

Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht



lic. iur. KURT AFFOLTER,
Fürsprecher und Notar,
Institut für angewandtes
Sozialrecht, Ligerz

Inhaltsübersicht:

1. Einleitung
2. Menschensorge zwischen Selbst- und Fremdbestimmung
3. Geltendes Vormundschaftsrecht und Selbstbestimmung
4. Selbstbestimmung im revidierten Erwachsenenschutzrecht
 - 4.1 Die eigene Vorsorge
 - 4.1.1 Der Vorsorgeauftrag
 - 4.1.2 Die Patientenverfügung
 - 4.2 Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen
 - 4.3 Massnahmenkatalog des Erwachsenenschutzrechts
 - 4.3.1 Begleitbeistandschaft
 - 4.3.2 Die Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen
 - 4.3.3 Die Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung
 - 4.3.4 Mitwirkungsbeistandschaft
 - 4.3.5 Kombination von Beistandschaften
 - 4.3.6 Umfassende Beistandschaft
 - 4.4 Person des Beistandes
 - 4.5 Führung der Beistandschaft
 - 4.6 Die fürsorgerische Unterbringung
5. Schlussbemerkungen

1. Einleitung

Das geltende Vormundschaftsrecht ist um die Wende des 19. ins 20. Jahrhundert entstanden und 1912 in Kraft gesetzt worden. Dass es beinahe ein Jahrhundert überlebt hat, spricht aller Kritik zum Trotz für seine hohe Qualität. Es erwies sich offensichtlich im Stande, die Folgen grosser gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Umwälzungen zu bewältigen, wenngleich es in mehrfacher Hinsicht der Modernisierung bedarf.

Vormundschaftsrechtliche Bestimmungen, welche aufgrund der Fortentwicklung des modernen Sozialstaates oder aufgrund des Wertewandels in der Konsum- und – je nach Standpunkt – Wohlstandsgesellschaft des 21. Jahrhunderts nicht mehr zeitgemäss und überholt scheinen, bilden selten

ein unüberwindbares Hindernis für die rechtsanwendenden Vormundschaftsbehörden¹. So können zwar beispielsweise lasterhafter Lebenswandel und Misswirtschaft zur Entmündigung führen. In der Praxis sind das aber nur seltene Fälle, weil einerseits eine wertpluralistische Gesellschaft bei solchen Tatbeständen in Beweisnot gerät. Andererseits haben sich unter der Marktwirtschaft Institute entwickelt, welche auch bei Misswirtschaft ein Überleben – beispielsweise mittels Leasing oder Kleinkrediten – in vielen Fällen durchaus erträglich erscheinen lassen oder zumindest einen Status als Schuldner verschaffen, der gesellschaftlich anerkannt ist.

Damit vermag das herrschende ökonomische System seine ihm immanenten Auswüchse teilweise selbst abzufedern, oder den daraus entstehenden persönlichen Notlagen wird nicht mit individuellen Massnahmen, sondern mit sozialpolitischen Instrumentarien (z.B. Konsumentenschutz) begegnet. Es sind wohl nicht zuletzt deshalb – aller volkswirtschaftlicher Verschuldung zum Trotz – in mehr als 99% der neu angeordneten vormundschaftlichen Massnahmen andere Gründe als die Misswirtschaft und der lasterhafte Lebenswandel, welche einen vormundschaftsrechtlich relevanten Hilfsbedarf begründen², nämlich

- Unerfahrenheit oder Unfähigkeit,
- eine geistige Behinderung,
- eine psychische Störung,
- ähnliche in der Person liegende Schwächezustände (Altersdemenz, schwere Wahrnehmungsstörungen)
- vorübergehende Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit
- Interessenkollision mit der gesetzlichen Vertretung.

In der Schweiz bedürfen deshalb gegenwärtig rund 1.3% Prozent der Bevölkerung oder rund 103 000³ minderjährige

Überarbeitete Fassung des Referates vom 9. Juni 2006 anlässlich der Veranstaltung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen zum Thema Vormundschaftsrecht und Fürsorge.

- 1 ERNST LANGENEGGER, Kreative Lösungen bei vormundschaftlichen Massnahmen, in: Aktuelle Probleme im Vormundschafts- und Kindesrecht, Fachtagung des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis der Universität St. Gallen, 28. Mai 2004.
- 2 Nach der Vormundschaftsstatistik 2004 (ZVW 2006, 42 ff., 47) entfallen auf total 10 287 neu angeordnete Massnahmen lediglich 105 auf Entmündigungen gemäss Art. 370 ZGB (Verschwendung, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel, Misswirtschaft).
- 3 Die Vormundschaftsstatistik 2004 (FN 2) weist per 31.12.2004 insgesamt 67 540 Erwachsenenschutzmassnahmen (ohne fürsorgerische Freiheitsentziehung) und 35 508 Kinderschutzmassnahmen, also total 103 048 Massnahmen auf eine Gesamtbevölkerung von 7 582 149 aus. Darunter fallen

und erwachsene Menschen der Hilfe durch eine behördlich bestellte Person, um im Rechts- und Sozialleben bestehen zu können. Diesem Bevölkerungsteil ist die heutige Vormundschafspflege in erster Linie zugeordnet, und diesem Bevölkerungsteil, zu dem wir im Übrigen alle einmal gehören konnten oder können, gilt die Totalrevision des Vormundschaftsrechts, oder – wie es künftig heissen soll – eben des Erwachsenenschutzrechts⁴.

Die heutiger vormundtschaftlicher Intervention zugrunde liegenden *rechtsethischen Motive*⁵, nämlich

- das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Menschen sicherzustellen,
- deren Menschenwürde zu gewährleisten und
- die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich zu erhalten und zu fördern und
- dabei auf die Interessen Dritter Rücksicht zu nehmen,

werden mit der Revision nicht in Frage gestellt und bilden auch das Fundament künftiger, behördlich angeordneter Fremdbetreuung⁶. Der Tatsache, dass viele Betroffene, aber auch die Öffentlichkeit, die Vormundschafspflege ganz im Gegenteil zu ihrem rechtsethischen Anspruch als staatliche Sanktion und obrigkeitlichen Eingriff in die persönliche Freiheit und Selbstbestimmung verstehen und ihn in Vergangenheit und Gegenwart teilweise auch so erleben, soll durch eine neue Terminologie, durch eine Professionalisierung der Behörden, mit einem differenzierteren Massnahmen-system, einer erhöhten Selbst- und Mitbestimmung bei der Überwindung schwieriger Lebenslagen, durch eine Aufwertung familiärer und partnerschaftlicher Zuständigkeiten und mit einem verbesserten Rechtsschutz Rechnung getragen werden. Der vorliegende Beitrag wird sich im Besonderen der Frage zuwenden, inwiefern das neue Erwachsenenschutzrecht der Selbstbestimmung besser Rechnung tragen kann als bisher.

2. Menschensorge zwischen Selbst- und Fremdbestimmung

Unsere Rechtskultur ist geprägt vom Willen, in gegenseitiger Rücksichtnahme und Achtung die Vielfalt in der Einheit zu leben, allen zu ermöglichen, ihre individuelle und kollektive Freiheit zu gebrauchen, und am Wohl der Schwachen die Stärke der Nation zu messen⁷.

Die Achtung der Menschenwürde⁸ hat allgemein die Bedeutung eines Leitgrundsatzes für jegliche Staatstätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte, dient deren Auslegung und Konkretisierung und ist Auffanggrundrecht. Der offene Normgehalt der Menschenwürde kann allerdings nicht abschliessend positiv festgelegt werden. Er betrifft das letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und der Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in dessen eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartig-

keit. In dieser Ausrichtung weist Art. 7 der Bundesverfassung besondere Bezüge zu spezielleren Grundrechten und insbesondere zu den verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechten auf, die gerade auch unter Beachtung der Menschenwürde anzuwenden sind⁹.

Die persönliche Freiheit¹⁰ steht im Zentrum des verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutzes. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung garantiert die persönliche Freiheit alle Freiheiten, die elementare Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung darstellen; sie umfasst "toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine", ein Mindestmass an persönlicher Entfaltungsmöglichkeit und die dem Bürger eigene Fähigkeit, eine gewisse tatsächliche Begebenheit zu würdigen und danach zu handeln. Das Bundesgericht hat indessen auch auf die Grenzen des Grundrechts auf persönliche Freiheit hingewiesen und darin keine allgemeine Handlungsfreiheit erblickt, auf die sich der Einzelne gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf seine persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen könne; die persönliche Freiheit schütze nicht vor jeglichem physischen oder psychischen Missbehagen¹¹.

