorgaben haben in einem modernen Erwachsenenschutzrecht keinen Platz mehr. An ihre Stelle soll als einheitliches Rechtsinstitut die Beistandschaft treten (Art. 390 ff.). Der Kreis der Personen, für die eine Beistandschaft errichtet werden kann, deckt sich aber weitgehend mit demjenigen der Personen, für die in der heutigen Praxis vormundschaftliche Massnahmen getroffen werden. Statt standardisierter Massnahmen ist aber von den Erwachsenenschutzbehörden künftig – entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach Artikel 5 der Bundesverfassung – Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur so viel staatliche Betreuung angeordnet wird, wie wirklich nötig ist (Art. 389). Das Selbstbestimmungsrecht und die Selbständigkeit der betroffenen Person sollen auch im Rahmen der behördlichen Massnahmen soweit wie möglich gewahrt werden. Dabei sieht das neue Recht aber immer noch eine gewisse Typisierung der Beistandschaften vor:

- Die Begleitbeistandschaft (Art. 393) übernimmt die heutige Beistandschaft auf eigenes Begehren nach Artikel 394 ZGB. Sie berührt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht und setzt deren Zustimmung voraus. Denn gegen deren Willen lässt sich die Hilfe im Rahmen einer blossen Begleitbeistandschaft nicht befriedigend organisieren.
- Die Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 und 395) lehnt sich an die heutige Beistandschaft nach den Artikeln 392 und 393 ZGB sowie an die Verwaltungsbeiratschaft nach Artikel 395 Absatz 2 ZGB an. Der Beistand oder die Beiständin ist gesetzlicher Vertreter, der für die betroffene Person handeln kann, d.h. an ihrer Stelle und mit Wirkung für diese. Die Massnahme lässt die Handlungsfähigkeit grundsätzlich unberührt. Die betroffene Person muss sich aber die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen oder gefallen lassen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann je nach Situation die Handlungsfähigkeit punktuell einschränken. Wie bei der Mitwirkungsbeistandschaft gilt das «Bedarfsprinzip»: Die Behörde hat die Aufgabenbereiche, die der Beistand oder die Beiständin zu besorgen hat, so zu umschreiben, dass sie nicht Geschäfte erfassen, welche die betroffene Person selbständig besorgen kann (Art. 391).
- Die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396) entspricht in ihrer Wirkung der heutigen Mitwirkungsbeiratschaft nach Artikel 395 Absatz 1 ZGB. Sie wird errichtet, wenn bestimmte Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu deren Schutz der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin bedürfen. Im Gegensatz zum heutigen Recht, das den Kreis der zustimmungsbedürftigen Handlungen im Gesetz verbindlich festlegt, muss künftig die Erwachsenenschutzbehörde je nach Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person die zustimmungsbedürftigen Handlungen in ihrem Entscheid umschreiben.

- Die umfassende Beistandschaft (Art. 398) ist das Nachfolgeinstitut zur heutigen Entmündigung und hat auch von Gesetzes wegen den Entzug der Handlungsfähigkeit zur Folge (Art. 398 Abs. 3). Der Anwendungsbereich der umfassenden Beistandschaft, unzweifelhaft der schärfsten Massnahme, wird aber stark eingeschränkt. Sie soll namentlich für dauernd urteilsunfähige Personen angeordnet werden, die besonders ausgeprägt hilfsbedürftig sind.

Die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft sind miteinander kombinierbar (Art. 397). Mit diesem flexiblen Massnahmenpaket wird eine bedürfnisgerechte Rechtsfürsorge ermöglicht nach dem Leitsatz: Soviel staatliche Fürsorge wie nötig, so wenig staatlicher Eingriff wie möglich. Gleichzeitig wird auch die Personensorge stärker betont als früher, da jede Beistandschaft auch diesen Bereich mit einschliessen kann (Art. 391 Abs. 2).

1.3.5 Beschränkung der Beistandschaft auf natürliche Personen

Nach Artikel 393 Ziffern 4 und 5 ZGB sind die Vormundschaftsbehörden in atypischer Weise einerseits für juristische Personen zuständig, denen die notwendigen Organe fehlen, andererseits für Sammelvermögen, die nicht ordentlich verwaltet werden. Im neuen Recht soll die Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden auf natürliche Personen beschränkt bleiben. Der neue Artikel 83 ZGB⁹ sieht deshalb vor, dass die Aufsichtsbehörde insbesondere das fehlende Organ oder einen Sachwalter ernennen kann, wenn die vorgesehene Organisation einer Stiftung nicht genügt, der Stiftung ein vorgeschriebenes Organ fehlt oder dieses nicht rechtmässig zusammengesetzt ist. Ferner sind mit der Revision des GmbH-Rechts, die vom Parlament am 16. Dezember 2005 verabschiedet worden ist,¹⁰ im Gesellschaftsrecht und im Vereinsrecht Auffangbestimmungen geschaffen worden.¹¹ Für Sammelvermögen sieht der vorliegende Entwurf in den Artikeln 89b und 89c eine Ersatzlösung vor.

1.3.6 Verzicht auf die erstreckte elterliche Sorge

Wird heute eine erwachsene Person nach den Artikeln 369–372 ZGB entmündigt, so kann die Vormundschaftsbehörde entweder ihr einen Vormund ernennen oder ihren Eltern die so genannte erstreckte elterliche Sorge einräumen (Art. 385 Abs. 3 ZGB). Erstreckte elterliche Sorge heisst 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 entfällt die Pflicht, für die in den Artikeln 421 und 422 ZGB aufgezählten Geschäfte die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bzw. der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde einzuholen. Eine behördliche Begleitung der Mandatsträger und damit eine regelmässige Überprüfung der Massnahme finden somit nicht statt.

⁹ Bundesgesetz vom 8. Oktober 2004 (Stiftungsrecht), in Kraft seit 1. Januar 2006, AS **2005** 4545

¹⁰ BBl **2005** 7289

¹¹ Vgl. Botschaft BBl **2002** 3148

Will die Behörde darauf nicht verzichten, so muss sie die Eltern als Vormund einsetzen.

Das Institut der erstreckten elterlichen Sorge kommt vor allem für Personen in Betracht, die mit einer geistigen Behinderung geboren sind. Dieses Institut wurde in der Literatur wiederholt kritisch beleuchtet. Das Hauptdilemma besteht darin, dass Eltern einerseits oft am besten in der Lage sind, ihre erwachsenen Kinder mit einer geistigen Behinderung zu betreuen, und dass sich so auch 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 sich diese Person neu orientieren muss, wenn ihre Eltern der Aufgabe altersbedingt nicht mehr gewachsen sind oder sterben.

Im neuen Recht entscheidend ist aber, dass die Anordnungen «nach Mass» getroffen werden. Das heisst, dass eine umfassende Beistandschaft nach Artikel 398 – 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 in das neue Recht überführen, so müsste es atypischerweise zu einer «elterlichen Sorge nach Mass» umgebaut werden. Darauf soll aber verzichtet werden, was in der Vernehmlassung breite Unterstützung gefunden hat. 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 Entwurf die Möglichkeit von Erleichterungen vor: Die Erwachsenenschutzbehörde soll die Eltern von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage sowie der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, ganz oder teilweise entbinden können. Die Haftung richtet sich neu in jedem Fall nach dem Erwachsenenschutzrecht (Art. 454 f.).

Elterliche Sorge kommt im schweizerischen Recht immer nur den Eltern einer Person zu. Sachlich rechtfertigt es sich aber, die Entlastungsmöglichkeiten, die für Eltern vorgesehen sind, auch auf den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, die Nachkommen und Geschwister oder die faktische Lebenspartnerin oder den Lebenspartner auszudehnen, wenn diese als Beistand oder Beiständin eingesetzt werden und die konkreten Umstände die Erleichterungen rechtfertigen.

1.3.7 Verzicht auf die Veröffentlichung der Einschränkung oder des Entzugs der Handlungsfähigkeit

Als stigmatisierend empfunden wird heute die Veröffentlichung der Bevormundung einer mündigen Person in einem amtlichen Blatt ihres Wohnsitzes und ihrer Heimat (Art. 375, 377 Abs. 3, 397 Abs. 2 und 3 ZGB). Das Ziel, dass potenzielle Geschäfts-

partner von der Massnahme Kenntnis nehmen, ist in der heutigen Gesellschaft eine Fiktion; dementsprechend ist die Verhältnismässigkeit der Veröffentlichung fraglich. Sie stellt einen Eingriff in die persönliche Freiheit nach Artikel 10 Absatz 2 BV und in das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Artikel 8 EMRK dar. Die Veröffentlichung soll deshalb nach dem Vorbild ausländischer Rechtsordnungen im neuen Recht gestrichen werden. Der Verzicht ist in der Vernehmlassung grundsätzlich befürwortet worden, auch wenn einzelne kritische Stimmen nicht ausgeblieben sind. Wer ein Interesse glaubhaft macht, kann jedoch von der Erwachsenenschutzbehörde Auskunft über das Vorliegen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes verlangen (Art. 451 Abs. 2). Die Mandatsträger und -trägerinnen orientieren zudem Dritte über die Beistandschaft, soweit dies zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist (Art. 413 Abs. 3). Schliesslich sieht Artikel 452 Absatz 2 vor, dass bei einer Beistandschaft mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit die Massnahme gutgläubigen Schuldnern, die ihre Leistung der betroffenen Person erbringen, nicht entgegeng gehalten werden kann.

1.3.8 Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung

Die Artikel 397a ff. ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sind 1981 in Kraft getreten. Die Regelung hat sich im Grossen und Ganzen bewährt. In verschiedenen Punkten werden aber Verbesserungen vorgeschlagen.

Als wichtige Neuerung beschränkt der Entwurf die ärztliche Unterbringung (vgl. Art. 397b Abs. 2 ZGB) in zweifacher Hinsicht. Zum einen muss die ärztliche Verfügung nach einer vom Kanton festgelegten Frist, die maximal sechs Wochen betragen darf, zwingend durch einen Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde bestätigt werden (Art. 429 Abs. 1 und 2), auch wenn die betroffene Person weder gegen den Einweisungsentscheid Beschwerde eingelegt noch die Entlassung beantragt hat.

Zum andern sollen die Kantone «geeignete» Ärztinnen und Ärzte für zuständig erklären (Art. 429 Abs. 1). Rechtstatsächliche Abklärungen haben nämlich ergeben, dass Ärztinnen und Ärzte, die nicht 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. 430) und das Recht auf Beizug einer Vertrauensperson gesetzlich verankert wird (Art. 432). Neu ist ferner die Pflicht der Erwachsenenschutzbehörde, die Unterbringung periodisch zu überprüfen (Art. 431).

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in der fürsorgerischen Freiheitsentziehung grundsätzlich kein Rechtfertigungsgrund für die Behandlung einer eingewiesenen Person ohne ihre Zustimmung enthalten. Deshalb wird eine abschliessende bundesrechtliche Regelung der Behandlung einer psychischen Störung vorgeschlagen (Art. 433 ff.). Ziel der Regelung ist, auf die Wünsche der betroffenen Person so weit wie möglich Rücksicht zu nehmen und die Behandlung gegen ihren Willen nur als *ultima ratio* zuzulassen, wenn die Urteilsfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit fehlt und ohne Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder Dritte gefährdet werden. Zudem soll eine Behandlung 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 eine psychiatrische Einrichtung einzuweisen.

1.3.9 Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

Die Vormundschaftsbehörde ist heute für die Durchführung der Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes verantwortlich. Sie fällt aber auch Entscheide von grosser Tragweite. So ist sie nach dem Kindesrecht für die Errichtung einer Beistandschaft, den Entzug der elterlichen Obhut und den erleichterten Entzug der elterlichen Sorge (Art. 308–310 und 312 ZGB) sowie für den Vermögensschutz (Art. 318 Abs. 2 und 3, 320 Abs. 2, 322 Abs. 2 und 324 f. ZGB) zuständig. Ferner fallen u.a. die Freigabe eines Kindes zur Adoption (Art. 265*d* ZGB) und die Regelung des Besuchsrechts ausserhalb eines Eheschutz- oder Scheidungsverfahrens (Art. 275 ZGB) sowie die einvernehmliche Änderung von eherechtlichen Urteilen in Kinderbelangen in ihre Kompetenz (Art. 134 und 315*b* ZGB).

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 strittige Entmündigungs- und Verbeeratungsverfahren ist in verschiedenen Kantonen ein Gericht zuständig.

In den welschen bzw. zweisprachigen Kantonen, mit Ausnahme der Kantone Jura, Bern und Wallis, sind die Vormundschaftsbehörden Gerichte (GE, NE) oder Friedensgerichte (VD, FR), die praktisch für alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes zuständig sind.

In vielen Kantonen der deutschen Schweiz ist dagegen der Gemeinderat, d.h. die Exekutive der Gemeinde, oder eine besondere Kommission die Vormundschaftsbehörde.

Der Gemeinderat setzt sich aus Laien zusammen, die für politische Aufgaben demokratisch gewählt sind und keine fachlichen Vorgaben im Hinblick auf das Vormundschaftswesen erfüllen müssen. Das führt bei den schwierigen Entscheiden, die im Vormundschaftswesen zu treffen sind, 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 Beratungstätigkeit 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 Kinderschutz 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, die nicht über das erforderliche Fachwissen verfügen, sind zudem kaum in der Lage, eine grössere Zahl von Mandatsträgern und -trägerinnen effektiv zu kontrollieren und zu steuern. Sie können in dringlichen Fällen auch nur sehr beschränkt 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 Überprüfung der Behördenstrukturen ist deshalb unumgänglich geworden. Dies gilt umso mehr, als es auch mit der Verfassung nur schwer vereinbar ist, einen für politische Fragen 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. Die Erfahrung zeigt, dass die Rechtsmittelinstanz die Entscheide der Laienbehörden häufig wegen Verfahrensmängeln beanstanden muss. In der Vernehmlassung ist deshalb die Notwendigkeit einer Professionalisierung der Behörden praktisch unbestritten geblieben.

Einzelne Kantone haben die nötigen Strukturbereinigungen unabhängig vom geplanten Erwachsenenschutzrecht von sich aus bereits durchgeführt, andere haben sie in die Wege geleitet.¹² Auf jeden Fall sollen mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei einer Behörde konzentriert werden, und diese Behörde muss eine Fachbehörde sein (Art. 440; für Einzelheiten siehe Ziff. 2.3.1 und 3.2). Für die innere Organisation der Fachbehörde sind die Kantone zuständig. Namentlich bestimmen sie, wie gross der Spruchkörper sein soll. Dass alle Mitglieder vollzeitlich arbeiten, ist nicht vorausgesetzt. Im Gegensatz zum Vorentwurf, der ein interdisziplinäres Fachgericht vorschreiben wollte, kann als Fachbehörde eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht eingesetzt werden. Die Organisationsfreiheit der Kantone wird damit so weit wie möglich gewahrt.

1.3.10 Verankerung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze im Zivilgesetzbuch

Für den Rechtsschutz der betroffenen Personen ist nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht wichtig. Das haben schon die Schöpfer des Zivilgesetzbuchs erkannt, indem sie darin punktuell Verfahrensgrundsätze verankert haben (Art. 374, 375, 420 ZGB).¹³ Nach der traditionellen Aufgabenteilung – der Bund ist für das materielle Recht, die Kantone sind für das Verfahrensrecht zuständig – waren solche bundesrechtliche Verfahrensbestimmungen zulässig, soweit sie zur Durchsetzung des materiellen Rechts als unerlässlich angesehen wurden. Wichtige Verfahrensgrundsätze werden heute zudem direkt aus der Verfassung abgeleitet.

Praktisch kein Kanton hat bis heute ein spezifisches, umfassendes Verfahrensgesetz für den Kindes- und Erwachsenenschutz erlassen. Bestimmungen zum vormundschaftlichen Verfahren finden sich in den Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch oder in kantonalen Spezialerlassen. Zum Teil wird eine sinngemässe Anwendung der kantonalen Zivilprozessordnung vorgeschrieben, zum Teil wird das Verwaltungsverfahren für sinngemäss anwendbar erklärt, zum Teil wird sowohl auf das Zivilprozessrecht wie auch auf das Verwaltungsverfahren verwiesen, was für die Praxis besondere Rätsel aufgibt. Zudem ist mit dem pauschalen Verweis und dem Notbehelf der sinngemässen Anwendung für die betroffenen Personen wenig klar, welche verfahrensrechtlichen Normen nun wirklich anwendbar sind und welche

¹² Beispielsweise hat die Landsgemeinde des Kantons Glarus am 7. Mai 2006 beschlossen, das Vormundschaftswesen zu kantonalisieren.

¹³ Später folgten Art. 314, 314a, 397e und 397f ZGB.

nicht. Weder das Zivilprozessrecht noch das Verwaltungsverfahrenrecht tragen den speziellen Bedürfnissen der hoheitlichen Fürsorge besonders Rechnung.

Der heutige Rechtszustand ist unbefriedigend. Auch hat sich die rechtliche Situation grundlegend verändert, seit Volk und Stände am 12. März 2000 die Justizreform angenommen haben. Nach dem neuen Artikel 122 Absatz 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts unter Einschluss der freiwilligen Gerichtsbarkeit Sache des Bundes. Dagegen verbleiben das Verwaltungs- und das Verwaltungsgerichtsverfahren weiterhin in der Kompetenz der Kantone.

Der Entwurf sieht – anders als der Vorentwurf – von Bundesrechts wegen nicht mehr ein Fachgericht als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vor. Vielmehr bleibt es im Ermessen der Kantone, ob sie eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht als Fachbehörde einsetzen wollen (Art. 440 Abs. 1 und 3). Im Hinblick auf diese veränderte Ausgangslage schlägt der Bundesrat vor, auf das spezielle Verfahrensgesetz, so wie es in die Vernehmlassung geschickt worden ist, zu verzichten. Jedoch sollen die darin enthaltenen wesentlichen Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz im Sinn eines bundesrechtlich vereinheitlichten gesamtschweizerischen Standards im Zivilgesetzbuch verankert werden (Art. 443 ff.). Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes spielen die Grundrechte eine zentrale Rolle. Dieser Umstand erfordert bei der Gestaltung des Verfahrens besondere Beachtung. Daneben haben die Verfahrensgrundsätze aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, dass im Kindes- und Erwachsenenschutz vielfältige Geschäfte bestehen, die auf einfache und unbürokratische Art erledigt werden können und sollen. Die vorgeschlagenen Verfahrensnormen tragen beiden Anliegen Rechnung. Im Übrigen soll von Bundesrechts wegen – beispielsweise für den Fristenlauf, die Ausstandsgründe und die Beweisverfahren – die Zivilprozessordnung zur Anwendung kommen. Die Kantone bleiben aber frei, etwas anderes zu bestimmen (Art. 450f).

1.3.11 Einbezug des Personen- und Kindesrechts

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 für Erwachsene, die unter Beistandschaft stehen, dem Gesetz entnommen werden können. Die Artikel 410 und 411 ZGB über das eigene Handeln der bevormundeten Person werden deshalb verallgemeinert, etwas erweitert und in das Personenrecht integriert (Art. 19–19b). Zudem soll die Ausübung höchstpersönlicher Rechte neu in einer eigenen Bestimmung (Art. 19c) geregelt werden, die zugleich die Unterscheidung zwischen absolut und relativ höchstpersönlichen Rechten im Gesetz selber zum Ausdruck bringt. Diese Neuerungen sind in der Vernehmlassung überwiegend begrüsst worden.

Bei der vorliegenden 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 ihr nicht ein eigener Abschnitt des Gesetzes gewidmet. Vielmehr findet die Mehrzahl der Bestimmungen, die sich mit dem Inhalt der Vormundschaft befassen, sowohl auf Erwachsene wie auf Minderjährige Anwendung. Da im neuen Recht die Entmündigung mit anschliessender Bevormundung als klassische Haupt-

massnahme abgeschafft wird, entfällt ein einleuchtender Grund für eine weitgehend gleiche Regelung der gesetzlichen Vertretung für Erwachsene und für Minderjährige. Der Entwurf sieht deshalb vor, dass die Vormundschaft über Minderjährige im Kindesrecht in einem fünften Abschnitt geordnet wird, der an den Kindesschutz anschliesst. Damit folgen auf die schärfste Kindesschutzmassnahme, 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). Auf die zuständige Behörde, die Ernennung des Vormunds, die Aufsicht über den Vormund und die Verantwortlichkeit finden weiterhin die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes Anwendung.

1.3.12 Terminologie

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 Begriffe «Entmündigung» und «Bevormundung» bzw. «Vormundschaft» etikettieren und sind deshalb zu eliminieren. Man darf sich jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass neue Begriffe mit der Zeit ebenfalls negativ besetzt werden, wenn sie mit Unangenehmem verbunden werden. Zudem bietet die heutige Abstufung zwischen Entmündigten und Verbeiständeten eine Differenzierung zwischen unterschiedlich gewerteten Bezeichnungen. Der vorgesehene Begriff der «Beistandschaft» gilt hingegen für alle Eingriffsstufen und ist damit mehrfach der Gefahr negativer Begleitvorstellungen ausgesetzt.

Abgesehen von der fürsorgerischen Unterbringung sieht das neue Recht also nur noch eine Massnahme vor, nämlich die Beistandschaft, die vom Beistand oder der Beistandin ausgeübt wird. Die Reformvorschläge von 1995 (vgl. Ziff. 1.2.1) wollten 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 dafür 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. Der Bundesrat gibt deshalb den Begriffen Beistandschaft, Beistand und Beistandin, die aus dem geltenden Recht stammen, den Vorzug.

Im Bereich des Kindesschutzes soll wie bisher von Vormundschaft gesprochen werden, um eine Konfusion mit dem bisherigen Institut der Beistandschaft (Art. 308 und 309 ZGB) zu vermeiden. Dieser Begriff, der in der Vernehmlassung mehrheitlich nicht beanstandet worden ist, wird auch in neueren internationalen Übereinkommen wie der UN-Kinderkonvention (insbes. Art. 2)¹⁴ 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

14 SR 0.107

verschiedenen möglichen Situationen berücksichtigt, das Prinzip der Notwendigkeit, Verhältnismässigkeit und Subsidiarität anzuwenden und den Wünschen der betroffenen Person so weit wie möglich zu entsprechen. Der Entwurf trägt ferner der Empfehlung R (2004) 10 des Ministerkomitees des Europarats betreffend den Schutz der Menschenrechte und der Würde von Personen mit psychischen Störungen Rechnung.

Im Übrigen steht der Entwurf in Einklang mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, den Empfehlungen des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe sowie dem Europäischen Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der vorliegende Entwurf auf der Linie der ausländischen Reformen und des europäischen Rechts liegt.

1.5 Umsetzung

Der Bundesrat wird Bestimmungen erlassen, was die Eintragung des Vorsorgeauftrags in die zentrale Datenbank durch das Zivilstandsamt (Art. 361 Abs. 3), die Eintragung der Patientenverfügung auf der Versichertenkarte (Art. 371 Abs. 2) sowie die Anlage und Aufbewahrung des Vermögens durch den Beistand oder die Beiständin (Art. 408 Abs. 3) anbelangt.

Im Übrigen ist der Vollzug Sache der Kantone. Der Bund ist berechtigt, nicht aber verpflichtet, Bestimmungen über die Aufsicht zu erlassen (Art. 441 Abs. 2).

2 Erläuterungen zu den einzelnen Artikeln

2.1 Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen

2.1.1 Der Vorsorgeauftrag

Art. 360 Grundsatz

Mit einem Vorsorgeauftrag kann die auftraggebende Person eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen, z.B. eine Bank oder eine Organisation wie die Pro Senectute, damit beauftragen, für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Sorge für die Person oder das Vermögen zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Abs. 1; vgl. auch Ziff. 1.3.1). Diese Aufgaben können kumulativ oder alternativ übertragen werden. Umfasst der Auftrag alle drei Bereiche – Personensorge, Vermögenssorge und Vertretung im Rechtsverkehr –, entspricht er einer umfassenden Beistandschaft (vgl. Art. 398). Bei der Errichtung eines Vorsorgeauftrags muss die auftraggebende Person handlungsfähig, das heisst volljährig und urteilsfähig sein (Art. 13).

Die auftraggebende Person muss die beauftragte Person namentlich bezeichnen und die ihr übertragenen Aufgaben möglichst genau umschreiben. Dabei kann sie Weisungen erteilen, wie die Aufgaben zu erfüllen sind (Abs. 2), und der beauftragten Person beispielsweise verbieten, bestimmte Vermögensanlagen vorzunehmen. Sie kann auch eine Person damit beauftragen, in ihrem Namen einer medizinischen

Massnahme die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern. In diesem Fall muss es sich bei der beauftragten Person im Hinblick auf den sehr persönlichen Charakter eines solchen Auftrags – und weil es sich materiell um eine Patientenverfügung handelt (Art. 370 Abs. 2) – zwingend um eine natürliche Person handeln. Will die auftraggebende Person sicherstellen, dass ihre medizinischen Anweisungen im gegebenen Zeitpunkt berücksichtigt werden, so muss sie die Tatsache, dass sie einen Auftrag erteilt hat, sowie den Hinterlegungsort auf der Versichertenkarte eintragen lassen (Art. 371 Abs. 2 erster Satz und 372 Abs. 1 erster Satz).

Nach dem Entwurf kann die auftraggebende Person Ersatzverfügungen treffen für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt (Abs. 3). So kann sie beispielsweise eine oder mehrere Ersatzpersonen bezeichnen, wie dies auch für den Willensvollstrecker im Erbrecht möglich ist. Sie kann aber auch anordnen, dass eine Beistandschaft errichtet wird.

Art. 361 Errichtung

Wer einen Vorsorgeauftrag errichtet, trifft eine Entscheidung von grosser Tragweite. Gewisse Formvorschriften sind deshalb unerlässlich. Der Vorentwurf sah vor, dass der Vorsorgeauftrag öffentlich beurkundet oder bei einer vom Kanton bezeichneten Stelle zu Protokoll gegeben werden sollte. Diese Lösung wurde indessen in der Vernehmlassung als zu kompliziert und zu kostspielig kritisiert. Einige Teilnehmer der Vernehmlassung wollten für den Vorsorgeauftrag einfache Schriftlichkeit genügen lassen, andere regten an, den Vorsorgeauftrag denjenigen Formvorschriften zu unterstellen, die für Verfügungen von Todes wegen gelten (Art. 499 ff. ZGB). Der Entwurf sieht nun vor, dass der Vorsorgeauftrag – entsprechend den Formerfordernissen für letztwillige Verfügungen – entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden ist (Abs. 1). Diese Lösung vereinfacht die Situation, wenn Vorsorgeauftrag und letztwillige Verfügung zusammen errichtet werden. Nicht übernommen wird indessen die mündliche Erklärung, d.h. das Nottestament nach Art. 506 ff. ZGB, weil kaum ein praktisches Bedürfnis dafür bestehen dürfte.

Entsprechend Artikel 505 Absatz 1 ZGB muss der eigenhändige Vorsorgeauftrag von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand geschrieben, datiert und unterzeichnet werden (Abs. 2). Ein auf der Maschine oder mittels Computer geschriebener oder einer anderen Person diktiert Vorsorgeauftrag wäre ungültig. Mit dieser Lösung soll vermieden werden, dass insbesondere betagte Personen ein von Dritten verfasstes Papier einfach unterschreiben, ohne sich über dessen Inhalt Rechenschaft zu geben.

Der öffentlich beurkundete Vorsorgeauftrag wird durch eine Urkundsperson, meistens einen Notar oder eine Notarin, entsprechend den Wünschen der auftraggebenden Person errichtet. Nicht prüfen muss die Urkundsperson, 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 und die beauftragte Person den Auftrag jederzeit kündigen kann (vgl. Art. 367). Diese Prüfung obliegt demgegenüber der Erwachsenenschutzbehörde, sobald der Vorsorgefall eingetreten ist (vgl. Art. 363).

Die auftraggebende Person muss dafür besorgt sein, dass bei Eintreten der Urteilsunfähigkeit die Erwachsenenschutzbehörde vom Vorsorgeauftrag Kenntnis erhält. Um dies sicherzustellen, kann sie die Tatsache, dass sie einen Vorsorgeauftrag errichtet

hat, und den Hinterlegungsort beim Zivilstandsamt in die zentrale Datenbank «Info-star» eintragen lassen (Abs. 3 erster Satz). Dabei muss die auftraggebende Person zwar ihre Identität angeben, nicht jedoch den Vorsorgeauftrag aushändigen. Diese einfache, effiziente und wenig aufwändige Lösung soll verhindern, dass die Vorsorgeaufträge toter Buchstabe bleiben. Der Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen, namentlich über den Zugang zu den Daten (Abs. 3 zweiter Satz).

Art. 362 Widerruf

Der Vorentwurf sah vor, dass der Vorsorgeauftrag zehn Jahre nach seiner Errichtung von Gesetzes wegen erlischt, falls die auftraggebende Person nicht innerhalb dieser Frist urteilsunfähig wird oder den Vorsorgeauftrag erneuert. Diese Befristung sollte dem Umstand Rechnung tragen, dass sich die Verhältnisse seit Errichtung des Vorsorgeauftrags ändern können und deshalb eine periodische Überprüfung der getroffenen Anordnungen wichtig ist. In der Vernehmlassung wurde die Befristung indessen stark kritisiert. Der Entwurf verzichtet darauf, insbesondere im Hinblick auf das nicht zu unterschätzende Risiko, dass die auftraggebende Person vergessen könnte, ihren Auftrag rechtzeitig zu erneuern. Auch die letztwillige Verfügung verliert ihre Gültigkeit nicht nach einer bestimmten Zeit.

Solange die auftraggebende Person urteilsfähig ist, kann sie ihren Vorsorgeauftrag jederzeit widerrufen, und zwar in einer der beiden für die Errichtung vorgeschriebenen Formen (Abs. 1). Die auftraggebende Person kann den Auftrag zudem dadurch widerrufen, dass sie die Urkunde vernichtet (Abs. 2 erster Satz). So kann sie diese zerreißen, verbrennen oder darauf den Vermerk «widerrufen» anbringen. Wichtig ist, dass das Original und nicht eine Kopie vernichtet werden muss. Hat die auftraggebende Person den Auftrag öffentlich beurkunden lassen, so hat sie die Urkundsperson zu benachrichtigen (Abs. 2 zweiter Satz).

Absatz 3 stellt die Vermutung auf, dass ein bestehender Vorsorgeauftrag mit der Errichtung eines neuen ungültig wird, auch wenn die auftraggebende Person den bisherigen Auftrag nicht ausdrücklich widerrufen hat. Diese Vermutung entfällt – entsprechend der analogen Bestimmung im Erbrecht (Art. 511 Abs. 1 ZGB) –, wenn kein Zweifel besteht, dass der neue Auftrag lediglich den bisherigen ergänzt.

Art. 363 Feststellung der Wirksamkeit und Annahme

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt (Abs. 1). Ist kein Vertrag errichtet worden, so wird die Erwachsenenschutzbehörde Massnahmen nach Artikel 388 ff. ergreifen.

Liegt demgegenüber ein Vorsorgeauftrag vor, so muss die Erwachsenenschutzbehörde sich das Dokument beschaffen und prüfen, ob der Auftrag Wirkungen entfalten kann. Zu diesem Zweck muss sie sich vergewissern, ob der Vorsorgeauftrag gültig errichtet worden ist – z.B. in Bezug auf Urteilsfähigkeit oder die Einhaltung der Formvorschriften –, ob die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind und ob die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist (Abs. 2 Ziff. 1–3). Diese kann frei darüber entscheiden, ob sie den Auftrag annehmen will oder nicht. Die Behörde darf von sich aus nur dann vom Willen des Auftraggebers oder der Auftraggeberin abweichen, wenn offensichtlich ist, dass die bezeichnete Person ihren Aufgaben nicht gewachsen ist.

Sind die Formvorschriften nicht eingehalten, so kann der Vorsorgeauftrag nicht wirksam werden. Errichtet deshalb die Erwachsenenschutzbehörde eine Beistandschaft, so hat sie aber zu prüfen, ob die im Vorsorgeauftrag bezeichnete Person nach Artikel 401 Absatz 1 als Beistand in Frage kommt. Die Feststellung, ob und in welchem Umfang der Vorsorgeauftrag wirksam wird, ist wichtig, da die Erwachsenenschutzbehörde die zum Schutz der urteilsunfähigen Person notwendigen Massnahmen treffen muss (Abs. 2 Ziff. 4), wenn der Auftrag nicht zum Tragen kommt oder nur einen Teilbereich der Aufgaben erfasst, die für die urteilsunfähige Person erledigt werden müssen.

Sind sämtliche für die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages notwendigen Voraussetzungen erfüllt, so macht die Erwachsenenschutzbehörde die beauftragte Person auf ihre Pflichten aufmerksam (Art. 365) und händigt ihr eine Urkunde aus, welche die Befugnisse wiedergibt, die ihr als Vertreterin oder Vertreter der urteilsunfähigen Person zukommen (Abs. 3).

Art. 364 Auslegung und Ergänzung

Es kann vorkommen, dass gewisse Punkte des Vorsorgeauftrags unklar sind. Grund dafür kann auch sein, dass sich die Verhältnisse seit der Errichtung in einzelnen Punkten unerwartet geändert haben. Weil solche Unklarheiten für die beauftragte Person eine Quelle von Unsicherheiten sind und eine zweckmässige Fürsorge gefährden können, sieht der Entwurf vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde auf Ersuchen hin den Auftrag auslegen und ihn in Nebenpunkten ergänzen kann. Damit lässt sich vermeiden, dass für Nebensächlichkeiten zusätzlich zum Vorsorgeauftrag noch eine behördliche Massnahme angeordnet werden muss.

Art. 365 Erfüllung

Nach Absatz 1 hat sich die beauftragte Person auf die Aufgaben zu beschränken, die ihr im Vorsorgeauftrag übertragen worden sind. Sie nimmt ihre Aufgaben nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) sorgfältig wahr. Insbesondere muss sie zu jedem Zeitpunkt in der Lage sein, Rechenschaft über ihre Geschäftsführung abzulegen (Art. 400 OR). Der Verweis auf das Auftragsrecht erfasst auch die Vorschriften über die Haftung des Beauftragten (Art. 398 ff. OR).

Selbst wenn der Vorsorgeauftrag nur für einen Teilbereich errichtet worden ist, obliegt der beauftragten Person eine besondere Sorgfaltspflicht bei der Interessenwahrung für die urteilsunfähige Person. Stellt sie fest, dass Geschäfte besorgt werden müssen, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst werden, so hat sie unverzüglich die Erwachsenenschutzbehörde zu benachrichtigen, damit diese die notwendigen Massnahmen trifft (Abs. 2), beispielsweise eine Beistandschaft errichtet und die beauftragte Person als Beistand oder Beiständin einsetzt.

Hat die beauftragte Person in einer Angelegenheit Interessen, die denen der betroffenen Person widersprechen, so benachrichtigt sie unverzüglich die Erwachsenenschutzbehörde; bei Interessenkollision entfallen ihre Befugnisse von Gesetzes wegen (Abs. 2 und 3).

Art. 366 Entschädigung und Spesen

Der Entwurf schreibt nicht vor, ob der Vorsorgeauftrag entgeltlich oder unentgeltlich ist. Er überlässt die Entscheidung darüber der auftraggebenden Person. Die beauftragte Person muss dann entscheiden, ob sie unter den vorgegebenen Bedingungen den Vorsorgeauftrag annehmen will oder nicht.

Enthält der Vorsorgeauftrag keine Anordnung über die Entschädigung der beauftragten Person, so legt die Erwachsenenschutzbehörde eine angemessene Entschädigung fest, wenn dies mit Rücksicht auf den Umfang der Aufgaben als gerechtfertigt erscheint oder wenn die Leistungen der beauftragten Person üblicherweise entgeltlich sind (Abs. 1). Dabei sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen. So kann beispielsweise von einem nahen Verwandten eher eine unentgeltliche Leistung erwartet werden als von einem professionellen Vermögensverwalter.

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

Art. 367 Kündigung

Die beauftragte Person kann den Vorsorgeauftrag jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist durch schriftliche Mitteilung an die Erwachsenenschutzbehörde kündigen (Abs. 1). Diese Kündigungsfrist war im Vorentwurf noch nicht vorgesehen. Sie soll einerseits für die beauftragte Person Klarheit schaffen, wann ihre Befugnisse erlöschen. Andererseits muss die Erwachsenenschutzbehörde genügend Zeit haben, um die notwendigen Massnahmen zu ergreifen und einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen, sofern der Auftraggeber oder die Auftraggeberin keine Ersatzverfügung getroffen hat. Die Kündigung bedarf keiner Begründung.

Liegen wichtige Gründe vor, kann die beauftragte Person den Auftrag kündigen, ohne die Kündigungsfrist einzuhalten (Abs. 2). Als wichtige Gründe gelten Umstände wie beispielsweise eine Krankheit, deretwegen nach Treu und Glauben nicht erwartet werden kann, dass der Auftrag weitergeführt wird (vgl. Art. 337 Abs. 2 OR).

Art. 368 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die Erwachsenenschutzbehörde die erforderlichen Massnahmen. Sie kann von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahe stehenden Person tätig werden (Abs. 1). Während der Vorentwurf lediglich den Widerruf des Auftrags vorsah, will der Entwurf den Willen der auftraggebenden Person so weit wie möglich wahren. Absatz 2 zählt Massnahmen auf, welche die Behörde ergreifen kann. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Art. 369 Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit

Diese Bestimmung trägt einer Anregung aus der Vernehmlassung Rechnung und orientiert sich an Artikel 405 OR über den Auftrag.

Wird die auftraggebende Person wider Erwarten wieder urteilsfähig, so verliert der Vorsorgeauftrag von Gesetzes wegen seine Wirksamkeit (Abs. 1). Eine Mitteilung an die beauftragte Person oder ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht nötig.

Allerdings kann es vorkommen, dass die auftraggebende Person zwar wieder urteilsfähig wird, aber nicht sofort in der Lage ist, die Aufgaben wahrzunehmen, mit denen sie die beauftragte Person betraut hatte, z.B. im Fall einer Hospitalisierung im Ausland nach einem Unfall. Gefährdet deshalb das Erlöschen des Auftrags die Interessen der auftraggebenden Person, so soll der Auftrag entsprechend den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 405 Abs. 2 OR) verlängert werden: Die beauftragte Person muss so lange für die Fortführung der ihr übertragenen Aufgaben sorgen, bis die auftraggebende Person ihre Interessen selber wahren kann (Abs. 2).

Aus Geschäften, welche die beauftragte Person vornimmt, bevor sie vom Erlöschen ihres Auftrags erfährt, wird die auftraggebende Person verpflichtet, wie wenn der Auftrag noch bestehen würde (Abs. 3). Die Geschäfte gelten als rechtsgültig abgeschlossen, auch wenn die Vertretungsbefugnis fehlt. Diese Vorschrift entspricht den Artikeln 37 und 406 OR.

2.1.2 Die Patientenverfügung

Art. 370 Grundsatz

Im Unterschied zu verschiedenen kantonalen Erlassen enthält das Bundesrecht noch keine ausdrückliche Bestimmung über die Gültigkeit bzw. die Tragweite von Patientenverfügungen. Das neue Erwachsenenschutzrecht soll diese Lücke schliessen (vgl. auch Ziff. 1.3.1). Eine einheitliche Lösung für die ganze Schweiz ist in der Vernehmlassung mehrheitlich begrüsst worden und entspricht einer Empfehlung der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW).¹⁶ Kantonal unterschiedliche Regelungen sind sowohl für die Patientinnen und Patienten wie für das medizinische Personal unbefriedigend, zumal die Hospitalisierung einer Person nicht immer im eigenen Kanton erfolgt.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist eine ärztliche Massnahme, die in die körperliche Integrität eingreift, eine Verletzung der Persönlichkeit der Patientin oder des Patienten, selbst wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wird. Sie ist deshalb rechtswidrig, sofern 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 voraus, dass die Patientin oder der Patient urteilsfähig ist. Für urteilsunfähige Personen gibt der gesetzliche Vertreter die Einwilligung. Zudem sehen die kantonalen Gesundheitsgesetze verschiedene Lösungen vor, wie bei urteilsunfähigen Personen vorzugehen ist (vgl. Ziff. 1.3.2).

In einer Patientenverfügung nimmt eine Person eine Krankheitssituation vorweg und bestimmt für den Fall, dass sie mangels Urteilsfähigkeit nicht mehr selber entscheiden kann, wie sie behandelt werden will bzw. welchen medizinischen Massnahmen sie zustimmt oder nicht zustimmt (Abs. 1). Die Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu errichten, besteht für alle Fälle, in denen die betroffene Person nicht mehr urteilsfähig ist, sei es aufgrund einer psychischen Erkrankung, einer fortschreitenden

¹⁶ Siehe Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze vom 24. November 2005 der SAMW, III. Kommentar, S. 7.

