



Kreisschreiben

vom 18. Dezember 2012

2.3

Erwachsenenschutz (Art. 360 – 456 ZGB)

Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 19.12.2008



Sehr geehrte Damen und Herren

I. Einleitung

Am 1. Januar 2013 tritt das von den Eidgenössischen Räten im Jahr 2008 beschlossene Erwachsenenschutzrecht in Kraft¹. Es ersetzt das bisherige Vormundschaftsrecht und bildet gleichzeitig den Abschluss der Totalrevision des Familienrechts. Einige der zentralen Revisionsanliegen waren:

- Förderung des Selbstbestimmungsrechts (Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung)
- Massgeschneiderte behördliche Massnahmen
- Stärkung der Solidarität in der Familie (gesetzliche Vertretungsrechte)
- Besserer Schutz von Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen
- Verbesserung des Rechtsschutzes
- Professionalisierung der Behörden (interdisziplinär zusammengesetzte KESB)
- Zeitgerechte Terminologie

Nachfolgend ein kurzer, nicht abschliessender Überblick über bereits erschienene oder angekündigte Literatur zum neuen Recht:

ANDERER KARIN, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz, in: plädoyer 5/12 S. 34 ff.

BRÜCKNER CHRISTIAN, Die Beurkundung von Vorsorgeaufträgen – eine kommende Aufgabe für Urkundspersonen in der Schweiz, in: Der bernische Notar 2011, S. 36 ff.

BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (HRSG.), Erwachsenenschutz (Kommentar), Bern 2013.

FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2012.

GEISER THOMAS/REUSSER RUTH (HRSG.), Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Ergänzungsband, Basel 2012.

HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013.

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010.

KONFERENZ DER KANTONE FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ KOKES (HRSG.), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich 2012.

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (HRSG.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Kommentar zu Art. 360 – 456 ZGB, Basel 2011.

SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360 – 456 ZGB, Zürich 2010.

¹ AS 2011 725 ff.



DERSELBE, Erwachsenenschutz aus dem Blickwinkel der Grundbuchführung – ein Überblick, in: ZBGR 93 (2012) 357 ff.

WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Luzern 2010.

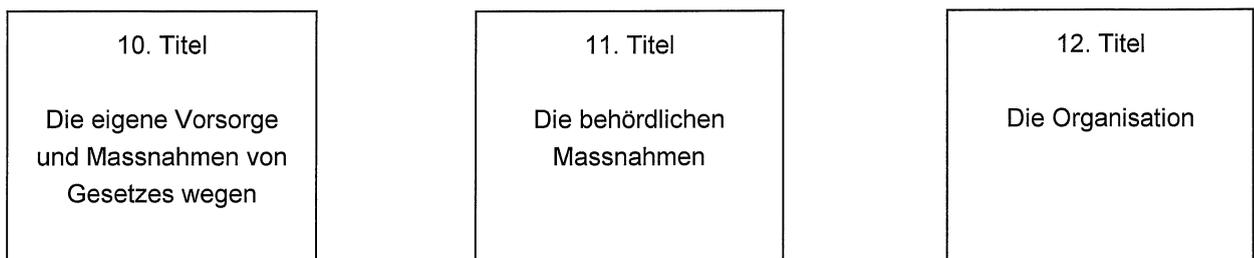
WOLF STEPHAN (HRSG.), Das neue Erwachsenenschutzrecht – insbesondere Urteilsfähigkeit und ihre Prüfung durch die Urkundsperson, Weiterbildungstagung des Verbandes bernischer Notare und des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis der Universität Bern vom 24./25. Oktober 2012, Bern 2012.

DERSELBE, Erwachsenenschutz und Notariat, in: ZBGR 91 (2010) S. 73 ff.

Ziel dieses Kreisschreibens ist es, einen kurzen, bewusst nicht abschliessenden Überblick über das neue Recht zu geben. Dabei setze ich die Schwerpunkte beim Vorsorgeauftrag einerseits und den Auswirkungen auf die Grundbuchpraxis andererseits. Sodann sollen ausgewählte Änderungen in anderen Rechtsgebieten, welche das Erwachsenenschutzrecht ausgelöst hat, angesprochen werden.

II. Überblick über das Erwachsenenschutzrecht

Die 3. Abteilung des Familienrechts wird ersetzt durch die neuen Bestimmungen des Erwachsenenschutzes. Diese sind wie folgt gegliedert:



Im 10. Titel werden der Vorsorgeauftrag, die Patientenverfügung, die Vertretung durch den Ehegatten bzw. die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, unter anderem bei medizinischen Massnahmen, und schliesslich der Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen geregelt.

Der 11. Titel hat nach allgemeinen Grundsätzen die verschiedenen Arten der Beistandschaften zum Gegenstand, nämlich die Begleitbeistandschaft, die Vertretungsbeistandschaft, die Mitwirkungsbeistandschaft (wobei diese drei Massnahmen kombiniert werden können) und die umfassende Beistandschaft. Festgelegt wird auch, wann und in welcher Form die Erwachsenenschutzbehörde mitzuwirken hat (z.B. für Grundstücksgeschäfte). Für Personen, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leiden und deshalb in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden müssen, ist die fürsorgerische Unterbringung vorgesehen, welche die heutige FFE (fürsorgerische Freiheitsentziehung) ablöst.

