

## Urheberrechtliche Hinweise zur Nutzung Elektronischer Bachelor-Arbeiten

Die auf dem Dokumentenserver der Zentral- und Hochschulbibliothek Luzern (ZHB) gespeicherten und via Katalog IDS Luzern zugänglichen elektronischen Bachelor-Arbeiten der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit dienen ausschliesslich der wissenschaftlichen und persönlichen Information.

Die öffentlich zugänglichen Dokumente (einschliesslich damit zusammenhängender Daten) sind urheberrechtlich gemäss Urheberrechtsgesetz geschützt. Rechtsinhaber ist in der Regel<sup>1</sup> die Hochschule Luzern – Soziale Arbeit. Der Benutzer ist für die Einhaltung der Vorschriften verantwortlich.

Die Nutzungsrechte sind:

- Sie dürfen dieses Werk vervielfältigen, verbreiten, mittels Link darauf verweisen. Nicht erlaubt ist hingegen das öffentlich zugänglich machen, z.B. dass Dritte berechtigt sind, über das Setzen eines Linkes hinaus die Bachelor-Arbeit auf der eigenen Homepage zu veröffentlichen (Online-Publikation).
- Namensnennung: Sie müssen den Namen des Autors/Rechteinhabers bzw. der Autorin/Rechteinhaberin in der von ihm/ihr festgelegten Weise nennen.
- Keine kommerzielle Nutzung. Alle Rechte zur kommerziellen Nutzung liegen bei der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, soweit sie von dieser nicht an den Autor bzw. die Autorin zurück übertragen wurden.
- Keine Bearbeitung. Dieses Werk darf nicht bearbeitet oder in anderer Weise verändert werden.

Allfällige abweichende oder zusätzliche Regelungen entnehmen Sie bitte dem urheberrechtlichen Hinweis in der Bachelor-Arbeit selbst. Sowohl die Hochschule Luzern – Soziale Arbeit als auch die ZHB übernehmen keine Gewähr für Richtigkeit, Aktualität und Vollständigkeit der publizierten Inhalte. Sie übernehmen keine Haftung für Schäden, welche sich aus der Verwendung der abgerufenen Informationen ergeben. Die Wiedergabe von Namen und Marken sowie die öffentlich zugänglich gemachten Dokumente berechtigen ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen und Marken im Sinne des Wettbewerbs- und Markenrechts als frei zu betrachten sind und von jedermann genutzt werden können.

Luzern, 16. Juni 2010

Hochschule Luzern  
Soziale Arbeit



Dr. Walter Schmid  
Rektor

---

<sup>1</sup> Ausnahmsweise überträgt die Hochschule Luzern – Soziale Arbeit das Urheberrecht an Studierende zurück. In diesem Fall ist der/die Studierende Rechtsinhaber/in.

**Die Hochschule Luzern – Soziale Arbeit**

**empfiehlt diese Bachelor-Arbeit**

**besonders zur Lektüre!**

**Bachelorarbeit**  
Ausbildungsgang **Sozialarbeit**  
Kurs **TZ 2005-2010**

**Egger Christina und Ludescher Tanja**

**Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutzrecht**

**Ein Vergleich von Grundgedanken, Organisation und Massnahmen**

Diese Bachelorarbeit wurde eingereicht im Januar 2010 in 4 Exemplaren zur Erlangung des vom Fachhochschulrat der Hochschule Luzern ausgestellten Diploms für **Sozialarbeit**.

---

Diese Arbeit ist Eigentum der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit. Sie enthält die persönliche Stellungnahme des Autors/der Autorin bzw. der Autorinnen und Autoren.

---

Veröffentlichungen – auch auszugsweise – bedürfen der ausdrücklichen Genehmigung durch die Leitung Bachelor.

---

Reg. Nr.:

## **Vorwort der Schulleitung**

Die Bachelorarbeit ist Bestandteil und Abschluss der beruflichen Ausbildung an der Hochschule Luzern, Soziale Arbeit. Mit dieser Arbeit zeigen die Studierenden, dass sie fähig sind, einer berufsrelevanten Fragestellung systematisch nachzugehen, Antworten zu dieser Fragestellung zu erarbeiten und die eigenen Einsichten klar darzulegen. Das während der Ausbildung erworbene Wissen setzen sie so in Konsequenzen und Schlussfolgerungen für die eigene berufliche Praxis um.

Die Bachelorarbeit wird in Einzel- oder Gruppenarbeit parallel zum Unterricht im Zeitraum von zehn Monaten geschrieben. Gruppendynamische Aspekte, Eigenverantwortung, Auseinandersetzung mit formalen und konkret-subjektiven Ansprüchen und Standpunkten sowie die Behauptung in stark belasteten Situationen gehören also zum Kontext der Arbeit.

Von einer gefestigten Berufsidentität aus sind die neuen Fachleute fähig, soziale Probleme als ihren Gegenstand zu beurteilen und zu bewerten. Sozialarbeiterisches Denken und Handeln ist vernetztes, ganzheitliches Denken und präzises, konkretes Handeln. Es ist daher nahe liegend, dass die Diplomandinnen und Diplomanden ihre Themen von verschiedenen Seiten beleuchten und betrachten, den eigenen Standpunkt klären und Stellung beziehen sowie auf der Handlungsebene Lösungsvorschläge oder Postulate formulieren.

Ihre Bachelorarbeit ist somit ein wichtiger Fachbeitrag an die breite thematische Entwicklung der professionellen Sozialen Arbeit im Spannungsfeld von Praxis und Wissenschaft. In diesem Sinne wünschen wir, dass die zukünftigen Sozialarbeiterinnen mit ihrem Beitrag auf fachliches Echo stossen und ihre Anregungen und Impulse von den Fachleuten aufgenommen werden.

Luzern, im Januar 2010

Hochschule Luzern, Soziale Arbeit  
Leitung Bachelor

## **Abstract**

Der Begriff Erwachsenenschutzrecht gilt für Kinder und Erwachsene. Diese Bachelorarbeit widmet sich ausschliesslich den Veränderungen des Vormundschaftsrechts bezogen auf Erwachsene. Die Umsetzung der neuen Gesetzesvorlage vom 19. Dezember 2008 wird Aufgabe der Kantone sein und ist nicht abgeschlossen. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Veränderungen in Bezug auf die Grundgedanken des Vormundschaftsrechts, die Organisation und die Massnahmen aufzuzeigen. Das erste Kapitel zeigt die genannten Aspekte bezogen auf das bestehende Vormundschaftsrecht von 1907. Dieselben Aspekte werden im zweiten Kapitel anhand des neuen Erwachsenenschutzrechts betrachtet, welches voraussichtlich 2013 in Kraft treten wird. Das dritte Kapitel stellt mit Hilfe eines konstruierten Fallbeispiels den Bezug zur Praxis her, während Kapitel 4 die Veränderungen der genannten Aspekte zusammenfasst und einen Ausblick wagt. Das neue Erwachsenenschutzrecht will Stigmatisierungen verringern und den Schutz der Familie stärken. Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung sowie das gesetzliche Vertretungsrecht unterstützen die Absicht der neuen Gesetzesvorlage, die Selbständigkeit und die Selbstbestimmung der betroffenen Personen zu fördern. Eine wichtige Änderung bringen die massgeschneiderten Massnahmen. Neu spricht das Gesetz bei allen Massnahmen von Beistandschaft. Dennoch kann auch künftig von einer unterschiedlichen Stärke der Massnahmen ausgegangen werden. Begleit-, Vertretungs-, Mitwirkungs- und umfassende Beistandschaft unterscheiden sich in Bezug auf die Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Personen. Hinzu kommen unterschiedliche Aufgabenbereiche wie Personensorge, Vermögenssorge und Rechtsverkehr. Eine grosse Herausforderung stellt die Bildung der Fachbehörde dar.

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Vorwort der Autorinnen</b> .....	<b>5</b>
<b>Einleitung</b> .....	<b>7</b>
<b>1. DAS GELTENDE VORMUNDSCHAFTSRECHT VON 1907</b> .....	<b>9</b>
<b>1.1 Grundgedanken des Vormundschaftsrechts von 1907</b> .....	<b>9</b>
Freiheit.....	9
Menschlichkeit .....	10
Gemeinwohl.....	10
1.1.1 Schutz des Schwachen .....	10
Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Urteilsfähigkeit.....	11
1.1.2 Betreuung und Freiheit.....	12
1.1.3 Aufgabenteilung als organisatorisches Prinzip .....	13
1.1.4 Massnahmen zur Verwirklichung des Schutzes .....	13
<b>1.2 Vormundschaftliche Organe</b> .....	<b>14</b>
1.2.1 Die Vormundschaftsbehörde.....	15
1.2.2 Beiständinnen und Beistände, Vormundinnen und Vormunde.....	16
1.2.3 Die Aufsichtsbehörde .....	16
1.2.4 Fazit .....	17
<b>1.3 Vormundschaftliche Massnahmen</b> .....	<b>18</b>
1.3.1 Die Beistandschaft (Art. 392 – 394 ZGB) .....	19
Vertretungsbeistandschaft.....	19
Verwaltungsbeistandschaft.....	20
Kombinierte Beistandschaft.....	20
Beistandschaft auf eigenes Begehren.....	21
1.3.2 Die Beiratschaft (Art. 395 ZGB).....	222
Mitwirkungsbeiratschaft .....	22
Verwaltungsbeiratschaft .....	22
Kombinierte Beiratschaft .....	22
1.3.3 Die Vormundschaft (Art. 369 – 372 ZGB).....	23
<b>1.4 Gründe für ein neues Vormundschaftsrecht</b> .....	<b>24</b>
1.4.1 Berücksichtigung der Grundsätze des Vormundschaftsrechts.....	24
1.4.2 Berücksichtigung der Gegenwart .....	25
1.4.3 Berücksichtigung von Föderalismus und Professionalität.....	288

<b>2. DAS KÜNFTIGE ERWACHSENENSCHUTZRECHT VON 2013.....</b>	<b>30</b>
<b>2.1 Entstehung und Stand.....</b>	<b>30</b>
2.1.1 Prozess auf politischer Ebene .....	30
2.1.2 Übergangsregelung.....	32
<b>2.2 Grundgedanken des Erwachsenenschutzrechts von 2013.....</b>	<b>33</b>
2.2.1 Schutz des Schwachen .....	33
Terminologie .....	34
Publikation von Massnahmen.....	35
Menschenwürde .....	35
2.2.2 Selbstbestimmung durch eigene Vorsorge.....	36
Patientenverfügung.....	36
Vertretung bei medizinischen Massnahmen .....	37
Vorsorgeauftrag .....	37
Gesetzliches Vertretungsrecht .....	37
2.2.3 Betreuung und Freiheit.....	38
Zivilrechtliche Haftung und Verantwortung.....	39
Beschränkung der Handlungsfähigkeit vs. Handlungsfreiheit.....	39
2.2.4 Urteilsunfähige Personen in Institutionen .....	40
Freiheitseinschränkende Massnahmen.....	40
Betreuungsverträge .....	40
Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen .....	41
2.2.5 Verwirklichung des Schutzes .....	41
Subsidiarität .....	41
Verhältnismässigkeit.....	42
Rechtsanspruch.....	42
<b>2.3 Vormundschaftliche Organe .....</b>	<b>42</b>
2.3.1 Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde .....	43
2.3.2 Beiständinnen und Beistände.....	44
2.3.3 Die Aufsichtsbehörde .....	46
2.3.4 Problempunkte für die Umsetzung .....	46
<b>2.4 Vormundschaftliche Massnahmen .....</b>	<b>47</b>
2.4.1 Massgeschneiderte Massnahmen .....	49
Begleitbeistandschaft (nArt. 393 ZGB) .....	50
Vertretungsbeistandschaft (nArt. 394 ZGB) .....	51
Mitwirkungsbeistandschaft (nArt. 396 ZGB) .....	52
Umfassende Beistandschaft (nArt. 398 ZGB) .....	52
2.4.2 Ausblick .....	53

<b>2.5 Konsequenzen für die Soziale Arbeit .....</b>	<b>53</b>
2.5.1 Die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde .....	53
Behördenmodelle.....	53
Fachlichkeit .....	54
Fachbereiche .....	55
Schlussfolgerungen für die Zusammensetzung der Fachbehörde.....	58
2.5.2 Veränderungen für Beistandspersonen .....	59
Schulung und Zusammenarbeit.....	59
Präzise Aufträge .....	59
Anforderungsprofil .....	60
Haftung und Kontrolle .....	60
Aufweichen von Hierarchien .....	61
<b>3. ANWENDUNG DES NEUEN ERWACHSENENSCHUTZRECHTS.....</b>	<b>62</b>
<b>3.1 Ein Fallbeispiel.....</b>	<b>62</b>
3.1.1 Variante a: Vorliegen von Vorsorgemassnahmen.....	63
Patientenverfügung.....	63
Vorsorgeauftrag .....	63
Herausforderungen und Risiken.....	64
3.1.2 Variante b: Keine Vorsorgemassnahmen .....	65
Gesetzliches Vertretungsrecht .....	65
Erweitertes gesetzliches Vertretungsrecht .....	66
Fazit .....	<b>Fehler! Textmarke nicht definiert.</b>
<b>3.2 Vorgehen nach Luzerner Modell.....</b>	<b>67</b>
3.2.1 Phase I: Problemorientierung.....	68
3.2.2 Phase II: Lösungsorientierung.....	68
3.2.3 Phase III: Handlungsorientierung .....	69
3.2.4 Phase IV: Prozessorientierung .....	69
3.2.5 Werteorientierung.....	70
3.2.6 Fazit .....	70
<b>3.3 Prüfen von Beistandschaften.....</b>	<b>71</b>
3.3.1 Begleitbeistandschaft .....	71
3.3.2 Vertretungsbeistandschaft.....	72
3.3.3 Mitwirkungsbeistandschaft .....	72
3.3.4 Umfassende Beistandschaft.....	72
3.3.5 Fazit .....	73



<b>3.4 Veränderungen.....</b>	<b>75</b>
3.4.1 Bedeutung für Beteiligte .....	76
Vorsorgemassnahmen.....	76
Haftung im Schadensfall.....	77
Grenzen der Vertretung.....	77
3.4.2 Professionalisierung .....	78
Relevanz der Abklärungen .....	78
3.4.3 Interdisziplinarität .....	80
Herausforderung Koordination .....	80
<b>4. SCHLUSSFOLGERUNGEN .....</b>	<b>81</b>
<b>4.1 Grundgedanken .....</b>	<b>81</b>
<b>4.2 Organisation.....</b>	<b>81</b>
<b>4.3 Vormundschaftliche Massnahmen .....</b>	<b>82</b>
<b>4.4 Ausblick.....</b>	<b>83</b>
<b>5. QUELLENVERZEICHNIS .....</b>	<b>85</b>
<b>ANHANG A: GESETZESTEXTE .....</b>	<b>90</b>
<b>ANHANG B: AUFZÄHLUNGEN, TABELLEN UND STATISTIKEN.....</b>	<b>153</b>
<b>ABBILDUNGSVERZEICHNIS</b>	
<b>Abbildung 1</b> Zusammensetzung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.....	<b>44</b>
<b>Abbildung 2</b> Überblick massgeschneiderte Massnahmen .....	<b>48</b>
<b>Abbildung 3</b> Vorschlag zur Zusammensetzung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde .....	<b>59</b>
<b>Abbildung 4</b> Luzerner Modell.....	<b>67</b>

Die gesamte Bachelorarbeit wurde gemeinsam verfasst.

## **Vorwort der Autorinnen**

Im Herbst 2005 starteten wir, Tanja Ludescher und Christina Egger, unser Teilzeitstudium der Sozialen Arbeit an der Hochschule Luzern. Der Teilzeitmodus erlaubte uns, das Studium während der Dauer von 4.5 Jahren zu absolvieren und gleichzeitig im Sozialen Bereich tätig zu sein. Im Frühling 2006 übernahm Tanja Ludescher die Leitung eines kommunalen polyvalenten Sozialdienstes, welcher Aufgaben im Fürsorge- und Vormundschaftsbereich erfüllt. Christina Egger arbeitet seit Herbst 2008 im Kindes- und Jugendschutz. Obwohl wir beide in unserer Arbeit mit zivilrechtlichen Massnahmen in Berührung kommen, führten die unterschiedlichen Aufgabenbereiche einer Vormundschaftssekretärin und einer Beiständin, Vormundin zu einem regen und wertvollen Austausch. Hinzu kam, dass zum Zeitpunkt der Themensuche für die Bachelorarbeit der National- und Ständerat die Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz verabschiedeten. Die Aktualität des Themas und die berufliche Nähe motivierten uns, das bestehende Vormundschaftsrecht mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht zu vergleichen. Unser Ziel war es, die wesentlichen Änderungen in Bezug auf die Organisation, die Grundgedanken und die vormundschaftlichen Massnahmen aufzuzeigen. Aufgrund der Aktualität des Themas war uns bewusst, dass wir uns der Herausforderung stellen mussten, wenig Literatur zum neuen Recht vorzufinden. Viel Zeit wurde deshalb zur Recherche investiert. Dennoch war uns die Auseinandersetzung mit den Veränderungen im Vormundschaftswesen wichtig. Jede Veränderung bedeutet für alle Beteiligten immer eine Herausforderung. Herausforderungen sind auch mit Unsicherheiten verbunden. Da Wissen zu mehr Sicherheit führt, haben wir es uns zur Aufgabe gemacht, unterschiedliche Aspekte des neuen Rechts zu beleuchten.

Weitere besondere Herausforderungen bedeuteten für uns die neuen „Richtlinien für schriftliche wissenschaftliche Arbeiten an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit 09/10“, von deren Existenz wir erst sehr spät erfuhren. Ebenso erschien nach Beendigung des Inhalts unserer Arbeit ein Artikel von Patrick Zobrist in der Zeitschrift für Vormundschaftswesen. Der Artikel mit dem Titel „Fachpersonen der Sozialen Arbeit als Mitglieder der interdisziplinären Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde“, kam zu einem beinahe identischen Resultat, wie wir. Der Entscheid, Aspekte dieses Artikels in unsere Arbeit aufzunehmen, bedeutete eine erneute Auseinandersetzung mit den Veränderungen im Vormundschaftswesen. Wir vertreten dennoch den Standpunkt, dass sich dieser zusätzliche Aufwand gelohnt hat. Die Legitimation der Sozialen Arbeit in einer Fachbehörde (vgl. Kapitel 2.5.1) erhärtete sich.

Wir danken allen Kolleginnen und Kollegen für ihr Verständnis, die Diskussionsbereitschaft und ihre Geduld, welche wir ihnen während des Schreibens der Arbeit abverlangten. Besonderen Dank geht auch an unsere nahen Verwandten, Freundinnen und Freunde für ihre Unterstützung.

## **Einleitung**

Das geltende Vormundschaftsrecht von 1907 ist seit dem 1. Januar 1912 in Kraft. Die Frage der Aktualität stellte sich nach mehr als achtzig Jahren. 1993 wurde eine Expertengruppe gebildet, welche ihren ersten Entwurf zur Reform des Vormundschaftsrechts 1995 vorlegte. Drei Jahre später präsentierte dieselbe Expertengruppe einen vollständig ausformulierten Vorentwurf zur Änderung des Vormundschaftsrechts. Im November 2002 lag ein Vernehmlassungsentwurf vor und im Dezember 2008 genehmigte das Parlament die „Jahrhundertvorlage“. Voraussichtlich hundert Jahre, nachdem das bestehende Vormundschaftsrecht in Kraft trat, wird dieses durch das überarbeitete Recht abgelöst werden.

Die Vorbereitung zur Umsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechts ist nicht abgeschlossen. Die Gesetzesvorlage lässt Fragen zur neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) als Fachbehörde offen. Die Kantone sind gefordert, die Zusammensetzung der Fachbehörden zu definieren und diese zu bilden. Empfehlungen dazu gab die Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK) ab. Die vorliegende Arbeit hat nicht den Anspruch, die offenen Fragen zur Umsetzung des Erwachsenenschutzrechts zu beantworten. Vielmehr will sie zum Nachdenken anregen und die wesentlichen Änderungen in Bezug auf die Organisation, die Grundgedanken und die vormundschaftlichen Massnahmen aufzeigen. Die Arbeit soll Fachpersonen der Sozialen Arbeit, Mitgliedern von Vormundschaftsbehörden, Vormundschaftssekretärinnen oder Vormundschaftssekretären sowie mandatstragenden Personen einen ersten praktischen Einblick in die neuen Rechtsgrundlagen bieten. Sie widmet sich ausschliesslich Massnahmen für erwachsene Personen. Ausgeschlossen wurden Kinder und juristische Personen, ebenso wie die Fürsorgerische Freiheitsentziehung und die Einflüsse auf das Erbrecht.

Geleitet wurden die Autorinnen in den ersten beiden Kapiteln durch die Frage, inwiefern sich die Grundgedanken, die Organisation und die vormundschaftlichen Massnahmen für Erwachsene durch das neue Recht verändern.

Kapitel 1 widmet sich dem bestehenden Recht von 1907. Es beleuchtet unter Punkt 1.1 die Grundgedanken, zeigt die vormundschaftlichen Organe unter Punkt 1.2 und die vormundschaftlichen Massnahmen unter Punkt 1.3 auf und schliesst mit Gründen für ein neues Vormundschaftsrecht unter Punkt 1.4.

Kapitel 2 befasst sich, gestützt auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) mit Änderungen vom 19. Dezember 2008, mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht von 2013. Es zeigt unter Punkt 2.1 die Entstehung und den Stand des neuen Erwachsenenschutzrechts auf politischer Ebene und beschreibt Übergangsregelungen. Punkt 2.2 widmet sich den Grundgedanken des neuen Rechts und betrachtet gleichzeitig wesentliche Neuerungen. Punkt 2.3 beleuchtet die künftig möglichen vormundschaftlichen Organe, während Punkt 2.4 die neuen massgeschneiderten vormundschaftlichen Massnahmen beschreibt. Kapitel 2 endet unter Punkt 2.5 mit Konsequenzen für die Soziale Arbeit.

Kapitel 3 bildet den Bezug zur Praxis und wurde durch die Frage geleitet, wie sich das neue Recht auf Klientinnen und Klienten, auf die Sozialarbeitenden und die Gesellschaft auswirken kann. Anhand eines konstruierten Fallbeispiels unter Punkt 3.1 werden wesentliche Neuerungen betrachtet. Das Luzerner Modell zeigt unter Punkt 3.2 eine mögliche Vorgehensweise auf, während Punkt 3.3 die neuen massgeschneiderten Massnahmen bezogen auf das konstruierte Fallbeispiel betrachtet. Punkt 3.4 zeichnet Veränderungen für die Beteiligten sowie die Bedeutung für die Professionalisierung und die Interdisziplinarität auf.

Kapitel 4 rundet die Arbeit ab. Das bestehende und das neue Recht werden in Bezug auf die Grundgedanken, die Organisation und die vormundschaftlichen Massnahmen zusammengefasst. Ein kurzer Ausblick beschliesst die Arbeit.

Der Inhalt dieser Arbeit entspricht dem Stand vom Sommer 2009. Literatur zum neuen Erwachsenenschutzrecht fand sich bis dahin in Empfehlungen, Botschaften oder in Artikeln aus Fachzeitschriften. Ausführliche Informationen aus Büchern waren aufgrund der Aktualität des Themas (noch) nicht vorhanden. Diese Lücke wird auch durch die vorliegende Arbeit nicht geschlossen werden. Vielmehr versucht sie Chancen und Risiken des neuen Rechts für die Soziale Arbeit aufzuzeigen.

## **1. Das geltende Vormundschaftsrecht von 1907**

Das geltende Vormundschaftsrecht stammt aus dem Jahre 1907 und trat am 1. Januar 1912 in Kraft. Seither ist das Vormundschaftsrecht praktisch unverändert geblieben. Gute hundert Jahre später, voraussichtlich im Jahre 2013, tritt das überarbeitete Vormundschaftsrecht in Kraft, welches neu die Bezeichnung Erwachsenenschutzrecht erhält. Die Grundgedanken, die vormundschaftlichen Organe und die Massnahmen werden in den folgenden Kapiteln behandelt. Die drei genannten Punkte werden in diesem Kapitel aus der Perspektive des geltenden sowie in Kapitel 2 aus Sicht des neuen Rechts betrachtet. Gesetzesartikel aus dem geltenden Schweizerischen Zivilgesetzbuch werden wie folgt bezeichnet: Art. – Abs. – ZGB. Als Grundlage für die Neuerungen des Erwachsenenschutzrechts dient das Schweizerische Zivilgesetzbuch mit Änderungen vom 19. Dezember 2008, dessen Entstehung in Kapitel 2.1.1 beschrieben wird. Die darin aufgeführten Gesetzesartikel werden im Folgenden mit nArt. – Abs. – ZGB bezeichnet und lassen sich dadurch von den Artikeln des heutigen Zivilgesetzbuchs unterscheiden. Alle in dieser Arbeit genannten Gesetzesgrundlagen sind im Anhang A aufgeführt.

### **1.1 Grundgedanken des Vormundschaftsrechts von 1907**

Das Vormundschaftsrecht wird im Personenrecht, dem Ersten Teil des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, geregelt. Das ZGB ist ein Privatrecht und regelt die Beziehungen zwischen einzelnen Personen. Dabei wird vom Verhältnis der Gleichordnung ausgegangen (Stefan Müller, 1996, S. 33). Freiheit, Menschlichkeit und Gemeinwohl sind die Grundwerte des Schweizer Zivilrechts (August Egger, 1950, zit. in S. Müller, 1996, S. 33). Sie prägen ethisch den Inhalt des Vormundschaftsrechts. Im Folgenden wird auf die drei genannten Grundwerte eingegangen.

#### **Freiheit**

Die Schweiz ist ein Rechtsstaat, der die Freiheit Einzelner sicherstellen möchte. Dies geschieht, indem sämtliches staatliches Handeln an gesetzliche Grundlagen gebunden ist. Diese Grundlagen können mittels Demokratie mitbestimmt werden. Dadurch wird auch der Selbstbestimmung Rechnung getragen. Das Prinzip des Föderalismus bietet die Möglichkeit, auf die Bedürfnisse einzelner Regionen individuell einzugehen. Hinzu kommt die Gewaltenteilung auf mehrere Organe. Die Macht des Staates soll dadurch kontrolliert, respektive begrenzt werden. (S. Müller, 1996, S. 30-32) Die Einschränkung der Staatsmacht vergrössert die individuelle Freiheit.

## **Menschlichkeit**

Zur Menschlichkeit werden der Schutz der Persönlichkeit und der Schutz des Schwachen gezählt (S. Müller, 1996, S. 33). Die Anerkennung der Freiheit und Würde jeder Bürgerin und jedes Bürgers zeigt sich im Prinzip der Rechtsgleichheit nach Art. 4 Bundesverfassung (BV). Die Würde wird durch die Grundrechte nach Art. 22, Art. 31, Art. 45, Art. 49, Art. 50 und Art. 54 - 56 BV sichergestellt. Der Sozialstaat garantiert soziale Gerechtigkeit und Sicherheit für menschenwürdige Lebensbedingungen. Er wurde seit 1874 stets ausgebaut. Eines der Ergebnisse ist die Sozialhilfe. (S. Müller, 1996, S. 30-32)

## **Gemeinwohl**

Durch das aufeinander Angewiesensein, durch Rücksichtnahme, Geltenlassen des Anderen und Schutzbestimmungen wird die Beziehung der Einzelnen zueinander geregelt. Dabei kann von einer Sozialordnung gesprochen werden, welche dem Gemeinwohl gerecht wird. (S. Müller, 1996, S. 34) Das ZGB trägt zur Lösung von moralischen und sozialen Problemen bei (Peter Tuor & Bernhard Schnyder, 1995, zit. in S. Müller, 1996, S. 34).

Nachdem die rechtlichen Grundwerte nach S. Müller (1996) aufgezeigt wurden, wird auf die Leitideen des Vormundschaftsrechts nach Bernhard Schnyder und Erwin Murer (1984) eingegangen (zit. in Christoph Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 174). Es sind diese: Schutz des Schwachen, Betreuung und Freiheit, Aufgabenteilung und geeignete Massnahmen. Das folgende Kapitel geht auf diese Leitideen näher ein.

### **1.1.1 Schutz des Schwachen**

Das Wohl des Schwachen ist das Leitmotiv des Sozialstaates (S. Müller, 1996, S. 31). Mittels Vormundschaftsrecht soll die Überwindung eines Schwächezustandes durch eine Hilfestellung erfolgen (Christoph Rüegg & Rahel Rüegg, 2008, S. 25). Je nach Situation soll auch einer Fremd- oder Selbstgefährdung entgegengewirkt werden. Die Massnahmen, welche das Vormundschaftsrecht dazu vorsieht, werden in Kapitel 1.3 beschrieben. Die Ursachen einer Hilfsbedürftigkeit können in einer beeinträchtigten geistigen Gesundheit, einer Krankheit, einer Unerfahrenheit, einer Überforderung oder einer Abwesenheit liegen (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 25). Laut Bundesamt für Justiz (1995) gibt es im geltenden Recht vier Kategorien von schwachen Personen: psychisch Kranke, Suchtkranke, geistig Behinderte und Betagte (Bundesamt für Justiz [BJ], 1995, S. 32). Die diesbezüglich relevanten rechtlichen Grundlagen wie Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Urteilsfähigkeit werden im Folgenden erklärt.

## **Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit und Urteilsfähigkeit**

Nach Art. 11 Abs. 1 ZGB wird eine Person durch die Geburt rechtsfähig und erlangt dadurch Rechte und Pflichten. Die Rechtsfähigkeit kann sie mittels Handlungsfähigkeit nach Art. 12 ZGB ausüben. Die Handlungsfähigkeit macht eine Person für ihr Tun und Lassen verantwortlich. Nicht jeder Mensch besitzt die Handlungsfähigkeit. Handlungsfähigkeit setzt Mündigkeit (vollendetes 18. Lebensjahr) nach Art. 14 ZGB und Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB voraus. (S. Müller, 1996, S. 34-35) Handlungsfähigkeit bedeutet nach S. Müller (1996) somit, dass „eine urteilsfähige und mündige Person voll geschäfts-, delikts- und prozessfähig“ ist (S. 35).

Der Urteilsunfähigkeit liegen ein Verstandes- oder ein Willensdefekt zugrunde. Der Verstandesdefekt bezeichnet die Unmöglichkeit der richtigen Erkenntnis. Der Willensdefekt beschreibt die Unmöglichkeit eines der richtigen Erkenntnis entsprechenden Verhaltens. (S. Müller, 1996, S. 35)

Unabhängig von den vorliegenden Möglichkeiten oder Beeinträchtigungen ist der Persönlichkeitsschutz zu beachten. Der Persönlichkeitsschutz beinhaltet den Schutz der persönlichen Güter des Rechtsträgers. Er wird auf verschiedener Ebene geregelt durch: Selbsthilfe, Grund- und Strafrechte, die Eidgenössische Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie den Personenschutz nach ZGB (S. Müller, 1996, S. 36). Es kann zwischen internem und externem Schutz unterschieden werden. Der interne Schutz ist in Art. 27 ZGB geregelt und hat den Zweck, die persönliche Freiheit sicherzustellen. Der externe schützt die Rechtsgüter einer Person gegen widerrechtliche Verletzungen Dritter. (S. Müller, 1996, S. 37)

Personen, welche für ihren eigenen Schutz nicht selbst besorgt sein können, sind besonders zu schützen. Der Schutz von Schwachen hat im Allgemeinen gegenüber anderen Interessen Vorrang. Dabei gilt es zu beachten, dass Ausnahmen bestehen, bei welchen das Gesetz etwas Gegenteiliges anordnet. So können gemäss Art. 375 Abs. 3 ZGB vormundschaftliche Massnahmen veröffentlicht werden, um gutgläubige Dritte zu schützen. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 174) Der Schutz des Schwachen wird hier zum Schutz von gutgläubigen Dritten zweitrangig. Der bundesrätlichen Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (2006) ist zu entnehmen, dass Art. 10 Abs. 2 BV der persönlichen Freiheit sowie Art. 8 EMRK der Achtung des Privatlebens verletzt werden (S. 7019).



Die Überlegung, dass die künftigen Vertragspartnerinnen und Vertragspartner eine Publikation wahrnehmen, beruht auf einer Illusion (BJ, 1995, S. 29). Eine zentrale Datenbank besteht nicht, was bedeutet, dass potentielle Partnerinnen oder Partner sämtliche Amtsblätter durchforsten und entsprechende Dateien anlegen müssten. Dieser Aufwand ist nicht zu bewältigen. Demgegenüber steht der hypothetische Nutzen einer Veröffentlichung in einem starken Missverhältnis zum Schutz der Betroffenen vor Stigmatisierungen (bundesrätliche Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Schweizer Bundesrat], 2006, S. 7090). Um sowohl den Interessen des Rechtsverkehrs, wie auch den Bedürfnissen der Betroffenen gerecht zu werden, wäre eine Änderung angebracht.

### **1.1.2 Betreuung und Freiheit**

Zwischen Betreuung und Freiheit besteht ein Spannungsfeld. Eine Massnahme kann gleichzeitig Hilfe gewähren und das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person einschränken (BJ, 1995, S. 39). Nach S. Müller (1996) hat jeder Mensch ein Anrecht auf die Wahrung seiner Privatsphäre, unabhängig seiner geistigen oder körperlichen Verfassung. Der Persönlichkeitsschutz soll die Freiheit und den Eigenwert einer Person schützen. Rechtliche Schranken sind der Schutz der persönlichen Entfaltung nach Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 13 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 28 ZGB, der Schutz des Privat- und Familienlebens sowie Art. 13 Abs. 2 BV in Verbindung mit Art. 28 ZGB der Datenschutz und die Schweigepflicht. (S. 80) Hinzu kommt, dass für höchstpersönliche Rechte keine Vertretung möglich ist. Zu dieser Kategorie zählen Rechte des Familien-, Ehe und Erbrechts sowie der Kern von Grundrechten (vgl. Anhang B). (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 66)

Dem gegenüber stehen die Eingriffsmöglichkeiten des Vormundschaftsrechts. Bei entsprechenden Voraussetzungen kann eine Massnahme gegen den Willen einer Person durchgesetzt werden. Dies stellt eine Einschränkung der Grundrechte dar. Um eine solche Einschränkung zu tätigen, muss neben einer gesetzlichen Grundlage auch ein öffentliches Interesse oder der Schutz von Grundrechten Dritter vorliegen. Dies wird in Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Massnahmen deutlich (vgl. Kapitel 1.1.1). Die Aufgabe der Vormundschaftsbehörde besteht somit aus einer Interessensabwägung. Das Ziel wäre, das Einverständnis der betroffenen Person einzuholen, um das Spannungsverhältnis aufzuweichen. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 176) Für Eingriffe, welche sich eine schwache Person durch vormundschaftliche Massnahmen gefallen lassen muss, besteht eine Verantwortung (BJ, 1995, S. 35).

Nach Art. 426 - 430 ZGB haften die Mandatsträgerinnen und Mandatsträger sowie die Behördenmitglieder bei pflichtwidrigem Handeln primär persönlich. Bei fehlender Schadensdeckung wird das Gemeinwesen zur Verantwortung gezogen. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7004) Mittels Regress soll die Haftung von einzelnen Personen, welche absichtlich oder grobfahrlässig gehandelt haben, nicht ausgeschlossen werden. In Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Schuldbetreuung und Konkurs (SchKG) ist festgehalten, dass ein Rückgriff auf die Person, welche einen Schaden verursacht hat, kantonale geregelt wird. (BJ, 1995, S. 69)

Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe ist in Art. 426 – 429 ZGB geregelt. Bei einer unfreiwilligen Vermögensverminderung kommt Art. 49 Obligationenrecht (OR) oder allenfalls die Genugtuung nach Art. 429a ZGB zum Zuge. Bei der Verantwortung im Betreuungsrecht muss ein kausaler Zusammenhang zwischen Schaden und dem Handeln bei der Anordnung oder Durchführung von Betreuungsmassnahmen entstanden sein. Es könnte Art. 5 Abs. 1 SchKG angewendet werden, welcher Haftung für den Schaden bei der Erfüllung von Aufgaben, die das Gesetz zuweist, beschreibt. Um einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, muss der Schaden widerrechtlich erfolgt sein. Gemäss Art. 426 ZGB sind dazu die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beachten. Eine Haftung besteht für Schäden eines absichtlichen oder fahrlässigen Verschuldens von vormundschaftlichen Organen. (BJ, 1995, S. 67)

### **1.1.3 Aufgabenteilung als organisatorisches Prinzip**

Beim Vormundschaftsrecht handelt es sich im rechtssystemischen Sinne um Privatrecht. Die Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen ist in Art. 122 Abs. 1 und 2 BV geregelt. Der Bund erlässt materielles Recht und überlässt die Organisation den Kantonen. Diese halten ihre Grundlagen in den Einführungsgesetzen zum ZGB (EG ZGB), dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) und der Zivilprozessordnung (ZPO) fest. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 176) Kapitel 1.2 geht auf die konkrete Ausgestaltung dieser Ausgangslage ein.

### **1.1.4 Massnahmen zur Verwirklichung des Schutzes**

Wie in Kapitel 1.1.1 bereits erwähnt, müssen aus einem Schwächezustand eine Hilfsbedürftigkeit sowie ein Schutzbedürfnis resultieren, um vormundschaftliche Massnahmen zu errichten (Schnyder & Murer, 1984, zit. in Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 175). „Die Anordnung einer Vormundschaft darf nur vorgenommen werden, wenn der Grundsatz der Subsidiarität nicht verletzt wird, d.h., wenn private Hilfe nicht genügt oder nicht mehr möglich ist und eine mildere vormundschaftliche Massnahme zum Schutze der

betroffenen Person nicht ausreicht“ (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 40). Die Subsidiarität kann aus dem Menschenbild des Vormundschaftsrechts abgeleitet werden, wonach von Menschenwürde ausgegangen wird. Diese bedingt eine individuelle Selbstbestimmung. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 175)

Das beschriebene Vorgehen zur Anordnung einer vormundschaftlichen Massnahme entspricht dem Prinzip der Verhältnismässigkeit. Das Verhältnismässigkeitsprinzip wird in Art. 5 Abs. 2 BV geregelt. Dabei hat auch ein Bedürfnis nach Schutz, Betreuung oder Vertretung vorhanden zu sein (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 39). Von wem dieses Bedürfnis ausgeht, kann offen gelassen werden. Relevant ist jedoch, dass die Massnahme geeignet sein muss, um dem Schwächezustand Abhilfe zu schaffen. Dafür ist von der zuständigen Behörde eine Prognose aufzustellen. Die oft hohe Dringlichkeit kann eine sorgfältige Abklärung einschränken. Bei der Einschätzung ist die jeweilige Lebenssituation genau abzuklären und dazu auch interdisziplinäres Wissen einzubeziehen. Für die Abklärungsphase sind Sozialarbeitende besonders geeignet. Die Lebensumstände einer hilfsbedürftigen Person können sehr vielseitig sein, dem gegenüber steht jedoch eine begrenzte Zahl von als starr zu bezeichnenden Massnahmen des ZGB, welche wenig Auslegungsspielraum bieten. Der Ermessensspielraum der Behörden wird so massiv eingeschränkt. Sollte festgestellt werden, dass eine Massnahme nicht geeignet war, besteht jederzeit die Möglichkeit, diese aufzuheben oder zu ersetzen. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 177) Konkrete personengebundene Massnahmen wie die Beistandschaft, die Beiratschaft und die Vormundschaft, die Voraussetzungen für die Errichtung sowie die Folgen für die betroffene Person werden in Kapitel 1.3 aufgezeigt. Eine Tabelle, welche einen Überblick über die verschiedenen Massnahmen gibt, ist im Anhang B zu finden. Das nachfolgende Kapitel 1.2 geht auf die Organisation vormundschaftlicher Organe ein.

## **1.2 Vormundschaftliche Organe**

Adrienne Marti, Peter Mösch Payot, Kurt Pärli, Johannes Schleicher und Marianne Schwander (2007) legen dar, dass vormundschaftliche Organe vielfältig, kantonal unterschiedlich zusammengesetzt und doch allesamt mit einer Aufgabe betraut sind: sie müssen das Vormundschaftsrecht verwirklichen. Sie prüfen vormundschaftliche Massnahmen, wirken mit, ordnen an, heben auf. (S. 315-316)

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch nennt in Art. 360 ZGB als vormundschaftliche Organe: die vormundschaftlichen Behörden, den Vormund und den Beistand. Die weibliche Form fehlt im geltenden Recht. Weiter wird in Art. 361 Abs. 1 ZGB ausgeführt, wer die vormundschaftlichen Behörden sind, nämlich die Vormundschaftsbehörde und die

Aufsichtsbehörde. Art. 361 Abs. 2 ZGB klärt, dass es Aufgabe der Kantone sei, die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden zu regeln, wenn zwei Instanzen vorgesehen sind. Im Folgenden werden die vormundschaftlichen Organe im Einzelnen betrachtet.

### **1.2.1 Die Vormundschaftsbehörde**

Die Zusammensetzung oder Art der Behörden sind gemäss Art. 361 Abs. 2 ZGB durch die Kantone zu bestimmen (BJ, 1995, S. 37). Die Kantone regeln die Behördenorganisation sowie die vormundschaftlichen Verfahren durch die kantonalen Einführungsgesetze zum ZGB oder durch Spezialgesetze (Marti et al., 2007, S. 316), wie in Kapitel 1.1.3 erwähnt. So vielfältig die Schweizer Kantone sind, so unterschiedlich ist auch die Organisation der Vormundschaftsbehörden. In der Westschweiz bilden vor allem Gerichte oder Friedensgerichte das Vormundschaftswesen, während die Vormundschaftsbehörde in der Deutschschweiz meist durch den Gemeinderat oder einen Ausschuss aus der Exekutive vertreten ist. Diese Form von Behörde hat mehrheitlich zur Folge, dass Laien, welche politisch gewählt wurden, die Behörde bilden. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 49) Als Vergleich dazu kann eine vereinfachte Darstellung, in Form einer Tabelle des ZGB, im Anhang B eingesehen werden.

Vormundschaftliche Organe werden, wie bereits beschrieben, durch die Vormundschaftsbehörde, die Aufsichtsbehörde und die mandatstragenden Personen gebildet. Eine zentrale Rolle innerhalb der vormundschaftlichen Organe spielt die Vormundschaftsbehörde. Der Vormundschaftsbehörde sitzt jeweils eine Präsidentin oder ein Präsident vor. Nachfolgend sollen ein Beispiel des Kantons Luzern und des Kantons Zürich die Vielfältigkeit der Vormundschaftsbehörden verdeutlichen. Es wurden absichtlich zwei Kantone der Deutschschweiz gewählt. Dadurch wird ersichtlich, dass selbst innerhalb der deutschsprachigen Schweiz Unterschiede bestehen.

In § 8 Abs. 2 EG ZGB vom 20. November 2000 des Kantons Luzern steht, dass der Gemeinderat die Vormundschaftsbehörde ist. Weiter führt das Einführungsgesetz in § 8 Abs. 3 die Möglichkeit auf, dass der Gemeinderat die Erfüllung einzelner Aufgaben der Vormundschaftsbehörde an eine Dienststelle der Gemeindeverwaltung übertragen kann.

Für den Kanton Zürich sieht § 73 Abs. 1 des EG ZGB laut Häfeli (2005<sup>4</sup>) die Möglichkeiten vor, dass der Gesamtgemeinderat zugleich die Vormundschaftsbehörde ist. Die Vormundschaftsbehörde kann nach § 74 Abs. 1 EG ZGB aber auch eine Kommission von drei bis fünf Mitgliedern aus dem Gemeinderat sein. Als dritte Variante kann gemäss

§ 74 Abs. 2 EG ZGB die Vormundschaftsbehörde aus mindestens drei Mitgliedern gebildet werden, welche unter dem Vorsitz des Gemeinderates stehen. (S. 238)

Thomas Geiser, Ernst Langenegger, Christian Minger, Urs Mosimann und Jacques-André Nicod (1996) zeigen indes auf, wann die Vormundschaftsbehörde handelt. Erhält die Vormundschaftsbehörde Kenntnis von einem Sachverhalt, welcher ein Eingreifen als notwendig erscheinen lässt, so hat sie die Ausgangslage zu ermitteln. Weiter soll sie einschätzen, ob vormundschaftliche Massnahmen angezeigt sind. Sie untersteht somit in ihrem Handeln dem Verfahrensgrundsatz der *Offizialmaxime*. (S. 1)

Obwohl in Art. 360 und Art. 361 ZGB nicht explizit erwähnt, hat eine Vormundschaftsbehörde auch ein Sekretariat. Dieses wird durch eine Vormundschaftssekretärin, bzw. einen Vormundschaftssekretär geführt. Die Vormundschaftssekretärin oder der Vormundschaftssekretär ist der Präsidentin oder dem Präsidenten der Vormundschaftsbehörde unterstellt. Das Sekretariat der Vormundschaftsbehörde nimmt Gefährdungsmeldungen entgegen und bereitet die Geschäfte für die Entscheide durch die Behörde vor. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 50)

Abgesehen von der Unterstützung durch die behördliche Sekretärin oder den Sekretär haben viele Laienbehörden auch Leistungsverträge mit Fachdiensten. Diese Stellen klären gemäss Auftrag der Behörde die Sachverhalte ab, erstellen eine Analyse der Situation und beantragen gegebenenfalls weiterführende Massnahmen. (VBK, zit. in Zeitschrift für Vormundschaftswesen [ZVW], 2008b, S. 109)

### **1.2.2 Beiständinnen und Beistände, Vormundinnen und Vormunde**

Beiständinnen und Beistände, Vormundinnen und Vormunde können Privatpersonen oder Amtspersonen sein. Sie müssen gemäss Art. 379 Abs. 1 ZGB für dieses Amt geeignet und mündig sein. Nach Art. 384 Ziff. 3 ZGB sind Personen für das Amt nicht geeignet, wenn deren eigene Interessen den Interessen der betroffenen Person widersprechen. Privat- und Amtspersonen haben dieselben Rechte und Pflichten. (Marti et al., 2007, S. 317-319)

### **1.2.3 Die Aufsichtsbehörde**

Es ist Aufgabe der Aufsichtsbehörde, „die ordnungsgemässe Durchführung der vormundschaftlichen Massnahmen“ zu garantieren. Gleichzeitig kontrolliert die Aufsichtsbehörde die ihr unterstellten Behörden. In der Bildung der Aufsichtsbehörden sind die Kantone frei. Meist sind Kantonsgerichte als Aufsichtsbehörden in Kantonen tätig,

in denen die Vormundschaftsbehörden durch Friedensgerichte oder erstinstanzliche Gerichte gebildet sind. (Marti et al., 2007, S. 317).

Das Bestimmungsrecht der Kantone zur Bildung der Aufsichtsbehörde(n) leitet sich aus Art. 361 Abs. 2 ZGB ab. Dasselbe gilt bei mehreren Instanzen für die Bestimmung derer Zuständigkeit. Die unterschiedliche Ausgestaltung wird analog Kapitel 1.2.1 am Beispiel der beiden Kantone Zürich und Luzern betrachtet.

Im Kanton Zürich wird die erste Aufsichtsinstanz durch den Bezirksrat und die zweite Instanz durch das Obergericht sowie die Direktion der Justiz und des Innern gebildet (§ 75 EG ZGB Kanton Zürich). Die Direktion der Justiz und des Innern ist für die allgemeine Aufsicht zuständig, das Obergericht stellt die Rechtsmittelinstanz dar (Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, S. 10).

Im EG ZGB beschliesst der Grosse Rat des Kantons Luzern, dass die Regierungstatthalterin oder der Regierungstatthalter die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde ist (§ 7 Abs. 2 EG ZGB Kanton Luzern).

#### **1.2.4 Fazit**

Selbst wenn, wie von Rüegg und Rüegg (2008) beschrieben, eine Vormundschaftsbehörde der Deutschschweiz meist durch den Gemeinderat gebildet wird (S. 49), sind kantonale Unterschiede nicht auszuschliessen. Eine Vormundschaftsbehörde, gebildet durch den Gemeinderat oder Mitglieder des Gemeinderats sei, so Häfeli (2005<sup>4</sup>), äusserst kritisch zu betrachten (S. 238). Politisch gewählt, sind oft Laien in den Behörden vertreten (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 49). Die Vor- und Nachteile sollen nachfolgend zusammengefasst werden.