Altersdemenz oder weil eine Person beispielsweise nach einem Unfall das Bewusstsein verloren hat.

In einer Patientenverfügung kann auch eine Person bezeichnet werden, die für den Fall, dass die auftraggebende Person urteilsunfähig wird, in deren Namen die notwendigen Entscheidungen in Bezug auf eine medizinische Massnahme treffen soll (Abs. 2 erster Satz). Der Vorentwurf sah für diesen Fall noch einen speziellen Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen vor. Aufgrund der Vernehmlassung wird die Regelung vereinfacht und im Interesse der Übersichtlichkeit in die Patientenverfügung integriert. Es versteht sich von selbst, dass eine Patientenverfügung auch in einen Vorsorgeauftrag integriert werden kann, der strengeren Formvorschriften untersteht (vgl. Art. 361 Abs. 1 und 2).

Die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt hat der beauftragten Person, deren Zustimmung eingeholt werden muss, alle Informationen über die vorgeschlagene medizinische Massnahme zu geben, die für eine Entscheidung erheblich sind. Angesichts seines sehr persönlichen Charakters kann der Auftrag nur einer natürlichen Person erteilt werden. Bezeichnet eine Patientenverfügung mehrere Personen und gefährdet deren Uneinigkeit die Interessen der auftraggebenden Person, so kann jede der Patientin oder dem Patienten nahe stehende Person die Erwachsenenschutzbehörde anrufen (Art. 373 und 368).

Wie beim Vorsorgeauftrag (Art. 360 Abs. 3) kann eine Person in ihrer Patientenverfügung Ersatzverfügungen für den Fall treffen, dass die bezeichnete Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt (Abs. 3). So kann sie beispielsweise eine Ersatzperson bezeichnen oder bestimmen, dass in einer solchen Situation Artikel 378 über die vertretungsberechtigte Person in medizinischen Belangen zur Anwendung kommt.

Für die Errichtung einer Patientenverfügung genügt die Urteilsfähigkeit (Abs. 1). Die Handlungsfähigkeit wird nicht vorausgesetzt, da es sich um die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts handelt (Art. 19c). Auch urteilsfähige Minderjährige können somit eine Patientenverfügung errichten.

Art. 371 Errichtung und Widerruf

Die Patientenverfügung bedarf der Schriftform; das heisst, dass das Dokument durch die Verfasserin oder den Verfasser nur eigenhändig zu unterschreiben ist (Art. 13 f. OR). Damit gelten nicht die gleichen Formvorschriften wie beim Vorsorgeauftrag. Die Erwachsenenschutzbehörde muss auch nicht die Wirksamkeit der Patientenverfügung (vgl. Art. 363) feststellen. Die Patientenverfügung ist auf den medizinischen Bereich beschränkt, so dass eine Kontrolle durch das Medizinalpersonal besteht. Dieses erstellt die Diagnose und legt die zu treffenden medizinischen Massnahmen fest, berät allenfalls die vertretungsberechtigte Person und kann nötigenfalls die Erwachsenenschutzbehörde anrufen (Art. 373). Die Zustimmung für sich allein bewirkt noch nicht die Rechtmässigkeit des Eingriffs. Vielmehr muss dieser medizinisch indiziert sein, was die Ärztin oder der Arzt, die oder der den Eingriff vorschlägt, zu verantworten hat.

Wird die Form nicht gewahrt, ist die Patientenverfügung rechtlich nicht einfach unbeachtlich. Wenn zum Beispiel mündlich Anordnungen getroffen worden sind, gelten diese zwar nicht als vorgängige Zustimmung oder Ablehnung zu einer Behandlung. Sie können indessen als mutmasslicher Wille der urteilsunfähigen

Person, nach dem die vertretungsberechtigte Person zu entscheiden hat (Art. 378 Abs. 3), zum Tragen kommen.

Wer eine Patientenverfügung errichtet, muss selber dafür besorgt sein, dass die Adressaten der Verfügung zu gegebener Zeit Kenntnis davon erhalten. Die Verfügung kann beispielsweise bei der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt hinterlegt werden. Die Verfasserin oder der Verfasser kann sie aber auch bei sich tragen oder sie einer vertretungsberechtigten Person oder einer Vertrauensperson übergeben. Zudem ist es möglich, den Hinterlegungsort auf der Versichertenkarte eintragen zu lassen (Abs. 2 erster Satz). Diese Lösung, die einem Anliegen der Vernehmlassung Rechnung trägt, stellt sicher, dass die behandelnden Ärztinnen und Ärzte von der Existenz einer Patientenverfügung erfahren (vgl. Art. 372 Abs. 1). Der Bundesrat regelt die auf der Versichertenkarte zu speichernden Daten, den Zugang zu diesen Daten sowie ihre Verwaltung und Löschung (Abs. 2 zweiter Satz).

Nach Absatz 3 ist auf den Widerruf einer Patientenverfügung die Bestimmung über den Widerruf des Vorsorgeauftrags (Art. 362) sinngemäss anwendbar.

Art. 372 Eintritt der Urteilsunfähigkeit

Von Ärztinnen und Ärzten kann nicht verlangt werden, dass sie alles unternehmen, um herauszufinden, ob die zu behandelnde urteilsunfähige Person eine Patientenverfügung errichtet hat oder nicht. In erster Linie ist es Aufgabe der Verfasserin oder des Verfassers sicherzustellen, dass die Adressaten zu gegebener Zeit Kenntnis von der Verfügung erhalten. Der Entwurf bietet indessen die Möglichkeit an, entsprechende Informationen auf der Versichertenkarte eintragen zu lassen (vgl. Art. 371 Abs. 2 erster Satz). Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte werden zudem verpflichtet, bei urteilsunfähigen Personen anhand der Versichertenkarte abzuklären, ob eine Patientenverfügung errichtet (Abs. 1 erster Satz) und wo diese allenfalls hinterlegt worden ist (Art. 371 Abs. 2 erster Satz).

Die Wirkungen einer Patientenverfügung, die sich nicht darauf beschränkt, eine vertretungsberechtigte Person zu bezeichnen, sind umstritten. Das Europäische Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin etwa sieht vor, dass die zu einem früheren Zeitpunkt geäusserten Wünsche lediglich zu «berücksichtigen» sind (Art. 9). Diese Umschreibung will zum Ausdruck bringen, dass den Wünschen nicht einfach Folge zu leisten ist. Vielmehr müssen sich Ärztinnen und Ärzte immer vergewissern, ob die Patientenverfügung auf die konkrete Situation anwendbar und insbesondere im Hinblick auf die medizinische Entwicklung noch gültig ist.¹⁷

Auf der gleichen Linie liegen die medizinisch-ethischen Grundsätze vom 24. November 2005 der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften über das Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung. Die Patientenverfügungen seien Vorausverfügungen für eine kaum voraussehbare existentielle Situation und könnten deshalb weder rechtlich noch ethisch mit einer *Jetzt-für-jetzt*-Erklärung der urteilsfähigen Person verglichen werden. Zudem dürfen an frühere Einwilligungen keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an gegenwärtige. Eine Einwilligung sei grundsätzlich nur bei hinreichender Aufklärung wirksam; eine Patientenverfügung erfülle diese Voraussetzung jedoch häufig nicht.

¹⁷ BBl 2002 303

Im Einklang mit dem Nationalen Ethikrat Deutschlands¹⁸ geht der vorliegende Entwurf indessen weiter und verpflichtet die behandelnden Ärztinnen und Ärzte, einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen (Abs. 2). Die in der Patientenverfügung enthaltene Willenserklärung, sofern sie hinreichend klar ist, gilt als Zustimmung zu einer Behandlung oder als deren Ablehnung. Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters der urteilsunfähigen Person muss nicht eingeholt werden. Wenn eine Person eine Patientenverfügung errichtet, so soll also grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sie über die für die Willensbildung erheblichen Informationen verfügt und auf zusätzliche Aufklärung verzichtet. Auch der urteilsfähige Patient kann nämlich auf Aufklärung verzichten und den Entscheid an die behandelnden Medizinalpersonen delegieren. Im Übrigen ist der Mensch durchaus in der Lage, in Ausübung seiner Autonomie grundlegende Entscheidungen zu treffen, beispielsweise in Bezug auf eine würdevolle Beendigung seines Lebens. Zudem kann eine Patientin oder ein Patient etwa nach entsprechender Erfahrung bei schubweise auftretender Erkrankung genau wissen, welche Behandlung auf sie oder ihn zukommt.

Gegen eine Beschränkung der Verbindlichkeit¹⁹ aus ethischer Sicht spricht ferner, dass Eingriffe in die körperliche Integrität von der betroffenen Person als Eingriffe in ihre personale Identität verstanden werden können, so dass die persönlichen Wertvorstellungen in die Entscheidung sollen einfließen dürfen. Schliesslich darf nicht übersehen werden, dass bei einer Beschränkung der Wirksamkeit der Patientenverfügung an Stelle von Selbstbestimmung Fremdbestimmung tritt. Dritte ignorieren die Verfügung und lassen an deren Stelle ihre Überzeugungen und Wertungen treten, die sie dann auch durchzusetzen vermögen, weil die betroffene Person keine wirkungsvollen Widerspruchsmöglichkeiten hat.

Nach dem Entwurf kann nur in drei Fällen von der Patientenverfügung abgewichen werden (Abs. 2): Erstens, wenn die Verfügung gegen gesetzliche Vorschriften verstösst, z.B. wenn die Patientin oder der Patient direkte aktive Sterbehilfe verlangt. Zweitens, wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung auf dem freien Willen der Patientin oder des Patienten beruht. Die Zweifel müssen sich somit auf konkrete Anhaltspunkte stützen. Drittens kann von der Verfügung abgewichen werden, wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Anordnung in der eingetretenen Situation noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht. Auch in diesem Fall müssen konkrete Hinweise vorliegen. Folglich dürfen Anweisungen nicht jedes Mal hinterfragt werden, wenn sie eine Lösung vorsehen, welche die Ärztin oder der Arzt oder das Pflegepersonal als unpassend beurteilt. Hingegen ist anzunehmen, die Zweifel seien begründet, wenn zum Beispiel die Patientenverfügung vor längerer Zeit errichtet worden ist und deren Verfasserin oder Verfasser später eine andere Meinung geäussert hat. Begründet können Zweifel auch dann sein, wenn die medizinische Entwicklung Massnahmen ermöglicht, die in der Verfügung nicht vorhergesehen wurden, z.B. den Einsatz neuer Medikamente mit geringeren unerwünschten Nebenwirkungen.

¹⁸ Patientenverfügung – Ein Instrument der Selbstbestimmung. Stellungnahme, Berlin 2005.

¹⁹ Dazu ausführlicher die Stellungnahme des Nationalen Ethikrates Deutschlands, a.a.O., S. 18 f.

Sind die ernsthaften Zweifel begründet, so entfaltet die Patientenverfügung keine Wirkung. Dann muss vom mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten ausgegangen werden, denn ein aktueller Wille ist aufgrund der eingetretenen Urteilsunfähigkeit nicht mehr zu ermitteln.

Wenn die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt von den Anweisungen der Patientin oder des Patienten abweicht, müssen die Gründe dafür im Patientendossier festgehalten werden (Abs. 3). Wird in der Folge die Erwachsenenschutzbehörde angerufen, weil der Patientenverfügung nicht entsprochen wird (vgl. Art. 373 Abs. 1 Ziff. 1), so bilden diese Angaben die Grundlage für die Beurteilung der ärztlichen Entscheidung.

In Notfällen (Art. 379) und bei der Behandlung psychischer Störungen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung (Art. 433 und 435) kommt einer Patientenverfügung von Gesetzes wegen eine eingeschränkte Bedeutung zu.

Art. 373 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Die Erwachsenenschutzbehörde kann jederzeit aus den Gründen schriftlich angerufen werden, die in der Bestimmung abschliessend genannt werden (Abs. 1 Ziff. 1–3). Als nahe stehende Person gilt auch die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt oder das Pflegepersonal.

Im Übrigen findet Artikel 368 über das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag sinngemäss Anwendung auf die Patientenverfügung (Abs. 2).

2.1.3 Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner

Art. 374 Voraussetzungen und Umfang des Vertretungsrechts

Das gesetzliche Vertretungsrecht soll sicherstellen, dass die grundlegenden persönlichen und materiellen Bedürfnisse einer urteilsunfähigen Person befriedigt werden können, ohne dass die Erwachsenenschutzbehörde tätig werden muss (vgl. Ziff. 1.3.2). Es erweitert die Vertretungsbefugnisse, die einem Ehegatten nach Artikel 166 ZGB und einem eingetragenen Partner oder einer eingetragenen Partnerin nach Artikel 15 PartG²⁰ zustehen. Dank dem gesetzlichen Vertretungsrecht muss die Erwachsenenschutzbehörde nicht systematisch angerufen werden, wenn die betroffene Person urteilsunfähig wird. Ist eine Person aber nicht nur vorübergehend, sondern dauernd urteilsunfähig, so soll grundsätzlich eine Beistandschaft angeordnet werden. Der Ehegatte, der eingetragene Partner oder die eingetragene Partnerin kann das Amt des Beistands oder der Beistandin übernehmen, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 390 und 400).

Die Tatsache allein, dass ein Paar durch eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft verbunden ist, rechtfertigt es noch nicht, dass die urteilsunfähige Person von Gesetzes wegen vertreten werden kann. Vielmehr setzt dieses Vorrecht voraus, dass das Paar einen gemeinsamen Haushalt führt oder dass die Partnerin oder der Partner der urteils-

²⁰ SR 211.231

unfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leistet. Damit ist gewährleistet, dass eine gelebte Beziehung besteht. In der Realität werden wohl häufig beide Voraussetzungen erfüllt sein. Indessen kann es auch sein, dass z.B. nur die zweite Voraussetzung zutrifft, weil eine urteilsunfähige Person ausserhalb der gemeinsamen Wohnung in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut wird. Im Übrigen besteht das gesetzliche Vertretungsrecht nur, wenn kein Vorsorgeauftrag vorliegt und keine Beistandschaft mit den entsprechenden Aufgaben errichtet worden ist.

Die direkt aus dem Gesetz fließende Vertretungsbefugnis ist begrenzt und umfasst nur die Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Abs. 2 Ziff. 1), sowie die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte (Abs. 2 Ziff. 2). Zur Unterscheidung von Art und Umfang der ordentlichen und der ausserordentlichen Verwaltung ist auf Lehre und Rechtsprechung zu den Artikeln 227 und 228 ZGB betreffend die Gütergemeinschaft zu verweisen. Ferner soll die Partnerin oder der Partner nötigenfalls befugt sein, die Post zu öffnen und zu erledigen. Der Begriff «Post» umfasst auch die elektronische Post, z.B. E-Mail (vgl. Art. 13 Abs. 1 BV). Das Wort «nötigenfalls» will zum Ausdruck bringen, dass mit dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit die Post nicht sofort geöffnet werden darf. Vielmehr sind die Partnerin und der Partner erst dann dazu befugt, wenn sie in guten Treuen annehmen dürfen, dass Rechnungen zu bezahlen sind oder dass mit der Antwort auf einen Brief oder ein E-Mail anstandslos nicht lange zugewartet werden darf.

Ist für Aussenstehende nicht klar ersichtlich, dass das Vertretungsrecht gegeben ist, so kann die Erwachsenenschutzbehörde angegangen werden. Diese klärt die gesetzlichen Voraussetzungen ab und händigt gegebenenfalls der vertretungsberechtigten Person eine Urkunde aus, die deren Befugnisse wiedergibt (Art. 376 Abs. 1), damit sie sich gegenüber Dritten legitimieren kann.

Art. 375 Ausübung des Vertretungsrechts

In Anlehnung an das eheliche Vermögensrecht (Art. 195 ZGB), die elterliche Vermögenssorge (Art. 327 Abs. 1 ZGB) und den Vorsorgeauftrag (Art. 365) finden die Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag sinngemäss Anwendung auf die Ausübung des Vertretungsrechts. Der Verweis erfasst insbesondere Artikel 398 Absatz 3 OR, wonach der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen hat. Ist die von Gesetzes wegen vertretungsberechtigte Person nicht nur für kurze Zeit verhindert, ihre Befugnis wahrzunehmen, so müssen eine Beistandschaft errichtet und ein anderes Familienmitglied oder eine Drittperson mit der Aufgabe betraut werden. In Bezug auf die Verantwortlichkeit verweist Artikel 456 ebenfalls auf das Auftragsrecht (Art. 398 OR).

Art. 376 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Denkbar ist, dass für andere Angehörige oder Dritte unklar ist, ob die Voraussetzungen für eine Vertretung erfüllt sind, oder dass sie das Vertretungsrecht bestreiten. Sachlich erscheint es richtig, in solchen Fällen die Erwachsenenschutzbehörde entscheiden zu lassen (Abs. 1).

Zudem muss die Erwachsenenschutzbehörde befugt sein, der vertretungsberechtigten Person die Vertretungsbefugnisse teilweise oder ganz zu entziehen, wenn die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind

(Abs. 2). Das entspricht der Interventionsmöglichkeit des Eheschutzgerichts, wenn ein Ehegatte die Befugnis zur Vertretung der ehelichen Gemeinschaft überschreitet oder unfähig ist, sie auszuüben (Art. 174 ZGB). Der formelle Entzug der Vertretungsbefugnis ist aber nur nötig, wenn die Erwachsenenschutzbehörde keine Beistandschaft errichtet. Mit der Übertragung der in Artikel 374 Absatz 2 umschriebenen Kompetenzen an einen Beistand oder eine Beiständin (Art. 389 f.) entfällt das gesetzliche Vertretungsrecht automatisch (Art. 374 Abs. 1). Der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner kann sich gegen die Errichtung einer Beistandschaft jedoch mit einer Beschwerde (Art. 450 ff.) zur Wehr setzen.

2.1.4 Vertretung bei medizinischen Massnahmen

Art. 377 und 378 Behandlungsplan und vertretungsberechtigte Person

Die beiden Bestimmungen legen fest, wer eine urteilsunfähige Person bei medizinischen Massnahmen vertreten darf und wie vorzugehen ist (vgl. Ziff. 1.3.2). Nach Artikel 6 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, das die Schweiz ratifizieren will, ist es nicht zulässig, den Angehörigen lediglich ein Anhörungsrecht zu geben und die Ärzteschaft oder deren Hilfspersonen ausser in dringlichen Fällen für ihre Patientin oder ihren Patienten selber entscheiden zu lassen, wie gewisse kantonale Gesetze dies heute vorsehen.

Artikel 377 stellt – einem Wunsch aus Ärztekreisen in der Vernehmlassung Rechnung tragend – klar, dass die Ärztin oder der Arzt für die angemessene Behandlung die Verantwortung trägt und unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person den Behandlungsplan erstellt, der der laufenden Entwicklung angepasst wird (Abs. 1 und 4). Soweit möglich wird auch die urteilsunfähige Person in die Entscheidungsfindung einbezogen (Abs. 3). Der Behandlungsplan muss nicht schriftlich festgelegt werden. Ein unnötiger Formalismus ist zu vermeiden.

Die vertretungsberechtigten Personen können nur nach hinreichender Aufklärung gültig entscheiden, ob sie im Namen der urteilsunfähigen Person den vorgesehenen medizinischen Massnahmen zustimmen oder sie ablehnen. Artikel 377 Absatz 2 nennt in nicht abschliessender Weise die wichtigen Punkte, über die aufgeklärt werden muss.

Artikel 378 Absatz 1 legt fest, welche Personen der Reihe nach berechtigt sind, die urteilsunfähige Person zu vertreten, wenn diese sich zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert hat (Art. 377 Abs. 1). Das dient der Rechtssicherheit und der Praktikabilität. Der Vorentwurf hatte noch vorgesehen, dass unter den Nachkommen, Eltern oder Geschwistern der urteilsunfähigen Person das Vertretungsrecht derjenigen Person zukommt, zu der die engste Beziehung besteht. Solche Abklärungen hätten die Ärzteschaft indessen überfordert.

Sind mehrere Personen gleichzeitig vertretungsberechtigt, so haben sie grundsätzlich gemeinsam zu entscheiden. Der gutgläubige Arzt oder die gutgläubige Ärztin darf indessen voraussetzen, dass jede im Einverständnis mit den anderen handelt (Art. 378 Abs. 2). Die Regelung ist Artikel 304 Absatz 2 ZGB über die elterliche Sorge nachgebildet, der sich bewährt hat.

Das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person geht allen anderen Vertretungsrechten vor: In erster Linie ist die Person zur Vertretung berechtigt, die in einer Patientenverfügung speziell für medizinische Massnahmen als zuständig bezeichnet worden ist. Ausserdem die vorsorgebeauftragte Person, wenn ihr die Vertretung bei medizinischen Massnahmen zusteht. In zweiter Linie sind es die Beiständigen und Beistände, denen die Erwachsenenschutzbehörde die Vertretung bei medizinischen Massnahmen übertragen hat (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 und 2).

Bei den Angehörigen (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3–7) setzt das Vertretungsrecht – analog zum Vertretungsrecht in der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft (Art. 374 Abs. 1) – voraus, dass ein gemeinsamer Haushalt besteht oder dass der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand geleistet wird.

Artikel 378 Absatz 1 Ziffer 4 gibt nicht nur einem Konkubinatspartner oder einer Konkubinatspartnerin ein Vertretungsrecht. Vielmehr sollen beispielsweise auch im Fall von zwei Freundinnen, die zusammenleben, die eine die andere vertreten können. Die kumulative Voraussetzung, dass neben der Hausgemeinschaft regelmässig und persönlich Beistand geleistet wird, will Verantwortungsgemeinschaften von gewöhnlichen Wohngemeinschaften abgrenzen.

Der Entscheid der vertretungsberechtigten Person unterliegt keiner Form. Die Zustimmung kann auch konkludent erteilt werden. Allerdings können Spezialgesetze für bestimmte Massnahmen Formvorschriften enthalten. Massgebend für den Entscheid der vertretungsberechtigten Person sind entsprechend der heutigen Lehre und Rechtsprechung der mutmassliche Wille und die – objektiven – Interessen der urteilsunfähigen Person, falls Vorgaben in einer Patientenverfügung fehlen (Art. 378 Abs. 3).

Art. 379 Dringliche Fälle

In Fällen, in denen wegen Dringlichkeit einer medizinischen Massnahme keine Zeit besteht, um die vertretungsberechtigte Person zu informieren und deren Entscheid einzuholen, muss die Ärztin oder der Arzt befugt sein, von sich aus zu handeln und die medizinischen Massnahmen anzuordnen, die im Interesse der Gesundheit der betroffenen Person notwendig sind. Die Regelung entspricht Artikel 8 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin. Dringlichkeit ist nicht nur in eigentlichen Notfallsituationen gegeben. Vielmehr ist diese Voraussetzung auch dann erfüllt, wenn die Vertretungsberechtigung objektiv unklar ist und eine medizinische Massnahme zum Wohl der Patientin oder des Patienten nicht aufgeschoben werden sollte, bis die Erwachsenenschutzbehörde entschieden hat.

Art. 380 Behandlung einer psychischen Störung

Nach Artikel 378 Absatz 1 kann die vertretungsberechtigte Person auch der Einweisung in ein Spital zustimmen. Ist indessen für die Behandlung einer psychischen Störung eine Einweisung in eine psychiatrischen Klinik erforderlich, so sind die Bestimmungen über die fürsorgliche Unterbringung anwendbar (Art. 426 ff.). Diese Regelung dient dem Schutz betroffener Personen davor, ohne weitere Umstände von Angehörigen psychiatrisch versorgt zu werden. Unabhängig davon, ob die urteilsunfähige Person Widerstand leistet oder nicht, sollen die gleichen Verfahrensgarantien gelten, so dass heikle Abgrenzungsfragen entfallen. Zudem wird sichergestellt, dass die Klinik bei der Behandlung urteilsunfähiger Personen

nicht unterschiedliche Regelungen anwenden muss. Entweder stimmt die betroffene Person selber den medizinischen Massnahmen zu oder die Behandlung richtet sich nach den Artikeln 433 ff.

Art. 381 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Muss die Erwachsenenschutzbehörde intervenieren, so hat sie einen relativ grossen Ermessensspielraum. Ohne an die Reihenfolge nach Artikel 378 Absatz 1 gebunden zu sein, kann sie das Vertretungsrecht der geeignetsten Person unter den Vertretungsberechtigten übertragen. Sie kann aber auch eine Vertretungsbeistandschaft errichten. Damit entfällt das Vertretungsrecht der Angehörigen von Gesetzes wegen. Sie können sich aber mit Beschwerde gegen die Errichtung einer Beistandschaft zur Wehr setzen (Art. 450 ff.).

2.1.5 Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen

Art. 382 Betreuungsvertrag

Lebt eine Person in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung, so ist es wichtig, dass Leistung und Gegenleistung im Voraus klar bestimmt werden. Ist der Heimbewohner oder die Heimbewohnerin handlungsfähig, so obliegt es ihm oder ihr selbst, den wesentlichen Vertragsinhalt zu vereinbaren. Weitaus heikler ist die Situation Urteilsunfähiger, deren Interessen durch eine andere Person wahrgenommen werden müssen. In diesem Fall ist ein besonderer Schutz erforderlich. Der Entwurf bestimmt deshalb, dass in einem Betreuungsvertrag festgelegt werden muss, welche Leistungen die Einrichtung erbringt und welches Entgelt dafür geschuldet ist (Abs. 1), wenn eine urteilsunfähige Person für längere Dauer und nicht bloss vorübergehend – etwa für einen Erholungsurlaub – in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut wird. Für die Angehörigen wie auch für die Aufsichtsbehörde (Art. 441) muss Transparenz bestehen, beispielsweise darüber, welche Beschäftigungstherapien angeboten oder ob Ausflüge unternommen werden. Medizinische Leistungen sind vom Betreuungsvertrag dagegen nicht erfasst.

Die Schriftform dient ebenfalls der Transparenz und soll Missverständnissen und Missbrauchsrisiken vorbeugen. Die Schriftlichkeit ist aber nicht Gültigkeitserfordernis, sondern nur Beweisform.

Bei der Festlegung der von der Einrichtung zu erbringenden Leistungen ist auf die Wünsche der betroffenen Person so weit wie möglich Rücksicht zu nehmen (Abs. 2). Solche Wünsche können die Lebensgestaltung, die Körperpflege, die Sterbebegleitung oder auch andere Bereiche betreffen. Die betroffene Person kann ihre Wünsche auch vorweg festgelegt haben, als sie noch urteilsfähig war.

Die Regelung der Vertretungsbefugnis ist heikel, wenn man auf die systematische Errichtung einer Beistandschaft verzichten will. Analog zu Artikel 374 nur den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner für vertretungsberechtigt zu erklären, löst das Problem nicht, weil viele Bewohnerinnen und Bewohner von Wohn- oder Pflegeeinrichtungen verwitwet oder ledig sind. Nach Absatz 3 richtet sich deshalb die Zuständigkeit für den Abschluss, die Änderung oder die Aufhebung des Betreuungsvertrags sinngemäss nach Artikel 378 über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen. Damit wird eine einheitliche Vertre-

tungsregelung für diese beiden Bereiche gewährleistet. Nur wenn keine vertretungsberechtigte Person vorhanden oder bereit ist, die urteilsunfähige Person zu vertreten, muss eine Beistandschaft errichtet werden.

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.

Absatz 3 gibt der vertretungsberechtigten Person nicht die Befugnis, die urteilsunfähige Person gegen ihren Willen oder Widerstand in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung unterzubringen. Vielmehr muss in einem solchen Fall nach den Artikeln 426 ff. eine fürsorgliche Unterbringung angeordnet werden. Absatz 3 kommt aber 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.

Art. 383 Einschränkung der Bewegungsfreiheit. Voraussetzungen

Die Bewegungsfreiheit ist Teil der persönlichen Freiheit, die durch die Artikel 10 Absatz 2 und 31 BV, Artikel 5 EMRK und Artikel 28 ZGB geschützt wird. Dieses Recht hat jedoch keinen absoluten Charakter. Vielmehr muss es möglich sein, die Bewegungsfreiheit einer urteilsunfähigen Person einzuschränken. Zu denken ist insbesondere an verwirrte Personen, die ihren Lebensabend in einem Altersheim oder einer Pflegeeinrichtung verbringen, sich nicht mehr orientieren können und sich dadurch gefährden.

Verschiedene, aber lange nicht alle Kantone haben Rechtsgrundlagen für die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in solchen Fällen geschaffen. In der Vernehmlassung ist deshalb der Erlass einer einheitlichen Rechtsgrundlage für die ganze Schweiz begrüsst worden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte unterscheidet je nach Stärke des Eingriffs zwischen der Freiheitsentziehung, die Artikel 5 EMRK untersteht, und der Freiheitsbeschränkung.²¹ Der Bundesrat ist der Auffassung, dass die Anordnung jeder Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch die Erwachsenenschutzbehörde analog zum Verfahren der fürsorglichen Unterbringung, wie vereinzelt in der Vernehmlassung gefordert worden ist, wenig sachgerecht wäre und zu einem grossen Arbeitsaufwand der Behörden führen würde, ohne dass für die betroffene Person viel gewonnen wäre. Daher ist die Einführung eines speziellen Verfahrens vorzuziehen, das namentlich durch Protokollführungs- und Informationspflichten (Art. 384) – ergänzt durch ein Rechtsmittel (Art. 385) – die gewünschte Transparenz sowohl für die Angehörigen wie für die Aufsichtsbehörden gewährleistet.

Der Begriff der Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist weit zu verstehen. Er erfasst sowohl elektronische Überwachungsmassnahmen wie auch das Abschliessen von Türen, das Anbringen von Bettgittern und anderen Schranken und das Angurten zur Vermeidung von Stürzen. Dagegen fällt das Ruhigstellen einer urteilsunfähigen Person durch Medikamente nicht in den Anwendungsbereich der Bestimmung, sondern untersteht der Regelung über medizinische Massnahmen (Art. 377 ff. oder 433 ff.).

²¹ Urteil i.S. Guzzardi c. Italien vom 6. November 1980.

Entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip darf die Bewegungsfreiheit nur eingeschränkt werden, wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein als ungenügend erscheinen. Zudem muss die Massnahme dazu dienen, eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden oder eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen (Abs. 1). Im letzteren Fall entscheidend ist das Mass an Verständnis und Toleranz, das von anderen Bewohnern und Bewohnerinnen der Einrichtung verlangt werden kann. 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 Personalbestandes gerechtfertigt werden.

Sofern nicht eine Notfallsituation vorliegt, muss der betroffenen Person vor der Einschränkung der Bewegungsfreiheit erklärt werden, was geschieht, warum die Massnahme angeordnet wurde, wie lange diese voraussichtlich dauert und wer sich während dieser Zeit um sie kümmert (Abs. 2). Damit wird das Pflegepersonal angehalten, die Umstände jedes Einzelfalls vertieft zu prüfen und nicht voreilig eine Massnahme anzuordnen. Das Gespräch soll aber auch dazu dienen, bei der betroffenen Person Stress und Frustration abzubauen. Urteilsunfähigkeit bewirkt nicht notwendigerweise, dass jemand die Gründe der Massnahme nicht verstehen, sich kein Bild von der möglichen Dauer machen und die Person, die sie während dieser Zeit pflegt, nicht erkennen kann.

In der Verantwortung der Einrichtung liegt es, in einem internen Reglement festzulegen, wer eine Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit anordnen darf. Der Entscheid kann der Direktion vorbehalten bleiben, aber auch an eine Abteilungsleiterin oder einen Abteilungsleiter delegiert werden.

Die Dauer der Massnahme ist den Umständen des Einzelfalls anzupassen. Auf jeden Fall muss sie regelmässig auf ihre Berechtigung hin überprüft werden (Abs. 3).

Art. 384 Protokollierung und Information

Ein wirksamer Schutz vor Missbrauch kann nur gewährleistet werden, wenn die Einrichtung verpflichtet ist, über die Massnahme Protokoll zu führen und bei medizinischen Massnahmen die zur Vertretung befugte Person zu orientieren. Diese Person ist der Einrichtung bekannt, da sie für die urteilsunfähige Person auf jeden Fall den Betreuungsvertrag abschliessen muss (Art. 382).

Das Protokoll enthält mindestens den Namen der anordnenden Person, den Zweck, die Art und die Dauer der Massnahme (Abs. 1). Diese Angaben entsprechen der «guten Praxis». Das Dokument, das dem Datenschutzrecht des Bundes oder der Kantone untersteht, verbleibt in den Händen der Einrichtung.

Die Person, die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigt ist, wird von der Einrichtung über die Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit informiert und kann das Protokoll jederzeit einsehen (Abs. 2). Nur so ist gewährleistet, dass sie ihre Aufgabe, nämlich die Einrichtung zu überwachen und nötigenfalls die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen, richtig wahrnehmen kann. Eine systematische Information der Erwachsenenschutzbehörde wäre hingegen unverhältnismäs-

sig. Hat eine Person keine Angehörigen, so muss die Einrichtung nach Artikel 386 Absatz 2 die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigen, die dann eine Beistandschaft zu errichten hat.

Art. 385 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Jede Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit kann bei der Erwachsenenschutzbehörde angefochten werden (Abs. 1). Das Erfordernis der Schriftlichkeit dient der Rechtssicherheit. Eine Frist ist nicht vorgesehen, da der Entscheid der Einrichtung nicht in einem formellen Verfahren ergeht und der betroffenen Person nicht schriftlich eröffnet wird. Zur Beschwerde legitimiert sind die betroffene und jede ihr nahe stehende Person (Abs. 1). 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 Personen, welche die Erwachsenenschutzbehörde anrufen kann, stimmt somit mit demjenigen nach Artikel 438 betreffend die fürsorgliche Unterbringung überein.

Stellt die Erwachsenenschutzbehörde fest, dass die Massnahme nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, so kann sie sie ändern oder aufheben. Sie kann auch eine behördliche Massnahme des Erwachsenenschutzes anordnen (Abs. 2 erster Satz). Die Aufsichtsbehörde der Einrichtung ist nötigenfalls zu benachrichtigen (Abs. 2 zweiter Satz), beispielsweise wenn schwere oder wiederholte Verstösse gegen die gesetzlichen Vorschriften vorliegen.

Jedes Begehren um Beurteilung durch die Erwachsenenschutzbehörde muss dieser unverzüglich weitergeleitet werden (Abs. 3). Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die betroffene Person stark von ihrer Umgebung und von der Interessenwahrung durch nahe stehende Personen abhängig ist.

Art. 386 Schutz der Persönlichkeit

Nach dem Vorbild des Arbeitsvertragsrechts (Art. 328 Abs. 1 OR) verpflichtet Absatz 1 die Wohn- oder Pflegeeinrichtung, 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 Bewohnerinnen und Bewohner 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 zur Vertretung der urteilsunfähigen Person berechtigten Personen ihre Aufgaben richtig wahrnehmen, können die Heimbewohner und -bewohnerinnen auf eine gewisse Unterstützung von ausserhalb zählen. Für Personen ohne solche feste Beziehung sieht Absatz 2 vor, dass die Einrichtung die Erwachsenenschutzbehörde benachrichtigt, damit eine Beistandschaft errichtet wird.

Absatz 3 gewährleistet einen weiteren Aspekt der persönlichen Freiheit, nämlich die freie Arztwahl. Es ist wichtig, dass eine Person ihre Hausärztin oder ihren Hausarzt behalten kann, wenn über Jahre hinweg ein Vertrauensverhältnis aufgebaut worden ist. Vom Grundsatz der freien Arztwahl darf die Einrichtung nur abweichen, wenn wichtige Gründe vorliegen. Solche können gegeben sein, wenn die geographische Distanz zur Einrichtung gross ist oder wenn es dem externen Arzt oder der externen

Ärztin nicht möglich ist, auf einen Notfall sofort zu reagieren und ins Heim zu kommen.

Art. 387 Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen

Die Forderung, dass die Kantone Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht unterstellen (Abs. 1), ergibt sich aus dem Schutzbedürfnis dieser Personen. Die Aufsicht durch die Kantone ist in der Verordnung vom 19. Oktober 1977²² über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption vorgezeichnet, die sich auf Artikel 316 ZGB stützt. Anders als bei den Pflegekindern bestimmen aber die Kantone die Einzelheiten der Aufsicht, insbesondere deren Form, die Häufigkeit der Kontrollen und die möglichen Sanktionen.

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 zudem der Aufsicht der Datenschutzbehörden.

2.2 Behördliche Massnahmen

2.2.1 Allgemeine Grundsätze

Art. 388 Zweck

Das so genannte Müdelwohl war der primäre Zweck des bisherigen Vormundschaftsrechts. Daran soll sich in der Sache nichts ändern, ist doch das «Wohl der Schwachen» auch der Leitgedanke des neuen Rechts (Abs. 1).

Der Erwachsenenschutz hat einen Ausgleich zwischen Freiheit und Betreuung herzustellen. Ausgangspunkt ist und bleibt zwar das Selbstbestimmungsrecht des Menschen als Ausdruck seiner Würde. Der Erwachsenenschutz kommt indes nicht darum herum, zum Wohl der betroffenen Person unter bestimmten Voraussetzungen Fremdbestimmung vorzusehen. Die behördlichen Massnahmen sollen aber so weit wie möglich die Selbstbestimmung erhalten und fördern (Abs. 2).

Art. 389 Subsidiarität und Verhältnismässigkeit

Der bewährte Grundsatz der Subsidiarität ist entsprechend dem Kinderschutz (vgl. Art. 307–311 und 324 f. ZGB) auch im Erwachsenenschutz zu verankern (Abs. 1). In die Pflicht genommen werden zum einen die Familie und weitere nahe stehende Personen, zum andern aber auch private oder öffentliche Dienste. Die behördlichen Massnahmen sind nur anzuordnen, wenn die Betreuung der hilfsbedürftigen Person auf andere Weise nicht angemessen sichergestellt ist (Abs. 1 Ziff. 1). Der blosser Umstand, dass in entfernter Zukunft mit anderer Unterstützung gerechnet werden kann, steht hingegen einer behördlichen Massnahme nicht im Wege.

²² SR 211.222.338

Bei urteilsunfähigen Personen ist die Hilfsbedürftigkeit ausgewiesen. Der Vorsorgeauftrag oder das gesetzliche Vertretungsrecht haben indessen Vorrang gegenüber dem behördlichen Erwachsenenschutz (Abs. 1 Ziff. 2).

Das Verhältnismässigkeitsprinzip nach Artikel 5 Absatz 2 BV wird wegen seiner grossen Tragweite im Erwachsenenschutz ausdrücklich erwähnt (Abs. 2) und bei der Umschreibung der Voraussetzungen der behördlichen Massnahmen konkretisiert (vgl. Art. 390–392 und 426). Eine nicht erforderliche oder ungeeignete behördliche Massnahme ist nicht zumutbar, so dass dieses Erfordernis, wiewohl oft als Element der Verhältnismässigkeit genannt, nicht eigens festgehalten werden muss.

2.2.2 Allgemeine Bestimmungen über die Beistandschaften

Art. 390 Voraussetzungen

Absatz 1 Ziffer 1 umschreibt die subjektiven Voraussetzungen für die Anordnung einer Beistandschaft. Ein Schwächezustand für sich allein genügt dazu nicht; vielmehr ist auch ein Unvermögen erforderlich, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen und die erforderlichen Vollmachten zu erteilen.

Unter *geistiger Behinderung* werden angeborene oder erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade verstanden. Diese typische Voraussetzung wird im geltenden Recht mit «Geistesschwäche» (Art. 369 Abs. 1 ZGB) umschrieben. Der stigmatisierende Begriff der «Geisteskrankheit» wird durch *psychische Störung* ersetzt. Dieser Schwächezustand umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, d.h. Psychosen und Psychopathien, seien sie körperlich begründbar oder nicht, sowie Demenz, insbesondere Altersdemenz. Suchtkrankheit, z.B. Alkohol-, Drogen- oder Medikamentenabhängigkeit, wird im Unterschied zur «Trunksucht» (Art. 370 ZGB) des geltenden Rechts nicht eigens erwähnt; auch sie wird von den Fachleuten als psychische Störung verstanden. Der weite Ausdruck des *ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands* ermöglicht als Auffangnorm insbesondere den Schutz Betagter, bei denen gleichartige Defizite wie bei Menschen mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung auftreten. Erfasst sind auch extreme Fälle von Unerfahrenheit oder Misswirtschaft sowie seltene Erscheinungsformen körperlicher Behinderung, z.B. schwere Lähmung oder Verbindung von Blindheit und Taubheit.