Der 12. Titel regelt die Behörden und ihre örtliche Zuständigkeit, das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde und vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz, die Vollstreckung, das Verhältnis zu Dritten und die Zusammenarbeitspflicht und zu guter Letzt die Verantwortlichkeit.



Auf kantonaler Ebene ist die Änderung vom 20. Februar 2012 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG zum ZGB) zu erwähnen, die zeitgleich mit dem neuen Bundesrecht in Kraft tritt. Das kantonale Recht sieht unter anderem Folgendes vor:

- Die KESB ist eine kantonale, interdisziplinäre Fachbehörde mit mindestens fünf Mitgliedern und aktuellem Sitz in Herisau (Schützenstrasse 1, 9102 Herisau, Telefon: 071 353 66 60, Fax: 071 353 66 61, Mail: kesb@ar.ch)
- Der KESB sind Fachdienste angegliedert.
- Die Aufsicht wird durch den Regierungsrat ausgeübt.
- Es besteht eine Meldepflicht unter anderem für Personen, die in amtlicher Tätigkeit von der Hilfsbedürftigkeit einer Person Kenntnis erlangen.
- Das Obergericht bzw. die Einzelrichterin oder der Einzelrichter des Obergerichts sind Rechtsmittelinstanz.
- Die Gemeinden führen Berufsbeistandschaften in den Regionen Hinterland, Mittelland und Vorderland.

III. Der Vorsorgeauftrag (nArt. 360 – 369 ZGB)

a) *Zu den beteiligten Personen und zum Inhalt*

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. 1 ZGB). Ergänzend zum Erwachsenenschutzrecht kommen die Vorschriften des OR über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) sinngemäss zur Anwendung. Das Besondere dieses Auftrages liegt unter anderem darin, dass die auftraggebende Person im Moment des Inkrafttretens des Auftrages diesen mangels Urteilsfähigkeit nicht mehr selbst widerrufen kann. Gewisse behördliche Schutzmassnahmen, wie beispielsweise die Prüfung, ob die beauftragte Person für ihre Aufgabe überhaupt geeignet ist, waren deshalb angezeigt.

Sind im Vorsorgeauftrag auch Tätigkeiten im medizinischen Bereich erfasst bzw. enthält er Elemente einer Patientenverfügung, kann einzig eine natürliche Person beauftragt werden². Dies entspricht der Regelung der Patientenverfügung (nArt. 370 Abs. 2 ZGB).

Wie dem Gesetzestext unschwer entnommen werden kann, können die genannten Bereiche nicht nur gesamthaft, sondern auch einzeln ausgewählt werden, z.B. für den Fall, dass für einzelne Bereiche verschiedene Personen handeln sollen. Es kann auch angeordnet werden, dass mehrere Personen gemeinsam handeln müssen.

Es ist davon auszugehen, dass Schenkungen, die Veräusserung und Belastung von Grundstücken sowie das Führen von Prozessen für die auftraggebende Person im Auftrag besonders erwähnt sein müssen, sofern diese Handlungen zulässig sein sollen (entsprechend Art. 396 Abs. 3 OR³). Gefordert wird auch, dass sowohl der Auftraggeber als auch die Beauftragte klar bestimmt sind. Eine möglichst genaue Aufgabenumschreibung⁴ ist dagegen nur empfehlenswert, aber wohl nicht als Minimalanforderung zwingend⁵. Wird der Aufgabenbereich

² BSK Erw.Schutz-Rumo-Jungo, Art. 360 N 26 und 38.

³ Schmid, Art. 360 ZGB N 10.

⁴ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7025.

⁵ BSK Erw.Schutz-Rumo-Jungo, Art. 360 N 32.



nämlich nicht eingeschränkt, ist von einem umfassenden Vorsorgeauftrag auszugehen, der die Personensorge, die Vermögenssorge und auch die Vertretung im Rechtsverkehr umfasst.

Nebst Einschränkungen sind besondere Weisungen an die beauftragte Person möglich, wie sie ihre Aufgaben konkret zu erfüllen hat. Im Fall von Interessenkollisionen zwischen Auftraggeber und beauftragter Person entfallen von Gesetzes wegen deren Befugnisse. Die KESB ist unverzüglich zu benachrichtigen (nArt. 365 Abs. 2 und 3 ZGB).

Die beauftragte Person muss den Auftrag nicht annehmen, weshalb sich – wie beispielsweise bei einer Willensvollstreckung – die Nennung einer Ersatzperson anbieten kann. Nimmt die beauftragte Person den Auftrag an, kann sie ihn später mit einer zweimonatigen Frist durch schriftliche Mitteilung an die KESB kündigen. Aus wichtigen Gründen ist auch eine fristlose Kündigung möglich (nArt. 367 ZGB). Es besteht ein Anspruch auf Entschädigung und auf Spesenersatz. Diese Kosten gehen zulasten des Vermögens der auftraggebenden Person.

b) Zeitpunkt der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrages

Der Vorsorgeauftrag ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das erst dann wirksam wird, wenn die auftraggebende Person urteilsunfähig wird. Die Feststellung, wann das der Fall ist, obliegt der KESB. Sie wird auch zu prüfen haben, ob der Vorsorgeauftrag gültig errichtet wurde und ob er allenfalls wegen Unklarheiten auszulegen oder mit behördlichen Massnahmen zu ergänzen ist. Ferner klärt die Behörde die Eignung der beauftragten Person ab (nArt. 363 ZGB) und informiert sie über ihre Pflichten. Der beauftragten Person wird eine Urkunde ausgestellt, die ihre Befugnisse wiedergibt (nArt. 363 ZGB).