Autonome Persönlichkeitsentfaltung und Garantie der Menschenwürde bedingen nicht nur staatliches Dulden,

1306 Obhutentzüge (Art. 310 ZGB), verbunden mit einer Fremdplatzierung, in der Regel in eine Pflegefamilie oder ein Heim. Die fürsorglichen Freiheitsentzüge werden statistisch nicht mehr erfasst, weil die Daten in den verschiedenen Kantonen nicht nach vergleichbaren Kriterien erhoben werden. Gemäss NZZ vom 8.11.2005, Nr. 261, 13, bewegen sich die FFE pro Jahr auf 6300; vgl. auch ANDREAS NOLL, Mit dem Segen der Justiz zwangsweise weggesperrt, in: plädoyer 2006, 39 ff., Fn. 5 und 6.

4 Der Bundesrat hat am 28. Juni 2006 die Botschaft zur Totalrevision des Vormundschaftsrechts zuhanden des Bundesparlamentes verabschiedet.

5 BERNHARD SCHNYDER/MARTIN STETTLER/CHRISTOPH HÄFELI, Expertenbericht zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, Bern 1995, 38 ff.; KURT AFFOLTER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Art. 406 N 29; CYRIL HEGNAUER, Das Wohl des Mündels als Maxime der Vormundschaft, ZVW 1984, 81 f.

6 Art. 388 Abs. 1 und 2, 390 Abs. 3 E-ZGB 2006.

7 Präambel zur Bundesverfassung vom 18. April 1999, in Kraft seit 1. Januar 2000 (SR 101).

8 Art. 7 BV.

9 BGE 132 I 49 E. 5.1.; BGE 127 I 6 E. 5b, 14 f.

10 Art. 10, 13, 24 und 31 BV; Art. 2, 3, 5 und 8 EMRK, ZP Nr. 6 vom 28. April 1983 zur EMRK (SR 0.101.06); Art. 6–12 und 17 UNO-Pakt II; Folterkonventionen der UNO von 1984 und des Europarates von 1987 (Quelle: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS VALLENDER, Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/St. Gallen/Lachen 2002, Art. 10 N 6).

11 Entscheidung des Bundesgerichts 1P.579/2005 vom 25. Januar 2006 E. 5.2.; BGE 127 I 6 E. 5, 12.

sondern sie verpflichten den Staat auch, Angriffe, gleich von welcher Seite sie kommen, abzuwehren und menschenunwürdige Not durch Fürsorge und materielle Hilfe abzuwenden¹². Mit Bezug auf das Vormundschaftsrecht wird deshalb auch von hoheitlich verordneter Fremdbestimmung¹³ gesprochen, was in der Sozialarbeitsliteratur zuweilen auch als Zwangsbeglückung bezeichnet wird¹⁴. Wer die Zulässigkeit der "Hilfe wider Willen" grundsätzlich verneint, riskiert um eines verabsolutierten Selbstbestimmungsrechts willen letztlich den Verlust der Garantie von Menschenwürde und persönlicher Freiheit¹⁵.

Die Problematik vormundschaftsbehördlicher Intervention liegt darin, dass die gleiche Massnahme regelmässig geeignet ist, einerseits das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu berühren, andererseits ihm Hilfe zu gewähren. Die Antinomie von Freiheit und Betreuung ist dem Vormundschaftsrecht inhärent¹⁶ und begründet auch seine typische Positionierung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht¹⁷. Deshalb wurden bereits in den 80er-Jahren des letzten Jahrhunderts Leitideen entwickelt, welche der Revision des Vormundschaftsrechts zugrunde liegen, und es wurden Entwicklungstendenzen in Rechtsprechung und Praxis identifiziert, welche eine vermehrte Hinwendung zur Person und deren individuellem Eigenwert darstellen¹⁸.

3. Geltendes Vormundschaftsrecht und Selbstbestimmung

Die Wahrnehmung persönlicher Freiheit hängt eng mit der Urteilsfähigkeit und der Mündigkeit zusammen. Weil es sich bei der persönlichen Freiheit aber um ein persönlichkeitsnahes Grundrecht handelt, genügt für deren Wahrnehmung grundsätzlich die Urteilsfähigkeit und kann sie im Unterschied zu nicht persönlichkeitsnahen Grundrechten (namentlich ökonomische Grundrechte wie Eigentums-, Handels- und Gewerbefreiheit) ohne gesetzliche Vertretung wahrgenommen werden¹⁹.

Ein typischer und das gesamte Erziehungsmodell des Zivilgesetzbuches prägender Ausdruck persönlicher Freiheitsansprüche des Kindes findet sich in Art. 301 Abs. 2 ZGB, welcher vom Kind zwar Gehorsam gegenüber seinen Eltern fordert, die Eltern aber andererseits dazu verpflichtet, dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung zu gewähren und in wichtigen Angelegenheiten soweit tunlich auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen. Wird die Freiheit des Kindes nicht respektiert und das Kindeswohl dadurch gefährdet, können die Vormundschaftsbehörden intervenieren²⁰. Diese Konsequenz ist einer der Anwendungsfälle zur Durchsetzung von Grundrechten gegenüber Dritten, der so genannten indirekten Horizontalwirkung der Grundrechte²¹.

Auch das Erwachsenenschutzrecht dient wie dargestellt einerseits der Verwirklichung persönlicher Freiheit für Personen, welche selbst ihre Interessen nicht wahren können²². Andererseits verunmöglicht das Vormundschaftsrecht zum

Teil autonome Freiheitsbetätigung. Im Falle der Vormundschaft verunmöglicht es den Betroffenen, selbstständig wirtschaftlich aktiv zu sein²³, Rechtsgeschäfte jeglicher Art abzuschliessen, soweit es sich nicht um absolut höchstpersönliche Bereiche handelt, die Vormundschaft beeinträchtigt zudem die Ehefreiheit²⁴, die Wahl des Wohnsitzes²⁵, die Ausübung elterlicher Sorge²⁶ und im Falle der Vormundschaft nach Art. 369 ZGB die Ausübung der politischen Rechte²⁷. Die Beiratschaft beeinträchtigt je nach Typus die Geschäftsfähigkeit und Wirtschaftsfreiheit²⁸ oder das Recht

12 HEINRICH KOLLER, Das Vormundschaftsrecht im Wandel – Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts, in: ZVW 1992, 83.

13 HEGNAUER (FN 5), 81 f.

14 MARIANNE GUMPINGER (Hrsg.), Soziale Arbeit mit unfreiwilligen KlientInnen, edition pro mente, Linz 2001, "Zwangsbeglückung" oder Wie viel Freiwilligkeit braucht soziale Arbeit?, 11 ff.; ebenda CHRIS TROTTER, Soziale Arbeit mit unfreiwilligen Klienten, Ein Handbuch für die Praxis (deutsche Übersetzung), Linz 2002, 99, 121 ff.

15 RUTH REUSSER, Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutz, in: ZVW 2003, 179; MARTIN STETTTLER, Quelques réflexions à propos de la réforme du droit tutélaire, in: Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel Grossen, Basel 1992, 243 ff.

16 SCHNYDER/STETTTLER/HÄFELI (FN 5), 39.

17 BGE 5A.15/2003 vom 25.8.2003; 5P.394/2002 vom 17.1.2003; BGE 129 I 419.

18 HEGNAUER (FN 5), 81 ff.; BERNHARD SCHNYDER/ERWIN MURER, Berner Kommentar, Systematischer Teil zu den Art. 360–397 ZGB, Syst. Teil N. 238–289, 88–103; JOSEF KELLER, Entwicklungstendenzen im Vormundschaftsrecht, in: ZVW 1988, 42 f.