Absatz 1 Ziffer 2 ersetzt den bisherigen Artikel 392 Ziffer 1 ZGB und schafft die Rechtsgrundlage für eine Abwesenheitsbeistandschaft oder für eine Beistandschaft wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit. Der Ausdruck «dringende Angelegenheit» des geltenden Rechts wird ersetzt durch «Angelegenheiten, die erledigt werden müssen». Mit dieser Formulierung sollen die anstehenden notwendigen Geschäfte ins Auge gefasst werden, ohne dass eine zeitliche Dringlichkeit gegeben sein muss.

Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten kann für sich allein die Errichtung einer Beistandschaft nicht rechtfertigen. Es handelt sich aber um Elemente, die beim Entscheid mit zu berücksichtigen sind (Abs. 2). Die Norm verdeutlicht unter anderem, dass die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Angehörigen (vgl. Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1) ihre Grenzen hat und nicht in eine Überforderung ausmünden darf. Auch das geltende Vormundschaftsrecht

schützt sekundär die Familie und die Sicherheit Dritter (Art. 369, 370 und 397a ZGB).

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

Art. 391 Aufgabenbereiche

Die Bestimmung bringt zum Ausdruck, dass die Beistandschaft eine Massnahme nach Mass ist. Der Aufgabenbereich wird von Fall zu Fall *entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person*, d.h. «massgeschneidert», festgelegt – dies ist die für das neue Recht zentrale Aussage (vgl. Ziff. 1.3.4). Die Erwachsenenschutzbehörde muss aber die Aufgaben, die im Rahmen der Beistandschaft zu erledigen sind, nicht einzeln umschreiben, sondern kann sich auf einen oder mehrere Aufgabenbereiche beschränken. Eine detaillierte Festlegung würde zu einem bedenklichen Verwaltungsaufwand führen und der Verantwortung des Beistands oder der Beiständigen zu wenig Raum belassen. Denkbar sind allemal grosse Unterschiede im Umfang des Aufgabenbereichs, kann es doch um Dauer- und Einzelaufgaben oder um ein Bündel von Angelegenheiten wie die Sorge um das gesundheitliche Wohl oder das Handeln gegenüber Behörden und Versicherungen gehen.

Im Übrigen geht es im doppelten Sinn um massgeschneiderte Massnahmen: Zum einen in der Wahl der Stufe, kann doch Begleitung, Vertretung, Mitwirkung oder umfassende Beistandschaft in Frage kommen. Zum andern in der Wahl der von der einzelnen Massnahme betroffenen Bereiche, indem z.B. in Bezug auf den Lohn Verwaltung und in Bezug auf Schenkungen Mitwirkung angeordnet wird. Eine wichtige Aufgabe der Praxis zum neuen Erwachsenenschutzrecht wird es sein, bei der Anordnung der Massnahme die Aufgabenbereiche 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 der Beistandschaft kann es nötig werden, die Post der betroffenen Person zu öffnen oder deren Wohnung zu betreten, beispielsweise um Müll zu entsorgen. Die Befugnis hierzu muss von der Erwachsenenschutzbehörde ausdrücklich erteilt werden. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die Privatsphäre, insbesondere die Achtung des Brief-, Post und Fernmeldeverkehrs (Art. 13 Abs. 1 BV), grundrechtlich geschützt sind und Eingriffe in Grundrechte nach Artikel 36 BV einer ausdrücklichen Gesetzesgrundlage bedürfen.

Keiner Umschreibung des Aufgabenbereichs bedarf wegen ihres gesetzlich vorgegebenen Inhalts (Art. 398 Abs. 2) die umfassende Beistandschaft.

Art. 392 Verzicht auf eine Beistandschaft

Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so hat nach Artikel 393 ZGB die Vormundschaftsbehörde selber «das Erforderliche anzuordnen», sofern sie nicht nach den Ziffern 1–5 eine Beistandschaft errichten muss. Künftig soll es eine entsprechende Zuständigkeit in allen Bereichen – also nicht nur bei fehlender Vermögensverwaltung – 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 Errichtung einer Beistandschaft wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig, so kann die

Erwachsenenschutzbehörde von sich aus das Erforderliche vorkehren, namentlich – etwa statt eine Mitwirkungsbeistandschaft anzuordnen – einem Rechtsgeschäft zustimmen (Ziff. 1).

Für eine einzelne Aufgabe kann die Erwachsenenschutzbehörde auch einer natürlichen oder juristischen Person einen Auftrag erteilen (Ziff. 2). Es geht dabei nicht um einen Auftrag im Sinn eines Amtes, sondern um einen Auftrag nach Obligationenrecht für eine bestimmte, genau umschriebene Aufgabe. Mit der Voraussetzung, dass die Errichtung einer Beistandschaft offensichtlich unverhältnismässig wäre (Einleitungssatz), wird eine gewisse Bremse vorgesehen, damit die Behörde gestützt auf die vorliegende Bestimmung nicht zuviel anordnet. Die Beistände oder Beiständigen dürfen nicht etwa über den Weg unmittelbarer behördlicher Vorkehren oder obligationenrechtlicher Aufträge ausgeschlossen werden.

Im Übrigen kann die Erwachsenenschutzbehörde unter den gleichen Voraussetzungen auch eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der «Einblick und Auskunft» zu geben ist (Ziff. 3). Diese Bestimmung lehnt sich an Artikel 307 Absatz 3 ZGB über den Kinderschutz an. Die beauftragte Person oder Stelle soll etwa bei der Krankenkasse nachfragen, ob die Prämien bezahlt sind, oder Auskünfte von einer Bank erhalten, ohne dass die betroffene Person hierfür eine Vollmacht ausstellen muss. Grundfrage ist allerdings, ob ein allgemeines Einsichts- und Auskunftsrecht angeordnet werden kann oder ob die Behörde den Umfang einer solchen Kompetenz zu umschreiben hat. Der Entwurf steht auf dem Boden der zweiten Auffassung. Die Behörde muss in ihrem Entscheid die Bereiche umschreiben, die vom Einsichts- und Auskunftsrecht erfasst werden. Die Massnahme kann insbesondere nützlich sein, wenn eine formelle Beistandschaft zwar aufgehoben werden kann, eine gewisse Kontrolle aber nach wie vor erforderlich ist.

2.2.3 Die Arten von Beistandschaften

Art. 393 Begleitbeistandschaft

Die Begleitbeistandschaft lehnt sich an Artikel 394 ZGB an und setzt voraus, dass die betroffene Person mit der Massnahme einverstanden ist. Sie bildet die niedrigste Stufe der Beistandschaften und schränkt die Handlungsfähigkeit und -freiheit der betroffenen Person nicht ein. Die Massnahme kommt deshalb nur bei kooperationswilligen Personen in Frage, die froh sind, wenn eine Person ihnen unterstützend zur Seite steht. Nach dem Vorentwurf hätte die Begleitbeistandschaft auch ohne Einwilligung der betroffenen Person angeordnet werden können, was indessen auf breite Kritik gestossen ist. Zum Teil wurde gefordert, auf die Begleitbeistandschaft zu verzichten, zum Teil wurde verlangt, die Massnahme der Zustimmung der hilfsbedürftigen Person zu unterstellen. Im Hinblick auf die grosse Verbreitung der heutigen Beistandschaft auf eigenes Begehren (Art. 394 ZGB) sieht der Entwurf die zweite Lösung vor.

Art. 394 Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen

Bei der Vertretungsbeistandschaft vertritt der Beistand oder die Beiständige die betroffene Person im Rahmen der übertragenen Aufgabenbereiche (Art. 391); d.h. bei der Erfüllung der Aufgaben handelt der Beistand oder die Beiständige für die

hilfsbedürftige Person mit Wirkung für diese (Abs. 1). Zum Vornherein keiner Vertretung zugänglich sind höchstpersönliche Rechte, solange die betroffene Person urteilsfähig ist (Art. 19c).

Dem Beistand oder der Beiständin kann die nichtausschliessliche oder die ausschliessliche Vertretungsbefugnis eingeräumt werden. Im letzteren Fall ist die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person beschränkt (Abs. 2), was im Entscheidendispositiv der Erwachsenenschutzbehörde anzugeben ist. Aber auch dort, wo die Erwachsenenschutzbehörde die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht einschränkt, muss sich diese die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen oder gefallen lassen (Abs. 3). Dies gilt schon heute in den Fällen der Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaften nach den Artikeln 392 und 393 ZGB, die im Unterschied zum neuen Recht nie Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person haben (Art. 417 Abs. 1 ZGB).

Das geltende Vormundschaftsrecht hat, obwohl es die Möglichkeit kollidierenden Handelns explizit in Kauf nimmt (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 gekommen ist.

Mit der Einschränkung der Handlungsfähigkeit nach Absatz 2 kommt der betroffenen Person in Bezug auf die Geschäfte, bei denen sie vom Beistand oder der Beiständin vertreten wird, keine Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis mehr zu. Die Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit auch punktuell einschränken und etwa anordnen, dass die betroffene Person, die Eigentümerin eines Mehrfamilienhauses ist, keine Mietverträge mehr abschliessen kann. Damit bleibt das Verfügungsrecht der betroffenen Person über das Haus bestehen. Eine solche Massnahme ist aber nur sinnvoll, wenn damit dem besonderen Schwächezustand der betroffenen Person ausreichend Rechnung getragen wird.

Art. 395 Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung

Verwaltung durch den Beistand oder die Beiständin ist kaum denkbar ohne Vertretung der betroffenen Person. Die in der vorliegenden Bestimmung unter dem Titel «Vermögensverwaltung» geregelte Vermögensverwaltungsbeistandschaft ist deshalb eine spezielle Art der Vertretungsbeistandschaft. Der Entwurf widmet ihr einen eigenen Artikel, damit das Spezifische dieser Beistandschaft besser zum Ausdruck kommt.

Der Begriff des *Vermögens* ist in einem weiten Sinn zu verstehen; er erfasst sowohl das Vermögen im engeren Sinn als auch das Einkommen (Abs. 1). Ordnet die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes an, so umfassen die Verwaltungsbefugnisse auch die Ersparnisse aus dem verwalteten Einkommen oder die Erträge des verwalteten Vermögens (Abs. 2).

Verwaltung ist zu verstehen als jedes tatsächliche oder rechtliche 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 in der Verpflichtung oder der Verfügung, aber

auch in der Prozessführung bestehen. Die Artikel 408–410 umschreiben die Rechte und Pflichten des Verwalters oder der Verwalterin näher.

Der Entwurf beseitigt eine Starrheit des geltenden Rechts, wonach die Verwaltungsbeistandschaft das ganze Vermögen der schutzbedürftigen Person betrifft (Art. 393 Ziff. 2 ZGB). Das Entscheidungsdispositiv der Erwachsenenschutzbehörde hat im Einzelfall anzugeben, auf welche Vermögensteile sich die Verwaltung bezieht. Häufige Fälle dürften die Lohn- oder die Rentenverwaltung sein. Dabei hat der Beistand oder die Beiständin das Recht, mit befreiender Wirkung die von Dritten geschuldete Leistung für die betroffene Person entgegenzunehmen (Art. 408 Abs. 2 Ziff. 1). Schränkt die Beistandschaft die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person für die Vermögensverwaltung ein (Art. 394 Abs. 2), so ist die Leistung des Schuldners an den Beistand oder die Beiständin grundsätzlich zwingend, sofern er eine entsprechende Mitteilung erhalten hat. Vorher kann die Massnahme gutgläubigen Schuldner nicht entgegengehalten werden (Art. 452 Abs. 2). Nach geltendem Recht kann eine Lohnverwaltung gegen den Willen der betroffenen Person nur nach einer Entmündigung durchgeführt werden.

Die Vertretungsbeistandschaft ist in ihrer Ausgangslage ein «Zweischlüssel-Modell», in dem die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nur betroffen ist, wenn die Erwachsenenschutzbehörde dies ausdrücklich anordnet (Art. 394 Abs. 2) – mit der Folge, dass grundsätzlich sowohl der gesetzliche Vertreter wie die betroffene Person z.B. von der Bank Geld abheben können. Nach Absatz 3 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 einzeln 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 Kontosperrung umschreibt. Damit wird kein Sondervermögen begründet, weil die dem Zugriff entzogenen Vermögenswerte nicht der Haftung für Verbindlichkeiten entzogen sind.

Der Beistand oder die Beiständin orientiert Dritte über das Vorliegen einer Beistandschaft, soweit dies zur gehörigen Aufgabenerfüllung erforderlich ist (Art. 413 Abs. 3). Untersagt die Erwachsenenschutzbehörde der betroffenen Person, über ein Grundstück zu verfügen, so lässt sie dies im Grundbuch anmerken (Abs. 4). Dabei handelt es sich um eine sichernde Massnahme entsprechend Artikel 178 Absatz 3 ZGB.

Art. 396 Mitwirkungsbeistandschaft

Das geltende Recht kennt eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit in der Form der Mitwirkungsbeiratschaft (Art. 395 Abs. 1 ZGB). Die Ziffern 1–9 dieser Bestimmung enthalten eine zwingende und abschliessende Aufzählung der Geschäfte, die der Mitwirkung eines Beirats bedürfen. Dies bedeutet, dass eine Mitwirkung nur entweder in allen neun Fällen oder in keinem davon angeordnet werden kann. Die Mitwirkung ist notwendig, damit ein ihr unterliegendes Geschäft der verarbeiteten 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 Einwilligung oder nachträglich als Genehmigung erfolgen. Der Mitwirkungsbeirat ist nicht gesetzlicher Vertreter, denn im Unterschied zum gesetzlichen Vertreter kann er nicht vertretend für die verbeiratete Person handeln; vielmehr muss diese selber handeln. Mitwirkung ist somit nur denkbar, wenn die verbeiratete Person für den betroffenen Bereich urteilsfähig ist. Der Beirat kann die fehlende Urteilsfähigkeit dieser Person nicht durch eigenes Handeln ersetzen.

Die Mitwirkungsbeistandschaft lehnt sich eng an das geltende Recht an. Im Unterschied dazu bezieht sie sich aber nicht auf einen gesetzlich festgelegten, unabänderlichen Katalog von Geschäften, sondern erfolgt einzig nach Massgabe der jeweiligen Schutzbedürftigkeit (Art. 391).

Die «bestimmten Handlungen», d.h. die zustimmungsbedürftigen Geschäfte, sind im Entscheidungsdispositiv der Erwachsenenschutzbehörde anzugeben. Fehlt die erforderliche Mitwirkung des Beistands oder der Beistandin, so richten sich die Rechtsfolgen analog nach den Bestimmungen über hinkende Rechtsgeschäfte, d.h. über das Ausbleiben der Zustimmung bei den Verpflichtungsgeschäften (Art. 19a Abs. 2 und 19b). Im Bereich der höchstpersönlichen Rechte kann keine Mitwirkung angeordnet werden.

Art. 397 Kombination von Beistandschaften

Der Idee der massgeschneiderten Massnahmen entspricht es, dass für die gleiche Person je nach Notwendigkeit für diesen oder jenen Bereich Begleitung, Vertretung oder Mitwirkung angeordnet werden kann. Nur die umfassende Beistandschaft ist keiner Kombination zugänglich.

Art. 398 Umfassende Beistandschaft

Die umfassende Beistandschaft ist das Nachfolgeinstitut zum heutigen Entzug der Handlungsfähigkeit begleitet von der Errichtung einer Vormundschaft. Sie bezieht sich auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs (Abs. 2); höchstpersönliche Rechte bleiben vorbehalten (Art. 19c).

Entscheidende Voraussetzung ist eine *besonders ausgeprägte Hilfsbedürftigkeit*, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit (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 und sinnvoll; auch diese Menschen sind massgeschneidert zu schützen.

Die umfassende Beistandschaft hat demnach zwei Funktionen: Zum einen steht sie zur Verfügung, wenn 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 Hand-

lungsfähigkeit demnach ohnehin nicht gegeben ist. Diese Unterscheidung braucht im Normtext nicht eigens präzisiert zu werden (Abs. 3).

2.2.4 Ende der Beistandschaft

Art. 399

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

Im Gegensatz zu Artikel 439 Absatz 1 ZGB und zum Vorentwurf soll die Beistandschaft mit der Erledigung der bestimmten einzelnen Geschäfte, für die sie errichtet worden ist, nicht von Gesetzes wegen, sondern erst durch formellen Aufhebungsentcheid der Erwachsenenschutzbehörde enden. Dies aus der Erwägung, dass oft im Voraus nicht genau bestimmbar ist, wann Geschäfte erledigt sind, und deshalb zu prüfen sein wird, ob die Aufgabe ordnungsgemäss zu Ende geführt wurde.

Eine grundlegende Maxime des heutigen Vormundschaftsrechts und des neuen Erwachsenenschutzrechts verlangt, dass jede Beistandschaft aufzuheben bzw. durch eine andere geeignete Massnahme zu ersetzen ist, sobald für die Fortdauer kein Grund mehr besteht (Abs. 2). Im Rahmen des Möglichen sollen sich behördliche Massnahmen jeweils durch ihre sinnvolle Umsetzung mit der Zeit überflüssig machen (Art. 388 Abs. 2). Mit der Aufhebung der Massnahme kann die Beiständin oder der Beistand nicht mehr amten. Sie oder er ist aber noch nicht entlassen, da noch der Schlussbericht und gegebenenfalls die Schlussrechnung einzureichen sind (Art. 425).

2.2.5 Der Beistand oder die Beiständin

Art. 400 Allgemeine Voraussetzungen der Ernennung

Absatz 1 umschreibt die erforderliche Eignung etwas ausführlicher als Artikel 379 ZGB. Wie bisher sollen ausschliesslich natürliche Personen für das Amt in Frage kommen. Die Eignung in persönlicher und fachlicher Hinsicht meint eine umfassende Eignung im Sinn von Sozial-, Selbst- und Fachkompetenz. Es können namentlich eine Privatperson, eine Fachperson eines privaten oder öffentlichen Sozialdienstes oder ein Berufsbeistand oder eine Berufsbeiständin ernannt werden. Die Bestimmung verzichtet bewusst auf eine Hierarchisierung der ohnehin nicht klar abgrenzbaren Gruppen verschiedener Mandatsträger oder Mandatsträgerinnen, denn

entscheidende Voraussetzung für die Bestellung einer Person bildet stets ihre Eignung. Dass auch in Zukunft Privatpersonen mit der Mandatsführung beauftragt werden sollen, ist in Lehre und Praxis unbestritten. Damit wird verhindert, dass jede mitmenschliche Hilfe an Institutionen und professionelle Helferinnen und Helfer 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 (Abs. 3). Mitglieder der Erwachsenenschutzbehörde und ihre Hilfspersonen sind mit Rücksicht auf ihre Aufsichtsaufgaben als Beistand oder Beiständin ungeeignet.

Die ausdrückliche Anforderung an die Person, die erforderliche Zeit für die jeweiligen Aufgaben einsetzen zu können, rechtfertigt sich, weil die persönlichen und fachlichen Fähigkeiten allein nicht genügen, ein Mandat im wohlverstandenen Interesse der betroffenen Person auszuüben.

Die Pflicht des Beistands oder der Beiständin, die übertragenen Aufgaben selber wahrzunehmen (Abs. 1 erster Satz), richtet sich gegen das unbefriedigende Institut des *tuteur général*, der Hunderte oder gar Tausende von Mandaten führt, ohne jemals einen persönlichen Kontakt mit der betreuten Person zu pflegen, weil der gesamte Auftrag an Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen ohne eigene Entscheidungsbefugnisse delegiert wird. Zulässig ist es aber, Teilaufgaben zu übertragen, z.B. in Bezug auf die Vermögensverwaltung oder die persönliche Betreuung etwa bei Unterbringung in einer stationären Einrichtung.

Die Mehrfachbeistandschaft (Abs. 1 zweiter Satz) im Sinn von Artikel 379 Absatz 2 ZGB bleibt auch in einem System massgeschneiderter Massnahmen sinnvoll.

Absatz 2 bringt zum Ausdruck, dass im Bereich des Erwachsenenschutzes auch unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen Solidarität kein leeres Wort sein darf. An der geltenden Rechtspflicht zur Amtsübernahme (Art. 382 Abs. 1 ZGB) ist somit grundsätzlich festzuhalten. Die Liste der Ablehnungsgründe nach Artikel 383 ZGB wird durch die Generalklausel der *wichtigen Gründe* ersetzt. Gemeint sind insbesondere persönliche Gründe, wie starke aktuelle oder bevorstehende berufliche oder familiäre Belastungen oder bereits übernommene öffentliche Aufgaben. Dank dieser offeneren Lösung braucht die Pflicht zur Übernahme des Amtes ausserhalb des Familienkreises nicht mehr auf die Personen beschränkt zu werden, die im Vormundschaftskreis wohnen (vgl. Art. 382 Abs. 1 ZGB).

Art. 401 Wünsche der betroffenen oder ihr nahe stehender Personen

Die Bestimmung übernimmt die Grundgedanken von Artikel 381 ZGB. Die Berücksichtigung der Wünsche der betroffenen Person ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts und trägt der Tatsache Rechnung, dass das für eine erfolgreiche Betreuung erforderliche Vertrauensverhältnis eher entsteht, wenn die betroffene Person den Beistand oder die Beiständin selber bezeichnen kann (Abs. 1). Die mangelnde Eignung der vorgeschlagenen Person oder deren fehlende Bereitschaft, das Amt zu übernehmen, schränkt dieses Vorschlagsrecht ein.

Die Wünsche der Angehörigen oder anderer nahe stehender Personen sind von Bedeutung, wenn sich die betroffene 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. Die Wünsche der

nahe stehenden Personen sind aber nur zu berücksichtigen (Abs. 2). Dagegen darf dem Vorschlag der betroffenen Person nur dann nicht entsprochen werden, wenn sich die bezeichnete Person nicht für das Amt eignet.

Auch Absatz 3 trägt dem Selbstbestimmungsrecht Rechnung, indem die betroffene Person eine bestimmte Person als Beistand oder Beiständin ablehnen kann und diesem Wunsch, soweit tunlich, entsprochen werden muss. Das Ablehnungsrecht gilt somit nicht absolut. Namentlich soll die betroffene Person nicht durch wiederholte Ablehnung die Massnahme vereiteln können.

Art. 402 Übertragung des Amtes auf mehrere Personen

Die Bestimmung übernimmt inhaltlich Artikel 379 Absatz 2 und 3 ZGB. Bei einer Mehrfachbeistandschaft muss die Erwachsenenschutzbehörde entweder bestimmen, wer für welche Aufgaben zuständig ist, oder mit Einverständnis der vorgesehenen Personen eine gemeinsame Ausübung des Mandats festlegen. Werden die Eltern der betroffenen Person mit der Beistandschaft betraut, so üben sie diese in der Regel gemeinsam aus.

Art. 403 Verhinderung und Interessenkollision

Die Regelung entspricht der geltenden Beistandschaft zur Vertretung wegen Verhinderung (Art. 392 Ziff. 3 ZGB) oder Interessenkollision (Art. 392 Ziff. 2 ZGB), ergänzt um die Möglichkeit der Erwachsenenschutzbehörde, selber zu handeln (Art. 392 Ziff. 1). Der Begriff des Ersatzbeistands oder der Ersatzbeiständin dient der Abgrenzung gegenüber der «ordentlichen» Vertretungsbeistandschaft nach Artikel 394.

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. Das abgeschlossene Geschäft ist für die schutzbedürftige Person in diesen Fällen einseitig unverbindlich. Im Kindesrecht ist eine Parallelnorm vorgesehen (Art. 306 Abs. 2 und 3).

Art. 404 Entschädigung und Spesen

Nach geltendem Recht wird der Vormund in erster Linie aus dem Mündelvermögen entschädigt (Art. 416 ZGB); zu diesem gehören auch Forderungen aus Unterhalts- und Unterstützungspflicht der Verwandten und des Ehegatten. Ist dies nicht möglich, bleibt die Entschädigung Aufgabe des Gemeinwesens. Entgegen dem Vorentwurf, der insbesondere von den Kantonen kritisiert wurde, weil die Entschädigung in erster Linie die öffentliche Hand belasten sollte, übernimmt der Entwurf grundsätzlich die geltende Regelung. Für einen Systemwechsel besteht kein ausreichender Anlass. Die Beistandschaft dient den Interessen der betroffenen Person, so dass diese weiterhin primär für die Kosten der staatlich organisierten Dienstleistung aufzukommen hat.

Nach geltendem Recht hat die Vormundschaftsbehörde die Entschädigung dem Vormund zuzusprechen (Art. 416 ZGB), nicht dem Gemeinwesen, das ihn angestellt hat. Dienstrechtlich wird allerdings regelmässig vorgesehen, dass eine solche Entschädigung an die Kasse der Amtsvormundschaft abzuliefern ist. Das neue Recht vereinfacht mit Absatz 3 die Situation.

2.2.6 Die Führung der Beistandschaft

Art. 405 Übernahme des Amtes

Im Gegensatz zum geltenden Recht, das sich in sieben Artikeln (Art. 398–404 ZGB) ausschliesslich mit dem Vermögen befasst, hat die vorliegende Bestimmung einen allgemeineren Inhalt: Der Beistand oder die Beiständin hat sich die zur Erfüllung der übertragenen Aufgaben nötigen Kenntnisse zu verschaffen und persönlich mit der betroffenen 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, vgl. Art. 580 ff. ZGB). Solche Umstände liegen insbesondere vor, wenn die Vermögensverhältnisse unklar sind.

Absatz 4 verpflichtet Dritte nach dem Vorbild von Artikel 581 Absatz 2 ZGB, alle für die Inventarisierung erforderlichen Auskünfte zu erteilen. Die Auskünfte sind grundsätzlich unentgeltlich.

Art. 406 Verhältnis zur betroffenen Person

Die Interessen der betroffenen Person – im geltenden Recht spricht man vom «Müdelwohl» – stehen im Zentrum aller Bemühungen. In Konkretisierung von Artikel 388 Absatz 2 wird der Beistand oder die Beiständin zudem verpflichtet, bei der Amtsausübung, soweit tunlich, auf die Meinung der betroffenen Person Rücksicht zu nehmen und deren Willen zu achten, das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (Abs. 1).

Unabdingbare Voraussetzung für ein erfolgreiches Wirken ist ein Vertrauensverhältnis mit der betroffenen Person. 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 betroffenen Person. Schliesslich hat der Beistand oder die Beiständin dazu beizutragen, den Schwächezustand zu lindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten, sofern dies möglich ist (Abs. 2).

Diese Leitlinien entsprechen den Grundsätzen moderner professioneller Sozialarbeit.

Art. 407 Eigenes Handeln der betroffenen Person

Artikel 407 hat keinen eigenständigen Inhalt, sondern wiederholt im Interesse der Transparenz nur, was sich aus den Artikeln 19–19c ergibt: Die urteilsfähige betroffene Person kann, auch wenn ihr die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist, im Rahmen des Personenrechts durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten begründen und höchstpersönliche Rechte ausüben.

Art. 408 Vermögensverwaltung. Aufgaben

Dieser Grundsatzartikel sieht für den Fall der Vermögensverwaltung neben der allgemeinen Pflicht, Vermögenswerte sorgfältig zu verwalten, eine generelle Befugnis zum Abschluss der Rechtsgeschäfte vor, die mit der Verwaltung zusammenhängen (Abs. 1; vgl. Art. 413 Abs. 1 ZGB). Zudem führt Absatz 2 drei wichtige Befugnisse auf, die dem Beistand oder der Beiständin in diesem Fall zustehen: Von praktischer Bedeutung ist namentlich die Befugnis, die betroffene Person nötigenfalls für die laufenden Bedürfnisse zu vertreten. Diese Bestimmung ist Artikel 166 Absatz 1 ZGB nachgebildet und erlaubt dem Beistand oder der Beiständin, Rechtsgeschäfte für den üblichen und alltäglichen Unterhaltsbedarf der betroffenen Person abzuschliessen und das verwaltete Vermögen anzuzehren, sofern dies nötig wird. Artikel 408 ist auf die Vermögensverwaltung nach Artikel 395 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. Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Bundesrechts soll künftig der Bundesrat und nicht wie heute der Kanton (Art. 425 Abs. 2 ZGB) Bestimmungen über die Anlage und Aufbewahrung des Vermögens erlassen (Abs. 3).

Art. 409 Beträge zur freien Verfügung

Die Bestimmung hängt damit zusammen, dass die Erwachsenenschutzbehörde bei der Vermögensverwaltung die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person beschränken oder ihr zumindest den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen kann (Art. 395 Abs. 3). Im Sinn einer Konkretisierung des Selbstbestimmungsrechts und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit wird der Beistand oder die Beiständin verpflichtet, der betroffenen Person angemessene Beträge aus diesen Vermögenswerten zur freien Verfügung zu stellen. Was angemessen ist, beurteilt sich insbesondere nach den Vermögensverhältnissen der betroffenen Person und danach, welche Vermögenswerte in ihrer Verwaltung oder ihrem Zugriffsbereich geblieben sind. Obwohl die Vorschrift primär auf die Vermögensverwaltung nach Artikel 395 ausgerichtet ist, ist sie sinngemäss auch bei anderen Massnahmen anwendbar, welche die Verwaltung von Vermögen beinhalten.

Art. 410 Rechnung

Absatz 1 entspricht Artikel 413 Absatz 2 ZGB.

Absatz 2 konkretisiert Artikel 413 Absatz 3 ZGB. Die Erläuterung der Rechnung hat nach Massgabe der Einsichtsfähigkeit der betroffenen Person zu geschehen. 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 Rechenkopie erhält, die dann in falsche Hände geraten kann. Es liegt aber durchaus im Ermessen des Beistands oder der Beiständin, der betroffenen Person auch ohne ausdrückliches Verlangen eine Kopie der Rechnung zu übergeben. Die Bestimmung dient der Achtung der Persönlichkeit und der Transparenz.

Art. 411 Berichterstattung

Der Entwurf unterscheidet bewusst zwischen Rechnungsablage (Art. 410) und Berichterstattung über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft (Art. 411 Abs. 1). Damit wird die eigenständige Bedeutung der persönlichen Betreuung hervorgehoben. Auch hier hat der Beistand oder die Beiständin die betroffene Person, soweit tunlich, bei der Erstellung des Berichts beizuziehen und ihr auf Verlangen eine Kopie auszuhändigen (Abs. 2).

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. Als Standortbestimmung dient sie insbesondere der Überprüfung der Massnahme auf ihre Zwecktauglichkeit und Notwendigkeit. 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.

Art. 412 Besondere Geschäfte

Absatz 1 entspricht Artikel 408 ZGB, wonach allerdings «erhebliche» Schenkungen verboten sind. Nicht erheblich sind demnach Schenkungen, wenn sie in Bezug auf Umfang und Natur üblich sind, z.B. Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenke. Der Entwurf bringt diesen Gedanken klarer zum Ausdruck, indem er entsprechend der Formulierung von Artikel 527 Ziffer 3 ZGB bloss die üblichen Gelegenheitsgeschenke vom Schenkungsverbot ausnimmt. Die Lösung gilt auch für die Inhaber der elterlichen Sorge (vgl. Art. 304 Abs. 3).

Im Rahmen der Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396) kann angeordnet werden, dass diese Geschäfte der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin unterliegen. Damit kann den individuellen Verhältnissen und den jeweiligen Fähigkeiten der verbeiständeten Person optimal Rechnung getragen werden.

Haben bewegliche Sachen für die Betroffenen «persönlich» einen besondern Wert, nach dem französischen Wortlaut *une valeur d'affection*, sind sie nach Artikel 400 Absatz 2 ZGB nicht zu veräussern. Demgegenüber geht Artikel 404 ZGB – unabhängig vom Affektionsinteresse – vom Grundsatz aus, dass Liegenschaften nur zu veräussern sind, wenn die Interessen der betroffenen Person dies erfordern. Im neuen Recht soll der besondere Wert für die betroffene Person oder deren Familie, handle es sich um bewegliche Sachen oder um Liegenschaften, sowohl wirtschaftlicher wie affektiver Natur sein können (Abs. 2).

Eine Regelung der Art oder Form der Veräusserung – Vorrang der öffentlichen Versteigerung gegenüber dem freihändigen Verkauf (Art. 404 Abs. 2 und 3 ZGB) – ist heute überholt.

Art. 413 Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht

Der Beistand oder die Beiständin hat bei der Erfüllung der Aufgaben die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (Abs. 1). Die Haftung richtet sich nach den Artikeln 454 f.

Absatz 2 lehnt sich an das Datenschutzrecht an und statuiert für den Beistand oder die Beiständin eine Verschwiegenheitspflicht, soweit nicht überwiegende Interessen der betroffenen Person, Dritter oder der Öffentlichkeit entgegenstehen. So soll beispielsweise die Beiständin einer geistig behinderten jungen Frau deren Eltern über wichtige Ereignisse orientieren dürfen, ohne die Schweigepflicht zu verletzen. Die Verschwiegenheitspflicht der Erwachsenenschutzbehörde ist in Artikel 451 Absatz 2 geregelt.

Die Sanktionen bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht werden nicht ausdrücklich festgehalten. Vielmehr kommen die allgemeinen Regeln zum Tragen, etwa betreffend eine haftpflichtrechtliche Verantwortlichkeit (Art. 454 f.). Bei Berufsbeiständen, die vom Gemeinwesen angestellt sind, kommt die Bestimmung über das Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) zusätzlich zur Anwendung, soweit eine Geheimhaltungspflicht besteht.

Die Verschwiegenheitspflicht und der Ermessensspielraum finden ihre Grenze in der Verpflichtung, Dritte über die Beistandschaft zu orientieren, soweit dies zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben des Beistands oder der Beiständin erforderlich ist (Abs. 3). So kann sich ein Beistand oder eine Beiständin nicht auf das Vertretungsrecht berufen, ohne über den Umfang der übertragenen Aufgaben und die rechtlichen Auswirkungen der Massnahme zu orientieren.

Art. 414 Änderung der Verhältnisse

Die Bestimmung konkretisiert und ergänzt Artikel 406 und dient der Verwirklichung des Subsidiaritäts- und des Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 389). Sie geht in Anlehnung an Artikel 433 Absatz 2 ZGB von der Pflicht der Behörde aus, eine Massnahme unverzüglich veränderten Verhältnissen anzupassen.

2.2.7 Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde

Art. 415 Prüfung der Rechnung und des Berichts

Die Regelung entspricht Artikel 423 Absatz 1 und 2 ZGB, unterscheidet aber neu, was die Erwachsenenschutzbehörde in Bezug auf die Rechnung und die periodischen Berichte unternimmt. Die Kontrolle der Rechnung des Beistands oder der Beiständin (Art. 410) erfasst die formelle Richtigkeit sowie die Angemessenheit und Gesetzmässigkeit der Verwaltung. Der Bericht (Art. 411) ist daraufhin zu prüfen, ob der Beistand oder die Beiständin das Mandat entsprechend der Lage der betroffenen Person und den gesetzlichen Zielen (Art. 388) ausübt. Ferner liefert der Bericht Informationen darüber, ob die Gründe für die Beistandschaft noch gegeben sind oder ob die Massnahme zu ändern oder aufzuheben ist.

Der Genehmigung der Rechnung und des Berichts kommt grundsätzlich keine Rechtswirkung gegenüber Dritten zu.

Art. 416 Zustimmungsbefähigte Geschäfte. Von Gesetzes wegen

Die Regelung ist den Artikeln 421 und 422 ZGB nachgebildet. Neu ist, dass nur noch die Erwachsenenschutzbehörde und nicht mehr teilweise die Vormundschaftsbehörde und teilweise die Aufsichtsbehörde bestimmten Geschäften zustimmen muss. Nicht mehr aufgeführt werden:

- der Ehevertrag (Art. 421 Ziff. 9 ZGB), da die Zustimmung des Beistands oder der Beiständin (Art. 183 Abs. 2) – entsprechend der Regelung bei der Mitwirkungsbeistandschaft nach Artikel 396 Absatz 1 – ausreichend ist;
- die Adoption (Art. 422 Ziff. 1 ZGB), da bei Personen unter umfassender Beistandschaft schon nach Artikel 266 Absatz 3 i.V.m. Artikel 265 Absatz 3 die Zustimmung der Kindesschutzbehörde erforderlich ist;
- der seltene Fall des Erwerbs eines Bürgerrechts oder des Verzichts darauf (Art. 422 Ziff. 2 ZGB), da die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters genügt;
- die Verlegung des Wohnsitzes des Bevormundeten (Art. 421 Ziff. 14 ZGB), da bei Personen unter umfassender Beistandschaft der Wohnsitzwechsel ohnehin erst erfolgt, wenn die neue Behörde die Massnahme übernommen hat (vgl. Art. 26 i.V.m. 442 Abs. 1);
- die Ermächtigung des Entmündigten zum selbständigen Betrieb eines Berufs oder Gewerbes (Art. 421 Ziff. 7 ZGB), da diese Regelung den massgeschneiderten Massnahmen des neuen Rechts nicht mehr entspricht;
- die Zustimmung zu Verträgen über die berufliche Ausbildung (Art. 421 Ziff. 12 ZGB), da die Bestimmung entgegen dem deutschen Text nur Lehrverträge im Sinn von Artikel 344 OR erfasst und die Sonderregelung für diese Verträge nicht überzeugt.

Die Formulierung von Absatz 1 Einleitungssatz «in Vertretung der betroffenen Person» macht deutlich, dass die Bestimmung keine Anwendung bei der Mitwirkungsbeistandschaft findet. Diese setzt nämlich immer voraus, dass die betroffene Person selbst handelt, wenn auch mit Zustimmung des Beistands oder der Beiständin.

Ziffer 1: Die Bestimmung ist neu. 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.

Ziffer 2: Auch dieses Erfordernis ist neu. Die Erwachsenenschutzbehörde soll 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. Indessen regelt die Bestimmung nicht nur Dauerverträge mit einem Heim, sondern ganz allgemein Vereinbarungen «über die Unterbringung», so dass auch die Unterbringung in einer Familie erfasst ist. Der Begriff «Dauervertrag» bringt zum Ausdruck, dass die Bestimmung für eine kurzfristige Unterbringung z.B. zu Ferienzwecken nicht gilt. Zudem geht es ausschliess-

lich um eine rechtsgeschäftliche Befugnis und nicht um eine Aufenthaltsbestimmung oder eine fürsorgliche Unterbringung. Das Zustimmungserfordernis gilt nicht im Fall von Artikel 382 Absatz 3.

Ziffer 3: Die Vorschrift entspricht den Artikeln 421 Ziffer 9 zweiter Teil und 422 Ziffer 5 ZGB. Die Formulierung «wenn dafür eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist» trägt dem Umstand Rechnung, dass Annahme und Ausschlagung einer Erbschaft (Art. 566 ZGB) erfolgen können, ohne dass eine Willenserklärung vorliegt. Unter «Erbvertrag» ist jene Vereinbarung zu verstehen, bei der die betroffene Person nicht als Erblasser auftritt, sondern als Gegenkontrahentin, vertreten durch den Beistand oder die Beiständin.

Ziffer 4: Zum einen entspricht die Regelung 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. Zum andern geht es in Übereinstimmung mit Artikel 421 Ziffer 3 ZGB um das Erstellen von Bauten, wobei sich der Begriff der ordentlichen Verwaltungshandlung nach Artikel 647a ZGB bestimmt.

Ziffer 5: Die Bestimmung entspricht grundsätzlich Artikel 421 Ziffer 2 ZGB. Zustimmungsbedürftig soll ergänzend auch die Errichtung einer Nutzniessung an anderen Vermögenswerten als Grundstücken sein. Der Begriff der ordentlichen Verwaltung ist gleich auszulegen wie bei der Gütergemeinschaft (Art. 227 Abs. 2 ZGB).

Ziffer 6: Die Vorschrift entspricht dem geltenden Recht (Art. 421 Ziff. 4 und 5 ZGB). Die Zustimmung bei der Aufnahme oder Gewährung von Darlehen ist allerdings nur noch erforderlich, wenn diese «erheblich» sind, was nach den konkreten Einkommens- und Vermögensverhältnissen zu beurteilen ist. Besondere Probleme entstehen erst, wenn sich jemand in beträchtlichem Ausmass verschuldet. Denkbar ist namentlich, dass z.B. eine Kreditkarte mit einer Kreditooption verbunden ist oder ein Bankkonto temporär überzogen wird. Es ginge sehr weit, wenn in jedem Fall die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde eingeholt werden müsste.

Ziffer 7: Der Leibgedingsvertrag (Art. 422 Ziff. 4 ZGB) wird nicht mehr erwähnt, weil er ein Verpfändungsvertrag nach den Artikeln 521 ff. OR ist. Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht nötig, wenn der Lebensversicherungs- und Leibrentenvertrag dem Freizügigkeitsgesetz²³ untersteht und zudem im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis steht. Bei solchen Vorsorgeverträgen besteht kein grosser Ermessensspielraum. Demgegenüber ist die Zustimmung erforderlich, wenn die Vorsorgeeinrichtung eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin nicht der zweiten Säule untersteht und das Freizügigkeitsgesetz somit nicht anwendbar ist. Ebenfalls der Zustimmung bedarf ein Geschäft, wenn es darin zwar um eine dem Freizügigkeitsgesetz unterstehende Vorsorge geht, diese aber nicht im Zusammenhang mit einem Arbeitsverhältnis steht.