Die vorsorgebeauftragte Person steht unter keiner dauernden behördlichen Aufsicht und Kontrolle. Dies würde dem Selbstbestimmungsgedanken widersprechen. Die KESB hat aber von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person einzuschreiten, wenn die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind (nArt. 368 ZGB).

c) Errichtung, Eintragung in zentrale Datenbank und Widerruf

Es gibt zwei mögliche Formen, um einen Vorsorgeauftrag zu errichten: Eigenhändigkeit und öffentliche Beurkundung.

Der eigenhändige Vorsorgeauftrag ist von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben, zu datieren und zu unterzeichnen (nArt. 361 Abs. 2 ZGB). Diese Errichtungsform entspricht somit derjenigen der eigenhändigen letztwilligen Verfügung.

Die öffentliche Beurkundung des Vorsorgeauftrags richtet sich nach kantonalem Recht, im Kanton AR mithin nach dem Beurkundungsgesetz und der Beurkundungsverordnung. Aus einem Hinweis in der Botschaft auf die Formerfordernisse für letztwillige Verfügungen haben einzelne Autoren geschlossen, die Mitwirkung von zwei Zeugen an der öffentlichen Beurkundung sei notwendig. Dem ist jedoch zu widersprechen⁶. Das Gesetz verweist nicht auf die Art. 499 ff. ZGB. Zentrale Elemente der öffentlichen Beurkundung werden die Willenserfor-

⁶ Schmid, Art. 361 N 1; BSK Erw.Schutz-Rumo-Jungo, Art. 361 N 1, m.w.H.



schung, die Aufklärung über die rechtlichen Wirkungen und die Abklärung der Handlungsfähigkeit der auftraggebenden Person sein.

Es sind bereits verschiedene Mustervorlagen für die Formulierung von Vorsorgeaufträgen im Umlauf. Diesem Kreisschreiben werden drei davon zur Information beigelegt. Die ausführlichste Variante wurde gemeinsam von Berner und Zürcher Notaren entwickelt. Wie alle Muster sollen auch diese Beilagen jedoch lediglich eine Leitlinie sein. Sie können und wollen individuelle Formulierungen nach umfassender Willenserforschung nicht ersetzen.

Das Zivilstandsamt trägt auf Antrag die Tatsache, dass eine Person einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, und den Hinterlegungsort in die zentrale Datenbank (Infostar) ein (nArt. 361 Abs. 3 ZGB). Die Zivilstandsverordnung wird vom Bundesrat entsprechend ergänzt. Damit soll sichergestellt werden, dass die KESB beim Eintritt der Urteilsunfähigkeit Kenntnis vom Vorsorgeauftrag erhält. Das Zivilstandsamt nimmt Vorsorgeaufträge aber nicht zur Aufbewahrung entgegen – ausser das kantonale Recht würde dies vorsehen, was in AR nicht der Fall ist.

Solange der Vorsorgefall nicht eingetreten und die auftraggebende Person noch urteilsfähig ist, kann sie den Vorsorgeauftrag jederzeit widerrufen. Dies geschieht in einer der Formen, die für die Errichtung vorgeschrieben ist, oder durch Vernichtung der Urkunde. Ein neuer Vorsorgeauftrag tritt an die Stelle des früheren, sofern er nicht zweifellos eine blosser Ergänzung darstellt (nArt. 362 ZGB).

IV. Die Patientenverfügung (nArt. 370 – 373 ZGB)

Bisher war die Patientenverfügung bundesrechtlich nicht geregelt. Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag muss die Person, welche eine Patientenverfügung erlassen will, nicht voll handlungsfähig, sondern nur urteilsfähig sein. Damit können beispielsweise auch urteilsfähige Minderjährige im Hinblick auf die Urteilsunfähigkeit Verfügungen treffen.

Inhalt der Patientenverfügung ist, welchen medizinischen Massnahmen im Fall der Urteilsunfähigkeit zugestimmt oder nicht zugestimmt wird. Stattdessen oder darüber hinaus kann auch eine natürliche Person bezeichnet werden, die mit der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt die medizinischen Massnahmen bespricht und in ihrem Namen entscheiden soll. Die Erteilung von Weisungen an diese Person ist möglich (nArt. 370 ZGB).

Die Errichtung erfolgt schriftlich (nicht handschriftlich), mit Datierung und Unterschrift (nArt. 371 Abs. 1 ZGB). Die Urkundspersonen werden mit diesem Institut demnach kaum befasst sein, ausser beispielsweise dann, wenn eine Person nicht mehr unterschreiben kann. In diesem Fall ist die Unterschrift durch eine öffentliche Beurkundung zu ersetzen.

Die Tatsache, dass eine Patientenverfügung existiert und der Hinterlegungsort können auf der Versichertenkarte eingetragen bzw. gespeichert werden (nArt. 371 Abs. 2 ZGB).