19 EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (FN 10), Art. 11 BV N 19 f.

20 Art. 307 ff. ZGB.

21 Art. 35 Abs. 3 BV. EHRENZELLER/MASTRONARDI/SCHWEIZER/VALLENDER (FN 10), Art. 35 BV N 18.

22 Sei es aufgrund ihrer physischen oder psychischen Gesundheit, sei es aufgrund von Unerfahrenheit, ihrer intellektuellen Defizite oder anderer in der Person liegender Schwachzustände. Dabei stehen vier Personen-Gruppen im Vordergrund: psychisch Kranke, Suchtkranke, geistig Behinderte und Betagte (SCHNYDER/STETTTLER/HÄFELI [FN 5], 32). Im neuen Recht werden die Schwachzustände beschrieben als psychische Krankheit bzw. Störung, Suchtkrankheit, geistige Behinderung und andere in der Person liegende Schwachzustände (SCHNYDER/STETTTLER/HÄFELI [FN 5], 76; Art. 390 E-ZGB 2006).

23 Art. 27 BV; wobei der Vormundschaftsbehörde die Möglichkeit zusteht, der entmündigten Person den selbständigen Betrieb eines Berufes oder eines Gewerbes zu gestatten (Art. 412 ZGB), oder sie kann ihr Vermögen zur freien Verfügung stellen (Art. 414 ZGB).

24 Art. 94 Abs. 2 ZGB; Art. 14 BV.

25 Art. 25 Abs. 2, 377 und 421 Ziff. 14 ZGB, Art. 24 BV.

26 Art. 296 Abs. 2 ZGB; Art. 8, 14 BV.

27 Art. 136 Abs. 1 BV, Art. 2 BG über die politischen Rechte (SR 161.1).

28 Art. 395 Abs. 1 ZGB; Art. 27 BV.

zu eigener Vermögensverwaltung²⁹. Selbst die Beistandschaft tangiert die persönliche Freiheit, in dem die verbeiständete Person zwar in ihrer eigenen Handlungsfähigkeit unberührt bleibt, sich aber Handlungen des Beistandes oder der Beiständin anrechnen lassen muss. Zudem ist sie in ihrer freien Vermögensverwaltungsbefugnis dadurch "behindert", dass auch verbeiständetes Vermögen unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde an sicherem Ort aufzubewahren ist und deshalb hinterlegtes Vermögen nur über die Vormundschaftsbehörde abrufbar ist³⁰.

Die Selbstbestimmung wird im geltenden Vormundschaftsrecht auch gegenüber Personen eingeschränkt, welche bloss "unfähig" sind, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen oder diesem zuzustimmen. Es geht dabei um verbeiständete, also grundsätzlich handlungsfähige Personen³¹, welche aufgrund eines besonderen Schwächezustandes daran gehindert werden, ihre Interessen zu wahren und deshalb verbeiständet wurden³², ohne dass sie als urteilsunfähig gelten³³.

4. Selbstbestimmung im revidierten Erwachsenenenschutzrecht

Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung stehen die neu ins Gesetz aufgenommenen Bestimmungen zur eigenen Vorsorge und das neue Massnahmensystem im Vordergrund. Unter dem Titel "Die eigene Vorsorge" werden neu zwei Vorsorgeinstitute ins Familienrecht aufgenommen, welche es erlauben, in gesunden und vitalen Tagen vorzusorgen und die eigene Betreuung und Vertretung nach eigenen Vorstellungen in künftigen Lebensphasen sicherzustellen, in welchen man möglicherweise auf Dritte angewiesen sein wird.

Das revidierte Erwachsenenenschutzrecht stellt damit nicht nur behördlich anzuordnende Rechtsinstitute für Schwache und Hilfsbedürftige, sondern auch weitgehend der Privatautonomie und dem Selbstbestimmungsrecht überlassene Alternativen zur Verfügung.

4.1 Die eigene Vorsorge

4.1.1 Der Vorsorgeauftrag

Mit dem Vorsorgeauftrag³⁴ kann eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person beauftragen und ermächtigen, bei Eintreten ihrer Urteilsunfähigkeit und während der Dauer dieses Zustandes deren Personen- und Vermögenssorge sicherzustellen und sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Sie kann zudem Ersatzverfügungen treffen oder Substitutionsvollmachten erteilen. Eine gesetzliche Befristung ist nicht vorgesehen.

Als Formerfordernis wird Eigenhändigkeit oder öffentliche Beurkundung verlangt, was den Formen letztwilliger Verfügungen entspricht³⁵. Die Existenz des von Anfang bis Ende von Hand geschriebenen, datierten und unterzeichneten Aktes oder der öffentlichen Urkunde sowie deren Hinterlegungsort können beim Zivilstandsamt in der zentralen

Datenbank erfasst werden, ohne dass das Dokument selbst dort zu hinterlegen wäre. In derselben Form, wie sie errichtet wurde, kann die Urkunde widerrufen werden. Sie kann auch physisch zerstört werden, wobei bei öffentlichen Urkunden die Urkundsperson zu benachrichtigen ist³⁶.

Mit dem Vorsorgeauftrag kann die auftraggebende Person Anordnungen, Bedingungen und Auflagen festhalten, welche in grösstmöglichem Mass ihrer bisherigen Lebensführung und künftigen Lebensplanung Rechnung tragen und damit wesentlich weiter gehen können als die Zuständigkeiten eines Beistandes. Anweisungen über die Vermögensanlage, Schenkungen oder Weisungen zu Pflege und medizinischer Unterstützung sind Beispiele dieser erweiterten Selbstbestimmung.

Wenn die Erwachsenenschutzbehörde eine Gefährdungsmeldung erhält, hat sie sich beim Zivilstandsamt nach dem Vorliegen eines Vorsorgeauftrages zu erkundigen und, sofern einer vorliegt, zu prüfen, ob er gültig errichtet wurde, die Wirksamkeitsvoraussetzungen eingetreten sind, die beauftragte Person geeignet ist und weitere Massnahmen erforderlich sind³⁷.

Wenn die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag annimmt, so wird sie von der Erwachsenenschutzbehörde auf ihre Pflichten hingewiesen³⁸ und erhält eine Legitimationsurkunde. Darin kann die Erwachsenenschutzbehörde auch allfällige Ergänzungen vornehmen oder Auslegungen klären, ohne bei unbedeutenden Lücken zu einer Massnahme greifen zu müssen³⁹.

Die Erwachsenenschutzbehörde legt auch die Entschädigung fest, wenn diese nicht geklärt sein sollte⁴⁰.

Für die Kündigung des Vorsorgeauftrages durch den Beauftragten gilt – wenn keine wichtigen Gründe eine fristlose Auflösung rechtfertigen – eine Frist von zwei Monaten und sie ist schriftlich an die Erwachsenenschutzbehörde zu richten⁴¹.

Wenn die Interessen der auftraggebenden Person durch die beauftragte Person gefährdet oder nicht gewahrt wer-

29 Art. 395 Abs. 2 ZGB, Art. 26 BV.

30 KURT AFFOLTER, Zur Inventarisierung und Verwahrung verbeiständeter Vermögen, in: ZVW 2004, 220 f. lit. e).

31 Art. 13 ZGB.

32 YVO BIDERBOST, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Art. 419 N 19 f.; AUGUST EGGER (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Art. 419 ZGB N 7.

33 Art. 16 ZGB.

34 Art. 360 E-ZGB 2006.

35 Art. 361 E-ZGB 2006, Art. 499–505 ZGB.

36 Art. 362 E-ZGB 2006.

37 Art. 363 E-ZGB 2006.

38 Diese richten sich nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag, Art. 394 ff. OR, vgl. Art. 365 E-ZGB 2006.

39 Art. 364 E-ZGB 2006.

40 Art. 366 E-ZGB 2006.

41 Art. 367 E-ZGB 2006.

den, hat die Erwachsenenschutzbehörde einzugreifen und entweder Weisungen, Bedingungen oder Auflagen zu erteilen, ein Inventar anzuordnen, Rechnungsablage oder Berichterstattung zu verlangen oder der beauftragten Person die Befugnisse ganz oder teilweise zu entziehen⁴² mit der Konsequenz, dass eine Erwachsenenschutzmassnahme zu erwägen ist.

Wer durch eine vorsorgebeauftragte Person vertreten wird, verliert wie die Person unter umfassender Beistandschaft das Recht zur Ausübung der politischen Rechte⁴³, was gesetzgeberisch nochmals zu hinterfragen ist.