Als einen Vorteil einer politisch gewählten Laienbehörde bezeichnet Häfeli (2005<sup>4</sup>) die Kenntnis der örtlichen Verhältnisse (S. 238). Es kann als positiv gewertet werden, dass das hierarchische Gefälle zwischen Bürgerinnen und Bürgern und der politischen Behörde in kleineren Gemeinden geringer ist. Diese Nähe kann sich vorteilhaft auswirken, indem eine einvernehmliche Einigung durch Empathie begünstigt wird. Die geringe Distanz zwischen den entscheidenden und den betroffenen Personen birgt andererseits die Gefahr von fehlender Unabhängigkeit in der Entscheidungsfindung. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 108) Auch Häfeli (2005<sup>4</sup>) gibt zu bedenken, dass gerade diese Vertrautheit für das Fehlen der nötigen Unabhängigkeit und Unvoreingenommenheit bei Entscheiden verantwortlich sein kann (S. 238). Die Hemmschwelle im Verhalten von Betroffenen

gegenüber der Behörde kann in kleineren Gemeinden mit höherer persönlicher Nähe auch zu weiteren negativen Einflüssen auf die Entscheidungsfindung führen. Entscheideträgerinnen und Entscheideträger fühlten sich aufgrund der Nähe eher gehemmt oder gar bedroht. Um dennoch eine neutrale Haltung einnehmen zu können, wären Kenntnisse der professionellen Gesprächsführung angezeigt. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 108) Ergänzend stellt Häfeli (2005<sup>4</sup>) fest, dass in Behörden, welche durch Mitglieder des Gemeinderats gebildet werden, selten Fachpersonen wie Juristinnen und Juristen oder Sozialarbeitende anzutreffen sind (S. 238).

Abschliessend darf also behauptet werden, dass Vormundschaftsbehörden in der Entscheidungsfindung von unterschiedlichen Aspekten beeinflusst werden. Bürgernähe kann eine solche Entscheidung erleichtern oder erschweren. Zwar schliessen viele Vormundschaftsbehörden Leistungsverträge mit Fachdiensten ab, sodass die Abklärungen durch Fachpersonen getätigt werden. Der Entscheid, ob eine vormundschaftliche Massnahme errichtet werden soll oder ob sie verhindert werden kann, liegt dennoch bei der Vormundschaftsbehörde. Wenn reine Laienbehörden diesen Entscheid zu tragen haben, sind diese umso stärker auf die Empfehlungen ihrer Sekretariate oder anderer in der Abklärung beteiligter Personen angewiesen.

### **1.3 Vormundschaftliche Massnahmen**

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch nennt drei Arten von vormundschaftlichen Massnahmen: die Beistandschaft, die Beiratschaft und die Vormundschaft. Voraussetzung, um eine vormundschaftliche Massnahme einzurichten, ist das Vorliegen eines Schwächezustandes. Jede Massnahme hat dem Prinzip der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit zu folgen. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 29) So ist es wichtig, dass jede Massnahme den notwendigen Schutz bietet. Gleichzeitig jedoch darf die Freiheit der betroffenen Person so wenig als möglich beeinträchtigt werden (Geiser et al., 1996, S. 8).

Im Folgenden werden die Massnahmen abgestuft nach Schweregrad ihres Eingriffs betrachtet, wobei daran erinnert wird, dass die Fürsorgerische Freiheitsentziehung zu Beginn der Arbeit ausgeschlossen wurde. Die Schweizerische Vormundschaftsstatistik, Jahresvergleich Erwachsene 1996 – 2007 zeigt die Häufigkeit einer Massnahme am Ende der jeweiligen Abschnitte. Die Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (2009) hat diese Statistik erhoben. Sie basiert auf den Angaben aller sechszwanzig Kantone der Schweiz. Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Arbeit war sie die aktuellste verfügbare Statistik, welche die gesamte Schweiz betrachtet. Die vollständige Statistik ist

im Anhang B oder auf der Homepage der Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden <http://www.vbk-cat.ch> zu finden.

### **1.3.1 Die Beistandschaft (Art. 392 – 394 ZGB)**

Eine vormundschaftliche Massnahme greift in die Rechtsstellung von Personen ein. Die Beistandschaft stellt dabei den geringsten Eingriff dar. Die verbeiständete Person bleibt handlungsfähig. Dennoch räumt die Beistandschaft der mandatstragenden Person, je nach Artikel, unterschiedliche Vertretungsmöglichkeiten ein. Die Massnahme einer Beistandschaft setzt somit die Kooperation zwischen Beiständin oder Beistand und der betroffenen Person voraus. (Marti et al., 2007, S. 303) Das ZGB sieht folgende Arten von Beistandschaften vor:

#### **Vertretungsbeistandschaft (Art. 392 ZGB)**

Art. 392 ZGB bietet die gesetzliche Grundlage zur Errichtung einer Beistandschaft von Amtes wegen, wenn eine beteiligte Person darum ersucht, oder wo das Gesetz es besonders vorsieht. In Art. 392 Ziff. 1 – 3 ZGB werden besondere Fälle ergänzend aufgezählt:

wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge von Krankheit, Abwesenheit od. dgl. weder selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag; wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen; wenn der gesetzliche Vertreter an der Vertretung verhindert ist.

Wenn eine Person verhindert ist, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln, können die entsprechenden Aufgaben an eine Beiständin oder einen Beistand übertragen werden. Die Beiständin oder der Beistand wird ein durch die Vormundschaftsbehörde genau bestimmtes Geschäft in Vertretung der betroffenen Person regeln. Rüegg und Rüegg (2008) nennen dazu die folgenden Beispiele von Aufgaben: „Bezahlung von Rechnungen, Verkehr mit Ämtern und Gerichten, Sicherstellung von Pflege und Betreuung“. Da die Vormundschaftsbehörde die Vertretungsmacht der Beiständin oder des Beistandes genau zu definieren hat, können Massnahmen nach Art. 392 ZGB dem konkreten Einzelfall angepasst werden. (S. 35)



Im Jahr 2007 wurde die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 392 ZGB gesamtschweizerisch 1'275 Mal neu angeordnet (VBK, 2009).

### **Verwaltungsbeistandschaft** (Art. 393 ZGB)

Die Verwaltungsbeistandschaft ist in Art. 393 ZGB geregelt und dient dazu, die fehlende Verwaltung eines Vermögens zu gewährleisten.

Das Gesetz sieht in Art. 393 Ziff. 1 – 5 ZGB die folgenden Fälle vor, in welchen eine Beiständin oder ein Beistand zu ernennen ist. Zu beachten ist, dass Art. 393 Ziff. 4 ZGB seit 1. Januar 2008 ausser Kraft ist und deshalb nicht genannt wird.

bei längerer Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt; bei Unfähigkeit einer Person, die Verwaltung ihres Vermögens selbst zu besorgen oder einen Vertreter zu bestellen, falls nicht die Vormundschaft anzuordnen ist; bei Ungewissheit der Erbfolge und zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt; bei öffentlicher Sammlung von Geldern für wohltätige und andere dem öffentlichen Wohle dienende Zwecke, solange für die Verwaltung oder Verwendung nicht gesorgt ist.

Aufgabe der Beiständin oder des Beistandes ist es, die Verwaltung der Einkünfte und des Vermögens zu übernehmen. Der Kommentar des Beobachters spricht im ZGB für den Alltag (2007<sup>7</sup>) von einem „herrenlosen Vermögen“, welches einer Verwaltung bedürfe (S. 409). Die Vormundschaftsbehörde könnte auch vermögenssichernde Massnahmen treffen, ohne eine Beistandschaft zu errichten (Art. 393 ZGB). Sie hat die Befugnis, Konten zu sperren oder Vermögen anzulegen. (Marti et al., 2007, S. 304)

Im Jahr 2007 wurde die Verwaltungsbeistandschaft nach Art. 393 ZGB gesamtschweizerisch 531 Mal neu angeordnet (VBK, 2009).

### **Kombinierte Beistandschaft** (Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB)

Art. 392 Ziff. 1 ZGB beschreibt die möglichen Situationen, in welchen eine Beistandschaft ausgesprochen werden kann. Art. 393 Ziff. 2 ZGB regelt die Beistandschaft, wo keine Vormundschaft anzuordnen ist, jedoch die Verwaltung des Vermögens nicht mehr durch die betroffene Person selbst gewährleistet ist. (vgl. Kapitel 1.3.1)

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch erwähnt die Möglichkeit einer Kombination von Art. 392 Ziff. 1 und Art. 393 Ziff. 2 ZGB nicht explizit. In der Praxis hat sich diese Kombination als gute Alternative zur Vormundschaft bewährt, sofern die betroffene Person gegenüber der Beiständin oder dem Beistand kooperationsbereit ist. Die Bereitschaft zur Kooperation scheint jedoch nicht auszureichen. Eine weitere Voraussetzung sei, so Marti et al. (2007), die Fähigkeit der betroffenen Person, kooperativ zu sein. Eine Einkommensverwaltung könne nur im Einverständnis mit der betroffenen Person funktionieren. (S. 304) Demgegenüber steht die Beschreibung von Rüegg und Rüegg (2008). Die kombinierte Beistandschaft werde insbesondere bei „psychisch kranken, behinderten oder betagten Menschen errichtet, wenn ein faktisches Unvermögen vorliegt, die täglichen Angelegenheiten selbständig zu erledigen“. (S. 35)

Im Jahr 2007 wurde die kombinierte Beistandschaft nach Art. 392 in Verbindung mit Art. 393 ZGB gesamtschweizerisch 3'115 Mal neu angeordnet (VBK, 2009).

#### **Beistandschaft auf eigenes Begehren (Art. 394 ZGB)**

Art. 394 ZGB bietet die Grundlage für die Errichtung einer Beistandschaft, wenn eine mündige Person dies wünscht. Art. 394 ZGB spricht weiter von Voraussetzungen der Bevormundung auf eigenes Begehren. Diese Voraussetzungen werden unter Art. 372 ZGB aufgeführt und sind die folgenden: Altersschwäche, andere Gebrechen oder Unerfahrenheit dahingehend, Angelegenheiten selbst nicht gehörig besorgen zu können. Die Beistandschaft auf eigenes Begehren bietet die Möglichkeit, einer Beiständin oder einem Beistand dieselben Aufgaben zu übertragen, welche durch die Errichtung einer Vormundschaft übertragen werden könnten. Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person jedoch bleibt bestehen. Auch bei dieser Massnahme ist Kooperationsbereitschaft von beiden Seiten Grundlage eines guten Gelingens. Die Beistandschaft auf eigenes Begehren ist, wie der Name es bereits sagt, eine freiwillige Massnahme. Sie dient zur Vermögensverwaltung und zur persönlichen Fürsorge und muss auf Begehren der betroffenen Person wieder aufgehoben werden. Zur Erinnerung sei vermerkt, dass alle anderen Massnahmen erst durch das Wegfallen des Grundes, welcher zur Anordnung geführt hat, aufgehoben werden. (Marti et al., 2007, S. 305)

Im Jahr 2007 wurde die Beistandschaft auf eigenes Begehren nach Art. 394 ZGB gesamtschweizerisch 3'919 Mal neu angeordnet (VBK, 2009).

### **1.3.2 Die Beiratschaft (Art. 395 ZGB)**

Art. 395 Abs. 1 ZGB bietet die Grundlage, der Beschränkung der Handlungsfähigkeit, wenn für eine Entmündigung kein genügender Grund vorliegt und dennoch zum Schutz der betroffenen Person deren Handlungsfähigkeit eingeschränkt werden soll.

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 – 9 ZGB zählen explizit die Fälle auf, in welchen die Beirätin oder der Beirat mitwirken sollen. Es sind diese:

Prozessführung und Abschluss von Vergleichen; Kauf, Verkauf, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken; Kauf, Verkauf und Verpfändung von Wertpapieren; Bauten, die über die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen hinausgehen; Gewährung und Aufnahme von Darlehen; Entgegennahme von Kapitalzahlungen; Schenkungen; Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten; Eingehung von Bürgschaften.

#### **Mitwirkungsbeiratschaft**

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 – 9 ZGB wird auch Mitwirkungsbeiratschaft genannt. Die Handlungsfähigkeit der verbeirateten Person ist soweit beschränkt, dass alle oben genannten Geschäfte nur getätigt werden können, wenn beide, also Beirätin oder Beirat und betroffene Person, damit einverstanden sind. In allen anderen Belangen ist die verbeiratete Person alleine handlungsfähig.

#### **Verwaltungsbeiratschaft**

Art. 395 Abs. 2 ZGB geht etwas weiter und bietet die Möglichkeit, einer betroffenen Person die Verwaltung ihres Vermögens zu entziehen, während sie über die Erträge frei verfügen kann. Diese Art der Beiratschaft wird Verwaltungsbeiratschaft genannt und überträgt die Verwaltung des Vermögens an die Beirätin oder den Beirat. Die Beirätin oder der Beirat sind in Bezug auf die Verwaltung des Vermögens alleine handlungsfähig.

#### **Kombinierte Beiratschaft**

Art. 395 Abs. 1 und 2 ZGB wird als kombinierte Beiratschaft bezeichnet. Auch diese kombinierte Variante wird nicht explizit im Gesetz erwähnt und hat sich durch die Praxis einen Platz geschaffen. Alle drei Arten von Beiratschaften können auch auf eigenes Begehren angeordnet werden. (Marti et al., 2007, S. 305-306)

Im Jahr 2007 wurde die Beiratschaft nach Art. 395 ZGB gesamtschweizerisch 463 Mal neu angeordnet (VBK, 2009).

### **1.3.3 Die Vormundschaft (Art. 369 – 372 ZGB)**

Um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird darauf verzichtet, auf die einzelnen Artikel aus dem ZGB einzugehen. Diese sind in Anhang A aufgeführt. Im Folgenden werden die wichtigsten Erkenntnisse über die Vormundschaft zusammengefasst.

Die Vormundschaft ist ein umfassender Eingriff in das Leben einer erwachsenen Person. Die Handlungsfähigkeit wird entzogen. Zur Errichtung einer Vormundschaft ist ein fachärztliches Gutachten notwendig. Rüegg und Rüegg (2008) sprechen ebenso von dem Aspekt der Selbst- und Fremdgefährdung als Voraussetzung für die Errichtung einer Vormundschaft. Weitere Voraussetzungen seien ein besonderes Bedürfnis von Schutz, Betreuung und Vertretung. Ganz wichtig sind auch hier die beiden Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit. Das geltende Gesetz sieht vor, dass die Errichtung einer Vormundschaft zu publizieren ist. (S. 38-42)

Die Gründe, welche zur Entmündigung von Erwachsenen führen, werden im ZGB explizit erwähnt. Art. 369 – 372 ZGB zählen folgende auf: Geisteskrankheit oder Geisteschwäche; Trunksucht, Misswirtschaft, Verschwendung, lasterhafter Lebenswandel; Freiheitsstrafe von einem Jahr oder länger; auf eigenes Begehren.

Begriffe wie diese machen bewusst, wie stark die Gründe zur Entmündigung den Wertvorstellungen einer Gesellschaft unterworfen sind. Sie wirken stigmatisierend und bieten wenig Spielraum. So ist es auch nicht verwunderlich, dass Marti et al. (2007) davon sprechen, dass Vormundschaftsbehörden, wo immer möglich, eine Entmündigung auf eigenes Begehren anstreben und, wo möglich, weniger einschneidende Massnahmen erwägen (S. 308).

Interessant bleiben auch hier die gesamtschweizerischen Zahlen der Schweizerischen Vormundschaftsstatistik bezogen auf das Jahr 2007. Immerhin wurde 968 Mal eine Vormundschaft gestützt auf Art. 369 ZGB infolge von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ausgesprochen. Nach Art. 370 ZGB waren es 115 neu angeordnete Massnahmen. Neu angeordnet wurden auch zwei Massnahmen nach Art. 371 ZGB aufgrund einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder länger. Und zu guter Letzt wurden 605 neue Vormundschaften auf eigenes Begehren, nach Art. 372 ZGB, ausgesprochen.

Die Statistik spricht im Jahr 2007 gesamtschweizerisch von 10'993 neu angeordneten Massnahmen für Erwachsene. Werden die bereits bestehenden Massnahmen hinzugerechnet, so bestanden im Jahr 2007 in der gesamten Schweiz für Erwachsene insgesamt 71'110 Massnahmen. (VBK, 2009)

## **1.4 Gründe für ein neues Vormundschaftsrecht**

Es drängt sich die Frage auf, ob die Grundsätze des geltenden Rechts Anwendung finden und noch zeitgemäss sind. Auf Grund der vielfältigen Organisationsformen ist zu klären, ob die einzelnen Behördenformen über genügend Potential an Professionalität verfügen können, um Massnahmen auszusprechen, welche den individuellen Umständen der Betroffenen gerecht werden. Diesen Aspekten wird als Abschluss des ersten Kapitels nachgegangen.

### **1.4.1 Berücksichtigung der Grundsätze des Vormundschaftsrechts**

Das geltende Recht dient dem Schutz und der Betreuung des Schwachen. Dieser Schutz kann jedoch nicht gewährleistet werden, ohne auch mittels Fremdbestimmung in die persönliche Freiheit von Betroffenen einzugreifen. (BJ, 1995, S. 30) Dafür stehen den Betroffenen Rechte zu. Geiser et al. (1996) leiten die Verfahrensrechte aus der Bundesverfassung (Art. 4 BV) ab (S. 2). Hier gilt es zu beachten, dass die allgemeine Verfahrensgarantie seit 1. Januar 2000 in Art. 29 Abs. 2 BV enthalten ist. Geiser et al. (1996) zählen das rechtliche Gehör, die Beweisbeantragung, die Akteneinsicht, das Recht auf einen behördlichen Entscheid mit Begründung sowie die Möglichkeit auf Vertretung und Beratung zu den Verfahrensrechten (S. 2). Zudem gilt das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. Die in Kapitel 1.1 beschriebenen Grundgedanken setzten sich aus Freiheit, Menschlichkeit und Gemeinwohl zusammen. Da vormundschaftliche Massnahmen stark in die persönliche Freiheit eingreifen, müssen diese gut begründet sein und dürfen nicht willkürlich erfolgen. Die Begründung liefert neben der Nachvollziehbarkeit des behördlichen Entscheids auch die Möglichkeit der Überprüfung, ob die Argumente der Betroffenen in den Entscheid Einlass fanden (Geiser et al., 1996, S. 3). Die Anwendung der Massnahmen kommt nach dem Prinzip der Officialmaxime zum Tragen. Somit kann beispielsweise jedermann eine Gefährdungsmeldung an die Behörde machen und diese hat darauf zu reagieren. Mit dieser Maxime wird auf das Gemeinwohl eingegangen. Verhältnismässigkeit und Subsidiarität können dem Grundsatz der Menschlichkeit in weiterem Sinne zugerechnet werden. Die Subsidiarität ist jedoch im geltenden Recht nicht explizit verankert.

Aus der gesamtschweizerischen Statistik des Jahres 2007 gehen total 8'840 neu angeordnete Beistandschaften und 42'799 bestehende Beistandschaften hervor (VBK, 2009). Dies ergibt rund 60% Beistandschaften aller bestehenden Massnahmen und zirka 80% Beistandschaften aller im Jahr 2007 neu errichteten Massnahmen (vgl. Anhang B). Daraus lässt sich ableiten, dass die Verhältnismässigkeit vormundschaftlicher Massnahmen eingehalten wurde und weiter, dass die Massnahmen dem Grundsatz des Vormundschaftsrechts gerecht werden. Die Verbindung von Grundgedanken und Verfahrensrechten scheint stimmig. Nichts desto trotz würde eine genauere Gesetzesdefinition die Legitimation der Anwendung erleichtern. In Kapitel 1.2 wird festgehalten, dass die Kantone für die Verfahren zuständig sind. Auf Grund ungenügender Regelung der Vorgehensweisen in der Praxis wurden zahlreiche Bundesgerichtsentscheide (BGE) erlassen (BJ, 1995, S. 38). Ein Beispiel stellt das Kreisschreiben des Bundesgerichts an die kantonalen Regierungen bezüglich des Verfahrens bei Entmündigungen (vgl. BGE 40 II 182) dar (BJ, 1995, S. 38). Durch genauere Vorgaben im Gesetz könnte die Notwendigkeit zusätzlicher Entscheide auf Bundesebene minimiert werden.

Ob die Anwendung jedoch immer ordnungsgemäss stattfindet, sei dahingestellt. In kleineren Kommunen mit Laienbehörden finden Behördensitzungen in längeren Abständen statt. Ausserordentliche Sitzungen einzuberufen ist schwierig, da die Laien oft zusätzlich berufstätig oder anderweitig eingebunden und somit schlecht erreichbar, respektive verfügbar sind. Bei dringenden Entscheiden kommt es vor, dass die Präsidentin oder der Präsident der Behörde einen Entscheid trifft. Die rechtliche Grundlage, sowie die Einhaltung von Verfahrensvorschriften sind fragwürdig. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 111)

#### **1.4.2 Berücksichtigung der Gegenwart**

Nach Peter Tuor, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid und Alexandra Rumo-Jungo (2009<sup>13</sup>) weist das ZGB einen modernen Charakter auf. Es beinhalte einen sozialen Grundzug, welcher dennoch der persönlichen Freiheit und der Initiative des Einzelnen ein weites Spielfeld belasse. (S.16) Zu beachten gilt, dass das bestehende Vormundschaftsrecht auf dem ZGB von 1907 basiert. Grundsätzliche Revisionen sind seither nicht vorgenommen worden. Demzufolge stellt sich die Frage, inwieweit die bestehenden vormundschaftlichen Massnahmen (noch) auf die aktuellen Lebensumstände passen.

Das Umfeld hat sich in den vergangenen hundert Jahren verändert. Der Rechtsschutz wurde ausgebaut und davon wird nach Geiser et al. (1996) auch Gebrauch gemacht, da

die Betroffenen ihre Rechte eher kennen würden (VIII). So spielt auch die unter 1.1.2 benannte Haftung eine immer grössere Rolle. Wie aus demselben Kapitel entnommen werden kann, ist in bestimmten Belangen keine Vertretung möglich. Diese Grundlage ist in der heutigen Zeit relevant, weshalb eine explizite Nennung der höchstpersönlichen Rechte in Gesetzesgrundlagen gerechtfertigt wäre.

Ein tief greifender gesellschaftlicher Wandel hat stattgefunden. Die Agrargesellschaft wurde über die Industriegesellschaft zur postmodernen Dienstleistungs-, Freizeit- und Konsumgesellschaft. Diese Entwicklung hat auch das soziale Umfeld verändert. Das Familienverständnis hat sich gewandelt, eine zunehmende Individualisierung hat stattgefunden. Dies wirkt sich im Verlust des Gemeinsinnes und der Überforderung des Einzelnen aus. Parallel dazu, als Folge der neuen Lebenshaltung, der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, der Einflüsse von Kommunikationsmitteln und der geringeren religiösen Bindung, entstanden neue Familienformen. (BJ, 1995, S. 43-44) Die Akzeptanz von hoheitlichen Entscheiden hat abgenommen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7008). Dies zeigt sich auch in den statistischen Daten von Kapitel 1.3.1, indem Beistandschaften auf eigenes Begehren mit knapp 4'000 die häufigste neu errichtete Massnahme sind.

Demographisch gesehen kann eine Steigerung der Lebenserwartung nachgewiesen werden. Da es immer mehr ältere Menschen gibt, nehmen altersbedingte Schwächezustände zu, welche immer seltener durch Familien aufgefangen werden. (Geiser et al., 1996, VIII) Einerseits sind die Lebensbedingungen und Probleme im Laufe des letzten Jahrhunderts komplexer geworden, andererseits sind die Massnahmen seit 1907 unverändert geblieben. Sie sind typengebunden, was heisst, dass nur die im Gesetz festgeschriebenen und unter Kapitel 1.3 ausgeführten Massnahmen angeordnet werden können. Innerhalb der Massnahmen besteht, wie in Kapitel 1.3.1 erwähnt, ein Spielraum für die Formulierung der genauen Aufgaben an die mandatstragende Person. Dennoch ist keine unbeschränkte Flexibilität möglich, was zu Schwierigkeiten in der Praxis führen kann. Die unterschiedliche Auslegung der kombinierten Beistandschaft zeigt, welchen Schwierigkeiten sich die Vormundschaftsbehörde zu stellen hat, wenn sie auf den Einzelfall zugeschnittene und adäquate Massnahmen aussprechen möchte. So sprechen Marti et al. (2007) von der Kooperationsfähigkeit und Kooperationsbereitschaft als Voraussetzung für eine Zusammenarbeit von Beiständin oder Beistand und betroffener Person (S. 304). Dies, so merken die Autorinnen an, setzt ebenso eine Urteilsfähigkeit voraus. Demgegenüber steht das faktische Unvermögen von beispielsweise psychisch kranken Menschen, wie Rüegg und Rüegg (2008) sie aufzählen (S. 35). Es stellt sich in

diesem Zusammenhang die Frage, ob psychisch kranke Menschen dauernd urteilsfähig oder urteilsunfähig sein können.

Der Vermögensschutz im engeren Sinn, also ohne Einkommen, nimmt im geltenden Recht eine grosse Rolle ein. Die Gelder sollen „mündelsicher“ angelegt werden. Dies rechtfertigt sich bei Personen, welche ihre eigenen Angelegenheiten nicht mehr selbst zu besorgen im Stande sind. Die Stufenfolge dafür ist nicht optimal. Eine verbindliche Lohnverwaltung kann so nur mittels Entmündigung gemacht werden. (BJ, 1995, S. 35)

Die vorliegend exemplarisch geschilderten Herausforderungen kommen daher, dass die bestehenden Massnahmen nicht genügend Massschneiderung ermöglichen und somit der Verhältnismässigkeit nicht entsprochen werden kann. Für die Betroffenen kann dies bedeuten, dass man ihrem Anliegen mit Hilfe des bestehenden Vormundschaftsrechts nicht gerecht wird. Bei Mandatsträgerinnen und Mandatsträgern kann dies zu nicht erfüllbaren Aufträgen führen.

Bereits Zahlen aus dem Jahre 1989 ist zu entnehmen, dass je nach Kanton völlig unterschiedliche Prozentsätze von Entmündigungen im Verhältnis zur Bevölkerung errichtet wurden (BJ, 1995, S. 28). Dennoch geht aus der Vormundschaftsstatistik 2007 (vgl. Kapitel 1.3.3) hervor, dass im Allgemeinen die Errichtung von Vormundschaften nach Art. 370 ZGB nicht häufig sind. Dies lässt sich darauf zurückführen, dass sich die gesellschaftliche Wertevorstellung verändert hat. In der Vergangenheit wurde lasterhafter Lebenswandel, basierend auf dem repressiven Armenwesen des 19. Jahrhunderts, anders bewertet. Die Armenpflege wollte die Kontrolle und Verfügung über Einkommen und Vermögen erlangen, bevor die Betroffenen unterstützungsbedürftig wurden. Das Vormundschaftsrecht wurde somit für die Zwecke des Armenrechts verwendet, um unwürdige Armut, wie Liederlichkeit oder Trunksucht, zu bekämpfen. (BJ, 1995, S. 46) Demgegenüber ist es heute nicht mehr Norm, dass jede Person mit Alkoholproblemen unter Vormundschaft steht. Dies würde auch in keiner Weise dem Prinzip der Verhältnismässigkeit entsprechen. Ebenso ist es nicht mehr Usanz, dass für inhaftierte Personen eine Vormundschaft nach Art. 371 ZGB errichtet wird (BJ, 1995, S. 28). Diese Wendung kann als Erfolg von Gefängnissozialdiensten gewertet werden. Die geltenden Massnahmen passen, wie oben erwähnt, nicht mehr auf die gesellschaftlichen Verhältnisse und die Anschauungen der Bevölkerung. Eine rechtliche Regelung, die den veränderten aktuellen Verhältnissen gerecht wird, ist unumgänglich (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7008).



### **1.4.3 Berücksichtigung von Föderalismus und Professionalität**

Wie in Kapitel 1.1.3 beschrieben, kann sich jeder Kanton selbst organisieren. Dies kann zu unterschiedlichen Aufgabengebieten für die Sozialarbeitenden je nach Arbeitsort führen. Im Sinne einer Arbeitserleichterung wäre eine Regelung auf Bundesebene angezeigt.

Angelegenheiten des Erwachsenenschutzes werden in der Deutschschweiz mehrheitlich von politischen Behördenorganisationen mit gerichtlichen Ausnahmезuständigkeiten wahrgenommen (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 104). In Vormundschaftsbehörden sind viele Laien tätig (Geiser, 1996, VIII). Mahnende Stimmen haben immer wieder auf die Notwendigkeit von Eignung und Verfügbarkeit von Ressourcen dieser Personen hingewiesen, damit sie ihrer Verantwortung gerecht werden können. Eine nicht geeignete Behörde hindert die optimale Verwirklichung des materiellen Bundesrechts. Die Organisation als politische Exekutivorgane beruht auf einer Tradition, wonach eine enge räumliche Zuständigkeit den Bezug zwischen Behörden und Schutzbedürftigen gewährleisten soll. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 102-103) Die diesbezüglichen Chancen und Risiken wurden in Kapitel 1.2 aufgezeigt. Im Sinne eines Versuchs des Umgangs mit den bekannten Schwächen der Behörden wurden Weiterbildungsbemühungen angestrebt. Auf Grund der Fluktuationen der Behördenmitglieder ging die Kosten-Nutzen-Rechnung dieser Massnahme für die jeweiligen Kommunen nicht auf (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 105). Daraus kann geschlossen werden, dass sich der Einsatz von Sozialarbeitenden, welche bereits ein breites Grundwissen mitbringen, für die Gemeinden lohnen würde. Grundsätzlich gilt jedoch festzuhalten, dass je nach Person ein Vertrauens- oder ein Missvertrauensverhältnis zu einem Gemeindevertreter entstehen kann (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 107). Dies ist von dessen fachlichem Hintergrund und der Vernetzung in der Gemeinde unabhängig.

Nebst der Professionalisierung der Behörden erscheint auch eine professionelle Beratung der Entscheidungsträgerinnen und Entscheidungsträger als gangbare Variante. Wie in Kapitel 1.2.1 beschrieben wurde, wird in vielen Gemeinden ein grosser Teil der vormundschaftlichen Aufgaben durch Vormundschaftssekretärinnen und Vormundschaftssekretäre erledigt. Wenn diese Personen einen fachlichen Hintergrund mitbringen, so beispielsweise als Sozialarbeitende oder Juristinnen und Juristen, kann dem Anspruch nach Professionalität auch entsprochen werden. So haben insbesondere Fachpersonen der Sozialen Arbeit gelernt, mit sozialem und medialem Druck umzugehen, situationsgerechte Entscheidungen zu treffen und somit rechtzeitige griffige Interventionen zu ermöglichen (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 107). Im Allgemeinen kann ein

professioneller Umgang erworben werden, wenn ein grosses Fallpensum vorhanden ist und Routine aufgebaut werden kann (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 109). Vormundschaftssekretärinnen und Vormundschaftssekretäre bleiben jedoch die beratenden Stellen. Die Behörden entscheiden. Hier kann das Paradoxem der Unterstellung von Fachpersonen unter Laiengremien entstehen. Gleichzeitig sind Behördenmitglieder als Steuerzahlende an finanzpolitisch klugen Entscheiden interessiert, was dazu führen kann, dass das individuelle Wohl in den Hintergrund gedrängt wird. Dies stellt eine klare Interessenskollision dar. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 110) Wären Sozialarbeitende in den Behörden vertreten, so könnte diese Gefahr mehrheitlich ausgeschlossen werden, da diese Personen einem Berufskodex unterstehen.

Befassen sich Gerichte in erster Instanz mit vormundschaftlichen Aufgaben, sind dies in der Deutschschweiz in der Regel keine Fach-, sondern Bezirksgerichte. Diese Stellen weisen keine Spezialisierung im Vormundschaftsrecht auf, auch wenn eine juristische Fachkraft darin vertreten ist. Intern fehlt sozialarbeiterisches, pädagogisches, psychiatrisches oder medizinisches Wissen. Rückwärtige Dienste stehen den Deutschschweizer Gerichten nicht automatisch zur Verfügung. Der Offizial- und Untersuchungsmaxime können sie aus personellen Gründen nicht gerecht werden. Die Gerichte sind werktags erreichbar und handlungsfähig. Die Unabhängigkeit ist gewährleistet. Die Distanz zwischen Bürgerinnen und Bürgern und der Behörde hat die analogen Vor- und Nachteile wie bei den Exekutivorganen. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 112-113)

Grundsätzlich ist anzumerken, dass in den letzten zehn Jahren Erwachsenenschutzmassnahmen um 38% zunahmen. Die Anforderungen an die zuständigen Organe haben sich somit nicht nur in qualitativer sondern auch in quantitativer Hinsicht erhöht. (VBK, zit. in ZVW, 2008a, S. 72) Umso wichtiger ist es, Änderungen anzustreben. Die geplanten Änderungen werden im folgenden Kapitel behandelt.

## **2. Das künftige Erwachsenenschutzrecht von 2013**

Die Hauptkritikpunkte des geltenden Rechts wurden von Häfeli (2005<sup>4</sup>) zusammengetragen. Diese bestehen in der Terminologie, einem zu starren Massnahmensystem, fehlender Regelung der Zwangsmassnahmen, der Behördenorganisation, der Person der Mandatsträgerin oder des Mandatsträgers im Verfahren und der Verantwortlichkeit. (S. 296) Die Änderungen des neuen Rechts in den Bereichen Grundgedanken, Organisation und Massnahmen werden im Folgenden behandelt. Dabei werden die von Häfeli (2005<sup>4</sup>) genannten Kritikpunkte betrachtet. Sie waren Motivation für die Ausarbeitung eines neuen Erwachsenenschutzrechts. Der diesbezügliche Stand, unter Berücksichtigung des politischen Prozesses und der Übergangsregelungen, wird nachfolgend beleuchtet.

### **2.1 Entstehung und Stand**

Bereits 1988 formulierte J. Keller Entwicklungstendenzen des Vormundschaftsrechts. Dabei stellte er die zunehmende Gewichtung des Wohls des Schwachen vor den Interessen Dritter fest. Parallel dazu verliere die Vermögenssorge gegenüber der persönlichen Fürsorge an Gewicht. Dies führt er auf die Betonung der Sozialarbeit und auf Grund- und Persönlichkeitsrechte im Vormundschaftsbereich zurück. Das Spannungsfeld von Betreuung und Freiheit werde in der Praxis bewusster wahrgenommen. So werde die Subsidiarität und die Verhältnismässigkeit von vormundschaftlichen Massnahmen vermehrt berücksichtigt. In Sachen Organisation und Aufgabenteilung nehme die Professionalisierung zu. (zit. in BJ, 1995, S. 42)

Auf Grund des grossen Veränderungsbedarfs setzte ein langjähriger Prozess zur Erarbeitung neuer rechtlicher Grundlagen ein. Dessen Verlauf auf politischer Ebene wird nachfolgend in Kapitel 2.1.1 aufgezeigt.

#### **2.1.1 Prozess auf politischer Ebene**

Der sechzehn Jahre dauernde Prozess auf politischer Ebene zur Änderung der 3. Abteilung des zweiten Teils des ZGB startete 1993 mit der Einsetzung einer Expertengruppe durch das Bundesamt für Justiz. Die Expertengruppe setzte sich aus Bernhard Schnyder, Martin Stettler und Christoph Häfeli zusammen (BJ, 1995, Einleitung ohne Seitenangabe). 1995 lag ihr Ergebnis für eine grundlegende Reform des Vormundschaftsrechts vor. Die gleiche Expertengruppe präsentierte im Juni 1998 einen vollständig ausformulierten Vorentwurf (VE) des Gesetzestextes. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7008-7009)

Im November 2002 lag ein Vernehmlassungsentwurf vor, welcher im Juni 2003 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde. Zweiundsiebzig offizielle Stellungnahmen gingen im Vernehmlassungsverfahren ein. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7010) Die Kantone Appenzell Innerrhoden, St. Gallen, Wallis, Zug und Zürich lehnten den Vorentwurf ab, da eine Teilrevision genügen würde. Die zu erwartenden Mehrkosten seien zu hoch und der Föderalismus im Bereich der Organisation werde zu stark eingeschränkt. Besonders Deutschschweizer Kantone lehnten die interdisziplinären Fachgerichte ab. Zustimmung fanden die massgeschneiderten Massnahmen und die Förderung der Selbstbestimmung mittels eigener Vorsorge sowie gesetzlicher Vertretungsregelungen. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 307)

Unter Berücksichtigung der verschiedenen Meinungen wurde der Vorentwurf überarbeitet, im Juni 2006 verabschiedet und mittels Botschaft präsentiert. Keine Änderung betraf die Regelung, dass nach wie vor zwei Aufsichtsbehörden eingesetzt werden können. Die Kosten einer Beistandschaft sind wie bisher primär von der verbeiständeten Person und sekundär vom Gemeinwesen zu bezahlen. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7010-7011) Mit der zuletzt genannten Anpassung sollen befürchtete Mehrkosten verringert werden.

Am 19. Dezember 2008 genehmigte das Parlament die „Jahrhundertvorlage“. Der Ständerat war einstimmig dafür, beim Nationalrat waren zwei Gegenstimmen vorhanden. (Susanne Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 26) Die Gesetzesänderung untersteht dem fakultativen Referendum, dessen Frist am 16. April 2009 abgelaufen ist. Der Bundesrat könnte das Inkrafttreten des Gesetzes im zweiten Quartal 2009 bestimmen. (Urs Vogel & Diana Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 73)

Für den Einführungszeitpunkt relevant sind die Vorbereitungszeiten der Kantone. Im Kanton Zürich beispielsweise ist die Umstrukturierung noch sehr unklar, zumal der grundlegende Entscheid, ob Gerichte oder Verwaltungsbehörden geschaffen werden, noch ausstehend ist. Informellen Angaben ist zu entnehmen, dass ein Inkrafttreten des neuen Gesetzes per 1. Januar 2013 zu erwarten sei (Diana Wider, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 22). Damit die neuen Behörden bis dann funktionsfähig sind, müssen drei Vorbereitungsphasen durchlaufen werden. Bis Mitte 2010 sind die Organisationsformen zu bestimmen sowie die Zusammensetzung der Fachbehörden mit Sekretariat und Finanzierungsfragen zu klären. Bis Ende 2011 muss der politische Gesetzgebungsprozess abgeschlossen sein. Bis Anfang 2012 sind operative Tätigkeiten vorzunehmen. Dazu zählen der Aufbau von Behörden, das zur Verfügung Stellen von

Infrastruktur, sowie die Vorbereitungen von Mandatsänderungen. (Wider, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 25)

### **2.1.2 Übergangsregelung**

Das Übergangsrecht zum Erwachsenenschutz wird in Art. 14 des Schlusstitels der Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des ZGB, geregelt. Im Erwachsenenschutz gilt das neue Recht, sobald das revidierte Bundesrecht in Kraft ist. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7107) Das starre Massnahmensystem, nach welchem die Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen unmöglich ist, wird angepasst (Robert Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 19). Weniger einschneidende Massnahmen sind zu prüfen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7107). Dies kann einhergehen mit der Einführung des Erwachsenenschutzrechts, zumal dann alle Fälle einzeln neu beurteilt werden müssen (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 18). Die Rechtmittel des neuen Rechts gelten bis zur Überprüfung, auch wenn weiterhin die Wirkungen der bisherigen Massnahmen bestehen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7107). Erfolgt keine Neuurteilung, so fallen die Massnahmen dahin. Einzig die Massnahmen nach Art. 369 – 372 ZGB benötigen keine Neuurteilung. Sie gehen von der bisherigen Entmündigung (Vormundschaft) in die umfassende Beistandschaft über. (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 21)

Für die Bestimmung der neuen Massnahmen ist eine Zeitdauer von drei Jahren vorgesehen. Die zweijährige Berichts- und Rechnungspflicht (nArt. 410 und nArt. 411 ZGB) kann dafür als Rahmen genutzt werden. Zu beachten ist, dass aus rechtsstaatlichen Gründen eine rasche Überprüfung erfolgen soll. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7107) Für eine ungefähre Einschätzung der damit verbundenen Arbeitsbelastung sei auf die statistischen Daten (Fallzahlen) von Kapitel 1.3 verwiesen.

Es stellt sich nun die Frage, wie vorzugehen ist, wenn bis zum 1. Januar 2013 noch keine Massnahme errichtet oder eine solche angefochten wurde. Hängige Verfahren werden von den neu zuständigen Behörden unter Berücksichtigung des neuen Verfahrensrechts weitergeführt. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7108) Nachdem Entstehung und Stand betrachtet wurden, wird auf die Bedeutung des neuen Rechts konkreter eingegangen. Dies geschieht unter 2.2 mit der Betrachtung der Grundgedanken.

## **2.2 Grundgedanken des Erwachsenenschutzrechts von 2013**

Wie bereits in Kapitel 1.1 erwähnt, sind Freiheit, Menschlichkeit und Gemeinwohl Grundwerte des bestehenden Rechts (Egger, 1950, zit. in S. Müller, 1996, S. 33). Sie prägen den Gesetzestext ethisch. Kapitel 1.1.1 zeigt auf, dass der Schutz des Schwachen als Grundgedanke eines Sozialstaats gilt. Das neue Erwachsenenschutzrecht hält daran fest.

Auch der Bericht der vom Bundesamt für Justiz eingesetzten Expertengruppe zur Revision des Vormundschaftsrechts (1995) spricht davon, dass der primäre Zweck des neuen Rechts im Schutz des Schwachen liegt. Weitere Ziele bestehen im Schutz der Familie, Schutz der Sicherheit Dritter und der Rechtssicherheit. Offen ist, ob auch das öffentliche Interesse dazuzuzählen ist. (BJ, 1995, S. 55)

In Anlehnung und als Ergänzung der Grundgedanken von Häfeli (2005<sup>4</sup>) des Kapitels 1.1.1 – 1.1.4 werden im Folgenden vier Prinzipien präsentiert. Im Sinne des Wohls und des Schutzes des Schwachen wird die Verringerung der Stigmatisierung durch eine neue Terminologie und die Änderung der Veröffentlichungsvorschrift von Massnahmen betrachtet. In diesem Rahmen wird auch auf die Menschenwürde Bezug genommen. An Hand der Selbstbestimmung werden Massnahmen zur eigenen Vorsorge beschrieben. Im Spannungsfeld zwischen Betreuung und Freiheit werden die zivilrechtliche Haftung und die Einschränkung der Handlungsfähigkeit aufgezeigt. Schutzvorschriften für urteilsunfähige Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen werden dargestellt. Das Kapitel wird mit der Verwirklichung des Schutzes mittels Subsidiarität, Verhältnismässigkeit und Rechtsanspruch beendet.

### **2.2.1 Schutz des Schwachen**

Wohl, Schutz und Menschenwürde spielen stark zusammen und sind nicht immer trennscharf. Die drei Aspekte kommen auch im neuen Recht vor. Dies ist nicht verwunderlich, da die Präambel der Bundesverfassung nach wie vor Gültigkeit hat und Einfluss auf den Gesetzgebungsprozess nahm. Sie besagt, dass sich am Wohl des Schwachen die Stärke des Volkes misst (Hansueli Möhle, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 29). Da der Leitgedanke des neuen Rechts dem Wohl des Schwachen gilt, soll bei jedem zu treffenden Entscheid in der Praxis gefragt werden, ob die angestrebte Lösung dem Wohl des Schwachen dient. Dass Interessen Dritter auch berücksichtigt werden, ist damit nicht ausgeschlossen. Der Schutz des Schwachen wird auch dadurch gestärkt, dass künftig professionelle Behörden Entscheide fällen werden (Möhle, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 29).

Dem Zweck des Erwachsenenschutzrechts soll entsprochen werden, indem im Betreuungsrecht mittels persönlicher Betreuung eine Hilfestellung geboten wird (BJ, 1995, S. 54). Dies kann bei psychischer Krankheit, geistiger Behinderung oder Demenz angebracht sein, um für die fehlende Teilhabe am Rechtsleben, Ersatz zu bieten (BJ, 1995, S. 33). Unabhängig der entsprechenden privaten oder behördlichen Massnahmen ist der Persönlichkeitsschutz zu beachten. Dazu zählt die Vermeidung von Verletzungen jeglicher Art. Schwache und hilfsbedürftige Personen sind dieser Gefahr besonders ausgesetzt. Dennoch gibt es Rechtfertigungsgründe für Verletzungen. Dies ist bei Einwilligung der betroffenen Person oder bei überwiegend privatem Interesse der Fall. Für eine Einwilligung muss jedoch eine Person dazu in der Lage sein (vgl. BGE 114 Ia 350, Anhang A). Hier kann es sich um den Entscheid bezüglich eines medizinischen Eingriffs (vgl. Kapitel 2.2.2) handeln. (BJ, 1995, S. 138)

Konnte der oder die Schwache nicht ausreichend vor Verletzungen geschützt werden, so kommt die in den nArt. 454 – 456 ZGB geregelte Verantwortlichkeit zur Geltung (vgl. Kapitel 2.2.3, Zivilrechtliche Haftung und Verantwortung). Auch die Persönlichkeit kann durch Stigmatisierungen verletzt werden. Zur Vermeidung von Stigmatisierung werden im neuen Recht die folgenden Vorkehrungen getroffen, welche auch als Teil der wesentlichen Neuerungen angesehen werden können.

### **Terminologie**

Im geltenden Recht werden Begriffe wie, Entmündigung, Mündel, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel und Misswirtschaft verwendet und von Häfeli (2005<sup>4</sup>) als etikettierend bezeichnet (S. 296). Nichts desto trotz ist es auch im neuen Erwachsenenschutzrecht notwendig, dass Gründe für die Rechtfertigung von Massnahmen benannt werden. Dabei soll jedoch schonend mit Begriffen umgegangen werden. (BJ, 1995, S. 30) Nachfolgend einige Beispiele dazu, welche nicht abschliessend sind.

Das Mündelwohl wird zum Wohl des Schwachen. Die Geistesschwäche mutiert zur geistigen Behinderung, welche angeborene und erworbene Intelligenzdefizite verschiedener Schweregrade beinhaltet. Die Geisteskrankheit wird in psychische Störung umbenannt. Dazu werden auch Suchterkrankungen und Demenz gezählt. Weitere Gründe für eine Beistandschaft werden mit „ähnliche in der Person liegende Schwächezustände“ umschrieben. Darin enthalten sind auch Unerfahrenheit, Misswirtschaft und körperliche Behinderungen. Diese Voraussetzungen werden in nArt. 390 Abs. 1 ZGB geregelt. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7042-7043)

Trotz neuer Begriffe kann nicht ausgeschlossen werden, dass negative Empfindungen bei den Betroffenen entstehen (BJ, 1995, S. 30). Viele Empfindungen gehen auch mit der Publikation von Massnahmen einher.

### **Publikation von Massnahmen**

Im Privatrecht werden unterschiedliche Interessen gegeneinander abgewogen. Schwierig wird dies, wenn zur Sicherheit von Schwachen die Interessen Dritter tangiert werden. (BJ, 1995, S. 34) Kapitel 1.1.1 beschreibt, dass im geltenden Recht (vgl. Art. 375 ZGB) Massnahmen veröffentlicht werden können. Dies wurde als Diskriminierung und öffentliche Anprangerung verstanden und wird im neuen Recht nicht mehr praktiziert. Der Schutz gutgläubiger Dritter soll mittels Auskunftsrecht bei den Behörden ermöglicht werden. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 306) In nArt. 451 Abs. 2 ZGB wird festgelegt, dass von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Auskunft über Massnahmen erhältlich sind, wenn ein Interesse glaubhaft gemacht werden kann. Mandatsträgerinnen und Mandatsträger können ihrerseits nach nArt. 413 Abs. 3 ZGB Dritte orientieren, wenn dies für ihre Aufgabenerfüllung als Beiständinnen oder Beistände als angezeigt erscheint. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7019)

### **Menschenwürde**

Der Respekt der zu schützenden erwachsenen Person hat an Gewicht gewonnen (Jean-François Steiert, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 31). So steht die Lebensqualität der Betroffenen im Zentrum des neuen Rechts. Individualität, Autonomie und Würde sollen auch unter erschwerten Lebensbedingungen gewahrt bleiben. (Mösle, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 29) Wird das Wohl des Schwachen beachtet, so wird ebenso die Menschenwürde respektiert. In der Menschenwürde liegt auch das Angewiesensein auf den Mitmenschen. Sie wird verletzt, wenn einem Menschen in seinen grundlegendsten Bedürfnissen Hilfe verweigert wird (vgl. Kapitel 2.2.5). (BJ, 1995, S. 38) Um der Menschenwürde dennoch gerecht zu werden, haben Eingriffe einer Rechtmässigkeit zu entsprechen. Dazu zählen strenge und überprüfbare Kriterien. Der Eingriff muss der Verhältnismässigkeit folgen. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 297) Die Berücksichtigung der Menschenwürde stellt eine Herausforderung dar, welche beim Thema Betreuung und Freiheit wieder aufgenommen wird (vgl. Kapitel 2.2.3). Zuvor soll der Relevanz der Selbstbestimmung in Kapitel 2.2.2 Raum gegeben werden.