Ein Überblick über deutschsprachige Vorlagen für Patientenverfügungen findet sich unter www.curaviva.ch / Fachinformationen / Themendossier / Erwachsenenschutzrecht⁷.

⁷ Seite letztmals besucht am 9.12.2012



V. Massnahmen von Gesetzes wegen

a) Vertretung durch den Ehegatten / die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner (nArt. 374 – 376 ZGB)

Die Stärkung der Solidarität in der Familie wird insbesondere mit dem gesetzlichen Vertretungsrecht für den urteilsunfähig gewordenen (Ehe-)Partner angestrebt. Die grundlegenden persönlichen und materiellen (finanziellen) Bedürfnisse sollen *ohne Einschaltung der KESB* befriedigt werden können. Ein solches Vertretungsrecht besteht unter folgenden Voraussetzungen (nArt. 374 Abs. 1 ZGB):

- Gemeinsamer Haushalt oder regelmässige Leistung von persönlichem Beistand
- Kein Vorsorgeauftrag
- Keine entsprechende Beistandschaft

Wie bereits einleitend angetönt, besteht kein allumfassendes Vertretungsrecht. Erfasst werden lediglich Rechtshandlungen, die zur *Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich* sind, die *ordentliche Verwaltung* des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte sowie nötigenfalls die Befugnis, die *Post zu öffnen* (auch die elektronische⁸) und zu erledigen (nArt. 374 Abs. 2 ZGB). Ist zweifelhaft, ob das Vertretungsrecht gegeben ist oder nicht, hat darüber die KESB zu entscheiden. Sie kann dem (Ehe-)Partner überdies eine Urkunde ausstellen, welche die Befugnisse wiedergibt. Ansonsten schreitet die KESB nur dann ein, wenn die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder gar nicht mehr gewahrt sind (nArt. 376 ZGB).

Zur ausserordentlichen Verwaltung, die nur mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde möglich ist, gehören die Veräusserung von Grundstücken, die Errichtung von Pfandrechten an Grundstücken und die Begründung und Aufhebung von Dienstbarkeiten⁹.

b) Vertretung bei medizinischen Massnahmen (nArt. 377 – 381 ZGB)

Wie bereits ausgeführt, kann sich eine Person der Patientenverfügung bedienen, um ihre Anordnungen hinsichtlich medizinischer Behandlungen im Fall der Urteilsunfähigkeit zu treffen. Fehlt eine solche Verfügung, muss das Gesetz eine Ersatzordnung bereithalten. Diese sieht kurz zusammengefasst vor, dass der behandelnde Arzt zusammen mit der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person die erforderliche Behandlung plant, diese über alle wesentlichen Umstände informiert, insbesondere über die Gründe, den Zweck, die Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten von Behandlungen, über die Folgen unterlassener Behandlungen sowie über alternative Behandlungsmöglichkeiten. Das Gesetz nennt in nArt. 378 ZGB im Sinne einer Kaskade diejenigen Personen, die zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigt sind. Die Aufzählung widerspiegelt erneut die Leitlinien des Gesetzes, indem primär die von der betroffenen Person selbst bezeichneten Personen zum Zug kommen, dann ein allfälliger Beistand, dem die entsprechende Befugnis übertragen wurde, und schliesslich Personen aus der Familie bzw. dem nahen Umfeld (Ehegatte, Person im selben Haushalt, Nachkommen etc.). Fehlt für einmal eine vertretungsberechtigte Person, hat die Erwachsenenschutzbehörde eine entsprechende Beistandschaft zu errichten.

⁸ Schmid, Art. 374 N 14.

⁹ BSK Erw.Schutz-Reusser, Art. 374 N 52.



c) *Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (nArt. 382 – 387 ZGB)*

Im Vordergrund dieser Regelung stand die Verbesserung des Schutzes von urteilsunfähigen Personen, welche sich in Wohn- und Pflegeeinrichtungen aufhalten. Dauert ein solcher Aufenthalt länger, ist zwingend ein schriftlicher Betreuungsvertrag abzuschliessen, in welchem die Leistungen des Heimes und das dafür zu entrichtende Entgelt festzulegen sind. Explizit geregelt wird im Gesetz auch, unter welchen Voraussetzungen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit (z.B. Anbringen von Bettgittern, Fixierungen, Abschliessen von Türen etc.) zulässig sind (nArt. 383 ZGB). Diese Massnahmen sind zu protokollieren und es bestehen Informationspflichten. Die Kantone müssen Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, beaufsichtigen.

VI. Die behördlichen Massnahmen (Beistandschaften und fürsorgerische Unterbringung)

Für erwachsene Personen wird es keine Vormundschaften mehr geben, sondern nur noch auf den Einzelfall, also auf die Bedürfnisse der betroffenen Person massgeschneiderte Beistandschaften. Diese Massschneidung bedingt, dass im anordnenden Beschluss die Aufgabenbereiche des Beistandes (Personensorge, Vermögenssorge, Vertretung im Rechtsverkehr) klar und eindeutig aufgelistet werden.