4.1.2 Die Patientenverfügung

In einer Patientenverfügung⁴⁴ antizipiert eine urteilsfähige Person⁴⁵ eine Krankheitssituation und bestimmt für den Fall, dass sie mangels Urteilsfähigkeit nicht mehr selbst entscheiden können wird, entweder, welchen medizinischen Massnahmen sie zustimmt oder nicht zustimmt, oder aber sie bestimmt eine natürliche Person, welche mit oder ohne Weisungen an ihrer Stelle mit den Ärztinnen und Ärzten die nötigen Entscheide trifft. Dieser Verfügung muss entsprochen werden, wenn sie nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstösst oder begründete Zweifel bestehen, ob sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin entspricht⁴⁶. Bezieht sich die Patientenverfügung auf die Behandlung einer psychischen Störung im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung oder liegt ein Notfall vor, so muss sie nur berücksichtigt werden, es ist ihr aber nicht zwingend zu entsprechen⁴⁷.

Im Unterschied zur Vorsorgevollmacht bedarf es hier nur der Schriftlichkeit, der Datierung und Unterschrift. Das Vorhandensein einer Patientenverfügung und deren Hinterlegungsort können auf der Versichertenkarte vermerkt werden. Danach müssen sich auch Ärzte erkundigen, wenn sie urteilsunfähige Patienten zu behandeln haben, es sei denn, die Patientenverfügung sei bei ihnen selbst hinterlegt oder der Patient trage sie auf sich⁴⁸. Für den Widerruf gelten die Bestimmungen des Vorsorgeauftrages sinngemäss.

Jede der Patientin nahe stehende Person kann die Erwachsenenschutzbehörde anrufen, wenn der Patientenverfügung nicht entsprochen wird oder diese nicht auf freiem Willen beruhen soll oder aber die Interessen der Patientin gefährdet oder nicht gewahrt sind⁴⁹.

4.2. Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen

Schon nach geltendem Recht geniesst die familiäre Hilfe und Unterstützung Priorität vor behördlichen Massnahmen. Nach geltendem Recht gehören bekanntlich dazu die eheliche Beistandspflicht (Art. 159 Abs. 3 ZGB), die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft (Art. 166 ZGB) und die familienrechtliche Beistands- und Unterstützungspflicht (Art. 272 und 328 f. ZGB). Darüber hinaus kann nach geltendem Recht sowohl an Familienangehörige als auch an Dritte ein einfacher Auftrag (Art. 394 OR) oder eine Vertretungsvollmacht

(Art. 32 ff. OR) erteilt werden, und schliesslich besteht die – wenn auch risikobehaftete – Möglichkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 ff. OR. Zudem haben heute Verwandte bei der Wahl des Vormundes oder Beistandes ein Vorrecht (Art. 380/381 ZGB) beziehungsweise eine Verpflichtung (Art. 382 und 385 Abs. 3 ZGB).

Die neuen Bestimmungen begünstigen das Selbstbestimmungsrecht insofern, als Ehegatten und eingetragene Partner ein erweitertes *gesetzliches Vertretungsrecht*⁵⁰ erhalten, wenn ihr Ehegatte oder eingetragener Partner urteilsunfähig wird, sie vorher entweder einen gemeinsamen Haushalt geführt oder dieser Person regelmässig und persönlich Beistand geleitet haben und weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft besteht.

Das revidierte Vertretungsrecht umfasst zum einen alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs erforderlich sind, die ordentliche Verwaltung von Einkommen und Vermögen, sowie das Öffnen und Erledigen der Post. Für ausserordentliche Vermögenshandlungen bedarf es der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde. Im Streit- oder Zweifelsfall kann die Erwachsenenschutzbehörde dem berechtigten Ehegatten oder Partner eine Ermächtigungsurkunde ausstellen⁵¹.

Zum andern geht es auch darum zu klären, wer die urteilsunfähige Person bei medizinischen Massnahmen vertreten darf und nach hinreichender Aufklärung eine Zustimmung erteilen oder verweigern kann, welche für die Ärzteschaft verbindlich sein kann⁵². Hier geht aufgrund des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich die Patientenverfügung vor. Fehlt eine solche, ist der Vorsorgeauftrag massgeblich, und mangelt es auch eines solchen, der Reihe nach der Beistand/die Beistandin, Ehegatte und eingetragener Partner mit gelebter Beziehung, Nachkommen, welche der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten, Eltern und schliesslich Geschwister unter den selben Voraussetzungen. Die Erwachsenenschutzbehörde hat auch hier die Möglichkeit einzuschreiten, wenn die Interessen und das Wohl der urteilsunfähigen Person nicht gewahrt

42 Art. 368 E-ZGB 2006.

43 Art. 2 Entwurf rev. BG über die politischen Rechte.

44 Art. 370 E-ZGB 2006.

45 Es kann sich auch um unmündige Personen oder solche unter umfassender Beistandschaft handeln. Zur Wahrung höchstpersönlicher Rechte genügt, dass sie urteilsfähig sind, Art. 19 Abs. 2 ZGB und Art. 19c E-ZGB 2006.

46 Art. 372 Abs. 2 E-ZGB 2006.

47 Art. 379, 433 und 435 E-ZGB 2006. Kritisch: KURT AFFOLTER, Mit der Totalrevision des Vormundschaftsrechts zu einer neuen Qualität des Erwachsenenschutzes?, in: ZVW 2003, 393, 403; OLIVIER GUILLOD, Traitement forcé: des dispositions schizo-phrènes? in: ZVW 2003, 347 ff.

48 Art. 371 und 372 Abs. 1 E-ZGB 2006.

49 Art. 373 E-ZGB 2006.

50 Art. 374 E-ZGB 2006.

51 Art. 376 E-ZGB 2006.

52 Art. 377–380 E-ZGB 2006.

sind⁵³. Für die Behandlung einer psychischen Störung gelten die Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung, worauf noch zurückzukommen sein wird⁵⁴.

Die Bestimmungen über den Aufenthalt von Urteilsunfähigen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen sind weniger Abbild eines verstärkten Selbstbestimmungsrecht denn Massnahmen zur Qualitätssicherung und zur Wahrung der Menschenwürde von Urteilsunfähigen, welche selbst für den Fall der Unterbringung keine Vorkehrungen mehr treffen können und getroffen haben. Es kann hier nur auf die Bestimmungen der Artikel 382–387 E-ZGB 2006 hingewiesen werden⁵⁵. Ebenfalls ausserhalb des Gegenstands dieses Aufsatzes liegen die weiteren Privilegien von Angehörigen im neuen Erwachsenenschutzrecht⁵⁶.

4.3 Massnahmenkatalog des Erwachsenenschutzrechts

In Zukunft werden anstelle der heutigen Beistandschaft, Beiratschaft und Vormundschaft als einzige mandatsgebundene Massnahmen noch *vier Formen der Beistandschaft* treten⁵⁷. Die andere, nicht mit einem Amtsträger verbundene Massnahme, wird die *fürsorgerische Unterbringung* (heute: fürsorgerische Freiheitsentziehung) sein⁵⁸. Alle vier Beistandschaften sind dadurch gekennzeichnet, dass

- mit, ohne oder gegen den Willen von Personen, die wegen geistiger Behinderung, psychischer Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen können, oder welche wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln können noch eine Stellvertretung zu bezeichnen vermögen, eine jeweils geeignete Massnahme angeordnet wird⁵⁹,
- für deren Verwirklichung ein Amtsträger oder eine Amtsträgerin bestellt wird⁶⁰, der/die zu Gunsten dieser verbeiständeten Personen bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat und mit den hierfür nötigen Rechten und Pflichten ausgestattet ist⁶¹,
- mit der Bewandnis, dass die verbeiständeten Personen sich die Erfüllung dieser Aufgaben gefallen lassen beziehungsweise deren Ergebnisse anrechnen lassen müssen⁶².

Betrachten wir die generellen Bedingungen zur Errichtung einer Beistandschaft, so fallen auf den ersten Blick im Vergleich zu den heutigen Massnahmetypen zwei Postulate auf, welche das gesamte Spannungsfeld vormundschaftsbehördlicher Betreuungsarbeit ausleuchten:

Auf der einen Seite sollen behördliche Massnahmen das *Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen* sicherstellen und dabei die Selbstbestimmung der betroffenen Person soweit als möglich erhalten und fördern⁶³.

Auf der andern Seite anerkennt das neue Gesetz ausdrücklich die *Belastung und den Schutz von Angehörigen und Dritten* als möglichen Legitimationsgrund für eine Massnahmen des Erwachsenenschutzes⁶⁴. Dies bedeutet,

dass die soziale Verantwortlichkeit von zu verbeiständenden Personen und das Bedürfnis nach deren sozialer Integration statt Ausgrenzung nun ausdrücklich höher gewichtet und anerkannt werden soll⁶⁵, was letztlich das Selbstbestimmungsrecht zurückdrängen kann.