Ziffer 8: Die Bestimmung entspricht Artikel 422 Ziffer 3 ZGB.

Ziffer 9: Die Regelung übernimmt Artikel 421 Ziffern 8 und 10 ZGB.

Vorbild für Absatz 2 ist Artikel 419 Absatz 2 ZGB. Ausgangsfrage ist stets, ob die Erwachsenenschutzbehörde die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person im fraglichen Geschäftsbereich eingeschränkt hat oder nicht. Falls im letzteren Fall die betroffene Person nicht selber handelt, 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 betroffenen Person abzuschliessen.

In Bezug auf die Frage, ob Verträge zwischen der betroffenen 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 vorgesehen, dass keine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich ist, wenn die betroffene Person dem Beistand oder der Beiständin einen unentgeltlichen Auftrag erteilt. Die betroffene 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.

Art. 417 Auf Anordnung

Die Bestimmung ergänzt Artikel 416 und folgt dem Konzept der massgeschneiderten Massnahmen. Die Erwachsenenschutzbehörde kann aus wichtigen Gründen anordnen, dass ihr weitere Geschäfte zur Zustimmung unterbreitet werden.

Der Beistand oder die Beiständin hat – anders als noch nach dem Vorentwurf – nicht die Befugnis, Geschäfte von sich aus der Erwachsenenschutzbehörde zur Zustimmung zu unterbreiten, würde dies doch zu einer unzulässigen Vermischung der Verantwortlichkeiten führen.

Art. 418 Fehlen der Zustimmung

Die Regelung enthält einen blossen Verweis und ist der Sache nach identisch mit dem geltenden Artikel 424 ZGB. Wegen der Verlegung der Artikel 410 und 411 ZGB in das Personenrecht werden künftig die Artikel 19a und 19b anwendbar.

2.2.8 Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

Art. 419

Die Bestimmung tritt an die Stelle des geltenden 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 Entscheidung der Erwachsenenschutzbehörde wird künftig in den Artikeln 450 ff. geregelt.

Zur Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde legitimiert ist insbesondere die betroffene Person. Dass sie urteilsfähig ist (vgl. Art. 420 Abs. 1 ZGB), wird im Gesetzestext nicht vorausgesetzt. Es versteht sich im Grunde von selbst, dass eine urteilsun-

fähige Person kein Verfahren in Gang setzen kann. An die Urteilsfähigkeit dürfen indessen keine hohen Anforderungen gestellt werden. Wer klar zum Ausdruck bringen kann, dass er mit einer Handlung oder Unterlassung des Beistands oder der Beiständin nicht einverstanden ist, darf im vorliegenden Rahmen als urteilsfähig angesehen werden.

Die Erwachsenenschutzbehörde anrufen kann auch eine nahe stehende Person, sofern sie die Interessen der betroffenen 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 heute bereits in Artikel 397d Absatz 1 ZGB verwendet.

Für die Legitimation Dritter zur Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde bedarf es eines «rechtlich geschützten 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 Kompetenzen nicht ein, so ist die nach Artikel 328 ZGB zur Verwandtenunterstützung verpflichtete Person aus eigenem rechtlichem Interesse zur Beschwerde legitimiert. Unerheblich sind indes erbrechtliche Interessen, denn vor dem Erbfall handelt es sich bloss um Anwartschaften ohne selbständige rechtliche Bedeutung.

Anfechtungsgegenstand 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 Möglichkeit der Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde besteht auch in Fällen, in denen die Erwachsenenschutzbehörde einer Drittperson oder einer Stelle einen Auftrag erteilt hat.

Der Zweck der Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde 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 Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde nicht befristet. Sobald allerdings ein Verfahren keinen Sinn mehr macht, weil die Handlung nicht mehr zu korrigieren ist oder die Unterlassung nicht mehr gutgemacht werden kann, besteht auch keine Möglichkeit mehr, die Frage der Erwachsenenschutzbehörde vorzulegen, sofern es nicht um eine Grundsatzfrage geht, deren Klärung im Interesse der Praxis liegt. Verantwortlichkeitsansprüche bleiben aber vorbehalten.

2.2.9 Besondere Bestimmungen für Angehörige

Art. 420

Der Entwurf verzichtet auf das Institut der erstreckten elterlichen Sorge (vgl. Ziff. 1.3.6). Dafür räumt er nicht nur den Eltern, sondern auch weiteren Angehörigen, die das Amt des Beistands oder der Beiständin übernehmen, eine Sonderstellung ein. Dies beruht auf einer allgemeinen gesellschaftlichen Wertung dieser Beziehung und berücksichtigt Artikel 8 EMRK über die Achtung des Privat- und Familienlebens. Zu betonen ist aber, dass der Verzicht auf bestimmte Pflichten des Beistands oder der Beiständin die Erwachsenenschutzbehörde von ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht über die Mandatsträger nicht entbindet. Die Bestimmungen über die

Verantwortlichkeit und die direkte Staatshaftung (Art. 454 f.) gelten auch für diese Mandatsträger.

Die Erwachsenenschutzbehörde kann Angehörige, die das Amt des Beistands oder der Beiständin übernehmen, von der Inventarpflicht (Art. 405 Abs. 2), der Berichterstattung (Art. 411), der Rechnungsablage (Art. 410) sowie der Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften (Art. 416) entbinden. Anders als noch im Vorentwurf werden Ehegatten und Eltern nicht von Gesetzes wegen von diesen Pflichten befreit. Vielmehr bleibt es auch bei ihnen bei einem Ermessensentscheid der Erwachsenenschutzbehörde. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gefahr eines Missbrauchs von Abhängigkeitsverhältnissen aufgrund der nahen Beziehung und der fehlenden professionellen Distanz noch grösser sein kann als bei ausenstehenden Mandatsträgern.

2.2.10 Das Ende des Amtes der Beiständin oder des Beistands

Art. 421 Von Gesetzes wegen

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). Es soll künftig im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde stehen, den Beistand oder die Beiständin auf eine bestimmte Amtsdauer oder für unbestimmte Zeit einzusetzen. Letzteres dürfte insbesondere nahe liegen, wenn Angehörige eingesetzt werden.

Art. 422 Entlassung auf Begehren des Beistands oder der Beiständin

Zwischen der Aufhebung der Massname (Art. 399 Abs. 2) und der Entlassung des Beistands oder der Beiständin (Art. 422 f.) ist klar zu unterscheiden. Die Entlassung ist ausschliesslich in der Person der Beistands oder der Beiständin begründet.

Der Beistand oder die Beiständin hat frühestens nach vier Jahren Amtsdauer Anspruch auf Entlassung (Abs. 1). Die Bestimmung entspricht Artikel 415 Absatz 3 ZGB. Vorher kann die Entlassung erfolgen, wenn der Beistand oder die Beiständin dafür wichtige Gründe geltend machen kann (Abs. 2). Blosser Amtsmüdigkeit ist indessen kein wichtiger Grund.

Art. 423 Übrige Fälle

Die Erwachsenenschutzbehörde entlässt den Beistand oder die Beiständin von Amtes wegen oder auf Antrag der betroffenen oder einer ihr nahe stehenden Person (Abs. 2), wenn die Eignung für die Aufgaben nicht mehr besteht (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 400 Absatz 1 nicht mehr wählbar ist, so liegt ein wichtiger Grund vor, der zur Entlassung führen muss.

Art. 424 Weiterführung der Geschäfte

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. Die Bestimmung verpflichtet deshalb den Beistand oder die Beiständin, nicht aufschiebbar Geschäfte weiterzuführen, bis der Nachfolger oder die Nachfolgerin das Amt übernimmt, sofern die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes anordnet (erster Satz). 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. Die vorliegende Regelung gilt nicht für den Berufsbeistand oder die Berufsbeiständin (zweiter Satz).

Art. 425 Schlussbericht und Schlussrechnung

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 erster Satz), 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 eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB). Sie kann den Berufsbeistand oder die Berufsbeiständin von der erwähnten Pflicht entbinden, wenn das Arbeitsverhältnis endet (Abs. 1 zweiter Satz).

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

Nach Absatz 3 stellt die Erwachsenenschutzbehörde den Schlussbericht und die Schlussrechnung der betroffenen Person oder deren Erben und gegebenenfalls der neuen Beiständin oder dem neuen Beistand zu und weist diese Personen gleichzeitig auf die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 454 f., vgl. insbes. die Erläuterungen zu Art. 455) hin. Fällt das Ende des Amtes nicht mit der Aufhebung der Massnahme zusammen, sind auch dem neuen Beistand oder der neuen Beiständin die Schlussrechnung und der Schlussbericht auszuhändigen.

Die Erwachsenenschutzbehörde teilt der betroffenen 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 des Schlussberichts oder 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.

Art. 426 Die Massnahme. Unterbringung zur Behandlung oder Betreuung

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 426 für eine Unterbringung erfüllt sein müssen, lehnen sich materiell eng an das bisherige Recht an. Statt von Geistesschwäche und Geisteskrankheit wird aber – wie in Artikel 390 – von geistiger Behinderung und von psychischer Störung gesprochen (Abs. 1). Letztere erfasst auch die Suchterkrankung, z.B. Drogen-, Medikamenten- und Alkoholmissbrauch.²⁵ Unter schwerer Verwahrlosung (Abs. 1) 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.

Nach der Entstehungsgeschichte erlaubt Artikel 397a ZGB auch die Einweisung zum Zweck einer medizinischen Abklärung. Diese Frage wird im Rahmen der Verfahrensbestimmungen geregelt (Art. 449 Abs. 2). Bei einer stationären Abklärung ist der Aufenthalt in der Einrichtung auf die absolut notwendige Zeit zu beschränken. Eine Behandlung nach den Artikeln 433 f. ist nicht erlaubt.

Wie im bisherigen Recht genügt das Vorliegen eines Schwächezustands für sich allein noch nicht für eine fürsorgerische Unterbringung. Vielmehr darf diese Massnahme nur als *ultima ratio* in Frage kommen, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann (Abs. 1). Damit soll der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und der Zwecktauglichkeit auch im neuen Recht Eingang finden. Die fürsorgerische Unterbringung ist nur zulässig, wenn keine weniger einschneidende 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 (Abs. 1). Der Begriff der Einrichtung ist weit auszulegen.

Sind die Unterbringungsvoraussetzungen erfüllt, so hat die Erwachsenenschutzbehörde kein Ermessen, ob sie eine Unterbringung anordnen will oder nicht. Daran soll auch die aus dem geltenden Recht übernommene Formulierung «darf ... untergebracht werden» (Abs. 1) nichts ändern.

Bei der Prüfung der Unterbringungsvoraussetzungen sind die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten zu berücksichtigen (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 oder Dritte, z.B. die Spitex, durch die Betreuung einer kranken Person überfordert sind, muss nach Alternativen gesucht werden. Auch der Schutz Dritter darf in die Beurteilung einbezogen werden, kann allerdings

²⁴ Vgl. auch Ziff. 1.3.8 und 1.3.12.

²⁵ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat i.S. Witold Litwa c. Polen (Rec. 2000-III, § 61) den Begriff der Alkoholsucht weit ausgelegt.

für sich allein nicht ausschlaggebend sein. Indessen gehört es letztlich ebenfalls zum Schutzauftrag, etwa eine kranke, verwirrte Person davon abzuhalten, eine schwere Straftat zu begehen.

Die vorliegende Bestimmung 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 Fall einer urteilsfähigen Person ihre Zustimmung zur Unterbringung nicht erteilt. Hinzu kommt der Fall einer urteilsunfähigen Person, die in einer psychiatrischen Klinik untergebracht werden soll. Nach Artikel 380 richtet sich hier die Einweisung immer nach den Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung, unabhängig davon, ob die betroffene Person Widerstand leistet oder nicht.

Artikel 378 macht deutlich, dass die Zustimmung zur Unterbringung einer urteilsunfähigen Person in einem Spital wegen einer somatischen Krankheit nicht als fürsorgerische Unterbringung bzw. als Freiheitsentziehung 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 bzw. der Beiständin oder des Beistands kann indessen die Erwachsenenschutzbehörde angerufen werden (Art. 419 und 381). Der Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde ist an das zuständige Gericht weiterziehbar (Art. 450 ff.).

Die betroffene Person muss nach Absatz 3 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 Entwurf 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). Dies trägt zur unerwünschten so genannten Drehtürpsychiatrie bei: Die Patientinnen und Patienten verlassen die Einrichtung, sobald die akute Krise vorüber ist, die zur Einweisung geführt hat. 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 für eine sachgerechtere Regelung eingesetzt.

Schliesslich kann die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person jederzeit um Entlassung ersuchen (Abs. 4) und bei Ablehnung das Gericht anrufen (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 3 und 450). Gesuche um Entlassung sind ohne Verzug zu behandeln und zu beurteilen (Abs. 4 zweiter Satz). Das ergibt sich aus Artikel 31 Absatz 4 BV («so rasch wie möglich») und Artikel 5 Absatz 4 EMRK («innerhalb kurzer Frist»). Die genannten Bestimmungen schliessen es nicht aus, dass Entlassungsgesuche vor der gerichtlichen Beurteilung zunächst von einer anderen, nichtrichterlichen Behörde beurteilt werden.²⁶ Das Gebot der beschleunigten Behandlung gilt in diesen Fällen nicht erst für die gerichtliche Beurteilung, sondern bereits von dem Zeitpunkt an, in dem das Gesuch der zuständigen Stelle – hier: dem Arzt oder der Ärztin, der Ein-

²⁶ Vgl. z.B. den in VPB 1998 IV Nr. 91 wiedergegebenen Entscheid der Europäischen Kommission für Menschenrechte vom 21.1.1998 i.S. S.M. c. Schweiz betr. fürsorgerische Freiheitsentziehung im Kanton BS.

richtung oder der Erwachsenenschutzbehörde – unterbreitet wurde.²⁷ Das Beschleunigungsgebot gilt dann auch für die vorgeschalteten Instanzen, weshalb es bereits an dieser Stelle in allgemeiner Form festgehalten wird.

Art. 427 Zurückbehaltung freiwillig Eingetretener

Das heutige Recht regelt die Zurückbehaltung von Personen, die freiwillig eine Einrichtung aufsuchen, unbefriedigend (Art. 397a ZGB). Als Grundsatz muss gelten, dass jederzeit die Einrichtung verlassen kann, wer freiwillig eingetreten ist. Artikel 427 sieht lediglich eine Ausnahme vor für Personen, die wegen einer psychischen Störung behandelt werden. Sie können von der ärztlichen Leitung der Einrichtung für höchstens drei Tage zurückbehalten werden, wenn sie sich selbst an Leib und Leben gefährden oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährden (Abs. 1). Nach Ablauf dieser Frist kann die Person auf jeden Fall die Einrichtung verlassen, wenn nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid nach Artikel 426 vorliegt (Abs. 2). Dieser Entscheid kann von der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 428) oder von der zuständigen Ärztin oder vom zuständigen Arzt (Art. 429) ausgehen. Die betroffene Person wird schriftlich darauf aufmerksam gemacht, dass sie das Gericht anrufen kann (Abs. 3).

Art. 428 Zuständigkeit der Erwachsenenschutzbehörde

Für die Anordnung der Unterbringung und die Entlassung ist die Erwachsenenschutzbehörde zuständig (Abs. 1). Absatz 2 hält ausdrücklich die Möglichkeit fest, die Entlassungskompetenz im Einzelfall der Einrichtung zu delegieren, damit keine Zeit verloren geht, wenn die Voraussetzungen für eine Entlassung erfüllt sind. Das entspricht der geltenden Praxis. Über ein Entlassungsgesuch muss ohne Verzug entschieden werden, unabhängig davon, ob die Erwachsenenschutzbehörde oder die Einrichtung zuständig ist (Art. 426 Abs. 4 zweiter Satz).

Art. 429 Ärztliche Zuständigkeit

Nach Artikel 397b Absatz 2 ZGB können die Kantone für die Fälle, in denen Gefahr im Verzug liegt oder die Person psychisch krank ist, andern 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.

Absatz 1 erster Satz erlaubt den Kantonen weiterhin, neben der Erwachsenenschutzbehörde Ärztinnen und Ärzte für zuständig zu erklären, verlangt aber, dass die zuständigen Personen «geeignet» sind. Für eine blossе Krisenintervention sind andere Anforderungen zu stellen als bei einer länger dauernden Einweisung. Aufgabe der Kantone ist es, dafür zu sorgen, dass die zuständigen Ärztinnen und Ärzte die erforderliche Instruktion erhalten und das Verfahren korrekt durchführen. Nach einer Untersuchung²⁸ sind Ärztinnen und Ärzte, die relativ selten mit der Notwen-

²⁷ Vgl. z.B. Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 20.2.2003 i.S. Hutchison Reid c. Vereinigtes Königreich, CEDH 2003-IV, Ziff. 75 ff.

²⁸ Thomas Maier, Die Praxis der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, Praxis. Schweizerische Rundschau für Medizin 2001 Nr. 37.

digkeit 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. Deshalb stellt Artikel 430 für die ärztliche Unterbringung auch Verfahrensbestimmungen auf.

Die ärztliche Zuständigkeit gilt für den Tatbestand von Artikel 426, d.h. für die Unterbringung zur Behandlung oder Betreuung. Eine Einweisung zur Begutachtung kann nur von der Erwachsenenschutzbehörde vorgenommen werden (Art. 449 Abs. 2), weil in dieser Beziehung kein Notfall vorliegt.

Die ärztliche Einweisung wird befristet. Im Gegensatz zum Vorentwurf legt der Entwurf aber nur noch eine Maximalfrist von sechs Wochen fest. Innerhalb dieser Maximalfrist ist die ärztliche Anordnung während einer vom kantonalen Recht festgelegten Dauer zulässig (Abs. 1 erster Satz). Die ärztliche Unterbringung fällt spätestens nach Ablauf der festgelegten Dauer dahin, sofern in diesem Zeitpunkt nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt (Abs. 2). Eine ärztliche Zuständigkeit nach kantonalem Recht ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn die vom Bundesrecht festgelegte Maximalfrist von sechs Wochen (Abs. 1) nicht überschritten wird. So kann das kantonale Recht beispielsweise für Krisenfälle eine weite ärztliche Unterbringungszuständigkeit beschränkt auf wenige Tage vorsehen und bestimmen, dass danach ein speziell ausgebildeter Arzt oder eine speziell ausgebildete Ärztin die Unterbringung anordnen kann, wenn diese weiterdauern soll. Die Maximalfrist von sechs Wochen mag relativ lang erscheinen. Zu bedenken ist aber, dass die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person den Unterbringungsentscheid anfechten (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1) und jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen kann (Art. 426 Abs. 4). Dieses ist bei Abweisung durch die Einrichtung unverzüglich vom zuständigen Gericht zu behandeln. Die Frist trägt deshalb dem Anliegen der Patientinnen und Patienten, die nicht rekurren, nach Diskretion Rechnung und berücksichtigt den Umstand, dass nach sechs Wochen ein grosser Teil der eingewiesenen Personen bereits wieder entlassen ist. 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.

Art. 430 Verfahren

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 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 (Abs. 1), 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 festzu-

halten. Namentlich ist darzulegen, wie die anordnende Person mit dem Fall in Kontakt gekommen ist, welches der Anlass für die Massnahme 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 – Behandlung oder Betreuung – sie erfolgt. Schliesslich muss der Unterbringungsentscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen werden. Von selbst versteht sich, dass auch die Personalien der betroffenen Person angegeben werden sollen. Sind diese nicht erhältlich, weil die betroffene Person nicht ansprechbar ist, kann darauf hingewiesen werden. In der Praxis können vorgedruckte Formulare verwendet werden, die das Einhalten der formellen Kriterien erleichtern und von Hand ausgefüllt werden.

Absatz 3 sieht abweichend vom allgemeinen Grundsatz des Suspensiveffekts einer Beschwerde (Art. 450c), aber übereinstimmend mit Artikel 450e Absatz 2 und Artikel 397e Ziffer 4 ZGB vor, dass das Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat, sofern die Ärztin oder der Arzt oder das zuständige Gericht nichts anderes verfügt.

Ein Exemplar des Unterbringungsentscheids wird der betroffenen Person ausgehändigt; ein weiteres Exemplar wird der Einrichtung bei der Aufnahme der betroffenen Person vorgelegt (Abs. 4). Damit ist die Einrichtung von Anfang an korrekt orientiert, warum es zu einer Unterbringung gekommen ist, und kann sich danach ausrichten.

Nach Absatz 5 informiert der Arzt oder die Ärztin, sofern möglich, eine der betroffenen Person nahe stehende Person schriftlich über die Unterbringung und die Befugnis, das Gericht anzurufen. 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 pflichtgemäsem Ermessen entscheiden, wer orientiert werden soll. In erster Linie wird es sich um den Ehegatten oder den Lebenspartner oder 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.

Nach dem geltenden Recht (Art. 397e Ziff. 2 ZGB) muss jede Person, die in eine Anstalt eintritt, sofort schriftlich darüber unterrichtet werden, dass sie bei Zurückbehaltung oder bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs das Gericht anrufen kann. Diese allgemeine Informationspflicht ist bei Einrichtungen, die nur punktuell eine fürsorgliche Freiheitsentziehung durchführen, wie beispielsweise Alters- und Pflegeheimen, unzweckmässig. Kommt hinzu, dass das neue Recht die Zurückbehaltung nur noch unter sehr engen Voraussetzungen erlaubt (Art. 427), den Rechtsschutz in allgemeiner Weise ausbaut (vgl. insb. Art. 429–431) und bei einem Entscheid über eine Zurückbehaltung oder bei Abweisung des Entlassungsgesuchs ohnehin eine Rechtsmittelbelehrung verlangt. Der Entwurf verzichtet deshalb ersatzlos auf die allgemeine Informationspflicht, sieht aber dafür in Artikel 432 das Recht auf Beizug einer Vertrauensperson vor.

Art. 431 Periodische Überprüfung

Die Erwachsenenschutzbehörde soll nicht nur auf Benachrichtigung seitens der Einrichtung 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 (Abs. 1). Die erste Überprüfung hat spätestens sechs Monate nach Beginn der Unterbringung zu erfolgen (Abs. 1). Innerhalb der nächsten sechs Monate ist eine weitere Überprüfung durchzuführen. 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.

Art. 432 Vertrauensperson

Personen, die gegen ihren Willen im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung in eine Einrichtung eingewiesen werden, befinden sich in verschiedener Hinsicht in einer schwierigen Lage. 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 Entwurf trägt diesem Umstand etwa dadurch Rechnung, dass alle Rechtsmittel nicht nur von der betroffenen Person, sondern auch von nahe stehenden Personen wahrgenommen werden können (Art. 430). Ergänzend sieht die vorliegende Bestimmung vor, dass jede in einer Einrichtung untergebrachte Person das Recht hat, eine Person ihres Vertrauens beizuziehen, die sie während des Aufenthalts und bis zum Abschluss aller damit zusammenhängenden Verfahren unterstützt.

Der Vertrauensperson obliegt die Aufgabe, die betroffene Person über ihre 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. Das trägt auch zur Entlastung der Einrichtung bei. 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. 433). 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.

Die Stellung der Vertrauensperson ist nicht mit der professionellen Aktivität der Anwaltschaft zu vermengen. Das Gemeinwesen ist auch nicht verpflichtet, die Vertrauensperson zu entschädigen und deren Spesen zu ersetzen.

Art. 433 Medizinische Massnahmen bei einer psychischen Störung.
 Behandlungsplan

Wird eine Person zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht, so erstellt die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt einen Behandlungsplan, und zwar unter Beizug der betroffenen Person und gegebenenfalls ihrer Vertrauensperson (Abs. 1). Vorbehalten sind Notfälle (Art. 435). 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. 432).

Die betroffene Person und ihre Vertrauensperson werden über alle Umstände informiert, die im Hinblick auf die in Aussicht genommenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken und Nebenwirkungen, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten (Abs. 2).

Entgegen landläufiger Meinung tritt die grosse Mehrheit der psychisch kranken Personen nicht im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung in die Behandlungseinrichtung ein. 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, Ausführungen über Risiken und Nebenwirkungen der Therapie 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 die rechtliche Grundlage 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 Behandlungswünsche so weit wie möglich zu respektieren sind. Allerdings darf damit nicht einfach eine Therapie verhindert werden. In diesem Sinn wird der Behandlungsplan der betroffenen Person zur Zustimmung unterbreitet (Abs. 3 erster Satz). Bei einer urteilsunfähigen Person ist eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen (Abs. 3 zweiter Satz). Den Wünschen, die die betroffene Person geäussert hat, als sie noch urteilsfähig war, ist so weit wie möglich zu entsprechen. Solche Wünsche dürfen aber in den Fällen, in denen eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet worden ist, eine sinnvolle Behandlung nicht einfach vereiteln. Ohnehin ist eine Behandlung ohne Zustimmung nur unter den engen Voraussetzungen von Artikel 434 erlaubt, nämlich wenn der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist.

Im Interesse der Transparenz für alle Beteiligten ist der Behandlungsplan von Bundesrechts wegen schriftlich zu erstellen (Abs. 1). Zudem muss es möglich sein, ihn rasch an geänderte Verhältnisse anzupassen (Abs. 4).

Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann der Chefarzt oder die Chefarztin der zuständigen Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

1. Der betroffenen Person droht ohne Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden (Abs. 1 Ziff. 1), während sonst bei urteilsunfähigen Personen grundsätzlich jede ihrem Wohl dienende medizinische Massnahme mit Zustimmung der vertretungsberechtigten Person (Art. 378) ergriffen werden kann. Die Kompetenz der Chefarztin oder des Chefarztes wird also auf eine Gefahrensituation beschränkt. Damit steht die Bestimmung in Einklang mit Artikel 7 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin. Sie ist aber insofern enger, als der Behandlung eine fürsorgliche Unterbringung vorausgehen muss und – anders als nach der Biomedizinkonvention – die Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person vorausgesetzt ist.

Im Gegensatz zum Vorentwurf wird entsprechend einer Anregung aus der Vernehmlassung vorgeschlagen, die Möglichkeit der Behandlung ohne Zustimmung auf Fälle von Fremdgefährdung auszudehnen (Abs. 1 Ziff. 1). Eine Beschränkung auf Selbstgefährdung hätte nämlich zur Folge, dass psychisch kranke Personen im Fall ernsthafter Gefährdung des Lebens oder der körperlichen Integrität Dritter längere Zeit, unter Umständen dauerhaft, fürsorglich untergebracht würden, wenn sie nicht bereit oder nicht in der Lage sind, einer Behandlung zuzustimmen. Psychiatrische Kliniken würden auf diese Weise zu reinen Verwahranstalten ohne therapeutische Möglichkeit verkommen.

2. Der Vorentwurf stellte auf die mangelnde Einsichtsfähigkeit in die eigene Behandlungsbedürftigkeit ab. In der Vernehmlassung wurde zu bedenken gegeben, dieser Begriff sei im Lichte des Selbstbestimmungsrechts der betroffenen Person zu wenig klar und räume dem ärztlichen Ermessen einen beinahe beliebigen Spielraum ein. Der Entwurf verwendet deshalb den rechtlich etablierten Begriff der Urteilsunfähigkeit (vgl. Art. 16 ZGB), die auch im vorliegenden Zusammenhang relativ zu verstehen ist, d.h. bezogen auf die eigene Behandlungsbedürftigkeit (Abs. 1 Ziff. 2). Es geht um Personen, die so behandlungsbedürftig sind, dass eine fürsorgliche Unterbringung nötig wurde, die aber der in Aussicht genommenen Behandlung nicht zustimmen können. So ist es denkbar, dass den Patientinnen oder Patienten die kognitive Fähigkeit, z.B. wegen Demenz, schweren Intelligenzmangels oder Bewusstseinsstörungen, schlicht mangelt und sie so weder Zustimmung noch Ablehnung äussern. Denkbar ist aber auch, dass die Krankheit, z.B. Schizophrenie, die Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt und die Entscheidungsfähigkeit lähmt, z.B. im Fall einer 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.

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.

3. Es steht keine angemessene Massnahme, die weniger einschneidend ist, zur Verfügung (Abs. 1 Ziff. 3). Die Behandlung muss somit verhältnismässig sein und dem letzten Stand der Wissenschaft entsprechen. Wissenschaftlich zweifelhafte oder 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.

Die Anordnung wird der betroffenen Person und ihrer Vertrauensperson verbunden mit einer Rechtsmittelbelehrung schriftlich mitgeteilt (Abs. 2).

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.

Art. 435 Notfälle

In einer Notfallsituation können die zum Schutz der betroffenen Person oder Dritter unerlässlichen medizinischen Massnahmen sofort ergriffen werden (Abs. 1). Unter Notfall 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 unbestritten. Der Entwurf schafft hierfür in Anlehnung an Artikel 8 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin die erforderliche Rechtsgrundlage (Art. 379).

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. Es dürfen lediglich krankheitsbedingte Verhaltensweisen therapiert werden, während anders motivierte Gewalt mit polizeirechtlichen Massnahmen angegangen werden muss. Dass bei alledem die Verhältnismässigkeit zu wahren ist, versteht sich im Rahmen professionell geführter Behandlungseinrichtungen von selbst. Erlaubt sind nur diejenigen medizinischen Massnahmen, die indiziert sind und nicht aufgeschoben werden können. Ist der Einrichtung bekannt, wie die Person behandelt werden will, weil beispielsweise im Rahmen des Austrittsgesprächs (Art. 436) die Frage besprochen worden ist, so wird deren Wille berücksichtigt (Abs. 2; vgl. auch Art. 433 Abs. 3).

Art. 436 Austrittsgespräch

Wird eine Person aus einem Spital entlassen, so wird in der Regel mit ihr ein Austrittsgespräch geführt. Nach der vorliegenden Bestimmung soll die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt bei Rückfallgefahr versuchen, mit der betroffenen Person vor deren Entlassung Behandlungsgrundsätze für den Fall einer erneuten Unterbringung in der Einrichtung zu vereinbaren (Abs. 1). Solche Vereinbarungen schaffen Klarheit und erleichtern die Situation, wenn die Krankheit wieder akut wird. Das Gespräch ist zu dokumentieren (Abs. 2).

Art. 437 Kantonales Recht

Der Vorentwurf wollte auf eine ambulante Behandlung ohne Zustimmung verzichten, u.a. weil heute nur wenige Kantone entsprechende Rechtsgrundlagen kennen. Zudem können ambulante Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person praktisch nicht durchgesetzt werden. Eine Anordnung ohne Sanktionsmöglichkeit ist aber weitgehend wertlos. Dieser Verzicht auf ambulante Massnahmen ist indessen in der Vernehmlassung stark kritisiert worden. Nicht in allen Fällen sei eine stationäre Behandlung notwendig. In gewissen heiklen Situationen psychischer Erkrankung, z.B. infolge eigenmächtigen Absetzens von Medikamenten oder intoxicationsbedingter Störungen, sei eine ambulante Massnahme für die betroffene Person weniger einschneidend und stigmatisierend als eine fürsorgerische Unterbringung. Es sei nicht systemkonform, ausgerechnet im Fall der Behandlung psychischer Störungen keine Abstufung von Massnahmen vorzusehen.

Vorgeschlagen wird deshalb, diesen ernst zu nehmenden Bedenken mit einem ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des kantonalen Rechts Rechnung zu tragen. Nach Absatz 2 regeln die Kantone die ambulanten Massnahmen. Das Gleiche gilt nach Absatz 1 für die Nachbetreuung, wenn eine Person aus der Einrichtung entlassen wird.

Art. 438 Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit

Auf Massnahmen, welche die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen in der Einrichtung einschränken, sind die Bestimmungen über die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen nach den Artikeln 383 ff. sinngemäss anwendbar (erster Satz). Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, jederzeit das Gericht anzurufen (zweiter Satz; Art. 439 Abs. 1 Ziff. 5 und Abs. 2 zweiter Satz).

Art. 439 Anrufung des Gerichts

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. 426 ff.) einen umfassenden Rechtsschutz zu gewähren.

Der Vorentwurf sah gegen die Unterbringung durch die Erwachsenenschutzbehörde die Beschwerde an das zuständige Gericht vor, währenddem gegen die ärztliche Unterbringung eine doppelte Rekursmöglichkeit – Beschwerde zuerst an die Erwachsenenschutzbehörde, anschliessend an das zuständige Gericht – bestand. Da die Erwachsenenschutzbehörde anders als nach dem Vorentwurf nicht mehr zwingend ein Gericht ist, soll die ärztliche Einweisung entsprechend Artikel 5 EMRK

direkt bei einem vom Kanton bezeichneten Gericht angefochten werden können (Abs. 1 Ziff. 1). Mit dieser Regelung wird dem Erfordernis Rechnung getragen, dass ein Gericht raschmöglichst über die Rechtmässigkeit der Unterbringung entscheiden muss. Das Gleiche soll gelten bei Zurückbehaltung (Abs. 1 Ziff. 2), Abweisung eines Entlassungsgesuchs (Abs. 1 Ziff. 3), Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung (Abs. 1 Ziff. 4) sowie Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Abs. 1 Ziff. 5). Nach Absatz 3 richtet sich das Verfahren – wie im Fall einer Beschwerde gegen die Unterbringung durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 428 Abs. 1) – sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 450 ff.). Örtlich zuständig ist in den Fällen von Artikel 439 Absatz 1 Ziffern 2–5 das Gericht am Ort der Errichtung (vgl. auch Art. 385 Abs. 1).

Nach Absatz 1 Ziffer 4 ist es möglich, das Gericht «bei Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung» anzurufen. Unter «Behandlung» ist zum einen die Behandlung in einer Notfallsituation (Art. 435) zu verstehen. Diesfalls kann etwa geltend gemacht werden, es liege kein Notfall vor oder die angeordnete medizinische Massnahme sei nicht verhältnismässig. Zum andern kann sich die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person auch gegen den Behandlungsplan als solchen (Art. 433) und die darauf abgestützte Behandlung ohne Zustimmung (Art. 434 Abs. 2) zur Wehr setzen.

Das Rechtsmittel setzt wie im geltendem Recht (Art. 397*d* Abs. 1 ZGB) ein schriftliches Begehren voraus (Abs. 1). Die beschwerdeführende Person hat somit unterschriftlich (Art. 14 OR) zu erklären, dass sie mit der Anordnung nicht einverstanden ist; ein formeller Antrag oder eine Begründung (s. Art. 450*e* Abs. 1) ist 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.

Wie bisher nach Artikel 397*e* Ziffer 3 ZGB ist jedes Begehren um gerichtliche Beurteilung unverzüglich an das zuständige Gericht weiterzuleiten (Abs. 4).

Das Gericht ist – wie im geltenden Recht (Art. 397*d* Abs. 1 ZGB) – innert zehn Tagen seit Mitteilung des Entscheids anzurufen (Abs. 2 erster Satz). Bei Nichteinhaltung der Frist ist auf das Rechtsmittel nicht einzutreten, es konvertiert aber zu einem jederzeit zulässigen Entlassungsgesuch (Art. 426 Abs. 4). Keine Befristung ist vorgesehen für das Rechtsmittel gegen Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Abs. 2 zweiter Satz). Im Fall der Zurückbehaltung freiwillig Eingetretener ist zu beachten, dass die betroffene Person in jedem Fall die Einrichtung verlassen kann, wenn drei Tage nach dem Entscheid der ärztlichen Leitung der Einrichtung kein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid vorliegt (Art. 427).

Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde sind nach den Artikeln 450 ff. bei dem vom kantonalen Recht bezeichneten Gericht mit Beschwerde anfechtbar.

2.3

Organisation

2.3.1

Behörden und örtliche Zuständigkeit

Art. 440 Erwachsenenschutzbehörde

Sowohl die immer komplexeren psychosozialen Probleme, die es im Kindes- und Erwachsenenschutz zu bewältigen gilt, als auch künftig die Anordnung von Massnahmen nach Mass stellen hohe Anforderungen an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (vgl. Ziff. 1.3.9). In der Vernehmlassung ist deshalb das Erfordernis der Professionalität und Interdisziplinarität grossmehrheitlich unbestritten geblieben. Gleichzeitig wurde aber auch betont, dass die Organisationsfreiheit der Kantone so weit wie möglich zu wahren und nicht zwingend von Bundesrechts wegen ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht vorzuschreiben sei. Der Entwurf trägt diesen Anliegen durch die Vorschrift Rechnung, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Fachbehörde sein muss (Abs. 1 und 3). Es steht den Kantonen damit frei, eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einzusetzen. Wichtig ist, dass die Mitglieder der Behörde nach dem Sachverstand, den sie für ihre Aufgabe mitbringen müssen, ausgewählt werden. Sachverstand kann indessen auch durch Weiterbildung und Praxis erworben werden. Auf jeden Fall muss ein Jurist oder eine Juristin für eine korrekte Rechtsanwendung verantwortlich sein. Daneben sollten je nach Situation, die es zu beurteilen gilt, Personen mit einer psychologischen, sozialen, pädagogischen, treuhänderischen, versicherungsrechtlichen oder medizinischen Ausbildung mitwirken. Bei vermögensrechtlichen Fragen oder bei der Abnahme der Rechnung sind beispielsweise auch Personen mit Kenntnissen in der Vermögensverwaltung oder der Rechnungslegung erwünscht.

Ob die Behörde auf Gemeinde-, Bezirks-, Kreis- oder Regionsebene organisiert wird, bestimmen die Kantone. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass es in kleineren Gemeinden kaum möglich ist, Fachbehörden zu organisieren. Indessen können sich Gemeinden zusammenschliessen und eine gemeinsame Behörde schaffen. Mit dem Bundesrecht vereinbar ist auch ein Modell wie im Kanton Tessin, wo Vormundschaftskreise gebildet wurden und die Vormundschaftsbehörde zusammengesetzt ist aus zwei ständigen Mitgliedern und einem oder einer Delegierten der Wohnsitz- oder Aufenthaltsgemeinde der Person, über welche Entscheide zu treffen sind.

Die Frage, ob die Behördenmitglieder ihr Amt im Milizsystem oder berufsmässig ausüben oder ob ein gemischtes System gewählt wird, entscheiden ebenfalls die Kantone. Das Gleiche gilt für die Zahl der Mitglieder. Das Bundesrecht schreibt im Interesse einer gewissen Interdisziplinarität und im Hinblick auf die grosse Tragweite der zu treffenden Massnahmen lediglich vor, dass die Behörde in der Regel als Kollegialbehörde mit mindestens drei Mitgliedern entscheidet (Abs. 2 erster Satz). Die Kantone können selbstverständlich auch eine grössere Zahl von Mitgliedern vorsehen und die Spruchbehörde je nach dem Fall, den es zu beurteilen gilt, zusammensetzen.

Die Kompetenz einer Fachbehörde ist vor allem im Kernbereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes, d.h. bei der Anordnung von Massnahmen, gefragt; hier ist die kollegiale Zuständigkeit für die Entscheidung unentbehrlich. Daneben existieren aber manche Verfahren mit geringeren Ermessensspielräumen, in denen aus Gründen der Flexibilität und Speditivität vom Erfordernis eines Kollegiums abgesehen werden kann. Die Kantone können deshalb für bestimmte Geschäfte Ausnahmen,

d.h. die Zuständigkeit eines einzelnen Mitglieds der Behörde, vorsehen (Abs. 2 zweiter Satz). Im Gegensatz zu Artikel 12 des Vorentwurfs für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden belässt der Entwurf den Kantonen auch hier die organisatorische Verantwortung und verzichtet darauf, die Fälle der Einzelzuständigkeit von Bundesrechts wegen festzuhalten.

Die Erwachsenenschutzbehörde ist für die Aufgaben, die der Kindesschutzbehörde übertragen sind, ebenfalls zuständig (Abs. 3). Unter den beiden Behörden besteht somit Personalunion.

Art. 441 Aufsichtsbehörde

Die Kantone bestimmen die Aufsichtsbehörden über die Erwachsenenschutzbehörde (Abs. 1). Sie sind frei, die Aufsicht einem nichtgerichtlichen Organ, d.h. einer Administrativbehörde, oder einem Gericht anzuvertrauen. Sie sind auch frei, das heutige System beizubehalten, wonach die Kantone zwei Instanzen, eine untere und eine obere Aufsichtsbehörde, vorsehen können (Art. 361 Abs. 2 ZGB).

Die Aufsichtsbehörde hat im Rahmen der allgemeinen Aufsicht die Aufgabe, für eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Sie kann deshalb von Amtes wegen einschreiten, wenn sie von fehlerhaftem Tun oder Unterlassen von Erwachsenenschutzbehörden, indirekt auch der Amtsträger, Kenntnis erhält. Einen Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall vermag sie indessen im Rahmen der Aufsicht nicht zu korrigieren. Vielmehr kann nur das nach kantonalem Recht zuständige Gericht im Rechtsmittelverfahren nach Artikel 450 die Sache neu beurteilen und den Entscheid ändern.

