SCHWEIZERISCHE BANKRECHTSTAGUNG 2013

Das Bankkonto
Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz

Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit den Banken

Kurt Affolter-Fringeli

Susan Emmenegger (Hrsg.)
Institut für Bankrecht
Universität Bern

ISBN 978-3-7190-3430-6

Basel 2013

Erwachsenenschutzrecht: Behördliche Schutzmassnahmen und der Verkehr mit den Banken

Kurt Affolter-Fringeli, Ligerz*

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 169
Materialien 173

I. Erwachsenenschutzrecht: Von der Typenfixierung zur differenzierten Einheitslösung 174
1. Charakteristik des alten Massnahmenrechts 175
a) Typengebundenheit 175
aa) Entmündigung 176
bb) Verbeiratung 176
cc) Verbeiständung 177
b) Typenfixierung 178
2. Charakteristik des neuen Massnahmenrechts 178
a) Individualisierung 178
b) Vermeidung stigmatisierender Terminologie 179
c) Konzessionen gegenüber Rechtssicherheit 180

II. Schwächezustände nach neuem Recht 181
1. Indikationen des neuen Rechts 181
a) (Sozial-)Medizinische Indikationen 181
b) Vorübergehende Verhinderung 182
2. Unterschiede zum alten Recht 182
a) Weggefallene selbständige Indikationen 182
b) Höhere Interventionsschwellen 182
c) Verfahrensrechtliche Standards 183

* lic. iur., Fürsprecher und Notar.

III. Absichten der Gesetzgeberin ... 184
1. Rechtsethische Identitäten zwischen altem und neuem Recht ... 185
2. Autonome Vorsorge ... 185
3. Stärkung familiärer Solidarität ... 187
4. Massnahmenvorgelagerte Instrumente ... 188
5. Massschneiderung der Beistandschaft ... 188
6. Interdisziplinäre Fachbehörden ... 190

IV. Die neuen Beistandschaften ... 191
1. Die Begleitbeistandschaft ... 191
2. Die Vertretungsbeistandschaft ... 192
a) Im Allgemeinen ... 192
b) Mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit ... 193
c) Vertretungsbeistandschaft zur Vermögensverwaltung ... 194
aa) Verwaltungsbereiche ... 194
bb) Beschränkung der Handlungsfähigkeit ... 194
cc) Entzug des Zugriffsrechts ... 195
dd) Unterschriftenregelung ... 195
d) Die Mitwirkungsbeistandschaft ... 196
e) Die umfassende Beistandschaft ... 196
f) Die kombinierten Beistandschaften ... 197
g) Ersatzbeistandschaft ... 197
h) Aufgabenbereiche und Ernennungsurkunde ... 198
3. Private Vollmachten und Aufträge in Ergänzung zur Beistandschaft ... 198

V. Erwachsenenschutzrecht und Bankenverkehr ... 199
1. Die Bank als Auskunftsstelle ... 200
a) Im Abklärungsverfahren ... 200
b) Bei Inventaraufnahme ... 201
c) Bei Überwachungsmassnahmen ... 202
d) Während der Beistandschaft ... 202
e) Nach Mandatsende ... 203
f) Gegenüber Aufsichtsbehörden ... 203
2. Die Bank als «Schirmlade» ... 203
a) Begriff ... 203
b) Hinterleger ... 204
c) Hinterlegungsort ... 206
d) Legitimierung und Identifizierung ... 206
e) Hinterlegungs- und Verwahrungsvertrag ... 207

3. Die Bank als Sachverständige ... 207
a) Leitlinien erwachsenenschutzrechtlicher Vermögensverwaltung ... 208
b) Sicherheit ... 209
c) Differenzierung von Anlagekomplexen ... 209
d) Prüfungsbedarf im Abklärungsverfahren und bei Mandatsbeginn ... 211
4. Die Bank als Vermögensverwalterin ... 211
5. Die Bank als Melderin ... 212
6. Die Bank am Ende der Beistandschaft ... 213

VI. Offene Fragen ... 214
1. Umgang mit verwaltungslosen Vermögen ... 214
2. Kostenersatz für Beistandsperson und KESB ... 215
3. Verbeiständung von Unerfahrenen ... 215

Literaturverzeichnis

ABT DANIEL, Vormundschaftsrechtliche Liquidationspflichten versus erbrechtliche Grundprinzipien – Banken zwischen Scylla und Charybdis, successio 3/2008, S. 257-263.

ALBERTI ARNALDO, Le mutazioni della terminologia nel nuovo diritto sulla protezione degli adulti e la soppressione della nozione di «tutela» e di «tutore», ZVW 2008, S. 293-303.

AFFOLTER KURT, aArt. 408 und Art. 451-453 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.

– Eckpfeiler einer Qualitätsentwicklung zum neuen Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 4/2012, S. 841-866.

– Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 9/2006, S. 1057-1067.

– Einsichtsrecht des vormundschaftlichen Mandatsträgers in die vor der Mandatsführung geführten Bankakten, ZVW 2008, S. 304-306.

– Rechtsfragen aus dem Alltag der persönlichen Betreuung, AJP 6/1998, S. 647-654.

AFFOLTER KURT/STECK DANIEL /VOGEL Urs, aArt. 382, aArt. 413 und aArt. 451, in: Breitschmid Peter/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (Art. 1-456 ZGB), 2. Aufl., Zürich 2012.

AUER CHRISTOPH/MARTI MICHÈLE, Art. 448 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.

BALESTRIERI MYRIAM, Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 3/2011, S. 201-233.

BASLER SCHERRER MARIANNE, Vermögensanlage unter Erwachsenenschutzrecht, ZKE 3/2011, S. 177-188.

BIDERBOST YVO, Der neue Erwachsenenschutz im Überblick, SJZ 2010, S. 309-319.

– Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes, AJP 1/2010, S. 3-13.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, aArt. 19 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.

BREITSCHMID PETER, Vorsorgevollmachten, ZVW 5/2003, S. 269-279.

– Entscheidbesprechung BGE 118 II 264, AJP 6/1993, S. 730-733.

BREITSCHMID PETER/ KAMP ANNASOFIA, Vermögensverwaltung im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes, in Diana Wider & Daniel Rosch (Hrsg.), Festschrift Christoph Häfeli, Bern 2013, S. 155 ff.

CAVIEZEL CHRISTOPH, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Diss. Fribourg, 1988.

COTTIER MICHELLE/STECK DANIEL, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 4/2012, S. 981-1000.

DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, Personnes physiques et tutelle, 4ème édition, Berne 2001.

EGGER AUGUST, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, Art. 360-456 aZGB, 2. Aufl., Zürich 1948.

FANKHAUSER ROLAND, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 5/2010, S. 240-266.

FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2012.

– Art. 408 ZGB, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Nobel Peter/Schwander Ivo/Wolf Stefan (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Revidiertes Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrecht, Orell-Füssli-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2011.

FELLMANN WALTER, Art. 396 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag Art. 394-406 OR, Bern 1992.

GEISER THOMAS, Rechtsschutz im neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 1/2013, S. 16-35.

– Behördenzusammenarbeit im Erwachsenenschutzrecht, AJP 12/2012, S. 1688-1700.

– Demenz und Recht, ZVW 3-4/2003, S. 97-116.

GEISER THOMAS/REUSSER RUTH (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Erwachsenenschutzrecht, Art. 360-456 ZGB / Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012.

GUILLOD OLIVIER/BOHNET FRANÇOIS (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Bâle 2012.

GULER ALBERT, aArt. 413 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.

HÄFELI CHRISTOPH, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts: Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra.ch 1/2007, S. 1-24.

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008.

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

HEGNAUER CYRIL, Das Wohl des Mündels als Maxime der Vormundschaft, ZVW 1984, S. 81 ff.

HENKEL HELMUT, Art. 396 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.

HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/JAKOB DAVID, Erwachsenenschutzrecht, Zürich/St. Gallen 2013.

KAUFMANN JOSEPH, aArt. 451 ZGB, in: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft, aArt. 360-459 ZGB, 2. Aufl., Bern 1924.

KONFERENZ DER KANTONE FÜR KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Erwachsenenschutz, Zürich/St. Gallen 2012.

– Zusammenstellung der kantonalen Behördenorganisation, ZKE 1/2013, S. 54-57.

LANGENEGGER CHRISTOPH, aArt. 392 und 393 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, aArt. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010.

MEIER PHILIPPE, Nouveau droit de la protection de l'adulte: Introduction générale et systàme des curatelles, ZBGR 2/2013, S. 73-131.

– Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale, jusletter 17. November 2008.

– Art. 391 und 397 ZGB, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (Hrsg.), FamKomm, Erwachsenenschutz, Bern 2013.

MEIER PHILIPPE/LUKIC SUZANA, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Zürich 2011.

MOTTIEZ PAUL, Die Rechtspflichten von vormundschaftlichen Mandatsträger(inne)n nach dem Tod der betreuten Person, ZVW 6/2006, S. 267-281.

RIEMER HANS MICHAEL, Herausgabe vormundschaftlicher Depots an die Erben verstorbener Mündel, ZVW 1997, S. 121 ff.

– Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997.

– Geistig behinderte Menschen und Vormundschaftsrecht, in: Vormundschaft 2000, 1. Schweizerisches Symposium über den Rechtsschutz des geistig behinderten Menschen.

ROSCH DANIEL, Die Begleitbeistandschaft – Per aspera ad astra?, FamPra.ch 2/2010, S. 268-295.