Vorgesehen sind vier verschiedene Formen der Beistandschaft⁶⁶, mit welchen künftighin abgestuft und massgeschneidert Handlungsbefugnisse an den Beistand / die Beiständin verliehen und wenn nötig der betreuten Person entzogen werden können, bis hin zum vollständigen Handlungsfähigkeitsentzug, der allerdings nicht mehr Entmündigung heissen wird, sondern umfassende Beistandschaft.

4.3.1 Begleitbeistandschaft

In Anlehnung an die heutige Beistandschaft auf eigenes Begehren wird die Begleitbeistandschaft⁶⁷ als mildeste Eingriffsstufe eine Betreuung auf Antrag und im Einverständnis mit der verbeiständeten Person ermöglichen. Allerdings erhält der Begleitbeistand weder Vertretungs- noch Ver-

53 Art. 376 E-ZGB 2006.

54 Art. 380 E-ZGB 2006.

55 AUDREY LEUBA, La protection de la personne incapable de discernement séjournant en institution, in: ZVW/RDT 2003, 284 ff.

56 Zusätzliche administrative Privilegien für Angehörige: Werden Ehegatten, eingetragene Partner, Eltern, Nachkommen, Geschwister, faktische Lebenspartner als Beistand/Beiständin eingesetzt (Art. 400 E-ZGB 2006), so kann sie die Erwachsenenschutzbehörde von der Inventarpflicht, der periodischen Rechenschaftsberichts- und Rechnungsablage, sowie von der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, befreien. Ob diese "Privilegienwirtschaft" dem Wohl der Betreuten dient oder bloss das Amt des Beistandes / der Beiständin attraktiver machen soll? Die Erfahrungen lassen diese Neuerung doch eher als fragwürdig erscheinen.

57 Art. 390–398 E-ZGB 2006 (Entwurf vom 31. März 2006).

58 Art. 426–439 E-ZGB 2006.

59 Art. 390 E-ZGB 2006.

60 Art. 400 ff. E-ZGB 2006.

61 Art. 391 Abs. 1, 400 Abs. 3 E-ZGB 2006.

62 BERNHARD SCHNYDER, Die Entstehung und die Inhalte des neuen Erwachsenenschutzrechts, jusletter vom 3. Mai 2004.

63 Art. 388 Abs. 1 und 2 E-ZGB 2006.

64 Art. 390 Abs. 2 E-ZGB 2006. Nach dem geltenden Gesetzeswortlaut wird der Schutz von Drittinteressen ausdrücklich nur bei der Vormundschaft und der fürsorgerischen Freiheitsentziehung als mögliches Motiv einer Massnahme anerkannt, der Schutz der Familie in Art. 370 kann aber auch als Auslegungshilfe für andere Bestimmungen gelten, wie überhaupt das Vormundschaftsrecht als Teil des Sozialrechts letztlich auch im Dienst der Öffentlichkeit steht (SCHNYDER/MURER (FN 17), ST N 243–247, 284).

65 KURT AFFOLTER (FN 5), Art. 406 N 7.

66 Art. 393–398 E-ZGB 2006.

67 Art. 393 E-ZGB 2006.

waltungskompetenzen⁶⁸, womit sich diese Massnahme in zweierlei Hinsicht entscheidend abgrenzt zur heutigen Beistandschaft nach Art. 394 ZGB: Einerseits bedarf deren Anordnung der gleichen qualifizierten Anforderungen wie bei den andern Beistandschaften, womit Unerfahrenheit kein Anordnungsgrund mehr ist⁶⁹, andererseits fehlt ihr eben die Repräsentationsbefugnis⁷⁰.

Der Einsatzbereich des Begleitbeistandes wird im Entscheiddispositiv der Erwachsenenschutzbehörde klar umrissen und auf bestimmte Angelegenheiten eingeschränkt. Das Selbstbestimmungsrecht steht bei derartigen Massnahmen im Vordergrund. Ich bin mir allerdings nicht so sicher, ob hier die vorbereitenden Gremien die richtigen Konsequenzen aus dem Erfolg der bisherigen Beistandschaft auf eigenes Begehren gezogen haben. Es scheint mir vielmehr, als sei mit der Begleitbeistandschaft ein neues Institut geschaffen worden, welchem die von wenig Erfolg gekrönte Erziehungsbeistandschaft ohne besondere Befugnisse des Kindesschutzes Pate stand⁷¹. Dass dem Begleitbeistand keine gesetzlichen Repräsentationskompetenzen zustehen, erachte ich als Mangel und als Verunsicherung im Rechtsverkehr.

4.3.2 Die Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen

Die Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen⁷² dient der Vertretung einer Person, welche bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss. Die Erwachsenenschutzbehörde kann die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person entsprechend einschränken. Vom Modell her ist diese Massnahme vergleichbar mit der Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 und 3 ZGB. Unabhängig davon, ob der verbeiständeten Person die Handlungsfähigkeit eingeschränkt wird oder nicht, muss sie sich die Handlungen des Beistandes anrechnen lassen, ob sie ihr zusagen oder nicht. Im Rahmen ihrer gesetzlichen oder vertraglichen Möglichkeiten kann die verbeiständete Person aufgrund ihrer uneingeschränkten oder eingeschränkten Handlungsfähigkeit solche Entscheidungen rückgängig zu machen versuchen, sie ist dabei aber an die selben Schranken gebunden, wie wenn sie den Entscheid des Beistandes selbst getroffen beziehungsweise dessen Rechtshandlung selbst vorgenommen hätte⁷³.

4.3.3 Die Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung

Bei diesem Institut⁷⁴ handelt sich um eine der Innovationen des neuen Erwachsenenschutzrechts. Aus der Sicht des Selbstbestimmungsrechts beseitigt sie allerdings eine der Nischen, welche Personen, die nicht unter Vormundschaft standen, die Verwaltung ihrer eigenen Einkünfte ermögliche. Aus der Sicht der Vormundschaftsbehörden bestand diesbezüglich eine Durchgriffslücke, welche es zu schliessen galt. Andererseits verhindert dieses neue Institut einen umfassenden Handlungsfähigkeitsentzug, welcher bis heute notwendig war, wenn das Einkommen

einer Zwangsverwaltung unterstellt werden musste⁷⁵. Die Erwachsenenschutzbehörde hat mit diesem neuen Institut die Möglichkeit, Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das ganze Vermögen unter die Verwaltung des Beistandes zu stellen und umfasst unter Vorbehalt anderer Anordnungen auch die Erträge von Einkommen und Vermögen. Zudem besteht die Möglichkeit, ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte zu entziehen, womit auch das Sachenrecht seinen Beitrag an die Revision des Erwachsenenschutzes geleistet hat⁷⁶.

4.3.4 Mitwirkungsbeistandschaft

Mit der Mitwirkungsbeistandschaft⁷⁷ wird die heutige Mitwirkungsbeiratschaft abgelöst und flexibler gestaltet, indem die Erwachsenenschutzbehörde im Errichtungsbeschluss zu entscheiden hat, welche konkreten Handlungen zum Schutz der betreffenden Person der Mitwirkung durch den Bei-

68 Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Revision des ZGB, Juni 2003, 35.

69 Art. 394 i.V.m. Art. 372 ZGB.

70 Bei der heutigen Beistandschaft auf eigenes Begehren nach Art. 394 ZGB bedarf nur die Errichtung des Einverständnisses der betreuten Person, nicht aber jede Handlung des Beistandes, welcher die verbeiständete Person ohne weitere Vollmacht umfassend vertreten und sie damit rechtlich binden kann, vgl. ERNST LANGENEGGER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Art. 394 N 4.

71 SCHNYDER (FN 59) zieht diesen zutreffenden Vergleich im Unterschied zur Expertenkommission (FN 65), 35, welche sie mit der Erziehungsaufsicht gemäss Art. 307 ZGB verglich, was wohl aufgrund des doch zu erwartenden aktiven Eingreifens und nicht nur aufsichtsmässigen Begleitens des Begleitbeistandes richtig scheint (vgl. zum getroffenen Unterschied CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrecht, Bern 1999, N 27.19; HELMUT HENKEL, Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB, Zürich 1977, 62 f.).