## **2.2.2 Selbstbestimmung durch eigene Vorsorge**

Das geltende Recht geht kaum auf den Einzelfall ein, weshalb auch die Selbstbestimmung massiv eingeschränkt ist (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 26). Mit den neuen massgeschneiderten Massnahmen, welche unter 2.4 beschrieben werden, soll diesem Missstand entgegengewirkt werden. Neu soll eine möglichst genaue Beschreibung der Kompetenzen der Mandatsträgerin oder des Mandatsträgers mit Schwerpunkt auf der persönlichen Lebensgestaltung der Schutzbedürftigen erfolgen (BJ, 1995, S. 35).

Im geltenden Recht wurden Rechtshandlungen für Angehörige von urteilsunfähigen Personen von Art. 166 ZGB der Vertretung der ehelichen Gemeinschaft oder von Art. 419 ff. OR der Geschäftsführung ohne Auftrag bei dringlichen Geboten respektive aus dem mutmasslichen Willen der hilfsbedürftigen Person abgeleitet (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7013). Dies soll im Erwachsenenschutzrecht im Sinne der Selbstbestimmung neu durch persönliche Vorsorgemassnahmen geregelt werden. Der Zweck besteht darin, dass zur Befriedigung von grundlegenden Bedürfnissen einer urteilsunfähigen Person nicht zwingend die Behörde aktiv werden muss. Dies bedeutet einen staatlichen Rückzug aus dem Privatbereich (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 14) und eine Förderung der Selbstbestimmung. Die konkreten Möglichkeiten werden im Folgenden kurz beschrieben. Eine kritische Würdigung mit praktischer Anwendung wird in Kapitel 3 erfolgen.

### **Patientenverfügung (nArt. 370 - 373 ZGB)**

Vor dem Eintreten einer Urteilsunfähigkeit besteht die Möglichkeit, in Bezug auf medizinische Massnahmen Vorkehrungen zu treffen. Mit einer Patientenverfügung kann eine Person für sich selbst einerseits verbindlich festlegen, welche medizinischen Behandlungen ihr im Falle einer Urteilsunfähigkeit zukommen sollen und welche nicht (nArt. 370 Abs. 1 ZGB). Andererseits kann sie auch eine Vertrauensperson bezeichnen, welcher die Entscheidungsbefugnis über medizinische Massnahmen erteilt wird (nArt. 370 Abs. 2 ZGB). (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 14)

Die Patientenverfügung hat schriftlich, datiert und mit Unterschrift versehen ausgestaltet zu sein (nArt. 371 Abs. 1 ZGB). In der Versichertenkarte der Krankenkasse kann gemäss nArt. 371 Abs. 2 ZGB ein Hinweis auf die Patientenverfügung gemacht werden. Die behandelnden Ärztinnen und Ärzte haben das Vorliegen einer entsprechenden Willensäusserung zu prüfen (nArt. 372 Abs. 1 ZGB). Liegt eine Patientenverfügung vor, bei welcher Zweifel verschiedenster Art (vgl. nArt. 373 Abs. 1 Ziff. 1 - 3 ZGB) bestehen, so kann nach nArt. 373 Abs. 1 ZGB die Erwachsenenschutzbehörde aufgerufen werden.

### **Vertretung bei medizinischen Massnahmen** (nArt. 377 und 378 ZGB)

Liegt keine Patientenverfügung vor, so wird die Behandlung durch die medizinischen Fachpersonen geplant (nArt. 377 Abs. 1 ZGB). Nach Art. 6 Ziff. 3 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin soll die urteilsunfähige Person soweit als möglich in Entscheide über medizinische Massnahmen einbezogen werden. Des Weiteren sollen die nach nArt. 378 ZGB zur Vertretung bestimmten Personen (vgl. Kapitel 3.1.2) an der Erstellung eines Behandlungsplanes beteiligt sein. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7036) Vertretung ist auch in nichtmedizinischen Belangen möglich, wie der Vorsorgeauftrag und das gesetzliche Vertretungsrecht zeigen werden.

### **Vorsorgeauftrag** (nArt. 360 - 369 ZGB)

Mit dem Vorsorgeauftrag kann eine handlungsfähige Person, nach nArt. 360 Abs. 1 ZGB, vorgängig festlegen, wer sie dereinst vertreten wird (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 14). Eine Vertretung ist gemäss nArt. 360 Abs. 1 ZGB in den Bereichen Personensorge, Vermögensverwaltung und Vertretung im Rechtsverkehr möglich (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7025).

Eine Patientenverfügung und ein Vorsorgeauftrag können, laut bundesrätlicher Botschaft (2006), analog zu einem Testament erstellt werden (nArt. 361 ZGB). Dies bedeutet, dass ein handschriftlicher oder durch eine Notarin oder einen Notar beglaubigter Auftrag Gültigkeit hat. (S. 7026) Beim Vorsorgeauftrag gilt explizit das eigenhändige Verfassen oder die öffentliche Beurkundung (nArt. 361 Abs. 1 und 2 ZGB).

Der Vorsorgeauftrag kann in einer zentralen Datenbank des Zivilstandsamtes erfasst werden (nArt. 361 Abs. 3 ZGB). Erfährt die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von dem Eintreten einer Urteilsunfähigkeit, so hat sie das Vorliegen eines Vorsorgeauftrages sowie dessen Form und Inhalt zu prüfen (nArt. 363 Abs. 1 und 2 ZGB). Ein Widerruf eines Vorsorgeauftrages erfolgt in derselben Form, wie das Dokument errichtet wurde (nArt. 362 Abs. 1 ZGB). Gemäss nArt. 367 ZGB kann die beauftragte Person auch die Verpflichtung des Auftrages bei der Erwachsenenschutzbehörde kündigen. Rechte und Pflichten der beauftragten Person werden in nArt. 364 – 369 ZGB geregelt. Ebenso kann die Erwachsenenschutzbehörde den Auftrag nach nArt. 368 ZGB ändern.

### **Gesetzliches Vertretungsrecht** (nArt. 374 ZGB)

Das Vertretungsrecht kommt für Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner von urteilsunfähigen Personen zur Anwendung. Voraussetzung ist, dass keine Beistandschaft besteht. Die direkt aus dem Gesetz fliessende Vertretungsbefugnis ist auf

Rechtshandlungen zur Deckung des Unterhaltsbedarfs (nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB), die Verwaltung von Einkommen und Vermögen (nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) sowie nötigenfalls auf das Öffnen der Post (nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB) beschränkt. Urteilsunfähigkeit rechtfertigt somit nicht automatisch das Öffnen fremder Post (vgl. nArt. 391 Abs. 3 ZGB). Dies soll nur erfolgen, wenn davon ausgegangen werden kann, dass Rechnungen zu bezahlen oder Antworten ausstehend sind. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7035) Für weitergehende Fragen wie Liegenschaftsverkäufe oder Erbschaften, ist nach nArt. 416 ZGB eine behördliche Einwilligung weiterhin vorgeschrieben (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 14). Mit den beschriebenen Schranken wird erneut auf das Selbstbestimmungsrecht eingegangen und für einen Schutz der hilfsbedürftigen Person gesorgt.

Wie vorhergehend beschrieben geht das Vormundschaftsrecht von der Menschenwürde Schwacher, deren Selbstbestimmungsrecht und Schutzbedürftigkeit aus (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 297). Heikler ist deren Beachtung, wenn eine Massnahme gegen den Willen der betroffenen Person zum Schutz vor sich selbst erfolgt (BJ, 1995, S. 33). Dabei kann zwischen Freiheit und Fremdbestimmung ein Spannungsfeld entstehen (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 297). Dieses Spannungsfeld wird im folgenden Kapitel eingehender betrachtet.

### **2.2.3 Betreuung und Freiheit**

Zum Wohl des Schwachen kann eine Fremdbestimmung erforderlich sein. Dennoch soll nach nArt. 388 Abs. 2 ZGB die Selbstbestimmung so weit als möglich erhalten und gefördert werden. Als Ausgangspunkt ist ein Ausgleich zwischen Freiheit und Betreuung im Sinne der Menschenwürde herzustellen. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7042) Selbst bei Massnahmen, bei welchen die Fremdbestimmung vorgesehen wird, soll noch so viel Selbstbestimmung wie möglich, analog dem bisherigen Art. 409 ZGB, bestehen bleiben (BJ, 1995, S. 56). Art. 409 ZGB besagt: „Ist der Bevormundete urteilsfähig und wenigstens 16 Jahre alt ist, so hat ihn der Vormund bei wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, vor der Entscheidung um seine Ansicht zu befragen“.

Mittels Selbstbestimmung kann auch Vertrauen gefördert werden. Vertrauen wiederum stellt im Rahmen einer Beistandschaft eine gute Basis für die Zusammenarbeit der verbeiständeten mit der mandatstragenden Person dar. Deshalb sind die Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht (nArt. 413 ZGB) wichtige Punkt im Sinne des Wohls und Schutzes von Schwachen. Der Frage, was geschieht, wenn die zu schützende Person durch eine ihr zur Seite gestellte Hilfe zu Schaden kommt, wird im Weiteren nachgegangen.

## **Zivilrechtliche Haftung und Verantwortung**

Im bisherigen Recht stand die Staatshaftung an dritter Stelle (vgl. Kapitel 1.1.2). Neu soll beim Eintreten eines Schadens durch pflichtwidriges Handeln die Staatshaftung umgehend eintreten (BJ, 1995, S. 36). Der Staat übernimmt damit die Verantwortung für hoheitliches Handeln. Er haftet unabhängig davon, welches vormundschaftliche Organ einen Haftungsfall verschuldet hat. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7092) Konkret wird der Kanton durch die regionale Betreuungsorganisation haftbar (BJ, 1995, S. 69). Die Haftungsvoraussetzungen können der Rechtsprechung überlassen werden. Neben den von Schwächezuständen betroffenen Erwachsenen ist es auch denkbar, dass Angehörige ein Recht haben, Schadenersatzanspruch geltend zu machen. Dies lässt sich rechtfertigen, da im neuen Recht der Schutz der Familie als Nebenzweck festgehalten ist. Der Bundesgerichtsentscheid 115 II 15 (vgl. Anhang B) schliesst dies nicht aus. (BJ, 1995, S. 68) Ein materieller Schaden kann mittels Schadenersatz, ein immaterieller Schaden mit Genugtuung abgegolten werden (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7092).

Durch die Verantwortlichkeit des Staates entsteht Sicherheit für die verbeiständete Person. Sicherheit fördert auch Autonomie. Dennoch können weitere Massnahmen nötig sein, welche zum Spannungsfeld Betreuung und Freiheit zu zählen sind. Als eine Möglichkeit wird der Entzug der Handlungsfähigkeit betrachtet.

## **Beschränkung der Handlungsfähigkeit vs. Handlungsfreiheit**

Gemäss dem Bundesamt für Justiz (1995) haben Erfahrungen gezeigt, dass ein Bedürfnis nach einer Stufenfolge von vormundschaftlichen Massnahmen besteht (S. 34). Mit dem neuen Recht kann die Handlungsfähigkeit je nach Sachverhalt unterschiedlich eingeschränkt werden (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 19). Die diesbezügliche Sachverhaltsabklärung stellt eine gesteigerte Herausforderung dar, welche in Kapitel 3.2.1 betrachtet wird. Aus diesem Grund sind ausserjuristische Wissenschaften wie Psychiatrie, Psychologie, Soziologie, Gerontologie und Sozialarbeit mit einzubeziehen, welche sich mit der Handlungsunfähigkeit einer Person beschäftigen und Lösungen im Umgang liefern (BJ, 1995, S. 41). Die genaue Abklärung und spezifizierte Beschränkung der Handlungsfähigkeit stellt trotz Stärke der Massnahme eine Erweiterung der Freiheit dar. Die Forderung in der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006, nach einem Ausgleich zwischen Betreuung und Freiheit, wird dadurch berücksichtigt (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7042).

Von Handlungsunfähigen soll noch eine Stufe weiter gegangen werden zu urteilsunfähigen Personen. Urteilsunfähige in Institutionen sind am stärksten auf Betreuung angewiesen und haben in der Regel die meisten Freiheitsbeschränkungen.

Diese zeigen sich bereits bei den wohntechnischen Einschränkungen durch die Unterbringung in einer Institution.

## **2.2.4 Urteilsunfähige Personen in Institutionen**

Durch das neue Gesetz wird der Persönlichkeitsschutz urteilsunfähiger Personen in Institutionen gestärkt (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009c, S. 27). So sind nach nArt. 386 ZGB Wohn- und Pflegeeinrichtungen explizit angehalten, die Persönlichkeit der Bewohnerinnen und Bewohner zu schützen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7041).

### **Freiheitseinschränkende Massnahmen**

Besonders in Heimen kommen freiheits- und bewegungseinschränkende Massnahmen wie Bauchgurte, Bettgitter, Stecktische, abgeschlossene Türen und Psychopharmaka häufig vor (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 12). Die Bewegungsfreiheit gehört zur persönlichen Freiheit und wird in Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 31 BV, Art. 5 EMRK und Art. 28 ZGB ohne absoluten Charakter geregelt (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7039). Somit stellen Bewegungseinschränkungen schwere Eingriffe in die Menschenrechte dar. Mittels veränderter Kommunikation, Umgebungsanpassungen und Hilfsmitteln kann dem entgegengewirkt werden. (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 12) Einige Beispiele sind das Ermöglichen von Aussenkontakten, die freie Arztwahl, das Sorgen für das alltägliche Wohl unter Berücksichtigung besonderer Bedürfnisse, sowie die Verringerung von Einsamkeit, körperlichem und seelischem Leid (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7041). Ebenfalls zu Verbesserungsmassnahmen zu zählen sind Betreuungsverträge.

### **Betreuungsverträge (nArt. 382 ZGB)**

Um urteilsunfähige Personen in Heimen besser zu schützen, werden nach nArt. 382 ZGB schriftliche Betreuungsverträge abgeschlossen. Die Verträge dienen der Transparenz über die Leistungen sowie der Vorbeugung von Missverständnissen und Missbräuchen. Medizinische Leistungen sind in Betreuungsverträgen nicht enthalten. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7038) Dagegen werden freiheitsbeschränkende Massnahmen in den Betreuungsverträgen erwähnt. Dies führt zu einer verbesserten Rechtsstellung der urteilsunfähigen Personen (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009a, S. 11). Wie beschrieben haben die Institutionen gegenüber den Bewohnerinnen und Bewohnern transparenter und verbindlicher zu werden. Parallel dazu werden sie, wie dem folgenden Kapitel entnommen werden kann, überwacht.

## **Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen**

Zum Schutz der schwächsten Glieder der Gesellschaft, werden die Kantone nach nArt. 387 ZGB verpflichtet, Einrichtungen zu überprüfen, welche urteilsunfähige Personen betreuen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7002). Die Aufsicht soll Mängel sowie einen unwürdigen Umgang mit Bewohnenden verhindern und aufdecken. Daneben soll sie positive Betreuungsansätze würdigen und fördern (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7015). Unter 2.2.5 wird abschliessend angeschaut, wie konkret mit den Bedürfnissen nach Wohl, Schutz, Selbstbestimmung, Freiheit und Betreuung umgegangen werden kann.

### **2.2.5 Verwirklichung des Schutzes**

Wie aus der Statistik unter 1.3.3 hervorgeht, wurden in der Vergangenheit Entmündigungen und Bevormundungen häufig vorgenommen. Im neuen Recht ist vorgesehen, dass zur Verwirklichung des Schutzes nur in Ausnahmefällen eine Entmündigung ausgesprochen wird (BJ, 1995, S. 53). Eine Verminderung von Entmündigungen könnte im neuen Recht in der noch stärkeren Gewichtung von Grundsätzen wie Subsidiarität und Verhältnismässigkeit liegen. Diese sind bei der Prüfung jeglicher Massnahmen und Interventionen zu berücksichtigen und werden nachfolgend betrachtet.

#### **Subsidiarität** (nArt. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)

Im Sinne der Subsidiarität sind vorhandene familiäre Ressourcen zu mobilisieren. Voraussetzung ist, dass die Beziehungen intakt sind und eine gegenseitige Hilfsbereitschaft besteht. Betreuungsmassnahmen können an Verwandte übertragen werden, sofern dies als sinnvoll betrachtet werden kann. (BJ, 1995, S. 45)

Es sollen nicht systematisch Beistandschaften für urteilsunfähige Personen angeordnet werden. Deshalb sieht das neue Recht ein gesetzliches Vertretungsrecht für Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner vor. Bei Entscheiden bezüglich lebensverlängernden Massnahmen werden Angehörige, wie 2.2.2 entnommen werden kann, in vorgeschriebener Hierarchie das Recht erhalten, Entscheide zu treffen, vorausgesetzt, es liegen weder Patientenverfügung noch Vorsorgeauftrag vor. (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009a, S. 7) Nach nArt. 392 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB haben der Vorsorgeauftrag oder das gesetzlich Vertretungsrecht Vorrang gegenüber Erwachsenenschutzmassnahmen. Ebenso sollen vor der Errichtung von Beistandschaften private und öffentliche Dienste in Anspruch genommen werden. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7042-7043)

### **Verhältnismässigkeit** (nArt. 392 Ziff. 2 ZGB)

Die heutigen amtsgebundenen standardisierten Massnahmen haben auf Grund ihres vorgegebenen Inhalts nicht die Möglichkeit, ausreichend auf die Verhältnismässigkeit einzugehen. Mit dem neuen massgeschneiderten einheitlichen Rechtsinstitut der Beistandschaft kann die Notwendigkeit staatlicher Betreuung individuell angepasst werden. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7003) Die Behörden sind an keine vorgegebenen Kataloge mehr gebunden (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7044). Die Verhältnismässigkeit spielt sich auf drei Ebenen ab. Bei der Wahl der Massnahme, bei der Zuteilung der Aufgabengebiete und bei der Wirkung in Bezug auf die Handlungsfähigkeit. (Wider, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 24)

### **Rechtsanspruch**

Ein Rechtsanspruch auf Betreuung soll gemäss Bundesamt für Justiz (1995) im Gesetz aufgenommen werden. Da der Staat durch das Betreuungsrecht den Schwachen und Hilfsbedürftigen helfen will, soll es nicht im Ermessen der Behörden liegen dürfen, ob sie einer Person diese Hilfe zukommen lassen. (S. 56) Diesbezüglich ist nochmals auf die Menschenwürde (vgl. Kapitel 2.2.1) aufmerksam zu machen.

Nach wie vor hat jede Person im Sinne einer Gefährdungsmeldung ein Recht, der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu melden, wenn eine Person hilfsbedürftig ist und eine Massnahme angezeigt sein kann (nArt. 443 Abs. 1 ZGB). Für die Behörde kommt, wie im bestehenden Recht, der Untersuchungsgrundsatz nach nArt. 446 Abs. 1 ZGB sowie die Officialmaxime nach nArt. 446 Abs. 3 ZGB für alle Verfahren zum Tragen. Die örtliche und sachliche Zuständigkeit leitet sich aus nArt. 442 ZGB ab. Zur unbeschränkten behördlichen Pflicht der Tatsachenfeststellung kommt die Mitwirkungspflicht der betroffenen Personen nach nArt. 448 ZGB hinzu. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7076) Nachfolgend werden die vormundschaftlichen Organe im Einzelnen betrachtet.

## **2.3 Vormundschaftliche Organe**

Die Aufgabe der vormundschaftlichen Organe des neuen Erwachsenenschutzrechts wird es sein, die Aspekte der Präambel (vgl. Kapitel 2.1) umzusetzen. Bisher war die Organisation der Vormundschaftsbehörden Aufgabe der einzelnen Kantone. (vgl. Kapitel 1.2) Dies wird gemäss nArt. 440 Abs. 1 ZGB auch im neuen Erwachsenenschutzrecht der Fall sein. Allerdings soll es sich dabei, in Abweichung von der bisherigen Behördenorganisation (vgl. Kapitel 1.2.1), zwingend um eine Fachbehörde handeln (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 51). Im Folgenden zeigt die Arbeit auf, welche Änderungen das neue Erwachsenenschutzrecht in Bezug auf die Organisation der Vormundschafts-

behörde bringen wird. Es wird betrachtet, was sich für die Beiständinnen und Beistände verändert. Ebenso wird kurz auf die Aufsichtsbehörde eingegangen, bevor das Kapitel mit Problempunkten in der Umsetzung schliesst.

### **2.3.1 Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde**

Vogel und Wider (2009) halten in der Zeitschrift für Vormundchaftswesen fest, dass die Ausgestaltung der Behörde, auch nach neuem Recht, den Kantonen überlassen wird. Die Behörde muss gemäss nArt. 440 Abs. 1 ZGB aus Fachpersonen und gemäss nArt. 440 Abs. 2 ZGB aus mindestens drei Mitgliedern bestehen. (S. 76) Dennoch können Kantone die innere Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde selbst bestimmen. Sie entscheiden darüber, ob die Behörde durch ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde gebildet wird. Weiter dürfen die Kantone entscheiden, ob die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde „auf Gemeinde-, Bezirks-, Kreis- oder Regionalebene organisiert wird“. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 51)

Auch die bundesrätliche Botschaft betont in ihrer Information an die Kantone, dass diese in der Ausgestaltung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde frei darin sind, eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht einzusetzen. Wichtig sei jedoch die Fachlichkeit. So sollen die Mitglieder der Behörde Sachverstand mitbringen. Hierzu heisst es in der bundesrätlichen Botschaft:

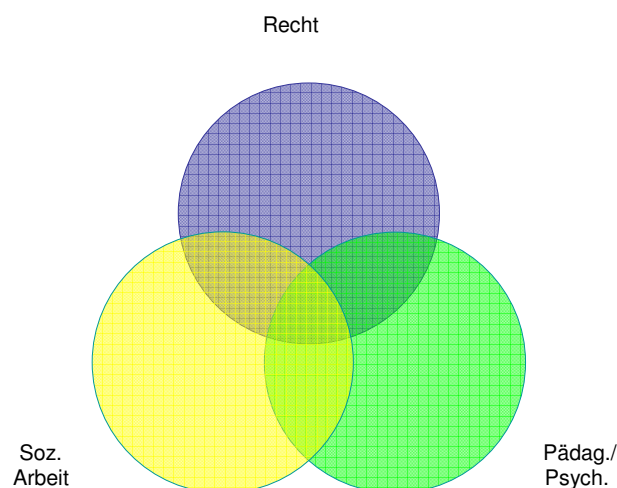
Sachverstand kann indessen auch durch Weiterbildung und Praxis erworben werden. Auf jeden Fall muss ein Jurist oder eine Juristin für eine korrekte Rechtsanwendung verantwortlich sein. Daneben sollten je nach Situation, die es zu beurteilen gilt, Personen mit einer psychologischen, sozialen, pädagogischen, 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. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7073)



Die Kantone sind demnach gefordert, die Behörden neu zu organisieren. Ein Zusammenschluss verschiedener Gemeinden wäre denkbar (vgl. Kapitel 2.5.1). Aus der bundesrätlichen Botschaft (2006) an die Kantone geht hervor, dass das Modell des Kantons Tessin zulässig wäre. Der Kanton Tessin hat Vormundschaftskreise gebildet. Dabei bilden zwei ständige Mitglieder die Vormundschaftsbehörde. Wenn Entscheide gefällt werden müssen, wird das dritte Mitglied aus dem entsprechenden Kreis delegiert. Ebenfalls ist es den Kantonen überlassen, ob die Behördenmitglieder ihr Amt berufsmässig ausführen. Milizsysteme sind nach wie vor möglich. (S. 7073)

Das folgende Diagramm zeigt die mögliche Zusammensetzung von Fachpersonen und deren Kompetenzen in einer Erwachsenenschutzbehörde.

*Abbildung 1: Zusammensetzung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde*



Quelle: VBK, zit. in ZVW, 2008a, S. 78

### **2.3.2 Beiständinnen und Beistände**

Im vierten Unterabschnitt des neuen Erwachsenenschutzrechts des ZGB wird die Beistandschaft geregelt. Die Bezeichnung Vormundin und Vormund wird nicht mehr verwendet. Auch die Beirätin oder der Beirat sind Begriffe, welche im künftigen Erwachsenenschutzrecht nicht mehr auftreten werden. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 46) Neu spricht das Gesetz nur noch von Beiständin und Beistand. Häfeli (2005<sup>4</sup>) nennt als

Grund dafür das Verhindern von Stigmatisierung der betroffenen Personen (S. 298). Mehr zum Thema Stigmatisierung findet sich in Kapitel 2.2.1.

Interessant ist die heute teilweise übliche Unterscheidung von Privat-, Fach- oder Berufsbeiständinnen und Berufsbeiständen. Privatbeiständinnen und Privatbeistände können Ehegattinnen und Ehegatten, Eltern, andere Angehörige, Bekannte oder Bürgerinnen und Bürger sein, die freiwillig oder aufgrund der gesetzlich geregelten Amtspflicht (Art. 382 Abs. 1 ZGB) Mandate führen. Fachbeiständinnen und Fachbeistände sind innerhalb von privaten und öffentlichen Sozialdiensten tätig. Es handelt sich um Fachpersonen, welche nebst der Führung von Mandaten auch andere Aufgaben im Sozialen Bereich übernehmen. Die Bezeichnung Berufsbeiständin und Berufsbeistand tritt neu im Gesetz auf (nArt. 404 Abs. 1 ZGB) und entspricht dem heutigen gebräuchlichen Begriff der Amtsvormundinnen und Amtsvormunde. Es sind Fachpersonen, die meist ausschliesslich vormundschaftliche Mandate führen. (Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts [Expertenkommission], 2003, S. 43) Unabhängig davon, wer das Amt einer Beiständin oder eines Beistandes ausführt, muss die Voraussetzung erfüllt sein, dass keine Interessenskollision vorliegt (nArt. 403 ZGB).

Gemäss nArt. 400 Abs. 1 ZGB muss eine Beiständin oder ein Beistand persönlich und fachlich geeignet sein, um gewählt zu werden. Dieser Tatsache verleiht der Gesetzgeber Nachdruck. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hat nach nArt. 400 Abs. 3 ZGB mandatstragende Personen zu instruieren, beraten und unterstützen. Kurt Affolter (2006) erwähnt hierzu, dass dies bereits heute Sinn machen würde. Zu bedenken sei zum jetzigen Zeitpunkt jedoch, dass das notwendige Fachwissen, welches zur Schulung von mandatstragenden Personen nötig ist, in politisch gewählten Laienbehörden fehlen könne (S. 26). Denkbar wäre hier, ein externes Schulungsmandat zu vergeben. Dies würde mit Mehrkosten verbunden sein. In Zukunft sollen vermehrt auch private Personen mit der Führung von Mandaten beauftragt werden. Dazu können betroffene Personen nach nArt. 401 Abs. 1 ZGB Vertrauenspersonen vorschlagen. Auch private Mandatsträgerinnen und Mandatsträger sind durch eine adäquate Schulung und Begleitung zu unterstützen (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 26). Die Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts (2003) gibt hierzu in ihrem Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs zu bedenken, dass der Einsatz von Privatpersonen beschränkt bleiben wird. Auch bei intensiver Begleitung und Schulung würden sich schwierig zu führende Mandate, wie dies der Fall bei Suchtkranken, Psychischkranken oder aktiven Widerstand leistenden Personen vorkommen kann, nicht für Privatpersonen eignen. (S. 43)

### **2.3.3 Die Aufsichtsbehörde** (nArt. 441 Abs. 1 und 2 ZGB)

Die bisherige Aufgabe der Aufsichtsbehörde wird in Kapitel 1.2.3 beschrieben. An der Aufgabe der Aufsichtsbehörde wird sich durch das neue Erwachsenenschutzrecht nichts ändern. Die Aufsichtsbehörde wird auch künftig eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung garantieren. Die Kantone sind frei darin, ob sie die Aufsicht einer administrativen Behörde oder einem Gericht übertragen. Somit kann das heutige System, falls gewünscht, beibehalten werden. (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 77-78)

### **2.3.4 Problempunkte für die Umsetzung**

Im November 2008 führte die VBK eine Umfrage aller Kantone durch. Unter anderem wurde nach den Problempunkten zur Umsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechts gefragt. Die grösste Herausforderung, so die Rückmeldungen der Kantone, würde die Wahl einer geeigneten Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde darstellen. Hinzu kämen Überlegungen der Art einer Behörde. Möglich wären ein Milizsystem oder hauptamtlich tätige Personen. Damit verbunden seien personelle Fragen zu klären. Hier sei vor allem eine fehlende Definition einer Fachbehörde problematisch. Aus nArt. 440 Abs. 2 ZGB geht nicht hervor, welche Kompetenzen in der Entscheidungsfindung an eine einzelne Person innerhalb der Behörde delegiert werden dürfen. Damit erklärt sich auch die aus dieser Unklarheit resultierende Frage, welche Entscheide zwingend in der Kompetenz aller Behördenmitglieder gefällt werden müssen (vgl. Kapitel 1.4.1). Offen sei bislang auch die Frage, wie und durch wen die Behördenmitglieder gewählt würden. (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 80-83) Die Volkswahl wäre eine Option. Die Realisierbarkeit mit dem Ziel der Erreichung von Fachlichkeit und Interdisziplinarität der Mitglieder würde hohen gesetzgeberischen Aufwand und den Einsatz von Wahlfähigkeitszeugnissen bedingen. (Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, S. 8) Dies lässt den Schluss zu, dass eine geeignete Lösung noch gefunden werden muss. Eine Möglichkeit wäre eine öffentliche Ausschreibung für die Suche nach den entsprechenden Fachpersonen. In den meisten Deutschschweizer Kantonen bilden die Gemeinderäte die Vormundschaftsbehörde. Aus diesem Grund wäre es denkbar, dass die Exekutive auch für die Bildung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde die Verantwortung trägt und für die Ausschreibung und das Auswahlverfahren zuständig wäre.

Es zeichnet sich ebenfalls ab, dass weitere Unklarheiten im Bereich der Aufsichtsbehörden bestehen. Das Bundesrecht schreibt für die Aufsicht nicht zwei Instanzen vor. Die Kantone sind gemäss Art. 361 Abs. 2 ZGB frei, weiterhin zwei Aufsichtsbehörden gemäss nArt. 441 Abs. 1 ZGB zu haben. Auf Grund der künftig geringen Anzahl an Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden und deren hohen

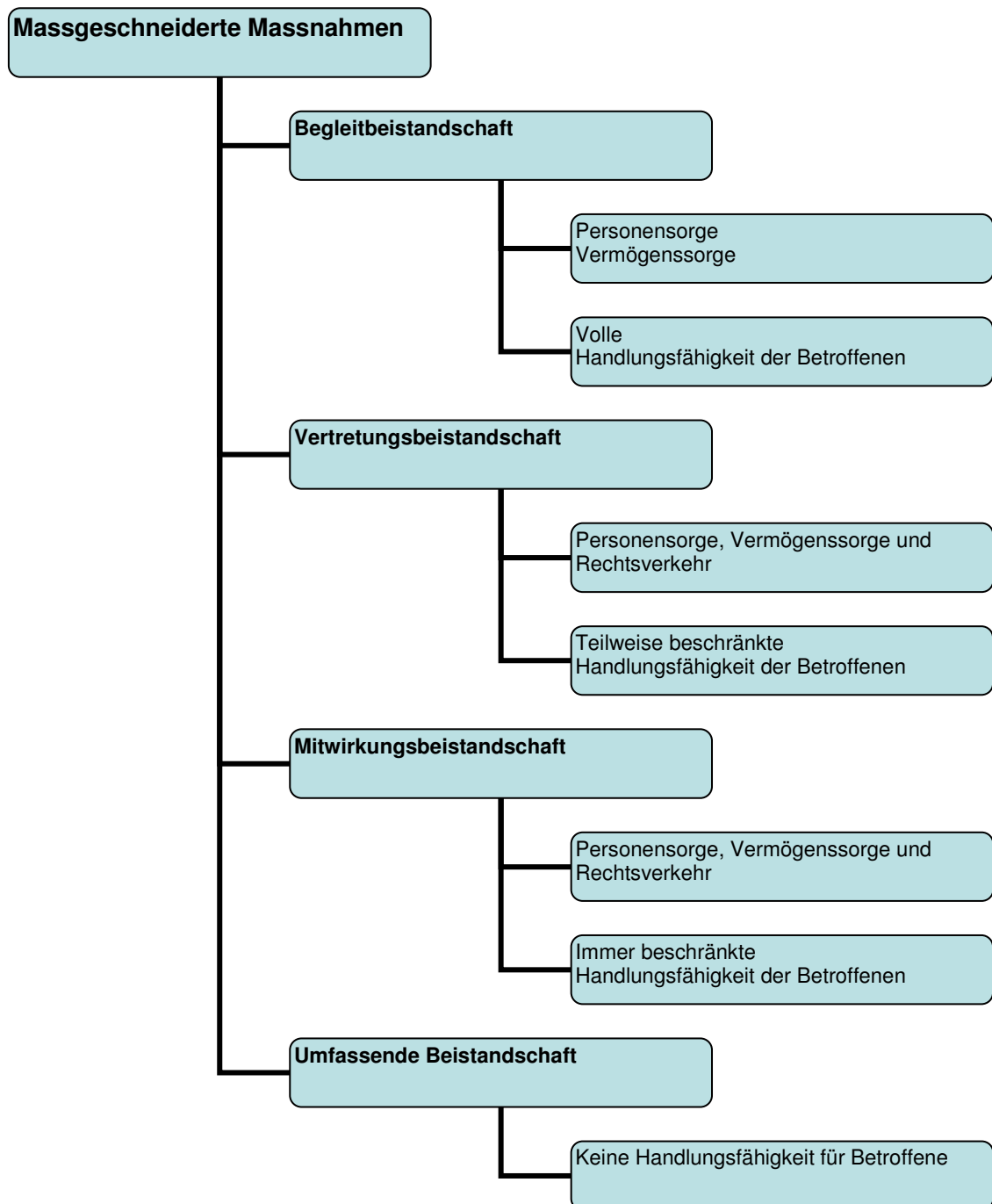
Fachlichkeit und Professionalität erscheint eine einstufige Aufsicht als hinreichend. So könnte, laut Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, die bisherige Aufteilung zwischen Obergericht und Direktion der Justiz und des Inneren (vgl. Kapitel 1.2.3) in einer Instanz zusammengefasst werden. Dies wäre vergleichbar mit einem dem Obergericht angegliederten Inspektorat. (S. 9-10) Ein organisatorischer Aufwand in Kantonen mit aktuell zwei Instanzen wäre unvermeidbar.

## **2.4 Vormundschaftliche Massnahmen**

In einem Interview der Zeitschrift Curaviva, spricht Wider (2009) davon, dass mit Hilfe des neuen Erwachsenenschutzrechts „massgeschneiderte Massnahmen“ gesprochen werden sollen. Ebenso äussert sie, dass eine Fachbehörde als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde insofern wichtig sei, weil massgeschneiderte Massnahmen für Erwachsene von der Professionalität der Behördenmitglieder abhängen würden. (S. 24) Rüegg und Rüegg (2008) halten fest, dass die Beistandschaft künftig die einzige Art einer vormundschaftlichen Massnahme ist (S. 26).

Die Grundgedanken des neuen Erwachsenenschutzrechts, welche in Kapitel 2.2 ausführlich beleuchtet wurden, lassen den Schluss zu, dass sie die nachfolgend beschriebenen Massnahmen prägten. Ein erster Überblick über die Massnahmen, ihre Wirkungsbereiche und ihren Einfluss auf die Handlungsfähigkeit kann der auf der Folgeseite durch die Autorinnen erstellten grafischen Darstellung entnommen werden.

Abbildung 2: Überblick massgeschneiderte Massnahmen



Quelle: Autorinnen

Wider (2009) führt weiter aus, dass die drei Aspekte, also die Art der Beistandschaft, des Aufgabenbereichs und der Handlungsfähigkeit wie Schablonen zu betrachten seien, welche je nach Situation, die zu beurteilen sei, individuell und eben massgeschneidert aufeinander gelegt werden können. Die Vielfalt von möglichen Massnahmen verdeutlicht die Wichtigkeit einer professionellen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, in welcher

Fachpersonen aus verschiedenen Bereichen vertreten sein werden. (zit. in Curaviva, 5/2009, S. 24)

#### **2.4.1 Massgeschneiderte Massnahmen**

Das neue Erwachsenenschutzrecht unterscheidet, wie aus der grafischen Darstellung ersichtlich, vier verschiedene Massnahmen. Im Folgenden sollen die neuen Massnahmen erklärt und wichtige Änderungen aufgezeigt werden. Einleitend werden die Voraussetzungen für die Massnahmen beschrieben.

Das neue Erwachsenenschutzrecht erwähnt in nArt. 390 ZGB explizit die Gründe, welche dazu führen, eine Beistandschaft zu errichten: so sind eine geistige Behinderung, eine psychische Störung oder ein ähnlicher Schwächezustand, welcher in der Person liegt, massgebend. Hier reicht der Schwächezustand jedoch nicht aus. Voraussetzung zur Errichtung einer Beistandschaft ist weiter, dass die betroffene Person nicht selbst handeln kann und keine andere Person dazu berechtigt ist. Die Expertenkommission (2003) führt die Krankheitsbilder, welche unter dem Begriff „psychische Störung“ neu im Gesetz verankert sind, wie folgt auf:

Diese umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, d.h. körperlich begründbare (exogene, organische, symptomatische) und körperlich nicht begründbare (endogene) Psychosen und Psychopathien (Persönlichkeitsstörungen und Neurosen) sowie Demenz (insbesondere Altersdemenz). Suchtkrankheit (Drogen-, Medikamenten- und Alkoholabhängigkeit) wird nicht eigens erwähnt: auch sie wird heute als psychische Störung verstanden. (S.32)

Die gleiche Expertenkommission (2003) führt weiter aus, dass durch die Formulierung von „ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustand“ (nArt. 390 Abs. 1 ZGB) im Besonderen der Schutz von betagten Menschen gewährt werden soll. Betagte Menschen zeigten oft ähnliche Defizite wie Menschen mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung. (S. 33)

Nachfolgend werden die einzelnen Beistandschaften betrachtet. Je nach Notwendigkeit können die Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft für eine Person in kombinierter Form angeordnet werden. Bezogen auf den vorhandenen Schwächezustand

müssen die Massnahmen auch nach neuem Erwachsenenschutzrecht „erforderlich, geeignet und zumutbar“ sein. Die umfassende Beistandschaft bedeutet den stärksten Eingriff für eine betroffene Person und beinhaltet alle Angelegenheiten der Vermögens- und der Personensorge. Dadurch bedarf sie keiner Umschreibung. (Expertenkommission, 2003, S. 33-40) Eine genaue Umschreibung jedoch benötigen die drei „leichteren“ Beistandschaften. In Kapitel 2.4 war die Rede von Schablonen, welche nach individuellen Bedürfnissen unterschiedlich aufeinander gelegt werden können (Wider, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 24). Genaue Abklärungen und Analysen der vorhandenen Ressourcen sind wichtige Voraussetzungen, um die massgeschneiderte Massnahme zu errichten. Eine bedeutende Aufgabe für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird es sein, präzise Aufgaben zu formulieren, um somit einen klaren Auftrag an die mandatstragende Person zu erteilen. (Expertenkommission, 2003, S. 34) Nach nArt. 391 Abs. 1 ZGB hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, entsprechend den Bedürfnissen der Betroffenen, die Aufgabenbereiche der Beistandschaft zu umschreiben. Drei mögliche Aufgabenbereiche sind in nArt. 391 Abs. 2 ZGB mit der Personensorge, der Vermögenssorge oder dem Rechtsverkehr benannt. Der Handlungsspielraum der Beiständin oder des Beistands, in Bezug auf das Öffnen der Post und das Betreten der Wohnung, wird durch nArt. 391 Abs. 3 ZGB eingeschränkt. (vgl. Kapitel 2.2.2)

#### **Begleitbeistandschaft (nArt. 393 ZGB)**

Die Zustimmung der betroffenen Person ist Voraussetzung zur Errichtung einer Begleitbeistandschaft (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 26). Damit kann sie mit den in Kapitel 1.3.1 beschriebenen Beistandschaften nach Art. 392 – 394 ZGB verglichen werden. Die Handlungsfähigkeit bleibt unberührt. (Expertenkommission, 2003, S. 13) Die Begleitbeistandschaft ist in den Bereichen der Personen- und Vermögenssorge möglich, wobei die Beiständin oder der Beistand weder die Vertretungs-, oder Verwaltungs-, noch die Mitwirkungskompetenz erhält (Expertenkommission, 2003, S. 35). Eine gute Kooperation zwischen der betroffenen Person und der Beiständin oder dem Beistand (Marti et al., 2007, S. 303) werden auch mit der neuen Gesetzgebung wichtig sein. Die Expertenkommission (2003) spricht im Bericht zum Vorentwurf denn auch von einer Massnahme, die für konstruktiv mitwirkende Menschen gedacht sei, da die betroffene Person selbst handelt. Dabei wird sie begleitet und unterstützt. Die Begleitbeistandschaft sei für ältere Personen, für geistig Behinderte auf dem Weg in die Selbständigkeit oder für Menschen mit einer schubweise verlaufenden psychischen Erkrankung gedacht. Die betroffene Person muss die Begleitung durch die Beiständin oder den Beistand und die Einmischung durch Gespräche akzeptieren können. (S. 35)

### **Vertretungsbeistandschaft** (nArt. 394 ZGB)

Bei der Vertretungsbeistandschaft werden der mandatstragenden Person genau definierte Aufgabenbereiche übertragen. Die betroffene Person muss sich die Handlungen der Beiständin oder des Beistands gefallen lassen, als wären es eigene Handlungen. Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person bleibt erhalten. Sie kann aber punktuell eingeschränkt werden. Hier wird es besonders wichtig sein, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sehr präzise und klare Aufträge an die mandatstragende Person vergibt. Hilfe kann in der persönlichen Fürsorge liegen. Sie kann aber auch, ausgehend von administrativen Tätigkeiten bis zur umfassenden Vermögensverwaltung, alle Aufgaben enthalten, welche die Behörde der Beiständin oder dem Beistand überträgt. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 46)

Eine Unterart sieht das Gesetz in nArt. 395 ZGB vor. Dabei können Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, aber auch Teile des Vermögens oder das gesamte Vermögen unter die Verwaltung der Beiständin oder des Beistands gestellt werden. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann auch einer betroffenen Person untersagen, über ein Grundstück zu verfügen und ist berechtigt, dies im Grundbuch eintragen zu lassen. Die Handlungsfähigkeit kann somit eingeschränkt werden, muss jedoch nicht vollständig entzogen werden. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 46-47) Auch die Expertenkommission (2003) spricht in ihrem Bericht davon, dass die Verwaltungsbeistandschaft nach geltendem Recht auf das gesamte Vermögen bezogen war. Anders wird dies im neuen Erwachsenenschutzrecht der Fall sein, wo die mandatstragende Person je nach Aufgaben, welche ihr von der Behörde zugeteilt werden, nur Teile des Einkommens oder Vermögens verwalten wird. Die Vermögensverwaltung kann sich zum Beispiel nur auf ein Konto oder eine Immobilie beziehen. Die Expertenkommission (2003) spricht denn auch von einem „Zweischlüssel-Modell“, wobei die Handlungsfähigkeit der Betroffenen nicht beschränkt sei, also betroffene Person und mandatstragende Person Geld von einem Konto abheben könnten. Dennoch sei es durch den Entscheid der Behörde zum Schutz der betroffenen Person möglich, zum Beispiel die Verfügungsmöglichkeit über ein Vermögen zu entziehen. Somit bezieht sich die Einschränkung nur noch auf bestimmte Gelder oder Konten. Ebenso kann nach geltendem Recht eine Lohnverwaltung gegen den Willen der betroffenen Person nur mit einer Entmündigung erreicht werden. Die Entmündigung, so die Expertenkommission (2003), sei nach neuem Recht nicht mehr notwendig. (S. 37-38)



### **Mitwirkungsbeistandschaft** (nArt. 396 ZGB)

Wie oben beschrieben kann die Handlungsfähigkeit einer betroffenen Person durch die Vertretungsbeistandschaft punktuell eingeschränkt werden. Anders sieht es das Gesetz bei der Mitwirkungsbeistandschaft vor. Hier wird die Handlungsfähigkeit immer punktuell eingeschränkt. Die Mitwirkungsbeistandschaft nach nArt. 396 ZGB kann mit der heute geltenden Mitwirkungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 1 ZGB verglichen werden. Die betroffene Person kann somit bestimmte Handlungen nur noch mit der Mitwirkung durch die mandatstragende Person tätigen. Die Behörden müssen diese Handlungen, welche der Mitwirkung durch die mandatstragende Person bedürfen, neu klar umschreiben. Bisher wurden diese Aufgaben durch das geltende Gesetz verbindlich und abschliessend vorgegeben (Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 – 9 ZGB). Dies wird sich im neuen Erwachsenenschutzrecht ändern. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 47) Die Expertenkommission (2003) spricht bei Mitwirkung davon, dass im geltenden Recht die verbeiratete Person die handelnde Person war und der Zustimmung der mandatstragenden Person bedurfte. Diese Zustimmung konnte ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Sie konnte im Voraus oder jedoch im Nachhinein gegeben werden. Die Beirätin oder der Beirat konnte nicht vertretend handeln. In der neuen Mitwirkungsbeistandschaft bietet das Gesetz keinen vorgegebenen und abschliessenden Aufgabenkatalog mehr an. Die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person ist ausschlaggebend. (S. 38-39)

### **Umfassende Beistandschaft** (nArt. 398 ZGB)

Die umfassende Beistandschaft darf durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde errichtet werden, wenn eine dauernde Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person vorliegt. Die Handlungsfähigkeit entfällt damit. Die umfassende Beistandschaft löst die bisherige Vormundschaft ab. Der Entzug der Handlungsfähigkeit wird jedoch eingeschränkt und darf nur angeordnet werden, wenn eine Person dauernd urteilsunfähig und ausgeprägt hilfsbedürftig ist. (Expertenkommission, 2003, S. 12) Unter dem Aspekt der Stigmatisierung (vgl. Kapitel 2.2.1) wird darauf hingewiesen, dass die Veröffentlichung, wie sie nach heutigem Vormundschaftsrecht in Art. 375 Abs. 1 ZGB geregelt ist, im neuen Erwachsenenschutzrecht nicht mehr vorkommt. Mandatstragende Personen haben künftig die Pflicht, „Dritte über den Bestand einer vormundschaftliche Massnahme zu orientieren, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist“. (Rüegg & Rüegg, 2008, S. 27)

## **2.4.2 Ausblick**

Aufgabe der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird es im Besonderen sein, massgeschneiderte Massnahmen auszusprechen. Audrey Leuba (2009) fürchtet jedoch, dass sich mit der Zeit wieder typische Massnahmen für bestimmte Kategorien von Bedürfnissen zeigen werden (zit. in Curaviva, 5/2009, S. 5). Hier gilt es, die Praxis künftig zu beobachten und, wo nötig, zum Schutz der betroffenen Personen, zu intervenieren.

## **2.5 Konsequenzen für die Soziale Arbeit**

Kapitel 2.3 stellte in Aussicht, aufzuzeigen, was sich durch das neue Erwachsenenschutzrecht in Bezug auf die Organisation der Vormundschaftsbehörden und für die Beiständinnen und Beistände ändern wird. Dies wird im Folgenden betrachtet.

### **2.5.1 Die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde**

Die Umsetzung des neuen Rechts bedarf in formeller Hinsicht struktureller und organisatorischer Veränderungen (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 82). Die Herausforderung für die Kantone in der Planung und Umsetzung wurde bereits unter Kapitel 2.3.4 erwähnt. Auf mögliche Behördenmodelle wird nachfolgend eingegangen.