Obschon die Massnahmen des Erwachsenenschutzes selbst gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden können (nArt. 452 Abs. 1 ZGB), erfolgt keine Publikation mehr. Dritte sind über die Beistandschaft nur soweit zu orientieren, als das zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben des Beistandes oder der Beiständin erforderlich ist. Das Zivilstandsamt erhält von der Erwachsenenschutzbehörde eine Mitteilung, wenn sie eine Person unter umfassende Beistandschaft stellt oder wenn ein Vorsorgeauftrag wirksam wird (nArt. 449c ZGB).

a) *Begleitbeistandschaft (nArt. 393 ZGB)*

Bei der Begleitbeistandschaft kann man noch kaum von einer eigentlichen Massnahme sprechen. Die betroffene Person wird in ihrer Handlungsfähigkeit nämlich nicht eingeschränkt. Der Beistand ist auch nicht berechtigt, die schutzbefohlene Person zu vertreten oder Vermögenswerte von ihr zu verwalten. Die Errichtung ist nur mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person möglich und kommt praktisch nur für konstruktiv mitarbeitende Personen in Frage. Das einzige, was sich die betroffene Person gefallen lassen muss, ist die Begleitung durch den Beistand, also insbesondere die gesprächsweise Einmischung in ihre Angelegenheiten¹⁰. Auf freiwilliger Basis kann sie ihm unentgeltliche Aufträge i.S.v. nArt. 416 Abs. 3 ZGB erteilen, beispielsweise um Zahlungen zu erledigen oder erforderliche Hilfe zu organisieren.

b) *Vertretungsbeistandschaft (nArt. 394 + 395 ZGB)*

Wie es der Name schon sagt, ist der Vertretungsbeistand befugt, die hilfsbedürftige Person in den übertragenen Aufgabenbereichen zu vertreten. Er handelt somit an ihrer Stelle und mit Wirkung für sie. Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person kann, muss aber nicht zwingend eingeschränkt werden. Das geschieht nur dann, wenn es die Erwachsenenschutzbehörde ausdrücklich anordnet (nArt. 394 Abs. 2 ZGB). Die Vertretungsbefugnisse des Beistands sind individuell anzuordnen. Nach Art. 962a Ziff. 1 ZGB kann der Vertretungsbeistand auf sein Begehren oder auf Begehren der zuständigen Behörde im Grundbuch angemerkt werden.

¹⁰ Schmid, Art. 393 N 8



Eine besondere Art der Vertretungsbeistandschaft ist die Vermögensverwaltungsbeistandschaft nach nArt. 395 ZGB. Die KESB bestimmt, welche Teile des Einkommens und des Vermögens unter Verwaltung gestellt werden. Es kann auch sämtliches Einkommen und/oder Vermögen samt Ersparnissen betroffen sein. Obschon die Handlungsfähigkeit, wie bereits erwähnt, unter Umständen nicht beschränkt wird, kann die KESB zum Schutz der betroffenen Person deren Zugriff auf einzelne ihrer Vermögenswerte entziehen. Ist Grundeigentum dem Zugriff entzogen, kann dies im Grundbuch angemerkt werden (nArt. 395 Abs. 4 ZGB; Kanzleisperre). Die Eintragung gesetzlicher Ansprüche Dritter, beispielsweise von Handwerkerpfandrechten, bleibt selbstverständlich möglich.

c) *Mitwirkungsbeistandschaft (nArt. 396 ZGB)*

Im Unterschied zur Mitwirkungsbeistandschaft des bisherigen Rechts besteht neu kein gesetzlich festgelegter Katalog von Geschäften mehr, an denen der Beistand mitwirken muss, sondern es liegt an der Erwachsenenschutzbehörde, diese im konkreten Fall zu definieren. Wichtiger Unterschied zur Vertretungsbeistandschaft ist, dass der Mitwirkungsbeistand kein gesetzlicher Vertreter der schutzbedürftigen Person ist. Er kann also nicht an ihrer Stelle, sondern nur mit ihr zusammen handeln. Gleichzeitig ist ein von der Beistandschaft betroffenes Geschäft ungültig, wenn es allein von der verbeiständeten Person, ohne Zustimmung des Beistandes abgeschlossen wurde. Daraus folgt, dass die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen im Umfang der Beistandschaft eingeschränkt ist (nArt. 396 Abs. 2 ZGB). Hierin liegt ein weiterer zentraler Unterschied zur Vertretungsbeistandschaft. Eine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zu bestimmten Geschäften nach Art. 416 ZGB ist hingegen nicht erforderlich¹¹.

Da der Mitwirkungsbeistand wie erwähnt nicht gesetzlicher Vertreter ist, fragt es sich, ob er im Grundbuch i.S.v. Art. 962a Ziff. 1 ZGB angemerkt werden kann. Schmid bejaht die Frage mit Blick auf Sinn und Zweck der Bestimmung und den Schutz der betroffenen Person¹².

d) *Kombination von Beistandschaften (nArt. 397 ZGB)*

Obschon die drei genannten Beistandschaftsarten bereits sehr flexibel ausgestaltet werden können, erlaubt das Gesetz, ganz im Sinne der massgeschneiderten Massnahmen, auch noch deren Kombination. Für Grundbuchämter und weitere Stellen bedeutet das, dass man in jedem einzelnen Fall aufgrund der Urkunde des Beistandes bzw. des Beschlusses der Erwachsenenschutzbehörde zu prüfen hat, ob und in welchen Bereichen die betreffende Person noch handlungsfähig ist bzw. wer für sie oder mit wem sie zu handeln hat. Der Blick ins Gesetz allein genügt nicht mehr. Handelt ein gesetzlicher Vertreter aufgrund der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts ist zusätzlich abzuklären, ob die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (nArt. 416 ZGB) erforderlich ist oder ob gar ein verbotenes Rechtsgeschäft i.S.v. nArt. 412 Abs. 1 ZGB vorliegt. Bei allem ist zu beachten, dass höchstpersönliche Geschäfte von der Vertretung stets ausgeschlossen sind (nArt. 19c ZGB).