Der Bundesrat kann Bestimmungen über die Aufsicht erlassen (Abs. 2) und die einzelnen Aufgaben konkretisieren, um auf diesem Weg für eine kohärente Qualitätsentwicklung und eine gewisse Einheit in der administrativen Aufsicht zu sorgen.

Da die Erwachsenenschutzbehörde künftig eine Fachbehörde ist und es bei der Anordnung von Massnahmen um Eingriffe in das Grundrecht der persönlichen Freiheit geht, sollen ihre Entscheide nicht mehr an eine Verwaltungsbehörde weitergezogen werden können. Vielmehr sollen sie im Rechtsmittelverfahren direkt von dem Gericht beurteilt werden, das vom kantonalen Recht bezeichnet wird (im Einzelnen dazu Art. 450 ff.; vgl. auch Art. 29 BV, der ein Grundrecht auf gerichtliche Beurteilung innert angemessener Frist statuiert). Den Kantonen steht es frei, das für Beschwerden zuständige Gericht mit der allgemeinen Aufsicht zu betrauen oder zwei gerichtliche Rechtsmittelinstanzen vorzusehen.

Mit dem Begriff «Gericht» ist nicht zwingend ein formelles Gericht gemeint. Vielmehr geht es darum, dass das Organ den Anforderungen von Artikel 6 Absatz 1 EMRK zu genügen hat. 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.

Art. 442 Örtliche Zuständigkeit

Die Bestimmung regelt die örtliche Zuständigkeit der Erwachsenenschutzbehörde. Für die örtliche Zuständigkeit im Kinderschutz ist grundsätzlich das Kindesrecht massgebend (Art. 275 und 315 ZGB).

Zuständig ist die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz der betroffenen Person (Abs. 1 erster Satz). Diese Bestimmung entspricht inhaltlich dem geltenden Recht (Art. 376 Abs. 1 und 396 Abs. 1 ZGB). Angeknüpft wird an die Bestimmung des Wohnsitzes in den Artikeln 23–26. Ist ein Verfahren rechtshängig, so bleibt die örtliche Zuständigkeit bis zu dessen Abschluss auf jeden Fall erhalten (Abs. 1 zweiter Satz), auch wenn die betroffene Person inzwischen weggezogen ist.

Analog zum Kinderschutz (Art. 315 Abs. 2 und 3 ZGB) soll künftig im Erwachsenenschutz nicht nur wie heute bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art. 397b Abs. 1 ZGB), sondern generell die Behörde am Aufenthaltsort zuständig sein, wenn Gefahr im Verzug ist (Abs. 2 erster Satz). Gleichzeitig ist durch eine Benachrichtigung sicherzustellen, dass es nicht bei der aufgrund einer ausserordentlichen Zuständigkeit getroffenen Massnahme bleibt, sondern dass das Verfahren auf die Wohnsitzbehörde übertragen wird, die über das weitere Vorgehen zu entscheiden hat (vgl. Abs. 2 zweiter Satz).

In Absatz 3 wird weiterhin eine Zuständigkeit am Ort der Vermögensverwaltung vorgesehen (vgl. Art. 396 Abs. 2 ZGB), jedoch auf den in Artikel 390 Absatz 1 Ziffer 2 umschriebenen Fall beschränkt.

Nach Absatz 4 gilt weiterhin die Befugnis, eine besondere Heimatzuständigkeit zu begründen (vgl. Art. 376 Abs. 2 ZGB). Dies ist auch für den Kinderschutz möglich, zumal Artikel 315 Absatz 1 ZGB seit dem 1. Januar 1978 bloss die vorbestehende Rechtsauffassung kodifizierte, die zwar für Kinderschutzmassnahmen die Behörde am Wohnsitz des Kindes als örtlich zuständig erachtete, die Heimatzuständigkeit aber nicht ausdrücklich ausschloss.²⁹

Wechselt eine Person, für die eine Massnahme besteht, ihren Wohnsitz, so übernimmt die Behörde am neuen Ort die Massnahme ohne Verzug, sofern keine wichtigen Gründe dagegen sprechen (Abs. 5). Damit den vielfältigen und unterschiedlichen Bedürfnissen der Praxis mit der erforderlichen Flexibilität begegnet werden kann, braucht es einen Ermessensspielraum. Deshalb wird von einer gesetzlichen Frist für die Übertragung der Massnahme abgesehen.

2.3.2 Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde

Die im zweiten Abschnitt für die Erwachsenenschutzbehörde und die Rechtsmittel gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde genannten Verfahrensbestimmungen (Art. 443 ff.) sind aufgrund von Artikel 440 Absatz 3 und nach Massgabe von Artikel 314 Absatz 1 auch im Verhältnis zur Kinderschutzbehörde anwendbar.

²⁹ BBl 1974 II 86

Art. 443 Melderechte und -pflichten

Jede Person kann der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig und deshalb eine Massnahme erforderlich erscheint (Abs. 1). Dies dient einem wirksamen Erwachsenenschutz. Im Übrigen müssen sich die zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichteten Personen nach Artikel 321 Ziffer 2 StGB vom Berufsgeheimnis entbinden lassen, bevor sie Meldung erstatten.

Absatz 2 übernimmt und erweitert die Artikel 368 Absatz 2 und 369 Absatz 2 ZGB über die Meldepflichten. Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, der in Artikel 446 Absätze 1 und 2 ausdrücklich festgehalten und näher umschrieben wird. Daraus wird eine Meldepflicht abgeleitet, die sich ausschliesslich an Personen in amtlicher Funktion richtet. Diese sind verpflichtet, über entsprechende Wahrnehmungen, die sie in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit machen, Meldung zu erstatten (Abs. 2 erster Satz). Der Begriff der amtlichen Tätigkeit ist weit auszulegen. Darunter fällt die Tätigkeit jeder Person, die öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübt, auch wenn sie zum Gemeinwesen nicht in einem Beamten- oder Angestelltenverhältnis steht. Die Bestimmung versteht sich als bundesrechtliche Mindestvorschrift. Die Kantone können darüber hinausgehen und anderen Personen Meldepflichten auferlegen (Abs. 2 zweiter Satz).

Artikel 443 bildet das Korrelat zu den in Artikel 448 Absatz 1–3 umschriebenen Mitwirkungspflichten, deren Adressaten die am Verfahren beteiligten Personen und Dritte sind.

Art. 444 Prüfung der Zuständigkeit

Die Bestimmung knüpft an Artikel 442 an, bezieht sich aber sowohl auf die örtliche wie auf die sachliche Zuständigkeit. Als Konsequenz des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 446 Abs. 1) und der Offizialmaxime (Art. 446 Abs. 3) sind die örtliche und die sachliche Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wie nach bisherigem Recht (Art. 314 ff., 376 f. und 397b ZGB) von Amtes wegen zu prüfen (Abs. 1). Im Fall klarer Unzuständigkeit ist die Sache von Amtes wegen unverzüglich der Behörde zu überweisen, deren Zuständigkeit in Frage kommt (Abs. 2). Eine Einlassung ist grundsätzlich nicht möglich, auch wenn Ausnahmen denkbar sind. Unklarheiten über die Zuständigkeit sind praktisch denkbar, z.B. im Verhältnis zu den zivilen Gerichten bei der Anordnung von Kindesschutzmassnahmen oder in den Fällen nach Artikel 442 Absätze 1–3. Der in Absatz 3 vorgesehene pragmatische Weg des Meinungsaustausches ist im bisherigen Recht nicht unbekannt.³⁰

Absatz 4 regelt den Fall eines negativen Kompetenzkonflikts. Nach bisherigem Recht werden Zuständigkeitskonflikte zwischen Behörden innerhalb des Kantons ohne Möglichkeit des Weiterzugs an das Bundesgericht aufsichtsrechtlich entschieden.³¹ Liegt ein interkantonaler Kompetenzkonflikt vor, muss die Situation mit einer staatsrechtlichen Klage (Art. 83 Bst. b und e OG) bereinigt werden. Dieser Weg ist langwierig, kompliziert und schwerfällig. Die Regelung nach Absatz 4 vereinfacht das Verfahren und gilt sowohl für innerkantonale als auch für interkantonale

³⁰ Vgl. z.B. Art. 8 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) oder Art. 30 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG; BBl 2005 4052).

³¹ BGE 110 II 92.

Zuständigkeitskonflikte. Der Entscheid der angerufenen Beschwerdeinstanz bindet grundsätzlich auch die Behörde des anderen Kantons. Der unterliegende Kanton ist jedoch berechtigt, gegen diesen Entscheid beim Bundesgericht zivilrechtliche Beschwerde zu führen.³²

Art. 445 Vorsorgliche Massnahmen

Die behördlichen Massnahmen sollen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherstellen (Art. 388 Abs. 1). Dabei ist von entscheidender Bedeutung, dass die erforderlichen Massnahmen rechtzeitig angeordnet und durchgeführt werden. Damit der vom Gesetz angestrebte Schutzzweck verwirklicht werden kann, ist es oft unumgänglich, gewisse notwendige Massnahmen schon während des Verfahrens anzuordnen (vgl. zum geltenden Recht Art. 386 ZGB). Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird deshalb nach Absatz 1 ermächtigt, vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Verfahrens zu treffen. Angesichts des Zwecks einer durch die Dauer des Verfahrens begrenzten vorsorglichen Anordnung, die voraussichtlich später durch eine definitive Massnahme ersetzt werden soll, wird als selbstverständlich vorausgesetzt, dass dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besondere Beachtung zukommt.

In Absatz 2 wird die superprovisorische Massnahme gesetzlich geregelt. Inwiefern dazu dem Präsidenten oder der Präsidentin oder einem Einzelmitglied der Behörde allein die Kompetenz zukommt, bestimmt sich nach kantonalem Recht. Mit der Eröffnung der superprovisorischen Massnahme an die verfahrensbeteiligten Personen muss entsprechend der Lösung des Entwurfs der schweizerischen Zivilprozessordnung gleichzeitig das rechtliche Gehör gewährt werden.

Nach Absatz 3 sind Entscheide über vorsorgliche Massnahmen mit Beschwerde anfechtbar. Die Beschwerdefrist beträgt entgegen Artikel 450*b* Absatz 1 nur zehn Tage seit Mitteilung des Entscheids; die übrigen Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz sind unverändert anwendbar. Die Beschwerdemöglichkeit ist im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes – anders als in der geplanten schweizerischen Zivilprozessordnung – auch bei superprovisorischen Massnahmen gegeben, da diese tief in die Persönlichkeit der betroffenen Person eingreifen können und das Verfahren auf Anordnung einer ordentlichen vorsorglichen Massnahme, wenn mehrere am Verfahren beteiligte Personen anzuhören sind, einige Zeit in Anspruch nehmen kann. Im Rahmen der Beschwerde ist aber grundsätzlich nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen der superprovisorischen Massnahme erfüllt waren. Das Rechtsschutzinteresse bei einer Beschwerde entfällt im Zeitpunkt, in dem die superprovisorische Massnahme aufgehoben wird.

Das kantonale Recht bestimmt (vgl. Art. 450*f*), inwieweit Entscheide über vorsorgliche Massnahmen schriftlich zu begründen sind. Auf jeden Fall dürfte eine Begründungspflicht immer dann unentbehrlich sein, wenn der Entscheid angefochten wird.

Art. 446 Verfahrensgrundsätze

Im geltenden Kindesrecht gilt wegen des fundamentalen Grundsatzes der Wahrung des Kindeswohls durchwegs die Untersuchungs- und Officialmaxime, teils aufgrund von ausdrücklichen Vorschriften im ZGB für bestimmt umschriebene Bereiche

³² Art. 72 Abs. 2 Ziff. 5–7 i.V.m. Art. 120 Abs. 2 BGG.

(Art. 145, 254 und 280 ZGB), teils aufgrund ungeschriebenen Bundesrechts, so namentlich bei den Kinderschutzmassnahmen (Art. 307 ff. ZGB). Im geltenden Vormundschaftsrecht gilt das Gleiche aufgrund von Lehre und Rechtsprechung hinsichtlich der Verfahren zur Entmündigung und Verbeiständung sowie der fürsorglichen Freiheitsentziehung, nach der Natur der Sache faktisch aber auch für die übrigen Verfahren.

In den Absätzen 1 und 3 werden der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime mit Gültigkeit für alle Verfahren ausdrücklich festgehalten. Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde obliegt eine unbeschränkte Pflicht zur Tatsachenfeststellung. Die Mitwirkungspflicht der am Verfahren beteiligten Personen und Dritter nach Artikel 448 bildet dazu das Korrelat (vgl. auch Art. 443).

In Absatz 2 wird der Untersuchungsgrundsatz konkretisiert. Damit soll eine zweckmässige und effiziente Abklärung der Verhältnisse erleichtert werden, indem geeignete Personen, die nicht Mitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sind, z.B. Gerichtssekretärinnen und Gerichtssekretäre, Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter, Ärztinnen und Ärzte oder andere Fachpersonen, mit entsprechenden Aufgaben betraut werden können. Dies soll die Behördenmitglieder von Routinegeschäften entlasten. Soweit das Bundesrecht keine abweichenden Vorschriften enthält, ist es Sache der kantonalen Gesetzgebung festzulegen, welche Abklärungen nur von Behördemitgliedern vorgenommen werden dürfen, z.B. die Durchführung von Zeugeneinvernahmen oder Experteninstruktionen. Die Entscheidkompetenz bleibt indessen ausschliesslich bei der Behörde, die nach Artikel 440 Absatz 1 als Fachbehörde konstituiert sein muss. In Artikel 440 Absatz 2 erster Satz wird festgehalten, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern fällt. Die Kantone können aber Ausnahmen vorsehen und für bestimmte Geschäfte durch Gesetz die Entscheidkompetenz einem Einzelmitglied einräumen (Art. 440 Abs. 2 zweiter Satz). Dabei darf indessen der bei der Revision mit dem Grundsatz von Artikel 440 Absatz 1 verfolgte Zweck nicht vereitelt werden. So sind Entscheide, welche die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person einschränken oder auf andere Weise in schwerer Weise in die persönliche Freiheit eingreifen, grundsätzlich von der Kollegialbehörde zu fällen, soweit nicht dringende vorsorgliche Massnahmen (Art. 445 Abs. 2) in Frage stehen. Hingegen kann aus Gründen der Flexibilität und Speditivität einer Regelung nichts entgegenstehen, die – insbesondere bei Verfahren mit geringeren Ermessensspielräumen, z.B. bei Gegenständen, die viel Ähnlichkeit aufweisen mit den Entscheiden, die im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit dem summarischen Verfahren zugeordnet werden – auf das Erfordernis der kollegialen Entscheidkompetenz verzichtet und die Entscheidung einem Einzelmitglied delegiert.

Fehlt dem Spruchkörper der erforderliche Sachverstand, so ist das Gutachten einer sachverständigen Person anzuordnen. Das gilt insbesondere bei der fürsorglichen Unterbringung und bei Einschränkungen der Handlungsfähigkeit wegen einer psychischen Störung oder einer geistigen Behinderung (Abs. 2 dritter Satz). Entsprechend der bisherigen Praxis zu Artikel 397e Ziffer 5 ZGB³³ und abweichend zu Artikel 374 Absatz 2 ZGB³⁴ muss nicht zwingend ein externer Experte oder eine

³³ BGE 110 II 123 f.

³⁴ Danach ist das Gutachten einer aussenstehenden Person erforderlich, zumal der Sachverstand «eingeholt» werden muss.

externe Expertin beigezogen werden, falls ein Mitglied der Behörde, das beim Entscheid mitwirkt, über das erforderliche Fach- und Sachwissen verfügt.

Absatz 4 schreibt vor, dass die Behörde das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Behörde an die materiell-rechtliche Begründung der Ausführungen der am Verfahren beteiligten Personen nicht gebunden ist. Es bedeutet zudem, dass auch das Verfahrensrecht von Amtes wegen anzuwenden ist.

Art. 447 Anhörung

Nach Artikel 29 Absatz 2 BV haben alle am Verfahren beteiligten Personen Anspruch auf rechtliches Gehör. Das Recht der betroffenen Person, persönlich angehört zu werden, geht über den Anspruch auf rechtliches Gehör hinaus. Absatz 1 statuiert eine allgemeine Pflicht der Behörde zur persönlichen Anhörung der betroffenen Person. Dieser Pflicht genügt weder die schriftliche Stellungnahme noch die Vertretung im Verfahren durch einen Anwalt oder durch einen Verfahrensbeistand. Für die Kinder wird diese Pflicht in Artikel 314a näher umschrieben.

Die Pflicht zur Anhörung konkretisiert die Zweckbestimmung von Artikel 388, wonach die behördlichen Massnahmen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherstellen und die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern sollen. Aus verfahrensrechtlicher Sicht ist deshalb bei der Anordnung von Massnahmen im Regelfall eine persönliche Anhörung der betroffenen Person unentbehrlich. Dies gilt insbesondere dann, wenn eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit in Frage steht, wenn mit der beabsichtigten Anordnung auf andere Weise in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird oder wenn die betroffene Person ausdrücklich eine Anhörung verlangt. Die persönliche Anhörung ist oft auch unentbehrlich zur Sachverhaltsabklärung. Ausnahmen vom Grundsatz der persönlichen Anhörung sind jedoch zulässig, sofern die persönliche Anhörung nach den gesamten Umständen als unverhältnismässig erscheint (Art. 4 ZGB). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn ergänzende Anordnungen getroffen werden müssen und es dabei auf den persönlichen Eindruck nicht mehr entscheidend ankommt. Unverhältnismässig erscheint die persönliche Anhörung auch, wenn eine bestehende Massnahme erweitert werden muss, die betroffene Person sich aber nicht mehr äussern kann, z.B. wenn für eine im Koma liegende Person unter Vertretungsbeistandschaft auch noch eine Vermögensverwaltung angeordnet werden muss. Auch bei der Aufhebung von Massnahmen kann die persönliche Anhörung entfallen.

Der Umstand allein, dass die physische oder psychische Gesundheit einer betroffenen Person die Durchführung erschwert, lässt eine persönliche Anhörung nicht von vornherein als unnötig erscheinen. Hier darf nicht einfach auf ein «Fernverfahren» ausgewichen werden. Eine Anhörung im Sinn von Absatz 1 kann auch dann vorliegen, wenn die betroffene Person zwar besucht wird, wegen ihres physischen oder psychischen Zustands ein Gespräch jedoch nicht mehr möglich ist. Auch in solchen Fällen kann ein persönlicher Kontakt unter dem Gesichtspunkt von Artikel 388 sinnvoll und angezeigt sein. Stets zu respektieren ist, wenn eine urteilsfähige Person die persönliche Anhörung ablehnt.

Die persönliche Anhörung kann nach Massgabe des kantonalen Rechts von einem Einzelmitglied der Behörde oder – abweichend vom bisherigen Recht,³⁵ aber in Übereinstimmung mit Artikel 446 Absatz 2 – auch von einer anderen geeigneten Person vorgenommen werden. Erforderlich ist jedoch, dass im Einzelfall darauf geachtet wird, dass die in Artikel 440 Absatz 1 vorausgesetzte Sachkenntnis gewährleistet ist. Für die Fälle von fürsorgerischer Unterbringung schreibt dagegen Absatz 2 vor, dass die Anhörung in der Regel durch die Kollegialbehörde erfolgen soll. Eine Delegationsmöglichkeit ist indessen – abweichend vom bisherigen Recht (Art. 397f Abs. 3 ZGB) – nicht mehr ausgeschlossen, sondern ausnahmsweise zulässig.³⁶ Auch hier ist denkbar, dass eine persönliche Anhörung nicht durchgeführt wird, weil beispielsweise die betroffene Person eine solche ablehnt oder eine Durchführung aus anderen Gründen unmöglich ist.³⁷

Art. 448 Mitwirkungspflichten und Amtshilfe

Die in Absatz 1 statuierte Mitwirkungspflicht ist Folge des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 446 Abs. 1). Sie umfasst insbesondere die Pflicht der am Verfahren beteiligten Personen und Dritter zur Erteilung der erforderlichen mündlichen oder schriftlichen Auskünfte, zu Zeugenaussagen, zur Herausgabe von Urkunden und zur Duldung von ärztlichen und behördlichen Untersuchungen sowie von Augenscheinen. Die Mitwirkungspflicht ist nötigenfalls zwangsweise anzuordnen. Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren. Die Duldung muss mit anderen Worten nach den konkreten Umständen zumutbar sein, und die Anordnung darf nicht weiter gehen als unbedingt nötig. Es ist unerlässlich, dass die zur Anwendung kommenden Zwangsmittel gesetzlich geregelt werden. Für die Anordnung und Durchführung der Untersuchungshandlungen sind nach Artikel 450f sinngemäss die Bestimmungen der Zivilprozessordnung anwendbar, soweit das kantonale Recht nichts anderes anordnet. Da die Durchsetzung der Mitwirkungspflicht regelmässig mit Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte verbunden ist, hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde in jedem Fall nach Vornahme einer Interessenabwägung die zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlichen Anordnungen zu treffen.

Nach Artikel 321 Ziffer 3 StGB können Bund und Kantone Bestimmungen erlassen, wonach für Personen, die dem Berufsgeheimnis nach Artikel 321 Ziffer 1 StGB unterstellt sind, eine Zeugnis- und eine Auskunftspflicht gegenüber Behörden besteht. Absatz 3 zählt die Personen auf, die zur Mitwirkung nicht verpflichtet sind. In Bezug auf diese Personen ergibt eine generell-abstrakt vorgenommene Rechtsgüterabwägung, dass grundsätzlich eine Befreiung von der Mitwirkungspflicht gerechtfertigt erscheint. Sie können sich generell auf das Berufsgeheimnis nach Artikel 321 StGB berufen. Dazu gehören zusätzlich ehemalige Beiständinnen oder Beistände im Verfahren sowie Personen, die für die betroffenen Personen als Mediatorin oder Mediator tätig sind (vgl. Art. 139 Abs. 3 ZGB).

Nach Absatz 2 gilt dies nicht für Medizinalpersonen, d.h. Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Apothekerinnen und Apotheker und Hebammen sowie ihre Hilfspersonen. Sie sind dann zur Mitwirkung verpflichtet, wenn sie von der geheimnisberechtigten Person zur Auskunft ermächtigt worden sind oder wenn die vorgesetzte Stelle sie auf Gesuch der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

³⁵ BGE 117 II 132.

³⁶ Vgl. BGE 110 II 122, 124 E. 4.

³⁷ Vgl. BGE 116 II 406 f.

vom Berufsgeheimnis entbunden hat (Art. 321 Ziff. 2 StGB). Keine Entbindung vom Berufsgeheimnis braucht es in den von Artikel 358^{ter} StGB³⁸ erfassten Fällen (vgl. auch Art. 443).

Absatz 4 ergänzt Artikel 446 Absatz 1. Für eine umfassende Abklärung der Verhältnisse sind ein Beizug von Akten der Verwaltungsbehörden und Gerichte sowie die Einholung von Auskünften vielfach unentbehrlich. Hiefür bedarf es aber einer gesetzlichen Grundlage, die nur dann gegeben ist, wenn keine schutzwürdigen Interessen entgegenstehen. Die durch die Amtshilfe erlangten Akten und Auskünfte werden zu den Akten erhoben. Im Umfang der gestützt auf die Amtshilfe erfolgten Auskunft wird das Gebot zur Verschwiegenheit ausnahmsweise durchbrochen. Das Akteneinsichtsrecht der betroffenen Personen (Art. 449b) kann deshalb unter Umständen private Interessen Dritter oder öffentliche Interessen verletzen. Die zur Gewährung der Amtshilfe verpflichtete Behörde muss in einem solchen Fall eine Interessenabwägung vornehmen und gegebenenfalls die erforderlichen Schutzvorkehrungen treffen. Ein Gesuch um Amtshilfe sollte deshalb in der Regel schriftlich erfolgen und mit einer Begründung versehen sein.³⁹

Art. 449 Begutachtung in einer Einrichtung

Absatz 1 ergänzt die Bestimmung von Artikel 426 Absatz 1 und bildet die gesetzliche Grundlage für eine Einweisung einer Person, deren psychiatrische Begutachtung unerlässlich ist, aber nur stationär durchgeführt werden kann. Eine solche Massnahme zur Abklärung der Verhältnisse ist zulässig, solange der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist. Absatz 2 gewährt die gleichen Rechtsschutzgarantien wie bei der fürsorgerischen Unterbringung.

Art. 449a Anordnung einer Vertretung

Die Bestimmung hat ihr Vorbild in Artikel 397f Absatz 2 ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und gilt für alle Verfahren sowohl des Erwachsenenschutzes als auch des Kinderschutzes (vgl. Art. 314 Abs. 1 und 314b Abs. 1). Das Recht auf Bestellung eines Beistands für das Verfahren ist Teil des in der Bundesverfassung verankerten Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Formulierung «wenn nötig» gibt der Behörde einen Ermessensspielraum. Massgebend hiefür ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu diesem verfassungsmässigen Recht. Ein Anspruch auf Bestellung eines Beistands ist grundsätzlich dann zu bejahen, wenn die betroffene Person nicht in der Lage ist, ihre Interessen selbständig wahrzunehmen und wenn sie zudem ausserstande ist, selber eine Vertretung zu bestellen. Die Ernennung erfolgt auf Antrag oder von Amtes wegen. Die nach Artikel 146 ZGB (und nach Art. 294 E ZPO) beim Scheidungsverfahren für die Anordnung einer Kindesvertretung aufgeführten Gründe erfordern auch im Verfahren vor der Kinderschutzbehörde die Anordnung einer Kindesvertretung (Art. 314 Abs. 1). Die Beistandschaft im Verfahren muss nicht notwendigerweise durch eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt ausgeübt werden; verlangt wird in Anlehnung an Artikel 147 Absatz 1 ZGB «eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person». Kostenfragen, d.h. die Entschädigung des Beistands oder der Beistandin

³⁸ Nach Inkrafttreten der Änderung vom 13. Dezember 2002 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) Art. 364 StGB.

³⁹ Vgl. Ziff. 2.5.24.

und die Kostenaufgabe, werden grundsätzlich durch das kantonale Recht geregelt (Art. 404 Abs. 3; vgl. aber auch Art. 147 Abs. 3 ZGB). Das Gleiche gilt für die Frage, ob ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung besteht, wobei hier die Anforderungen des Bundesrechts (Art. 29 Abs. 3 BV) und der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu beachten sind.⁴⁰ Die vorliegende Bestimmung gilt grundsätzlich für das ganze Verfahren unter Einschluss eines Beschwerdeverfahrens. Für das Beschwerdeverfahren bei Fällen fürsorgerischer Unterbringung oder psychiatrischer Begutachtung in einer Einrichtung (vgl. Art. 449 Abs. 2) wird dies in Artikel 450e Absatz 4 ausdrücklich gesagt.

Art. 449b Akteneinsicht

Das Akteneinsichtsrecht stellt eine Konkretisierung des verfassungsmässigen Rechts auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) dar. Im Sinn des *fair trial* sollen die am Verfahren beteiligten Personen die Entscheidungsgrundlagen der Behörden kennen. Dies setzt voraus, dass alle Unterlagen systematisch erfasst und Akten erstellt werden (vgl. auch Art. 46 ATSG⁴¹). Das Akteneinsichtsrecht gilt grundsätzlich auch bei abgeschlossenen Verfahren. Einer Anzeige erstattenden Drittperson steht das Akteneinsichtsrecht dagegen nicht zu, wenn sie nicht gleichzeitig am Verfahren beteiligte Person ist.

Das Akteneinsichtsrecht kann zum Schutz von überwiegenden privaten Geheimhaltungsinteressen oder aus anderen – auch öffentlichen – Interessen, z.B. zum Schutz der betroffenen Person, eingeschränkt werden. Muss deswegen einer am Verfahren beteiligten Person die Einsichtnahme in ein Aktenstück verweigert werden, so darf nach Absatz 2 auf dieses nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis gegeben hat. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert, dass die betroffene Person Gelegenheit erhält, sich dazu zu äussern (vgl. zum Grundsatz auch Art. 48 ATSG⁴²).

Art. 449c Mitteilungspflicht

Die politischen Rechte stehen in Bundessachen allen Schweizerinnen und Schweizern zu, die das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben und die nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind (Art. 136 Abs. 1 Satz 1 BV). Nach Artikel 2 E BG über die politischen Rechte⁴³ gelten als vom Stimmrecht ausgeschlossene Entmündigte im Sinn jener Verfassungsbestimmungen Personen, die wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft (Art. 398) stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden (Art. 363). Die Mitteilung an das Zivilstandsamt stellt – sich inhaltlich an Artikel 40 ff. ZStV⁴⁴ anlehnend – sicher, dass die für die Führung des Stimmregisters zuständige Behörde davon erfährt. Nicht erfasst vom Stimm- und Wahlrechtsausschluss bleiben die übrigen urteilsunfähigen Stimm- und Wahlberechtigten.

⁴⁰ BGer, 12.1.2006, I 501/05.

⁴¹ SR 830.1

⁴² SR 830.1

⁴³ Vgl. Anhang zum Entwurf.

⁴⁴ SR 211.112.2

2.3.3

Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz

Das neue Recht kennt unterschiedliche Arten von Rechtsbehelfen und Rechtsmitteln. Der zweite Unterabschnitt über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 450 ff.) regelt das Verfahren, welches das vom kantonalen Recht bezeichnete Gericht anwendet, das Beschwerden gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu beurteilen hat (Art. 450 Abs. 1). Dies entspricht dem Normalfall.

Von besonderer Art ist die Anrufung des Gerichts im Sinn von Artikel 439. Diese Bestimmung will u.a. das schweizerische Recht mit den Anforderungen von Artikel 5 EMRK in Einklang bringen. In Fällen von fürsorglicher Unterbringung kann bei ärztlichen Entscheiden und bei bestimmten Anordnungen der Einrichtung direkt ein Gericht angerufen werden (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1–5). Die Frist dafür beträgt zehn Tage seit Mitteilung des Entscheids; bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit ist die Anrufung jederzeit möglich (Art. 439 Abs. 2). Hier geht es um ein Rechtsmittel besonderer Art. Das Verfahren richtet sich nach Artikel 439 Absatz 3 sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 450 ff.).

Sofern die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nach dem kantonalen Recht ein Gericht ist, kann ihr für die Fälle von Artikel 439 die Entscheidkompetenz zugewiesen werden. Ist sie jedoch eine Verwaltungsbehörde, müssen die Kantone eine besondere gerichtliche Zuständigkeit vorsehen, die nicht identisch zu sein braucht mit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, welche die Beschwerden gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu beurteilen hat (Art. 450 ff.).

Schliesslich kann nach Artikel 419 (und Art. 314 Abs. 1) die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands oder der Beiständin angerufen werden. Dafür besteht keine Frist. Dieser Rechtsbehelf entspricht der bisherigen Vormundschaftsbeschwerde nach Artikel 420 Absatz 1 ZGB. Er findet künftig auch Anwendung, wenn die Erwachsenenbehörde nach Artikel 392 einer Drittperson oder Stelle einen Auftrag erteilt. Dabei handelt es sich nicht um ein Rechtsmittelverfahren im technischen Sinn. Anwendbar sind die erstinstanzlichen Verfahrensvorschriften (Art. 443 ff.). Um erstinstanzliche Verfahren handelt es sich auch bei den Tatbeständen, die der Entwurf als «Einschreiten der Erwachsenenenschutzbehörde» bezeichnet (Art. 385, vgl. ferner Art. 368, 373, 376 und 381). Der Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist nach Massgabe der Artikel 450 ff. mit Beschwerde beim zuständigen Gericht anfechtbar.

Das Bundesrecht sieht gegen Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als einziges einheitliches Rechtsmittel die Beschwerde vor. Diese ist ein devolutives, d.h. ein die Zuständigkeit überwälzendes, Rechtsmittel. Mit der Anfechtung geht das Verfahren mit den vollständigen Akten auf die Rechtsmittelinstanz über. Dort wird der erstinstanzliche Entscheid von Amtes wegen in Anwendung der Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 446) – in der Regel beschränkt auf den Umfang der Anfechtung, gegebenenfalls aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes und der Officialmaxime sowie des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen aber auch darüber hinausgehend – in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend überprüft und neu beurteilt. Entsprechend dem Schutzzweck des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (vgl. Art. 388 f. und 426 Abs. 1 und 2) und wegen der jederzeitigen Möglichkeit, die getroffenen Massnahmen aufzuheben oder zu ändern (vgl. Art. 383, 414, 415, 426 Abs. 3 und 431),

kommt den Begriffen der formellen und materiellen Rechtskraft – anders als im Zivilprozessrecht – keine entscheidende Bedeutung zu und ist insbesondere das ausserordentliche Rechtsmittel der Revision entbehrlich.

Art. 450 Beschwerdeobjekt und Beschwerdebefugnis

Anfechtbar sind alle Endentscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Abs. 1 i.V.m. Art. 314 Abs. 1) sowie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 445 Abs. 3). Die Anfechtbarkeit von Zwischenentscheiden, z.B. betreffend Ausstand, Vertretung im Verfahren, Sistierung des Verfahrens oder Mitwirkungspflicht, wird im Entwurf nicht besonders geregelt. Soweit das kantonale Recht hier keine Regelung trifft, gelten aufgrund von Artikel 450f die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss.

Die Umschreibung der Beschwerdebefugnis lehnt sich materiell an Artikel 420 ZGB an. Zur Beschwerde befugt sind nach Absatz 2 Ziffern 1–3 die am Verfahren beteiligten Personen, die nahe stehenden Personen und Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben. Bei den betroffenen Personen wird die Urteilsfähigkeit,⁴⁵ bei den nahe stehenden und den übrigen Personen die Handlungsfähigkeit vorausgesetzt. Der Begriff der nahe stehenden Person wird schon im bisherigen Recht verwendet (vgl. Art. 397d Abs. 1 ZGB). Nach Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine Person, welche die betroffene Person gut kennt und kraft ihrer Eigenschaften sowie regelmässig kraft ihrer Beziehungen zu dieser als geeignet erscheint, deren Interessen wahrzunehmen. Eine Rechtsbeziehung ist jedoch nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die faktische Verbundenheit. Die Legitimation der nahe stehenden Person setzt nicht notwendigerweise voraus, dass Interessen der betroffenen Person wahrgenommen werden.⁴⁶ Nahe stehende Personen können die Eltern, die Kinder, andere durch Verwandtschaft oder Freundschaft mit der betroffenen Person Verbundene, der Lebensgefährte oder die Lebensgefährtin, aber auch die Beiständin, der Arzt, die Sozialarbeiterin, der Pfarrer oder andere Personen, welche die betroffene Person betreut und begleitet haben, sein.⁴⁷ Auch die in Artikel 432 erwähnte Vertrauensperson dürfte regelmässig dazugehören. Es ist denkbar, dass mehrere nahe stehende Personen unabhängig voneinander als am Verfahren beteiligt auftreten.

Auch andere Personen, d.h. Dritte, die nicht über die Qualifikation der nahe stehenden Person verfügen, können legitimiert sein. Die Beschwerdebefugnis Dritter knüpft an die Regelung in Artikel 419 an, wonach diese gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands oder der Beiständin Beschwerde führen können, sofern sie ein rechtlich geschütztes Interesse haben. Gegen den erstinstanzlichen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann die Drittperson unter den gleichen Voraussetzungen Beschwerde erheben. Vorausgesetzt ist ein rechtliches Interesse, das durch das Erwachsenenschutzrecht geschützt werden soll; ein bloss tatsächliches Interesse genügt nicht. Die Drittperson ist deshalb zur Beschwerde nur befugt, wenn sie die Verletzung eigener Rechte geltend macht. In

⁴⁵ Hinsichtlich Urteilsfähigkeit von Kindern vgl. BGer, 9.10.2003, 6P.121/2003.

⁴⁶ BGE 122 I 18 ff., 30.

⁴⁷ BGE 114 II 213, 217 E. 3.

jedem Fall ist sie es nicht mehr, wenn sie vorgibt, Interessen der betroffenen Person wahrzunehmen, aber nicht als nahe stehende Person in Betracht fällt.⁴⁸

Nach Absatz 3 ist die Beschwerde beim Gericht schriftlich und begründet einzureichen. In formeller Hinsicht dürfen jedoch keine hohen Anforderungen an die Begründung und an die Form gestellt werden. Ein von einer betroffenen urteilsfähigen Person unterzeichnetes Schreiben, aus dem das Anfechtungsobjekt ersichtlich ist und kurz hervorgeht, warum sie mit der getroffenen Anordnung ganz oder teilweise nicht einverstanden ist, sollte hinreichend sein. Mängel, z.B. fehlende Unterschrift oder fehlende Vollmacht, sind innert einer angemessenen Nachfrist zu beheben. Auch hier sind aufgrund von Artikel 450f die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anzuwenden, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen.

Art. 450a Beschwerdegründe

Die Beschwerde ist ein vollkommenes Rechtsmittel. Mit ihr kann nach Absatz 1 jede Rechtsverletzung, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit des Entscheids gerügt werden. Absatz 2 bestimmt zudem, dass wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden kann. Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Behörde trotz rechtlicher Verpflichtung keinen Entscheid erlässt; Rechtsverzögerung, wenn sie das Verfahren in ungerechtfertigter Weise nicht innert angemessener Frist erledigt. Ein Entscheid als Anfechtungsobjekt ist nicht notwendig. Die Verweigerung oder Verzögerung ist dem anfechtbaren Entscheid gleichzustellen.⁴⁹ Soweit sich die Rüge nicht gegen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde richtet, sondern Tätigkeiten oder Unterlassungen der Beistände oder Beiständinnen in Frage stehen, ist Absatz 2 nicht anwendbar. In solchen Fällen ist nach Artikel 419 die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anzurufen.

Art. 450b Beschwerdefrist

Die Beschwerdefrist beträgt in Anlehnung an Artikel 100 Absatz 1 BGG und anders als nach Artikel 420 Absatz 2 ZGB einheitlich 30 Tage seit Mitteilung des Entscheids (Abs. 1 erster Satz). Eine besondere Regelung besteht bei vorsorglichen Massnahmen und bei fürsorgerischer Unterbringung; hier ist die Beschwerdefrist auf 10 Tage festgelegt (Art. 445 Abs. 3 und 450b Abs. 2). Für die Zustellung und die Fristen sind nach Artikel 450f ergänzend die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar, sofern das kantonale Recht nichts anderes vorsieht.

Die Doktrin zum heutigen Artikel 420 ZGB geht bei Personen, denen der Entscheid nicht zugestellt wurde, z.B. bei einer nahe stehenden Person, die am erstinstanzlichen Verfahren nicht teilgenommen hat, davon aus, dass die Frist ab Kenntnisnahme des Entscheids läuft. Sofern die am erstinstanzlichen Verfahren beteiligten Personen den Entscheid nicht innert der ihnen eröffneten Rechtsmittelfrist anfechten und auch keine andere zur Beschwerde befugte Person innert der gleichen Frist Beschwerde erhebt, wird der Entscheid vollstreckbar. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn eine zur Beschwerde befugte Person (Art. 450) vom Rechtsmittel erst nachträglich Gebrauch macht, weil sie erst später vom Entscheid Kenntnis erhalten hat. Der Entwurf sieht in Anlehnung an Artikel 397d Absatz 1 ZGB und im Interesse klarer

⁴⁸ Vgl. auch BGE 121 III 1.

⁴⁹ Vgl. auch Art. 97 Abs. 2 OG bzw. Art. 94 BGG vom 17. Juni 2005.

Verhältnisse vor, dass die 30-tägige Frist auch für beschwerdeberechtigte Personen gilt, denen der Entscheid nicht mitgeteilt werden muss (Abs. 1 zweiter Satz). Nach Ablauf der Frist können diese Personen immer noch den Antrag auf Aufhebung oder Änderung der Massnahme stellen. Müssen mehrere Personen eine Mitteilung erhalten, so beginnt die Frist, wenn die letzte Person bedient ist.

Nach Absatz 3 kann gegen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde jederzeit wegen Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden.

Art. 450c Aufschiebende Wirkung

In dieser Bestimmung wird der allgemeingültige Grundsatz umschrieben. Von Gesetzes wegen besteht die Regel, dass der Beschwerde aufschiebende Wirkung (Suspensiveffekt) zukommt, der ihr jedoch als Ausnahme durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder durch die gerichtliche Beschwerdeinstanz im Einzelfall entzogen werden kann. In Anlehnung an die Zivilprozessrechtslehre kann die Beschwerde deshalb insoweit als ordentliches Rechtsmittel bezeichnet werden.