#### **Behördenmodelle**

Bei der Wahl eines geeigneten Behördenmodells stehen sich die Themen Zentralisierung und Gemeindeautonomie gegenüber (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 81). Aktuell sind in der gesamten Schweiz rund 1'800 Vormundschaftsbehörden tätig. Der Soll-Zustand nach Umsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechts hat schweizweit bei rund hundert Schutzbehörden zu liegen. (Andy Stuckert, zit. in Sozial Aktuell, 4/2009, S. 9-10) Um Professionalität und Fachlichkeit sicher zu stellen, soll eine bestimmte Anzahl Fälle pro Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorhanden sein. Deshalb betragen die bundesrechtlichen Anforderungen zirka 50'000 Einwohnerinnen und Einwohner pro Perimeter. (Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, S. 6) Daraus lässt sich die Frage ableiten, ob tatsächlich ein kausaler Zusammenhang zwischen der Anzahl an Einwohnerinnen und Einwohnern und der Anzahl der Fälle gemacht werden kann. Der Einfluss von demographischen Faktoren zeigt eine mögliche Stossrichtung der Antwort auf (vgl. Kapitel 2.5.1, Fachlichkeit). Wie die betroffenen Kommunen im Einzelnen mit den gestellten Anforderungen umgehen, wird sich zeigen. Die Möglichkeit besteht, sich mit anderen Kommunen zusammen zu schliessen (VBK, zit. in ZVW, 2008a, S. 66). Die dadurch entstehende Körperschaft wird als Zweckverband bezeichnet. Eine Alternative bietet das Sitzgemeindenmodell. Anschlussgemeinden geben bei dieser Form ihre Kompetenzen an die übernehmende Sitzgemeinde ab. Die Erstellung des

Kostenschlüssels zwischen den Sitz- und Anschlussgemeinden wird zu vorhersehbaren Differenzen führen. (Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, S. 6) Unstimmigkeiten werden auf Grund von Erfahrungswerten befürchtet. Sie können aber auch auf die aktuell angespannte finanzpolitische Lage zurückgeführt werden. (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 82) Dennoch werden sich die Gemeinden der Frage der Kostenteilung stellen müssen, zumal die Finanzierung eines Fachgremiums für viele kleinere Gemeinden kaum tragbar wäre (Stuckert, zit. in Sozial Aktuell, 4/2009, S. 9).

Neben den Möglichkeiten von bezirksweisen Fusionen wäre auch eine innerkantonale Zusammenlegung denkbar. Pro Kanton würde somit eine zentrale Fachbehörde agieren. Die beschriebenen Vorteile der Nähe zu den örtlichen Gegebenheiten (vgl. Kapitel 1.2.4) gingen dadurch allerdings verloren. (Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, S. 7) Dafür wäre die mangelnde Unabhängigkeit aufgrund der Nähe zur Bevölkerung beseitigt. Zusammenschlüsse bedeuten einerseits, dass über Jahre gewachsene Strukturen von Verwaltungen in Frage gestellt werden (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 81). Andererseits kämen sie der Forderung nach schlanken Strukturen nach. Bei einer Neuorganisation ist im Allgemeinen zu klären, wo und durch wen die administrativen Arbeiten, die Sachverhaltsabklärungen, die Ausübung des Anhörungsrechts, wie auch spätere Fallführungen getätigt würden. (Regierungsrat des Kantons Zürich, 2009, S. 7-9) Aktuelles Personal kann gemäss Vogel und Wider (2009) nicht identisch übernommen werden (zit. in ZVW, 2009, S. 82). Was mit den bisherigen Vormundschaftssekretärinnen und Vormundschaftssekretären geschieht (vgl. Kapitel 1.2.1), bleibt somit vorerst offen.

Kapitel 2.3.4 beschrieb das mögliche Vorgehen für die Wahl von Fachpersonen. Im Folgenden wird die Fachlichkeit der künftigen Spruchkörper betrachtet.

### **Fachlichkeit**

Vormundschaftsbehörden können mit unterschiedlichsten Verfahren konfrontiert sein. Aufgrund demografischer Gegebenheiten kann es vorkommen, dass Behörden eher selten vormundschaftsrechtliche Fragen zu klären haben. Erfahrungswissen ist kaum abrufbar. Gerade in ländlicheren Gebieten besteht die Gefahr, dass die Vormundschaftspflege lokal geprägt wird. Dies kann zu Zufallsentscheiden bis hin zu willkürlichen Entscheiden führen. (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 109-110) Bis heute gab es für die Mitglieder von Vormundschaftsbehörden keine fachlichen Vorgaben. Sie waren frei in der Zusammensetzung und Organisation. Häufig bestanden sie aus politisch gewählten Laien, welche ihrer Aufgabe im Nebenamt nachkamen. Zur Bewältigung ihrer verantwortungsvollen Aufgabe waren sie auf Wissen von Fachstellen angewiesen. Daraus

resultierte das Spannungsverhältnis der Subordination von Fachstellen unter politische Laiengremien (VBK, zit. in ZVW, 2008b, S. 111). Diese Situation soll aufgelöst werden. Nach Ansicht des Schweizer Bundesrates (2006) soll Fachwissen je nach Sachlage, die es zu beurteilen gilt, aus dem psychologischen, sozialen, pädagogischen, treuhänderischen, versicherungsrechtlichen oder medizinischen Bereich einfließen und somit bei den vormundschaftlichen Entscheiden mitwirken (S. 7073).

Ziel des neuen Rechts ist es, mittels interdisziplinären Austauschs zu adäquaten Entscheiden zu kommen. Zur Erinnerung sei erwähnt, dass neu im Gesetz verankert ist, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Fachbehörde sein muss, welche aus mindestens drei Mitgliedern besteht (vgl. Kapitel 2.3.1). (Vogel & Wider, zit. in ZVW, 2009, S. 76) Die Frage, ob die Mindestmitgliederzahl erhöht werden soll und welche Berufsgruppen in der Fachbehörde vertreten sein sollen, ist nahe liegend. Sie wird im Folgenden betrachtet.

### **Fachbereiche**

Die beiden Autorinnen dieser Arbeit wollen sich nicht anmassen, diese offene Frage zu beantworten. Dies auch, weil die Fachbehörde den Bereich Kinder und Erwachsene umfasst und sich die vorliegende Arbeit auf den Erwachsenenschutz konzentriert. Dennoch wagen sie die folgenden Überlegungen zu den vom Bundesrat vorgeschlagenen möglichen Berufsgruppen in künftigen Behörden. Argumente für die einzelnen Fachdisziplinen folgen.

**Jura:** Ein viel genanntes Mitglied der neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist eine Juristin oder ein Jurist. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde trifft rechtswirksame Entscheide. Laut der bundesrätlichen Botschaft, sei die Mitwirkung einer Juristin oder eines Juristen für eine korrekte Rechtsanwendung dringend notwendig. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7073) Ergänzend dazu bezeichnet Patrick Zobrist (2009) in der Zeitschrift für Vormundschaftswesen die juristische Perspektive als „normativ-subsumierend“, zu welcher die Kombination mit dem „inhaltlichen Fokus der Sozialen Arbeit“ passend ist (S. 230). Zobrist schlägt damit den Bogen zur Legitimation der Sozialen Arbeit in der Fachbehörde. Sie wird im Folgenden betrachtet.

**Soziale Arbeit:** Die Komplexität der zu beurteilenden Situationen nimmt zu. Deshalb erstaunt es nicht, dass Behörden sich mit immer vielfältigeren psychosozialen Problemen auseinander setzen müssen (Stuckert, zit. in Sozial Aktuell, 4/2009, S. 9).

Kapitel 1.4.2 machte auf den gesellschaftlichen Wandel, auf ein verändertes Verständnis von Familien, aber auch auf die Überforderung von einzelnen Personen aufmerksam (BJ, 1995, S. 43-44). Demografische Veränderungen tragen zu weiteren Herausforderungen für die Gesellschaft bei (Geiser et al., 1996, VIII).

Daraus lässt sich ableiten, dass die Fähigkeit komplexe Situationen zu überschauen, eine Ressource in künftigen Spruchkörpern sein muss. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird auf die Situation bezogene, also massgeschneiderte Massnahmen zu sprechen haben. Sie wird sich auf wechselnde psychosoziale Probleme einstellen und Aspekte davon in ihren Entscheid einfließen lassen. Zwar basiert die Soziale Arbeit nicht auf einer eigenen Wissenschaft, sie verfügt jedoch über ein breitgefächertes Grundwissen und bedient sich am Wissen verschiedener Professionen. Gleichzeitig ist das Beherrschen der Gesprächsführung eine zentrale Kompetenz, welche Sozialarbeitende mitbringen. Da es sich bei vormundschaftlichen Massnahmen immer um einen Eingriff in die persönliche Freiheit der Betroffenen handelt (vgl. Kapitel 2.2.3), ist eine adäquate Gesprächsführung mit Betroffenen wichtig. Die Mitwirkung der Sozialen Arbeit innerhalb der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erscheint somit angezeigt.

Zobrist (2009) ergänzt diese Überlegungen indem auch er in seinem Artikel den sozialen Wandel anspricht. Er beschreibt die Soziale Arbeit als Handlungswissenschaft in den Bereichen der „Vorbeugung, Linderung und Lösung von Problemen“. Ebenso verfüge die Soziale Arbeit über ein breites Methodenrepertoire aus unterschiedlichen Arbeitsfeldern. (zit. in ZVW, 2009, S. 226-227)

Zobrist beschränkt sich in seinem Artikel auf das Thema von Sozialarbeitenden in Fachbehörden und schloss die nachfolgenden Disziplinen aus seinen Überlegungen aus. Im Folgenden betrachten die Autorinnen die Berufsgruppen Pädagogik, Treuhand und Versicherungsrecht in Fachbehörden. Psychologie und Medizin runden die Argumentation ab.

**Pädagogik:** Pädagoginnen und Pädagogen unterstützen Kinder und Erwachsene in ihrer Entwicklung. Sie erkennen Ressourcen und Defizite und bieten Fördermöglichkeiten an. Im Sinne der Verhältnismässigkeit und zur Wahrung der Selbstbestimmung und Autonomie (vgl. Kapitel 2.2.3) sollen Massnahmen zeitlich befristet sein. Um Massnahmen aufzuheben, muss der Grund, welcher zur Errichtung geführt hat, wegfallen. Betroffene sollen in ihrer Selbständigkeit unterstützt, begleitet und gefördert werden. Pädagoginnen und Pädagogen innerhalb eines Spruchkörpers erkennen die Bedürfnisse

von betroffenen Personen und tragen mit ihrem Wissen um eine adäquate Förderung zu einem massgeschneiderten Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bei.

**Treuhand und Versicherungsrecht:** Die Vertretung der Disziplinen Treuhand und Versicherungsrecht innerhalb von Fachbehörden erscheint den Autorinnen insofern wichtig, als im Erwachsenenschutz viele Aufgaben im Bereich der Finanzen zu tätigen sind. Dazu zählen nach nArt. 416 Abs. 1 ZGB im Sinne der behördlichen Zustimmungsbedürftigkeit auch Handlungen in Zusammenhang mit Immobilien, wie Verwaltungen, Belastungen, Kündigungen und Verkäufe (vgl. Kapitel 2.4.1). Mangelndes Wissen über Sozialversicherungen oder ungenügende rechtliche Kenntnisse über Finanzhandlungen bergen die Gefahr, dass finanzrelevante Aufgaben in Entscheiden der Spruchkörper vergessen werden. Eine Folge davon kann sein, dass Gelder verloren gehen, weil sie nicht angefordert werden oder Geldanlagen resp. deren Erfolge sich nicht im Sinne von mündelsicheren Anlagen zeigen.

**Psychologie:** Der Regierungsrat des Kantons Zürich (2009) würde eine psychologische Fachperson als stetes Mitglied der Behörde sehen (S. 4). Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass sich eine Psychologin oder ein Psychologe mit menschlichem Verhalten, so auch mit Devianz befasst. Viele Massnahmen sind auf psychische Situationen und Erkrankungen von Betroffenen zurück zu führen. Abweichendes Verhalten kann eine Folge einer psychischen Störung sein. Die Sozialkonferenz des Kantons Zürich (3/2009) hingegen würde diese Person durch den Bereich Psychiatrie / Geriatrie ersetzen. Die psychologische Meinung könne bei Bedarf mittels Gutachten eingeholt werden. (S. 4)

Medizinisches Wissen kann in unterschiedlicher Form erforderlich sein, sei dies durch Ärztinnen oder Ärzte mit psychiatrischer Fachausbildung, welche sich mit Störungen des Geistes oder der Seele auseinandersetzen, oder sei es durch Geriaterinnen oder Geriater, die sich mit Erkrankungen im Alter auskennen.

**Medizin:** Stuckert (2009) bezeichnet psychische Erkrankungen und deren Auswirkungen als „sensiblen Bereich“ (zit. in Sozial Aktuell, 4/2009, S. 9). Krankheiten im Alter gewinnen an Bedeutung. Spezifisches Fachwissen ist insbesondere bei abweichendem Verhalten aufgrund psychischer Ursachen wichtig. So führt Sozial Aktuell (4/2009) die Zunahme der vormundschaftlichen Massnahmen bei Erwachsenen in den letzten zehn Jahren auf die wachsende Zahl demenzkranker alter Menschen zurück. (S. 10) Diese Entwicklung kann auch auf die demographische Bevölkerungsentwicklung, welche in Kapitel 1.4.2 angesprochen wird, zurückgeführt werden.

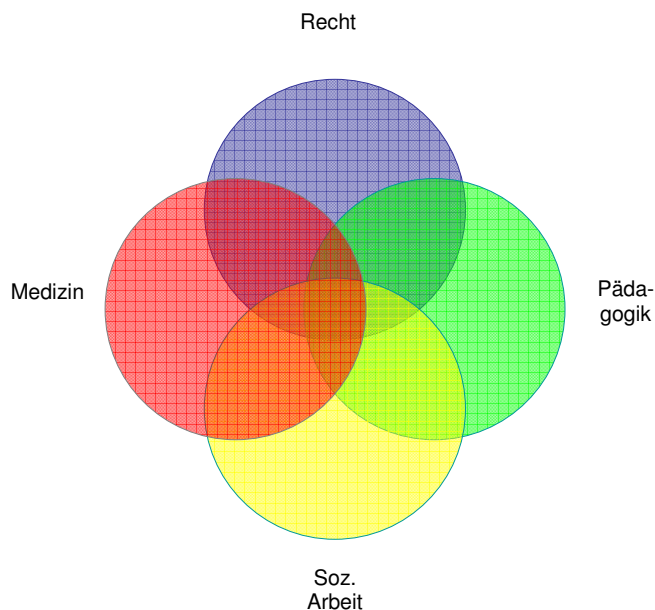
## **Schlussfolgerungen für die Zusammensetzung der Fachbehörde**

Nachdem alle Berufsgruppen, welche durch den Bundesrat als mögliche Disziplinen in Fachbehörden vorgeschlagen wurden, betrachtet sind, erscheint es stimmig, dass der Fachbereich Jura in einer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zwingend vertreten sein soll. Die Soziale Arbeit und die Pädagogik sind prädestiniert dazu, die Grundgedanken des Erwachsenenschutzrechts wie Selbstbestimmung, Schutz der Persönlichkeit, Schutz des Schwachen, gegenseitige Rücksichtnahme, Verringerung von Stigmatisierung, Schutz der Familie und Gemeinwohl in ihr Handeln einzubeziehen (vgl. Kapitel 1.1 und 2.2). Wie oben bereits erwähnt, verfügt die Pädagogik über das Wissen, geeignete Fördermöglichkeiten zu initiieren. Dies lässt den Schluss zu, dass Fachbehörden über die Ressource verfügen, klare Entscheide mit detaillierten Aufgaben zu sprechen. Die Profession der Medizin als dauernde Präsenz in der Fachbehörde wird durch die oben erwähnte demografische Bevölkerungsentwicklung begründet. Ebenso unterstützt medizinisches Wissen Entscheide in Bezug auf die Beschränkung der Handlungsfähigkeit (vgl. Kapitel 2.2.3).

Da die Medizin ein breites Fachgebiet darstellt, soll bei Bedarf ergänzendes spezifisches ärztliches Wissen beigezogen werden können. Dazu ist auch der umstrittene Bereich der Psychologie zu zählen. Um adäquate Entscheide durch interdisziplinäre Zusammenarbeit zu gewähren, ist es nicht zwingend erforderlich, dass sämtliche möglichen involvierten Berufsgruppen in der Behörde vertreten sind. Umso wichtiger erscheint der Einbezug von abrufbaren Meinungen weiterer Fachpersonen. Dafür ist es erforderlich, dass sie innert nützlicher Frist Gutachten im Auftrag der Behörden erstellen. Die Legitimation für die Anordnung von Gutachten ist nArt. 446 Abs. 2 ZGB zu entnehmen. Mögliche weitere Gutachterinnen und Gutachter, die bei Bedarf von der Fachbehörde hinzugezogen werden könnten, wären Expertinnen und Experten in den Bereichen Treuhand und Sozialversicherungen. Davon könnte abgesehen werden, wenn dieses Wissen bereits durch eine in der Behörde permanent vertretene juristische (oder andere) Fachperson abgedeckt ist.

Die nachfolgende Grafik stellt, im Sinne eines Fazits der gemachten Überlegungen, eine Erweiterung der Abbildung von Kapitel 2.3.1 dar. Die Mindestgrösse von drei permanenten Mitgliedern wäre auf vier angewachsen. Allenfalls könnte sie durch den Bereich Psychologie auch auf fünf erweitert werden. Wie die einzelnen Kantone effektiv entscheiden werden, bleibt abzuwarten.

Abbildung 3: Vorschlag zur Zusammensetzung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde



Quelle: Autorinnen

## 2.5.2 Veränderungen für Beistandspersonen

Nachfolgend werden die Änderungen für Beiständinnen und Beistände zusammengefasst, wobei die Aufzählung nicht als abschliessend zu betrachten ist.

### Schulung und Zusammenarbeit

Rüegg und Rüegg (2008) machen klar, dass es die Aufgabe der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sein wird, die Schulung der mit einem Mandat beauftragten Personen zu garantieren. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um Privatpersonen oder Amtspersonen handelt, welche die Aufgabe als Beiständinnen und Beistände übernehmen. (S. 26) Daraus lässt sich ableiten, dass es wichtig sein wird, dass mandatstragende Personen eng mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zusammenarbeiten, um die notwendige Instruktion, die Beratung und die Unterstützung zu erhalten. Weiterbildung wird zu einem ebenso wichtigen Thema. Die Nähe der Zusammenarbeit kann sich durch die Art der Behördenstruktur (vgl. Kapitel 2.5.1) verändern.

### Präzise Aufträge

Neu wird von gesetzlich vorgeschriebenen starren Massnahmensystemen abgesehen (Leuba, zit. in Curaviva, 5/2009, S. 5). Dies lässt den Schluss zu, dass die Möglichkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Massnahmen nach individuellen Bedürfnissen zusammenzustellen, die Notwendigkeit von präzisen Formulierungen und klar



festgelegten Aufgaben für Beistandspersonen verdeutlicht. Beiständinnen und Beistände sind aufgefordert, nach diesen individuellen Aufgabenregelungen zu handeln. Die Vielfalt von unterschiedlichen Aufgaben bereichert die Arbeit von Beistandspersonen. Gleichzeitig werden Flexibilität und Anpassungsfähigkeit von Beiständinnen und Beiständen stark gefordert.

### **Anforderungsprofil**

Einen Schritt weiter geht die Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden in ihren Überlegungen. Sie hat ein Anforderungsprofil für Beistandspersonen ausgearbeitet, worin unter anderen die Kompetenzen „Einfühlungsvermögen und Fähigkeit zur kritischen Selbstreflexion“ aufgeführt sind. Auch das „Erkennen des Auftrags“ wird explizit erwähnt. (zit. in Rüegg & Rüegg, 2008, S. 57) Bereits heute sind diese Kompetenzen wichtige Werkzeuge von Beiständinnen und Beiständen, um ihre tägliche Aufgabe verantwortungsbewusst zu meistern. Dennoch kann es sein, dass künftig gerade diese Kompetenzen an Bedeutung gewinnen. So wird es für Beistandspersonen weiterhin wichtig sein, mit Hilfe der Fähigkeit der Empathie eine gute Zusammenarbeit zwischen ihnen und der betroffenen Person zu ermöglichen. Hinzu kommt das Erkennen des tatsächlichen Auftrags. Dies wird in Bezug auf die Massschneidung künftig zentral. Selbstreflexion wird dadurch zur unumgänglichen Überprüfung der Handlungsweise von mandatstragenden Personen. Eine Möglichkeit dies zu erreichen dürfte die Unterstützung der Beiständinnen und Beistände durch regelmässige Supervision sein. Weitere Hilfestellungen sind durch adäquate Weiterbildung, regen Austausch mit Berufskolleginnen und Berufskollegen sowie durch Erfahrungswerte aus der Praxis möglich.

### **Haftung und Kontrolle**

Eine weitere Änderung bringt das neue Erwachsenenschutzrecht in Bezug auf die Haftung von Beiständinnen und Beiständen. So schreiben Rüegg und Rüegg (2008), dass nach heutigem Recht eine persönliche und unbeschränkte Haftung der mandatstragenden Person und auch der Vormundschaftsbehörde besteht. Das neue Erwachsenenschutzrecht löst diese alte Regelung durch die direkte Staatshaftung ab. (S. 26) Dies bedeutet, dass neu die Kantone primär haftbar sind. Dennoch kann je nach kantonalem Recht ein Regress des Kantons auf die schadenverursachende Person erfolgen. (vgl. Kapitel 2.2.3) Es kann angenommen werden, dass die Kantone künftig an einer intensiveren Kontrolle der Handlungen von Beiständinnen und Beiständen interessiert sind.

### **Aufweichen von Hierarchien**

Zobrist (2009) geht in seinen Überlegungen noch weiter. Er verknüpft den Gedanken, dass Sozialarbeitende nicht nur als Beiständinnen und Beistände tätig sind, sondern auch als ständige Vertreterinnen und Vertreter in der Fachbehörde gelten. Die Hierarchie zwischen Behördenmitgliedern und Mandatspersonen könnte aufgeweicht werden. Die Subordination von Fachpersonen unter Laien würde wegfallen (vgl. Kapitel 2.5.1, Fachlichkeit). Sozialarbeitende würden ihren Professionskolleginnen und Professionskollegen Aufträge erteilen. Fachliche Diskurse könnten somit auf „gleicher Augenhöhe“ stattfinden, was zu einer Qualitätssteigerung zum Wohl der Betroffenen führen kann. Dies soll jedoch nicht die Autorität der Behörde in Frage stellen. Sie kann durch die Fachlichkeit im Gegenteil sogar gesteigert werden. (zit. in VBK, 2009, S. 229-230)

### **3. Anwendung des neuen Erwachsenenenschutzrechts**

In diesem Kapitel erfolgt die praktische Anwendung des in Kapitel 2 beschriebenen neuen Rechts. Im ersten Teil wird ein exemplarischer Fall vorgestellt. Anhand des Fallbeispiels wird die Situation der betroffenen Person mit und ohne Vorsorgemassnahmen betrachtet. Das Folgekapitel wird sich mit einem Handlungsmodell auseinandersetzen. Danach werden mögliche vormundschaftliche Massnahmen geprüft. Änderungen des neuen Rechts mit dem Fokus auf die Bedeutung für mögliche Beteiligte, die Professionalisierung und die Interdisziplinarität folgen.

#### **3.1 Ein Fallbeispiel**

Zur Anwendung des neuen Rechts dient das folgende konstruierte Fallbeispiel. Es wird in zwei Varianten unterteilt und gestaltet sich wie folgt:

Eine allein stehende Person lebt in einem Einpersonenhaushalt. Auf Grund von plötzlichen gesundheitlichen Problemen muss sie ins Krankenhaus eingeliefert werden. Verschiedene Behandlungsmöglichkeiten liegen vor. Fest steht, dass die Person physisch und psychisch nicht mehr vollständig genesen wird. Bisher bestand kein Kontakt zur Vormundschafts- oder Kindes- und Erwachsenen-schutzbehörde. Verwandte oder nahe Bekannte fehlen.

##### **Variante a:**

Die betroffene Person hat Vorsorgemassnahmen getroffen, eine Patientenverfügung sowie ein Vorsorgeauftrag liegen vor.

##### **Variante b:**

Die betroffene Person hat keine Vorsorgemassnahmen getroffen. Das gesetzliche Vertretungsrecht wird betrachtet.

Es werden in der Folge beide Varianten des hypothetischen Vorgehens nach neuem Recht durchgespielt. Es soll in beiden Versionen aufgezeigt werden, welche Massnahmen nach neuem Recht zur Anwendung kommen könnten. Dabei wird die Bedeutung für die erkrankte Person angesprochen, ebenso die Rolle von Angehörigen und die Aufgaben und Herausforderungen der vormundschaftlichen Organe.

### **3.1.1 Variante a: Vorliegen von Vorsorgemassnahmen**

In Variante a liegen Vorsorgemassnahmen vor. Dazu gehören die Patientenverfügung und der Vorsorgeauftrag, welche nachfolgend betrachtet werden.

#### **Patientenverfügung**

In erster Linie geht es darum, die notwendigen medizinischen Massnahmen zur Genesung der erkrankten Person zu treffen. Dabei gilt zu berücksichtigen, ob die Person eine Patientenverfügung erlassen hat (vgl. Kapitel 2.2.2). Liegt eine solche Verfügung vor, muss geprüft werden, wann sie erstellt wurde. Empfohlen wird eine Aktualisierung alle zwei bis fünf Jahre (Yvonne Müller, zit. in Wenger, 5/2009b, S. 17). Ärztinnen und Ärzte haben nach Art. 9 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin zu prüfen, ob die Verfügung in der vorliegenden Situation noch dem mutmasslichen Willen der erkrankten Person entspricht (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7032). Dies bezieht sich insbesondere auf Entscheidungen über die Behandlungsarten. Die Überprüfung des Patientenwillens ist in nArt. 372 Abs. 2 ZGB zu finden.

Wurde in der Patientenverfügung eine Vertrauensperson bezeichnet, so machen ihr die Ärztinnen und Ärzte nach bestem Wissen und Gewissen Behandlungsvorschläge (nArt. 370 Abs. 2 ZGB). Die Vertrauensperson hat nicht das alleinige Entscheidungsrecht, denn falls die medizinischen Fachpersonen der Ansicht sind, dass eine ungerechtfertigte Verweigerung einer Behandlung und somit ein Interessenskonflikt zwischen Vertrauensperson und mutmasslichem Patientenwillen vorliegt, können sie gestützt auf nArt. 373 Abs. 1 ZGB die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anrufen. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7014) Auch weitere der Patientin oder dem Patienten nahe stehende Personen können von diesem Recht Gebrauch machen (nArt. 373 Abs. 1 ZGB). Die Bemühung, einen mutmasslichen Patientenwillen zu beachten, ist Ausdruck des Selbstbestimmungsgrundsatzes (vgl. Kapitel 2.2.2).

#### **Vorsorgeauftrag**

Nachdem die medizinische Versorgung sichergestellt wurde, sind die Perspektiven bei einer unvollständigen Genesung zu analysieren. Wie dazu vorgegangen werden kann, zeigt Kapitel 3.2. Im Rahmen der Umsetzung ist abzuklären, ob im Sinne eines Vorsorgeauftrages nach nArt. 360 ZGB eine Vertretungsperson für die Bereiche Personensorge, Vermögensverwaltung oder Rechtsverkehr kumulativ oder alternativ bezeichnet wurde (vgl. Kapitel 2.2.2). Zur Ernennung einer Vertretungsperson muss die Auftrag gebende Person nach nArt. 360 Abs. 1 ZGB handlungsfähig gewesen sein (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7025). Handlungsfähigkeit bedingt, wie in Kapitel 1.1.1

beschrieben, Mündigkeit und Urteilsfähigkeit. Im vorliegenden Fall besteht kein Grund zum Zweifel an der bisherigen Handlungsfähigkeit. Gemäss Art. 35 Abs. 1 OR erlöschen Rechtsgeschäfte durch den Verlust der Handlungsfähigkeit. Somit stellt die Neuerung im Gesetz einen juristischen Widerspruch dar. (BJ, 1995, S. 140) Die Frage, ob Art. 35 Abs. 1 OR zwingendes oder dispositives Recht ist, wird durch den Bundesgerichtsentscheid vom 23. Mai 2005 (BGE 4C.263/2004) geklärt (vgl. Anhang A). Er bestätigt die Gültigkeit der Vorsorgevollmacht. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7012)

### **Herausforderungen und Risiken**

Eine Patientenverfügung oder ein Vorsorgeauftrag haben, sofern formal adäquat verfasst (vgl. Kapitel 2.2.2), Gültigkeit. Stuft die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Person, welche durch eine Patientenverfügung oder einen Vorsorgeauftrag ernannt wurde, zum Zeitpunkt x als ungeeignet ein, so hat der Gesetzgeber nArt. 370 Abs. 3 ZGB eingeführt, wonach die betroffene Person vorgängig zusätzlich eine Ersatzverfügung erlassen kann (BJ, 1995, S. 140).

Unabhängig davon, ob die gewünschte Person eingesetzt wird, könnte es vorkommen, dass Vollmachten missbraucht werden. So besteht das Risiko, dass eine bevollmächtigte Person schon vor Eintritt der Urteilsunfähigkeit der vollmachtgebenden Person für diese handeln könnte, zumal der Zeitpunkt des Ereigniseintrittes nicht vorgängig bekannt ist. Beim Eintreten von dauernder Urteilsunfähigkeit kann die vollmachtgebende Person diese nicht mehr rückgängig machen. Die Möglichkeiten der behördlichen Interventionen in solchen Fällen sind in nArt. 368 ZGB geregelt. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7012) In nArt. 373 Abs. 1 Ziff. 1 – 3 ZGB werden die Möglichkeiten des Einschreitens der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in Zusammenhang mit Patientenverfügungen und analog auch bei der Vorsorgevollmacht (nArt. 373 Abs. 2) genannt.

Ist eine dringende Behandlung erforderlich und ist die vertretungsberechtigte Person nicht innert zum Wohle der Patientin oder des Patienten nützlicher Frist erreichbar oder bekannt, so kommt die Bestimmung nach Art. 8 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin, respektive nach nArt. 379 ZGB, zur Anwendung (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7037). In Art. 8 des Europäischen Übereinkommens über Menschenrechte und Biomedizin ist festgehalten, dass die medizinisch unerlässlichen Interventionen zur Gesundheit der betroffenen Person umgehend erfolgen können, selbst wenn eine Einwilligung infolge Notfallsituation nicht eingeholt werden kann. Der Inhalt von nArt. 379 ZGB lautet analog: „In dringlichen Fällen ergreift die Ärztin oder der Arzt

medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person“.

Handelt es sich nicht um eine Notsituation und kommt die durch die Ärztinnen und Ärzte oder eine der Patientin oder des Patienten nahe stehende Person angerufene Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zum Entscheid, dass die bevollmächtigte Person geeignet ist, so ist weiter abzuklären, für welche Bereiche eine Vertretung angezeigt ist. Unter anderem müssen dabei die Handlungs- und Urteilsfähigkeit der betroffenen Person betrachtet werden. Die diesbezüglichen Abklärungen sind bei Variante b analog zu treffen, weshalb auf Kapitel 3.2 und 3.3 verwiesen wird.

### **3.1.2 Variante b: Keine Vorsorgemassnahmen**

In Variante b liegen keine Vorsorgemassnahmen vor. Hier gilt es das gesetzliche Vertretungsrecht zu beachten. Wie ohne Vorsorgemassnahmen weiter zu verfahren ist, wird nachfolgend aufgezeigt.

#### **Gesetzliches Vertretungsrecht**

Hat die erkrankte Person weder eine Patientenverfügung verfasst, noch eine Vorsorgevollmacht erteilt, kann die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vertretung bei medizinischen Massnahmen (vgl. Kapitel 2.2.2) geprüft werden (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 14). Die Reihenfolge der durch das Gesetz bestimmten vertretungsberechtigten Personen sieht gemäss nArt. 378 Abs. 1 ZGB wie folgt aus:

1. Stelle: Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner  
(nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)
2. Stelle: Personen, welche in einem gemeinsamen Haushalt leben und der betroffenen Person regelmässig Beistand leisten  
(nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB)
3. Stelle: Nachkommen (nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB)
4. Stelle: Eltern (nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB)
5. Stelle: Geschwister (nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 7 ZGB)

Ist eine in nArt. 378 ZGB aufgeführte angehörige Person vorhanden, so gilt zu beachten, ob ein regelmässiger persönlicher Kontakt bestanden hat (Wenger, zit. in Curaviva, 5/2009b, S. 14). Damit einher geht, dass die Beziehung intakt sein soll und eine gegenseitige Hilfsbereitschaft besteht (BJ, 1995, S. 45).

## **Erweitertes gesetzliches Vertretungsrecht**

Im Weiteren ist das gesetzliche Vertretungsrecht nach nArt. 374 ZGB (vgl. Kapitel 2.2.2) für die Deckung des Unterhaltbedarfs, die Einkommens- und Vermögensverwaltung und das Öffnen der Post möglich. Vertretungsberechtigt ist in diesen Fällen nur die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner sowie die Ehepartnerin oder der Ehepartner. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von nArt. 374 ZGB ist eine Urteilsunfähigkeit. Da es sich im Fallbeispiel um eine alleinstehende Person handelt, kommt das gesetzliche Vertretungsrecht hier nicht zur Anwendung.

## **Fazit**

Im unter 3.1 konstruierten Fallbeispiel wird in Variante b davon ausgegangen, dass keine Patientenverfügung vorliegt. Es könnte auch angenommen werden, dass diese, falls (wie in Variante a) doch vorhanden, bereits nicht mehr der aktuellen Situation entspricht. Ob in der Patientenverfügung eine Vertrauensperson für medizinische Behandlungsentscheide bezeichnet wurde, ist für das nachfolgend beschriebene weitere Vorgehen zur Abklärung der „Nachsorge“ irrelevant. Das gesetzliche Vertretungsrecht gemäss nArt. 378 ZGB fällt aufgrund fehlender Kontakte zu Verwandten ebenfalls weg. Die Subsidiarität im Sinne der Mobilisierung von vorhandenen familiären Ressourcen (BJ, 1995, S. 45) wurde zwar in beiden Varianten beachtet, es konnte ihr aber nicht entsprochen werden. Es waren keine entsprechenden Angehörigen auszumachen. Zu bedenken bleibt allerdings, dass dem Grundsatz der Selbstbestimmung, wie er in Kapitel 2.2.2 beschrieben wurde, ohne eigene Vorsorgemassnahmen nicht entsprochen werden kann.

Um die Anwendbarkeit von vormundschaftlichen Massnahmen zu prüfen (vgl. Kapitel 3.3), wird im Folgenden davon ausgegangen, dass das Instrument der Bezeichnung einer vertretungsberechtigten Person mittels Vorsorgeauftrag nicht genutzt wurde. Weitere Abklärungen sind somit erforderlich.

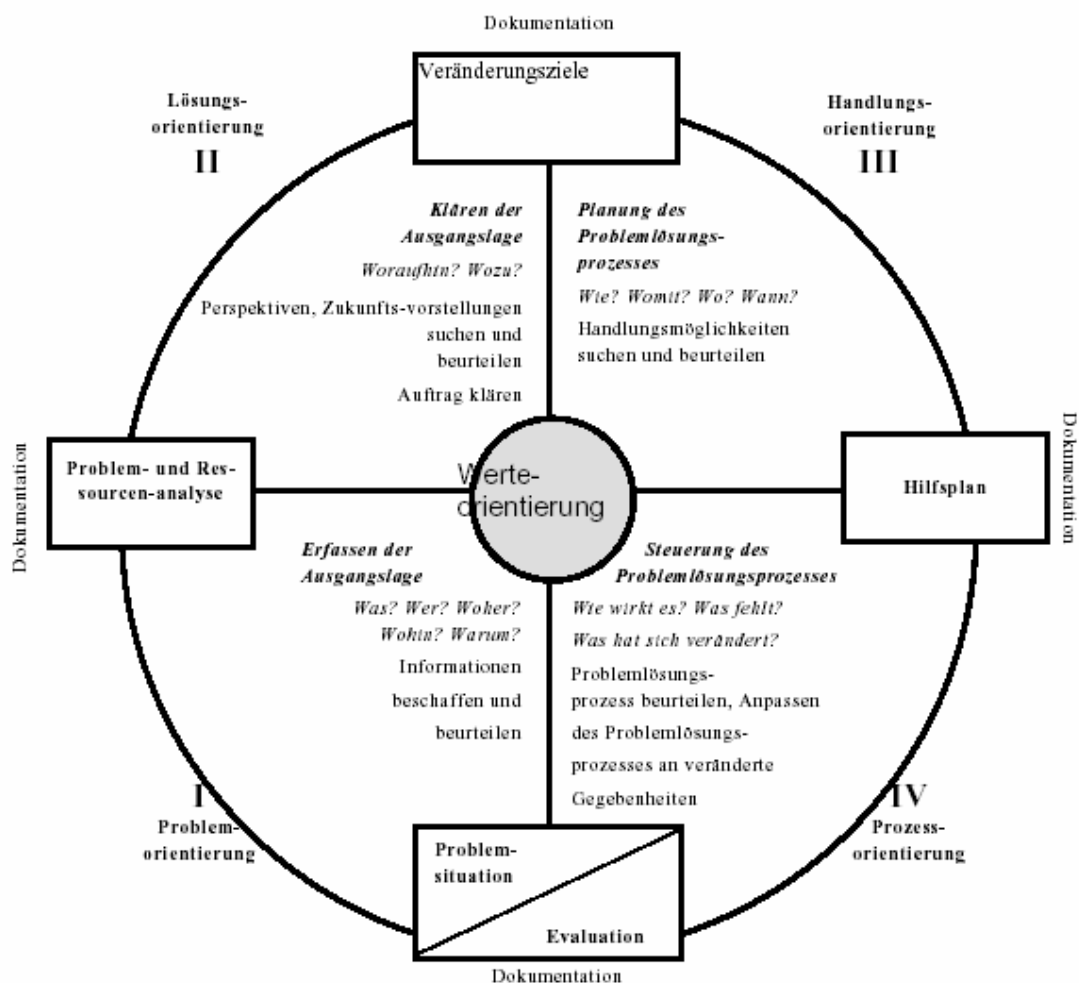
Im Fallbeispiel (vgl. Kapitel 3.1) wurde festgelegt, dass die Person, welche ins Spital eingeliefert wurde, nach dessen Verlassen nicht mehr vollständig genesen ist. Psychische und physische Defizite bleiben. Defizite führen dazu, dass eine Person teilweise auf die Chance, am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben, verzichten muss. Normen der Gesellschaft können nicht mehr vollumfänglich erfüllt werden. Nach Michael Klassen (2004) ist es Aufgabe der Sozialen Arbeit, Defizite an gesellschaftlichen Teilnahmekancen zu kompensieren, indem die Teilnahme mit Hilfe von Systemen ermöglicht wird. Klassen spricht in diesem Zusammenhang von „Inklusion – Exklusion“. Hierdurch wird der „binäre Code von Hilfe und Nichthilfe“ erkennbar. (S. 168) Die Herausforderung von Hilfe

und Nichthilfe kann dem Spannungsfeld von Betreuung und Freiheit (vgl. Kapitel 2.2.3) entnommen werden. In der vorliegenden Situation wird davon ausgegangen, dass infolge unvollständiger Genesung Einschränkungen in bestimmten Lebensbereichen entstanden sind. In diesen Bereichen findet demnach eine Exklusion, also ein Verlust von Teilnahmekanzen, statt. Das Erwachsenenschutzrecht trägt dem Grundsatz der Sozialen Arbeit Rechnung, indem es zur Vermeidung der Exklusion verschiedene Massnahmen vorsieht. Wird zu Gunsten der erkrankten Person Handlungsbedarf festgestellt, so sind vormundschaftliche Massnahmen zu prüfen. Beim diesbezüglichen Vorgehen soll exemplarisch das Luzerner Modell leitend sein.

### 3.2 Vorgehen nach Luzerner Modell

Es wurde beschrieben, dass die erkrankte Person mit Einschränkungen in bestimmten Bereichen zu leben hat. Die weitere Abklärung der Folgen zur Lebensbewältigung und deren Bedeutung kann anhand des Luzerner Modells getätigt werden.

Abbildung 4: Luzerner Modell



Quelle: Ursula Fuchs, 2009, S. 3



Das Luzerner Modell ist ein Konzept zur Entwerfung von Handlungsplänen. Beobachtungs- und Beschreibungswissen wird mit Erklärungs- und Begründungswissen, Wertewissen, sowie Handlungs- und Interventionswissen kombiniert (Hiltrud Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 73). Die Wissensbereiche beeinflussen die folgenden unter 3.2.1 – 3.2.5 beschriebenen Phasen, wobei die Abfolge der Phasen nicht linear zu betrachten ist. Es können im Rahmen eines Handlungsprozesses immer wieder ein oder mehrere Schritte vor- und rückwärts erfolgen.

### **3.2.1 Phase I: Problemorientierung**

In einem ersten Schritt ist die „Problemsituation“ zu ermitteln. Um diese zu beschreiben, sind Informationen über das bisherige Lebensumfeld sowie über die aktuelle Situation zu beschaffen. Eine erste Beurteilung der Ausgangslage kann erfolgen. Neben der „Problemanalyse“ sollen auch die vorhandenen „Ressourcen“ berücksichtigt werden. Sozialarbeitende sind grundsätzlich angehalten, zu jedem Defizit eine Ressource zu suchen (Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 111). In einem zweiten Schritt sind die vorhandenen Ressourcen und die Verhältnismässigkeit zu prüfen.

Externe Ressourcen im Sinne von nahen Familienangehörigen wurden bereits im Rahmen des gesetzlichen und des erweiterten gesetzlichen Vertretungsrechts unter Kapitel 3.1.2 betrachtet. Ergänzend festzuhalten ist, dass Betreuungsmassnahmen auch an weitere Verwandte übertragen werden können, sofern dies als sinnvoll erachtet wird (BJ, 1995, S. 45). Interne Ressourcen sind hinsichtlich der eigenen Handlungsmöglichkeiten relevant.

### **3.2.2 Phase II: Lösungsorientierung**

Zur weiteren „Klärung der Ausgangslage“ sollen die bleibenden gesundheitlichen Schäden und deren Auswirkungen hypothetisch aufgezeigt werden. Künftige gesundheitliche Beeinträchtigungen können abgeschätzt werden. An die Überlegungen im Zusammenhang mit Ressourcen ist unter Beachtung der Handlungs- und Urteilsfähigkeit anzuknüpfen. Sollte die Person durch die gesundheitlich veränderte Situation die Urteilsfähigkeit verloren haben, so erlischt auch ihre Rechtsfähigkeit. Deshalb muss genau abgeklärt werden, in welchen Bereichen eine Person urteilsunfähig ist.

Die Frage, ob eine Rückkehr in die bisherige Wohnform möglich ist oder eine betreute Form angezeigt wäre, ist nicht Thema dieser Arbeit und wird nicht weiter behandelt. Einzig im Sinne der Verhältnismässigkeit wird festgehalten, dass einer Rückkehr in die bisherige Wohnform unter Einrichtung von Unterstützungsangeboten wie Spitex,

Reinigungsdienst, Mahlzeitendienst, Wohnungsumbauten, Hilfsmittel und so weiter Vorrang zu geben ist. Bezüglich urteilsunfähiger Personen in Institutionen wird auf Kapitel 2.2.4 verwiesen.

Als nächstes sind „Veränderungsziele“ festzulegen. Dazu soll konkret aufgelistet werden, wo Hilfe benötigt wird. Mögliche Bereiche können persönliche Fürsorge, finanzielle oder rechtliche Angelegenheiten sein.

### **3.2.3 Phase III: Handlungsorientierung**

Gestützt auf die festgelegten Veränderungsziele wird entschieden, wie mögliche Massnahmen umgesetzt werden können. In dieser Arbeit wird der Fokus der „Handlungsmöglichkeiten“ auf vormundschaftliche Massnahmen gelegt.

Nachdem die „was“ und „wozu“ geklärt sind, soll das „wie“ und „womit“ genauer angeschaut werden. (Fuchs, 2009, S. 3) Dazu gilt es als erstes, die Voraussetzungen für eine Beistandschaft zu betrachten. Die Bedingungen zur Errichtung einer Beistandschaft finden sich in nArt. 390 ZGB. Neben einer Schwäche, welche die Besorgung der eigenen Angelegenheiten einschränkt (nArt. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), muss auch die Voraussetzung vorliegen, dass die Person nicht selbst handeln kann und keine andere Person dazu berechtigt ist (nArt. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Die Berechtigung wurde unter Kapitel 3.1 behandelt. Ob und in welchen Bereichen die erkrankte Person noch selbst handeln kann, wurde in Phase I und II abgeklärt (vgl. Kapitel 3.2.1 und 3.2.2).

Durch das Aufzeigen des Problemlösungsprozesses, anhand des Luzerner Modells, kann ein Hilfsplan erstellt werden. Diverse Unterstützungsmöglichkeiten in verschiedensten Bereichen werden durch möglicherweise unterschiedliche Personen erfüllt. Die Erarbeitung des Hilfsplans wird unter Kapitel 3.3 bei der Prüfung von möglichen Massnahmen detailliert erfolgen.

### **3.2.4 Phase IV: Prozessorientierung**

In einem späteren Schritt ist die Wirkung des Problemlösungsprozesses zu evaluieren und allenfalls erneut die Ausgangslage, deren Lösungsmöglichkeiten, die Handlungsebene und die Prozessebene zu betrachten. Da zur „Evaluation“ eine bestimmte Zeit vergangen sein muss, kann es durchaus sein, dass diese durch eine neue Person erfolgt. Bei der Errichtung von vormundschaftlichen Massnahmen ist dies im Rahmen der regelmässigen Berichtskontrollen durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde möglich.

### **3.2.5 Werteorientierung**

In alle Überlegungen, welche mit Hilfe des Luzerner Modells gemacht wurden, fliessen Werte. Dies ist nicht verwunderlich, zumal aus Sicht von Mario Bunge (2004) der Ursprung von Werten in Bedürfnissen und Wünschen liegt (zit. in Klassen, 2004, S. 137). Nach Silvia Staub-Bernasconi (1998) zählt zur Menschenrechtsprofession Soziale Arbeit das Recht auf Bedürfnisbefriedigung, sowie auf Erfüllung legitimer Wünsche (zit. in Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 69). Bei der erkrankten Person ist davon auszugehen, dass sie zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse Hilfe benötigt.

In allen Schritten zur Erarbeitung der Ausgangslage kommen Beurteilungen durch Sozialarbeitende vor. Beurteilungen basieren auf beruflichen Werten und Normen. Um allfällige Vorwürfe, die Beurteilung sei willkürlich ausgefallen, zu verhindern, sollen Sozialarbeitende ihre Bewertungen über die beruflichen Werte und Normen rechtfertigen können (Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 68). Werte sind Vorstellungen von gesellschaftlichen Idealzuständen und Menschenbildern (Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 67), weshalb sie nicht universal sind. Zu den sozialen Werten zählen unter anderen die Integrität und Würde des Individuums, das Selbstbestimmungsrecht, die Selbstverwirklichung, die Realisierung des vollen Potentials jedes Individuums, das Wachstum und die Reife der Persönlichkeit (Peter Lüssi, 2008<sup>6</sup>, S. 123).

### **3.2.6 Fazit**

Anhand einer Ausgangslage, wie sie im Fallbeispiel sichtbar ist, konnte im bestehenden Recht in der Regel eine kombinierte Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 393 Ziff. 2 ZGB errichtet werden, sofern keine Gefahr bestand, dass eine urteilsunfähige Person Rechtsgeschäfte tätigte. Konkret geht es um beschränkt handlungsfähige Personen, welche am Rechtsleben teilhaben (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7095). Die Massnahme nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB und Art. 393 Ziff. 2 ZGB war im geltenden Recht zwar nicht vorgesehen, wurde jedoch von der Lehre gutgeheissen. Die kombinierte Beistandschaft stellte eine Anpassung des Rechtes an die gewandelten Bedürfnisse dar. Durch sie sollte für die umfassende Personen- und Vermögenssorge bei genügender Kooperation der betroffenen Person mit der Beiständin oder dem Beistand keine Vormundschaft ausgesprochen werden. (Häfeli, 2005<sup>4</sup>, S. 182) Die Gründe dafür wurden im Zusammenhang mit den Grundgedanken behandelt (vgl. Kapitel 2.2).

Durch das neue Erwachsenenschutzrecht sind massgeschneiderte Massnahmen möglich. Dies bedeutet, dass auch die Handlungsfähigkeit je nach Bedarf nur für bestimmte Bereiche entzogen oder belassen werden kann. Eine Beschränkung der

Handlungsfähigkeit ist bei der Mitwirkungs- und Vertretungsbeistandschaft möglich (vgl. Kapitel 2.4). Die Herausforderung, Klarheit darüber zu schaffen, ob und inwiefern die Handlungsfähigkeit bei Erwachsenenschutzmassnahmen eingeschränkt wird, ergibt sich (BJ, 1995, S. 34). Gleichzeitig stellt sich die Frage, wie die Soziale Arbeit zur Beschränkung der Handlungsfähigkeit steht. Im Luzerner Modell wurde beschrieben, dass beim Handeln auch Werte mitspielen. Aus der Definition der Sozialen Arbeit der International Federation of Social Workers (2000), kurz IFSW, sind Grundwerte wie Respekt vor Gleichheit, Besonderheit und Würde zu entnehmen. Menschenrechte und soziale Gerechtigkeit stellen die Prinzipien dar. Menschen sollen aus ihrer Hilflosigkeit gelöst und sozial integriert werden. Um diese Ziele zu erreichen, fördert die Soziale Arbeit die individuelle und kollektive Handlungsfähigkeit zur Bedürfnisbefriedigung. Hier hat die Profession eine ganzheitliche Sicht von den Menschen und deren sozialem Umfeld zu gewinnen. (S. 1) Dadurch entsteht ein hoher Bedarf, die Beschränkung der Handlungsfähigkeit abzuklären.