¹¹ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7056

¹² Schmid, ZBGR 93 (2012) 364.



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

Die vierte Beistandschaftsart wird angeordnet, wenn eine Person, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit, besonders hilfsbedürftig ist. Sie führt von Gesetzes wegen zu einem vollständigen Entzug der Handlungsfähigkeit und entspricht damit grundsätzlich der heutigen Vormundschaft. Die Massnahme ist nur als ultima ratio anzuordnen. Höchstpersönliche Rechte kann nur die betroffene Person selbst wahrnehmen, sofern die dafür erforderliche Urteilsfähigkeit gegeben ist.

f) *Verbotene und zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte*

nArt. 412 ZGB zählt diejenigen Geschäfte auf, die der Beistand oder die Beiständin in Vertretung der betroffenen Person nicht vornehmen darf. Es handelt sich um Bürgschaften, die Errichtung von Stiftungen und Schenkungen, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke. Ebenfalls nicht handeln darf der Beistand dann, wenn ein Konflikt zu den Interessen der verbeiständeten Person besteht (nArt. 403 Abs. 2 ZGB).

Der Katalog der Rechtsgeschäfte, die der Beistand oder die Beiständin nur mit Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde vornehmen darf, findet sich in nArt. 416 Abs. 1 ZGB. Hervorzuheben sind an dieser Stelle die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, sofern für das eine oder andere eine ausdrückliche Erklärung erforderlich ist, Erbverträge (nicht aber Eheverträge), sofern die betroffene Person *nicht* als Erblasserin oder Erblasser, sondern als Gegenkontrahent auftritt¹³, Erbteilungsverträge, Erwerb, Veräusserung, Verpfändung und andere dingliche Belastung von Grundstücken. Neu ist, dass nur noch die Erwachsenenschutzbehörde und nicht mehr teilweise die Vormundschaftsbehörde und teilweise die Aufsichtsbehörde bestimmten Geschäften zustimmen muss.

Keine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ist erforderlich, wenn die *urteilsfähige* verbeiständete Person selbst ihr Einverständnis zum Geschäft erteilt *und* ihre Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist (nArt. 416 Abs. 2 ZGB), was im Einzelfall zu bestimmen ist.

Unabhängig vom Katalog von nArt. 416 Abs. 1 ZGB kann die Erwachsenenschutzbehörde aus wichtigen Gründen weitere Geschäfte dem Zustimmungserfordernis unterstellen (nArt. 417 ZGB).

Auf die Mitwirkungsbeistandschaft findet nArt. 416 ZGB keine Anwendung, da bei dieser die betroffene Person immer selbst handelt, wenn auch mit Zustimmung der Beiständin.

g) *Die fürsorgerische Unterbringung (nArt. 426 – 439 ZGB)*

Die fürsorgerische Unterbringung (FU) lehnt sich eng an das bisherige Recht der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) an. 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. 1 ZGB). Freiwillig in eine Einrichtung eingetretene können zudem unter bestimmten Voraussetzungen für eine grundsätzlich beschränkte Dauer dort zurückgehalten werden. Das kantonale Recht sieht vor, dass neben der KESB jede Arztperson, die eine Bewilligung zur Berufsausübung im Kanton besitzt, die Unterbringung und die Zurückbehaltung anordnen kann (nArt. 57 EG zum ZGB).

¹³ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7057



Die medizinischen Massnahmen bei einer psychischen Störung (nArt. 433 ff. ZGB) und die Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (nArt. 438 i.V.m. nArt. 383 ff. ZGB) sind neu auf Bundesebene geregelt. Die Kantone sind dafür zuständig, Vorschriften für die Nachbetreuung aufzustellen (nArt. 60 EG zum ZGB) und sie dürfen ambulante Massnahmen vorsehen (nArt. 61 EG zum ZGB).

Jede in einer Einrichtung untergebrachte Person darf zu ihrer Unterstützung eine Vertrauensperson beiziehen. Dieser kann ein Akteneinsichts- und Auskunftsrecht eingeräumt werden und es steht ihr ein Besuchsrecht zu. Für die Behandlung der psychischen Störung ist ein schriftlicher Behandlungsplan zu erstellen und der betroffenen Person zur Zustimmung zu unterbreiten.

Die in eine Einrichtung eingewiesene oder dort zurückbehaltene Person kann jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen und gegen Einweisungen, Zurückbehaltungen und Abweisungen von Entlassungsgesuchen das Gericht (Einzelrichterin oder Einzelrichter des Obergerichts, nArt. 66 Abs. 2 EG zum ZGB) anrufen.