72 Art. 394 E-ZGB 2006.

73 Was in der Regel bei Widerruf eines Auftrages (Art. 404 OR) keine Probleme bietet. Bei andern Vertragsverhältnissen ist der Verbeiständete aber an Kündigungsfristen gebunden, es sei denn, der Vertragsschluss durch den Beistand sei mit einem Mangel behaftet (Art. 23–30 OR). Vorbehalten bleibt in allen Fällen die Haftung aus culpa in contrahendo (EUGEN BUCHER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/WOLFGANG WIEGAND, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529, Basel/Frankfurt a.M. 1992, Art. 1 N 80 ff.).

74 Art. 395 E-ZGB 2006.

75 BGE 108 II 94.

76 Untersagt die Erwachsenenschutzbehörde der betroffenen Person, über ein Grundstück zu verfügen, so lässt sie dies im Grundbuch anmerken (Art. 395 Abs. 4 E-ZGB 2006).

77 Art. 396 E-ZGB 2006.

stand bedürfen, damit sie rechtsgültig zustande kommen. Im Bereich dieser Handlungen ist die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen beschränkt. Der Unterschied zur heutigen Mitwirkungsbeiratschaft liegt demnach darin, dass kein starrer Katalog von Rechtshandlungen vorgesehen ist, sondern dieser von der Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall bedarfsgerecht definiert werden muss.

4.3.5 Kombination von Beistandschaften

Das künftige Gesetz sieht ausdrücklich vor, dass alle Formen der Beistandschaft auch miteinander kombiniert werden können⁷⁸.

4.3.6 Umfassende Beistandschaft

Bei dieser Beistandschaft⁷⁹ entfällt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen, soweit sie nicht bereits aufgrund des Schwächezustandes fehlt, welcher zur Anordnung der Massnahme geführt hat (fehlende Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB und dadurch bedingter Handlungsunfähigkeit nach Art. 17 ZGB). Es ist die einzige künftige Massnahme, welche von Gesetzes wegen eine umfassende Personen- und Vermögenssorge sowie Vertretungsbefugnis beinhaltet.

4.4 Person des Beistandes

Die Ernennung der *richtigen Betreuungsperson*⁸⁰ ist in sehr vielen Fällen entscheidender als die Frage, ob die angeordnete Massnahme die Richtige oder die Falsche sei⁸¹. Eine erfolgreiche Betreuungsarbeit ist unter den meisten Umständen direkt verbunden mit einem vertrauensvollen Verhältnis zwischen Beiständin/Beistand und verbeiständeter Person, welches am ehesten entsteht, wenn die betroffene Person eine Vertrauensperson bestimmen kann.

Die Ernennung der Beiständin und des Beistandes liegt in der Tradition des geltenden Rechts, indem *nur natürliche Personen* und keine Firmen, Vereine, Fachstellen oder Ämter als Beistand eingesetzt werden können. Neu ist allerdings die Forderung, wonach die Betreuungsperson die dafür erforderliche Zeit einsetzen und das Mandat selbst ausüben können muss. Damit wird namentlich das heute in einzelnen Kantonen praktizierte System des tuteur général mit vielen hundert, wenn nicht über tausend Mandaten ohne jeglichen persönlichen Kontakt mit den Verbeiständeten ausdrücklich ausgeschlossen⁸².

Das Selbstbestimmungsrecht der verbeiständeten Person wird insofern gestärkt, als sie eine *Vertrauensperson* vorschlagen kann, welcher nur dann die Wahl verweigert werden darf, wenn sie nicht geeignet oder zur Übernahme nicht bereit ist⁸³. Lehnt die verbeiständete Person eine bestimmte Person als Beistand ab, so entspricht die Erwachsenenschutzbehörde soweit tunlich diesem Wunsch nicht erst im Anfechtungsverfahren⁸⁴, sondern schon bei der Ernennung.

4.5 Führung der Beistandschaft

Eine wichtige und entscheidende Ausprägung findet das Postulat nach erhöhter Selbstbestimmung im neuen Recht in der *massgeschneiderten Ausformulierung der Aufträge* des Beistandes, welche in jedem Fall bezogen auf die individuellen Bedürfnisse der zu betreuenden Person im Errichtungsbeschluss der Behörde ausformuliert sein müssen⁸⁵ und sicher stellen sollen, dass keine unnötigen oder unvorhersehbaren Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht erfolgen können.

Bei Übernahme des Amtes hat der Beistand persönlich mit der verbeiständeten Person Kontakt aufzunehmen⁸⁶, seine Aufgaben im *Interesse der betroffenen Person* zu erfüllen, soweit tunlich auf deren *Meinung Rücksicht zu nehmen* und deren *Willen, das Leben entsprechend ihrer Fähigkeiten und eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten*, zu achten. Die Zielvorgabe besteht im Aufbau eines Vertrauensverhältnisses und in der Linderung des Schwächezustandes oder Verhütung einer Verschlimmerung⁸⁷.

Dem Anspruch auf grösstmögliche Selbstbestimmung und Selbstentfaltung dient die obligatorische Verpflichtung des Beistandes, der betreuten Person aus deren Vermögen angemessene *Beiträge zur freien Verfügung* zu stellen⁸⁸, ihr die periodischen Abrechnungen zu *erläutern*⁸⁹ und sie soweit tunlich zur Berichtsablage *beizuziehen*⁹⁰. Mit der bisheriger vormundschaftlicher Rechtssetzung fremden Bestimmung, der Beistand dürfe nur mit Erlaubnis der Behörde oder der verbeiständeten Person selbst deren *Post öffnen* und deren *Wohnräume betreten*⁹¹, wird dem Selbstbestimmungsrecht im Verhältnis zum Betreuungsauftrag klare Priorität eingeräumt. Mit Bezug auf ihre *höchstpersönlichen Rechte* bleibt auch die umfassend verbeiständete Person, wenn sie urteilsfähig ist, wie nach geltendem Recht handlungsfähig⁹².

78 Art. 397 E-ZGB 2006.

79 Art. 398 E-ZGB 2006.

80 Art. 400–404 E-ZGB 2006; Urs VOGEL, Die Person des Beistandes, in: ZVW 2003, 331 ff. (Der Beitrag bezieht sich auf die Vorschläge des Vernehmlassungsentwurfes 2003).

81 NIKLAUS FREIVOGEL, Möglichkeiten und Grenzen des geltenden Rechts in der Betreuung urteilsunfähiger Personen aus der Sicht der Vormundschaftsbehörden, Referat anlässlich der Fachtagung der VBK/VSAV 2002, 7.

82 Art. 400 Abs. 1 E-ZGB 2006. Im Gegensatz zum Vernehmlassungsentwurf (Art. 387 E-ZGB 2003) wird auf eine ohnehin nicht klar abgrenzbare Unterscheidung zwischen Privat-, Fach- und Berufsbeistand verzichtet.

83 Art. 401 Abs. 1 E-ZGB 2006.

84 Art. 388 Abs. 2 ZGB (des geltenden Rechts).

85 Art. 391 Abs. 1 E-ZGB 2006.

86 Art. 405 Abs. 1 E-ZGB 2006.

87 Art. 406 E-ZGB 2006.

88 Art. 409 E-ZGB 2006.

89 Art. 410 Abs. 2 E-ZGB 2006.

90 Art. 411 Abs. 2 E-ZGB 2006.

91 Art. 391 Abs. 3 E-ZGB 2006

92 Art. 407, Art. 19c E-ZGB 2006.

Gegen Handlungen und Unterlassungen des Beistandes sowie von beauftragten Drittpersonen und Stellen kann die verbeiständete oder eine ihr nahestehende Person die *Erwachsenenschutzbehörde anrufen*⁹³, was der unbefristeten Vormundschaftsbeschwerde des heutigen Rechts entspricht.

4.6 Die fürsorgerische Unterbringung (FU)

Die fürsorgerische Unterbringung stellt einen besonders einschneidenden Eingriff in die Selbstbestimmung dar, weshalb diesem Institut besondere Aufmerksamkeit zu widmen ist. Die neue Bestimmung⁹⁴ lehnt sich in materieller Hinsicht eng an die bisherige Regelung an, umfasst aber auch Unterbringungen, welche fürsorgerisch bedingt sind, ohne als Freiheitsentziehung im Sinne der EMRK zu gelten. Zu denken ist namentlich an die Unterbringung dementer Personen⁹⁵.