Abschliessend kann festgehalten werden, dass zur Errichtung von massgeschneiderten Massnahmen umfassende und somit zeitintensive Abklärungen nötig sein werden. Als ein Instrument zur Handlungsanleitung kann das Luzerner Modell weiterhin dienlich sein.

Das folgende Kapitel prüft die Anwendung einzelner massgeschneiderter Massnahmen, bezogen auf das Fallbeispiel.

### **3.3 Prüfen von Beistandschaften**

In Kapitel 2.4 wurden die einzelnen Massnahmen nach neuem Erwachsenenschutzrecht vorgestellt. Bei der Anwendung gilt es als erstes, die mögliche Stufe der Beistandschaft zu klären. Gleichzeitig werden die Aufgabenbereiche wie Personensorge, Vermögenssorge und Rechtsverkehr festgelegt. Dabei ist zu bedenken, dass sämtliche Massnahmen Eingriffe in die persönliche Freiheit darstellen (vgl. Kapitel 2.2.3). So soll der Eingriff notwendig sein, eine geeignete Massnahme gewählt und die Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden. Ebenso muss die Massnahme zumutbar sein. (BJ, 1995, S. 56)

#### **3.3.1 Begleitbeistandschaft**

Die niedrigste Stufe von vormundschaftlichen Massnahmen nach neuem Recht ist die Begleitbeistandschaft. Hier wird zur Errichtung die Zustimmung der betroffenen Person vorausgesetzt (nArt. 393 Abs. 1 ZGB). Läge eine Urteilsunfähigkeit vor, so wäre diese Zustimmung nicht möglich und eine Begleitbeistandschaft könnte ausgeschlossen werden. Die Unterstützung durch die Beiständin oder den Beistand ist begleitend, was

bedeutet, dass die mandatstragende Person weder das Recht hat, die betroffene Person zu vertreten, ihre Finanzen zu verwalten, noch im Rechtsverkehr mitzuwirken (vgl. Kapitel 2.4.1). Ivo Biderbost (2009), Leiter Rechtsdienst der Stadtzürcher Vormundschaftsbehörde, spricht in der Fachzeitschrift *Curaviva* davon, dass die Begleitbeistandschaft mit „einer unverbindlichen Nachbarschaftshilfe“ verglichen werden kann (zit. in Hansen, 5/2009c, S. 19). Die betroffene Person aus dem Fallbeispiel wird nach ihrem Spitalaufenthalt nicht mehr in ihre bisherige Wohnform zurückkehren können. Körperliche und psychische Defizite werden bleiben, und die Aussicht, dass sie künftig ihre Angelegenheiten unter Beizug von Unterstützung selbst besorgen kann, ist unwahrscheinlich. Die Behörde wird darauf gestützt eine Begleitbeistandschaft als zu mild einstufen und die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft prüfen.

### **3.3.2 Vertretungsbeistandschaft**

Bei der Vertretungsbeistandschaft kann bei Bedarf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person eingeschränkt werden. Somit wird die hilfsbedürftige Person in bestimmten Angelegenheiten durch die Beiständin oder den Beistand vertreten. Dies setzt eine umfassende Abklärung der Situation voraus. Klare Aufgabenbereiche sind festzulegen und an die Beistandsperson zu übertragen. In der vorliegenden Fallsituation wäre eine Vertretungsbeistandschaft eine mögliche Massnahme.

### **3.3.3 Mitwirkungsbeistandschaft**

Besteht die Möglichkeit, dass eine Person Handlungen zu ihren Ungunsten vornimmt, so kann die Mitwirkungsbeistandschaft den Schutz der betroffenen Person sichern (vgl. Kapitel 2.4.1). Bei der Massnahme nach nArt. 396 Abs. 1 ZGB ist für Rechtshandlungen die Zustimmung der Beiständin oder des Beistandes erforderlich. Die Handlungsfähigkeit wird bei der Mitwirkungsbeistandschaft immer entsprechend eingeschränkt (nArt. 396 Abs. 2 ZGB). Im vorliegenden Fall müsste überprüft werden, ob und inwiefern die betroffene Person Gefahr läuft, Handlungen zu ihren Ungunsten zu tätigen. Kann davon ausgegangen werden, dass sie keine Handlungen vornehmen wird, mit welchen sie sich selbst Schaden zufügt, kann von einer Mitwirkungsbeistandschaft abgesehen werden.

### **3.3.4 Umfassende Beistandschaft**

Liegt eine dauernde Urteilsunfähigkeit vor, so wird eine umfassende Beistandschaft nach nArt. 398 ZGB errichtet. Somit wären die Personen- und die Vermögenssorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr abgedeckt. Die mandatstragende Person ist voll handlungsfähig. Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person entfällt von

Gesetzeswegen (vgl. Kapitel 2.4.1). Die Geschäftsfähigkeit besteht weiterhin für geringfügige Angelegenheiten des Alltags. Höchstpersönliche Rechte können ohne Zustimmung des Vertreters ausgeübt werden. Die Liste der zustimmungsbedürftigen Rechtshandlungen ist abschliessend (vgl. Kapitel 1.1.2 und Anhang B). (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7095) Im vorliegenden Fallbeispiel wird die betroffene Person physisch und psychisch nicht mehr vollständig genesen. Die umfassende Beistandschaft stellt einen massiven Eingriff in die Rechte von Betroffenen dar. Sie wäre für eine Person mit leichten Defiziten nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit (vgl. Kapitel 2.2.5) und der Selbstbestimmung (vgl. Kapitel 2.2.2) zu vereinbaren und darf für das vorliegende Fallbeispiel ausgeschlossen werden.

Trotz massgeschneiderter Massnahmen gilt es zu bedenken, dass eine Person, welche ins Spital eingeliefert wird und keine Kontakte zu Verwandten und Bekannten hat, rasche Unterstützung durch eine Beiständin oder einen Beistand benötigt. Ist die erkrankte Person urteilsunfähig, so kann sie niemandem die Erlaubnis erteilen, ihre Wohnung zu betreten, um dringend benötigte Unterlagen oder anderes aus der Wohnung zu holen. Auch das Öffnen der Post und die Begleichung von fälligen Rechnungen sind Aufgaben, die während eines Spitalaufenthalts geregelt werden müssen. In Kapitel 2.4.1 wird beschrieben, dass das Betreten einer Wohnung nur mit Zustimmung der betroffenen Person oder mit Zustimmung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erfolgen darf (nArt. 391 Abs. 3 ZGB). Dasselbe gilt für das Öffnen von Post. Beides sind nach Art. 13 Abs. 1 BV Eingriffe in die Privatsphäre und bedarf nach Art. 36 BV einer Gesetzesgrundlage. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7044) Eine Sonderregelung stellt nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB für Ehegatten dar.

### **3.3.5 Fazit**

Laut der IFSW und der International Association of Schools of Social Work (IASSW) (2006) hat die Soziale Arbeit Integrität und Wohlbefinden zu fördern. Dies geschieht durch die Prinzipien der Selbstbestimmung, der Beteiligung, der ganzheitlichen Behandlung, der Erkennung und Entwicklung von Stärken und sozialer Gerechtigkeit. (S. 2) Negierungen dieser beruflichen Wertestandards werden als Kunstfehler bezeichnet (Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 110).

Die Begleitbeistandschaft berücksichtigt diese Prinzipien am umfassendsten und lässt eine weit reichende Beteiligung der Betroffenen zu. Nach nArt. 393 Abs. 1 ZGB können verbeiständete Personen ihre Entscheidungen selbst treffen und werden durch die Beiständin oder den Beistand unterstützt. Würde die persönliche Entscheidung der

betroffenen Person zu einem Nachteil führen, könnte beratend interveniert werden (nArt. 393 Abs. 1 ZGB).

Die Vertretungsbeistandschaft entspricht den Prinzipien der Sozialen Arbeit insofern, dass die betroffene Person so viel wie möglich selbst bestimmt. Wo eigene Handlungen nicht mehr möglich sind, wird die Vertretung aktiv.

Bei der Mitwirkungsbeistandschaft steht der Ausschluss von autodestruktiven Rechtshandlungen im Vordergrund. Dabei kommt der Grundsatz der Gerechtigkeit deutlich zur Anwendung. Sozialarbeitende sind zur Verhinderung sozialer Ungerechtigkeit verpflichtet (IFSW & IASSW, 2006, S. 3).

Der schwerste Eingriff in die eingangs erwähnten Prinzipien der Sozialen Arbeit und in die Rechte der betroffenen Person stellt die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft dar. Diese Massnahme hat ihre Legitimation im Wohl, dem Schutz und der Menschenwürde der Betroffenen (vgl. Kapitel 2.2.1).

Der Versuch anhand des Fallbeispiels das neue Erwachsenenschutzrecht möglichst praxisnah anzuwenden, führt abschliessend zu den folgenden Schlüssen. Liegen leichte Defizite im psychischen und physischen Bereich vor, welche die betroffene Person nicht vollständig an einer selbständigen Lebensführung teilhaben lassen, so kann eine Begleitbeistandschaft in Betracht gezogen werden. Sind nach der umfassenden Abklärung der Situation und der noch vorhandenen Ressourcen der betroffenen Person in einzelnen Bereichen schwerere Defizite zu erkennen, so wird die Vertretungsbeistandschaft zur Anwendung kommen. Die betroffene Person behält ihre Handlungsfähigkeit, diese kann jedoch punktuell eingeschränkt werden. Die Mitwirkungsbeistandschaft wird die Handlungsfähigkeit in einzelnen Bereichen von Gesetzes wegen beschränken. Im Fallbeispiel ist mit leichten bleibenden Defiziten zu rechnen, welche eine Urteilsunfähigkeit zur Folge haben werden. Somit ist die Begleitbeistandschaft als zu milde einzuschätzen. Die Vertretungsbeistandschaft kann eine mögliche Massnahme darstellen, wenn die Handlungsfähigkeit in klar festgelegten Bereichen beschränkt und die Kompetenzen in diesen Bereichen an die Beistandsperson übertragen werden. Sollte sich im Verlauf der Betreuung durch eine Beiständin oder einen Beistand zeigen, dass die Vertretungsbeistandschaft eine zu milde Form einer vormundschaftlichen Massnahme darstellt, wird die mandatstragende Person die Aufgabe haben, den Antrag zur Prüfung der nächst höheren Stufe, hier der Mitwirkungsbeistandschaft, an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu stellen

(vgl. Kapitel 2.4.1). Gemäss nArt. 397 ZGB ist auch eine Kombination von Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft denkbar. Dabei ist darauf zu achten, dass bei Massnahmen des Personen- und Vermögensschutzes ein möglichst sach- und persongerechtes Verhältnis von Eingriff und Nichteingriff erfolgt (BJ, 1995, S. 52). Stigmatisierungen sind von Sozialarbeitenden laufend zu thematisieren (Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 111).

Deutlich kommt bei den Überlegungen in Kapitel 3.3 zum Ausdruck, dass das Recht eine Technik zur Reduktion der Komplexität, die Soziale Arbeit ihrerseits eine Technik zur Erfassung der Komplexität von Situationen darstellt (Lüssi, 2008<sup>6</sup>, S. 171). Dies bedeutet für die Professionellen eine grosse Herausforderung. Es besteht die Gefahr, dass die Fälle nicht individuell genug behandelt werden und die Sozialarbeitenden respektive die Behörden zu reinen Anwenderinnen und Anwendern des Rechts werden. Das Mittel Recht soll nicht zum Zweck der Sozialen Arbeit werden. Die Profession ist vor einer Verkümmern zu bewahren. (Lüssi, 2008<sup>6</sup>, S. 172) Auch in Zukunft bleibt es wichtig, die Prinzipien der Selbstbestimmung, der Beteiligung, der ganzheitlichen Behandlung, der Erkennung und Entwicklung von Stärken und sozialer Gerechtigkeit zu beachten. Sozialarbeitende in den Rollen von mandatstragenden Personen werden weiterhin den Spagat zwischen Recht und Sozialer Arbeit leisten müssen.

Das nachfolgende Kapitel fasst die Veränderungen, welche das neue Erwachsenenschutzrecht im Hinblick auf die Soziale Arbeit mit sich bringen wird, noch einmal zusammen.

### **3.4 Veränderungen**

Die Anwendung der neuen Massnahmen wurde in den vorhergehenden Kapiteln beschrieben. Es wurden Neuerungen in den Bereichen Grundgedanken, Organisation und Massnahmen betrachtet. Die Bedeutung der Veränderungen für die vormundschaftlichen Organe sowie für die Betroffenen sind nicht trennscharf. Eine Veränderung in einem Bereich auf der Mikro-, Meso- oder Makroebene bringt auch eine Veränderung in einem anderen Bereich mit sich. Dies wird durch das Prinzip der Kausalität nach Arist Von Schlippe und Jochen Schweitzer (2007<sup>10</sup>) bestätigt. Es besagt, dass durch eine Änderung in einem Teilbereich eines Systems auch Veränderungen in einem anderen Systembereich erfolgen. Durch diese Veränderung wird das Verhalten von Personen im betreffenden Bereich beeinflusst. Diese Verhaltensänderung hat weitere Auswirkungen auf das Verhalten anderer sowie auch der handelnden Person selbst. Somit kann nicht von einem linearen Zusammenhang der Wirkungen ausgegangen werden. Der Prozess



der Wechselwirkungen kann als zirkuläre Kausalität bezeichnet werden. (S. 90) Aus diesem Grund werden die Veränderungen im Folgenden an Hand von drei Ebenen beschrieben: die Veränderungen für die Beteiligten, die Veränderungen aufgrund der Professionalisierung und die Veränderungen, welche die Interdisziplinarität mit sich bringt. Dabei ist zu beachten, dass bestimmte Themenbereiche in mehrere Kapitel übergreifen.

### **3.4.1 Bedeutung für Beteiligte**

Im Folgenden werden direkte Veränderungen für Beteiligte anhand des Fallbeispiels sowie weiterführende allgemeine Neuerungen in Ergänzung zu Kapitel 2.4. betrachtet. Begonnen wird mit den Vorsorgemassnahmen, dann werden die Haftung im Schadensfall und anschliessend die Grenzen der Vertretung aufgezeigt.

#### **Vorsorgemassnahmen**

Durch die Instrumente der Vorsorgemassnahmen bestehen Möglichkeiten der Selbstvorsorge (vgl. Kapitel 3.1). Diese entsprechen den Grundsätzen von Selbstbestimmung und Würde. Eine Person kann vor dem Eintreten von Urteilsunfähigkeit und von Handlungsunfähigkeit Vorsorgemassnahmen treffen. Die Patientenverfügung regelt, welche medizinischen Massnahmen durchgeführt werden dürfen. Die Vorsorgevollmacht überträgt einer Person die Kompetenz, im Namen der betroffenen Person Entscheidungen zu treffen. Wurde von der Möglichkeit zur Selbstbestimmung kein Gebrauch gemacht, so bestehen im neuen Recht weitere Optionen. Zum Schutz von urteilsunfähigen Personen können, gemäss Kapitel 3.1.2, neu fünf Gruppen von Verwandten und nahe stehenden Personen zur Vertretung bei medizinischen Entscheiden berechtigt sein. Für die vormundschaftlichen Organe bedeutet dies abzuklären, ob die vorgesehenen Personen für ihre künftige Aufgabe geeignet sind (nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Diese Abklärung findet jedoch nur statt, falls Zweifel über die Eignung der vertretenden Personen bestehen und die Behörde angerufen wird (nArt. 373 ZGB). Ehepartnerinnen und Ehepartner ebenso wie Partnerinnen und Partner von eingetragenen Partnerschaften können vom gesetzlichen Vertretungsrecht Gebrauch machen (vgl. Kapitel 3.1.2). Wie aus Kapitel 2.2.2 entnommen werden kann, hat bei urteilsunfähigen Personen die gesetzliche Vertretung die Zustimmung für medizinische Behandlungen zu geben. Ist keine gesetzliche Vertretung verfügbar, so tritt eine durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ernannte Beistandsperson an deren Stelle (nArt. 363 Abs. 2 ZGB). Hier gilt zu beachten, dass eine Beistandsperson explizit mit der Aufgabe der Vertretung bei medizinischen Entscheiden betraut werden muss (nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Ersichtlich wird, dass staatliche Massnahmen subsidiär eingesetzt werden.

## **Haftung im Schadensfall**

Wie in Kapitel 2.2.3 beschrieben, bergen Vorsorgemassnahmen auch Risiken in Bezug auf die Haftung im Schadensfall. Der Empfehlung des Bundesamtes für Justiz (1995), eine neue Lösung auf Bundesebene zu suchen (S. 69), wurde nicht entsprochen. Dennoch wird der Staat zur Verantwortung gezogen, falls ein vormundschaftliches Organ widerrechtlich handelt. Der Staat kann Regress auf die schadenverursachende Person nehmen. Dies bleibt, wie Kapitel 1.1.2 entnommen werden kann, weiterhin kantonal geregelt (vgl. nArt. 454 ZGB). Für die geschädigte Person bedeutet dies, dass sie sich nicht darum zu kümmern hat, das fehlbare Organ ausfindig zu machen. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7092) Durch die Möglichkeit des Regresses sind Mandatsträgerinnen und Mandatsträger zur sorgfältigen und verantwortungsbewussten Ausübung ihres Amtes angehalten. Der Überprüfung durch die Behörden kommt erhöhte Bedeutung zu. Dies alles verbessert die Sicherheit und die Rechtsstellung von verbeiständeten Personen.

## **Grenzen der Vertretung**

Das Fallbeispiel zeigte in einer Variante auf, dass eine Person keine Vorsorgemassnahmen trifft und die Einwilligung zu einer medizinischen Behandlung nicht mehr selbst geben kann. Wird in einer solchen Situation eine Mandatsperson ernannt, haben deren Entscheidungsmöglichkeiten Grenzen. Bei absolut höchstpersönlichen Rechten besteht keine Vertretungsmöglichkeit (vgl. Kapitel 1.1.2 und Anhang B).

Auf den Entscheid bezüglich der künftigen Wohnform wurde in der Bearbeitung des Fallbeispiels nicht eingegangen. Wäre die betroffene Person nach dem Verlassen des Spitals in eine Institution eingetreten, so wären unter Umständen freiheitseinschränkende Massnahmen ein Thema geworden. Als freiheitseinschränkende Massnahme gilt beispielsweise ein Bettgurt oder ein Bettgitter. In Anlehnung an Kapitel 2.2.4 sei erwähnt, dass im Erwachsenenschutzrecht freiheitseinschränkende Massnahmen in der Verhältnismässigkeit zum Tragen kommen, in dem die Massnahmen der Abwendung einer Gefahr dienen müssen. Des Weiteren wird vorgeschrieben, dass solche Massnahmen protokolliert, begründet, kommuniziert, befristet und regelmässig revidiert werden müssen (vgl. nArt. 383 und 384 ZGB). Entspricht eine freiheitseinschränkende Massnahme nicht den gesetzlichen Vorgaben, kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde diese gestützt auf nArt. 385 ZGB aufheben oder ändern. (Hansen, zit. in Curaviva, 5/2009a, S. 8-9)

In Zusammenhang mit institutionalisierten Wohnformen erhalten Personen, welche zur Vertretung von medizinischen Massnahmen berechtigt sind, die Kompetenz zum

Abschluss, zur Änderung und zur Aufhebung von Betreuungsverträgen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7005). Dies ist in nArt. 382 Abs. 3 ZGB geregelt. In dieser gesetzlichen Grundlage ist das Recht, eine urteilsunfähige Person in einer Institution zu platzieren, nicht enthalten. Dafür müssten die nArt. 426 - 439 ZGB über die fürsorgerische Unterbringung angewandt werden. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7039) Jedoch bieten Betreuungsverträge, wie Kapitel 2.2.4 entnommen werden konnte, eine Basis für die Einhaltung der Prinzipien der Sozialen Arbeit. Der Schutz von urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen wird durch diese Grundlagen verstärkt.

Nicht nur bei Personen in Institutionen kommen Eingriffe in die persönliche Freiheit vor. Wie aus Kapitel 3.3 entnommen werden kann, stellen sämtliche vormundschaftlichen Massnahmen Eingriffe in die persönliche Freiheit dar. Dieser Aspekt muss den Antrags- und Entscheidungsinstanzen von Beistandschaften bewusst sein. Bei der Abklärung von Massnahmen sollen die Grundwerte der Sozialen Arbeit; Respekt vor Gleichheit, Besonderheit und Würde, wie sie in Kapitel 3.2.6 bereits erwähnt wurden, berücksichtigt werden. Hierbei kann die Professionalisierung, welche im Folgekapitel beschrieben wird, hilfreich sein.

### **3.4.2 Professionalisierung**

Aufgaben und Zweck der Sozialen Arbeit variieren je nach politischen und gesellschaftlichen Kontexten. Gesetzlich wird festgelegt, welche Zielgruppen welche Leistungen erwarten können. Der Zweck der Sozialen Arbeit unterliegt somit staatlicher Kontrolle. Die Profession entscheidet über die Arbeitsmittel unter Berücksichtigung von Wissen und Ermessen. Bei der Wahl der Mittel entstehen Spielräume. Diese kann sich die Soziale Arbeit zu Nutzen machen. (Von Spiegel, 2008<sup>3</sup>, S. 34-37) Mögliche Auslegungen in Zusammenhang mit der Errichtung von Massnahmen kommen in Kapitel 3.3 zur Sprache. Darauf wird hier nicht erneut eingegangen. In der Schlussfolgerung von Kapitel 3.1.2 wird beschrieben, dass der Zweck der Sozialen Arbeit in der Vermeidung der Exklusion und der Förderung der Inklusion liegt. Diesem Zweck wird das Erwachsenenschutzrecht gerecht, zumal mittels vormundschaftlichen Massnahmen die Teilnahme am Rechtsleben ermöglicht werden soll.

### **Relevanz der Abklärungen**

Unter 3.3.5 zeigt sich, dass die Errichtung von adäquaten Massnahmen von der Einschätzung durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde abhängt. Dieser Aussage schliessen sich Kritiker der massgeschneiderten Massnahmen an. Sie sind der Ansicht, dass durch die individualisierten Anordnungen die Rechtssicherheit verloren

gehe (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7010). Diese Behauptung kann entkräftet werden, zumal die Professionalisierung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde umgesetzt wird. Professionelle sind an Werte gebunden, welche es in Anlehnung an Kapitel 3.2.6 beispielsweise für die Sozialarbeitenden zu berücksichtigen gilt. Da in den neuen Fachbehörden (vgl. Kapitel 2.5.1) auch die Soziale Arbeit vertreten sein soll, finden die Basiswerte auch dort Eingang. Es bleibt Aufgabe der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, durch die Kontrolle der Arbeit von Beistandspersonen für die Rechtssicherheit von individualisierten Massnahmen zu garantieren.

Sofern möglich, soll eine Abklärung möglichst partizipativ, also unter Einbezug von Betroffenen gemacht werden. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben alle an einem Verfahren Beteiligten Anspruch auf das rechtliche Gehör. Die Anhörungspflicht von Betroffenen wird explizit in nArt. 447 Abs. 1 ZGB genannt. Genauso sind Ablehnungen von Anhörungen zu respektieren (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7079). Auch dies trägt zur Selbstbestimmung der Betroffenen bei (vgl. nArt. 388 Abs. 2 ZGB). Im Besonderen, wenn Persönlichkeitsrechte tangiert werden, nimmt die Selbstbestimmung für die betroffenen Personen einen hohen Stellenwert ein (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7079).

Unter dem Gesichtspunkt der Professionalisierungstendenz der neuen gesetzlichen Grundlage ist die Abweichung zum bisherigen Recht spannend, welche festhält, dass Anhörungen auch von geeigneten Personen, welche nicht Behördenmitglieder sind, durchgeführt werden können (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7080). Im geltenden Recht musste bei Anhörungen zwingend ein Mitglied der Behörde anwesend sein. Die diesbezügliche Veränderung bedeutet mehr Kompetenz für die Sozialarbeitenden in der Funktion von abklärenden Stellen. Diese Neuerung kann dadurch begründet werden, dass es sich bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde um eine Spruchbehörde handelt. Dem gegenüber steht die Möglichkeit, dass in den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden Sozialarbeitende tätig sind, welche Wissen in adäquater Gesprächsführung mitbringen (vgl. Kapitel 2.5.1) und somit in der Lage wären, Anhörungen durchzuführen.

Durch den Einbezug der Betroffenen wird das genannte Argument der Rechtsunsicherheit abgeschwächt. Mit professionellen Abklärungen, welche sich auch an ein Handlungsmodell, wie in Kapitel 3.2, anlehnen können, werden vier soziale Werte berücksichtigt. Es sind diese: Selbstbestimmung, Beteiligung der Betroffenen, ganzheitliche Behandlung und daraus resultierend die Möglichkeit der Entwicklung und Erkennung von Stärken.

Zur Förderung der Professionalisierung gehört auch die Regelung der Zusammenarbeit mit weiteren Berufsgruppen. Aus diesem Grund soll nun die Interdisziplinarität betrachtet werden.

### **3.4.3 Interdisziplinarität**

Um gemäss Kapitel 3.4.2 festzustellen, in welchen Bereichen eine Person noch selbst zu handeln vermag, sind umfassende Abklärungen zu tätigen. Dafür ist interdisziplinäre Unterstützung unabdingbar. Zumal, wie im vorliegenden Fallbeispiel, die Einschränkungen krankheitsbedingt sein können, wofür entsprechendes medizinisches Fachwissen erforderlich ist. Mittels interdisziplinärem Diskurs besteht die Chance, auch für heikle Themen Grundlagen zu erarbeiten. Die Art, wie gemeinsam ein Problem bearbeitet werden kann, wird nachfolgend mittels Koordination beschrieben.

#### **Herausforderung Koordination**

In Zusammenhang mit Abklärungen und Entscheiden kann es erforderlich sein, weiteres Fachwissen beizuziehen. Ein so genannter Koordinationsartikel wäre gemäss Bundesamt für Justiz (1995), analog dem bestehenden Art. 317 ZGB im Kinderschutz (vgl. Anhang A), auch für die Zusammenarbeit der verschiedenen Organe im Erwachsenenschutzbereich sinnvoll (S. 56). Diesem Anspruch wird im neuen Recht die Mitwirkungspflicht und die Amtshilfe gerecht (nArt. 448 ZGB). Um bei der Durchsetzung der Mitwirkungspflicht die Persönlichkeitsrechte zu respektieren, hat die Behörde eine Interessenabwägung, zur Wahrung von schützenswerten Interessen, vorzunehmen (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7080).

Das Berufsgeheimnis nach Art. 321 Ziff. 1 StGB kann durch kantonale Bestimmungen aufgehoben werden. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7080) Mit nArt. 446 Abs. 4 ZGB, welcher nArt. 446 Abs. 1 ZGB ergänzt, können Akten von Gerichten und Verwaltungsbehörden zur Abklärung von Verhältnissen eingefordert, sowie Auskünfte eingeholt werden. Im Sinne der Amtshilfe wird das Verschwiegenheitsgebot durchbrochen. Dabei sind schützenswerte Interessen zu berücksichtigen. (Schweizer Bundesrat, 2006, S. 7081) Diese rechtlichen Grundlagen stellen eine Annäherung an die gestellte Forderung eines Koordinationsartikels dar und haben eine förderliche Wirkung auf die Interdisziplinarität.

## **4. Schlussfolgerungen**

Die Autorinnen stellten sich zu Beginn dieser Arbeit die Frage, inwiefern sich die Grundgedanken, die Organisation und die vormundschaftlichen Massnahmen für Erwachsene durch das neue Recht verändern würden. Nachfolgend werden die wichtigsten Punkte des bestehenden und den neuen Rechts zusammengefasst. Die vorliegende Arbeit wird mit einem kurzen Ausblick abgerundet.

### **4.1 Grundgedanken**

Die Grundgedanken, welche das Vormundschaftsrecht von 1907 prägten, wurden umfassend in Kapitel 1.1 beschrieben. Hier noch einmal ein Rückblick. Die Schweiz als Rechtsstaat regelt das Zusammenleben durch die Gesetze und stärkt dadurch die Freiheit des Einzelnen. Als Demokratie bietet sie dabei jeder mündigen Schweizerbürgerin und jedem mündigen Schweizerbürger Mitspracherecht und trägt somit der Selbstbestimmung Rechnung. Der Schutz der Persönlichkeit und der Schutz der Schwachen sind als Teil der Menschlichkeit genauso wichtig, wie das Gemeinwohl, das durch gegenseitige Rücksichtnahme und das aufeinander Angewiesensein geprägt wird. Wer von sich aus nicht fähig ist, für seinen eigenen Schutz besorgt zu sein oder wer schwach ist, braucht besonderen Schutz. Defizite auszugleichen, ist Ziel des Vormundschaftsrechts von 1907. Es folgt dem Grundsatz der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit.

Fast hundert Jahre Erfahrung boten die Grundlage für die Revision des Vormundschaftsrechts, deren Verlauf in Kapitel 2.1.1 nachgelesen werden kann. Die Grundgedanken des Vormundschaftsrechts von 1907 prägen auch das neue Erwachsenenschutzrecht und sind in Kapitel 2.2 ausführlich beschrieben. Sie werden ergänzt durch den Schutz der Familie und die Verringerung von Stigmatisierungen. Dabei spielen die unter 1.4.2 genannten, veränderten Gesellschaftlichen Verhältnisse eine Rolle.

### **4.2 Organisation**

Im geltenden Recht von 1907 werden die vormundschaftlichen Organe, bestehend aus der Vormundschaftsbehörde, der Aufsichtsbehörde und der mandatstragenden Personen, kantonale geregelt. Die Vormundschaftsbehörde ist in der Deutschschweiz meist politisch gewählt. In der Westschweiz wird sie mehrheitlich durch Gerichte oder Friedensgerichte gebildet (vgl. Kapitel 1.2.1). Die Aufsichtsbehörde hat die ordnungsgemässe Führung der Verfahren von vormundschaftlichen Massnahmen zu garantieren (vgl. Kapitel 1.2.3).

Die Kantone bestimmen die vormundschaftlichen Organe weiterhin. Sie entscheiden, wie und auf welcher Ebene die Fachbehörde künftig organisiert sein wird. Eine weitere

Entscheidung ist in Bezug auf die Form der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu treffen. Verwaltungsbehörden sind ebenso möglich wie Behörden, die durch ein Gericht gebildet werden. Die Mitgliederzahl der interdisziplinären Fachbehörde wird durch den Gesetzgeber auf mindestens drei festgelegt. Da der Gesetzgeber die Fachgebiete der Mitglieder nicht explizit bestimmt hat, erhalten Fachbeiträge und bundesrätliche Botschaften zunehmend Gewicht. Es scheint sich dahin gehend abzuzeichnen, dass eines der drei Mitglieder einer Fachbehörde dem Fachgebiet Jura zugeordnet wird. Welches Fachgebiet die mindestens zwei anderen Mitglieder vertreten werden, scheint noch unklar. Psychologie, Pädagogik und Soziale Arbeit werden empfohlen. Ebenfalls hilfreich könnten die Fachgebiete Treuhand, Versicherungsrecht und Medizin sein. Unklar bleibt, welche Bereiche des benötigten Fachwissens über interdisziplinär eingeholte Gutachten und Meinungen abgedeckt werden könnten (vgl. Kapitel 2.5.1). Ebenso ist offen, ob die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde rund um die Uhr erreichbar und entscheidungsfähig sein soll und wer das Recht haben wird, die Mitglieder der Behörde zu bestimmen und mögliche Fluktuationen aufzufangen. In Kapitel 2.5.1 wagten die Autorinnen einen Vorschlag zur möglichen Zusammensetzung einer Fachbehörde. Auf die Frage nach dem Wahlkörper für die Mitglieder der Fachbehörde fanden die Autorinnen keine abschliessende Antwort (vgl. Kapitel 2.3.4).

### **4.3 Vormundschaftliche Massnahmen**

Das bestehende Vormundschaftsrecht kannte die Beistandschaft, Beiratschaft und Vormundschaft. Diese Massnahmen sollen im neuen Erwachsenenschutzrecht durch massgeschneiderte Massnahmen abgelöst werden. Beiständinnen und Beistände sollen persönlich und fachlich geeignet sein und durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde unterstützt, beraten und instruiert werden (vgl. Kapitel 2.3.2). Die neue Gesetzgebung (nArt. 401 Abs. 1 ZGB) unterstützt die Ernennung von privaten Beiständinnen und Beiständen. Daneben tritt im Gesetz (nArt. 404 Abs. 1 ZGB) erstmals der Begriff Berufsbeiständin oder Berufsbeistand auf. Egal, ob eine mandattragende Person künftig beruflich oder privat motiviert ist, sie wird sich mit sehr vielen unterschiedlichen, sprich massgeschneiderten Massnahmen, auseinander setzen müssen. Daraus kann abgeleitet werden, dass die Vielfalt von möglichen Massnahmen dazu führt, dass Beiständinnen und Beistände sich vermehrt mit den ihnen von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde übertragenen, klar definierten Aufgaben auseinander setzen müssen. Durch die neue Gesetzgebung wird Routine und somit Effizienz in der Arbeit kaum noch möglich sein. Um den betroffenen Personen in Zukunft gerecht zu werden, ist eine gute Vorbereitung auf die speziellen Bedürfnisse und die somit massgeschneiderten Aufgaben an die Beistandsperson von hoher Bedeutung. Gute

individuelle Vorbereitung kostet Zeit. Die Zukunft wird zeigen, ob der Erwachsenenschutz weiterhin an der bisher üblichen Fallbelastung von Mandatspersonen festhalten kann.

Mit einem zeitlichen Mehraufwand könnte sich auch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu befassen haben. Unabhängig davon, ob sie als Verwaltungsbehörde oder als Gerichtsbehörde auf Gemeinde-, Bezirks-, Kreis-, Regional- oder Kantonsebene agieren wird, ob sie aus drei oder mehr Mitgliedern zusammengesetzt sein wird und welche Fachgebiete innerhalb der Behörde vertreten sein werden, ist sie verpflichtet, auf die Situation und Verhältnisse von betroffenen Personen zugeschnittene, individuelle, massgeschneiderte Massnahmen zu sprechen (vgl. Kapitel 2.4.1). Die verschiedenen Fachpersonen innerhalb der Behörde haben ihre beruflich begründeten Argumente für oder gegen die in Kapitel 2.4 beschriebenen möglichen Schablonen zu diskutieren. Diskussionen brauchen Zeit, und schliesslich können sie erst dann geführt werden, wenn die Abklärungsberichte genaueste Angaben zu der entsprechenden Lebensweise von betroffenen Personen liefern. Ressourcen müssen vorab analysiert und Defizite eruiert werden. Ein Vorgehensvorschlag dazu wurde unter Kapitel 3.2 vorgestellt.

#### **4.4 Ausblick**

Die Änderungen des neuen Erwachsenenschutzrechts stellen die Kantone vor eine Herausforderung. Auch die Soziale Arbeit wird sich dieser Herausforderung zu stellen haben. Eines zeichnet sich aber bereits heute klar ab. Die Soziale Arbeit wird ihren Platz auch in Zukunft im Bereich des Erwachsenenschutzes haben. Gut ausgebildete und erfahrene Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter sind mit wissenschaftlich fundierten Vorgehensweisen vertraut und prädestiniert dazu, exakte Abklärungen zu treffen, welche als Grundlage für die Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde dienen. Innerhalb von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden werden Sozialarbeitende die Grundgedanken des Vormundschaftsrechts, ebenso wie die vielfältigen sozialen Aspekte im Auge behalten und mit Transparenz und einem fundierten Fachwissen dazu beitragen, dass diese in die Entscheide einfliessen. Die Vielfalt an künftigen Massnahmen wird vermehrt auf die individuellen Bedürfnisse der Einzelnen zugeschnitten sein. Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter werden weiterhin als mandatstragende Personen tätig sein.

Die Autorinnen dieser Arbeit stellten sich zu Beginn ebenfalls die Frage, wie sich die Neuerungen des voraussichtlich 2013 in Kraft tretenden Erwachsenenschutzrechts auf Klientinnen und Klienten, die Soziale Arbeit und die Gesellschaft auswirken wird. Insbesondere Kapitel 3 zeigt anhand eines Fallbeispiels die Neuerungen für die



betroffenen Personen auf. Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung und die gesetzliche Vertretung unterstützen die Selbständigkeit und die Mitbestimmung von Betroffenen. Ehepartnerinnen und Ehepartner, eingetragene Partnerinnen und eingetragene Partner werden durch das Gesetz explizit in der Vertretung ihrer Angehörigen legitimiert. Die Soziale Arbeit wird sich, wie bereits erwähnt, der neuen Herausforderung stellen. Dennoch kann die hier gestellte Frage nicht abschliessend beantwortet werden. Im Besonderen die Auswirkungen auf die Gesellschaft, jedoch auch die Auswirkungen auf die Soziale Arbeit (vgl. Kapitel 2.5) und die Betroffenen werden sich erst nach in Kraft Treten des neuen Gesetzes zeigen. Den Autorinnen aber bleibt die Hoffnung, dass sich die eine oder andere von ihnen getroffene Aussage, bestätigen wird.

Jede Veränderung ist eine Herausforderung. Veränderungen des Vormundschaftsrechts bedeuten Herausforderungen für Kantone, für Fachpersonen, für Klientinnen und Klienten. Herausforderung kann sowohl positiv als auch negativ besetzt sein. Sie kann Kräfte freisetzen oder Unsicherheit hervorrufen. Die beiden Autorinnen hoffen mit der vorliegenden Arbeit einen Beitrag dazu geleistet zu haben, bestehende Unsicherheiten zu minimieren.

## 5. Quellenverzeichnis

- Affolter, Kurt. (2006). *Modelle von Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kanton Bern. Zuhanden der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern.* [Elektronische Version]. Bericht vom 14.12.2006. Ligerz: Institut für angewandtes Sozialrecht.
- Bundesamt für Justiz [BJ]. (1995). *Zur Revision des Schweizerischen Vormundschaftsrechts. Bericht vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzte Expertengruppe vom Juli 1995.* Bern: Autor.
- Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. (2008). *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht). Änderung vom 19. Dezember 2008.* Gefunden am 08.06.2009, unter: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/141.pdf>
- Die Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft. (2009). *Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten.* Gefunden am 08.06.2009, unter <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i1/0.101.de.pdf>
- Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts (2003). *Erwachsenenschutz, Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht).* Juni 2003. Bern: Autor.
- Fuchs, Ursula. (2009). *BA-Modul 106: Das „Luzerner Modell“.* Unveröffentlichtes Unterrichtsskript. Luzern: Hochschule Soziale Arbeit.
- Geiser, Thomas; Langenegger, Ernst; Minger, Christian; Mosimann, Urs & Nicod, Jacques-André (1996). *Mustersammlung Erwachsenenvormundschaftsrecht.* Hrsg. Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden. Basel: Helbling & Lichtenhahn.
- Grosser Rat des Kantons Luzern. (2000). *Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch.* Gefunden am 03.06.2009, unter: [www.srl.lu.ch/sk/srl/DATI/SRL/f/s/200.htm](http://www.srl.lu.ch/sk/srl/DATI/SRL/f/s/200.htm)
- Häfeli, Christoph (2005<sup>4</sup>). *Wegleitung für vormundschaftliche Organe.* Hrsg. Verein zürcherischer Gemeindeschreiber und Verwaltungsbeamter. Zürich: kdmz.

Hansen, Robert (2009a). Entscheiden, informieren, einschränken, protokollieren. Im Zivilgesetzbuch werden freiheitsbeschränkende Massnahmen erstmals einheitlich geregelt. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz, 2009 (5), 8 - 11.*

Hansen, Robert (2009b). Weniger freiheitsbeschränkende Massnahmen als Ziel. Schulung verändert die Haltung und Einstellung des Pflegepersonals zu Fixierungen. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz, 2009 (5), 12 - 13.*

Hansen, Robert (2009c). Vormundschaftsbehörden sind auf das Wissen des Pflegepersonals angewiesen. Keine Entmündigung mehr nach dem neuen Erwachsenenschutzgesetz. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz, 2009 (5), 18 - 21.*

International Federation of Social Workers [IFSW]. (2000). Definition of Social Work.

Gefunden am 22.07.2009, unter:

[http://www.avenirsocial.ch/cm\\_data/DefSozArbeitIFSWIASSW.pdf](http://www.avenirsocial.ch/cm_data/DefSozArbeitIFSWIASSW.pdf)

International Federation of Social Workers [IFSW] & International Association of Schools of Social Work [IASSW] (2006). *Ethik in der Sozialen Arbeit – Darstellung der Prinzipien.* Gefunden am 22.07.2009, unter

Gefunden am 22.07.2009, unter

[http://www.avenirsocial.ch/cm\\_data/EthikprinzSozArbeitIFSW.pdf](http://www.avenirsocial.ch/cm_data/EthikprinzSozArbeitIFSW.pdf)

Klassen, Michael (2004). *Was leisten Systemtheorien in der Sozialen Arbeit? Ein Vergleich der systemischen Ansätze von Niklas Luhmann und Mario Bunge.* Bern: Haupt Verlag.

Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK]. (2008a). Empfehlungen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge). *Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 2008 (2), 63 - 101.*

Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK]. (2009). *Schweizerische Vormundschaftsstatistik Jahresvergleich 1996 – 2007 für Erwachsene.* Gefunden am 08.06.2009, unter: [www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/02-Statistik\\_1996\\_-\\_2007\\_website\\_Erwachsene.pdf](http://www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/02-Statistik_1996_-_2007_website_Erwachsene.pdf)

- Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK]. (2008b). Stärken und Schwächen der aktuellen Behördenstrukturen. *Zeitschrift für Vormundschaftswesen*, 2008 (2), 102 - 116.
- Leuba, Audrey (2009). „Die Anforderungen entsprechen ethischfachlichen Grundsätzen“. Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts auf Heime und ihre Bewohnenden. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 4 - 7.
- Lüssi, Peter (2008<sup>6</sup>). *Systemische Sozialarbeit. Praktisches Lehrbuch der Sozialberatung*. Bern: Haupt Verlag.
- Marti, Adrienne; Mösch Payot, Peter; Pärli, Kurt; Schleicher, Johannes & Schwander, Marianne (2007). *Recht für die Soziale Arbeit. Grundlagen und ausgewählte Aspekte*. Bern: Haupt Verlag.
- Mösle, Hansueli (2009). Menschenwürde im Zentrum. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 29.
- Müller, Stefan (1996). *Die persönliche Fürsorge für unmündige Bevormundete. (Art. 405 / 405a ZGB). Freiburger Beiträge zur Familienforschung*. Freiburg: Universitätsverlag Freiburg Schweiz.
- Regierungsrat des Kantons Zürich. (2009). *Auszug aus dem Protokoll der Sitzung vom 1. Juli 2009, 1065. Anpassung des kantonalen Rechts an die Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht (Konzeptentwurf, Vernehmlassung)*. Gefunden am 05.08.2009, unter <http://www.gaz.zh.ch/internet/ji/gz/de/Vormundschaft/VC5.html>
- Rüegg, Christoph & Rüegg, Rahel (2008). *Leitfaden für vormundschaftliche Mandatsträger. Das Handbuch mit Checklisten für das Führen einer Erwachsenenschutzmassnahme inklusive Sozialversicherungsrecht*. Bern: Haupt Verlag.
- Schweizerischer Bundesrat (2006). *Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht)* vom 28. Juni 2006. 06.063. Bern: Autor.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB]. (2008<sup>47</sup>). *Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB]. (2007<sup>7</sup>). *ZGB für den Alltag. Kommentierte Ausgabe aus der Beobachter-Beratungspraxis. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch ausführlich kommentiert und erklärt mit vollständigem Gesetzestext und Stichwortverzeichnis*. Zürich: Beobachter-Buchverlag.

Sozial Aktuell (2009). Ein zögerlicher Schritt in Richtung Professionalisierung. Vom Vormundschaftsrecht zum Kindes- und Erwachsenenschutz. *Sozial Aktuell. Die Fachzeitschrift für Soziale Arbeit*, 2009 (4), 10.

Sozialkonferenz des Kantons Zürich (2009). Vernehmlassungsantwort zum kantonalen Recht an die Änderung des ZGB. *Sozialkonferenz des Kantons Zürich. Informationen*, 2009 (3), 4 - 6.

Steiert, Jean-François (2009). Heikle gesetzgeberische Aufgabe mit Fingerspitzengefühl gelöst. Zum neuen Erwachsenenschutzrecht – eine Einordnung. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 31.

Stuckert, Andy (2009). Ein zögerlicher Schritt in Richtung Professionalisierung. Vom Vormundschaftsrecht zum Kindes- und Erwachsenenschutz. *Sozial Aktuell. Die Fachzeitschrift für Soziale Arbeit*, 2009 (4), 8 - 10.

Tuor, Peter; Schnyder, Bernhard; Schmid, Jörg & Rumo-Jungo, Alexandra (2009<sup>13</sup>). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zürich: Schulthess Juristische Medien AG.

Vogel, Urs & Wider, Diana (2009). Das neue Erwachsenenschutzrecht. *Zeitschrift für Vormundschaftswesen*, 2009 (1), 73 - 83.

Von Schlippe, Arist & Schweitzer, Jochen (2007<sup>10</sup>). *Lehrbuch der systemischen Therapie und Beratung*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht GmbH & Co.

Von Spiegel, Hiltrud (2008<sup>3</sup>). *Methodisches Handeln in der Sozialen Arbeit*. München: Reinhardt UTB.

- Wenger, Susanne (2009a). Neues Erwachsenenschutzrecht – die wichtigsten Veränderungen auf einen Blick. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 7.
- Wenger, Susanne (2009b). Wer entscheidet, ob die Ernährungssonde gelegt wird? Vertretungsbefugnisse der Angehörigen urteilsunfähiger Personen. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 14 - 17.
- Wenger, Susanne (2009c). Mehr Persönlichkeitsschutz, mehr Selbstbestimmung. Wie aus dem alten Vormundschaftsrecht der neue Erwachsenenschutz wurde. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 26 - 29.
- Wider, Diana (2009). Interdisziplinäre Fachbehörden sollen Laiengremien ersetzen. Die Umsetzung des neuen Erwachsenenschutzrechts in den Kantonen. *Fachzeitschrift Curaviva. Verband Heime & Institutionen Schweiz*, 2009 (5), 22 - 25.
- Zobrist, Patrick (2009). Fachpersonen der Sozialen Arbeit als Mitglieder der interdisziplinären Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. *Zeitschrift für Vormundschaftswesen*, 2009, (4), 223 - 234.

# Anhang A: Gesetzestexte

## Gesetzesartikel

Die nachfolgende Auflistung der Gesetzesartikel und Paragraphen enthält alle in dieser Arbeit erwähnten Gesetzestexte. Die rechtlichen Grundlagen sind chronologisch aufgeführt. Abschliessend werden Bundesgerichtsentscheide angehängt. Die Liste ist wie folgt gegliedert.

In dieser Arbeit erwähnte Gesetzesgrundlagen zu:

- Bundesverfassung (BV)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch von 1907 (ZGB)
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kt. Luzern (EG ZGB)
- Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kt. Zürich (EG ZGB)
- Obligationenrecht (OR)
- Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB)
- Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)
  
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)
- Europäischen Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin
  
- Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SchIT ZGB)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Änderungen vom 19. Dezember 2008
  
- Bundesgerichtsentscheide

## Bundesverfassung

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zur Bundesverfassung vom 18. April 1999 mit Stand 8. August 2006:

### **Rechtsgleichheit:**

Art. 4 BV

Die Landessprachen sind Deutsch, Französisch, Italienisch und Rätoromanisch.

### **Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns:**

Art. 5 Abs. 1 BV

Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.

Art. 5 Abs. 2 BV

Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.

Art. 5 Abs. 3 BV

Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.

Art. 5 Abs. 4 BV

Bund und Kantone beachten das Völkerrecht.

### **Recht auf Leben und persönliche Freiheit:**

Art. 10 Abs. 1 BV

Jeder Mensch hat das Recht auf Leben. Die Todesstrafe ist verboten.

Art. 10 Abs. 2 BV

Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.

Art. 10 Abs. 3 BV

Folter und jede andere Art grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung der Bestrafung sind verboten.

### **Schutz der Privatsphäre:**

Art. 13 Abs. 1 BV

Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

Art. 13 Abs. 2 BV

Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.