VII. Organisation (nArt. 440 – 456 ZGB)

Im Kanton Appenzell Ausserrhoden ist die KESB eine Verwaltungsbehörde. In den Kantonen Freiburg, Genf, Neuenburg, Waadt, Aargau und Schaffhausen nehmen dagegen gerichtliche Behörden die Aufgaben der KESB wahr.

Im zwölften Titel über die Organisation sind insbesondere verfahrensrechtliche Bestimmungen zu finden, und zwar für das verwaltungsinterne Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde (nArt. 443 – 449c ZGB) als auch für das gerichtliche Verfahren vor der Beschwerdeinstanz (nArt. 450 – 450e ZGB). Im Rahmen der Zusammenarbeitspflicht sind Personen, die einem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, trotzdem berechtigt, der Erwachsenenschutzbehörde Mitteilung über ihre Wahrnehmungen zu machen (nArt. 453 ZGB).

VIII. Weitere Änderungen im Bundesrecht (Auswahl)

a) Personenrecht

Aufgrund der neuen Terminologie werden diverse Bestimmungen im Personenrecht geändert. Die neuen Art. 13 und 14 ZGB sprechen von Volljährigkeit, nicht mehr von Mündigkeit, und die Urteilsfähigkeit wird in nArt. 16 ZGB etwas anders umschrieben. Materiell ändert sich dadurch jedoch nichts. Ergänzt wird das Gesetz durch die nArt. 19a bis 19d, welche die bisherige Lehre kodifizieren. Die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu Rechtsgeschäften, die Rückabwicklung von Geschäften, wenn die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nicht erfolgt und die Ausübung von Persönlichkeitsrechten werden präzisiert¹⁴.

b) Familienrecht

Art. 94 Abs. 2 ZGB wird gestrichen. Damit können auch Personen unter umfassender Beistandschaft, sofern sie urteilsfähig sind, ohne Zustimmung des Beistands oder der Beiständin heiraten.

¹⁴ Anderer, plädoyer 5/12 S. 39.



Das materielle Kindesrecht und der Kinderschutz haben praktisch keine Änderungen erfahren. Die Bestimmungen der Vormundschaft für Minderjährige (die erstreckte elterliche Sorge nach Art. 385 Abs. 3 ZGB wird abgeschafft) werden im Kindesrecht als neue Art. 327a – 327c ZGB eingefügt. Ein Kind unter Vormundschaft hat dieselbe Rechtsstellung wie das Kind unter elterlicher Sorge und dem Vormund stehen die gleichen Rechte zu wie den Eltern (nArt. 327b und 327c ZGB). Im Kinderschutzverfahren wird auf die Bestimmungen über das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde verwiesen, die sinngemäss anwendbar sind (nArt. 314 Abs. 1 ZGB).

Nach wie vor hat die KESB in Fällen, bei denen die Interessen des Kindes denjenigen der Eltern widersprechen (z.B. bei Erbteilungen) einen Beistand zu ernennen. Stattdessen kann sie die Angelegenheit aber auch selbst regeln (nArt. 306 Abs. 2 und 3 ZGB).

c) *Erbrecht*

Nach geltendem Recht kann eine entmündigte Person, selbst wenn sie urteilsfähig ist, nur durch Testament, nicht aber mittels **Erbvertrag** letztwillig verfügen. nArt. 468 Abs. 2 ZGB gestattet nunmehr Personen, die unter umfassender Beistandschaft oder unter einer Beistandschaft stehen, die den Abschluss eines Erbvertrages umfasst, die Errichtung des Erbvertrages, sofern der gesetzliche Vertreter zustimmt und sofern die erforderliche Urteilsfähigkeit vorhanden ist. Die Erwachsenenschutzbehörde muss nicht zusätzlich ihr Einverständnis erklären, da sich nArt. 416 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB nur auf Erbverträge bezieht, welche die verbeiständete Person als Gegenkontrahent, nicht aber als Erblasser abschliesst. Liegt nicht bereits eine umfassende Beistandschaft vor, kommt nur die Einsetzung eines Mitwirkungsbeistandes in Frage, da der Abschluss eines Erbvertrages als Erblasser ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft i.S.v. nArt. 19c ZGB darstellt, für das jede Vertretung ausgeschlossen ist¹⁵.

Ist ein Nachkomme dauernd urteilsunfähig und hinterlässt er weder Nachkommen noch einen Ehegatten, so kann der Erblasser eine **Nacherbeneinsetzung** auf den Überrest anordnen, und zwar unbeschleunigt des Pflichtteils dieses Nachkommen (nArt. 492a und 531 ZGB). Es wird damit eine neue Gestaltungsmöglichkeit im Erbrecht geschaffen, die zweifellos einem Bedürfnis entspricht, aber auch eine Vielzahl von Schwierigkeiten aufwirft. Für Details wird auf das Referat von Prof. Denis Piotet anlässlich des Schweizerischen Notarenkongresses in Bern vom 23. November 2012 verwiesen. Die schriftliche Fassung dieses Referats wird im Tagungsband abgedruckt, welcher im Frühling 2013 erscheinen soll.

d) *Übergangsrecht*

Das neue Recht gilt auch für Personen, für die unter altem Recht eine Massnahme angeordnet wurde. Entmündigte Personen stehen neu unter umfassender Beistandschaft. Alle übrigen Massnahmen sind an das neue Recht anzupassen, sofern sie nicht dahinfallen sollen. Dafür steht den KESB eine dreijährige Übergangsfrist zur Verfügung. Hängige Verfahren werden ab dem 1. Januar 2013 von der neu zuständigen Behörde weitergeführt, und zwar nach neuem Verfahrensrecht (nArt. 14 und 14a SchlT ZGB).