Im Gegensatz dazu wird in Artikel 450e Absatz 2 wie im geltenden Recht (Art. 397e Ziff. 4 ZGB) für den Bereich der fürsorglichen Unterbringung und der psychiatrischen Begutachtung in einer Einrichtung (vgl. Art. 449 Abs. 2) als Regel die sofortige Vollstreckbarkeit des Entscheids statuiert. Die anordnende Stelle oder die Rechtsmittelinstanz haben aber die Frage, ob sie nicht den Suspensiveffekt gewähren wollen bzw. müssen, nach pflichtgemäsem Ermessen zu entscheiden.

Art. 450d Vernehmlassung der Vorinstanz und Wiedererwägung

Grundsätzlich nimmt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde am Rechtsmittelverfahren nicht teil. Sie ist aber nach Absatz 1 zu einer Vernehmlassung einzuladen. Es steht ihr in der Regel frei, von der Möglichkeit der Stellungnahme nicht Gebrauch zu machen. Das mit der Beschwerde befasste Gericht kann sie aber auch zu einer Vernehmlassung verpflichten, wenn dies zur Klärung der Situation unerlässlich ist. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs erfordert, dass die am Verfahren beteiligten Personen sich zur Vernehmlassung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde äussern können.

In Absatz 2 wird – in Abweichung vom Grundsatz des Devolutiveffekts (vgl. vorn vor Art. 450) – die Möglichkeit gesetzlich geregelt, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, statt eine Vernehmlassung einzureichen, der Beschwerdeinstanz mitteilt, dass sie den mit der Beschwerde angefochtenen Entscheid in Wiedererwägung ziehen und darüber neu entscheiden werde.⁵⁰ Dies wird nicht an das heute in einigen Kantonen geltende Verbot der *reformatio in peius* geknüpft, wonach die Beschwerdeführer nicht schlechter gestellt werden dürfen. Eine Wiedererwägung ist grundsätzlich nur so lange zulässig, als die übrigen am Verfahren beteiligten Personen zur Beschwerde noch nicht Stellung genommen haben. Andernfalls muss das Beschwerdeverfahren weitergeführt werden. Eine neue Entscheidung mittels Wiedererwägung kann zweckmässig sein, wenn die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde aufgrund der Beschwerde erst bemerkt, dass ihr Fehler unterlaufen sind, die sofort und ohne grösseren Aufwand korrigierbar sind. Damit lässt sich unter Umständen die Durchführung eines zweitinstanzlichen Verfahrens vermeiden. Das

⁵⁰ Vgl. auch Art. 53 Abs. 3 ATSG und Art. 58 VwVG.

mit der Beschwerde befasste Gericht wird in einem solchen Fall das angehobene Verfahren – vor Einholung der Stellungnahme nach Artikel 450d bzw. der Durchführung des Schriftenwechsels oder einer Verhandlung – bis zum neuen Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einstweilen sistieren. Erlässt diese unter gleichzeitiger Aufhebung des ursprünglichen Entscheids einen neuen Entscheid, wird das hängige Beschwerdeverfahren zufolge nachträglichen Wegfalls des Anfechtungsobjekts gegenstandslos.

Art. 450e Besondere Bestimmungen bei fürsorgerischer Unterbringung

Anfechtungsobjekt sind hier Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Sinn von Artikel 428 Absatz 1. Sofern in Bezug auf Entscheide, die in die ärztliche Zuständigkeit fallen (Art. 428 Abs. 2 und 429 f.), das Gericht angerufen wird (Art. 439), besteht ein anderer Rechtsweg. Doch richtet sich das Verfahren nach den Bestimmungen über das in den Artikeln 450 ff. geregelte Beschwerdeverfahren (vgl. auch Bemerkungen vor Art. 450).

Für alle Beschwerden gelten grundsätzlich die gleichen Verfahrensbestimmungen. Weil es sich aber bei der fürsorgerischen Unterbringung um einen besonders sensiblen Bereich mit schweren Eingriffen in die persönliche Freiheit der betroffenen Personen handelt, sind ergänzende Bestimmungen unentbehrlich.

Nach Absatz 1 müssen Beschwerden gegen einen Entscheid auf dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung im Gegensatz zu Artikel 450 Absatz 3 nicht begründet werden. Am Erfordernis der Schriftlichkeit (Art. 450 Abs. 3, vgl. auch Art. 439 Abs. 1) ist jedoch – wie im geltenden Recht (Art. 397d Abs. 1 ZGB) – festzuhalten.

Absatz 2 schreibt entsprechend dem geltenden Recht (Art. 397e Ziff. 4 ZGB), aber im Gegensatz zu Artikel 450c vor, dass die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat. Dieser Grundsatz findet seine Rechtfertigung in der Tatsache, dass Unterbringungen häufig in Krisensituationen erfolgen und deshalb keinen Aufschub ertragen. Auch bei Beschwerden gegen die Abweisung der Entlassung kann der Beschwerde in aller Regel kein Suspensiveffekt zukommen. Damit erhält die Beschwerde insofern den Charakter eines ausserordentlichen Rechtsmittels. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder das mit der Beschwerde befasste Gericht kann jedoch die aufschiebende Wirkung anordnen. In Bezug auf die Beschwerdegründe gilt dagegen auch hier die allgemeine Bestimmung von Artikel 450a.

Fraglich ist, ob die sachverständige Person zwingend eine aussenstehende Person sein muss oder ob sie auch Mitglied des entscheidenden Gerichts sein kann. Artikel 397e Ziffer 5 ZGB, wonach bei psychisch Kranken nur «unter Beizug» von Sachverständigen entschieden werden darf, steht auf dem Boden der zweiten Auffassung. Nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus dem Jahr 2001 ist aber davon auszugehen, dass diese Lösung mit der EMRK in Konflikt steht. Der Gerichtshof hatte nämlich festgehalten, dass die von Artikel 5 Absatz 4 EMRK geforderte Unparteilichkeit des Gerichts objektiv in Frage gestellt sei, wenn dieses Beweise zu würdigen hat, welche von einem seiner Mitglieder in Form eines Expertengutachtens geliefert worden sind.⁵¹ Auch das Bundesgericht hatte in einem früheren Urteil die Verbindung von sachverständiger und richterlicher

⁵¹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 29.3.2001 i.S. D.N. c. Schweiz, CEDH 2001-III, S. 21 ff. (=VPB 2001 Nr. 122).

Funktion als «nicht ganz unbedenklich» bezeichnet.⁵² Deswegen muss künftig bei psychischen Störungen gestützt auf ein «Gutachten» (Abs. 3) entschieden werden. Diese Formulierung macht deutlich, dass die sachverständige Person nicht Mitglied der gerichtlichen Beschwerdeinstanz sein kann. Hat schon die Erwachsenenschutzbehörde ein unabhängiges Gutachten eingeholt, so darf die gerichtliche Beschwerdeinstanz darauf abstellen.

Absatz 4 erster Satz knüpft an den geltenden Artikel 397f Absatz 3 ZGB und an Artikel 447 Absatz 2 an. Er verdeutlicht, dass auch die gerichtliche Beschwerdeinstanz die betroffene Person in der Regel als Kollegium anzuhören hat. Der zweite Satz enthält eine Wiederholung des schon in der allgemeinen Vorschrift von Artikel 449a enthaltenen Grundsatzes (vgl. Art. 397f Abs. 2 ZGB). Der Vorentwurf sah noch eine obligatorische Verbeiständung vor. Dieser Vorschlag ist aber von den Kantonen stark kritisiert worden. Im Hinblick auf die Vielzahl der Fälle und den neuen Artikel 432 über das Recht der betroffenen Person, eine Vertrauensperson beizuziehen, erscheint eine obligatorische Ernennung einer Beiständin oder eines Beistands als unverhältnismässig.

Absatz 5 verlangt, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz ohne Verzug entscheidet, schreibt aber keine bestimmte Frist zur Erledigung vor. Das geltende Recht fordert in Artikel 397f Absatz 1 ZGB zusätzlich ein einfaches Verfahren. Dies wird im neuen Recht durch die Artikel 450e Absatz 1 (keine Begründung der Beschwerde) und 446 (Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen) gewährleistet.

Art. 450f Gemeinsame Bestimmung

Der Entwurf beschränkt sich auf eine punktuelle und rudimentäre Regelung des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens in Bereichen, in denen eine Verwirklichung des materiellen Rechts dringend eine einheitliche bundesrechtliche Regelung erfordert. Für weite Teile des Verfahrens bleibt damit das kantonale Recht vorbehalten. Dieses hat aber die minimalen bundesrechtlichen Vorgaben im vorliegenden Entwurf und selbstverständlich das übergeordnete Recht (Bundesverfassung, EMRK) und die dazu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beachten. Bundesrechtlich wird vorliegend festgehalten, dass ergänzend die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar sind, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen. Die Kantone sind somit diesbezüglich weiterhin frei, das Verfahren nach ihren Verwaltungsrechtspflegegesetzen, in ihren Zivilprozessgesetzen oder in anderen Erlassen zu regeln. Falls sie davon keinen Gebrauch machen, gelangen von Bundesrechts wegen ersatzweise die kantonalen Zivilprozessordnungen bzw. künftig die Bestimmungen der schweizerischen Zivilprozessordnung sinngemäss zur Anwendung. In diesem Sinn werden deshalb insbesondere die Detailregelungen über Rechtshängigkeit, Verfahrensleitung und Instruktion, Verfahrensabläufe im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren, Fristen und Zustellungen, Protokollierung, Kosten und Entschädigungen, unentgeltliche Rechtspflege sowie Form der Entscheide vom kantonalen Recht erfasst. Die Organisation der Behörden und der Rechtsprechung ist grundsätzlich Sache der Kantone (Art. 122 Abs. 2 BV in der Fassung gemäss Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999, zur Zeit noch nicht in Kraft gesetzt),⁵³ doch sind hier die Artikel 440 Absatz 1 und 441 zu beachten.

⁵² BGE 119 Ia 260, 262

⁵³ Vgl. BBl 1999 8633

Art. 450g Vollstreckung

Nach Absatz 1 vollstreckt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Gesuch hin alle erst- und zweitinstanzlichen Entscheide. Zusätzlich hat sie auch die in den ehe- und scheidungsrechtlichen Verfahren angeordneten Kindesschutzmassnahmen zu vollziehen, soweit mit dieser Aufgabe nach dem revidierten Recht künftig die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde betraut wird (vgl. Art. 315a Abs. 1).

Absatz 2 stellt klar, dass die Vollstreckung einer notwendigen Massnahme von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder von der gerichtlichen Beschwerdeinstanz direkt im zu vollstreckenden Entscheid angeordnet werden kann. Falls dies nicht geschieht, hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Vollstreckungsverfügung zu erlassen. In Absatz 3 wird die Zulässigkeit von Zwangsmassnahmen gesetzlich verankert. Unmittelbare Zwangsmassnahmen sind in der Regel vorgängig anzudrohen (Abs. 3 zweiter Satz), doch kann es Fälle geben, in denen ausnahmsweise davon abgesehen werden muss, damit der der Massnahme zugrunde liegende Schutzzweck nicht vereitelt wird. Im Übrigen ist auch hinsichtlich der Vollstreckung Artikel 450f sinngemäss anwendbar.

2.3.4 Verhältnis zu Dritten und Zusammenarbeitspflicht

Art. 451 Verschwiegenheitspflicht und Auskunft

Vor dem Hintergrund des geltenden Rechts wird das so genannte Vormundschaftsgeheimnis, d.h. die grundsätzliche Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe gegenüber Behörden und privaten Dritten, als ungeschriebener allgemeiner bundesrechtlicher Grundsatz anerkannt.⁵⁴ Die Schweigepflicht ist wesentliche Voraussetzung für das Zustandekommen und die Aufrechterhaltung eines Vertrauensverhältnisses zu der betroffenen Person, das zum Gelingen der Massnahme wesentlich beiträgt. Das Vormundschaftsgeheimnis ist *de lege ferenda* ausdrücklich im Gesetz zu verankern. Demnach ist die Erwachsenenschutzbehörde, ebenso wie der Beistand oder die Beiständin nach Artikel 413 Absatz 2, grundsätzlich zur Verschwiegenheit verpflichtet (Abs. 1).

Die Verschwiegenheitspflicht gilt jedoch nicht absolut: Zum einen kann die Offenbarung bestimmter Informationen mit Rücksicht auf überwiegende Interessen – der betroffenen Person, Dritter oder der Öffentlichkeit – geboten sein (Abs. 1). Erforderlich ist deshalb eine Rechtsgüterabwägung nach pflichtgemässigem Ermessen. Zum andern regelt Absatz 2 die Frage, unter welchen Voraussetzungen Dritte Anspruch haben, über das Vorliegen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes auf Anfrage hin informiert zu werden. Die Erwachsenenschutzbehörde hat solche Auskünfte zu erteilen, wenn die anfragende Person ein Interesse glaubhaft macht.

Verschwiegenheitspflicht und Interessen an der Offenbarung von Informationen lassen sich oft durch eine selektive Offenlegung in Einklang bringen, ergänzt durch einen Bericht mit dem wesentlichen Inhalt der verweigerten Informationen, soweit dadurch keine schützenswerten Interessen verletzt werden.

⁵⁴ Was die Weitergabe von Informationen an die mit einer Massnahme des Erwachsenenschutzes geschützte Person betrifft, ist mit Rücksicht auf vertrauensbildende Transparenz im Zweifel eher von der Offenbarungs- als von der Schweigepflicht auszugehen.

Die Verschwiegenheitspflicht nach den Artikeln 413 Absatz 2 und 451 Absatz 1 betrifft nicht die vorsorgebeauftragte Person oder den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner einer urteilsunfähigen Person oder den Vertreter oder die Vertreterin bei medizinischen Massnahmen, soweit es sich nicht um den Beistand oder die Beiständin handelt. Für die Erwachsenenschutzbehörde dagegen gilt die Verschwiegenheitspflicht nicht nur bei «behördlichen Massnahmen» (Art. 388 ff.), sondern auch dann, wenn sie im Rahmen der privaten im Erwachsenenschutzrecht geregelten Bereiche, nämlich im Fall des Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff.), der Patientenverfügung (Art. 370 ff.) und der Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen (Art. 374 ff.), einschreiten muss (Art. 368, 373, 376, 381 und 385).

Untersteht die ein Geheimnis offenbarende Person dem Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB), so stellt die Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht nach den Absätzen 1 und 2 einen Rechtfertigungsgrund nach Artikel 32 StGB dar, wonach die Tat, die das Gesetz oder eine Amts- oder Berufspflicht gebietet, oder die das Gesetz für erlaubt oder straflos erklärt, kein Verbrechen oder Vergehen darstellt.⁵⁵

Art. 452 Wirkung der Massnahmen gegenüber Dritten

Nach dem geltenden Recht müssen Massnahmen, welche die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person einschränken oder entziehen, grundsätzlich veröffentlicht werden (Art. 375, 377 Abs. 3 und 397 Abs. 2 und 3 ZGB). Im neuen Recht soll auf diese Veröffentlichung verzichtet werden (vgl. Ziff. 1.3.7). Dafür wird für die Personen, die ein Interesse an der Kenntnis einer Massnahme haben, in Artikel 451 Absatz 2 ein Anspruch auf Auskunft vorgesehen. Die Veröffentlichung 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 eine Massnahme des Erwachsenenschutzes Dritten, auch wenn sie gutgläubig sind, entgegengehalten werden kann (Abs. 1). Somit werden, wie im geltenden Recht, der Schutz der betroffenen Person und damit das Bedürfnis nach Effizienz der angeordneten Massnahme höher gewertet als die Interessen des Rechtsverkehrs. Der Entwurf sieht indessen eine besondere Regelung für die Schuldner einer Person vor, deren Handlungsfähigkeit durch eine Beistandschaft 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 zu informieren, deren Handlungsfähigkeit durch eine Beistandschaft eingeschränkt ist, schützt der Gesetzgeber die wohlverstandenen Interessen sowohl der betroffenen Person wie gutgläubiger Dritter. Letztere entgehen dadurch auch der Gefahr, die gleiche Schuld zwei Mal bezahlen zu müssen. Aber den guten Glauben

⁵⁵ Nach Inkrafttreten der Änderung vom 13. Dezember 2002 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) Art. 14 StGB.

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

Zum Schutz des Geschäftsverkehrs übernimmt der Entwurf im Übrigen die Grundgedanken von Artikel 411 Absatz 2 ZGB auch ins neue Recht: Hat eine Person, für die eine Massnahme des Erwachsenenschutzes besteht, den Geschäftspartner zur irrtümligen 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. 19*b* Abs. 2).

Art. 453 Zusammenarbeitspflicht

Es gibt aussergewöhnliche Situationen, in denen zum Schutz vor Dritt- oder Selbstgefährdung eine Zusammenarbeit der Erwachsenenschutzbehörde, der betroffenen Stellen und der Polizei erforderlich ist (Abs. 1). Ein koordiniertes Vorgehen vermeidet insbesondere widersprüchliche Massnahmen, was letztlich auch im Interesse der hilfsbedürftigen Person liegt. Aus der Zusammenarbeit ergibt sich implizit eine gegenseitige Information. Die Zusammenarbeitspflicht betrifft die Erwachsenenschutzbehörde; sie kann diese Aufgabe aber auch an den Beistand oder die Beiständigen delegieren. Vorsorgebeauftragte Personen oder Nahestehende mit gesetzlicher Vertretungsbefugnis werden von der Bestimmung nicht erfasst. Der offene Begriff «betroffene Stellen» schliesst alle möglichen Mitbeteiligten ein, etwa Sozial- und Psychiatriedienste, die Opferhilfe, die Spitex, die Schuldenberatung, Sozialversicherungsträger, Gerichte, Strafverfolgungs- und Strafvollzugsbehörden.

Personen, die dem Amts- und Berufsgeheimnis unterstehen, sind unter den vorliegenden Voraussetzungen berechtigt, der Erwachsenenschutzbehörde Mitteilung zu machen (Abs. 2), ohne dass sie vorher die Zustimmung der vorgesetzten Behörde einholen müssen. Damit wird es für die Erwachsenenschutzbehörde in Zukunft einfacher werden, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Informationen zu erhalten.

2.3.5 Verantwortlichkeit

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 fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art. 397*a* ff. ZGB) von 1978 für diesen Bereich des Vormundschaftsrechts (Art. 429*a* ZGB) eine direkte Staatshaftung vorgeschrieben.

Wie das geltende Recht regelt der Entwurf nur die zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Allfällige strafrechtliche Verantwortlichkeiten richten sich nach dem Strafgesetzbuch, das mit dieser Revision nicht geändert wird. Sofern die handelnden Personen Angestellte der öffentlichen Verwaltung sind, kann sich eine Verantwortlichkeit auch aus dem Dienstrecht ergeben. Diese richtet sich nach dem öffentlichen kantonalen Recht (Art. 6 ZGB).

Der Entwurf 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 beschäftigen müssen, welcher Mandatsträger oder welche Mandatsträgerin oder welches Behördenmitglied für den Schaden verantwortlich ist. Der Staat hat aber nach Massgabe des kantonalen Rechts die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Fehlbaren. Der herrschenden Lehre und Praxis folgend wird neben dem materiellen auch der immaterielle Schaden erfasst, so dass neben 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). Es ist von den Kantonen in der Vernehmlassung grossmehrheitlich nicht in Frage gestellt worden.

Da die Erwachsenenschutzbehörde in Personalunion auch Kinderschutzbehörde ist (Art. 440 Abs. 3), versteht es sich von selbst, dass die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit auch im Kinderschutz anwendbar sind.

Art. 454 Grundsatz

Absatz 1 bezieht sich nur auf die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes, d.h. auf die Beistandschaften (Art. 390 ff.) und die fürsorgliche Unterbringung (Art. 426 ff.) einschliesslich der im Zusammenhang damit durchgeführten Behandlungen (Art. 433 ff.), unabhängig davon, ob die betroffene Person einwilligt oder nicht. 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 diese Überwachungsaufgaben hat, haftet der Kanton für eine unsorgfältige Überwachung.

Nach Absatz 2 bestehen auch Haftungsansprüche, wenn die Behörden in den nicht von Absatz 1 gedeckten Bereichen sich widerrechtlich verhalten, namentlich wenn sie ihren Aufsichtspflichten nicht nachkommen, obwohl sie Kenntnis von Missständen haben.

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.

Träger der Verantwortung ist ausschliesslich und direkt der Kanton; gegen die Person, die den Schaden verursacht hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu (Abs. 3). Der Kanton haftet ohne weiteres für jene Personen, die als Behördenmitglied handeln oder von der Behörde für ihre Aufgaben ausgesucht worden sind, unabhängig davon, ob sie das Amt beruflich oder privat ausüben. Beim Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff.) hat die Erwachsenenschutzbehörde keine laufende Überwachungsfunktion. Ist der Auftrag einmal wirksam geworden, so handelt es sich grundsätzlich um eine Massnahme ohne weitere behördliche Einmischung. Der Behörde kommt nur die Aufgabe zu, die Wirksamkeit festzustellen und damit die Massnahme in Kraft zu setzen, sowie allenfalls den Auftrag zu ergänzen (Art. 363 f.). Hier rechtfertigt sich die Staatshaftung für ein Fehlverhalten der beauf-

tragten Person nur, wenn die Behörde bei der Feststellung der Wirksamkeit unsorgfältig vorgegangen ist, namentlich wenn sie die Eignung der beauftragten Person nicht genügend abgeklärt hat (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3). Haftbar kann der Kanton allerdings auch werden, wenn die Erwachsenenschutzbehörde von Missständen Kenntnis erhält und pflichtwidrig nicht einschreitet (Art. 368 Abs. 1).

Keine Haftung des Kantons besteht für Handlungen des Ehegatten. Die Vertretung entsteht in diesem Fall von Gesetzes wegen, und es bedarf dafür keiner Anordnung der Behörde (Art. 374 ff.). Soweit die Erwachsenenschutzbehörde bei einer Entscheidung über das Vertretungsrecht (Art. 376 Abs. 1) einen Fehler macht oder einen Entzug bei Überschreitung trotz Kenntnis des Sachverhalts nicht anordnet (Art. 376 Abs. 2), haftet allerdings der Kanton. Dann geht es aber bloss um das fehlerhafte Handeln der Behörde, nicht des Ehegatten. Analog ist die Situation im Fall der Vertretung bei eingetragener Partnerschaft (Art. 374 ff.) und bei medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff., insb. 381).

Im Gegensatz zum Vorentwurf befasst sich das Verantwortlichkeitsrecht des Entwurfs nur mit dem Aussenverhältnis zwischen dem Kanton und der geschädigten Person. Die Regelung des Innenverhältnisses des Kantons zur schädigenden Person liegt nach dem Vorbild von Artikel 5 Absatz 3 SchKG in der Kompetenz der Kantone. In diese Frage hat sich der Bundesgesetzgeber im vorliegenden Zusammenhang nicht einzumischen. Aufgabe der Kantone ist es, eine sachgerechte Regelung des Regresses zu treffen. Im Hinblick auf Artikel 455 Absatz 3 erscheint es richtig, nicht nur eine relative, sondern auch eine absolute Verjährungsfrist für den Rückgriff auf den Beistand oder die Beiständin vorzusehen.

Art. 455 Verjährung

Absatz 1 regelt die Verjährungsfrist gleich wie das übrige ausservertragliche Haftpflichtrecht (vgl. auch Art. 6 SchKG) 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 erhalten hat. Neben dieser relativen Verjährungsfrist sieht der Entwurf 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 für die absolute zehnjährige Verjährungsfrist. Diese Tatsache gilt es auch zu beachten bei den Archivierungsregeln der Erwachsenenschutzbehörden, weil in einem Verantwortlichkeitsverfahren Belege zu Lebens- oder Finanzvorgängen massgeblich sein können, die Jahrzehnte zurückliegen. Wird eine Massnahme allerdings auf die Erwachsenenschutzbehörde eines anderen Kantons übertragen, so beginnt die Verjährung grundsätzlich mit der Eröffnung des genehmigten Schlussberichts. Unterlässt es die Nachfolge, den Schaden geltend zu machen, so entsteht der verbeiständeten Person daraus ein neuer Anspruch. Dadurch perpetuiert sich der Schadenersatzanspruch ohne Nachteil für die verbeiständete Person bis zum Ende der Massnahme.

Ist die schädigende Handlung nicht nur widerrechtlich, sondern auch strafbar, so gelten nach Absatz 2 allfällige längere Verjährungsfristen des Strafrechts. Die Bestimmung entspricht Artikel 60 Absatz 2 OR und Artikel 6 Absatz 2 SchKG.

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. Anhang zum Entwurf ZGB).

Art. 456 Haftung nach Auftragsrecht

Diese Bestimmung verweist für die Haftung bei nichtbehördlichen Massnahmen auf das Auftragsrecht. Sie betrifft die vorsorgebeauftragte Person (Art. 360 ff.) sowie den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner einer urteilsunfähigen Person (Art. 374 ff.) und die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 370 Abs. 2, 377 ff.), soweit es sich nicht um den Beistand oder die Beiständin handelt.

2.4 Änderung weiterer Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs

2.4.1 Personenrecht

Art. 13 Handlungsfähigkeit. Voraussetzungen im Allgemeinen

Es geht bloss um eine terminologische Anpassung des deutschen Textes. 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 Sinn von volljährig und «nicht entmündigt». Weil das revidierte Erwachsenenschutzrecht die Entmündigung nicht mehr kennt, hätte der Begriff «mündig» nur noch den Sinn von «volljährig» und wäre damit irreführend. In Bezug auf den französischen (*majeur*) und den italienischen (*maggiorenn*) Text besteht kein Anpassungsbedarf.

Art. 14 Volljährigkeit

Mit Rücksicht auf Artikel 13 ist der Begriff «mündig» durch «volljährig» zu ersetzen. Auch der Randtitel ist anzupassen.

Art. 16 Urteilsfähigkeit

Entsprechend dem neuen Erwachsenenschutzrecht (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1) ist die stigmatisierende Bezeichnung «Geisteskrankheit» durch den umfassenderen Begriff der «psychischen Störung» zu ersetzen, für die bisherige «Geistesschwäche» wird der Ausdruck «geistige Behinderung» vorgeschlagen. Die «Trunkenheit» des geltenden Rechts wird künftig mit «Rausch» umschrieben. Darunter sind vorübergehende toxische Bewusstseinsstörungen gemeint, also insbesondere der Alkohol- oder Drogenrausch. Aber auch etwa Willensbeeinträchtigungen unter Hypnose werden erfasst.

Art. 17 Handlungsunfähigkeit

Auch hier geht es nur um terminologische Anpassungen. Der bisherige Begriff «unmündig» wird im neuen Recht als Pendant zum Ausdruck «Volljährige» (Art. 14) durch «Minderjährige» ersetzt. Die «umfassende Beistandschaft» tritt an die Stelle des Ausdrucks «entmündigt».

Art. 19 Abs. 1 und 2 Urteilsfähige handlungsunfähige Personen

Absatz 1 umschreibt entsprechend den Artikeln 19 Absatz 1 und 410 Absatz 1 ZGB die Rechtsstellung beschränkt Handlungsunfähiger, d.h. grundsätzlich handlungsunfähiger Personen, die kraft ihrer Urteilsfähigkeit trotzdem am Rechtsleben teilnehmen können. Dabei geht es um Minderjährige sowie – neu – um Volljährige unter umfassender Beistandschaft (Art. 398 Abs. 3).

Der Bereich von Geschäften, innerhalb dessen der beschränkt handlungsunfähigen Person volle Geschäftsfähigkeit zukommt, wird im Vergleich zu Artikel 19 Absatz 2 ZGB um die Besorgung «geringfügiger Angelegenheiten des täglichen Lebens» erweitert (Abs. 2). Diese Lösung ist vom deutschen Recht (§ 1903 Abs. 3 zweiter Satz BGB) inspiriert und trägt den Bedürfnissen der Praxis Rechnung. Die Ausübung höchstpersönlicher Rechte (Art. 19 Abs. 2 ZGB) wird künftig durch Artikel 19c geregelt.

Art. 19a (neu) Zustimmung des gesetzlichen Vertreters

Die Modalitäten der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters sind nach Artikel 410 Absatz 1 ZGB formuliert (Abs. 1).

Absatz 2 regelt die Folgen des Geschäfts im Schwebezustand übereinstimmend mit Artikel 410 Absatz 2 ZGB.

Art. 19b (neu) Fehlen der Zustimmung

Die Bestimmung entspricht Artikel 411 ZGB, der die Folgen eines Rechtsgeschäfts regelt, das die urteilsfähige bevormundete Person ohne Zustimmung des Vormunds vornimmt. Die Regelung wird in das Personenrecht verlegt, damit sie für alle beschränkt Handlungsunfähigen gilt.

Art. 19c (neu) Höchstpersönliche Rechte

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. Dies schliesst nicht zwangsläufig eine Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters aus. Die vorliegende Bestimmung soll an dieser Rechtslage nichts ändern. Vorgesehen sind denn auch nach neuem Recht Fälle, in denen die Gültigkeit des vom beschränkt Handlungsunfähigen vorzunehmenden höchstpersönlichen Geschäfts an die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geknüpft ist (vgl. Art. 90 Abs. 2, 260 Abs. 2 und 468 Abs. 2). Die Liste der im höchstpersönlichen Bereich zustimmungsbedürftigen Geschäfte darf allerdings nicht durch Auslegung erweitert werden. Vorbehalten bleiben deshalb nur Fälle, in denen «das Gesetz» die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vorsieht (Abs. 1).

Ist die handlungsunfähige Person – im Gegensatz zu dem in Artikel 19 Absatz 2 ZGB bzw. Artikel 19c Absatz 1 vorausgesetzten Fall – urteilsunfähig, so kann sie weder allein noch mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters rechtswirksam handeln. In Bezug auf die höchstpersönlichen Rechte ist dann entsprechend geltender Doktrin und Praxis zu prüfen, ob infolge Exklusivzuständigkeit ihres Rechtsträgers ein *absolut* höchstpersönliches Recht in Frage steht, d.h. ein Recht, dessen Ausübung seitens des gesetzlichen Vertreters ausgeschlossen und das im Fall 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.

Art. 19d (neu) Einschränkung der Handlungsfähigkeit

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. 394 Abs. 2). Demgegenüber haben die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 Abs. 2) und die umfassende Beistandschaft (Art. 398 Abs. 3) von Gesetzes wegen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person.

Art. 23 Abs. 1 zweiter Halbsatz Wohnsitz

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, nämlich in Anstalten, keinen Wohnsitz begründet. Der vorgeschlagene zweite Halbsatz regelt dies – ohne materielle Änderung des geltenden Rechts, aber unter redaktioneller Überarbeitung – am systematisch richtigen Ort. Artikel 26 ZGB kann gestrichen werden.

Die neue Bestimmung stellt 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 volljährigen Personen 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 nach Artikel 5 des Bundesgesetzes über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger⁵⁶ der Aufenthalt keinen öffentlich-rechtlichen Unterstützungswohnsitz begründet, und zwar selbst dann nicht, wenn er freiwillig ist.

Art. 25 Abs. 2 und 26 Wohnsitz Minderjähriger und Volljähriger unter
umfassender Beistandschaft

Der Wohnsitz minder- oder volljähriger Bevormundeter befindet sich nach Artikel 25 Absatz 2 ZGB am Sitz der Vormundschaftsbehörde und nicht am Wohnsitz des Vormunds. Ein abgeleiteter Wohnsitz bevormundeter Minderjähriger und Voll-

⁵⁶ SR 851.1

jähriger unter umfassender Beistandschaft hat auch im künftigen Kindes- und Erwachsenenschutz seine Berechtigung. Eine solche Regelung bezweckt nach wie vor, den Wohnsitz durch Fixierung leicht erkennbar zu machen und ihm Stabilität zu verleihen. Es erleichtert der Behörde zudem, sich in administrativen und gerichtlichen Verfahren um das Wohl der schutzbedürftigen Person zu kümmern.

Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 Personenstandsregister

Der Begriff «Mündigkeit» wird durch «Volljährigkeit» ersetzt.

Art. 89b (neu) Fehlende Verwaltung bei Sammelvermögen

Heute regelt Artikel 393 Ziffer 5 ZGB die Beistandschaft «bei öffentlicher Sammlung von Geldern für wohltätige oder andere dem öffentlichen Wohle 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 (vgl. Ziff. 1.3.5). Eine ersatzlose Streichung der Bestimmung rechtfertigt sich angesichts der Bedeutung des Sammelwesens in der Schweiz und einer fehlenden Aufsicht in einem Teil der Kantone nicht. Eine staatliche Eingriffsmöglichkeit in diesem Bereich erscheint notwendig und ist auch in der Vernehmlassung nicht bestritten worden.

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

Absatz 1 regelt die Voraussetzungen für das Eingreifen der Behörde. Gegenüber dem aufzuhebenden Artikel 393 Ziffer 5 ZGB werden nur redaktionelle Änderungen vorgenommen. Der Begriff «wohltätig» entfällt, da er im Oberbegriff «gemeinnützig» aufgeht. Die Bestimmung verpflichtet die Behörde, entsprechend dem Einleitungssatz von Artikel 393 ZGB, das Erforderliche anzuordnen. Dabei ist insbesondere an vorsorgliche Massnahmen wie Sperrung von Bankkonten oder Untersagung der Verfügung über das Sammelvermögen zu denken.

Absatz 2 nennt die wichtigsten Massnahmen, welche die Behörde ergreifen kann. Einerseits kann sie einen Sachwalter oder eine Sachwalterin 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 oder die Sachwalterin 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 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. Dies betrifft die Bestimmungen über die Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung, die Ernennung des Beistands oder der Beiständin, die Führung der Beistandschaft und die Verantwortlichkeit.

Art. 89c (neu) Zuständigkeit für Sammelvermögen

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 Regelung der sachlichen Zuständigkeit. Da die Beistandschaft für Sammelvermögen 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.

2.4.2 Familienrecht

Art. 90 Abs. 2 Verlobung

Nach geltendem Recht werden Unmündige oder Entmündigte ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch ihre Verlobung nicht verpflichtet (Art. 90 Abs. 2 ZGB). Diese Schutzvorschrift soll im neuen Recht für Minderjährige beibehalten werden.

Weil der Entwurf durch die vorgeschlagene Aufhebung von Artikel 94 Absatz 2 ZGB bei volljährigen Personen unter umfassender Beistandschaft keine Zustimmung des Beistands oder der Beistandin zur Heirat verlangt, soll konsequenterweise auch das Verlöbnis nicht mehr dem Zustimmungserfordernis unterliegen.

Art. 94 Abs. 2 Ehefähigkeit

Nach geltendem Recht bedarf die entmündigte urteilsfähige Person zur Eingehung der Ehe der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (Art. 94 Abs. 2 erster Satz ZGB). Dieser darf die Zustimmung aber nicht aus Gründen verweigern, die mit dem Recht auf Ehe nach Artikel 14 BV 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 erwachsen könnten. In der Praxis wird die Zustimmung nur in ganz seltenen Fällen verweigert. Der Entwurf verzichtet auf die Bestimmung. Damit können auch Personen unter umfassender Beistandschaft, wenn sie urteilsfähig sind, ohne Zustimmung des Beistands oder der Beistandin heiraten. In der Vernehmlassung ist diese Neuerung nicht kritisiert worden.

Art. 102 Abs. 1, 133 Abs. 1 zweiter Satz, 134 Abs. 4, 135 Abs. 2 und 176 Abs. 3

Im deutschen Text treten die Ausdrücke «volljährig», «Volljährigkeit» und «minderjährig» an die Stelle von «mündig», «Mündigkeit» und «unmündig».

Der Ausdruck «Vormundschaftsbehörde» wird im Erwachsenenschutzrecht durch «Erwachsenenschutzbehörde» und im Kindesrecht durch «Kindesschutzbehörde» (Art. 134 Abs. 4 zweiter Halbsatz) ersetzt.

Art. 183 Abs. 2 Ehevertrag

Nach Artikel 183 Absatz 2 ZGB bedürfen Unmündige oder Entmündigte für den Abschluss eines Ehevertrags der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Das neue Recht behält diese Regelung bei. «Unmündige» ist aber durch «Minderjährige» zu ersetzen. Im neuen Recht gibt es keine Entmündigten mehr. An deren Stelle treten Personen unter umfassender (Art. 398) oder einer anderen Beistandschaft, die auch den Abschluss eines Ehevertrags umfasst (vgl. Art. 394 Abs. 1).

Entgegen dem bisherigen Artikel 421 Ziffer 9 ZGB fallen Eheverträge nicht mehr unter die Geschäfte, die von Gesetzes wegen der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen (vgl. Art. 416 Abs. 1). Neben dem Beistand oder der Beiständin muss auf jeden Fall auch die urteilsfähige verbeiständete Person selber dem Vertrag zustimmen.

Art. 256 Abs. 1 Ziff. 2, 256c Abs. 2 und 259 Abs. 2 Ziff. 2

Im deutschen Text werden die Ausdrücke «Unmündigkeit» bzw. «Mündigkeitsalter» durch «Minderjährigkeit» bzw. «Volljährigkeit» ersetzt.

Art. 260 Abs. 2 Anerkennung

«Unmündig» wird durch «minderjährig» ersetzt, und an die Stelle von Entmündigten treten Personen unter umfassender Beistandschaft oder Personen, für welche die Erwachsenenschutzbehörde eine entsprechende Anordnung getroffen hat (s. Art. 398 und 396 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 (Art. 327a), bei Volljährigen den Beistand oder die Beiständin.

Art. 260c Abs. 2 und 263 Abs. 1 Ziff. 2

Im deutschen Text wird «Mündigkeitsalter» durch «Volljährigkeit» ersetzt.

Art. 264 Randtitel Adoption Minderjähriger

Im deutschen Text wird «Unmündiger» durch «Minderjähriger» ersetzt.

266 Randtitel, Abs. 1 Einleitungssatz und Ziff. 2 sowie 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. Die Begriffe «entsprechend» (Art. 266 Abs. 3 ZGB) und «sinngemäss» (Abs. 3) besagen materiell dasselbe, d.h. es geht um eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Adoption Minderjähriger.

Art. 267a und 268 Abs. 3

Im deutschen Text werden die Ausdrücke «unmündige» bzw. «Unmündiger» und «mündig» durch «minderjährige» bzw. «Minderjähriger» und «volljährig» ersetzt.

Art. 269c Abs. 2 zweiter Halbsatz

Künftig ist die Vermittlung durch die Kindesschutzbehörde statt durch die vormundschaftlichen Organe vorbehalten.

Art. 273 Abs. 1, 277 Abs. 1 und 289 Abs. 1

Im deutschen Text werden die Ausdrücke «unmündig» bzw. «Mündigkeit» durch «minderjährig» bzw. «Volljährigkeit» ersetzt.

Art. 296 Elterliche Sorge. Voraussetzungen

Absatz 1 verweist im deutschen Text statt auf die Unmündigkeit auf die Minderjährigkeit. 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 Unfähigkeitsground der Entmündigung ist im neuen Recht nicht mehr vorgesehen. Er wird ersetzt durch die umfassende Beistandschaft nach Artikel 398. Da anzunehmen ist, dass künftig umfassende Beistandschaften seltener 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. angezeigt.

Art. 298 Abs. 2 und 3 (neu) Elterliche Sorge unverheirateter Eltern

In Absatz 2 sind als Voraussetzungen auf Seiten der Mutter Minderjährigkeit statt Unmündigkeit sowie umfassende Beistandschaft statt Entmündigung vorgesehen. Zuständig ist die Kindesschutzbehörde statt die Vormundschaftsbehörde.

Auf gemeinsamen Antrag unverheirateter Eltern soll künftig die Erwachsenenschutzbehörde die elterliche Sorge von einem Elternteil auf den andern übertragen können (Abs. 3). Die Bestimmung füllt eine Gesetzeslücke und hat ihr Vorbild in Artikel 134 Absatz 3 ZGB.

Art. 298a Abs. 2 und 3 (neu) Gemeinsame elterliche Sorge unverheirateter Eltern

Absatz 2 ersetzt die «vormundschaftliche Aufsichtsbehörde» durch die «Kindeschutzbehörde». Der neue Absatz 3 regelt den Fall, dass einer der beiden unverheirateten Elternteile, die gemeinsam die elterliche Sorge innehaben, stirbt. Dann soll die elterliche Sorge von Gesetzes wegen dem überlebenden Elternteil zustehen. Dies entspricht der Regelung in Artikel 297 Absatz 3 ZGB über verheiratete Eltern und der Auslegung 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.

Art. 304 Abs. 3 Vertretung

Artikel 304 Absatz 3 ZGB ist entbehrlich. Er verweist für die Vertretung des Kindes unter elterlicher Sorge auf die Bestimmungen über die Vertretung des Bevormundeten (Art. 408–411 ZGB) mit Ausnahme der Vorschriften über die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 421 und 422 ZGB).