### **Versammlungsfreiheit:**

Art. 22 Abs. 1 BV

Die Versammlungsfreiheit ist gewährleistet.

Art. 22 Abs. 2 BV

Jede Person hat das Recht, Versammlungen zu organisieren, an Versammlungen teilzunehmen oder Versammlungen fernzubleiben.

### **Allgemeine Verfahrensgarantien:**

Art. 29 Abs. 1 BV

Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

Art. 29 Abs. 2 BV

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

Art. 29 Abs. 3 BV

Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.



### **Freiheitsentzug:**

#### Art. 31 Abs. 1 BV

Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden.

#### Art. 31 Abs. 2 BV

Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Sie hat insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen.

#### Art. 31 Abs. 3 BV

Jede Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich einer Richterin oder einem Richter vorgeführt zu werden; die Richterin oder der Richter entscheidet, ob die Person weiterhin in Haft gehalten oder freigelassen wird. Jede Person in Untersuchungshaft hat Anspruch auf ein Urteil innert angemessener Frist.

#### Art. 31 Abs. 4 BV

Jede Person, der die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wird, hat das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen. Dieses entscheidet so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.

### **Einschränkungen von Grundrechten:**

#### Art. 36 Abs. 1 BV

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

#### Art. 36 Abs. 2 BV

Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

#### Art. 36 Abs. 3 BV

Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

#### Art. 36 Abs. 4 BV

Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

### **Mitwirkung an der Willensbildung des Bundes:**

#### Art. 45 Abs.1 BV

Die Kantone wirken nach Massgabe der Bundesverfassung an der Willensbildung des Bundes mit, insbesondere an der Rechtsetzung.

#### Art. 45 Abs.2 BV

Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend über seine Vorhaben; er holt ihre Stellungnahmen ein, wenn ihre Interessen betroffen sind.

### **Vorrang und Einhaltung des Bundesrechts:**

Art. 49 Abs. 1 BV

Bundesrecht geht entgegenstehendem kantonalem Recht vor.

Art. 49 Abs. 2 BV

Der Bund wacht über die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone.

Art. 50 Abs. 1 BV

Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet.

Art. 50 Abs. 2 BV

Der Bund beachtet bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden.

Art. 50 Abs. 3 BV

Er nimmt dabei Rücksicht auf die besondere Situation der Städte und der Agglomerationen sowie der Berggebiete.

### **Auswärtige Angelegenheiten:**

Art. 54 Abs. 1 BV

Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes.

Art. 54 Abs. 2 BV

Der Bund setzt sich ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.

Art. 54 Abs. 3 BV

Er nimmt Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen.

### **Mitwirkung der Kantone an aussenpolitischen Entscheiden:**

Art. 55 Abs. 1 BV

Die Kantone wirken an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide mit, die ihre Zuständigkeiten oder ihre wesentlichen Interessen betreffen.

Art. 55 Abs. 2 BV

Der Bund informiert die Kantone rechtzeitig und umfassend und holt ihre Stellungnahmen ein.

Art. 55 Abs. 3 BV

Den Stellungnahmen der Kantone kommt besonderes Gewicht zu, wenn sie in ihren Zuständigkeiten betroffen sind. In diesen Fällen wirken die Kantone in geeigneter Weise an internationalen Verhandlungen mit.

### **Beziehungen der Kantone mit dem Ausland:**

Art. 56 Abs. 1 BV

Die Kantone können in ihren Zuständigkeitsbereichen mit dem Ausland Verträge schliessen.

Art. 56 Abs. 2 BV

Diese Verträge dürfen dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Die Kantone haben den Bund vor Abschluss der Verträge zu informieren.

Art. 56 Abs. 3 BV

Mit untergeordneten ausländischen Behörden können die Kantone direkt verkehren; in den übrigen Fällen erfolgt der Verkehr der Kantone mit dem Ausland durch Vermittlung des Bundes.

### **Zivilrecht:**

Art. 122 Abs. 1 BV

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts ist Sache des Bundes.

Art. 122 Abs. 2 BV

Für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.

### **Schweizerisches Zivilgesetzbuch**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Stand 1. Juli 2008:

### **Rechtsfähigkeit:**

Art. 11 Abs. 1 ZGB

Rechtsfähig ist jedermann.

Art. 11 Abs. 2 ZGB

Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

### **Handlungsfähigkeit:**

Art. 12 ZGB

Wer handlungsfähig ist, hat die Fähigkeit, durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen.

### **Mündigkeit:**

Art. 14 ZGB

Mündig ist, wer das 18. Lebensjahr vollendet hat.

**Urteilsfähigkeit:**

Art. 16 ZGB

Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist ein jeder, dem nicht wegen seines Kindesalters oder infolge von Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlichen Zuständen die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.

**Schutz vor übermässiger Bindung:**

Art. 27 Abs. 1 ZGB

Auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit kann niemand ganz oder zum Teil verzichten.

Art. 27 Abs. 2 ZGB

Niemand kann sich seiner Freiheit entäussern oder sich in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzende Grade beschränken.

**Verletzung der Persönlichkeit:**

Art. 28 Abs. 1 ZGB

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.

Art. 28 Abs. 2 ZGB

Eine Verletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.

**Vertretung eheliche Gemeinschaft:**

Art. 166 Abs. 1 ZGB

Jeder Ehegatte vertritt während des Zusammenlebens die eheliche Gemeinschaft für die laufenden Bedürfnisse der Familie.

Art. 166 Abs. 2 ZGB

Für die übrigen Bedürfnisse der Familie kann ein Ehegatte die eheliche Gemeinschaft nur vertreten:

Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

wenn er vom andern oder vom Gericht dazu ermächtigt worden ist;

Art. 166 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB

wenn das Interesse der ehelichen Gemeinschaft keinen Aufschub des Geschäftes duldet und der andere Ehegatte wegen Krankheit, Abwesenheit oder ähnlichen Gründen nicht zustimmen kann.

Art. 166 Abs. 3 ZGB

Jeder Ehegatte verpflichtet sich durch seine Handlungen persönlich und, soweit diese nicht für Dritte erkennbar über die Vertretungsbefugnis hinausgehen, solidarisch auch den andern Ehegatten.

### **Zusammenarbeit in der Jugendhilfe:**

#### Art. 317 Abs. 1 ZGB

Die Kantone sichern durch geeignete Vorschriften die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kinderschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe.

### **Vormundschaftliche Organe:**

#### Art. 360 ZGB

Vormundschaftliche Organe sind: die vormundschaftlichen Behörden, der Vormund und der Beistand.

#### Art. 361 Abs. 1 ZGB

Vormundschaftliche Behörden sind: die Vormundschaftsbehörde und die Aufsichtsbehörde.

#### Art. 361 Abs. 2 ZGB

Die Kantone bestimmen diese Behörden und ordnen, wo zwei Instanzen der Aufsichtsbehörde vorgesehen sind, die Zuständigkeit dieser Instanzen.

### **Entmündigung:**

#### Art. 369 Abs. 1 ZGB

Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die infolge von Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag, zu ihrem Schutze dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit anderer gefährdet.

#### Art. 369 Abs. 2 ZGB

Die Verwaltungsbehörden und Gerichte haben der zuständigen Behörde Anzeige zu machen, sobald sie in ihrer Amtstätigkeit von dem Eintritt eines solchen Bevormundungsfalles Kenntnis erhalten.

#### Art. 370 ZGB

Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die durch Verschwendung, Trunksucht, lasterhaften Lebenswandel oder durch die Art und Weise ihrer Vermögensverwaltung sich oder ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzt, zu ihrem Schutze dauernd des Beistandes und der Fürsorge bedarf oder die Sicherheit anderer gefährdet.

#### Art. 371 Abs. 1 ZGB

Unter Vormundschaft gehört jede mündige Person, die zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber verurteilt worden ist.

#### Art. 371 Abs. 2 ZGB

Die Strafvollzugsbehörde hat, sobald ein solcher Verurteilter seine Strafe antritt, der zuständigen Behörde Mitteilung zu machen.

#### Art. 372 ZGB

Einer mündigen Person kann auf ihr Begehren ein Vormund gegeben werden, wenn sie dardut, dass sie infolge von Altersschwäche oder andern Gebrechen oder von Unerfahrenheit ihre Angelegenheiten nicht gehörig zu besorgen vermag.

#### **Veröffentlichung:**

##### Art. 375 Abs. 1 ZGB

Ist ein Mündiger bevormundet, so muss die Bevormundung, sobald sie rechtskräftig geworden ist, wenigstens einmal in einem amtlichen Blatte seines Wohnsitzes und seiner Heimat veröffentlicht werden.

##### Art. 375 Abs. 2 ZGB

Mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde kann auf eine Veröffentlichung verzichtet werden, wenn die Handlungsunfähigkeit für Dritte offenkundig ist oder der Geisteskranke, Geistesschwache oder Trunksüchtige in einer Anstalt untergebracht ist; die Bevormundung ist aber dem Betreibungsamt mitzuteilen.

##### Art. 375 Abs. 3 ZGB

Vor der Veröffentlichung kann die Bevormundung gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.

#### **Wahl des Vormunds:**

##### Art. 379 Abs. 1 ZGB

Als Vormund hat die Vormundschaftsbehörde eine mündige Person zu wählen, die zu diesem Amte geeignet erscheint.

##### Art. 379 Abs. 2 ZGB

Bei besondern Umständen können mehrere Personen gewählt werden, die das Amt gemeinsam oder auf Grund einer amtlichen Ausscheidung der Befugnisse führen.

##### Art. 379 Abs. 3 ZGB

Die gemeinsame Führung einer Vormundschaft kann jedoch mehreren Personen nur mit ihrem Einverständnis übertragen werden.

#### **Amtspflicht:**

##### Art. 382 Abs. 1 ZGB

Zur Übernahme des Amtes sind verpflichtet die Verwandten und der Ehegatte der zu bevormundenden Person sowie alle Personen, die im Vormundschaftskreis wohnen.

##### Art. 382 Abs. 2 ZGB

Die Pflicht zur Übernahme des Amtes besteht nicht, wenn der Vormund durch den Familienrat ernannt wird.

##### Art. 384 ZGB

Zu dem Amte sind nicht wählbar:

Art. 384 Ziff. 1 ZGB

wer selbst bevormundet ist;

Art. 384 Ziff. 2 ZGB

wer nicht im Besitz der bürgerlichen Ehren und Rechte steht, oder einen unehrenhaften Lebenswandel führt;

Art. 384 Ziff. 3 ZGB

wer Interessen hat, die in erheblicher Weise denjenigen der zu bevormundenden Person widerstreiten, oder wer mit ihr verfeindet ist;

Art. 384 Ziff. 4 ZGB

die Mitglieder der beteiligten vormundschaftlichen Behörden, solange andere taugliche Personen vorhanden sind.

### **Vertretungsbeistandschaft:**

Art. 392 ZGB

Auf Ansuchen eines Beteiligten oder von Amtes wegen ernennt die Vormundschaftsbehörde einen Beistand da, wo das Gesetz es besonders vorsieht, sowie in folgenden Fällen:

Art. 392 Ziff. 1 ZGB

wenn eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit infolge von Krankheit, Abwesenheit od. dgl. weder selbst zu handeln, noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag;

Art. 392 Ziff. 2 ZGB

wenn der gesetzliche Vertreter einer unmündigen oder entmündigten Person in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen des Vertretenen widersprechen;

Art. 392 Ziff. 3 ZGB

wenn der gesetzliche Vertreter an der Vertretung verhindert ist.

### **Verwaltungsbeistandschaft:**

Art. 393 ZGB

Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so hat die Vormundschaftsbehörde das Erforderliche anzuordnen und namentlich in folgenden Fällen einen Beistand zu ernennen:

Art. 393 Ziff. 1 ZGB

bei längerer Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt;

Art. 393 Ziff. 2 ZGB

bei Unfähigkeit einer Person, die Verwaltung ihres Vermögens selbst zu besorgen oder einen Vertreter zu bestellen, falls nicht die Vormundschaft anzuordnen ist;

Art. 393 Ziff. 3 ZGB

bei Ungewissheit der Erbfolge und zur Wahrung der Interessen des Kindes vor der Geburt;

Art. 393 Ziff. 4 ZGB

Seit 01.01.2008 nicht mehr in Kraft.

Art. 393 Ziff. 5 ZGB

bei öffentlicher Sammlung von Geldern für wohltätige und andere dem öffentlichen Wohle dienende Zwecke, solange für die Verwaltung oder Verwendung nicht gesorgt ist.

**Beistandschaft auf eigenes Begehren:**

Art. 394 ZGB

Einer mündigen Person kann auf ihr Begehren ein Beistand gegeben werden, wenn die Voraussetzungen der Bevormundung auf eigenes Begehren vorliegen.

**Mitwirkungsbeiratschaft:**

Art. 395 Abs. 1 ZGB

Wenn für die Entmündigung einer Person kein genügender Grund vorliegt, gleichwohl aber zu ihrem Schutze eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit als notwendig erscheint, so kann ihr ein Beirat gegeben werden, dessen Mitwirkung für folgende Fälle erforderlich ist:

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Prozessführung und Abschluss von Vergleichen;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

Kauf, Verkauf, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

Kauf, Verkauf und Verpfändung von Wertpapieren;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB

Bauten, die über die gewöhnlichen Verwaltungshandlungen hinausgehen;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB

Gewährung und Aufnahme von Darlehen;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB

Entgegennahme von Kapitalzahlungen;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 7 ZGB

Schenkungen;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 8 ZGB

Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten;

Art. 395 Abs. 1 Ziff. 9 ZGB

Eingehung von Bürgschaften.

Art. 395 Abs. 2 ZGB

Unter den gleichen Voraussetzungen kann die Verwaltung des Vermögens dem Schutzbedürftigen entzogen werden, während er über die Erträge die freie Verfügung behält.



## **Haftung:**

### Art. 409 Abs. 1 ZGB

Ist der Bevormundete urteilsfähig, so kann er Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben, sobald der Vormund ausdrücklich oder stillschweigend zum voraus seine Zustimmung gegeben hat oder nachträglich das Geschäft genehmigt.

### Art. 426 ZGB

Der Vormund und die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden haben bei der Ausübung ihres Amtes die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beobachten und haften für den Schaden, den sie absichtlich oder fahrlässig verschulden.

### Art. 427 Abs. 1 ZGB

Wird der Schaden durch den Vormund oder die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden nicht gedeckt, so haftet für den Ausfall der Kanton.

### Art. 427 Abs. 2 ZGB

Es bleibt jedoch den Kantonen vorbehalten, hinter dem Vormund und der Vormundschaftsbehörde vorerst die beteiligten Gemeinden oder Kreise haften zu lassen.

### Art. 428 Abs. 1 ZGB

Wird die vormundschaftliche Behörde aus der Führung der Vormundschaft verantwortlich, so ist ein jedes Mitglied haftbar soweit es nicht nachweisen kann, dass ihm kein Verschulden zur Last fällt.

### Art. 428 Abs. 2 ZGB

Jedes der haftbaren Mitglieder trägt den Schaden für seinen Anteil.

### Art. 429 Abs. 1 ZGB

Sind der Vormund und die Mitglieder der Vormundschaftsbehörde zugleich haftbar, so haften letztere nur für das, was vom Vormund nicht erhältlich ist.

### Art. 429 Abs. 2 ZGB

Sind die Mitglieder der Aufsichtsbehörde und diejenigen der Vormundschaftsbehörde zugleich haftbar, so haften die erstern nur für das, was von den letztern nicht erhältlich ist.

### Art. 429 Abs. 3 ZGB

Aus Arglist haften alle verantwortlichen Personen unmittelbar und solidarisch.

### Art. 429 a Abs. 1 ZGB

Wer durch eine widerrechtliche Freiheitsentziehung verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung.

### Art. 429 a Abs. 2 ZGB

Haftbar ist der Kanton unter Vorbehalt des Rückgriffs gegen die Personen, welche die Verletzung absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben.

## **Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kt. Luzern**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Einführungsgesetz des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Luzern vom 20. November 2000, Stand 3. Juni 2009:

### **Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter:**

#### § 7 Abs. 1 EG ZGB

Die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter ist in folgenden Fällen zuständig:

#### § 7 Abs. 1 lit. a EG ZGB

Entscheid über die Adoption (Art. 268 Abs. 1 ZGB),

#### § 7 Abs. 1 lit. b EG ZGB

Überwachung der Auslosung von Anlehensgülden und der Tilgung abbezahlter Titel (Art. 882 Abs. 2 ZGB).

#### § 7 Abs. 2 EG ZGB

Die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter ist vormundschaftliche Aufsichtsbehörde.

### **Gemeinderat:**

#### § 8 Abs 1. EG ZGB

Der Gemeinderat oder die von ihm bezeichnete Dienststelle der Gemeindeverwaltung ist in folgenden Fällen zuständig:

#### § 8 Abs 1. lit. a EG ZGB

Aufsicht über Stiftungen, die ihrer Bestimmung nach der Gemeinde angehören (Art. 84 Abs. 1 ZGB),

#### § 8 Abs 1. lit. b EG ZGB

Anfechtung der Anerkennung der Vaterschaft für die Wohnsitz- oder die Heimatgemeinde des Ehemannes (Art. 259 Abs. 2 Ziff. 3 und Art. 260a Abs. 1 ZGB),

#### § 8 Abs 1. lit. c EG ZGB

Übernahme der Beklagtenrolle bei Vaterschaftsklagen gemäss Artikel 261 Absatz 2 ZGB,

#### § 8 Abs 1. lit. d EG ZGB

Anfechtung der Adoption für die Wohnsitz- oder die Heimatgemeinde (Art. 269a Abs. 1 ZGB),

#### § 8 Abs 1. lit. e EG ZGB

Entgegennahme der Mitteilung betreffend Freiheitsstrafen (Art. 371 Abs. 2 ZGB),

#### § 8 Abs 1. lit. f EG ZGB

Begehren der Heimatgemeinde um Verschollenerklärung (Art. 550 Abs. 1 ZGB),

#### § 8 Abs 1. lit. g EG ZGB

Verbot des Betretens von Wald und Weide und der Aneignung wild wachsender Beeren, Pilze usw. (Art. 699 Abs. 1 ZGB),

#### § 8 Abs 1. lit. h EG ZGB

Genehmigung der Versteigerung gefundener Sachen (Art. 721 Abs. 2 ZGB),

§ 8 Abs 1. lit. i EG ZGB

Hinterlegung von Zahlungen bei Schuldbrief und Gült (Art. 861 Abs. 2 ZGB),

§ 8 Abs 1. lit. k EG ZGB

Begehren um Vollzug von Schenkungsaufgaben, die im Interesse der Gemeinde liegen (Art. 246 Abs. 2 OR).

§ 8 Abs 2 EG ZGB

Der Gemeinderat ist Vormundschaftsbehörde.

§ 8 Abs 3 EG ZGB

Der Gemeinderat kann die Erfüllung einzelner Aufgaben der Vormundschaftsbehörde einer Dienststelle der Gemeindeverwaltung übertragen. Der Regierungsrat bezeichnet in der Verordnung die Aufgaben, die übertragen werden können.

**Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch des Kt. Zürich**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Einführungsgesetz des Schweizerischen Zivilgesetzbuches des Kantons Zürich vom 2. April 1911, Stand 1. Januar 2008:

§ 73 Abs. 1 EG ZGB

Vormundschaftsbehörde ist der Gemeinderat der politischen Gemeinde.

§ 73 Abs. 2 EG ZGB

Die Vormundschaftsbehörde des Heimortes kann die Bevormundung oder Verbeiständung bei der Wohnsitzgemeinde beantragen und zur Wahrung der Interessen eines Angehörigen, der in einer andern Gemeinde bevormundet werden soll oder bevormundet ist, bei der Aufsichtsbehörde Beschwerde führen.

§ 74. Abs.1 EG ZGB

Der Gemeinderat kann die Besorgung des Vormundschaftswesens an seiner Statt auch einer Kommission von drei oder fünf Mitgliedern aus seiner Mitte übertragen.

§ 74. Abs.2 EG ZGB

Durch Gemeindebeschluss kann die Besorgung des Vormundschaftswesens einer besonderen Kommission von mindestens drei Mitgliedern übertragen werden. Die Wahl erfolgt durch die Gemeinde. Den Vorsitz führt ein Mitglied des Gemeinderates.

§ 74. Abs.3 EG ZGB

In gleicher Weise können durch Gemeindebeschluss einzelne Aufgaben der vormundschaftlichen Fürsorge besonderen Amtsstellen übertragen werden.

§ 74. Abs.4 EG ZGB

Vorbehalten bleiben die gesetzlichen Bestimmungen betreffend einzelne Gemeinden.

§ 75. EG ZGB

Aufsichtsbehörde erster Instanz ist der Bezirksrat. Aufsichtsbehörde zweiter Instanz ist die vom Regierungsrat bezeichnete Direktion (§ 44 Ziff. 9), unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Obergerichts zur Behandlung von Rekursen (§ 44 a GVG, §§ 280 a–j ZPO).

## **Obligationenrecht**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Obligationenrecht vom 30. März 1911,  
Stand 1. Januar 2009:

### **Einfluss von Tod, Handlungsunfähigkeit u.a.**

Art. 35 Abs. 1 OR

Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes hervorgeht, mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verluste der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.

Art. 35 Abs. 2 OR

Die nämliche Wirkung hat die Auflösung einer juristischen Person oder einer in das Handelsregister eingetragenen Gesellschaft

Art. 35 Abs. 3 OR

Die gegenseitigen persönlichen Ansprüche werden hievon nicht berührt..

### **Persönlichkeitsverletzung:**

Art. 49 Abs. 1 OR

Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, hat Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt und diese nicht anders wiedergutmacht worden ist.

Art. 49 Abs. 2 OR

Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen.

### **Geschäftsführung ohne Auftrag:**

Art. 419 OR

Wer für einen anderen ein Geschäft besorgt, ohne von ihm beauftragt zu sein, ist verpflichtet, das unternommene Geschäft so zu führen, wie es dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht des anderen entspricht.

### **Haftung:**

Art. 420 Abs. 1 OR

Der Geschäftsführer haftet für jede Fahrlässigkeit.

Art. 420 Abs. 2 OR

Seine Haftpflicht ist jedoch milder zu beurteilen, wenn er gehandelt hat, um einen dem Geschäftsherrn drohenden Schaden abzuwenden.

Art. 420 Abs. 3 OR

Hat er die Geschäftsführung entgegen dem ausgesprochenen oder sonst erkennbaren Willen des Geschäftsherrn unternommen und war dessen Verbot nicht unsittlich oder rechtswidrig, so haftet er auch für den Zufall, sofern er nicht beweist, dass dieser auch ohne seine Einmischung eingetreten wäre.

Art. 421 Abs. 1 OR

War der Geschäftsführer unfähig, sich durch Verträge zu verpflichten, so haftet er aus der Geschäftsführung nur, soweit er bereichert ist oder auf böswillige Weise sich der Bereicherung entäussert hat.

Art. 421 Abs. 2 OR

Vorbehalten bleibt eine weitergehende Haftung aus unerlaubten Handlungen.

### **Schweizerisches Strafgesetzbuch**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Strafrecht vom 21. Dezember 1937, Stand 1. April 2009:

#### **Verletzung des Berufsgeheimnisses:**

Art. 321 Abs. 1 StGB

Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, nach Obligationenrecht<sup>1</sup> zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, Hebammen sowie ihre Hilfspersonen, die ein Geheimnis offenbaren, das ihnen infolge ihres Berufes anvertraut worden ist, oder das sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben, werden, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

Ebenso werden Studierende bestraft, die ein Geheimnis offenbaren, das sie bei ihrem Studium wahrnehmen.

Die Verletzung des Berufsgeheimnisses ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Studien strafbar.

Art. 321 Abs. 2 StGB

Der Täter ist nicht strafbar, wenn er das Geheimnis auf Grund einer Einwilligung des Berechtigten oder einer auf Gesuch des Täters erteilten schriftlichen Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder Aufsichtsbehörde offenbart hat.

Art. 321 Abs. 3 StGB

Vorbehalten bleiben die eidgenössischen und kantonalen Bestimmungen über die Zeugnispflicht und über die Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde.

## **Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz vom 11. April 1889, Stand 1. Januar 2008:

### Art. 5 Abs. 1 SchKG

Der Kanton haftet für den Schaden, den die Beamten und Angestellten, ihre Hilfspersonen, die ausseramtlichen Konkursverwaltungen, die Sachwalter, die Liquidatoren, die Aufsichts- und Gerichtsbehörden sowie die Polizei bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihnen dieses Gesetz zuweist, widerrechtlich verursachen.

### Art. 5 Abs. 2 SchKG

Der Geschädigte hat gegenüber dem Fehlbaren keinen Anspruch.

### Art. 5 Abs. 3 SchKG

Für den Rückgriff des Kantons auf die Personen, die den Schaden verursacht haben, ist das kantonale Recht massgebend.

### Art. 5 Abs. 4 SchKG

Wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, besteht zudem Anspruch auf Genugtuung.

## **Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, Stand 1. Juni 2009:

### **Recht auf Freiheit und Sicherheit:**

#### Art. 5 Abs. 1 EMRK

Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

#### Art. 5 Abs. 1 lit. a EMRK

rechtmässiger Freiheitsentzug nach Verurteilung durch ein zuständiges Gericht;

#### Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK

rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug wegen Nichtbefolgung einer rechtmässigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;

#### Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK

rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;

#### Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK

rechtmässiger Freiheitsentzug bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;

Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK

rechtmässiger Freiheitsentzug mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;

Art. 5 Abs. 1 lit. f EMRK

rechtmässige Festnahme oder rechtmässiger Freiheitsentzug zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

Art. 5 Abs. 2 EMRK

Jeder festgenommenen Person muss in möglichst kurzer Frist in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

Art. 5 Abs. 3 EMRK

Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, muss unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

Art. 5 Abs. 4 EMRK

Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn der Freiheitsentzug nicht rechtmässig ist.

Art. 5 Abs. 5 EMRK

Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

**Recht auf ein faires Verfahren:**

Art. 6 Abs. 1 EMRK

Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Das Urteil muss öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozessparteien es verlangen oder – soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält – wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde.

### **Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens:**

Art. 8 Abs. 1 EMRK

Jede Person hat das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung und ihrer Korrespondenz.

Art. 8 Abs. 2 EMRK

Eine Behörde darf in die Ausübung dieses Rechts nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

### **Europäisches Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zum Europäischen Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin vom 4. April 1997, Stand 28. April 1999:

#### **Schutz einwilligungsunfähiger Personen:**

Art. 6 Ziff. 1 SEV Nr. 164

Bei einer einwilligungsunfähigen Person darf eine Intervention nur zu ihrem unmittelbaren Nutzen erfolgen; die Artikel 17 und 20 bleiben vorbehalten.

Art. 6 Ziff. 2 SEV Nr. 164

Ist eine minderjährige Person von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen.

Der Meinung der minderjährigen Person kommt mit zunehmendem Alter und zunehmender Reife immer mehr entscheidendes Gewicht zu.

Art. 6 Ziff. 3 SEV Nr. 164

Ist eine volljährige Person aufgrund einer geistigen Behinderung, einer Krankheit oder aus ähnlichen Gründen von Rechts wegen nicht fähig, in eine Intervention einzuwilligen, so darf diese nur mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters oder einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen.

Die betroffene Person ist soweit wie möglich in das Einwilligungsverfahren einzubeziehen.

Art. 6 Ziff. 4 SEV Nr. 164

Der Vertreter, die Behörde, die Person oder die Stelle nach den Absätzen 2 und 3 ist in der in Artikel 5 vorgesehenen Weise aufzuklären.

Art. 6 Ziff. 5 SEV Nr. 164

Die Einwilligung nach den Absätzen 2 und 3 kann im Interesse der betroffenen Person jederzeit widerrufen werden.



**Notfallsituation:**

Art. 8 SEV Nr. 164

Kann die Einwilligung wegen einer Notfallsituation nicht eingeholt werden, so darf jede Intervention, die im Interesse der Gesundheit der betroffenen Person medizinisch unerlässlich ist, umgehend erfolgen.

**Zu einem früheren Zeitpunkt geäußerte Wünsche:**

Art. 9 SEV Nr. 164

Kann ein Patient im Zeitpunkt der medizinischen Intervention seinen Willen nicht äußern, so sind die Wünsche zu berücksichtigen, die er früher im Hinblick auf eine solche Intervention geäußert hat.

**Schlusstitel: Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des Schweizer****Zivilgesetzbuches**

Alle in dieser Arbeit erwähnten Artikel zu den Anwendungs- und Einführungsbestimmungen des ZGB vom 1. Januar 2000 Stand 1. Januar 2010:

**V. Vormundschaft:**

Art. 14 Abs. 1 SchIT ZGB

Die Vormundschaft steht, sobald dieses Gesetz in Kraft getreten ist, unter den Bestimmungen des neuen Rechtes.

Art. 14 Abs. 2 SchIT ZGB

Eine vor diesem Zeitpunkt eingetretene Bevormundung bleibt bestehen, ist aber durch die vormundschaftlichen Behörden mit dem neuen Recht in Einklang zu bringen.

Art. 14 Abs. 3 SchIT ZGB

Bevormundungen, die nach bisherigem Recht eingetreten sind, nach dem neuen Recht aber nicht zulässig sein würden, sind aufzuheben, bleiben aber bis zum Zeitpunkte der Aufhebung in Kraft.

**Neues Erwachsenenschutzrecht – Schweizerisches Zivilgesetzbuch**

Im Folgenden sind die einzelnen Artikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches erwähnt, welche innerhalb dieser Arbeit zitiert wurden. Die beiden Autorinnen haben sich auch hier dafür entschieden, die Artikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches mit Änderungen vom 19. Dezember 2008 mit nArt. zu bezeichnen. Dadurch soll eine Verwechslung mit Artikeln aus dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch von 1907 vermieden werden.

**Vorsorgeauftrag:**

nArt. 360 Abs. 1 ZGB

Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten.

nArt. 360 Abs. 2 ZGB

Sie muss die Aufgaben, die sie der beauftragten Person übertragen will, umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilen.

nArt. 360 Abs. 3 ZGB

Sie kann für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen treffen.

nArt. 361 Abs. 1 ZGB

Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden.

nArt. 361 Abs. 2 ZGB

Der eigenhändige Vorsorgeauftrag ist von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben, zu datieren und zu unterzeichnen.

nArt. 361 Abs. 3 ZGB

Das Zivilstandsamt trägt auf Antrag die Tatsache, dass eine Person einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, und den Hinterlegungsort in die zentrale Datenbank ein. Der Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen, namentlich über den Zugang zu den Daten.

nArt. 362 Abs. 1 ZGB

Die auftraggebende Person kann ihren Vorsorgeauftrag jederzeit in einer Form widerrufen, die für die Errichtung vorgeschrieben sind.

nArt. 362 Abs. 2 ZGB

Sie kann den Vorsorgeauftrag auch dadurch widerrufen, dass sie die Urkunde vernichtet.

nArt. 362 Abs. 3 ZGB

Errichtet sie einen neuen Vorsorgeauftrag, ohne einen früheren ausdrücklich aufzuheben, so tritt der neue Vorsorgeauftrag an die Stelle des früheren, sofern er nicht zweifellos eine blosser Ergänzung darstellt.

nArt. 363 Abs. 1 ZGB

Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt.

nArt. 363 Abs. 2 ZGB

Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob:

nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

dieser gültig errichtet worden ist;

nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB

die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind;

nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB

die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist; und

nArt. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB

weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind.

nArt. 363 Abs. 3 ZGB

Nimmt die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag an, so weist die Behörde sie auf ihre Pflichten nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag hin und händigt ihr eine Urkunde aus, die ihre Befugnisse wiedergibt.

nArt. 364 ZGB

Die beauftragte Person kann die Erwachsenenschutzbehörde um Auslegung des Vorsorgeauftrags und dessen Ergänzung in Nebenpunkten ersuchen.

nArt. 365 Abs. 1 ZGB

Die beauftragte Person vertritt im Rahmen des Vorsorgeauftrags die auftraggebende Person und nimmt ihre Aufgaben nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag sorgfältig wahr.

nArt. 365 Abs. 2 ZGB

Müssen Geschäfte besorgt werden, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst sind, oder hat die beauftragte Person in einer Angelegenheit Interessen, die denen der betroffenen Person widersprechen, so benachrichtigt die beauftragte Person unverzüglich die Erwachsenenschutzbehörde.

nArt. 365 Abs. 3 ZGB

Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der beauftragten Person.

nArt. 366 Abs. 1 ZGB

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.

nArt. 366 Abs. 2 ZGB

Die Entschädigung und die notwendigen Spesen werden der auftraggebenden Person belastet.

nArt. 367 Abs. 1 ZGB

Die beauftragte Person kann den Vorsorgeauftrag jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist durch schriftliche Mitteilung an die Erwachsenenschutzbehörde kündigen.

nArt. 367 Abs. 2 ZGB

Aus wichtigen Gründen kann sie den Auftrag fristlos kündigen.

nArt. 368 Abs. 1 ZGB

Sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person die erforderlichen Massnahmen.

nArt. 368 Abs. 2 ZGB

Sie kann insbesondere der beauftragten Person Weisungen erteilen, diese zur Einreichung eines Inventars, zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten oder ihr die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen.

nArt. 369 Abs. 1 ZGB

Wird die auftraggebende Person wieder urteilsfähig, so verliert der Vorsorgeauftrag seine Wirksamkeit von Gesetzes wegen.

nArt. 369 Abs. 2 ZGB

Werden dadurch die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet, so ist die beauftragte Person verpflichtet, so lange für die Fortführung der ihr übertragenen Aufgaben zu sorgen, bis die auftraggebende Person ihre Interessen selber wahren kann.

nArt. 369 Abs. 3 ZGB

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.

### **Patientenverfügung:**

nArt. 370 Abs. 1 ZGB

Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt.

nArt. 370 Abs. 2 ZGB

Sie kann auch eine natürliche Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit mit der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt die medizinischen Massnahmen besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll. Sie kann dieser Person Weisungen erteilen.

nArt. 370 Abs. 3 ZGB

Sie kann für den Fall, dass die bezeichnete Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen treffen.

nArt. 371 Abs. 1 ZGB

Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen.

nArt. 371 Abs. 2 ZGB

Wer eine Patientenverfügung errichtet hat, kann diese Tatsache und den Hinterlegungsort auf der Versicherungskarte eintragen lassen. Der Bundesrat erlässt die nötigen Bestimmungen, namentlich über den Zugang zu den Daten.

nArt. 371 Abs. 3 ZGB

Die Bestimmung über den Widerruf des Vorsorgeauftrages ist sinngemäss anwendbar.

nArt. 372 Abs. 1 ZGB

Ist die Patientin oder der Patient urteilsunfähig und ist nicht bekannt, ob eine Patientenverfügung vorliegt, so klärt die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt dies anhand der Versicherungskarte ab. Vorbehalten bleiben dringende Fälle.

nArt. 372 Abs. 2 ZGB

Die Ärztin oder der Arzt entspricht der Patientenverfügung, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch mutmasslichem Willen der Patientin oder des Patienten entspricht.

nArt. 372 Abs. 3 ZGB

Die Ärztin oder der Arzt hält im Patientendossier fest, aus welchen Gründen der Patientenverfügung nicht entsprochen wird.

### **Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde:**

nArt. 373 Abs. 1 ZGB

Jede der Patientin oder dem Patienten nahestehende Person kann schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde anrufen und geltend machen, dass:

nArt. 373 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

der Patientenverfügung nicht entsprochen wird;

nArt. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind;

nArt. 373 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

die Patientenverfügung nicht auf freiem Willen beruht.

nArt. 373 Abs. 2 ZGB

Die Bestimmung über das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde beim Vorsorgeauftrag ist sinngemäss anwendbar.

### **Gesetzliches Vertretungsrecht:**

nArt. 374 Abs. 1 ZGB

Wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, hat von Gesetzes wegen ein Vertretungsrecht, wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft besteht.

nArt. 374 Abs. 2 ZGB

Das Vertretungsrecht umfasst:

nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind;

nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB

die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte; und

nArt. 374 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB

nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen.

nArt. 374 Abs. 3 ZGB

Für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung muss der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einholen.

### **Vertretung bei medizinischen Massnahmen:**

nArt. 377 Abs. 1 ZGB

Hat sich eine urteilsunfähige Person zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert, so plant die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung.

nArt. 377 Abs. 2 ZGB

Die Ärztin oder der Arzt informiert die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternativ Behandlungsmöglichkeiten.

nArt. 377 Abs. 3 ZGB

Soweit möglich wird auch die urteilsunfähige Person in die Entscheidungsfindung einbezogen.

nArt. 377 Abs. 4 ZGB

Der Behandlungsplan wird der laufenden Entwicklung angepasst.

nArt. 378 Abs. 1 ZGB

Die folgenden Personen sind der Reihe nach berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten und den vorgesehenen ambulanten oder stationären Massnahmen die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern:

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

der Beistand oder die Beiständin mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB

die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB

die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB

die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;

nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 7 ZGB

die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

nArt. 378 Abs. 2 ZGB

Sind mehrere Personen vertretungsberechtigt, so dürfen die gutgläubige Ärztin oder der gutgläubige Arzt voraussetzen, dass jede im Einverständnis mit den anderen handelt.

nArt. 378 Abs. 3 ZGB

Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.

nArt. 379 ZGB

In dringlichen Fällen ergreift die Ärztin oder der Arzt medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.

### **Betreuungsverträge:**

nArt. 382 Abs. 1 ZGB

Wird eine urteilsunfähige Person für längere Dauer in einer Wohn oder Pflegeeinrichtung betreut, so muss schriftlich in einem Betreuungsvertrag festgelegt werden, welche Leistungen die Einrichtung erbringt und welches Entgelt dafür geschuldet ist.

nArt. 382 Abs. 2 ZGB

Bei der Festlegung der von der Einrichtung zu erbringenden Leistungen werden die Wünsche der betroffenen Person so weit wie möglich berücksichtigt.

nArt. 382 Abs. 3 ZGB

Die Zuständigkeit für die Vertretung der urteilsunfähigen Person beim Abschluss, bei der Änderung oder bei der Aufhebung des Betreuungsvertrags richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen.

nArt. 383 Abs. 1 ZGB

Die Wohn- oder Pflegeeinrichtung darf die Bewegungsfreiheit der urteilsunfähigen Person nur einschränken, wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein als ungenügend erscheinen und die Massnahme dazu dient:

nArt. 383 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

eine ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter abzuwenden; oder

nArt. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens zu beseitigen.

nArt. 383 Abs. 2 ZGB

Vor der Einschränkung der Bewegungsfreiheit wird der betroffenen Person erklärt, was geschieht, warum die Massnahme angeordnet wurde, wie lange diese voraussichtlich dauert und wer sich während dieser Zeit um sie kümmert. Vorbehalten bleiben Notfallsituationen.

nArt. 383 Abs. 3 ZGB

Die Einschränkung der Bewegungsfreiheit wird so bald wie möglich wieder aufgehoben und auf jeden Fall regelmässig auf ihre Berechtigung hin überprüft.

nArt. 384 Abs. 1 ZGB

Über jede Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit wird Protokoll geführt. Dieses enthält insbesondere den Namen der anordnenden Person, den Zweck, die Art und die Dauer der Massnahme.

nArt. 384 Abs. 2 ZGB

Die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigte Person wird über die Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit informiert und kann das Protokoll jederzeit einsehen.

nArt. 384 Abs. 3 ZGB

Ein Einsichtsrecht steht auch den Personen zu, welche die Wohn- oder Pflegeeinrichtung beaufsichtigen.

nArt. 385 Abs. 1 ZGB

Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann gegen eine Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit jederzeit schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde am Sitz der Einrichtung anrufen.

nArt. 385 Abs. 2 ZGB

Stellt die Erwachsenenschutzbehörde fest, dass die Massnahme nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, so ändert sie die Massnahme, hebt sie auf oder ordnet eine behördliche Massnahme des Erwachsenenschutzes an. Nötigenfalls benachrichtigt sie die Aufsichtsbehörde der Einrichtung.

nArt. 385 Abs. 3 ZGB

Jedes Begehren um Beurteilung durch die Erwachsenenschutzbehörde wird dieser unverzüglich weitergeleitet.

### **Persönlichkeitsschutz in Wohn- und Pflegeeinrichtungen:**

nArt. 386 Abs. 1 ZGB

Die Wohn- oder Pflegeeinrichtung schützt die Persönlichkeit der urteilsunfähigen Person und fördert so weit wie möglich Kontakte zu Personen ausserhalb der Einrichtung.



nArt. 386 Abs. 2 ZGB

Kümmert sich niemand von ausserhalb der Einrichtung um die betroffene Person, so benachrichtigt die Wohn- oder Pflegeeinrichtung die Erwachsenenschutzbehörde.

nArt. 386 Abs. 3 ZGB

Die freie Arztwahl ist gewährleistet, soweit nicht wichtige Gründe dagegen sprechen.

### **Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen:**

nArt. 387 ZGB

Die Kantone unterstellen Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht, soweit nicht durch bundesrechtliche Vorschriften bereits eine Aufsicht gewährleistet ist.

### **Wohl, Schutz und Selbstbestimmung:**

nArt. 388 Abs. 1 ZGB

Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes stellen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicher.

nArt. 388 Abs. 2 ZGB

Sie sollen die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern.

### **Subsidiarität:**

nArt. 389 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde ordnet eine Massnahme an, wenn:

nArt. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint;

nArt. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

bei Urteilsunfähigkeit der hilfsbedürftigen Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen.

nArt. 389 Abs. 2 ZGB

Jede behördliche Massnahme muss erforderlich und geeignet sein.

### **Voraussetzungen für eine Beistandschaft:**

nArt. 390 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person:

nArt. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann;

nArt. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechnigte Person bezeichnen hat.

nArt. 390 Abs. 2 ZGB

Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind zu berücksichtigen.

nArt. 390 Abs. 3 ZGB

Die Beistandschaft wird auf Antrag der betroffenen oder einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen errichtet.

### **Aufgabenbereiche der Beistandschaft:**

nArt. 391 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenenschutzbehörde umschreibt die Aufgabenbereiche der Beistandschaft entsprechend den Bedürfnissen der betroffenen Person.

nArt. 391 Abs. 2 ZGB

Die Aufgabenbereiche betreffen die Personensorge, die Vermögenssorge oder den Rechtsverkehr.

nArt. 391 Abs. 3 ZGB

Ohne Zustimmung der betroffenen Person darf der Beistand oder die Beiständin nur dann deren Post öffnen oder deren Wohnräume betreten, wenn die Erwachsenenenschutzbehörde die Befugnis dazu ausdrücklich erteilt hat.

### **Verhältnismässigkeit:**

nArt. 392 ZGB

Erscheint die Errichtung einer Beistandschaft wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig, so kann die Erwachsenenenschutzbehörde:

nArt. 392 Ziff. 1 ZGB

von sich aus das Erforderliche vorkehren, namentlich die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen;

nArt. 392 Ziff. 2 ZGB

einer Drittperson für einzelne Aufgaben einen Auftrag erteilen; oder

nArt. 392 Ziff. 3 ZGB

eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche Einblick und Auskunft zu geben sind.

### **Begleitbeistandschaft:**

nArt. 393 Abs. 1 ZGB

Eine Begleitbeistandschaft wird mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet, wenn diese für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht.

nArt. 393 Abs. 2 ZGB

Die Begleitbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht ein.

### **Vertretungsbeistandschaft:**

nArt. 394 Abs. 1 ZGB

Eine Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, wenn die hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss.

nArt. 394 Abs. 2 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person entsprechend einschränken.

nArt. 394 Abs. 3 ZGB

Auch wenn die Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, muss die betroffene Person sich die Handlungen des Beistands oder der Beiständin anrechnen oder gefallen lassen.

nArt. 395 Abs. 1 ZGB

Errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine Vertretungsbeistandschaft für die Vermögensverwaltung, so bestimmt sie die Vermögenswerte, die vom Beistand oder von der Beiständin verwaltet werden sollen. Sie kann Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das gesamte Vermögen oder das gesamte Einkommen und Vermögen unter die Verwaltung stellen.

nArt. 395 Abs. 2 ZGB

Die Verwaltungsbefugnisse umfassen auch die Ersparnisse aus dem verwalteten Einkommen oder die Erträge des verwalteten Vermögens, wenn die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes verfügt.

nArt. 395 Abs. 3 ZGB

Ohne die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person einzuschränken, kann ihr die Erwachsenenschutzbehörde den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen.

nArt. 395 Abs. 4 ZGB

Untersagt die Erwachsenenschutzbehörde der betroffenen Person, über ein Grundstück zu verfügen, so lässt sie dies im Grundbuch anmerken.

### **Mitwirkungsbeistandschaft:**

nArt. 396 Abs. 1 ZGB

Eine Mitwirkungsbeistandschaft wird errichtet, wenn bestimmte Handlungen der hilfsbedürftigen Person zu deren Schutz der Zustimmung des Beistands oder der Beiständin bedürfen.

nArt. 396 Abs. 2 ZGB

Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person wird von Gesetzes wegen entsprechend eingeschränkt.

nArt. 397 ZGB

Die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden.

**Umfassende Beistandschaft:**

nArt. 398 Abs. 1 ZGB

Eine umfassende Beistandschaft wird errichtet, wenn eine Person, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit, besonders hilfsbedürftig ist.

nArt. 398 Abs. 2 ZGB

Sie bezieht sich auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs.

nArt. 398 Abs. 3 ZGB

Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person entfällt von Gesetzes wegen.

nArt. 400 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde ernennt als Beistand oder Beiständin eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt. Bei besonderen Umständen können mehrere Personen ernannt werden.

nArt. 400 Abs. 2 ZGB

Die ernannte Person ist verpflichtet, die Beistandschaft zu übernehmen, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen.

nArt. 400 Abs. 3 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde sorgt dafür, dass der Beistand oder die Beiständin die erforderliche Instruktion, Beratung und Unterstützung erhält.

nArt. 401 Abs. 1 ZGB

Schlägt die betroffene Person eine Vertrauensperson als Beistand oder Beiständin vor, so entspricht die Erwachsenenschutzbehörde ihrem Wunsch, wenn die vorgeschlagene Person für die Beistandschaft geeignet und zu deren Übernahme bereit ist.

nArt. 401 Abs. 2 ZGB

Sie berücksichtigt, soweit tunlich, Wünsche der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen.

nArt. 401 Abs. 3 ZGB

Lehnt die betroffene Person eine bestimmte Person als Beistand oder Beiständin ab, so entspricht die Erwachsenenschutzbehörde, soweit tunlich, diesem Wunsch.

**Interessenkollision:**

nArt. 403 Abs. 1 ZGB

Ist der Beistand oder die Beiständin am Handeln verhindert oder widersprechen die Interessen des Beistands oder der Beiständin in einer Angelegenheit denjenigen der betroffenen Person, so ernennt die Erwachsenenschutzbehörde einen Ersatzbeistand oder eine Ersatzbeiständin oder regelt diese Angelegenheit selber.

nArt. 403 Abs. 2 ZGB

Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse des Beistands oder der Beiständin in der entsprechenden Angelegenheit.

**Entschädigung an Beiständigen und Beistände:**

nArt. 404 Abs. 1 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Bei einem Berufsbeistand oder einer Berufsbeiständin fallen die Entschädigung und der Spesenersatz an den Arbeitgeber.

nArt. 404 Abs. 2 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde legt die Höhe der Entschädigung fest. Sie berücksichtigt dabei insbesondere den Umfang und die Komplexität der dem Beistand oder der Beiständin übertragenen Aufgaben.

nArt. 404 Abs. 3 ZGB

Die Kantone erlassen Ausführungsbestimmungen und regeln die Entschädigung und den Spesenersatz, wenn diese nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können.

**Berichts- und Rechnungspflicht:**

nArt. 410 Abs. 1 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin führt Rechnung und legt sie der Erwachsenenschutzbehörde in den von ihr angesetzten Zeitabständen, mindestens aber alle zwei Jahre, zur Genehmigung vor.

nArt. 410 Abs. 2 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin erläutert der betroffenen Person die Rechnung und gibt ihr auf Verlangen eine Kopie.

nArt. 411 Abs. 1 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin erstattet der Erwachsenenschutzbehörde so oft wie nötig, mindestens aber alle zwei Jahre, einen Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft.

nArt. 411 Abs. 2 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin zieht bei der Erstellung des Berichts die betroffene Person, soweit tunlich, bei und gibt ihr auf Verlangen eine Kopie.

### **Sorgfalt und Verschwiegenheit:**

nArt. 413 Abs. 1 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin hat bei der Erfüllung der Aufgaben die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person nach den Bestimmungen des Obligationenrechts.

nArt. 413 Abs. 2 ZGB

Der Beistand oder die Beiständin ist zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen.

nArt. 413 Abs. 3 ZGB

Dritte sind über die Beistandschaft zu orientieren, soweit dies zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben des Beistands oder der Beiständin erforderlich ist.