Voraussetzung der fürsorgerischen Unterbringung ist eine *psychische Störung, eine geistige Behinderung oder eine schwere Verwahrlosung*⁹⁶, sofern die *nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erbracht* werden kann. Als psychische Störung wird auch die Suchtkrankheit wie Drogen-, Medikamenten- oder Alkoholmissbrauch verstanden. Andererseits kann eine Unterbringung auch *zur Begutachtung* angezeigt sein, wenn die betroffene Person wegen einer psychischen Störung in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt oder fürsorgerisch untergebracht werden soll⁹⁷. Eine solche Unterbringung darf aber nur auf die absolut notwendige Zeit beschränkt sein und darf nur der Abklärung dienen. Das Verhältnismässigkeitsgebot⁹⁸ bedingt, dass die gewählte Einrichtung geeignet ist, die nötige Hilfe bieten zu können.

Bei der Gewichtung der erforderlichen Interventionsmittel ist die *Belastung und Gefährdung*, welche die betroffene Person *für ihre Angehörigen oder Dritte* darstellt, zu berücksichtigen, sie können aber keinen selbstständigen Grund für die Unterbringung darstellen. Die Bestimmungen über die FU finden Anwendung, wenn die hilfsbedürftige Person *Widerstand* leistet beziehungsweise als urteilsfähige Person ihre *Zustimmung verweigert* sowie im Falle von urteilsunfähigen Personen, wenn sie in einer *psychiatrischen Klinik* untergebracht werden sollen, unabhängig davon, ob sie Widerstand leistet oder nicht⁹⁹.

Die Unterbringung Urteilsunfähiger oder geistig Behinderter in einem Spital wegen *somatischer Erkrankung* oder in einer geschützten Einrichtung zwecks *Ausbildung* stellen keine FU dar, können aber ebenfalls bei der Erwachsenenschutzbehörde und anschliessend beim zuständigen Gericht angefochten werden¹⁰⁰.

Eine Entlassung soll nicht bereits dann erfolgen, wenn der Zustand es erlaubt¹⁰¹, sondern erst, wenn die *Voraussetzungen für die Unterbringung nicht mehr erfüllt sind*¹⁰². Das bedeutet eine erhöhte Verpflichtung für die Einrichtungen, der Drehtürpsychiatrie nicht Vorschub zu leisten. Allerdings kann die betroffene oder eine ihr nahe stehende Person jederzeit um *Entlassung ersuchen* und zu diesem Zweck das Gericht anrufen. Es erscheint augenfällig, dass

bei dieser Verschärfung der Entlassungsbedingungen nicht die Selbstbestimmung im Vordergrund steht¹⁰³.

Wer freiwillig wegen einer psychischen Störung in eine Einrichtung eingetreten ist, kann gegen ihren Willen während höchstens *drei Tagen von der ärztlichen Leitung zurückbehalten werden*. Nach Ablauf dieser Frist muss entweder eine ordentliche Einweisung verfügt werden oder die Entlassung erfolgen. Eine Zurückbehaltung ist allerdings nur dann zulässig, wenn die betroffene Person sich selbst an Leib und Leben gefährdet oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet. Auch diese Zurückbehaltung kann beim Gericht angefochten werden¹⁰⁴.

Die *Zuständigkeit* zur Unterbringung liegt bei der Erwachsenenschutzbehörde, welche unter Beizug von Sachverständigen zu entscheiden hat, wenn jemand wegen einer psychischen Störung untergebracht werden soll. Daneben können die Kantone für die Unterbringung zur Behandlung oder Betreuung (nicht aber zur Begutachtung¹⁰⁵) auch geeignete Ärztinnen und Ärzte bezeichnen¹⁰⁶. Allerdings fällt diese Verfügung nach einer durch die Kantone festzusetzenden Frist, längstens aber nach sechs Wochen, dahin. Die Entlassungskompetenz kann von der Erwachsenenschutzbehörde der Einrichtung delegiert werden, bei der ärztlichen Unterbringung liegt sie von Gesetzes wegen dort¹⁰⁷. Inwiefern wird das Selbstbestimmungsrecht mit den neuen Bestimmungen zur FU aufgewertet? Einerseits werden die *Kompetenzen des Vormundes und der Vormundin zur Unterbringung gänzlich aufgehoben*. Andererseits werden die Verfahrensrechte der Patientinnen und Patienten aufgewertet:

Bei der *ärztlichen Unterbringung* hat der Arzt selbst die betroffene Person zuvor zu untersuchen, soweit möglich das rechtliche Gehör zu gewähren, einen Entscheid zu treffen, welcher *rechtsstaatlichen Anforderungen* genügt und gegebenenfalls auch nahe stehende Personen schriftlich über den Entscheid und die Anfechtbarkeit zu orientieren¹⁰⁸.

93 Art. 419 E-ZGB 2006.

94 Art. 426 E-ZGB 2006.

95 PETER BREITSCHMID, Ersatzlösungen anstelle der Errichtung einer Vormundschaft oder von vormundschaftlichen Massnahmen, in: ZVW 2003, 47, 51, Fn. 9; THOMAS GEISER, Demenz und Recht, in: ZVW 2003, 97, 106, Ziff. 2.21; PHILIPPE MEIER/THOMAS HÄBERLI, Übersicht Rechtsprechung, in: ZVW 2003, 142 Nr. 1.

96 Zum Begriff der Verwahrlosung vgl. BGE 128 III 12, 14 E.3.

97 Art. 449 Abs. 2 E-ZGB 2006.

98 Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV.

99 Art. 380 E-ZGB 2006.

100 Art. 378, 381, 419 und 450 ff E-ZGB 2006.

101 Art. 397a Abs. 3 ZGB.

102 Art. 426 Abs. 3 E-ZGB 2006.

103 Art. 426 Abs. 4 und Art. 439 E-ZGB 2006.

104 Art. 427 E-ZGB 2006.

105 Art. 449 Abs. 2 E-ZGB 2006.

106 Art. 429 E-ZGB 2006.

107 Art. 428 E-ZGB 2006.

108 Art. 430 E-ZGB 2006.

Andererseits hat die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen jede verordnete Unterbringung zuerst nach sechs Monaten, danach nach weiteren sechs, und anschliessend mindestens alle zwölf Monate, aber so oft als nötig, zu *überprüfen*¹⁰⁹. Gegen ihren Willen untergebrachte Personen haben das Recht, eine *Vertrauensperson* zu bestimmen, die sie während des Aufenthaltes begleitet und unterstützt¹¹⁰. Allerdings ist dies nicht mit einer unentgeltlichen Rechtsverbeiständung zu verwechseln. Vielmehr dient die Vertrauensperson der betreuenden und persönlichen Unterstützung, weshalb sie bei der Behandlung psychisch Kranker auch zur Erarbeitung eines Betreuungsplanes beigezogen werden kann.

Befindet sich die Patienten oder der Patient zur Behandlung einer psychischen Störung in der Einrichtung, so haben die behandelnden Ärzte unter Beizug der Patienten und deren Vertrauenspersonen einen *Behandlungsplan* zu erstellen und umfassende Aufklärung über die Gründe, den Zweck, die Art, Modalitäten, Risiken und Nebenwirkungen, über Folgen eines Behandlungsverzichts und über allfällige Alternativen zu leisten. Dieser Behandlungsplan wird der betroffenen Person zur Zustimmung unterbreitet, bei urteilsunfähigen Personen ist eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen. Wird die Zustimmung verweigert, darf die Einrichtung die *Behandlung* nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen *anordnen*, verbunden mit einer Rechtsmittelbelehrung. Anordnungsgrund kann der Umstand sein, dass die betroffene Person sich oder Dritte sonst ernsthaft gefährdet, keine angemessenen und weniger einschneidenden Alternativen zur Verfügung stehen oder die Urteilsfähigkeit mit Bezug auf die Behandlungsbedürftigkeit fehlt. Gerade das letzte Kriterium dürfte in der Praxis noch viel zu reden geben¹¹¹.