¹⁵ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7105.



e) *Obligationenrecht*

Gemäss nArt. 35 Abs. 1 OR erlischt die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung (Vollmacht), sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, unter anderem mit dem Verlust der *entsprechenden Handlungsfähigkeit*. Eine analoge Bestimmung findet sich im Auftragsrecht: Der Auftrag erlischt, sofern nicht das Gegenteil vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, unter anderem mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit (nArt. 405 Abs. 1 OR). Neu ist, dass der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen *muss*, wenn dieser voraussichtlich dauernd urteilsunfähig wird, zumindest dann, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint (nArt. 397a OR).

Nicht völlig geklärt erscheint das Verhältnis zwischen dem (formlos gültigen) Auftrag, der auch bei Verlust der Handlungsfähigkeit weiterhin Bestand haben soll, und dem formbedürftigen Vorsorgeauftrag. Nach Rumo-Jungo¹⁶ untersteht auch der obligationenrechtliche Auftrag, der über die Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers hinaus wirksam sein soll, der behördlichen Kontrolle, sobald die betroffene Person voraussichtlich *voll* handlungsunfähig wird und damit die Voraussetzungen eines Vorsorgeauftrages erfüllt sind. Ferner vertritt sie die Ansicht, dass obligationenrechtliche Aufträge, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts erstellt wurden, weiterhin Geltung haben können. Sofern die Urteilsunfähigkeit aber erst nach dem 1.1.2013 eintritt, untersteht ihre Wirksamkeit den Voraussetzungen von nArt. 363 ZGB. Die KESB müsste demnach dieselbe Prüfung durchführen wie bei einem Vorsorgeauftrag. Künftig sollen obligationenrechtliche Aufträge über die Urteilsunfähigkeit hinaus nur noch beschränkt möglich sein, nämlich für Fälle, in denen der Auftraggeber gerade noch nicht (voll) urteilsunfähig ist. Ist die Urteilsunfähigkeit dagegen voll und voraussichtlich dauernd eingetreten, soll das rechtsgültige Handeln für den Auftraggeber nur noch unter den Voraussetzungen des Vorsorgeauftrages möglich sein (lex specialis im Verhältnis zum einfachen Auftrag).

Eine Rolle spielen wird auch die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Weitergeltungsklauseln in Vollmacht und Auftrag: BGE 132 III 222 und 5A_67/2008, teilweise publiziert als BGE 134 III 385.

Abschliessend können nur die Gerichte diese Fragen klären. Für die Beratung scheint es mir aber angezeigt, eher zum – allenfalls beschränkten – Vorsorgeauftrag zu raten, während von Vollmachten und Aufträgen über die Handlungsunfähigkeit hinaus nur noch beschränkt Gebrauch gemacht werden sollte. Entscheidend bleiben aber selbstverständlich die individuellen Wünsche der Ratsuchenden im Einzelfall.

IX. **Schlussbemerkungen**

Für Urkundspersonen wird das neue Institut des Vorsorgeauftrages voraussichtlich eine wichtige Rolle spielen. Die Beratung in diesem Bereich und die Formulierung von Aufträgen, welche die Wünsche der Ratsuchenden möglichst genau abdecken, werden eine neue Herausforderung darstellen. Das Publikum ist aber auch über die weitreichenden Kompetenzen einer vorsorgebeauftragten Person, die nur unter einer beschränkten behördlichen Kontrolle steht und die vom Auftraggeber nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit nicht mehr selbst abgesetzt werden kann, aufzuklären. Es scheint mir angebracht, auf die neuen Vorsorgemöglichkeiten anlässlich von erbrechtlichen Nachfolgeberatungen hinzuweisen.

¹⁶ BSK Erw.Schutz-Rumo-Jungo, Art. 360 N 12.



Für die Grundbuchämter wird sich die Arbeit nicht grundlegend verändern. Die Prüfung, ob eine Zustimmung (eines Beistands und/oder der Erwachsenenschutzbehörde) erforderlich ist (Art. 83 Abs. 2 lit. i GBV) wird aber anspruchsvoller, da die bisher bekannten Typisierungen des Vormundschaftsrechts wegfallen.

Freundliche Grüsse

Grundbuch- und Beurkundungsinspektorat

Thomas Honegger

Beilagen:

- Muster umfassender, eigenhändiger Vorsorgeauftrag
- Muster umfassender, öffentlich beurkundeter Vorsorgeauftrag (kurz)
- Muster umfassender, öffentlich beurkundeter Vorsorgeauftrag (lang)

Geht an:

- Alle Grundbuchämter des Kantons
- Alle Gemeindeschreiberinnen und Gemeindeschreiber des Kantons (mit der Bitte um Weiterleitung an die Erbschaftsämter)
- Departement Inneres und Kultur, Departementssekretariat, Obstmarkt 1, Herisau
- Anwaltsaufsichtskommission, Trogen (zur Kenntnisnahme; ohne Beilagen)