### **Zustimmungsbedürftige Geschäfte:**

nArt. 416 Abs. 1 ZGB

Für folgende Geschäfte, die der Beistand oder die Beiständin in Vertretung der betroffenen Person vornimmt, ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde erforderlich:

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

Liquidation des Haushalts, Kündigung des Vertrags über Räumlichkeiten, in denen die betroffene Person wohnt;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

Dauerverträge über die Unterbringung der betroffenen Person;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, wenn dafür eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist, sowie Erbverträge und Erbteilungsverträge;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB

Erwerb, Veräußerung, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken sowie Erstellen von Bauten, das über ordentliche Verwaltungshandlungen hinausgeht;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB

Erwerb, Veräußerung und Verpfändung anderer Vermögenswerte sowie Errichtung einer Nutzniessung daran, wenn diese Geschäfte nicht unter die Führung der ordentlichen Verwaltung und Bewirtschaftung fallen;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 6 ZGB

Aufnahme und Gewährung von erheblichen Darlehen, Eingehung von wechselrechtlichen Verbindlichkeiten;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 7 ZGB

Leibrenten- und Verpfändungsverträge sowie Lebensversicherungen, soweit diese nicht im Rahmen der beruflichen Vorsorge mit einem Arbeitsvertrag zusammenhängen;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 8 ZGB

Übernahme oder Liquidation eines Geschäfts, Eintritt in eine Gesellschaft mit persönlicher Haftung oder erheblicher Kapitalbeteiligung;

nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 9 ZGB

Erklärung der Zahlungsunfähigkeit, Prozessführung, Abschluss eines Vergleichs, eines Schiedsvertrags oder eines Nachlassvertrags, unter Vorbehalt vorläufiger Massnahmen des Beistands oder der Beiständin in dringenden Fällen.

nArt. 416 Abs. 2 ZGB

Die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist nicht erforderlich, wenn die urteilsfähige betroffene Person ihr Einverständnis erteilt und ihre Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist.

nArt. 416 Abs. 3 ZGB

Immer der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen Verträge zwischen dem Beistand oder der Beiständin und der betroffenen Person, ausser diese erteilt einen unentgeltlichen Auftrag.

### **Die Fürsorgerische Unterbringung:**

nArt. 426 Abs. 1 ZGB

Eine Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, darf in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann.

nArt. 426 Abs. 2 ZGB

Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten sind zu berücksichtigen.

nArt. 426 Abs. 3 ZGB

Die betroffene Person wird entlassen, sobald die Voraussetzungen für die Unterbringung nicht mehr erfüllt sind.

nArt. 426 Abs. 4 ZGB

Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann jederzeit um Entlassung ersuchen. Über dieses Gesuch ist ohne Verzug zu entscheiden.

nArt. 427 Abs. 1 ZGB

Will eine Person, die an einer psychischen Störung leidet und freiwillig in eine Einrichtung eingetreten ist, diese wieder verlassen, so kann sie von der ärztlichen Leitung der Einrichtung für höchstens drei Tage zurückbehalten werden, wenn sie:

nArt. 427 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

sich selbst an Leib und Leben gefährdet; oder

nArt. 427 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet.

nArt. 427 Abs. 2 ZGB

Nach Ablauf der Frist kann die betroffene Person die Einrichtung verlassen, wenn nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid vorliegt.

nArt. 427 Abs. 3 ZGB

Die betroffene Person wird schriftlich darauf aufmerksam gemacht, dass sie das Gericht anrufen kann.

nArt. 428 Abs. 1 ZGB

Für die Anordnung der Unterbringung und die Entlassung ist die Erwachsenenschutzbehörde zuständig.

nArt. 428 Abs. 2 ZGB

Sie kann im Einzelfall die Zuständigkeit für die Entlassung der Einrichtung übertragen.

nArt. 429 Abs. 1 ZGB

Die Kantone können Ärzte und Ärztinnen bezeichnen, die neben der Erwachsenenschutzbehörde eine Unterbringung während einer vom kantonalen Recht festgelegten Dauer anordnen dürfen. Die Dauer darf höchstens sechs Wochen betragen.

nArt. 429 Abs. 2 ZGB

Die ärztliche Unterbringung fällt spätestens nach Ablauf der festgelegten Dauer dahin, sofern nicht ein vollstreckbarer Unterbringungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt.

nArt. 429 Abs. 3 ZGB

Über die Entlassung entscheidet die Einrichtung.

nArt. 430 Abs. 1 ZGB

Die Ärztin oder der Arzt untersucht persönlich die betroffene Person und hört sie an.

nArt. 430 Abs. 2 ZGB

Der Unterbringungsentscheid enthält mindestens folgende Angaben:

nArt. 430 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB

Ort und Datum der Untersuchung;

nArt. 430 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB

Name der Ärztin oder des Arztes;

nArt. 430 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB

Befund, Gründe und Zweck der Unterbringung;

nArt. 430 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB

die Rechtsmittelbelehrung.

nArt. 430 Abs. 3 ZGB

Das Rechtsmittel hat keine aufschiebende Wirkung, sofern die Ärztin oder der Arzt oder das zuständige Gericht nichts anderes verfügt.

nArt. 430 Abs. 4 ZGB

Ein Exemplar des Unterbringungsentscheids wird der betroffenen Person ausgehändigt; ein weiteres Exemplar wird der Einrichtung bei der Aufnahme der betroffenen Person vorgelegt.

nArt. 430 Abs. 5 ZGB

Die Ärztin oder der Arzt informiert, sofern möglich, eine der betroffenen Person nahestehende Person schriftlich über die Unterbringung und die Befugnis, das Gericht anzurufen.



nArt. 431 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde überprüft spätestens sechs Monaten nach Beginn der Unterbringung, ob die Voraussetzungen noch erfüllt sind und ob die Einrichtung weiterhin geeignet ist.

nArt. 431 Abs. 2 ZGB

Sie führt innerhalb von weiteren sechs Monaten eine zweite Überprüfung durch. Anschliessend führt sie die Überprüfung so oft wie nötig, mindestens aber jährlich durch.

nArt. 432 ZGB

Jede Person, die in einer Einrichtung untergebracht wird, kann eine Person ihres Vertrauens beiziehen, die sie während des Aufenthalts und bis zum Abschluss aller damit zusammenhängenden Verfahren unterstützt.

nArt. 433 Abs. 1 ZGB

Wird eine Person zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht, so erstellt die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt unter Beizug der betroffenen Person und gegebenenfalls ihrer Vertrauensperson einen schriftlichen Behandlungsplan.

nArt. 433 Abs. 2 ZGB

Die Ärztin oder der Arzt informiert die betroffene Person und deren Vertrauensperson über alle Umstände, 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.

nArt. 433 Abs. 3 ZGB

Der Behandlungsplan wird der betroffenen Person zur Zustimmung unterbreitet. Bei einer urteilsunfähigen Person ist eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen.

nArt. 433 Abs. 4 ZGB

Der Behandlungsplan wird der laufenden Entwicklung angepasst.

nArt. 434 Abs. 1 ZGB

Fehlt die Zustimmung der betroffenen Person, so kann die Chefärztin oder der Chefarzt der Abteilung die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn:

nArt. 434 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

ohne Behandlung der betroffenen Person ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist;

nArt. 434 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist; und

nArt. 434 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist.

nArt. 434 Abs. 2 ZGB

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

nArt. 435 Abs. 1 ZGB

In einer Notfallsituation können die zum Schutz der betroffenen Person oder Dritter unerlässlichen medizinischen Massnahmen sofort ergriffen werden.

nArt. 435 Abs. 2 ZGB

Ist der Einrichtung bekannt, wie die Person behandelt werden will, so wird deren Wille berücksichtigt.

nArt. 436 Abs. 1 ZGB

Besteht eine Rückfallgefahr, so versucht die behandelnde Ärztin oder der behandelnde Arzt mit der betroffenen Person vor deren Entlassung Behandlungsgrundsätze für den Fall einer erneuten Unterbringung in der Einrichtung zu vereinbaren.

nArt. 436 Abs. 2 ZGB

Das Austrittsgespräch ist zu dokumentieren.

nArt. 437 Abs. 1 ZGB

Die Kantone regeln die Nachbetreuung.

nArt. 437 Abs. 2 ZGB

Sie können ambulante Massnahmen vorsehen.

nArt. 438 ZGB

Auf Massnahmen, die die Bewegungsfreiheit der betroffenen Personen in der Einrichtung einschränken, sind die Bestimmungen über die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen sinngemäss anwendbar. Vorbehalten bleibt die Anrufung des Gerichts.

nArt. 439 Abs. 1 ZGB

Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann in folgenden Fällen schriftlich das zuständige Gericht anrufen:

nArt. 439 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB

bei ärztlich angeordneter Unterbringung;

nArt. 439 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB

bei Zurückbehaltung durch die Einrichtung;

nArt. 439 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB

bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung;

nArt. 439 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB

bei Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung;

nArt. 439 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB

bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit.

nArt. 439 Abs. 2 ZGB

Die Frist zur Anrufung des Gerichts beträgt zehn Tage seit Mitteilung des Entscheids. Bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit kann das Gericht jederzeit angerufen werden.

nArt. 439 Abs. 3 ZGB

Das Verfahren richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz.

nArt. 439 Abs. 4 ZGB

Jedes Begehren um gerichtliche Beurteilung ist unverzüglich an das zuständige Gericht weiterzuleiten.

### **Organisation Erwachsenenschutzbehörde:**

nArt. 440 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde ist eine Fachbehörde. Sie wird von den Kantonen bestimmt.

nArt. 440 Abs. 2 ZGB

Sie fällt ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern. Die Kantone können für bestimmte Geschäfte Ausnahmen vorsehen.

nArt. 440 Abs. 3 ZGB

Sie hat auch die Aufgaben der Kinderschutzbehörde.

### **Aufsichtsbehörde:**

nArt. 441 Abs. 1 ZGB

Die Kantone bestimmen die Aufsichtsbehörden.

nArt. 441 Abs. 2 ZGB

Der Bundesrat kann Bestimmungen über die Aufsicht erlassen.

### **Zuständigkeit der Erwachsenenschutzbehörde:**

nArt. 442 Abs. 1 ZGB

Zuständig ist die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz der betroffenen Person. Ist ein Verfahren rechtshängig, so bleibt die Zuständigkeit bis zu dessen Abschluss auf jeden Fall erhalten.

nArt. 442 Abs. 2 ZGB

Ist Gefahr im Verzug, so ist auch die Behörde am Ort zuständig, wo sich die betroffene Person aufhält. Trifft diese Behörde eine Massnahme, so benachrichtigt sie die Wohnsitzbehörde.

nArt. 442 Abs. 3 ZGB

Für eine Beistandschaft wegen Abwesenheit ist auch die Behörde des Ortes zuständig, wo das Vermögen in seinem Hauptbestandteil verwaltet worden oder der betroffenen Person zugefallen ist.

nArt. 442 Abs. 4 ZGB

Die Kantone sind berechtigt, für ihre Bürgerinnen und Bürger, die Wohnsitz im Kanton haben, statt der Wohnsitzbehörde die Behörde des Heimatortes zuständig zu erklären, sofern auch die Unterstützung bedürftiger Personen ganz oder teilweise der Heimatgemeinde obliegt.

nArt. 442 Abs. 5 ZGB

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.

### **Meldeerstattung:**

nArt. 443 Abs. 1 ZGB

Jede Person kann der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.

nArt. 443 Abs. 2 ZGB

Wer in amtlicher Tätigkeit von einer solchen Person erfährt, ist meldepflichtig. Die Kantone können weitere Meldepflichten vorsehen.

### **Verfahrensgrundsätze:**

nArt. 446 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen.

nArt. 446 Abs. 2 ZGB

Sie zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise. Sie kann eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen beauftragen. Nötigenfalls ordnet sie das Gutachten einer sachverständigen Person an.

nArt. 446 Abs. 3 ZGB

Sie ist nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden.

nArt. 446 Abs. 4 ZGB

Sie wendet das Recht von Amtes wegen an.

nArt. 447 Abs. 1 ZGB

Die betroffene Person wird persönlich angehört, soweit dies nicht als unverhältnismässig erscheint.

nArt. 447 Abs. 2 ZGB

Im Fall einer fürsorglichen Unterbringung hört die Erwachsenenschutzbehörde die betroffene Person in der Regel als Kollegium an.

**Mitwirkungspflicht:**

nArt. 448 Abs. 1 ZGB

Die am Verfahren beteiligten Personen und Dritte sind zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhalts verpflichtet. Die Erwachsenenschutzbehörde trifft die zur Wahrung schutzwürdiger Interessen erforderlichen Anordnungen. Nötigenfalls ordnet sie die zwangsweise Durchsetzung der Mitwirkungspflicht an.

nArt. 448 Abs. 2 ZGB

Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Apothekerinnen und Apotheker und Hebammen sowie ihre Hilfspersonen sind nur dann zur Mitwirkung verpflichtet, wenn die geheimnisberechtigte Person sie dazu ermächtigt hat oder die vorgesetzte Stelle sie auf Gesuch der Erwachsenenschutzbehörde vom Berufsgeheimnis entbunden hat.

nArt. 448 Abs. 3 ZGB

Nicht zur Mitwirkung verpflichtet sind Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Mediatorinnen und Mediatoren sowie ehemalige Beiständinnen und Beistände, die für das Verfahren ernannt wurden.

nArt. 448 Abs. 4 ZGB

Verwaltungsbehörden und Gerichte geben die notwendigen Akten heraus, erstatten Bericht und erteilen Auskünfte, soweit nicht schutzwürdige Interessen entgegenstehen.

**Auskunftsmöglichkeit bei begründetem Interessen:**

nArt. 451 Abs. 1 ZGB

Die Erwachsenenschutzbehörde ist zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit nicht überwiegende Interessen entgegenstehen.

nArt. 451 Abs. 2 ZGB

Wer ein Interesse glaubhaft macht, kann von der Erwachsenenschutzbehörde Auskunft über das Vorliegen und die Wirkungen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes verlangen.

**Verantwortlichkeit:**

nArt. 454 Abs. 1 ZGB

Wer im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung.

nArt. 454 Abs. 2 ZGB

Der gleiche Anspruch besteht, wenn sich die Erwachsenenschutzbehörde oder die Aufsichtsbehörde in den anderen Bereichen des Erwachsenenschutzes widerrechtlich verhalten hat.

nArt. 454 Abs. 3 ZGB

Haftbar ist der Kanton; gegen die Person, die den Schaden verursacht hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu.

nArt. 454 Abs. 4 ZGB

Für den Rückgriff des Kantons auf die Person, die den Schaden verursacht hat, ist das kantonale Recht massgebend.

nArt. 455 Abs. 1 ZGB

Der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt ein Jahr nach dem Tag, an dem die geschädigte Person Kenntnis vom Schaden erhalten hat, jedenfalls aber zehn Jahre nach dem Tag der schädigenden Handlung.

nArt. 455 Abs. 2 ZGB

Wird der Anspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorschreibt, so gilt diese Frist.

nArt. 455 Abs. 3 ZGB

Beruhet die Verletzung auf der Anordnung oder Durchführung einer Dauermassnahme, so beginnt die Verjährung des Anspruchs gegenüber dem Kanton nicht vor dem Wegfall der Dauermassnahme oder ihrer Weiterführung durch einen anderen Kanton.

nArt. 456 ZGB

Die Haftung der vorsorgebeauftragten Person sowie diejenige des Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder des eingetragenen Partners einer urteilsunfähigen Person oder des Vertreters oder der Vertreterin bei medizinischen Massnahmen, soweit es sich nicht um den Beistand oder die Beiständin handelt, richtet sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag.

### **Bundesgerichtsentscheide**

Im Folgenden sind zwei der drei in der Arbeit erwähnten Bundesgerichtsentscheide angefügt.

#### **40 II 182**

Der Bundesgerichtentscheid 40 II 182 wird in Kapitel 1.4.1 erwähnt. Er wurde gefunden am 17.10.2009 unter <http://servat.unibe.ch/dfr/pdf/c2040182.pdf>. Da die genannte elektronische Version des BGE schlecht leserlich ist, wurde sie nicht in den Anhang gestellt.

#### **114 IA 350**

Der Bundesgerichtentscheid 114 IA 350 wird in Kapitel 2.2.1 erwähnt. Er wurde gefunden am 17.10.09 unter:

[http://www.polyreg.ch/i/informationen/bgeleitentscheide/Band\\_114\\_1988/BGE\\_114\\_IA\\_350.html](http://www.polyreg.ch/i/informationen/bgeleitentscheide/Band_114_1988/BGE_114_IA_350.html).

Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

Collection des arrêts du Tribunal fédéral suisse

Raccolta delle decisioni del Tribunale federale svizzero

60. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit public du 26 octobre 1988 dans la cause X. contre Grand Conseil du canton de Genève (recours de droit public) Regeste

Art. 2 UebBestBV; Persönliche Freiheit. Art. 5 und 6 des Genfer Gesetzes über das Arzt-Patientenverhältnis; Art. 7A des Genfer Gesetzes über die Behandlung von Geisteskranken und die Aufsicht über psychiatrische Kliniken. Voraussetzung der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters eines Patienten zu einem medizinischen Eingriff.

1. Bei der abstrakten Normkontrolle zu beachtende Grundsätze (E. 2).

2. Die kantonalen Bestimmungen über die Patientenrechte, insbesondere diejenigen über die Einwilligung zu einem medizinischen Eingriff, verletzen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nicht (E. 4).

3. Tragweite der persönlichen Freiheit im Verhältnis Patient-Arzt (E. 6).

4. Die Genfer Bestimmungen, die den gesetzlichen Vertreter als zuständig erklären für die Zustimmung zu einem medizinischen Eingriff an dem zu diesen Äusserung unfähigen Patienten verstossen, so wie sie abgefasst sind, nicht gegen die persönliche Freiheit. Der urteilsfähige Patient ist ausschliesslich zur Einwilligung zu einem psychochirurgischen Eingriff befugt; hingegen wird die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bei urteilsunfähigen Patienten verlangt. Bei Untersuchungen oder Behandlungen im Zusammenhang mit Forschungs- und Versuchsprojekten kann das kantonale Recht eine schriftliche Zustimmung des Patienten und seines gesetzlichen Vertreters verlangen (E. 7a).

5. Bei Urteilsunfähigkeit des Patienten ist die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters oder, bei Fehlen eines solchen, bei ihm nahestehenden Personen oder Familienangehörigen einzuholen (E. 7b).

Sachverhalt

A.- Le 13 janvier 1983, 17 associations et organisations politiques ont déposé à la Chancellerie de l'Etat de Genève une initiative populaire non formulée au sens de l'art. 67 de la Constitution cantonale.

Selon l'exposé des motifs, cette initiative intitulée "pour les droits des malades" tendait à une humanisation des hôpitaux, à une meilleure information du malade, à l'institution d'une possibilité de consulter le médecin traitant en cours d'hospitalisation, à un assouplissement des horaires de

visites, à une protection du patient contre les recherches médicales et à une diminution du nombre des internements en psychiatrie.

L'initiative a été transmise au Grand Conseil qui, le 24 mars 1983, a décidé d'en confier l'étude à une commission parlementaire. Celle-ci a déposé trois rapports successifs, les 3 avril 1984, 12 juillet 1985 et 21 avril 1987, après une large consultation des milieux intéressés.

B.- Le 7 mai 1987, le Grand Conseil a adopté un projet de loi émanant de cette initiative populaire et concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients. Ce projet a été accepté par le peuple le 6 décembre 1987, et le Conseil d'Etat a promulgué la nouvelle loi par arrêté du 21 décembre 1987 publié dans la Feuille d'avis officielle du 23 décembre 1987.

La nouvelle loi - intitulée loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients - régleme notamment le droit des patients à l'information médicale et leur accès au dossier médical (art. 1er et 2), leur faculté de faire appel à des médecins de l'extérieur (art. 3 et 7 al. 3) et leur liberté de recevoir des visites et de maintenir des liens avec l'extérieur pendant un séjour hospitalier (art. 7). Elle insiste sur le respect de la dignité et de la personnalité du malade (art. 9) et lui confère un droit de plainte en cas de violation de l'un des droits institués par la loi (art. 10). La loi cantonale du 7 décembre 1979 sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques (LPAAM) a été modifiée en vue de limiter la pratique de la psychochirurgie, d'interdire la mise en cellule d'isolement à caractère carcéral et de réduire les possibilités pour le personnel hospitalier de s'opposer au droit du patient de quitter l'établissement (art. 11 al. 1). La nouvelle loi modifie enfin la loi sur l'exercice des professions de la santé du 16 septembre 1983 et trois lois d'organisation et de procédure (art. 11 al. 2, 3, 4, 5).

Les art. 5 et 6 de la nouvelle loi et 7A nouveau LPAAM traitent du consentement éclairé du patient pour toute mesure diagnostique et thérapeutique (art. 5), pour les examens ou traitements qui ressortissent à la recherche clinique et sont encore de nature expérimentale, ou constituent des nouveautés non encore éprouvées (art. 6) et pour la pratique de la psychochirurgie (art. 7A LPAAM). Ces dispositions ont la teneur suivante:

#### Art. 5

##### Consentement

1 Le consentement éclairé du patient est nécessaire pour toute mesure diagnostique et thérapeutique, les dispositions concernant les mesures diagnostiques et thérapeutiques d'office étant réservées.

2 Le consentement est valablement donné par le patient capable de discernement. En l'absence de discernement, le médecin demande l'accord du représentant légal.



3 Dans le cas d'urgence, lorsque le patient n'est pas en mesure de se prononcer et que l'intervention thérapeutique est vitale, le consentement est présumé.

4 En cas de refus ou de retrait du consentement pouvant entraîner des conséquences graves pour le patient, le médecin en informe ce dernier de façon approfondie. Si le patient persiste, le médecin est en droit de demander une confirmation écrite.

5 Lorsque le refus émane du représentant légal du patient et qu'il peut avoir pour le malade des conséquences graves, le médecin peut s'adresser à l'autorité tutélaire. Si l'urgence est telle que cette démarche pourrait compromettre les chances de survie du patient, le médecin peut procéder à l'intervention avant la décision de l'autorité tutélaire.

6 Le patient donne des renseignements complets et véridiques sur son état de santé et suit les prescriptions à l'exécution desquelles il a donné son consentement.

#### Art. 6

##### Recherche, expérimentation et enseignement

1 Lorsque les examens ou les traitements proposés ressortissent à la recherche clinique et sont encore de nature expérimentale, ou constituent des nouveautés non encore éprouvées, le médecin l'indique au patient, en expliquant les avantages attendus et les risques possibles.

2 Les expériences sont effectuées avec le consentement écrit, qui peut être retiré en tout temps, du patient et de son représentant légal. Elles ne doivent pas nuire au rétablissement de la santé et respecter les normes édictées par l'Académie suisse des sciences médicales, dans leur dernière version.

3 La participation du patient à l'enseignement requiert son consentement éclairé ou celui du représentant légal.

Les responsables de l'enseignement veillent à ce qu'il soit donné dans le respect de la dignité et de la sphère privée du malade.

#### Art. 7A (nouveau) LPAAM

La psychochirurgie ne peut être pratiquée que si:

- a) le patient ou son représentant légal y consent et
- b) l'indication thérapeutique est formelle.

C.- Agissant par la voie du recours de droit public, X., citoyen genevois, demande au Tribunal fédéral d'annuler les art. 5 et 6 de la loi cantonale du 6 décembre 1987 concernant les rapports

entre membres des professions de la santé et patients, ainsi que le nouvel art. 7A LPAAM. Il invoque une violation des art. 4 Cst. et 2 Disp. trans. Cst. Le conseiller d'Etat chargé du département de la prévoyance sociale et de la santé publique propose le rejet du recours.

Auszug aus den Erwägungen:

Extrait des considérants:

## Erwägung 2

2.- Appelé à statuer sur un recours de droit public dirigé contre un arrêté de portée générale, le Tribunal fédéral examine librement la conformité de cet arrêté au droit constitutionnel fédéral ou cantonal (cf. ATF 111 la 24, 109 la 74 consid. 3). Il n'annule toutefois l'arrêté que s'il ne se prête à aucune interprétation conforme à la Constitution; il s'en abstient si une de ces interprétations peut être admise de façon soutenable (ATF 109 la 69, 277 consid. 2a et les arrêts cités). Dans la procédure dite de contrôle abstrait des normes, il est en effet rarement possible de prévoir d'emblée tous les effets de l'application d'un texte légal, même si, par sa précision, celui-ci n'offre guère de marge d'appréciation à l'autorité chargée de l'appliquer. Si, dans les circonstances ordinaires que l'auteur de la norme devait considérer, une disposition semble, comme telle, compatible avec la Constitution, l'éventualité qu'elle puisse se révéler inconstitutionnelle lors de son application à des cas particuliers ne suffit pas au juge constitutionnel pour l'annuler. Il ne le fera que si la perspective d'un contrôle concret ultérieur n'offre pas de garanties suffisantes aux destinataires de la norme litigieuse (ATF 111 la 25, 106 la 137/138). Le rejet du grief d'inconstitutionnalité invoqué dans le cadre du contrôle direct d'une norme n'empêche en effet pas le recourant de soulever à nouveau ce grief contre la même disposition à l'occasion de son application à un cas d'espèce. L'arrêt rendu au terme de cette procédure ne bénéficie ainsi, dans cette mesure, que d'une autorité relative de la chose jugée (ATF 102 la 282). Le législateur n'en a pas moins pour devoir d'adopter une réglementation à même de prévenir, dans toute la mesure du possible, la violation ultérieure des droits fondamentaux. Il doit ainsi prendre en considération les conditions dans lesquelles la règle qu'il édicte sera appliquée et, en particulier, la qualité des organes chargés de cette application (ATF 111 la 25/26, 109 la 302). Le juge constitutionnel ne saurait laisser, de toute façon, subsister une norme dont la teneur permet de craindre, avec une certaine vraisemblance et au vu des circonstances, qu'elle soit interprétée à l'avenir contrairement à la Constitution (ATF 106 la 137/138, 350). A cet égard, la nature et la portée des droits individuels en jeu et tout particulièrement la gravité de l'atteinte dont ils sont menacés sont des éléments décisifs. Quand la norme critiquée est susceptible de porter aux droits fondamentaux invoqués une atteinte particulièrement grave, le Tribunal fédéral exige qu'elle constitue une base légale claire et nette; il sort par conséquent de la réserve qu'il s'impose de manière générale dans le cadre de son contrôle abstrait (cf. ATF 109 la 122 consid. c, 106 la 282).

#### Erwägung 4

4.- a) Le principe de la force dérogatoire (ou de la primauté) du droit fédéral énoncé à l'art. 2 Disp. trans. Cst. veut que le droit fédéral prime d'emblée et toujours le droit cantonal dans les domaines que la Constitution ou un arrêté fédéral urgent place dans la compétence de la Confédération et que celle-ci a effectivement réglementé. Les normes cantonales qui seraient contraires au droit fédéral, notamment par leur but ou les moyens qu'elles mettent en oeuvre, doivent ainsi céder le pas devant le droit fédéral. Ce principe n'exclut cependant toute réglementation cantonale que dans les matières que le législateur fédéral a entendu régler de façon exhaustive, les cantons restant au surplus compétents pour édicter, quand tel n'est pas le cas, des dispositions de droit public dont les buts et les moyens envisagés convergent avec ceux prévus par le droit fédéral (ATF 112 II 424, 109 la 67 consid. 2a, 104 la 108 consid. 4a, 101 la 506 consid. 2b). Dans les domaines régis en principe par le droit civil fédéral, les cantons conservent donc la compétence d'édicter des règles de droit public en vertu de l'art. 6 CC, pour autant que le législateur fédéral n'ait pas entendu régler la matière de façon exhaustive, que les règles cantonales soient motivées par un intérêt public pertinent et qu'elles n'éluent pas le droit civil, ni n'en contredisent le sens ou l'esprit (ATF 112 II 424 et les arrêts cités). Le Tribunal fédéral examine librement la conformité d'une règle de droit cantonal à une règle de droit fédéral quand il est appelé à examiner cette question par le biais du grief de violation de l'art. 2 Disp. trans. Cst.

b) Les art. 5 et 6 de la loi genevoise du 6 décembre 1987 et l'art. 7A nouveau LPAAM règlent les rapports entre les médecins et les patients des hôpitaux publics et privés, conformément à l'intention des auteurs de l'initiative "pour les droits des malades" (Mémorial des séances du Grand Conseil 1983, p. 821). Hormis les dispositions relatives au contrat de mandat (art. 394 s. CO), qui régissent les relations entre le médecin privé et son patient, le droit civil fédéral ne pose pas de règles spécifiques applicables à ce domaine, qui peut par conséquent être réglementé par des normes du droit public cantonal dans les limites indiquées ci-dessus. En exigeant que le patient consente à l'acte médical, les dispositions litigieuses reprennent un principe déjà fixé par le droit civil fédéral (cf. consid. 6 ci-dessous). Elles vont cependant au-delà des règles du contrat de mandat en prévoyant que le consentement du représentant légal peut dans certains cas se substituer à celui de la personne incapable de discernement. De même, elles soumettent les traitements qui ressortissent à la recherche clinique et la pratique de la psychochirurgie à des conditions spéciales relatives au consentement et à l'indication thérapeutique. En conférant des droits aux patients et en imposant des limites au pouvoir des médecins, ces mesures établissent un certain équilibre dans leurs relations réciproques, et réduisent le danger d'atteintes illicites à l'intégrité physique des patients (cf. consid. 7 ci-dessous). Elles répondent ainsi à un intérêt public pertinent. Au surplus, loin d'entraver ou d'éluider des règles ordinaires du contrat de mandat, elles en prolongent et en renforcent la portée dans des situations qui requièrent une protection accrue des malades face aux médecins. Il apparaît ainsi que la législation genevoise en la matière respecte la primauté du droit fédéral. Le grief tiré de la violation de l'art. 2 Disp. trans. Cst. doit par conséquent être rejeté.

## Erwägung 5

5.- La liberté personnelle, droit constitutionnel non écrit, imprescriptible et inaliénable, donne à l'individu le droit d'aller et de venir et le droit au respect de son intégrité corporelle. Elle le protège, en outre, dans l'exercice de sa faculté d'apprécier une situation de fait déterminée et d'agir selon cette appréciation. Cette garantie n'englobe certes pas la protection de toute possibilité de choix et de détermination de l'homme si peu importante soit-elle; elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personnalité humaine. Elle se conçoit ainsi comme une garantie générale et subsidiaire, à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il invoque la violation ne sont pas l'objet de garanties particulières (ATF 111 la 232/233 consid. 3a, 107 la 55/56 consid. 3a, 101 la 346 consid. 7a et arrêts cités).

Le droit à l'intégrité physique - ou, en d'autres termes, le principe de l'intangibilité du corps humain - est un aspect de la liberté personnelle qui peut, à l'instar des autres droits individuels, être limité par la nécessité de sauvegarder un intérêt public prépondérant. De telles restrictions doivent, conformément au principe de la proportionnalité, ne pas aller au-delà de ce qu'exige l'intérêt public considéré. Elles doivent en outre reposer sur une base légale suffisante, sous réserve des mesures exceptionnelles que l'autorité peut prendre en vertu de son pouvoir de police. Enfin, comme tout autre droit fondamental, la liberté personnelle, sous tous ses aspects, ne saurait être complètement supprimée ou vidée de son contenu par les restrictions légales qui peuvent lui être apportées dans l'intérêt public (ATF 112 la 162 consid. 3a, 249, 111 la 234 consid. 3c, 109 la 281 et les arrêts cités). C'est ainsi que le législateur peut autoriser une intervention médicale sur le corps humain, contre le gré du patient, dans des cas exceptionnels où un intérêt public clairement établi l'impose de manière absolue. Tel est le cas de mesures destinées à prévenir la diffusion d'épidémies, par un dépistage, une vaccination ou un traitement d'urgence (cf. ATF 104 la 486 consid. 4b, 99 la 749). Des mesures comparables peuvent, dans le même sens, être ordonnées, pour les besoins de procédures civiles et pénales particulières (cf. ATF 112 la 249, 110 la 121/122, 106 la 35, consid. 4a, 99 la 412 consid. 4, 90 I 39 consid. 5, 110 ss). Au demeurant, le principe de l'intangibilité du corps humain déploie ses effets non seulement durant la vie des individus mais aussi au-delà de leur décès (ATF 111 la 233).

## Erwägung 6

6.- La relation entre le patient et son médecin privé est d'ordinaire régie par un contrat de mandat au sens des art. 394 s. CO (ATF 110 II 378 consid. b, 105 II 284/285 et les arrêts cités; WOLFGANG WIEGAND, Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, in: Arzt und Recht, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Berne 1985, p. 81 s., 84/86; WERNER E. OTT, Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, thèse Zurich 1978, p. 23), aux termes duquel le mandataire assume un devoir d'information. Lorsque le patient se confie aux soins d'un hôpital public, il se noue entre eux des liens juridiques qui impliquent également un tel devoir.

Aucune intervention médicale ne peut être pratiquée sur un patient sans qu'il ait donné son consentement libre et éclairé, ce qui suppose qu'il ait été informé par le praticien quant à la nature et aux conséquences de l'intervention et qu'il y ait donné son accord préalable. Le droit de l'individu d'être informé et de se décider en conséquence se déduit du reste directement de son droit à la liberté personnelle et à l'intégrité physique (ATF 108 II 62 consid. 3, OLIVIER GUILLIOD, *Le consentement éclairé du patient*, thèse Neuchâtel, 1986, p. 29, 37; EUGEN BUCHER, *Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln*, in: *Arzt und Recht*, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Berne 1985, p. 39 s., 43/44; MICHEL NEY, *La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire*, thèse Lausanne, 1979, p. 86; JOST GROSS, *Die persönliche Freiheit des Patienten*, thèse Berne, 1977, p. 134 s.).

L'exigence du consentement libre et éclairé du patient est liée au risque inhérent à tout acte médical, qui ne peut être assumé que par celui qui y est exposé. L'accord du patient est libre et éclairé s'il est donné à la suite d'une information objective et complète du praticien quant à la nature et aux conséquences possibles de l'opération, et en l'absence de toute pression de tiers. Cette liberté de choix part de la considération que les patients qui possèdent la capacité de prendre des décisions au sujet des soins qui leur sont prodigués doivent être à même de le faire, et obtenir pour cela toute information pertinente sur leur état de santé et les possibilités de traitement. Ils doivent être renseignés en particulier sur les améliorations qui peuvent résulter du traitement, sur les risques qu'il comporte (nature et degré de probabilité), ainsi que sur son coût. Le consentement libre et éclairé apparaît donc comme un mode de manifestation de la volonté sur le respect mutuel et la participation (OLIVIER GUILLIOD, *op.cit.*, p. 262 et n. 399). La validité du consentement préalable donné par le patient est limitée par l'art. 27 al. 2 CC, disposition qui protège la personnalité contre des engagements excessifs, nul ne pouvant aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs.

Même lorsque le droit édicté n'a pas expressément réglementé les cas dans lesquels ce consentement est requis, le médecin qui procède à une opération sans informer son patient ni en obtenir l'accord commet en principe un acte contraire au droit, soit une atteinte non autorisée à l'intégrité corporelle, indépendamment de toute responsabilité contractuelle éventuelle. L'illicéité d'un tel comportement affecte l'ensemble de l'intervention et rejaillit de la sorte sur chacun des gestes qu'elle comporte, même quand ils sont exécutés correctement du point de vue médical. Le risque de l'acte médical, normalement supporté par le patient, passe au praticien qui intervient sans obtenir le consentement éclairé qu'il aurait pu et dû solliciter. L'opération faite sans le consentement éclairé du patient est ainsi absolument contraire au droit et elle l'est tout entière. Tels sont les principes que le Tribunal fédéral a finalement posés dans ce domaine, après avoir, dans un premier temps, nié la nécessité de l'information et du consentement préalable du patient pour une intervention chirurgicale mineure (ablation de verrues), au motif qu'il y avait tout lieu de croire que le patient n'eût pas renoncé à l'intervention s'il avait été informé du risque normal et minime qu'il courrait (ATF 108 II 61/63, 105 II 286 ss consid. 6, 66 II 36).

## Erwägung 7

7.- L'initiative populaire non formulée "pour les droits des malades" avait notamment pour but de réglementer la soumission de toute intervention médicale au consentement du patient. La loi du 6 décembre 1987 a donné suite à ce vœu des initiants. Son art. 5 réglemente les conditions dans lesquelles le consentement libre et éclairé du patient doit intervenir; il est donné valablement par le patient capable de discernement. Si le patient n'est pas capable de discernement, le médecin doit demander l'accord du représentant légal et, en cas de refus de celui-ci, l'accord de l'autorité tutélaire quand ce refus peut avoir pour le malade des conséquences graves. En cas d'urgence, le consentement du patient qui n'est pas en mesure de se prononcer est présumé et l'accord préalable de l'autorité tutélaire n'est pas nécessaire si la requête auprès de celle-ci est susceptible de compromettre les chances de survie du patient. L'art. 6 soumet à des formes particulières le consentement du patient à des examens ou traitements qui ressortissent à la recherche clinique et sont encore de nature expérimentale ou constituent des nouveautés non encore éprouvées. En pareil cas, le consentement, ordinairement informel, doit être donné par écrit et peut être retiré en tout temps. Si le patient est mineur ou interdit, l'intervention ne peut en outre avoir lieu qu'avec le consentement conjoint de son représentant légal. L'art. 7A nouveau LPAAM autorise la psychochirurgie - dont les initiants demandaient l'interdiction et qui, selon les travaux préparatoires (Mémorial des séances du Grand Conseil 1985, p. 4721, 4728), n'était pas pratiquée à Genève au moment de l'adoption de la loi - si l'indication thérapeutique est formelle et si le patient ou son représentant légal y consentent.

Le recourant conteste la constitutionnalité de ces textes dans la mesure où ils confèrent au représentant légal le pouvoir de consentir à une intervention médicale sur une personne incapable d'y consentir elle-même. Une telle substitution serait incompatible avec le caractère d'un tel acte, strictement personnel selon les termes de l'art. 19 al. 2 CC.

a) Il est généralement admis qu'un patient mineur ou interdit peut consentir seul à un traitement médical qui lui est proposé lorsqu'il est capable de discernement. Cette capacité de consentir personnellement doit être appréciée par le médecin au regard de la nature des problèmes que pose son intervention. L'information du médecin doit être particulièrement prudente, simple et claire. Si la capacité de discernement d'un interdit doit être présumée chaque fois que l'interdiction n'est pas fondée sur l'art. 369 CC, les détenteurs de l'autorité parentale devraient être appelés à intervenir chaque fois qu'il y a un doute sur la capacité d'une personne mineure d'apprécier objectivement les tenants et les aboutissants de l'intervention proposée, l'intérêt thérapeutique du patient étant prépondérant dans tous les cas. Les hypothèses où l'urgence d'une intervention est telle que le consentement éclairé des uns ou des autres serait préjudiciable à cet intérêt, demeurent réservés (cf. GUILLOD, op.cit., p. 249 ss, MAX NAGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, thèse Zurich 1984, p. 117 s., 143; EUGEN BUCHER, op.cit., p. 45).

L'art. 5 de la loi du 6 décembre 1987 n'établit aucune distinction entre les patients capables de discernement. Qu'ils aient le plein exercice de leurs droits civils ou qu'ils soient mineurs ou interdits, leur consentement personnel suffit. Il devrait en aller de même de l'art. 7A nouveau, lettre a LPAAM. Sur ce point précis, cette disposition doit, pour être conforme à la liberté personnelle, être interprétée en ce sens que le patient capable de discernement est habilité à consentir seul à une mesure de psychochirurgie, le consentement du représentant légal n'étant exigé que pour les patients incapables de discernement.

Seul l'art. 6 de la loi du 6 décembre 1987 exige pour les examens ou traitements qui ressortissent à la recherche et à l'expérimentation, le consentement écrit du patient et de son représentant légal. Le recourant conteste à tort la constitutionnalité de cette disposition au regard des droits personnels du patient. En effet, dans ce domaine spécial, l'opportunité du traitement proposé est hautement discutable et les risques courus sont accrus et peu prévisibles. La nature de telles interventions, qui peuvent parfois trouver leur justification autant dans l'intérêt de la science que dans l'intérêt thérapeutique du patient, légitime un renforcement de la protection de celui-ci à l'égard du pouvoir médical (WOLFRAM EBERBACH, *Die zivilrechtliche Beurteilung der Humanforschung*, Francfort/Berne, 1982, p. 90; MATHIAS HOHERMUTH, *Zur Frage der Aufklärungspflicht des Arztes bei biomedizinischen Versuchen am Menschen mit Hinweisen auf das amerikanische und deutsche Recht*, thèse Zurich, 1979, p. 67 s., 82 s., 133 s.). Le concours du représentant légal est au reste aussi de nature à aider le médecin dont l'information unilatérale qu'il doit donner constitue une responsabilité particulièrement lourde quand elle s'adresse, par exemple, à une personne mineure. Au demeurant, l'art. 6 al. 2 de la loi attaquée limite l'importance de ce concours en offrant au patient la possibilité de retirer en tout temps unilatéralement son propre consentement, ce qui a pour effet d'interdire la poursuite de l'expérience.

b) Le patient privé du discernement suffisant pour se prononcer sur l'opportunité d'une intervention médicale ne peut y consentir de manière libre et éclairée. Le choix offert au législateur intervenant dans ce domaine est alors le suivant:

- ou bien il fait une confiance absolue au médecin et l'autorise à décider seul, en présumant soit le consentement du patient soit le refus de ce consentement, à partir des risques encourus considérés objectivement,

- ou bien il exige du médecin de requérir le consentement de tiers qui peuvent être soit la famille ou les proches du patient, soit son représentant légal s'il s'agit d'une personne mineure ou interdite.

aa) En l'absence d'une réglementation antérieure à la législation attaquée, le droit genevois laissait implicitement au médecin le droit de décider une intervention sur le patient incapable de discernement. L'art. 5 de la loi du 6 décembre 1987 et l'art. 7A LPAAM ont aménagé une solution différente. Ils soumettent la pratique de toute mesure diagnostique et thérapeutique, ainsi que la pratique de la psychochirurgie, au consentement du représentant légal de la personne incapable

de discernement. Le nouveau droit ne traite en revanche pas du cas de la personne privée, in concreto, de son discernement et qui n'a pas de représentant légal (cf. à ce propos MAX NÄGELI, op.cit., p. 133 s.); cette question n'est cependant pas litigieuse, faute pour le recourant de l'avoir évoquée au moyen d'une motivation conforme aux exigences de l'art. 90 al. 1 lettre b OJ. Le seul problème à résoudre est donc celui de savoir si le consentement du représentant légal peut remplacer celui du patient lorsque celui-ci est incapable de discernement, en raison du caractère strictement personnel du consentement de la personne à une atteinte à son intégrité corporelle.

bb) Les droits des personnes incapables de discernement ne peuvent être exercés que par leur représentant légal, ce qui a pour conséquence que leur exercice est exclu quand la représentation l'est aussi (JACQUES MICHEL GROSSEN, *Traité de droit civil suisse*, t. II/2, Les personnes physiques, p. 51/52). C'est ainsi que, en dépit des critiques de la doctrine, le Tribunal fédéral a maintenu sa jurisprudence selon laquelle l'époux privé de discernement ne peut ouvrir action en divorce par l'intermédiaire de son représentant légal, à cause du caractère strictement personnel du droit de demander le divorce (ATF 85 II 221, 78 II 99, 68 II 144).

S'agissant des interventions médicales, le consentement de la personne intéressée est requis comme du fait justificatif permettant de restreindre, in casu, la portée du principe de l'intangibilité du corps humain déduit de la liberté personnelle, et cela dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC. Contrairement à l'opinion du recourant, la doctrine admet qu'on se trouve en présence d'un droit strictement personnel relatif et que, si le patient est incapable de discernement, le consentement libre et éclairé doit être recueilli auprès de son représentant légal s'il en existe un (HANS HINDERLING, *Die ärztliche Aufklärungspflicht*, in: *Ausgewählte Schriften*, Zurich, 1982, p. 51 s., p. 74). Celui-ci doit se déterminer exclusivement en fonction des intérêts du patient, ce qui est une notion essentiellement objective. Il doit, dans sa décision, tenir compte des vœux qui peuvent avoir été émis par ce dernier avant qu'il ne soit privé de son discernement. Il ne saurait de toute façon consentir à livrer son protégé à une expérimentation scientifique, voire à une intervention mutilante ou de nature à porter une atteinte grave à son intégrité physique (OLIVIER GUILLOD, op.cit., p. 254/256; id., *Le consentement à l'acte médical: une longue convalescence*, in: *Aspects de droit médical*. Fribourg 1987, p. 83 s., 85; MAX NÄGELI, op.cit., p. 21, 98, 133; EUGEN BUCHER, *Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit*, thèse Zurich 1956, p. 157 s.; JACQUES MICHEL GROSSEN, op.cit., p. 84/85).

cc) La réglementation litigieuse met en oeuvre les conceptions dont s'étaient inspirés les auteurs de l'initiative populaire "pour les droits des malades".

Au cours des travaux préparatoires, tous les partisans d'une extension des droits des malades face au pouvoir médical se sont exprimés en faveur de la solution qui a en définitive été retenue par le législateur. Seuls certains commissaires se sont demandé s'il n'était pas préférable d'exiger, dans le cas visé à l'art. 5 de la loi du 6 décembre 1987, le consentement de la famille ou des proches au



lieu de celui du représentant légal. Cette proposition a été écartée pour le motif, difficilement compréhensible il est vrai, du caractère personnalissime du consentement (Mémorial des séances du Grand Conseil 1987, p. 2000). Ce choix du législateur pourrait certes se discuter sous l'angle de l'opportunité. Saisi d'un recours fondé essentiellement sur le grief de violation de la liberté personnelle du patient, le Tribunal fédéral doit toutefois se borner à constater que l'exigence du consentement du représentant légal ne porte pas à ce droit fondamental une atteinte supérieure à celle que lui porterait l'exigence du consentement des proches.

En définitive, l'institution du consentement éclairé du représentant légal d'un patient incapable de discernement apparaît comme un moyen de rééquilibrer les rapports entre patients et médecins et de prévenir l'exercice abusif du pouvoir médical. Le but de la réglementation litigieuse est ainsi seulement de limiter les droits du médecin dans l'intérêt du patient et de sa liberté personnelle. L'accord du représentant légal qui ne peut prendre en compte que l'intérêt du patient déterminé objectivement, et dont le refus est soumis au contrôle de l'autorité tutélaire, constitue une mesure de protection d'autant plus satisfaisante que, en cas d'urgence, la présomption de consentement préserve le patient d'une attitude dilatoire de son représentant légal ou de l'autorité tutélaire.

Les dispositions critiquées doivent de toute façon être interprétées en ce sens que le consentement du représentant légal ne permet en aucun cas au médecin de pratiquer des interventions qui, en fonction de leur nature, ne pourraient être admises que par l'intéressé lui-même. L'égalité de traitement entre les incapables de discernement pourvus d'un représentant légal et ceux qui ne le sont pas, par exemple les majeurs qui se trouvent dans un état comateux, sera sauvegardée si l'on admet que le médecin doit dans la seconde hypothèse prendre l'avis des proches ou des familiers avant d'entreprendre une opération qui ne peut être différée (cf. MICHEL NEY, op.cit., p. 86). Les textes critiqués ne ferment pas la porte à l'exigence d'une telle démarche. Ce n'est au reste pas l'objet du recours.

Entscheid:

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:

Rejette le recours au sens des considérants dans la mesure où il est recevable.

## 115 II 15

Der Bundesgerichtentscheid 115 II 15 wird in Kapitel 2.2.3 erwähnt. Er wurde gefunden am 17.10.2009 unter

[http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band\\_115\\_1989/BGE\\_115\\_II\\_15.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_115_1989/BGE_115_II_15.html)

Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts

Collection des arrêts du Tribunal fédéral suisse

Raccolta delle decisioni del Tribunale federale svizzero

BGE 115 II 15

115 II 15

4. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. Februar 1989 i.S. I.

AG gegen B. (Direktprozess) Regeste Haftung des Vormundes gegenüber Dritten. Prüfung der möglichen Haftungsnormen (E. 2). Deliktshaftung; allgemein zur objektiven und zur subjektiven Widerrechtlichkeitstheorie (E. 3a); Widerrechtlichkeit durch Unterlassen (E. 3b) hängt von einer Garantenstellung ab (E. 3c). Vormundschaftliche Massnahmen schützen in erster Linie die Person des

Betreuten, einschliesslich seines Vermögens; daneben dienen sie auch dem Schutz von Drittinteressen. Besondere Vorkehren, um Beeinträchtigungen des Vermögens von Drittpersonen zu verhindern, hat der Vormund nur zu treffen, wenn gewichtige Anzeichen bestehen, dass bedeutende Drittinteressen einer hohen Gefährdung ausgesetzt sind (E. 4a).