- Artikel 408 ZGB wird durch Artikel 304 Absatz 3 ersetzt, wonach die Regelung des Erwachsenenschutzes betreffend verbotene Geschäfte nach Artikel 412 Absatz 1 auch im Kindesrecht gilt.
- Artikel 409 Absatz 1 ZGB erübrigt sich angesichts der generellen Pflicht der Eltern nach Artikel 301 Absatz 2 ZGB, in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf die Meinung des Kindes Rücksicht zu nehmen. Die Regelung von Artikel 409 Absatz 2 ZGB ist selbstverständlich und deshalb entbehrlich.
- Die Artikel 410 und 411 ZGB gehen in den Artikeln 19 ff. auf.

Art. 305 Randtitel und Abs. 1 Rechtsstellung des Kindes

Nach dem geltenden Absatz 1 hat das Kind unter elterlicher Sorge die gleiche Handlungsfähigkeit wie eine bevormundete Person. Im neuen Recht muss statt auf das Vormundschaftsrecht auf das Personenrecht, d.h. auf die Artikel 19–19c, verwiesen werden. Inhaltlich entspricht die Bestimmung Artikel 407. Der Randtitel wird zudem nach Massgabe des Personenrechts angepasst.

Art. 306 Abs. 2 und 3 Verhinderung und Interessenkollision

Die Regelung des Erwachsenenschutzes betreffend Verhinderung und Interessenkollision nach Artikel 403 soll auch im Kindesrecht gelten.

Art. 311 Randtitel und Abs. 1 Einleitungssatz, 312 Randtitel und Einleitungssatz

Die 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 demgegenüber 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 dieser Fachbehörde zuzuweisen. Neu wird deshalb zwischen der Entziehung der elterlichen Sorge von Amtes wegen und derjenigen mit Einverständnis der Eltern unterschieden.

Art. 314 und 314a Verfahren. Im Allgemeinen und Anhörung des Kindes

Für das Verfahren vor der Kindesschutzbehörde sind sinngemäss die Bestimmungen über das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 443 ff.) anwendbar (Art. 314 Abs. 1). Vorgeschlagen werden zudem spezifische Bestimmungen für das Verfahren vor der Kindesschutzbehörde (Art. 314 Abs. 2 und 3, 314a); insbesondere soll analog zu der Zivilprozessordnung des Bundes mit Hilfe einer Mediation eine gütliche Einigung angestrebt werden (s. Art. 292 Abs. 2 E ZPO). Artikel 314a

Absatz 1 betreffend die Anhörung des Kindes übernimmt die Regelung von Artikel 144 Absatz 2 ZGB, der für das Scheidungsverfahren gilt.

Art. 314b Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung oder psychiatrischen Klinik

Die Bestimmung ersetzt Artikel 314a ZGB betreffend das Verfahren bei fürsorglicher Freiheitsentziehung und regelt den Fall, dass ein unter elterlicher Sorge stehendes Kind im Rahmen eines Obhutentzugs in einer geschlossenen Einrichtung oder psychiatrischen Klinik untergebracht wird. Die materiellen Voraussetzungen für eine fürsorgliche Unterbringung des Kindes finden sich in Artikel 310 Absatz 1 ZGB, der die «überwachte Erziehung» und die Behandlung einer psychischen Störung im Sinn von Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben d und e EMRK mit einschliesst. Im Übrigen finden die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die fürsorgliche Unterbringung sinngemäss Anwendung (Abs. 1).

Nach Artikel 314a Absatz 2 ZGB kann das Kind erst nach zurückgelegtem 16. Altersjahr die gerichtliche Beurteilung der ihm gegenüber angeordneten fürsorglichen Unterbringung verlangen. Die feste Altersgrenze dient zwar der Rechtssicherheit, erscheint aber problematisch, weil Kinder und Jugendliche von Verfassung wegen ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit ausüben, und zwar nach dem französischen Wortlaut *eux-mêmes* (Art. 11 Abs. 2 BV). Der Entwurf setzt deshalb in Absatz 2 für das Ergreifen von Rechtsmitteln – entsprechend dem Ergebnis der Vernehmlassung – nur noch die Urteilsfähigkeit voraus.

Art. 315 Abs. 1 Zuständigkeit

Die Bestimmung sieht die Zuständigkeit der Kindesschutzbehörde statt der vormundschaftlichen Behörden vor.

Art. 315a Abs. 1 und 3 Einleitungssatz, 315b Abs. 2

Im Hinblick auf Artikel 311 tritt die Kindesschutzbehörde an die Stelle der vormundschaftlichen Behörden.

Art. 318 Abs. 2 und 3 Verwaltung des Kindesvermögens

Nach Artikel 318 Absatz 2 ZGB hat der Alleininhaber der elterlichen Sorge (Art. 297 Abs. 2 und 3 und 298 ZGB) der Vormundschaftsbehörde ein Inventar über das Kindesvermögen einzureichen. Diese Bestimmung findet im Wesentlichen bei unverheirateten und verwitweten Eltern sowie bei geschiedenen Eltern ohne gemeinsame elterliche Sorge Anwendung. Sachlich ist die Bestimmung unzweckmässig und stösst deshalb bei den Betroffenen auf Unverständnis. Bei unverheirateten Eltern hat das Kind im Zeitpunkt der Geburt in aller Regel kein Vermögen, so dass die Inventarpflicht nur unnötigen Verwaltungsaufwand verursacht. Auch bei der Scheidung ist die generelle Inventarpflicht unverhältnismässig, weil meist kein beachtliches Kindesvermögen vorhanden ist. Das Scheidungsgericht hat zudem die Möglichkeit, Massnahmen zum Schutz des Kindesvermögens anzuordnen (Art. 315a, 318 Abs. 3, 324 und 325 ZGB). Der Entwurf beschränkt deshalb die obligatorische Inventarpflicht auf den Fall, dass ein Elternteil stirbt (Abs. 2). Ist dem Kind verheirateter Eltern für die Erbteilung mit dem Überlebenden ein Beistand ernannt worden, so muss der Erbteilungsvertrag von der Kindesschutzbehörde

genehmigt werden (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 3). Er gibt Aufschluss darüber, was das Kind geerbt hat. Um eine Übersicht über den Stand des gesamten Kindesvermögens zu erhalten, muss der überlebende Elternteil lediglich noch angeben, ob weiteres Kindesvermögen vorhanden ist.

Nach Artikel 318 Absatz 3 ZGB können im Sinn eines vorbeugenden Schutzes des Kindesvermögens «periodische Rechnungsstellung und Berichterstattung» angeordnet werden. Der Entwurf erweitert diesen Katalog um die Möglichkeit eines Inventars. Damit kann die Behörde gezielt in bestimmten Einzelfällen die Aufnahme eines Inventars anordnen, wenn dies nach den gesamten Umständen als angezeigt erscheint. Die Inventarpflicht kann allein oder zusammen mit der Pflicht zur Rechnungsstellung und Berichterstattung beschlossen werden.

Art. 326 Rückerstattung

Es geht um eine terminologische Erneuerung: Das Kindesvermögen ist statt an das «mündige» an das «volljährige» Kind oder statt «an den Vormund oder Beistand des Kindes» an den «gesetzlichen Vertreter» herauszugeben. Dieser Ausdruck erfasst neben dem Vormund und dem allenfalls auf die Volljährigkeit hin ernannten neu-rechtlichen Beistand (Art. 390 ff.) auch den Beistand nach Artikel 325 Absatz 1 ZGB.

Art. 327a ff. (neu) Minderjährige unter Vormundschaft

Nach dem Entwurf soll die Dritte Abteilung des Familienrechts (Art. 360–456) grundsätzlich nur noch dem Erwachsenenschutz gewidmet sein. Dies hat zur Folge, dass die Bestimmungen betreffend die Vormundschaft über unmündige Personen systematisch richtig im Kindesrecht unterzubringen sind. Sie sollen als Fünfter Abschnitt dem Achten Titel über «Die Wirkungen des Kindesverhältnisses» (Art. 270–327 ZGB) 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 darstellt, die nicht nur die minderjährige Person, sondern auch ihr Vermögen erfasst. Allerdings werden gewisse Wechselbeziehungen zwischen dem Erwachsenenschutz und der nach wie vor so genannten Vormundschaft (dazu Ziff. 1.3.12) über Minderjährige bestehen bleiben.

Art. 327a (neu) Grundsatz

Die Bestimmung deckt sich inhaltlich mit Artikel 368 Absatz 1 ZGB, wonach unter Vormundschaft jede unmündige Person gehört, die sich nicht unter der elterlichen Sorge befindet.

Art. 327b (neu) Rechtsstellung des Kindes

Infolge der Gleichstellung mit der Handlungsfähigkeit des Kindes unter elterlicher Sorge wird zunächst auf die Artikel 17 und 19 ff. verwiesen, die nicht zwischen bevormundeten und nicht bevormundeten Minderjährigen unterscheiden. Der Verweis erfasst aber auch Artikel 323 Absatz 1 ZGB betreffend Arbeiterwerb, Berufs- und Gewerbevermögen des Kindes. Die in der Doktrin kontrovers beurteilte Frage, ob diese Bestimmung auch für bevormundete Minderjährige gilt, wird durch den Gesetzgeber somit im bejahenden Sinn entschieden.

Art. 327c (neu) Rechtsstellung des Vormunds

Nach Absatz 1 hat der Vormund grundsätzlich die gleichen Rechte wie die Eltern. In Bezug auf die Personensorge sieht dies bereits Artikel 405 Absatz 2 ZGB vor. Eine solche Regelung ist aber auch in Zukunft nicht wörtlich zu verstehen; so hat etwa der Vormund das Kind kaum wie die Eltern im Sinn 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 überdies auf die Vertretung des Kindes und auf die Verwaltung des Kindesvermögens.

Der Verweis von Absatz 2 erfasst namentlich die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die Ernennung des Beistands oder der Beiständin (Art. 400–402), die Führung der Beistandschaft (Art. 405–414) und die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 415–418). Die Voraussetzungen, unter denen bei Erwachsenen eine Beistandschaft angeordnet werden kann, gelten selbstverständlich bei Kindern unter Vormundschaft nicht.

Absatz 3 stellt klar, dass im neuen Recht die Zuständigkeit des Vormunds für die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung bei Gefahr im Verzug entfällt. Die Einweisung soll in jedem Fall entweder durch eine Ärztin oder einen Arzt oder durch die Kinderschutzbehörde erfolgen. Massgebend sind nämlich sinngemäss die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die fürsorgerische Unterbringung.

Art. 333 Abs. 1 und 2 Verantwortlichkeit des Familienhauptes

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. 398) abzustellen. In terminologischer Hinsicht werden die Begriffe «unmündig» durch «minderjährig» (vgl. Art. 17) und «geistesschwach oder geisteskrank» durch «geistige Behinderung» oder «psychische Störung» (vgl. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1) ersetzt.

Art. 334 Abs. 1 Lidlohn

Der Begriff «mündig» wird im deutschen Text durch «volljährig» ersetzt.

2.4.3 Erbrecht

Art. 468 Erbvertrag

Nach geltendem Recht ist beim Erbvertrag (Art. 468 ZGB) für jene Partei, die als Erblasser von Todes wegen verfügt, Urteilsfähigkeit, Mündigkeit und keine Entmündigung erforderlich. Stellvertretung und Zustimmung fallen wegen Höchstpersönlichkeit ausser Betracht. Für das künftige Recht ist am Erfordernis der Mündigkeit im Sinn 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 oder unter einer Beistandschaft stehen, die den Abschluss eines Erbvertrags umfasst, die Errichtung eines Erbvertrags zu gestatten, aber die Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, d.h. des Beistands oder der Beiständin, zu verlangen (Abs. 2). Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht erforderlich; Artikel 416 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. 394), sondern eine Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396) in Frage, da der Abschluss eines Erbvertrags auf Erblasserseite ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft im Sinn von Artikel 19c darstellt, für das jede Vertretung ausgeschlossen ist.

Art. 492a und 531

Nacherbeneinsetzung bei urteilsunfähigen
Nachkommen

Eltern geistig schwer behinderter Kinder 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 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 Entwurf will dies ändern. Nach Artikel 492a Absatz 1 kann der Erblasser eine Nacherbeneinsetzung auf den Überrest anordnen, wenn ein Nachkomme 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 Entwurf zwei gesetzliche Neuerungen vor, deren Wirkungen der Erblasser allerdings auch rechtsgeschäftlich mittels Resolutivbedingung anordnen könnte. Die Nacherbeneinsetzung auf den Überrest ist hinfällig, wenn der dauernd urteilsunfähige Nachkomme seinerseits Nachkommen oder allenfalls einen Ehegatten hinterlässt (Abs. 1). Zudem fällt die Nacherbeneinsetzung von Gesetzes wegen dahin, wenn der Nachkomme wider Erwarten urteilsfähig wird (Abs. 2).

Art. 510 Abs. 1 Vernichtung der letztwilligen Verfügung

Parallel zu Artikel 362 Absatz 2 zweiter Satz wird Artikel 510 Absatz 1 ZGB um einen zweiten Satz ergänzt, wonach der Erblasser nach der Vernichtung der letztwilligen Verfügung die Urkundsperson benachrichtigen muss, wenn diese die Urkunde errichtet hat.

Art. 544 Abs. 1^{bis} (neu) und 2 Das Kind vor der Geburt

Die Bestimmung ergänzt Artikel 544 ZGB betreffend die erbrechtliche Stellung des Kindes vor der Geburt. Die Kindesschutzbehörde soll künftig die Befugnis haben, ihm einen Beistand oder eine Beiständin zu ernennen. Dies ist in gewissen Fällen unabdingbar, namentlich bei Interessenkollision zwischen Mutter und ungeborenem Kind. Deshalb erfolgt die Errichtung einer Beistandschaft, wenn es zur Wahrung der Kindesinteressen im Erbgang nötig ist (Abs. 1^{bis}). Somit erübrigt sich die Regelung von Artikel 393 Ziffer 3 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.

Absatz 2 enthält bloss eine redaktionelle Anpassung wegen Subjektswechsels in Bezug auf Absatz 1^{bis}.

Art. 553 Abs. 1 und 554 Abs. 3 Inventar und Erbschaftsverwaltung

Es handelt sich um Anpassungen an die neuen Massnahmen des Erwachsenenschutzes und an die neue Terminologie.

2.4.4

Schlusstitel. Anwendungs- und Einföhrungsbestimmungen

Art. 14 und 14a

Erwachsenenschutz

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

Das Übergangsrecht zum Erwachsenenschutz wird in Artikel 14 E SchlT ZGB geregelt. Artikel 14a SchlT ZGB über die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Änderung des ZGB vom 6. Oktober 1978) kann gestrichen werden. Neu regelt die Vorschrift die hängigen Verfahren.

Artikel 14 Absatz 1 E SchlT ZGB 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, die nach bisherigem Recht entmündigt worden sind, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts unter umfassender Beistandschaft (Art. 14 Abs. 2 erster Satz E SchlT ZGB), und zwar unabhängig davon, ob ein Vormund ernannt oder den Eltern die erstreckte elterliche Sorge eingeräumt worden ist (vgl. Art. 385 Abs. 3 ZGB). Solange die Erwachsenenschutzbehörde nicht anders verfügt, sind die Eltern aber weiterhin von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Rechnungsstellung und Berichterstattung sowie der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, befreit (Art. 14 Abs. 2 dritter Satz E SchlT ZGB).

Im Hinblick auf die massgeschneiderten Massnahmen des neuen Rechts ist es denkbar, dass künftig keine umfassende Beistandschaft nötig ist, sondern eine andere Beistandschaft genügt. Artikel 14 Absatz 2 zweiter Satz E SchlT ZGB verpflichtet deshalb die Erwachsenenschutzbehörde, von Amtes wegen sobald wie möglich 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 für die Fortdauer kein Grund mehr besteht, ergibt sich bereits aus Artikel 399 Absatz 2, der mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts sofort anwendbar ist. Im Übrigen steht es der betroffenen Person frei, von sich aus das Gesuch um Aufhebung oder Umwandlung der Entmündigung zu stellen.

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 E SchlT ZGB bestimmt deshalb, dass diese Massnahmen mit den Wirkungen des bisherigen Rechts bis längstens drei Jahre seit dem Inkrafttreten weiterdauern. Ist bis zu diesem Zeitpunkt 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 Amtsföhrung des Beistands oder des Beirats und für die Rechtsmittel die Bestimmungen des neuen Rechts. In der Vernehmlassung ist die Frist von drei Jahren von einzelnen

Kantonen als zu kurz kritisiert und eine Verlängerung auf fünf Jahre angeregt worden. Die Überprüfung sollte aber aus rechtsstaatlichen Gründen möglichst rasch erfolgen. Die Genehmigung der Rechnung und der Berichte des Beistands oder des Beirats, die mindestens alle zwei Jahre zu erteilen ist, bietet hierfür einen geeigneten Rahmen (Art. 410 und 411). Im Übrigen hindert nichts die Behörden, eine erste Überprüfung schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts vorzunehmen und die Überführung einer Massnahme ins neue Recht zumindest vorzubereiten.

Die Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung entsprechen grundsätzlich denjenigen der neuen fürsorgerischen Unterbringung. Die Massnahme bleibt rechtsgültig, auch wenn eine unter neuem Recht nicht mehr zuständige Behörde oder Stelle sie angeordnet hat. Die Behandlung einer psychischen Störung richtet sich ab Inkrafttreten in jedem Fall nach den Artikeln 433 ff. In Bezug auf ärztlich angeordnete fürsorgerische Freiheitsentziehungen bei psychisch kranken Personen nach Artikel 397b Absatz 2 ZGB gilt folgendes: Wurde die Massnahme zeitlich unbefristet angeordnet, so bleibt sie bestehen. Die betroffene Person ist aber frei, die Entlassung zu beantragen und die Abweisung des Entlassungsgesuchs gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Einrichtung teilt der Erwachsenenschutzbehörde spätestens sechs Monate nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts mit, ob sie die Voraussetzungen der Unterbringung weiterhin für erfüllt erachtet. Die Erwachsenenschutzbehörde nimmt nach den Bestimmungen über die periodische Überprüfung die erforderlichen Abklärungen vor und bestätigt gegebenenfalls den Unterbringungsentscheid (Art. 14 Abs. 4 E SchlT ZGB).

Hängige Verfahren werden mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts von der neu zuständigen Behörde weitergeführt. Das neue Verfahrensrecht findet Anwendung. Die Behörde entscheidet darüber, ob und wie weit das bisherige Verfahren ergänzt werden muss (Art. 14a E SchlT ZGB).

Art. 52 Abs. 3 und 4 Ergänzende kantonale Anordnungen

Vorgeschlagen wird, für die kantonalen Ausführungsbestimmungen nicht mehr die Genehmigung des Bundes, sondern nur noch eine Meldepflicht vorzusehen. Die Regelung von Artikel 52 Absatz 4 SchlT ZGB überzeugt nämlich nicht mehr. Zudem geht die Bedeutung der kantonalen Anordnungen im Hinblick auf die schweizerische Zivilprozessordnung zurück. Weiterhin einer Genehmigung des Bundes sollen allerdings die kantonalen Anordnungen zum Registerrecht, d.h. Zivilstands- und Handelsregister sowie Grundbuch, bedürfen.

2.5 Änderung anderer Erlasse

2.5.1 Bürgerrechtsgesetz⁵⁷

Im deutschen Text werden die Begriffe «unmündig» bzw. «mündig» durch «minderjährig» bzw. «volljährig» ersetzt (Art. 1 Abs. 2 und 3, 4 Abs. 3 erster Satz, 6 Abs. 3, 7, 8a Abs. 1, 30 Abs. 1 und 33; 34 Randtitel und Abs. 1 erster Satz, 42 Abs. 1 zweiter Satz E BüG).

⁵⁷ SR 141.0

Da die Zustimmung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde für den Erwerb eines Bürgerrechts oder den Verzicht auf ein solches (Art. 422 Ziff. 2 ZGB) im neuen Recht entfällt, ist die entsprechende Bestimmung des Bürgerrechtsgesetzes, wonach die Zustimmung der vormundschaftlichen Behörden für das Einbürgerungsgesuch nicht erforderlich ist (Art. 34 Abs. 1 zweiter Satz BüG), entbehrlich.

Art. 35 Volljährigkeit

«Mündigkeit und Unmündigkeit» wird im deutschen Text durch «Volljährigkeit und Minderjährigkeit» ersetzt.

Art. 44 Abs. 1 erster Halbsatz

Das Bundesgesetz vom 26. Juni 1998 über die Änderung des Zivilgesetzbuchs hat den veralteten Begriff der elterlichen «Gewalt» durch elterliche «Sorge» ersetzt. Vorliegend erfolgt die entsprechende terminologische Anpassung. Zudem wird «minderjährig» im deutschen Text durch «unmündig» ersetzt.

2.5.2 **Ausweisgesetz⁵⁸**

Im deutschen Text werden die Ausdrücke «unmündig» durch «minderjährig» (Art. 2 Abs. 5 und 11 Abs. 1 Bst. h E AwG) sowie «unmündige und entmündigte Personen» durch «Minderjährige und Personen unter umfassender Beistandschaft» ersetzt (Art. 5 Abs. 1 dritter Satz, 11 Abs. 1 Bst. g und 13 Abs. 1 Bst. c E AwG). Entsprechend dem Personenrecht (vgl. z.B. Art. 19 Abs. 1) tritt zudem an die Stelle der «gesetzlichen Vertretung» der «gesetzliche Vertreter» (Art. 2 Abs. 5, 5 Abs. 1 dritter Satz, 11 Abs. 1 Bst. h).

2.5.3 **Bundesgesetz über die politischen Rechte⁵⁹**

Wer wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche «entmündigt» ist, hat nach Artikel 136 Absatz 1 BV keine politischen Rechte in Bundessachen. Mit Rücksicht auf diese Bestimmung wurde Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1976 über die politischen Rechte durch das Bundesgesetz vom 21. Juni 2002 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. Artikel 2 E BPR interpretiert die Verfassung, indem für den Ausschluss vom Stimmrecht im Wesentlichen auf die dauernde Urteilsunfähigkeit abgestellt wird. Erforderlich ist allerdings, dass eine Person wegen dieses Schwächezustands unter umfassender Beistandschaft (Art. 398) steht. Erfasst sind zudem Personen, die durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden. Diesfalls liegt nämlich eine behördliche Feststellung vor, wonach die betroffene Person urteilsunfähig ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2).

⁵⁸ SR 143.1

⁵⁹ SR 161.1

2.5.4 Bundesgesetz über die politischen Rechte der Auslandschweizer⁶⁰

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 als vom Stimmrecht ausgeschlossene Entmündigte im Sinn von Artikel 136 Absatz 1 BV Personen gelten, die nach schweizerischem Recht wegen dauernder Urteilsunfähigkeit unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden, oder für die nach ausländischem Recht wegen dauernder Urteilsunfähigkeit eine Massnahme des Erwachsenenschutzes besteht, welche die Handlungsfähigkeit entfallen lässt.

2.5.5 Bundesgesetz über das Bundesgericht⁶¹

Artikel 72 Absatz 2 Buchstabe b betreffend die Beschwerde in Zivilsachen muss dem neuen Recht angepasst werden. Die bisherige Ziffer 7 über die Entscheide auf dem Gebiet des Kindesschutzes wird um den Erwachsenenschutz erweitert und neu als Ziffer 6 eingeordnet. Ziffer 7 kann damit aufgehoben werden. Im Übrigen erfasst die neue Ziffer 6 auch Entscheide, die im Beschwerdeverfahren nach Artikel 450 ergangen sind, so dass der Verweis von Ziffer 5 auf die Aufsicht über die Vormundschaftsbehörden, der dem geltenden Artikel 420 ZGB Rechnung trägt, gestrichen werden kann.

2.5.6 Sterilisationsgesetz⁶²

Das Sterilisationsgesetz sieht in mehreren Fällen die Mitwirkung der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde vor. Dies aus der Erwägung, die entsprechende Zuständigkeit müsse bei einer neutralen, auf dem Gebiet des Erwachsenenschutzes spezialisierten Instanz liegen, die namentlich mit den Problemen im Zusammenhang mit dauernder Urteilsunfähigkeit vertraut ist. Im Hinblick auf den Umstand, dass die Erwachsenenschutzbehörde künftig eine Fachbehörde ist, erscheint es richtig, sie mit der Aufgabe zu betrauen (Art. 6 Abs. 2 Bst. b und Abs. 3, 7 Abs. 2 Bst. g, 8 Sachüberschrift und 10 Abs. 1 E SterG).

Art. 6 Sachüberschrift und Abs. 1 erster Satz

Sterilisation von Personen unter umfassender Beistandschaft

Des Schutzes bedürfen nicht mehr Entmündigte, sondern Personen unter umfassender Beistandschaft (Art. 398).

⁶⁰ SR 161.5

⁶¹ SR 173.110; AS 2006 1205

⁶² SR 211.111.1

Art. 8 Abs. 1 Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zur Sterilisation
dauernd Urteilsunfähiger

Die Erwachsenenschutzbehörde prüft auf Antrag der betroffenen oder einer ihr nahe stehenden Person, ob die Voraussetzungen der Sterilisation erfüllt sind (Art. 8 Abs. 1 E SterG). Nicht mehr eigens erwähnt ist der Vormund. Dieses Amt ist nach dem neuen Recht nur noch für minderjährige Kinder vorgesehen, die nicht unter elterlicher Sorge stehen (Art. 327a). Der Vormund bzw. der Beistand oder die Beiständin sind jedoch weiterhin als «nahe stehende Person» antragsberechtigt.

Art. 9 Gerichtliche Beurteilung des Entscheids der
Erwachsenenschutzbehörde

Die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person kann den Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde anfechten, und zwar nicht mehr beim «zuständigen kantonalen Gericht», sondern bei der nach kantonalem Recht zuständigen gerichtlichen Beschwerdeinstanz nach den Artikeln 450 ff. Der nicht mehr eigens erwähnte Vormund bzw. der Beistand oder die Beiständin sind weiterhin als «nahe stehende Person» anfechtungsberechtigt.

Art. 10 Abs. 2 Berichterstattung

Die Meldepflicht betrifft nicht mehr Entmündigte, sondern Personen unter umfassender Beistandschaft nach Artikel 6 E SterG.

**2.5.7 Bundesgesetz zum Haager
Adoptionsübereinkommen und über Massnahmen
zum Schutz des Kindes bei internationalen
Adoptionen⁶³**

Die Begriffe «Vormundschaftsbehörde» und «vormundschaftliche Behörde» werden durch «Kindesschutzbehörde» ersetzt (Art. 7 Abs. 3, 11 Abs. 2, 17 Abs. 1 und 3, 18; 19 Abs. 3 E BG-HAÜ).

2.5.8 Bundesgesetz über das bürgerliche Bodenrecht⁶⁴

Im deutschen Text wird der Ausdruck «unmündig» durch «minderjährig» ersetzt (Art. 12 Abs. 1, 24 Abs. 5, 26 Abs. 3 und 55 Abs. 6 E BGBB).

⁶³ SR 211.221.31

⁶⁴ SR 211.412.11

2.5.9 Obligationenrecht⁶⁵

Art. 35 Abs. 1 Stellvertretung

Nach geltendem Recht erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung, sofern nicht das Gegenteil «vereinbart» ist (Art. 35 Abs. 1 OR). Dies entspricht der älteren Doktrin, welche die Vollmacht als Bestandteil des Auftrags bezeichnete. Demgegenüber unterscheidet die neuere Anschauung zwischen Auftrag und Vollmacht 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. Künftig soll auf den Verlust der «entsprechenden» Handlungsfähigkeit abgestellt werden. Darunter fällt neben der umfassenden Beistandschaft (Art. 398) eine Vertretungsbeistandschaft (Art. 394), die gerade jenen Bereich abdeckt, der im konkreten Fall Gegenstand der Vollmacht bildet.

Art. 134 Abs. 1 Ziff. 2 Hinderung und Stillstand der Verjährung

Das neue Recht führt in den Artikeln 454 ff. die direkte Staatshaftung ein, wenn eine Person im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wird oder wenn sich die Erwachsenenschutzbehörde in den andern Bereichen des Erwachsenenschutzes widerrechtlich verhalten hat. Nach Artikel 455 Absatz 3 beginnt die Verjährung des Anspruchs gegenüber dem Kanton nicht vor dem Wegfall einer Dauermassnahme oder ihrer Weiterführung durch einen anderen Kanton. Artikel 134 Absatz 1 Ziffer 2 OR muss an diese neue Rechtslage angepasst werden. Eine Sonderregelung über die Hinderung und den Stillstand der Verjährung im Obligationenrecht rechtfertigt sich nur noch für die Forderungen der urteilsunfähigen Person gegen die vorsorgebeauftragte Person, die nach Auftragsrecht haftet (Art. 360 ff. und 456).

Art. 240 Abs. 2 und 3 Persönliche Fähigkeit des Schenkers

Nach geltendem Recht sind zulasten eines Kindes (Art. 304 Abs. 3 ZGB) oder eines Bevormundeten (Art. 408 ZGB) vom gesetzlichen Vertreter vorgenommene erhebliche Schenkungen ungültig (Art. 240 Abs. 2 OR). Die Bestimmung enthält eine Anpassung an die fehlende Handlungsfähigkeit des Schenkers nach den Artikeln 304 Absatz 3 und 412 Absatz 1.

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

Art. 397a (neu) Meldepflicht

Zusätzlich zu den «Verpflichtungen des Beauftragten» beim einfachen Auftrag (Art. 397 ff. OR) wird durch die vorgeschlagene Bestimmung unter dem Randtitel «Meldepflicht» eine weitere Verpflichtung aufgeführt, die dem Schutz von Hilfsbedürftigen dient. Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig, so

⁶⁵ SR 220

muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.

Art. 405 Abs. 1 Auftrag

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.

Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 Beendigung der einfachen Gesellschaft

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.

Art. 619 Abs. 2 zweiter Satz

Die Entmündigung des Kommanditärs wird durch die umfassende Beistandschaft ersetzt.

Art. 928 Abs. 2 Handelsregister. Haftbarkeit

Artikel 928 Absatz 2 OR regelt die Haftbarkeit der Aufsichtsbehörden im Handelsregisterwesen nach den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe (Art. 426–430 ZGB). Diese Bestimmung ist zu streichen, zumal die vormundschaftliche Kaskadenordnung der Haftung aufgehoben wird.

2.5.10 Gerichtsstandsgesetz⁶⁶

Vorbehalten bleiben künftig nicht die Bestimmungen über die Zuständigkeit auf dem Gebiet des «Kindesschutzes und des Vormundschaftsrechts», sondern des «Kindes- und Erwachsenenschutzes» (Art. 1 Abs. 2 Bst. a E GestG).

2.5.11 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs⁶⁷

Art. 60 erster Satz Rechtsstillstand wegen Verhaftung

Das revidierte Erwachsenenschutzrecht verzichtet auf die Entmündigung wegen Freiheitsstrafe nach Artikel 371 ZGB. Deshalb ist für die Ernennung eines gesetzlichen Vertreters für den verhafteten Schuldner durch die Vormundschaftsbehörde im SchKG kein Raum.

⁶⁶ SR 272

⁶⁷ SR 281.1

Das geltende Recht unterscheidet zwischen der Betreibung von Schuldnern unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft (Art. 68c Randtitel SchKG) und Schuldnern unter Beistandschaft (Art. 68d Randtitel SchKG). Vorgeschlagen wird, zwischen der Betreibung minderjähriger Schuldner und derjenigen volljähriger Schuldner unter einer Massnahme des Erwachsenenschutzes zu unterscheiden.

Ist der Schuldner minderjährig, so werden die Betreibungsurkunden dem gesetzlichen Vertreter zugestellt (Art. 68c Abs. 1 erster Satz E SchKG). Im Fall einer Beistandschaft nach Artikel 325 ZGB erhalten der Beistand und die Inhaber der elterlichen Sorge die Betreibungsurkunden, sofern die Ernennung dem Betreibungsamt mitgeteilt wurde (Art. 68c Abs. 1 zweiter Satz E SchKG). Der Verweis auf die Artikel 412 und 414 ZGB soll entfallen (Art. 68c Abs. 2 SchKG). Absatz 3 von Artikel 68c SchKG ist aufzuheben, weil die Verwaltungsbeiratschaft nach Artikel 395 Absatz 2 ZGB in der Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung aufgeht und in Artikel 68d E SchKG geregelt wird.

In Bezug auf volljährige Schuldner wird folgende Lösung vorgeschlagen: Ist ein Beistand oder eine vorsorgebeauftragte Person für die Vermögensverwaltung zuständig und hat die Erwachsenenschutzbehörde dies dem Betreibungsamt mitgeteilt, so werden die Betreibungsurkunden dem Beistand oder der vorsorgebeauftragten Person zugestellt (Art. 68d Abs. 1 E SchKG). Ist die Handlungsfähigkeit des Schuldners nicht eingeschränkt, so sind die Betreibungsurkunden auch diesem zuzustellen (Art. 68d Abs. 2 E SchKG).

Art. 111 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 sowie Abs. 2 Privilegierter Anschluss

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 oder 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.

2.5.12 Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht⁶⁸

Im deutschen Text werden die Begriffe «mündig» bzw. «unmündig» durch «volljährig» bzw. «minderjährig» ersetzt (Art. 45a E IPRG). Da der Begriff der Vormundschaft künftig nur noch für minderjährige Kinder gilt, die nicht unter elterlicher Sorge stehen (Art. 327a), ist der Gliederungstitel vor Artikel 85 IPRG «Vormundschaft und andere Schutzmassnahmen» durch den Ausdruck «Vormundschaft, Erwachsenenschutz und andere Schutzmassnahmen» zu ersetzen.

2.5.13

Schweizerisches Strafgesetzbuch⁶⁹

Im deutschen Text wird der Ausdruck «unmündig» durch «minderjährig» ersetzt (Art. 97 Abs. 2 und 4, 188 Ziff. 1, 195 und 219 Abs. 1; Art. 5 Randtitel, 187 Randtitel, 213 Abs. 2 und Gliederungstitel vor Art. 363 E StGB).

Art. 30 Abs. 2 zweiter Satz Strafantrag. Gesetzlicher Vertreter

Nebst dem gesetzlichen Vertreter soll auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde antragsberechtigt sein, wenn die verletzte Person unter Vormundschaft (Art. 327a) oder unter umfassender Beistandschaft (Art. 398) steht.

Art. 30 Abs. 3 Strafantrag. Beschränkt Handlungsunfähige

Das selbständige Antragsrecht beschränkt Handlungsunfähiger bezieht sich nach neuem Recht auf Minderjährige oder auf Personen unter umfassender Beistandschaft, wenn sie urteilsfähig sind.

Art. 62c Abs. 5 Aufhebung der Massnahme

Künftig geht es nicht mehr um eine «vormundschaftliche Massnahme», sondern um eine «Anordnung des Erwachsenenschutzes». Adressatin der Mitteilung ist nicht mehr die «Vormundschaftsbehörde», sondern die «Erwachsenenschutzbehörde».

Art. 220 Entziehen von Minderjährigen

Im deutschen Text wird der Ausdruck «unmündig» durch «minderjährig» ersetzt. Der überholte Begriff der elterlichen oder der vormundschaftlichen «Gewalt» wird zu «Sorge».

Art. 349 Abs. 1 Bst. b Automatisiertes Fahndungssystem

Die gesetzliche Aufgabe im Rahmen der Amtshilfe im Bereich der Polizei ist nicht mehr als Anhaltung «bei vormundschaftlichen Massnahmen oder fürsorglicher Freiheitsentziehung», sondern «bei Massnahmen des Kindes- oder Erwachsenenschutzes» zu umschreiben.

Art. 363 und 364 Mitteilungspflicht und Mitteilungsrecht

Im deutschen Text wird der Ausdruck «unmündig» durch «minderjährig» ersetzt. Die Mitteilung wird künftig der «Kindesschutzbehörde» und nicht mehr den «vormundschaftlichen Behörden» erstattet.

Art. 365 Abs. 2 Bst. k Strafregister

Das Strafregister dient künftig nicht mehr der Unterstützung bei der Verhängung oder Aufhebung «vormundschaftlicher Massnahmen oder von Massnahmen des fürsorglichen Freiheitsentzugs», sondern «von Massnahmen des Kindes- oder Erwachsenenschutzes».

⁶⁹ SR 311.0

Übergangsbestimmungen Ziff. 2 Abs. 2 vierter Satz

Eine «vormundschaftliche Massnahme» wird durch eine «Massnahme des Erwachsenenschutzes» ersetzt; die Mitteilung erfolgt künftig an die «Erwachsenenschutzbehörde» statt an die «Vormundschaftsbehörde».

2.5.14 Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht⁷⁰

In Artikel 23 Absatz 3 E VStrR wird der Ausdruck elterliche «Gewalt» durch elterliche «Sorge» ersetzt.

2.5.15 Rechtshilfegesetz⁷¹

Der Ausdruck «Unmündigen» wird im deutschen Text durch «Minderjährigen» ersetzt (Art. 64 Abs. 2 Bst. b E IRSG).

2.5.16 Waffengesetz⁷²

Ein Waffenerwerbsschein ist künftig nicht mehr Personen verwehrt, die «entmündigt» sind, sondern solchen, die «unter umfassender Beistandschaft stehen oder durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten werden» (Art. 8 Abs. 2 Bst. b E WG).

2.5.17 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer⁷³

Der überholte Begriff der elterlichen «Gewalt» wird zur elterlichen «Sorge» (Art. 9 Sachüberschrift und Abs. 2 erster Halbsatz, 13 Abs. 3 Bst. a, 23 Bst. f, 33 Abs. 1 Bst. c, 105 Abs. 2, 155 Abs. 1 und 216 Abs. 2). Die Mitwirkungspflicht des gesetzlichen Vertreters Handlungsunfähiger wird terminologisch neu umschrieben; es geht nicht mehr um «unmündige oder entmündigte», sondern um «minderjährige oder unter umfassender Beistandschaft stehende» Erben (Art. 157 Abs. 4 E DBG). Der Begriff «Vormundschaftsbehörde» wird ersetzt durch «Erwachsenenschutzbehörde» (Art. 159 Abs. 2 erster Satz E DBG).

⁷⁰ SR 313.0

⁷¹ SR 351.1; AS ... (Anhang Ziff. 4)

⁷² SR 514.54; AS ... (BBl 2006 2713)

⁷³ SR 642.11

2.5.18 Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden⁷⁴

Der überholte Begriff der elterlichen «Gewalt» wird im deutschen Text zur elterlichen «Sorge» (Art. 3 Abs. 3 zweiter Satz, 7 Abs. 4 Bst. g, 9 Abs. 2 Bst. c und 54 Abs. 2 E StHG).

2.5.19 Fortpflanzungsmedizinengesetz⁷⁵

Der Ausdruck «Mündigkeit» wird im deutschen Text durch «Volljährigkeit» ersetzt (Art. 3 Abs. 2 Bst. b E FMedG).

2.5.20 Transplantationsgesetz⁷⁶

Auch in diesem Gesetz ist «mündig» durch «volljährig» und «unmündig» durch «minderjährig» zu ersetzen.

2.5.21 Betäubungsmittelgesetz⁷⁷

Nach geltendem Recht können betäubungsmittelabhängige Personen nach den Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über die fürsorgerische Freiheitsentziehung in einer geeigneten Anstalt untergebracht oder zurückbehalten werden (Art. 15b Abs. 1 BetmG). Eine solche Massnahme gegen den Betäubungsmittelmissbrauch, die künftig auch die Behandlung einschliesst, wird sich nach den Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung (Art. 314b, 327c Abs. 3 und 426 ff.) richten (Art. 15b Abs. 1 E BetmG).

2.5.22 Heilmittelgesetz⁷⁸

Das Heilmittelgesetz enthält Bestimmungen zum Schutz von Personen, die in klinischen Versuchen, insbesondere in medizinischen Notfallsituationen, eines besonderen Schutzes bedürfen (Art. 55 und 56 HMG). Die Umschreibung des geschützten Personenkreises ist dem neuen Recht anzupassen: Im deutschen Text wird «unmündig» bzw. «mündig» durch «minderjährig» (Art. 55 Sachüberschrift, Abs. 1 Einleitungssatz, Abs. 1 Bst. c, Abs. 2 Einleitungssatz, 56 Bst. a Ziff. 1 E HMG) bzw. «volljährig» (Art. 55 Abs. 1 Bst. a E HMG) ersetzt. «Entmündigt» wird zu «Personen unter umfassender Beistandschaft» (Art. 55 Sachüberschrift, Abs. 1 Einleitungssatz, Abs. 1 Bst. c, Abs. 2 Einleitungssatz, 56 Bst. a Ziff. 1 E HMG); dass diese «volljährig» (Art. 55 Abs. 1 Einleitungssatz, Abs. 2 Einleitungssatz E HMG) sein müssen, folgt auch aus dem Umstand, dass die umfassende Beistandschaft eine

⁷⁴ SR 642.14

⁷⁵ SR 810.11

⁷⁶ SR 810.21; AS ... (BBl 2004 5453)

⁷⁷ SR 812.121

⁷⁸ SR 812.21

Massnahme des Erwachsenenschutzes (Art. 388 ff., 398) ist. In Artikel 56 Buchstabe a Ziffer 1 E HMG sind zudem neu auch urteilsunfähige Personen zu erwähnen, die nach Artikel 377 vertreten werden.