Als Aufwertung der Selbstbestimmung ist auch zu würdigen, dass bei Rückfallgefahr ein *Austrittsgespräch* stattzufinden hat, in welchem nach Möglichkeit Behandlungsgrundsätze für die Zukunft gemeinsam festgelegt werden. In diesem Zusammenhang erwähnenswert scheint mir die Kompetenzzuweisung an die Kantone, die *ambulante Zwangsbehandlung* regeln zu können. Der Bundesgesetzgeber will damit eine Tür offen lassen, dieses Postulat auch umsetzen zu können, ohne dass hierfür allerdings ein eidgenössisches Modell entwickelt worden wäre.

Zentrales Anliegen bleibt ein umfassender *Rechtsschutz* im Bereich der fürsorglichen Unterbringung, welchem wie folgt Rechnung getragen wird:

- Sowohl die Einweisung durch die Erwachsenenschutzbehörde¹¹² als auch jene durch die Ärztin und den Arzt, die Zurückbehaltung und die Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung, die Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung, als auch Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit¹¹³ sind bei einem durch den Kanton zu bezeichnenden *Gericht*¹¹⁴ anfechtbar.
- Die Anrufung des Gerichts ist an keine strengen Anforderungen gebunden. Es genügt eine *schriftliche Erklärung*, mit der Anordnung nicht einverstanden zu sein,

Anträge und Begründungen sind in diesem Verfahren entbehrlich¹¹⁵.

- Der betroffenen Person wird eine Vertretung bestellt, wenn dies zur Wahrung ihrer Interessen nötig scheint¹¹⁶. Das wird insbesondere immer dann der Fall sein, wenn sie mit Bezug auf die Wahrung ihrer Interessen im Verfahren als urteilsunfähig zu betrachten ist¹¹⁷.

5. Schlussbemerkung

Die neuen *Vorsorgeinstitute* sind ein wichtiger Beitrag zur Aufwertung des Selbstbestimmungsrechts und zum besseren Schutz von Personen, die in totale Abhängigkeit von andern Einzelpersonen oder von institutionellen Einrichtungen geraten sind. Sie bieten für diejenigen, welche davon Gebrauch machen, die Möglichkeit, demütigende Abhängigkeitsverhältnisse vermeiden, beseitigen oder lindern zu können.

Das neue Massnahmensystem bietet ein breiteres und differenzierteres Interventionsinstrumentarium an als das herkömmliche Vormundschaftsrecht. Darin liegt eine *Chance* nach fallgerechter, individualisierterer Betreuung, wenn die Massnahmen zurückhaltend und unter Achtung des Anspruchs auf die eigene Werthhaftigkeit und individuelle Einzig- und allfällige Andersartigkeit respektiert werden. Das neue Massnahmensystem birgt aber auch gleichsam die *Gefahr* in sich, dass sich die Erwachsenenschutzbehörden des wesentlich nüancierteren Massnahmensystems in noch viel subtilerer Weise bedienen, um deviantes Sozialverhalten zu sanktionieren und es damit anstatt individueller Hilfe der

109 Art. 431 E-ZGB 2006.

110 Art. 432 E-ZGB 2006.

111 GUILLOD (FN 44), 347 ff.; NOLL (FN 3), 39 ff., 42 f.

112 Art. 428, 450 E-ZGB 2006.

113 Art. 439, 433–435 E-ZGB 2006.

114 Art. 450 E-ZGB 2006.

115 Art. 450e E-ZGB 2006. Kritisch zur funktionellen Zielerreichung NOLL (FN 3), 39 ff.

116 Art. 450e Abs. 5, 449a E-ZGB 2006, welche ihr Vorbild in Art. 397f Abs. 2 ZGB finden. Allerdings muss der Verfahrensbeistand kein Rechtsanwalt sein, wie dies nach geltendem Recht die Kantone noch vorschreiben konnten, vgl. THOMAS GEISER, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/THOMAS GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Art. 397 N 15, sondern es bedarf einer in fürsorglichen und rechtlichen Fragen erfahrenen Person.

117 Was nicht gleichzusetzen ist mit der Urteilsunfähigkeit mit Bezug auf angeordnete medizinische Zwangsbehandlung nach Art. 434 E-ZGB 2006, weil andernfalls bei jeder Zwangsbehandlung zwingend eine Vertretung anzuordnen wäre. Hier findet die Relativität der Urteilsfähigkeit eine besonders problematische Ausprägung und sind Personen mit einer psychischen Störung in besonderem Mass dem Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde und des Gerichts ausgeliefert.

Durchsetzung gesellschaftlichen Normverhaltens opfern. Davor sind auch Fachbehörden nicht gefeit.

Personen, denen die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist, bedürfen künftig für den *Eheabschluss* nicht mehr der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters¹¹⁸. Beim *Wohnsitzwechsel* handelt es sich nicht mehr um einen ausdrücklich zustimmungsbedürftigen Vorgang¹¹⁹, sodass die urteilsfähige Person unter umfassender Beistandschaft mehr Autonomie genießt. Allerdings richtet sich ihr zivilrechtlicher Wohnsitz auch künftig nach dem Sitz der Erwachsenenschutzbehörde¹²⁰, was eine Übertragung der Massnahme bedingt, wenn er ändern soll. Bei der urteilsunfähigen Person ändert sich kaum etwas, weil die Kündigung ihrer Wohnräumlichkeiten der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedarf¹²¹. Die Regelung, dass Eltern, welche unter umfassender Beistandschaft stehen, keine *elterliche Sorge* haben, bleibt aufrecht erhalten¹²², was rechtlich logisch scheint, weil Eltern, welche für sich selbst nicht rechtsgültig handeln können, dies auch für ihre Kinder nicht vermögen.

Die bisher in der kantonalen Praxis bereits umgesetzten Professionalisierungsmodelle haben eine Gefahr aufgedeckt, welche die Hoffnungen, dass die neuen Behördenstrukturen – von denen hier nicht die Rede sein konnte – eine Qualitätsverbesserung der Erwachsenenschutzpflege herbeiführen werden, relativieren: Professionelle wie Laienbehörden sind auf Fachstäbe angewiesen, welche über genügend *zeitliche und fachliche Ressourcen* verfügen, um Sachverhalte gründlich abzuklären, Lösungsmöglichkeiten aus schwierigen Lebenssituationen zu evaluieren und die für die betroffene Person beste Lösung zu finden. Wenn die neue Erwachsenenschutzpflege nichts kosten darf, wird die ganze Revision geringe Chancen haben, qualitative Verbesserungen herbeizuführen. Denn es sind nicht allein die normativen Grundlagen, sondern insbesondere auch die personellen Umsetzungskapazitäten, welche den Postulaten des neuen Rechts Leben einhauchen. Umso mehr Gewicht gilt den privaten Vorsorgeinstituten.

Les interventions effectuées par les autorités au nom de la protection de l'enfant et de l'adulte servent à sauvegarder la dignité humaine et les intérêts privés de chaque individu d'une part, mais elles peuvent également restreindre le droit à l'autodétermination des personnes concernées d'autre part. Par ailleurs, cette antinomie reste inhérente au droit de la tutelle même révisé. Toutefois, avec le nouveau mandat pour cause d'incapacité et les directives anticipées, la nouvelle introduit deux instruments personnalisés qui sont susceptibles de contrer la prise de décision substitutive des autorités, ce qui pourrait revaloriser le droit à l'autodétermination et réduire la nécessité d'interventions étatiques. Selon toute vraisemblance, le même effet pourrait résulter de l'extension des droits de représentation légale des conjoints et des partenaires enregistrés. Les curateurs désignés recevront dans tous les cas des mandats ciblés et formulés avec précision, ce qui rendra le pouvoir d'intervention plus transparent dans chaque cas particulier. Le revers de la médaille est que les interventions ressenties comme répressives, telle la restriction de la capacité d'exercer les droits civils, pourront aussi être adaptées à chaque situation. L'exécution du mandat même sera ciblée sur les particularités des personnes encadrées, notamment en respectant au mieux leurs intérêts, leurs avis et leurs souhaits. Par contre, l'auteur met en exergue une nouvelle lacune juridique, puisque la curatelle volontaire, qui est une mesure utilisée avec succès jusqu'à ce jour, disparaîtra sans aucun substitut.

(trad. LT LAW TANK, Fribourg)

118 Art. 94 Abs. 2 ZGB wird ersatzlos aufgehoben.

119 Heute Art. 377 und 421 Ziff. 14 ZGB.

120 Art. 26 E-ZGB 2006.

121 Art. 416 Ziff. 1 E-ZGB 2006.

122 Art. 296 Abs. 2 E-ZGB 2006.