Sachverhalt

A.- In Zusammenhang mit einer Verurteilung wegen Vermögensdelikten und Urkundenfälschung wurde A. im Jahre 1974 nach Art. 371 ZGB unter Vormundschaft gestellt und Rechtsanwalt B. zu seinem Vormund ernannt. Die Bevormundung wurde gemäss Art. 375 ZGB veröffentlicht. Noch im gleichen Jahr wurde A. bedingt aus dem Strafvollzug entlassen. Mit Zustimmung seines Vormundes arbeitete er als Angestellter. Daneben tätigte er, ohne Genehmigung der vormundschaftlichen Organe, selbständig Handelsgeschäfte, wovon der Vormund erst ab Herbst 1978 und nur in Einzelfällen Kenntnis erlangt haben will. Im Frühjahr 1978 bezog A. bei der im Jahre 1976 gegründeten I. AG. Waren für Fr. 380.-- und im Jahre 1979 solche für insgesamt Fr. 708'048.--. Die Rechnungen wurden, entsprechend den Weisungen des Warenbezügers, teils auf diesen, teils auf ausländische Firmen ausgestellt. Sie blieben unbeglichen. In der Folge wurde A. am 16. Juni 1983 erneut zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Das Gericht liess eine Adhäsionsforderung der I. AG von Fr. 593'000.-- nebst Zins zu. Am 28. März 1984 wurde sodann über A. der Konkurs eröffnet. Dieses Verfahren ist noch hängig. Die I. AG kann für ihre Forderung nicht mit einer Konkursdividende rechnen. C.- Gestützt auf eine Prorogationsvereinbarung reichte die I. AG am 10. Juli 1987 dem Bundesgericht als einziger Instanz gemäss Art. 41 lit. c Abs. 2 OG eine Klage gegen den Vormund B. mit dem Rechtsbegehren ein, diesen zu verpflichten, ihr Fr.

412'131.65 nebst Zins ab verschiedenen Verfalldaten zu bezahlen. Sie macht den Beklagten aus Art. 41 OR sowie aus culpa in contrahendo für den aus ihren unbeglichenen Forderungen entstandenen Schaden haftbar, wobei sie namentlich dafür hält, dass die unbewilligte selbständige Geschäftstätigkeit des A. nur durch ungenügende vormundschaftliche Beaufsichtigung möglich geworden sei und bei ordnungsgemässer Amtsführung unterblieben wäre. Damit wären auch ihre Geschäftsabschlüsse mit dem Mündel verhindert worden.

In seiner Antwort vom 30. Oktober 1987 schliesst der Beklagte auf Abweisung der Klage. Er bestreitet insbesondere ein rechtswidriges Verhalten sowie einen rechtserheblichen Kausalzusammenhang zwischen seiner Amtsführung und dem Schaden der Klägerin. Mit Zustimmung der Parteien wurde das Verfahren vorerst auf die Frage der grundsätzlichen Haftung des Beklagten beschränkt.

Auszug aus den Erwägungen:

Aus den Erwägungen:

#### Erwägung 2

2.- Die Haftung der vormundschaftlichen Organe gegenüber Dritten richtet sich im allgemeinen - allfällige Besonderheiten um Ansprüche unterstützungspflichtiger oder unterstützungsgefährdeter Ehegatten oder Verwandter stehen hier ausser Frage - nicht nach den Vorschriften über die vormundschaftliche Verantwortlichkeit (Art. 426 ff. und Art. 454 f. ZGB), sondern nach den Haftungsbestimmungen des Obligationenrechts (Art. 41 ff., eventuell Art. 97 ff. OR), allenfalls nach kantonalem Recht (Art. 61 OR) oder im Sonderfall der Hausgewalt nach Art. 333 ZGB (BGE 62 II 270; 53 II 365 ff.). Als Haftungsnorm ausser Betracht fällt Art. 411 Abs. 2 ZGB. Diese Bestimmung regelt ausschliesslich die Verantwortlichkeit des Bevormundeten. Eine Vertragshaftung des Beklagten steht im vorliegenden Fall ausser Frage, ebenso eine solche nach kantonalem Recht. Die Klage ist damit allein nach Massgabe der Art. 41 ff. OR zu beurteilen, gegebenfalls zusätzlich nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo, soweit diese nicht ohnehin als Anwendungsfall der aquilianischen Haftung erscheint (BGE 108 II 310 E. a mit Hinweis; dazu neuestens MERZ, Vertrag und Vertragsschluss, S. 80 ff. Rz. 143 ff. mit zahlreichen Hinweisen). Davon gehen übereinstimmend auch die Parteien aus.

#### Erwägung 3

3.- Die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR erblickt die Klägerin in einer mangelnden Überwachung des Mündels durch den Beklagten. Dieser habe die Neigungen von A. zu schädigenden Handlungen im Vermögensbereich gekannt.

a) Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und herrschender Lehre liegt der Blankettnorm nach Art. 41 Abs. 1 OR die sogenannte objektive Widerrechtlichkeitstheorie zugrunde (BGE 113 Ib 423 E. 3 mit Hinweis; 108 II 311 f. E. b; aus der jüngeren Literatur zur objektiven Widerrechtlichkeit namentlich BREHM, N. 33 ff. zu Art. 41 OR; KELLER/GABI, Haftpflichtrecht, S. 1145 ff.;

OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/ 1, S. 17 Rz. 43 bei Fn. 64 und S. 35 f. Rz. 101; HEINZ RASCHEIN, Thesen zum System des schweizerischen Haftpflichtrechts, recht 1988 S. 83 ff.). Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Die Widerrechtlichkeit liegt im objektiven Normverstoss und entfällt bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Demgegenüber knüpft die sogenannte subjektive Theorie an den Begriff der Befugnis an und erachtet grundsätzlich jede Drittschädigung als widerrechtlich, es sei denn, sie erfolge befugtermassen mit subjektiver Rechtfertigung (zum Theorienstreit einlässlich BRUNO GABRIEL, Die Widerrechtlichkeit in Art. 41 Abs. 1 OR; Diss. Freiburg 1987, S. 212 ff.). Sie hat sich in der Schweiz bisher nicht durchzusetzen vermocht (Nachweise bei GABRIEL, aaO, S. 81 ff.). Der Theorienstreit bleibt ohne Auswirkungen auf die Ersatzpflicht für Schäden, die aus der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter resultieren, oder deren Widerrechtlichkeit von vornherein aus gegebenem Rechtfertigungsgrund entfällt (GABRIEL, aaO, S. 108 f. Rz. 368). Dagegen erlangt sie Bedeutung im Bereiche der reinen Vermögensschäden ohne objektiven Schutznormverstoss. Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass die praktische Bedeutung der unterschiedlichen Betrachtungsweise Gefahr läuft, überschätzt zu werden, da einerseits die Vertreter der objektiven Theorie zunehmend geneigt sind, den Begriff der haftpflichtrechtlichen Schutznorm auszudehnen, diejenigen der subjektiven Theorie andererseits gezwungen sind, nach immer neuen Rechtfertigungsgründen zu suchen, soll die allgemeine Deliktshaftung nicht uferlos auswuchern (RASCHEIN, aaO, S. 88 unter b).

b) Die Klägerin wirft dem Beklagten nicht ein rechtswidriges positives Verhalten vor, sondern erblickt die Widerrechtlichkeit allein in einer ungenügenden Beaufsichtigung des Mündels, in der Unterlassung geeigneter Schutzvorkehren zu ihren Gunsten. Wer eine Handlung unterlässt, zu der er von der Rechtsordnung nicht verpflichtet ist, verstösst nicht gegen diese und handelt nicht rechtswidrig. Eine allgemeine Rechtspflicht, im Interesse anderer tätig zu werden, besteht nicht. Widerrechtlichkeit durch Unterlassen kann daher nur entstehen, wenn das Gesetz ein Handeln verlangt, eine Unterlassung ausdrücklich ahndet (BREHM, N. 56 zu Art. 41 OR). Dabei versteht sich von selbst, dass die Verletzung einer Handlungspflicht nicht irgendwelche beliebigen Schadenersatzpflichten auszulösen vermag; vielmehr drängt sich die notwendige Einschränkung auf, dass die Handlungspflicht haftpflichtrechtlich nur dann von Bedeutung ist, wenn sie im Interesse des Geschädigten besteht, einer Schutzvorschrift zu dessen Gunsten entfliesst. Widerrechtliche Unterlassung setzt damit eine Garantenstellung für den Geschädigten voraus (GABRIEL, aaO, S. 99, Rz. 339 mit Hinweisen in Fn. 88). Bedarf aber die Untätigkeit im allgemeinen keiner besonderen Rechtfertigung, kann sie auch nach der subjektiven Theorie nicht grundsätzlich als widerrechtlich erscheinen, und der Haftungsausschluss darf nicht von einem zusätzlichen Rechtfertigungsgrund abhängen. Ist vom Grundsatz der befugten Untätigkeit auszugehen, kann die Widerrechtlichkeit sich nur aus der Verletzung einer Handlungspflicht ergeben. Diese Handlungspflicht wiederum wird - von hier nicht interessierenden vorbestandenen Sonderverhältnissen, insbesondere Vertragsverhältnissen abgesehen - allein durch das objektive

Recht bestimmt. Nach der einen wie der andern Theorie hängt demnach die Frage der widerrechtlichen Unterlassung im Sinne von Art. 41 Abs. 1 OR ausschliesslich von der Verletzung einer objektiven Norm ab, und zwar zwingend von einer Schutznorm zu Gunsten des Geschädigten. Unterschiede ergeben sich auch nicht in der Verteilung der Beweislast, erfordert doch die Natur der Sache, dass bei gegebener Garantenstellung und Handlungspflicht der belangte Schädiger die gebotene Handlung und nicht der Geschädigte deren Unterlassung zu beweisen hat (sinngemäss KUMMER, N. 201 f. zu Art. 8 ZGB). Daraus aber folgt, dass der Theorienstreit zum Begriff der Widerrechtlichkeit auch im Bereich der Unterlassungen ohne Bedeutung ist, und zwar unbesehen darum, ob für Schäden aus der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter oder für reine Vermögensschäden Ersatz beansprucht wird.

c) Die Frage nach der Widerrechtlichkeit des Verhaltens des Beklagten beurteilt sich damit in jedem Fall aus dem Bestand einer Garantenstellung und der Missachtung einer daraus fließenden Handlungspflicht, somit aus dem Verstoss gegen eine Schutznorm. Dabei ist zu beachten, dass solche Schutznormen sich aus irgend einem Teil des objektiven, selbst des ungeschriebenen Rechts ergeben können (BGE 111 II 474, 109 II 4 ff.; 108 II 311). Zu prüfen bleibt somit, ob der Beklagte gegen eine solche Norm mit Schutzfunktion zu Gunsten der Klägerin verstossen hat.

#### Erwägung 4

4.- a) Vormundschaftliche Massnahmen, darunter auch die Entmündigung und die Führung der Vormundschaft an sich, dienen der Überwindung eines Schwächezustandes, manifestiert in der Schutzbedürftigkeit eines Schwachen (SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, N. 98). Geschütztes Rechtsgut ist die Person des Betreuten, einschliesslich seines Vermögens (SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, N. 19 f.). Darüber hinaus dienen die vormundschaftlichen Massnahmen auch unmittelbar dem Schutz bestimmter Dritter, der Familie und solcher, deren Sicherheit ohne diesen Schutz gefährdet wäre (SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil, N. 243 und 245). Die Schutzbedürftigkeit Dritter erwähnt das Gesetz ausdrücklich nur in den Art. 369 und 370 ZGB und zwar als alternative Voraussetzung einer Entmündigung wegen herabgesetzter oder fehlender Urteilsfähigkeit oder wegen verwerflichen Verhaltens. Das heisst allerdings nicht, dass der Schutzbereich Dritter im Rahmen der übrigen Entmündigungsgründe unbeachtlich wäre. Er kann insbesondere auch bei Massnahmen nach Art. 371 ZGB, namentlich bei dessen relativierter Auslegung (BGE 109 II 9 ff.), oder nach Art. 372 ZGB, welches Verfahren die Zwangsentmündigung weitgehend zu ersetzen vermag und dieser grundsätzlich vorgeht (SCHNYDER/MURER, N. 45 ff. und 98 zu Art. 372 ZGB), Bedeutung erlangen. Ebensowenig bedeutet die Erwähnung des Drittschutzes bloss bei den Entmündigungsvoraussetzungen, dass er einzig bei Anordnung der vormundschaftlichen Massnahmen, nicht aber auch bei deren Durchführung Geltung erlangte; vielmehr ist ihm auch dort Rechnung zu tragen (SCHNYDER /MURER, N. 147 zu Art. 369 ZGB). Zu den geschützten Gütern Dritter gehören ebenfalls wirtschaftliche Interessen, namentlich der Schutz vor Vermögensdelikten (SCHNYDER/MURER, N. 145 zu Art. 369 und N. 198 zu Art. 370 ZGB mit Hinweisen; EGGER, N. 57 zu Art. 369 ZGB; vgl. auch die analog heranzuziehenden Ausführungen zur Haftung des

Familienhauptes bei OFTINGER/STARK, aaO, S. 441, Rz. 57 sowie die dort angeführte Kasuistik, S. 471 f. Ziff. 6). Allerdings stehen diese Vermögensinteressen angesichts des vormundschaftlichen Hauptschutzes für das Vermögen des Betreuten nicht im Vordergrund. Besondere Massnahmen sind daher bloss angezeigt, wenn bedeutende Vermögensinteressen Dritter auf dem Spiel stehen. Dabei sind an den Grad der Gefährdung hohe Anforderungen zu stellen (SCHNYDER/MURER, N. 145 zu Art. 369 ZGB). Das muss dem Grundsatz nach sowohl für die Anordnung wie für die Führung der Vormundschaft gelten. Der eingesetzte Vormund darf nach der Publikation der Entmündigung zufolge der dadurch fingierten Zerstörung des guten Glaubens (SCHNYDER/MURER, N. 70 ff. zu Art. 375 ZGB) im Regelfall davon ausgehen, die potentiell geschützten Dritten hätten im allgemeinen Kenntnis von der Bevormundung und damit der fehlenden selbständigen Verpflichtungsfähigkeit des Mündels. In besonderem Masse wird er diese Aufmerksamkeit von Geschäftskreisen erwarten dürfen, namentlich wenn sie dem Bevormundeten nahestehen. Zusätzliche Schutzvorkehrungen hat er demnach nur zu treffen, wenn gewichtige Anzeichen darauf hindeuten, dass eine erhöhte Gefahr künftiger Beeinträchtigungen wirtschaftlicher Interessen Dritter besteht. Die Berechenbarkeit und weitgehende Vermeidbarkeit reiner Vermögensschäden, die durch betrügerische oder ähnliche Machenschaften verursacht werden, gibt dem Dritten im wirtschaftlichen Bereich einen weniger weitgehenden präventiven Handlungsanspruch gegenüber dem Vormund als beispielsweise drohende Angriffe auf die körperliche Integrität durch in ihrer Urteilsfähigkeit beeinträchtigte Personen. Dieser Grundgedanke entspricht Art. 333 Abs. 2 ZGB. Auch diese Bestimmung verlangt besondere Vorsichtsmassnahmen nur gegenüber geisteskranken oder geistesschwachen Hausgenossen. Sie versucht somit vorab, einer spezifisch unberechenbaren Handlungsweise vorzubeugen (dazu OFTINGER/STARK, aaO, S. 425 f. Rz. 18). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Vormundschaftsrecht ebenfalls den Interessen Dritter dient, somit auch Schutznormen enthält, deren Verletzung die für eine Haftpflicht der vormundschaftlichen Organe aus Art. 41 Abs. 1 OR vorausgesetzte Widerrechtlichkeit abzugeben vermag. Das gilt auch für den Bereich reiner Vermögensschäden. Steht aber - wie im vorliegenden Fall - ausschliesslich eine Haftung des Vormundes aus der Führung der Vormundschaft in Frage, ist zu beachten, dass dessen Garantstellung bloss eine stark eingeschränkte ist. Besondere Vorkehrungen zur Verhinderung rein vermögensmässiger Beeinträchtigungen hat der Vormund nur zu treffen, wenn konkrete und gewichtige Anzeichen dafür bestehen, dass bedeutende Drittinteressen einer hohen Gefährdung ausgesetzt sind. Das setzt einmal voraus, dass der Vormund um das besondere Risiko weiss oder mit einer Schädigung rechnen muss. Dabei genügt nicht, dass er Kenntnis von früheren Verfehlungen seines Mündels hat, die allenfalls sogar zur Entmündigung geführt haben; vielmehr muss eine erhöhte Rückfallgefahr objektiv erkennbar sein. Des weiteren beschränkt sich die Handlungspflicht des Vormundes im hier interessierenden Bereich weitgehend auf Weisungen an den Entmündigten oder auf gezielte Interventionen bei konkret und erkennbar gefährdeten Personen, zumal der Allgemeinheit durch die Publikation nach Art. 375 ZGB Kenntnis vom Entzug der Handlungsfähigkeit gegeben wird. Sich in weitergehendem Masse oder gar periodisch an die Allgemeinheit zu wenden, ist der Vormund nicht gehalten, im Regelfall auch nicht befugt, da er in erster Linie die persönlichen Interessen des Mündels zu wahren und auf die Überwindung von

dessen Schutzbedürftigkeit hinzuwirken hat. Diesem Zweck aber ist eine oft als diskriminierend empfundene Publizität vormundschaftlicher Aktivitäten nicht förderlich. Weiter darf der Vormund grundsätzlich von der Fiktion des Art. 375 ZGB ausgehen und insbesondere im geschäftlichen Verkehr die tatsächliche Kenntnis der interessierten Kreise von der Entmündigung voraussetzen. Schliesslich reicht seine Garantenstellung nicht so weit, dass er präventiv auch mögliche Schädigungen Dritter zu vermeiden hätte, welche aus eigenmächtigen Geschäften mit dem Bevormundeten, in Kenntnis von dessen Handlungsunfähigkeit und der fehlenden Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, drohen. Im Bewusstsein des Rechtsmangels übernommene Risiken abzuwenden, ist der Vormund nicht verpflichtet. (Das Gericht verneint eine Verletzung der aus der beschränkten Garantenstellung gegenüber der Klägerin fließende Handlungspflicht des Beklagten. Damit entfällt der Vorwurf der widerrechtlichen Unterlassung. Bei den weiteren Vorhalten die die Klägerin dem Beklagten macht, mangelt die Schadenskausalität, was auch Voraussetzung einer Haftung aus culpa in contrahendo wäre. Das Bundesgericht weist die Klage ab.)

#### **4C.263/2004**

Der Bundesgerichtentscheid 4C.263/2004 wird in Kapitel 3.1.1 erwähnt. Er wurde gefunden am 24.9.2009 unter [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=23.05.2005\\_4C.263/2004](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=23.05.2005_4C.263/2004)

Tribunale federale

Tribunal federal

{T 0/2}

4C.263/2004 /ast

Urteil vom 23. Mai 2005

I. Zivilabteilung

Besetzung

Bundesrichter Corboz, Präsident,

Bundesrichterinnen Klett, Rottenberg Liatowitsch, Bundesrichter Nyffeler, Bundesrichterin Kiss,

Gerichtsschreiber Arroyo.

Parteien

X. \_\_\_\_\_,

Y. \_\_\_\_\_,

Beklagte und Berufungskläger,

beide vertreten durch Rechtsanwalt Renzo Guzzi,

gegen

A.D. \_\_\_\_\_,

Klägerin und Berufungsbeklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hubert Zürcher.

Gegenstand

Aktienrechtliche Verantwortlichkeit,

Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, vom 18. Mai 2004.

Sachverhalt:

A.

X. \_\_\_\_\_ (Beklagter 1) war Verwaltungsrat, Y. \_\_\_\_\_ (Beklagter 2) Revisionsstelle der Z. \_\_\_\_\_ AG, über die am 6. Januar 1998 der Konkurs eröffnet wurde.

A.D. \_\_\_\_\_ (Klägerin) ist Ehefrau und Alleinerbin des Ende 2002 verstorbenen B.D. \_\_\_\_\_. B.D. \_\_\_\_\_ und die Klägerin erhoben nach Durchführung einer Friedensrichter Verhandlung beim Bezirksgericht Zürich am 22. Juni 2000 gegen die Beklagten sowie einen inzwischen nach Abschluss eines Vergleichs aus dem Verfahren ausgeschiedenen Verwaltungsrat der Z. \_\_\_\_\_ AG Klage aus aktienrechtlicher Verantwortlichkeit.

Die Kläger stellten das Begehren, die Beklagten seien zu verurteilen, ihnen unter solidarischer Haftung Fr. 400'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 6. Januar 1998 zu bezahlen. Die Kläger stützten ihre Forderung auf Ansprüche der Masse der konkursiten Z. \_\_\_\_\_ AG, die das Konkursamt Hottingen-Zürich am 19. Oktober 1998 an B.D. \_\_\_\_\_, C.D. \_\_\_\_\_ und D.D. \_\_\_\_\_ gemäss Art. 260 SchKG abgetreten hatte.

B.

Das Bezirksgericht Zürich verpflichtete mit Urteil vom 29. Juli 2002 die Beklagten solidarisch, den Klägern insgesamt Fr. 400'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 6. Januar 1998 zu bezahlen. Das Gericht kam im Wesentlichen zum Schluss, die Beklagten hätten ihre Pflicht zur Benachrichtigung des Richters im Sinne von Art. 725 OR und 729b OR verletzt, nachdem sie seit Mai 1997 um die Überschuldung der Z. \_\_\_\_\_ AG wussten. Durch die Verzögerung der Konkursöffnung sei der Konkursverlust um mehr als Fr. 400'000.-- höher ausgefallen, wenn der aus der Buchhaltung im Frühjahr 1997 sich ergebende (bereinigte) Verlust mit dem tatsächlich nach Konkursöffnung entstandenen verglichen werde.

Die von den Beklagten gegen dieses Urteil erhobene kantonale Berufung wies das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 18. Mai 2004 ab. Das Gericht verpflichtete die Beklagten solidarisch, der Klägerin insgesamt Fr. 400'000.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 6. Januar 1998 zu bezahlen. Das Gericht wies den Einwand der Beklagten ab, das Verfahren sei wegen Urteils- und



Prozessunfähigkeit des Klägers B.D.\_\_\_\_\_ nichtig, nachdem dieser vor Einleitung der Klage im Januar/Februar 2000 einen Schlaganfall erlitten hatte. Das Gericht verwarf sodann den Einwand der Beklagten, der Klägerin fehle die Aktivlegitimation. Das Obergericht bestätigte auch im Übrigen das erstinstanzliche Urteil.

Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies mit Zirkulationsbeschluss vom 21. Dezember 2004 die Beschwerde der Beklagten gegen das Urteil des Obergerichts ab, soweit es darauf eintrat.

C.

Die Beklagten beantragen mit eidgenössischer Berufung, es sei das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 18. Mai 2004 aufzuheben und es sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht des Kantons Zürich zurückzuweisen. Sie rügen die Verletzung von Art. 35 OR, Art. 16 in Verbindung mit Art. 8 ZGB, Art. 260 SchKG sowie Art. 725 und 729b OR in Verbindung mit Art. 8 ZGB.

Nach Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege des Beklagten 2 leisteten die Beklagten den verfügten Kostenvorschuss fristgerecht.

Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Klägerin und ihr verstorbener Ehemann B.D.\_\_\_\_\_ haben den Schaden eingeklagt, den die Beklagten der konkursiten Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Organe zugefügt haben sollen und deren Geltendmachung im Konkurs zunächst der Konkursverwaltung zusteht (Art. 757 Abs. 1 OR). Die Konkursverwaltung hat auf die Geltendmachung der Ansprüche der Konkursmasse verzichtet und diese gemäss Art. 260 SchKG am 19. Oktober 1998 an C.D.\_\_\_\_\_ und D.D.\_\_\_\_\_ sowie B.D.\_\_\_\_\_ abgetreten. Die Beklagten bestreiten die Aktivlegitimation der Klägerin. Sie bringen vor, erst nach der Abtretung vom 19. Oktober 1998 hätte B.D.\_\_\_\_\_ über die Rechtsansprüche der Masse verfügen und die Prozessführungsbefugnis an die Klägerin abtreten können. Die Klägerin könne ihre Aktivlegitimation bezüglich der Forderungen der Gläubigergesamtheit daher nicht aus der vorgängigen Zession (im Sinne von Art. 164 OR) vom 22. September 1998 ableiten, als B.D.\_\_\_\_\_ ihr seine im Konkurs der Z.\_\_\_\_\_ AG kollozierten Forderungen zediert habe.

1.1 Nach Art. 260 SchKG ist jeder Gläubiger berechtigt, die Abtretung derjenigen Rechtsansprüche der Masse zu verlangen, auf deren Geltendmachung die Gesamtheit der Gläubiger verzichtet (Abs. 1). Das Ergebnis dient nach Abzug der Kosten zur Deckung der Forderungen derjenigen Gläubiger, an welche die Abtretung stattgefunden hat, nach dem unter ihnen bestehenden Range. Der Überschuss ist an die Masse abzuliefern (Abs. 2). Diese Abtretung ist keine zivilrechtliche Zession im Sinne von Art. 164 ff. OR, sondern überträgt dem Abtretungsgläubiger lediglich das Prozessführungsrecht der Masse mit dem Anspruch auf Vorausbefriedigung aus dem erzielten

Erlös (BGE 122 III 176 E. 5f S. 189 mit Verweisen). Die abgetretenen Ansprüche gehören auch nach der Abtretung der Konkursmasse. Die Abtretung kann jeder rechtskräftig kollozierte Gläubiger verlangen (vgl. BGE 111 II 81 E. 3a); mehrere Abtretungsgläubiger bilden eine notwendige Streitgenossenschaft, wobei eine einheitliche Prozessführung nicht verlangt werden darf und einzelne von ihnen auf die Weiterführung des Prozesses verzichten können, ohne dass dies den Rechtsverlust für die übrigen Gläubiger und Streitgenossen zur Folge hat (BGE 121 III 488 E. 2e). Bei einer Forderungsabtretung nach Art. 164 ff. OR geht das Prozessführungsrecht nach Art. 260 SchKG als Nebenrecht auf den Zessionar über (Berti, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Basel 1998, N. 40 ff. zu Art. 260 SchKG).

1.2 Nach den Feststellungen der Vorinstanz ist die rechtskräftig kollozierte Forderung von Fr. 1'214'376.60 schon vor der Abtretung durch die Konkursverwaltung am 18. August 1998 von C.D.\_\_\_\_\_ und D.D.\_\_\_\_\_ zuerst an den Kläger B.D.\_\_\_\_\_ und darauf von diesem am 22. September 1998 an die Klägerin abgetreten worden. Die Abtretung nach Art. 260 SchKG erfolgte erst danach (am 19. Oktober 1998) an die Zedenten der Forderung, nicht an die Klägerin. Die Vorinstanz hat zu Recht als fraglich erachtet, ob sich die Klägerin aufgrund dieser zeitlichen Abfolge auf eine gültige Prozessführungsbefugnis nach Art. 260 SchKG berufen kann. Sie hat jedoch die Frage der Gültigkeit dieser Abtretung nach Art. 260 SchKG offen gelassen in der Erwägung, die Sonderregelung von Art. 757 Abs. 1 und 2 OR verdränge die Regelung von Art. 260 SchKG. Die Beklagten wenden dagegen ein, Art. 757 Abs. 2 OR sei ein reiner Anwendungsfall von Art. 260 SchKG, weshalb die Aktivlegitimation eines Gesellschaftsgläubigers als Kläger nur bei korrektem Vorgehen nach Art. 260 SchKG gegeben sei. In der Lehre wird zwar - wie die Vorinstanz ausführte - betont, dass Art. 757 Abs. 1 und 2 OR im Bereich aktiengesellschaftsrechtlicher Verantwortlichkeit als *lex specialis* Art. 260 SchKG verdrängt (Berti, a.a.O., N. 8 zu Art. 260; vgl. auch Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N. 358 S. 2118 f., wonach der Vorbehalt in Art. 757 Abs. 3 OR keine zusätzlichen Rechte verleiht); danach bedarf es im Falle eines Verzichts der Konkursverwaltung auf die Geltendmachung der Ansprüche an sich keiner Abtretung damit die Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen können (Art. 757 Abs. 2 OR), d.h. jeder Gläubiger kann von Gesetzes wegen selbständig klagen (Böckli, a.a.O., § 18 N. 348 S. 2116 f.; Widmer/Banz, Basler Kommentar, N. 17 zu Art. 757 OR). Immerhin erscheint fraglich, ob es der Rechtssicherheit bzw. der Koordination unter den klagebefugten Gläubigern halber nicht doch einer Ermächtigung oder zumindest einer förmlichen Mitteilung der Konkursverwaltung bedarf; denn die nach Art. 757 Abs. 2 OR klageberechtigten Gläubiger bilden wie bei Art. 260 SchKG eine notwendige Streitgenossenschaft (Widmer/Banz, a.a.O., N. 24 zu Art. 757 OR). Diese Frage kann aber offen bleiben, da das angefochtene Urteil, wie nachfolgend ausgeführt, vor Bundesrecht standhält.

1.3 Selbst wenn nämlich eine Abtretung im Sinne von Art. 260 SchKG erforderlich gewesen wäre, ist die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen, sofern der während der Hängigkeit des Prozesses verstorbene Kläger gültig geklagt hat. Die Klägerin hat nicht nur ursprünglich als Konkursgläubigerin bzw. Zessionarin Klage eingereicht, sondern ist anstelle ihres verstorbenen

Ehemannes (B.D.\_\_\_\_\_) in den Prozess eingetreten. Dessen Forderung von Fr. 9'194.75 wurde im Konkurs der Z.\_\_\_\_\_ AG kolloziert. Diese Forderung trat das zuständige Konkursamt dem Ehemann der Klägerin am 19. Oktober 1998 ab und übertrug ihm damit auch das entsprechende Prozessführungsrecht der Masse. Da im vorliegenden Verfahren nicht die Verteilung des Erlöses, sondern allein die Prozessführungsbefugnis der Masse als solche zur Diskussion steht, ist die Klägerin als Gesamtrechtsnachfolgerin des ursprünglichen Klägers (B.D.\_\_\_\_\_) klagebefugt, falls - was nachfolgend zu prüfen ist - dieser selbst gültig Klage eingereicht hat.

2.

Die Beklagten halten auch vor Bundesgericht daran fest, dass die Klage des nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils verstorbenen B.D.\_\_\_\_\_ nichtig sei, weil er nach einem Schlaganfall vor Einleitung des Prozesses urteilsunfähig geworden sei und ihm daher die Prozessfähigkeit als prozessuale Seite der Handlungsfähigkeit gefehlt habe (vgl. dazu BGE 116 II 385 E. 4).

2.1 Nach Art. 35 Abs. 1 OR erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Tod, der Verschollenerklärung, dem Verlust der Handlungsfähigkeit oder dem Konkurs des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten. In der Lehre wird entgegen dem Gesetzeswortlaut teilweise die Ansicht vertreten, der Verlust der Handlungsfähigkeit auf Seiten des Vollmachtgebers führe zwingend zum Erlöschen der Vollmacht (Zäch, Berner Kommentar, N. 16, 83 zu Art. 35 OR; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, S. 399). Zur Begründung wird angeführt, mit dem Wegfall der Handlungsfähigkeit müsse auch die Vollmacht entfallen, weil das Erteilen der Vollmacht eine Erweiterung der Handlungsfähigkeit darstelle und dies demjenigen verwehrt sei, der von Gesetzes wegen in seiner Handlungsfähigkeit eingeschränkt sei; auch der Schutzzweck einer Bevormundung werde durch die Weitergeltung der Vollmacht vereitelt. Dagegen wird jedoch zutreffend vorgebracht, dass die Vollmacht in einem Zeitpunkt erteilt worden ist, in dem der Vollmachtgeber (noch) handlungsfähig und damit auch in der Erweiterung seiner Handlungsfähigkeit gesetzlich nicht eingeschränkt war (Watter, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 35 OR). Ob der Schutzzweck einer Bevormundung stets dadurch beeinträchtigt wird, dass eine entsprechend dem Willen des noch urteilsfähigen Vollmachtgebers erteilte Vollmacht beim Eintritt der Urteilsunfähigkeit weiterbesteht, sei dahingestellt. Die Lehrmeinung, welche diese Ansicht vertritt, knüpft die zwingende Beendigung der Vollmacht jedenfalls an die formelle Bevormundung und damit gleichzeitig auch an die Möglichkeit, die Vollmacht neu zu erteilen, wenn dies nach wie vor im wohlverstandenen Interesse des Vollmachtgebers liegt (vgl. Gauch/Schluép/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., N. 1371; Guhl/Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., S. 161 N. 12).

2.2 Die Lehrmeinung, welche die dispositive Natur der Beendigung der Vollmacht im Falle der (dauernden) Urteilsunfähigkeit des Vollmachtgebers befürwortet, kann sich nicht nur auf den Gesetzeswortlaut berufen, sondern führt zutreffend auch praktische Gründe an (Chappuis,

Commentaire romand, N. 11 ad art. 35 CO). Es kann im Interesse des Vollmachtgebers liegen, dass die durch Rechtsgeschäft erteilte Vollmacht mit dem Verlust seiner Urteilsfähigkeit nicht ohne weiteres erlischt; in den Formularen des kantonalen Anwaltsverbandes ist der Weiterbestand aufgrund der typischen Interessenlage des Mandanten nach den Erwägungen im angefochtenen Urteil denn auch vorgesehen (vgl. Watter, a.a.O., N. 4 zu Art. 35 OR; vgl. auch BGE 75 II 190 E. 1 für den Tod des Auftraggebers). Der Vollmacht liegt meist ein Auftragsverhältnis zugrunde. Dafür bestätigt Art. 405 OR die in der römisch- und gemeinrechtlichen Tradition stehende Regelung, dass der Vertrag ohne gegenteilige Vereinbarung erlischt, wenn der Auftraggeber handlungsunfähig wird (Fellmann, Berner Kommentar, N. 32 zu Art. 405 OR). Gleichzeitig bestätigt diese Norm aber auch die dispositive Natur mit dem Vorbehalt "sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäftes gefolgert werden kann" ("à moins que le contraire n'ait été convenu ou ne résulte de la nature de l'affaire"; "salvo che risulti il contrario dalla convenzione o dalla natura dell'affare"). Damit kann dem allenfalls gewichtigen Interesse des Auftraggebers am Weiterbestand des Auftragsverhältnisses gerade auch für den Fall der Urteilsunfähigkeit Rechnung getragen werden, während ein Widerruf durch den gesetzlichen Vertreter ohnehin vorbehalten bleibt (Fellmann, a.a.O., N. 31/91 zu Art. 405 OR).

2.3 Nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil erteilte der (ursprüngliche) Kläger am 23. August 1999 seinem Rechtsvertreter eine Vollmacht zur Führung des Prozesses, wobei vereinbart wurde, dass die Vollmacht unter anderem auch mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlösche. Die Vollmachterteilung erfolgte danach vor dem Schlaganfall des Klägers im Januar/Februar 2000 und somit vor Eintritt der von den Beklagten behaupteten Urteilsunfähigkeit des Klägers. Da gemäss Art. 35 Abs. 1 OR gültig vereinbart werden konnte, dass die Vollmacht über den Eintritt einer allfälligen Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus bestehen solle, konnte der Rechtsvertreter die Klage einreichen und den Prozess als gültig bestellter Vertreter des Klägers führen. Es stellt sich daher die Frage nicht, ob ein entsprechender Mangel durch die Genehmigung der Klägerin als Rechtsnachfolgerin geheilt werden konnte, wie die Vorinstanz eventualiter begründet und was die Beklagten bestreiten. Die Vorinstanz hat die Prozessfähigkeit des Klägers bundesrechtskonform bejaht, ohne dass sie Abklärungen zu dessen Urteilsfähigkeit nach dem erlittenen Schlaganfall hätte vornehmen müssen. Denn Art. 8 ZGB verleiht keinen Anspruch, zum Beweis unerheblicher Tatsachen zugelassen zu werden (BGE 129 III 18 E. 2.6). Die entsprechende Rüge ist unbegründet.

3.

Die Rügen der Beklagten betreffend die Feststellung des Schadens sind offensichtlich unbegründet. Der Schaden, der durch eine verzögerte Konkursöffnung entstanden ist, kann bundesrechtskonform in der Weise festgestellt werden, dass der aus den Buchhaltungsunterlagen ersichtliche Saldo im Zeitpunkt der Verletzung der Benachrichtigungspflicht mit dem (höheren) Verlust im Zeitpunkt der tatsächlich erfolgten Konkursöffnung verglichen wird. Die Beklagten weisen nicht nach, dass sie prozesskonform Behauptungen und Beweisanerbieten für einen allfälligen Gegenbeweis vorgebracht hätten. Ihre Vorbringen vermögen jedenfalls gegen die

Feststellung im angefochtenen Urteil nicht aufzukommen, wonach sie die festgestellten Verluste nicht bestritten haben und daher entsprechend der im kantonalen Prozessrecht verankerten Verhandlungsmaxime von entsprechenden Feststellungen auszugehen ist.

4.

Die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang ist die Gerichtsgebühr den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit (intern je zur Hälfte) zu auferlegen (Art. 156 Abs. 1 OG). Sie haben überdies der Klägerin die Parteikosten zu ersetzen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.-- wird den Beklagten unter solidarischer Haftbarkeit (intern je zur Hälfte) auferlegt.

3.

Die Beklagten haben die Klägerin für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftbarkeit mit Fr. 8'000.-- zu entschädigen.

4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 23. Mai 2005

Im Namen der I. Zivilabteilung

des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

## Anhang B: Aufzählungen, Tabellen und Statistiken

zu den Kapiteln 1.1.2 / 1.1.4 / 1.2.1 / 1.3 / 3.3.4

### zu Kapitel 1.1.2 und 3.3.4

Als Beispiele zu den vertretungsfeindlichen höchstpersönlichen Rechten können die folgenden genannt werden. Diese stellen eine nicht vollständige Aufzählung in Anlehnung an die Auflistung von Rüegg und Rüegg dar.

- Errichtung und Widerruf Testament
- Heirat und Scheidung
- Kindsanerkennung
- Postzustellung
- schwerer ärztlicher Eingriff
- Ergreifen von Rechtsmitteln in Vormundschaftsangelegenheiten
- Wechsel der Religion
- Wohnungszutritt

S. 66 Rüegg, Christoph & Rüegg, Rahel (2008). *Leitfaden für vormundschaftliche Mandatsträger. Das Handbuch mit Checklisten für das Führen einer Erwachsenenschutzmassnahme inklusive Sozialversicherungsrecht*. Bern: Haupt Verlag.

### zu Kapitel 1.1.4

#### Vormundschaftliche Massnahmen für Erwachsene (ohne FFE)

Massnahmen	Handlungsfähigkeit	Errichtung	Aufhebung	Publikation
Beistandschaft - ZGB 392 Vertretungsbeistandschaft zur Behandlung einzelner Geschäfte - ZGB 393 Verwaltungsbeistandschaft zur Verwaltung eines Vermögens - ZGB 394 Beistandschaft auf eigenes Begehren: Vermögensverwaltung und/oder persönliche Betreuung	Keine Beschränkung der Handlungsfähigkeit	Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz	ZGB 439 I, 440  ZGB 439 II, 440  ZGB 439 II, 440 und auf Antrag des Verbeiständeten	Keine Publikation
Beiratschaft - ZGB 395 I Mitwirkungsbeiratschaft - ZGB 395 II Verwaltungsbeiratschaft - ZGB 395 I+II Kombinierte Beiratschaft	Beschränkung der Handlungsfähigkeit	Behörde am Wohnsitz	ZGB 439 II, 440	Publikation, wenn es der VB als zweckmässig erscheint ZGB 397 II

## Vormundschaftliche Massnahmen für Erwachsene (ohne FFE)

Massnahmen	Handlungsfähigkeit	Errichtung	Aufhebung	Publikation
Vormundschaft				
- ZGB 369 Geistesschwäche und Geisteskrankheit	Entzug der Handlungsfähigkeit	Behörde am Wohnsitz und ärztliches Gutachten ZGB 374 II	ZGB 433, 436 ärztliches Gutachten	ZGB 375 im Amtsblatt am Wohnsitz und Heimort des Bevormundeten
- ZGB 370 Verschwendung, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel, Mißwirtschaft	Entzug der Handlungsfähigkeit	Behörde am Wohnsitz und Anhörung ZGB 374 I,	ZGB 437	Aufschiebung der Veröffentlichung ZGB 375 II
- ZGB 371 Freiheitsstrafe	Entzug der Handlungsfähigkeit	Behörde am Wohnsitz, bei Kenntnis	ZGB 432	
- ZGB 372 Auf eigenes Begehren	Entzug der Handlungsfähigkeit	Behörde am Wohnsitz	ZGB 438	

S. 175 Häfeli, Christoph (2005<sup>4</sup>). *Wegleitung für vormundschaftliche Organe*. Zürich: kdmz.

## zu Kapitel 1.2.1

### Zuständige Behörden Vormundschaft

(vereinfachte Darstellung, nicht alle Sonderfälle berücksichtigt)

Kanton	Vormundschaftsbehörde	Aufsichtsbehörden	Gerichtliche Instanz zur Überprüfung von vormundschaftlichen Entscheiden	Gerichtliche Beurteilung beim fürsorglichen Freiheitsentzug FFE
AG	Gemeinderat	I: Bezirksamt II: Obergericht	Obergericht	Verwaltungsgericht
AI	Vormundschaftsbehörde Bezirk Oberegg; sonst Vormundschaftsbehörde Appenzell	Standeskommission	Kantonsgericht	Kantonsgericht
AR	Gemeinderat, teilweise Kommission	Regierungsrat	Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
BE	Vormundschaftsbehörde	Regierungsstatthalter/in	Appellationshof des Kantons Bern	Rekurskommission des Obergerichts
BL	Kommunale Vormundschaftsbehörde	Kantonales Vormundschaftsamt	Kantonsgericht	Kantonsgericht
BS	Vormundschaft-, Jugend- und Fürsorgerat	I: Justizdepartement II: Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
FR	Friedensgericht	I: Bezirksgericht II: Kantonsgericht	I: Bezirksgericht II: Kantonsgericht	Aufsichtskommission im Bereich FFE, Freiburg
GE	Tribunal tutélaire	Cour de justice	Cour de justice	Cour de justice
GL	Vormundschaftsbehörde	Departement für Volkswirtschaft und Inneres	Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
GR	Kreisweise organisierte Vormundschaftsbehörde	Bezirksgerichtsausschuss	I: Bezirksgerichtsausschuss II: Kantonsgericht	Verwaltungsgericht, teilweise Psychiatrie-Rekurskommission
JU	Conseil communal	Departement de la Justice	I: Dept. de la Justice II: Tribunal cantonal	Tribunal cantonal
LU	Gemeinderat	Regierungsstatthalter	Obergericht	I: Amtsgerichtspräsident/in II: Obergericht

Kanton	Vormundschaftliche Behörden	Aufsichtsbehörden	Gerichtliche Instanz zur Überprüfung von vormundschaftlichen Entscheiden	Gerichtliche Beurteilung beim fürsorglichen Freiheitsentzug FFE
NE	Tribunal de district	Autorité tutélaire de surveillance du Tribunal cantonal	Autorité tutélaire de surveillance du Tribunal cantonal	Autorité tutélaire de surveillance du Tribunal cantonal
NW	Gemeinderat	Justiz- und Sicherheitsdirektion	Verwaltungsgericht	I: Kantonsgericht II: Obergericht
OW	Vormundschaftsbehörde	Regierungsrat	Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
SG	Vormundschaftsbehörde	Justiz- und Polizeidepartement	Kantonsgericht, teilweise Verwaltungsrekurskommission	Verwaltungsrekurskommission
SH	Vormundschaftsbehörde	Volkswirtschaftsdepartement	Obergericht	Obergericht
SO	Vormundschaftsbehörde	Departement des Innern	Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
SZ	Vormundschaftsbehörde	Regierungsrat	Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
TG	Vormundschaftsbehörde	Departement für Justiz und Sicherheit	Verwaltungsgericht	Bezirksgerichtspräsidium
TI	Commissione tutoria regionale	Autorità di vigilanza sulle tutele	Tribunale d'appello	Commissione giuridica in materia di assistenza sociopsichiatrica
UR	Gemeinderat	Regierungsrat	Obergericht	Landgerichtspräsident/in
VD	Justice de paix	Tribunal cantonal	Tribunal cantonal	Tribunal cantonal
VS	Vormundschaftsamt	Vormundschaftskammer	Bezirksgericht	Bezirksgericht
ZG	für Einwohner: Gemeinderat; für Bürger mit Wohnsitz in Heimatgemeinde: Bürgerrat	Regierungsrat	I: Regierungsrat II: Verwaltungsgericht	Verwaltungsgericht
ZH	Gemeinderat	Bezirksrat	Obergericht	I: Bezirksgericht II: Obergericht

I = 1. Instanz II = 2. Instanz

S. 800 – 801 Schweizerisches Zivilgesetzbuch [ZGB]. (2007<sup>7</sup>). ZGB für den Alltag. Kommentierte Ausgabe aus der Beobachter-Beratungspraxis. Zürich: Beobachter-Buchverlag.



## zu Kapitel 1.3

KONFERENZ DER KANTONALEN VORMUNDSCHAFTSBEHÖRDEN  
CONFÉRENCE DES AUTORITÉS CANTONALES DE TUTELLE  
CONFERENZA DELLE AUTORITÀ CANTONALI DI TUTELA

### Schweizerische Vormundschaftsstatistik Jahresvergleich (1996 - 2007 Erwachsene)

Die Erhebung basiert auf den Angaben aller 26 Kantone der Schweiz

#### Erwachsene: Bestehende Massnahmen (1996 - 2007)

	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 385 III*	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	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	64'052
2005	14'665	1'033	58	6'889	4'194	4'000	4'217	11'958	19'879	4'725	67'424
2006	15'621	1'029	40	6'971	4'587	3'633	4'334	12'823	20'768	4'868	70'087
2007	15'248	1'085	48	7'144	4'744	3'430	4'365	13'366	21'638	4'786	<b>71'110</b>

#### Erwachsene: Neuangeordnete Massnahmen (1996 - 2007)

	Art. 369	Art. 370	Art. 371	Art. 372	Art. 385 III*	Art. 392	Art. 393	Art. 392/393	Art. 394	Art. 395	Total
1996	898	77	5	526	266	1'070		2'348	2'661	646	8'231
1997	658	113	15	461	253	1'048		2'425	2'231	627	7'578
1998	696	97	12	473	260	1'132		2'414	2'367	610	7'801
1999	732	76	10	529	198	1'414		2'671	2'463	542	8'437
2000	794	95	8	553	263	1'403		2'638	2'870	605	8'966
2001	850	96	8	560	279	1'049	543	2'499	2'817	586	9'008
2002	876	140	16	522	289	921	611	2'305	3'182	572	9'145
2003	790	103	6	534	233	1'150	629	2'372	3'470	536	9'590
2004	825	105	5	624	320	1'092	656	2'543	3'579	538	9'967
2005	920	121	9	618	319	1'190	541	2'669	3'692	517	10'277
2006	1'053	98	11	654	355	1'345	596	3'069	3'945	588	11'359
2007	968	115	2	605	313	1'275	531	3'115	3'919	463	<b>10'993</b>

\* Art. 385 Abs. 3: Ohne Einfluss auf das Total der Massnahmen, entsprechende Entmündigungen sind erfasst unter Art. 369 - 372.

\* Art. 385 al. 3: Sans influence sur le total des mesures, ces interdictions sont soumises aux art. 369 -372.

\* Art. 385 cpv. 3: Non incide sul totale dei provvedimenti, queste interdizioni sono comprese con quelle degli art. 369 - 372.

Luzern, 6.1.2009 / Sekretariat VBK c/o Hochschule Luzern - Soziale Arbeit, Werftstrasse 1, Postfach 2945, 6002 Luzern, Tel. 041 367 48 48, Email: vbk@hslu.ch

Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK]. (2009). *Schweizerische Vormundschaftsstatistik Jahresvergleich 1996 – 2007 für Erwachsene*. Gefunden am 08.06.2009, unter: [www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/02-Statistik\\_1996\\_-\\_2007\\_website\\_Erwachsene.pdf](http://www.vbk-cat.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/02-Statistik_1996_-_2007_website_Erwachsene.pdf)