2.5.23 Arbeitsgesetz⁷⁹

In Artikel 32 Absatz 1 erster Satz E ArG wird im deutschen Text der Ausdruck «Gewalt» durch «Sorge» ersetzt.

2.5.24 Sozialversicherungsrecht und berufliche Vorsorge

Die in einzelnen Sozialversicherungszweigen (AVG⁸⁰, AHVG⁸¹, IVG⁸², KVG⁸³, UVG⁸⁴, MVG⁸⁵, AVIG⁸⁶) und in der beruflichen Vorsorge (BVG⁸⁷) erhobenen Daten, insbesondere Gutachten, können sich auch im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes als hilfreich erweisen. Es muss deswegen erlaubt sein, die Schweigepflicht zu durchbrechen und im Einzelfall sowie auf schriftlich begründetes Gesuch hin die erforderliche Amtshilfe nach Artikel 448 Absatz 4 zu leisten (Art. 34a Abs. 1 Bst. e [neu] E AVG, 50a Abs. 1 Bst. e Ziff. 6 [neu] E AHVG, 86a Abs. 1 Bst. f [neu] E BVG, 84a Abs. 1 Bst. h Ziff. 5 [neu] E KVG, 97 Abs. 1 Bst. i Ziff. 5 [neu] E UVG, 95a Abs. 1 Bst. i Ziff. 7 [neu] E MVG, 97a Abs. 1 Bst. f Ziff. 6 [neu] E AVIG). Kein Anpassungsbedarf besteht in der Invalidenversicherung, weil die Vorschriften des zu ändernden AHVG sinngemäss auf das Bearbeiten von Personendaten anwendbar sein werden (Art. 66 IVG).

In Artikel 9 Absatz 4 Buchstabe b E FLG wird im deutschen Text der Ausdruck «Gewalt» durch «Sorge» ersetzt.

2.5.25 Zuständigkeitsgesetz⁸⁸

Der Erlass ist ohne materielle Änderung an das System und die Terminologie des revidierten Erwachsenenschutzrechts anzupassen. Dementsprechend ist eine «Anstalt» künftig eine «Einrichtung» (Art. 5, 9 Abs. 3 E ZUG), die «Versorgung» wird als «Unterbringung» (Art. 5, 9 Abs. 3 E ZUG) umschrieben, «mündige oder entmündigte» Personen sind künftig «volljährig» (Art. 5, 9 Abs. 3 E ZUG), das «unmündige» Kind «minderjährig» (Art. 7 Abs. 1, 32 Abs. 3 E ZUG). Die «Gewalt» ist im deutschen Text durch die «Sorge» zu ersetzen (Art. 7 Abs. 1 E ZUG). Schliesslich wird die «Vormundschaftsbehörde» als «Kindesschutzbehörde» bezeichnet (Art. 7 Abs. 3 Bst. a E ZUG).

79 SR **822.11**
80 SR **823.11**
81 SR **831.10**
82 SR **831.20**
83 SR **832.10**
84 SR **832.20**
85 SR **833.1**
86 SR **837.0**
87 SR **831.40**
88 SR **851.1**

2.5.26 Bundesgesetz über Fürsorgeleistungen an Auslandschweizer⁸⁹

In Artikel 19 Absatz 2 E ASFG des deutschen Textes wird der Ausdruck «Mündigkeit» durch «Volljährigkeit» ersetzt.

2.5.27 Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden⁹⁰

Art. 1 Abs. 3 zweiter Satz (neu)

In Bezug auf Sammlungen mit gemeinnützigem oder wohltätigem Zweck, die kantonalem Recht unterstehen, sind die Bestimmungen des Zivilgesetzbuchs über die Sammelvermögen (Art. 89b f.) vorzubehalten.

Art. 4 Abs. 2 Bst. d

Erforderlich ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht mehr, wenn die gesuchstellende Person «unmündig oder entmündigt» ist, sondern wenn sie «minderjährig ist oder unter umfassender Beistandschaft steht».

3 Auswirkungen

3.1 Auswirkungen auf den Bund

Die finanziellen Konsequenzen für den Bund belaufen sich auf rund 250 000 Franken (s. Ziff. 3.4).

Die Vorlage delegiert in verschiedenen Punkten Rechtsetzungsbefugnisse an den Bundesrat (s. Ziff. 5.3). Die entsprechenden Verordnungen können durch die Bundesverwaltung vorbereitet werden, ohne dass dafür zusätzliches Personal erforderlich ist. Zudem hat der Gebührentarif für zivilstandsamtliche Verrichtungen Artikel 361 Absatz 3 zu berücksichtigen.

Gestützt auf Artikel 42a Absatz 4 KVG⁹¹ ist unter den freiwilligen persönlichen Angaben neben einfachen medizinischen Daten ein Eintrag über das Vorhandensein einer Patientenverfügung (Art. 371 Abs. 2) vorgesehen.

Eine Entlastung der Bundesverwaltung wird eintreten, indem für kantonale Ausführungsbestimmungen nicht mehr die Genehmigung des Bundes, sondern nur noch eine Meldepflicht des Kantons vorgesehen ist (Art. 52 Abs. 4 E SchlT ZGB).

⁸⁹ SR 852.1

⁹⁰ SR 943.1

⁹¹ SR 832.10

Die Auswirkungen der Vorlage auf die Kantone sind schwierig abzuschätzen. Dies gilt in erster Linie für die neuen bundesrechtlichen Vorgaben an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 440). Jeder einzelne Kanton hat zu überprüfen, ob die heutigen Vormundschaftsbehörden als Fachbehörden gelten können. Sicher ist, dass dort, wo der Gemeinderat als Vormundschaftsbehörde amtiert, Reorganisationen unabdingbar sind, die tendenziell wohl eine Regionalisierung der Behörden bringen könnten. 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 (vgl. Ziff. 2.3.1), hat eine Verbesserung der Verhältnisse ihren Preis. Aber auch die heutigen Strukturen haben ihren Preis. Das gilt nicht nur für die 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 können die Kantone für gewisse Geschäfte die Zuständigkeit eines einzelnen Mitglieds der Behörde vorsehen (Art. 440 Abs. 2 zweiter Satz). Durch die Konzentration des Kindes- und Erwachsenenschutzes in der Hand einer Fachbehörde werden zudem andere Behörden und Gerichte von einer schwierigen Aufgabe befreit. Zu erwarten ist auch, dass die neuen Rechtsinstitute im Abschnitt «Die eigene Vorsorge» (Art. 360 ff.) sowie die Vertretungsrechte naher Angehöriger (Art. 374 ff.) die Behörden und ihre Hilfspersonen etwas entlasten werden. Allerdings wird die Einführung von Massnahmen nach Mass zu einer gewissen Mehrbelastung der Behörden führen, auf jeden Fall bis das neue Recht sich eingespielt hat. Mit der Zeit dürften sich aber typische Aufgabenbereiche bei Beistandschaften und typische Personenkategorien herausbilden, für die bestimmte Massnahmen erforderlich sind, so dass der Aufwand wieder zurückgehen wird. Eine zusätzliche Belastung der Behörden wird auch die Pflicht zur periodischen Überprüfung der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 431) bringen.

Da bereits heute die obere Aufsichtsbehörde in ihrer Funktion als Rechtsmittelinstanz ein Gericht sein muss⁹² und die administrative Aufsicht auch weiterhin einer Administrativbehörde übertragen werden darf, ergeben sich aus den Artikeln 441 und 450 ff. keine zwingenden Mehrkosten.

In den Kantonen mit einem *tuteur général* wird die Amtsvormundschaft entsprechend den Vorgaben des neuen Rechts (Art. 400 Abs. 1) umzuorganisieren sein, ohne dass daraus zwingend Mehrkosten entstehen. Der bisherige *tuteur général* kann als Leiter der Einheit eingesetzt werden. Die Verantwortung in den einzelnen Betreuungsfällen ist aber an die bisherigen Hilfspersonen zu delegieren.

Auf die Kantone wird keine Betreuungskostenlawine zukommen, denn wie im geltenden Recht (Art. 416 ZGB) erfolgen nach Artikel 404 Absatz 1 erster Satz die Entschädigung des Beistands oder der Beiständin und der Spesenersatz in erster

⁹² BGE 118 Ia 473.

Linie aus dem Vermögen der betroffenen Person; eine analoge Regelung besteht im Fall des Vorsorgeauftrags (Art. 366 Abs. 2). Bei einem Berufsbeistand oder einer Berufsbeiständin fällt die Entschädigung an den Arbeitgeber (Art. 404 Abs. 1 zweiter Satz).

Für die Eintragung der Daten über den Vorsorgeauftrag in die zentrale Datenbank (Art. 361 Abs. 3) wird das Zivilstandsamt kostendeckende Gebühren erheben können, ausser es handle sich um eine mittellose Person. Der eidgenössische Gebührentarif wird entsprechend anzupassen sein.

Durch die Ausdehnung der direkten Staatshaftung über die fürsorgerische Freiheitsentziehung hinaus auf den gesamten Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes (Art. 454 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. 387). Der Inhalt dieser Aufsicht wird aber bundesrechtlich nicht vorgegeben. Die Kantone haben deshalb ein weites Ermessen bei der Erfüllung des Auftrags. Auf eine Aufsicht kann aber im Interesse der urteilsunfähigen Personen, der schwächsten Glieder unserer Gesellschaft, nicht verzichtet werden.

Schliesslich wird in den Kantonen Gesetzgebungsaufwand anfallen, da auch die kantonalen Erlasse dem neuen Recht Rechnung tragen müssen (s. Art. 89c Abs. 2, 404 Abs. 3, 429 Abs. 1, 437, 440 Abs. 1 und 2, 441 Abs. 1, 442 Abs. 4, 443 Abs. 2 zweiter Satz, 450f und 454 Abs. 4).

3.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Angesichts der absehbaren demographischen Entwicklung ist davon auszugehen, dass die Nutzeneffekte des Erwachsenenschutzes die Kosten übersteigen werden, kommen den öffentlichen Haushalten doch namentlich Einsparungen im Bereich der sozialen Fürsorge zugute.

3.4 Auswirkungen auf die Informatik

Die Möglichkeit, Daten über den Vorsorgeauftrag in die zentrale Datenbank eintragen zu lassen (Art. 361 Abs. 3), wird Anpassungen der Software des elektronischen Zivilstandsregisters erforderlich machen. Der Bund wird die entsprechenden Kosten übernehmen müssen, da es sich nicht um eine klassische Aufgabe des Zivilstandswesens handelt, für die Artikel 45a Absatz 2 ZGB gilt. Die Anpassung der Software beim Informatik Service Center des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements dürfte etwa 250 000 Franken kosten.

4 Verhältnis zur Legislaturplanung

Die Vorlage ist im Bericht über die Legislaturplanung 2003–2007 angekündigt.⁹³

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit

Der Gesetzesentwurf stützt sich auf Artikel 122 BV, der dem Bund die Zuständigkeit im Bereich des Zivilrechts überträgt. Diese Bundeskompetenz erlaubt auch, Verfahrensbestimmungen zu erlassen, soweit dies zur Durchsetzung des Zivilrechts unerlässlich ist. Im Übrigen begründet Artikel 122 Absatz 1 BV-Justizreform für die Gesetzgebung eine Bundeskompetenz nicht mehr nur im Zivilrecht, sondern neu auch im Zivilprozessrecht.

5.2 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Die Vorlage berücksichtigt die Empfehlung R (99) 4 des Ministerkomitees des Europarats betreffend den gesetzlichen Schutz hilfsbedürftiger Erwachsener.

Die Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff.) tragen den Vorgaben von Artikel 5 EMRK betreffend Recht auf Freiheit und Sicherheit sowie den Empfehlungen des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe Rechnung. Die Organisation der Behörden (Art. 440 f., 450) ist auf Artikel 6 EMRK betreffend das Recht auf ein faires Verfahren abgestimmt. Ferner werden mit der Patientenverfügung (Art. 370), den Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff.) und den Vorschriften über die Behandlung einer psychischen Störung im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 433 ff.) die Artikel 6–9 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin umgesetzt. Der Bundesrat hat dem Parlament die Ratifikationsbotschaft bereits unterbreitet.⁹⁴

5.3 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen

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

- Erlass von Bestimmungen betreffend die Eintragung von Daten über den Vorsorgeauftrag in die zentrale Datenbank durch das Zivilstandsamt (Art. 361 Abs. 3 zweiter Satz);
- Erlass von Bestimmungen betreffend die Eintragung von Daten über die Patientenverfügung auf der Versichertenkarte (Art. 371 Abs. 2 zweiter Satz);

⁹³ BBl 2004 1197

⁹⁴ BBl 2002 271

- Erlass von Bestimmungen über die Anlage und Aufbewahrung des Vermögens (Art. 408 Abs. 3);
- Möglichkeit des Erlasses von Bestimmungen über die Aufsicht (Art. 441 Abs. 2).

Schweizerische Vormundschaftsstatistik

(Quelle: Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden. Die Erhebung basiert auf den Angaben aller 26 Kantone der Schweiz)

Bestehende Massnahmen – Erwachsene

	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 385 ³	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Art. 397a*	Total
1996	13 123	1 300	131	5 827		3 102		11 065	11 687	4 691		50 926
1997	12 995	1 290	126	5 699		3 100		11 049	11 547	4 670		50 476
1998	13 320	1 195	97	5 918		2 637		11 800	12 799	4 781		52 547
1999	13 746	1 261	109	6 464		3 191		12 594	14 135	5 023		56 523
2000	13 849	1 224	74	6 674		3 153		12 887	14 810	4 839		57 510
2001	13 903	1 199	56	6 553		3 220	2 799	10 858	15 342	5 050		58 980
2002	13 793	1 118	70	6 530		3 199	3 341	10 619	16 353	5 020		60 043
2003	13 960	1 114	70	6 523		3 622	3 736	11 093	17 741	4 711		62 570
2004	14 003	975	118	6 652	3 488	3 954	4 686	10 856	18 368	4 440		67 540

Neutangeordnete Massnahmen – Erwachsene

	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 385 ³	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Art. 397a*	Total
1996	898	77	5	526	266	1 070		2 348	2 661	646		10 493
1997	658	113	15	461	253	1 048		2 425	2 231	627		9 828
1998	696	97	10	473	260	1 132		2 414	2 367	610		10 059
1999	732	76	10	529	198	1 414		2 671	2 463	542		10 634
2000	794	95	8	553	263	1 403		2 638	2 870	605		11 229
2001	850	96	8	560	279	1 049	543	2 499	2 817	586		11 288
2002	876	140	16	522	289	921	611	2 305	3 182	572		11 436
2003	790	103	6	534	233	1 150	629	2 372	3 470	536		11 826
2004	825	105	5	624	320	1 092	656	2 543	3 579	538		10 287

* Die vorhandenen Angaben der Kantone zur FFE werden vorderhand nicht mehr publiziert, weil die Erfassungsgrundlagen, namentlich bei den ärztlich verordneten FFE, sehr unterschiedlich sind und deshalb keine Vergleichgrundlage hergeben.

Bestehende Massnahmen – Kinder

	Art. 307	Art. 308	Art. 309	Art. 309/ 308	Art. 310	Art. 310/ 308	Art. 311/ 312	Art. 318 ³	Art. 324	Art. 325	Art. 368	Art. 392	Art. 146/ 147	Total
1996	1 642	11 008	1 783		1 544		540		984	209	3 112	2 468		25 286
1997	1 655	11 085	1 495		1 499		462		1 137	326	2 869	2 504		25 029
1998	1 680	12 675	1 520		1 490		574		502	251	3 033	2 738		26 461
1999	1 801	14 223	1 811		1 845		560		611	296	3 284	2 933		29 363
2000	1 731	16 016	1 870		1 940		548		604	312	3 305	2 862	73	31 188
2001	1 847	16 310	1 031		1 413		513		576	293	3 335	3 106	169	33 320
2002	1 930	17 363	594		2 039		573		172	334	3 292	3 376	202	34 949
2003	2 043	18 896	632		2 129		387		212	339	3 263	3 390	195	36 766
2004	1 955	19 273	362		2 017		264	822	131	404	2 796	3 918	261	35 508

Neuangeordnete Massnahmen – Kinder

	Art. 307	Art. 308	Art. 309	Art. 310	Art. 309/ 308	Art. 310/ 308	Art. 311/ 312	Art. 318 ³	Art. 324	Art. 325	Art. 368	Art. 392	Art. 146	Art. 298 ^a	Total
1996	384	2 835	829	474			85		400	71	795	1 429		9 298	
1997	434	2 800	743	498			74		180	75	691	1 393		8 885	
1998	394	3 143	941	505			115		147	50	853	1 754		9 900	
1999	471	3 393	1 038	544			99		145	64	946	1 836		10 535	
2000	420	4 038	1 087	613			101		61	51	865	1 541	112	539	
2001	418	4 019	513	499			104		31	65	928	1 537	128	872	
2002	483	4 296	243	485			96		42	75	861	1 743	136	1 130	
2003	495	4 755	223	505			69		85	73	802	1 761	120	1 139	
2004	664	4 833	181	508			88	363	105	97	779	1 822	87	1 594	

Bestehende Massnahmen 31. Dezember 2004 (Erwachsene)

	Artikel 369	Artikel 370	Artikel 371	Artikel 372	Artikel 385 ³	Artikel 392	Artikel 393	Artikel 392/393	Artikel 394	Artikel 395	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004*	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
UR	75	11	0	15	14	11	42	32	90	46	336	35 083	9.58
davon w.	41	1	0	4	6	6	21	20	42	27	168		
davon m.	34	10	0	11	8	5	21	12	48	19	168		
SZ*	218	39	1	40	31	58	92	204	270	79	1 032	135 989	7.59
davon w.													
davon m.													
NW*	51	0	0	13	7	9	7	55	47	26	215	39 497	5.44
davon w.	21	0	0	5	4	2	4	30	31	13	110		
davon m.	30	0	0	8	3	7	3	25	16	13	105		
OW*	88	15	0	15	20	3	10	42	92	44	329	33 162	9.92
davon w.													
davon m.													
LU*	990	51	1	228	318	78	122	223	1 021	365	3 397	354 731	9.58
davon w.													
davon m.													
ZG	163	6	0	44	63	15	21¹	51	159	32	554	105 244	5.26
davon w.	67	1	0	17	31	8	16	37	84	17	278		
davon m.	96	5	0	27	32	7	5	14	75	15	276		
GL*	98	11	1	32	21	27	4	52	93	45	384	38 317	10.02
davon w.													
davon m.													
GR	180	24	5	38	24	45	85	99	109	166	775	187 812	4.13
davon w.	86	7	0	16	14	24	37	54	56	75	368		
davon m.	94	17	5	23	10	21	48	45	53	91	407		
SG*	1 110	52	2	251	281	120	135	845	1 048	174	4 018	458 821	8.76
davon w.													
davon m.													

	Artikel 369	Artikel 370	Artikel 371	Artikel 372	Artikel 385 ³	Artikel 392	Artikel 393	Artikel 392/393	Artikel 394	Artikel 395	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* wohner**	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
TG* davon w. davon m.	412	17	4	78	116	75	38	341	654	150	1 885	232 978	8.09
SH** davon w. davon m.	135	7	1	35	29	37	69	50	279	33	675	73 788	9.15
AI davon w. davon m.	24	1	2	16	15	19	0	19	58	7	161	15 029	10.71
AR davon w. davon m.	130	7	0	24	40	33	45	52	164	23	518	52 841	9.80
ZH* davon w. davon m.	2 441	93	3	467	519	341	140	3 688	1 970	397	10 059	1 261 810	7.97
AG* davon w. davon m.	843	24	6	268	253	190	348	369	949	503	3 753	565 122	6.64
SO* davon w. davon m.	539	5	0	200	160	103	179	335	778	222	2 521	247 379	10.19
BL* davon w. davon m.	470	5	0	96	76	396	400	272	904	240	2 859	265 305	10.78
BS davon w. davon m.	95	6	0	367	27	124	373	270	321	74	2 059	186 753	11.03
JU* davon w. davon m.	155	14	2	62	0	14	116	86	308	17	774	69 091	11.20

	Artikel 369	Artikel 370	Artikel 371	Artikel 372	Artikel 385 ³	Artikel 392	Artikel 393	Artikel 392/393	Artikel 394	Artikel 395	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* wohner**	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
BE	1 802	76	62	763	341	354	654	1 610	3 983	311	9 956	955 378	10.42
davon w.	790	32	27	326	141	155	352	822	1 879	126	4 650		
davon m.	1 012	44	35	437	200	199	302	788	2 104	185	5 306		
FR*	524	102	7	856	0	107	164	88	1 382	471	3 701	250 377	14.78
davon w.													
davon m.													
VS	579	226	8	218	164	66	231	92	258	664	2 506	287 976	8.70
davon w.	281	85	3	95	63	32	104	48	129	302	1 142		
davon m.	298	141	5	123	101	34	127	44	129	362	1 364		
VD*2	1 169	95	10	1 495	503	433	0	1 122	1 799	214	6 840	647 382	10.57
davon w.													
davon m.													
GE	767	29	0	76	79	590	10	695	343	33	2 622	427 396	6.13
davon w.	343	4	0	38	30	316	6	467	164	17	1 385		
davon m.	424	25	0	38	49	274	4	228	179	16	1 237		
NE	467	37	2	457	188	40	114	2	496	80	1 883	167 910	11.21
davon w.	218	14	0	183	92	20	53	2	244	53	879		
davon m.	249	23	2	274	96	20	61	0	252	27	1 004		
TI	478	22	1	498	199	666	887	162	791	24	3 728	319 931	11.65
davon w.	229	7	0	195	98	316	495	101	409	12	1 862		
davon m.	249	15	1	303	101	350	392	61	382	12	1 866		
Total	14 003	975	118	6 652	3 488	3 954	4 686	10 856	18 368	4 440	67 540	7 582 149	8.91

* Unterscheidung männlich/weiblich nicht erfasst.

1 Zusätzlich 5 Beistandschaften nach Artikel 393 ZGB für juristische Personen
2 Die Schutzmassnahmen werden wegen Verwaltungsreformen nur teilweise erfasst.

** Unterscheidung männlich/weiblich teilweise erfasst.

Bestehende Massnahmen 31. Dezember 2004 (Kinder)

	Artikel 307	Artikel 308	Artikel 309	Artikel 309/308	Artikel 310	Artikel 310/308	Artikel 311/312	Artikel 318 ³	Artikel 324	Artikel 325	Artikel 368	Artikel 392	Artikel 146/147	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* wohner**	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
UR	0	23	0	0	0	0	1	2	0	0	3	0	0	29	35 083	0.83
davon w.	0	13	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	15		
davon m.	0	10	0	0	0	0	1	0	0	0	3	0	0	14		
SZ*	19	176	7	26	18	9	1	1	15	6	60	46	1	384	135 989	2.82
davon w.																
davon m.																
NW	1	47	1	2	0	8	1	5	0	0	8	8	5	86	39 497	2.18
davon w.	0	23	0	0	0	1	1	2	0	0	6	7	5	45		
davon m.	1	24	1	2	0	7	0	3	0	0	2	1	0	41		
OW*	4	38	1	0	3	3	0	0	0	0	5	6	0	60	33 162	1.81
davon w.																
davon m.																
LU**	23	873	4	83	20	140	3	15	3	16	109	158	26	1 473	354 731	4.15
davon w.								10					14	24		
davon m.								5					12	17		
ZG	5	124	3	8	1	14	0	3	0	6	35	31	0	230	105 244	2.19
davon w.	4	63	1	3	0	9	0	1	0	2	13	17	0	113		
davon m.	1	61	2	5	1	5	0	2	0	4	22	14	0	117		
GL*	9	110	3	0	22	0	0	0	1	2	9	5	25	186	38 317	4.85
davon w.																
davon m.																
GR	33	140	6	19	13	23	0	16	8	4	14	20	1	297	187 812	1.58
davon w.	12	53	1	6	4	9	0	7	2	0	6	12	0	112		
davon m.	21	87	5	13	9	14	0	9	6	4	8	8	1	185		
SG*	41	2 063	7	128	36	187	15	25	15	34	129	179	11	2 870	458 821	6.26
davon w.																
davon m.																

	Artikel 307	Artikel 308	Artikel 309	Artikel 309/308	Artikel 310	Artikel 310/308	Artikel 311/312	Artikel 318 ³	Artikel 324	Artikel 325	Artikel 368	Artikel 392	Artikel 146/147	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* wohner**	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
TG* davon w. davon m.	45	620	3	143	37	92	21	1	26	27	61	56	3	1 134	232 978	4.87
SH davon w. davon m.	21	200	0	20	0	28	4	9	3	4	32	63	0	384	73 788	5.20
	9	98	0	9	0	16	3	4	0	3	14	27	0	183		
	12	102	0	11	0	12	1	5	3	1	18	36	0	201		
AI davon w. davon m.	0	30	0	0	2	0	0	4	0	0	6	0	0	42	15 029	2.79
	0	17	0	0	0	0	0	1	0	0	2	0	0	20		
	0	13	0	0	2	0	0	3	0	0	4	0	0	22		
AR davon w. davon m.	2	212	1	18	8	6	1	15	1	2	8	29	5	308	52 841	5.83
	1	118	1	6	5	6	1	9	0	0	5	18	2	172		
	1	94	0	12	3	0	0	6	1	2	3	11	3	136		
ZH* davon w. davon m.	94	3 473	6	477	109	639	37	141	18	58	355	594	52	6 053	1 261 810	4.80
AG* davon w. davon m.	16	1 011	19	87	36	33	20	56	2	21	214	131	21	1 667	565 122	2.95
SO* davon w. davon m.	25	805	25	14	20	73	11	181	3	15	70	54	2	1 298	247 379	5.25
BL² davon w. davon m.														0	265 305	0.00
BS davon w. davon m.	46	368	144	13	18	93	0	0	0	1	111	87	1	882	186 753	4.72
	22	166	71	4	4	53	0	0	0	1	57	50	1	429		
	24	202	73	9	14	40	0	0	0	0	54	37	0	453		
JU* davon w. davon m.	3	336	0	10	3	3	0	0	3	6	46	105	20	523	69 091	7.57

	Artikel 307	Artikel 308	Artikel 309	Artikel 309/308	Artikel 310	Artikel 310/308	Artikel 311/312	Artikel 318 ³	Artikel 324	Artikel 325	Artikel 368	Artikel 392	Artikel 146/147	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004*	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
BE																
davon w.	66	2 912	27	312	22	162	16	10	8	33	356	353	6	4 283	955 378	4.48
davon m.	38	1 269	13	149	8	76	5	6	4	6	138	147	3	1 862		
	28	1 643	14	163	14	86	11	4	4	27	218	206	3	2 421		
FR*	239	923	30	77	55	15	41	0	12	22	174	145	12	1 745	250 377	6.97
davon w.																
davon m.																
VS	145	589	30	28	57	14	6	41	0	14	93	59	10	1 086	287 976	3.77
davon w.	69	278	13	14	27	4	3	19	0	6	42	34	6	515		
davon m.	76	311	17	14	30	10	3	22	0	8	51	25	4	571		
VD*4	366	1 000	0	200	263	0	9	165	9	25	373	664	14	3 088	647 382	4.77
davon w.																
davon m.																
GE	58	1 554	5	253	0	241	15	29	0	47	238	675	44	3 159	427 396	7.39
davon w.	31	741	3	139	0	131	11	18	0	16	112	324	30	1 556		
davon m.	27	813	2	114	0	110	4	11	0	31	126	351	14	1 603		
NE	12	1 086	36	0	236	191	12	99	0	7	137	91	5	1 907	167 910	11.36
davon w.	5	489	17	0	100	80	7	54	0	4	49	50		855		
davon m.	7	597	19	0	136	111	5	45	0	3	88	41		1 052		
TI	683	560	4	99	330	30	50	6	7	54	150	359	2	2 334	319 931	7.30
davon w.	329	265	3	42	158	16	26	3	5	18	62	139	1	1 067		
davon m.	354	295	1	57	172	14	24	3	2	36	88	220	1	1 267		
Total	1 953	19 273	362	2 017	1 306	2 001	264	822	131	404	2 796	3 918	261	35 508	7 582 149	4.68

* Unterscheidung männlich/weiblich nicht erfasst.

** Unterscheidung männlich/weiblich teilweise erfasst.

1 Der Art. 318 Abs. 3 ZGB wird nicht erfasst.

2 Der Kanton Basel-Landschaft erfasst die Kinderschutzmassnahmen nicht zentral.

3 Die Art. 307 ZGB, Art. 310 ZGB, Art. 324 ZGB und Art. 298a ZGB werden nicht erfasst.

4 Die Schutzmassnahmen werden wegen Verwaltungsreformen nur teilweise erfasst.

5 Die Art. 146/147 ZGB werden nicht erfasst.

Neuangeordnete Massnahmen 31. Dezember 2004 (Erwachsene)

	Artikel 369	Artikel 370	Artikel 371	Artikel 372	Artikel 385 ³	Artikel 392	Artikel 393	Artikel 392/393	Artikel 394	Artikel 395	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004*	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
UR	13	1	0	1	2	1	0	6	28	17	69	35 083	1.97
davon w.	8	0	0	1	1	1	0	5	16	11	42		
davon m.	5	1	0	1	1	0	0	1	12	6	27		
SZ *	8	4	0	2	1	18	16	51	65	6	171	135 989	1.26
davon w.													
davon m.													
NW *	10	0	0	2	0	3	1	20	10	4	50	39 497	1.27
davon w.													
davon m.													
OW *	5	0	0	3	2	0	0	0	15	2	27	33 162	0.81
davon w.													
davon m.													
LU *	43	2	0	22	24	37	17	78	198	30	451	354 731	1.27
davon w.													
davon m.													
ZG	11	0	0	3	4	8	7¹	13	35	1	82	105 244	0.78
davon w.	2	0	0	1	2	2	5	9	18	1	40		
davon m.	9	0	0	2	2	6	2	4	17	0	42		
GL *	6	3	0	6	2	9	0	9	16	8	59	38 317	1.54
davon w.													
davon m.													
GR	10	2	0	5	3	25	16	22	24	22	129	187 812	0.69
davon w.	7	1	0	2	2	16	8	14	12	10	72		
davon m.	3	1	0	3	1	9	8	8	12	12	57		
SG *	87	4	0	14	33	61	23	192	186	16	616	458 821	1.34
davon w.													
davon m.													

	Artikel 369	Artikel 370	Artikel 371	Artikel 372	Artikel 385 ³	Artikel 392	Artikel 393	Artikel 392/393	Artikel 394	Artikel 395	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004*	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
TG* davon w. davon m.	18	2	0	9	24	42	8	60	151	15	329	232 978	1.41
SH** davon w. davon m.	6	0	0	0	2	6	1	10	38	1	64	73 788	0.87
AI davon w. davon m.	1	0	0	1	1	7	0	4	7	0	21	15 029	1.40
AR davon w. davon m.	5	2	0	3	1	9	6	9	23	4	62	52 841	1.17
ZH* davon w. davon m.	80	2	1	30	14	122	41	830	309	36	1 465	1 261 810	1.16
AG* davon w. davon m.	69	4	1	33	17	118	69	127	314	124	876	565 122	1.55
SO* davon w. davon m.	22	0	0	30	11	31	25	93	177	19	408	247 379	1.65
BL* davon w. davon m.	25	1	0	1	14	46	24	54	109	9	283	265 305	1.07
BS davon w. davon m.	4	0	0	18	4	53	100	78	64	4	325	186 753	1.74
JU* davon w. davon m.	9	1	0	4	5	8	19	10	42	0	98	69 091	1.42

	Artikel 369	Artikel 370	Artikel 371	Artikel 372	Artikel 385 ³	Artikel 392	Artikel 393	Artikel 392/393	Artikel 394	Artikel 395	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004*	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
BE	59	5	0	34	17	127	83	324	762	23	1 434	955 378	1.50
davon w.	25	3	0	15	7	52	35	137	342	10	626		
davon m.	34	2	0	19	10	75	48	187	420	13	808		
FR *	24	4	0	93	13	55	33	27	267	52	568	250 377	2.27
davon w.													
davon m.													
VS	75	45	1	42	41	26	31	24	50	113	448	287 976	1.56
davon w.	43	17	0	12	19	20	19	15	22	62	229		
davon m.	32	28	1	30	22	6	12	9	28	51	219		
VD *2	88	11	2	162	40	118	0	222	324	12	979	647 382	1.51
davon w.													
davon m.													
GE	78	7	0	12	24	86	5	217	91	2	522	427 396	1.22
davon w.	36	0	0	7	8	51	2	155	42	2	303		
davon m.	42	7	0	5	16	35	3	62	49	0	219		
NE	31	3	0	46	0	9	23	1	102	17	232	167 910	1.38
davon w.	20	1	0	20	0	7	12	1	51	13	125		
davon m.	11	2	0	26	0	2	11	0	51	4	107		
TI	38	2	0	48	21	67	108	62	172	1	519	319 931	1.62
davon w.	20	0	0	11	11	32	70	39	96	0	279		
davon m.	18	2	0	37	10	35	38	23	76	1	240		
Total	825	105	5	624	320	1 092	656	2 543	3 579	538	10 287	7 582 149	1.36

* Unterscheidung männlich/weiblich nicht erfasst.

1 Zusätzlich 5 Beistandschaften nach Art. 393 ZGB für juristische Personen
2 Die Schutzmassnahmen werden wegen Verwaltungsreformen nur teilweise erfasst.

** Unterscheidung männlich/weiblich teilweise erfasst.

Neuangeordnete Massnahmen 31. Dezember 2004 (Kinder)

	Artikel 307	Artikel 308	Artikel 309	Artikel 310	Artikel 309/308	Artikel 310/308	Artikel 311/312	Artikel 318 ³	Artikel 324	Artikel 325	Artikel 368	Artikel 392	Artikel 146/147	Artikel 298a	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* 1000 Ein- wohner**	
UR	0	8	0	0	0	0	1	0	0	0	2	1	0	0	12	35 083	0.34
davon w.	0	4	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	0	6		
davon m.	0	4	0	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0	0	6		
SZ *	3	73	3	4	6	4	1	1	26	2	13	21	1	45	202	135 989	1.49
davon w.																	
davon m.																	
NW	1	25	0	1	4	1	0	0	0	0	3	3	0	3	41	39 497	1.04
davon w.																	
davon m.																	
OW *	2	5	1	0	0	3	0	0	0	0	0	0	0	8	19	33 162	0.57
davon w.																	
davon m.																	
LU **	16	240	1	6	49	31	2	5	0	3	29	85	7	52	526	354 731	1.48
davon w.								3						21	24		
davon m.								2						31	33		
ZG	3	31	2	2	3	5	0	0	0	0	10	21	0	3	80	105 244	0.76
davon w.	3	14	1	0	2	3	0	0	0	0	4	11	0	2	40		
davon m.	0	17	1	2	1	2	0	0	0	0	6	10	0	1	40		
GL *	4	59	2	11	0	0	0	0	0	1	2	2	15	0	96	38 317	2.51
davon w.																	
davon m.																	
GR	14	48	4	13	11	2	1	18	1	0	4	23	0	9	148	187 812	0.79
davon w.	5	20	1	3	4	1	1	12	0	0	0	11	0	4	62		
davon m.	9	28	3	10	7	1	0	6	1	0	4	12	0	5	86		
SG *	22	487	4	35	65	67	5	12	5	9	32	104	4	25	876	458 821	1.91
davon w.																	
davon m.																	

	Artikel 307	Artikel 308	Artikel 309	Artikel 310	Artikel 309/308	Artikel 310/308	Artikel 311/312	Artikel 318 ³	Artikel 324	Artikel 325	Artikel 368	Artikel 392	Artikel 146/147	Artikel 298a	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* wohner**	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
TG * davon w. davon m.	26	168	2	13	65	28	7	1	3	12	16	43	1	44	428	232 978	1.84
SH davon w. davon m.	4	30	0	0	2	6	0	0	0	0	1	28	0	21	92	73 788	1.25
	2	17	0	0	0	4	0	0	0	0	1	12	0		36		
	2	13	0	0	2	2	0	0	0	0	0	16	0		35		
AI davon w. davon m.	0	4	0	0	0	0	0	2	0	0	3	0	0	0	9	15 029	0.60
	0	1	0	0	0	0	1	0	0	0	1	0	0	0	3		
	0	3	0	0	0	0	0	1	0	0	2	0	0	0	6		
AR davon w. davon m.	1	46	0	6	3	0	1	0	0	1	3	26	2	5	94	52 841	1.78
	0	27	0	2	1	0	1	0	0	0	2	16	1	3	53		
	1	19	0	4	2	0	0	0	0	1	1	10	1	2	41		
ZH * davon w. davon m.	48	745	7	90	185	134	13	32	0	15	84	346	27	586 ²	2 312	1 261 810	1.83
AG * davon w. davon m.	6	371	6	9	79	19	4	3	1	18	86	71	3	22	698	565 122	1.24
SO * davon w. davon m.	9	206	7	1	11	37	1	30	3	4	12	33	4	53	411	247 379	1.66
BL 2 davon w. davon m.															0	265 305	0.00
BS davon w. davon m.	7	128	64	8	1	43	0	0	0	0	28	35	0	30	344	186 753	1.84
	1	60	23	3	0	19	0	0	0	0	15	19	0	14	154		
	6	68	41	5	1	24	0	0	0	0	13	16	0	16	190		
JU * davon w. davon m.	4	63	0	4	3	4	0	0	4	0	9	45	6	4	126	69 091	1.82

	Artikel 307	Artikel 308	Artikel 309	Artikel 310	Artikel 309/308	Artikel 310/308	Artikel 311/312	Artikel 318 ³	Artikel 324	Artikel 325	Artikel 368	Artikel 392	Artikel 146/147	Artikel 298a	Total	Wohn- bevölkerung per 31.12.2004* wohner**	Fälle pro 1000 Ein- wohner**
BE	49	722	16	29	267	60	7	4	0	2	70	170	5	373	1 774	955 378	1.86
davon w.	16	316	8	9	134	14	1	2	0	0	27	72	1	115	715		
davon m.	33	406	8	20	133	46	6	2	0	2	43	98	4	88	889		
FR *	75	287	33	28	63	13	17	0	11	5	47	98	3	67	747	250 377	2.98
davon w.																	
davon m.																	
VS	58	167	13	27	10	5	2	9	46	1	37	40	0	24	439	287 976	1.52
davon w.	25	79	6	11	4	2	6	23	1	16	22	0	0	12	209		
davon m.	33	88	7	16	6	3	0	3	23	0	21	18	0	12	230		
VD *4	81	199	0	58	65	0	5	24	9	7	79	233	6	87	847	647 382	1.31
davon w.																	
davon m.																	
GE	27	414	4	0	127	81	6	0	0	0	100	195	9	61	1 024	427 396	2.40
davon w.	13	200	4	0	70	46	2	0	0	0	52	90	7	27	511		
davon m.	14	214	0	0	57	35	4	0	0	0	48	105	2	34	513		
NE	2	197	12	90	0	78	6	223	0	4	53	46	7	7	711	167 910	4.23
davon w.	1	91	6	38	0	32	4	105	0	2	13	21	21	313	398		
davon m.	1	106	6	52	0	46	2	118	0	2	40	25	7	7			
TI	206	110	0	77	35	4	9	1	0	13	56	153	0	76	740	319 931	2.31
davon w.	91	50	0	38	18	2	4	0	0	6	23	54	0	31	317		
davon m.	115	60	0	39	17	2	5	1	0	7	33	99	0	45	423		
Total	664	4 833	181	508	1 054	621	88	363	105	97	779	1 822	87	1 594	12 796	7 582 149	1.69

* Unterscheidung männlich/weiblich nicht erfasst.

** Unterscheidung männlich/weiblich teilweise erfasst.

⁴ Die Art. 307 ZGB, Art. 310 ZGB, Art. 324 ZGB und Art. 298a ZGB werden nicht erfasst.

⁵ Die Schutzmassnahmen werden wegen Verwaltungsreformen nur teilweise erfasst.

¹ Der Art. 318 Abs. 3 ZGB wird nicht erfasst.

² Davon 529 Fälle nach Art. 298a ZGB und 57 Fälle nach Art. 134 Abs. 3 ZGB.

³ Der Kanton Basel-Landschaft erfasst die Kinderschutzmassnahmen nicht zentral. ⁷ Die Art. 146/147 und Art. 298a ZGB werden nicht erfasst.