– Art. 360-456 ZGB, in: Büchler Andrea/Jakob Dominique (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch – Kurzkommentar, Basel 2012.

RUMO-JUNGO ALEXANDRA, Private Schutzmassnahme – Der Vorsorgeauftrag, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 217-245.

SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010.

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

SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Berner Kommentar, Systematischer Teil und Kommentar zu aArt. 360-397 ZGB, Bern 1984.

STETTLER MARTIN, La mesure de protection doit être «ciblée»: évidence ou utopie?, in: Baddeley Margareta, La protection de la personne par le droit, Zürich 2007.

– Könnte ein weniger stigmatisierendes Vormundschaftsrecht einen ausreichenden juristischen Schutz gewährleisten? in: Vormundschaft 2000, 1. Schweizerisches Symposium über den Rechtsschutz des geistig behinderten Menschen.

– L'impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires, ZVW 1984, S. 41 ff.

STURM GUDRUN, Vormundschaftliche Hilfsmassnahmen für Betagte in der Schweiz, ZVW 5/2002, S. 170-187.

TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 1995.

WATTER ROLF, Art. 35 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Aufl., Basel 2011.

WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung - insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Zürich 2010.

WISSMANN KURT, Art. 581 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB und Art. 1-61 SchlT ZGB, 4. Aufl., Basel 2011.

ZÄCH ROGER, Art. 35 OR, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zu Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, 2. Unterteilband, Die Stellvertretung, Bern 1992.

Materialien

BOTSCHAFT vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006, S. 7001-7138.

BOTSCHAFT vom 12. Mai 2010 zur Änderung des Bankengesetzes (Sicherung der Einlagen), BBl 2010, S. 4009, 4024 ff.

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Begleitbericht vom Mai 2012 zur Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV, SR 211.223.11), zit. Begleitbericht VBVV Mai 2012.

– Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, vom Oktober 2004, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/gesellschaft/gesetzgebung/vormundschaft/ve-ber.pdf>.

EMPFEHLUNGEN der SBVg und der KOKES zur Vermögenverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Entwurf Stand Mai 2013.

SCHNYDER BERNHARD/STETTLER MARTIN/HÄFELI CHRISTOPH, Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe vom Juli 1995.

SCHWEIZERISCHE BANKIERVEREINIGUNG, Richtlinien über die Behandlung nachrichtenloser Konten, Depots und Schrankfächer bei Schweizer Banken vom Februar 2000 (ersetzte die Richtlinien vom 8. September 1995), abrufbar unter: <http://www.swissbanking.org/114_d.pdf>.

I. Erwachsenenschutzrecht: Von der Typenfixierung zur differenzierten Einheitslösung

Am 1. Januar 2013 ist das neue Erwachsenenschutzrecht in Kraft getreten. Es löste das seit 1.1.1912 geltende Vormundschaftsrecht ab und bildet damit die letzte Etappe in der Totalrevision des schweizerischen Familienrechts (Art. 360-456 ZGB).[1] Die Entstehungsgeschichte des neuen Erwachsenenschutzrechts lässt sich ins Jahr 1962 zurückverfolgen[2] und gewann im September 1993 Schub durch die Einsetzung einer Expertengruppe, welche im Juli 1995 einen ersten Bericht ablieferte.[3] Im Herbst 2002 unterbreitete eine interdisziplinäre Expertenkommission einen ersten Entwurf, welcher zusammen mit einem eigenen Verfahrensgesetzesentwurf bei Kantonen und interessierten Fach- und Wirtschaftskreisen einer breiten Vernehmlassung unterzogen wurde.[4] Ein überarbeiteter Entwurf des Bundesamtes für Justiz fand nach eingehenden parlamentarischen Beratungen mit wenig inhaltlichen Anpassungen am 19. Dezember 2008 die fast einhellige Zustimmung des Parlaments.[5]

---

1 Vorausgegangen sind die Revision des Adoptionsrechts (BBl 1971 I S. 1200 ff., in Kraft seit 1.4.1973), des übrigen Kindesrechts (BBl 1974 II 1 ff., in Kraft seit 1.1.1978), der fürsorgerischen Freiheitsentziehung als Teil des Vormundschaftsrechts (BBl 1977 III S. 1 ff., in Kraft vom 1.1.1981 bis 31.12.2012), des Eherechts (Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Ehegüterrecht, BBl 1984 III 19 ff., in Kraft seit 1.1.1988), des Scheidungsrechts (BBl 1996 I 1 ff., in Kraft seit 1.1.2000), und die Aufnahme der materiell dem Familienrecht zugehörigen, aber in einem separaten Gesetz geregelten eingetragenen Partnerschaft in die zivilrechtliche Kodifikation (BBl 2003 S. 1288 ff., in Kraft seit 1.1.2007).

2 Postulat von Nationalrat Emil Schaffer vom 19. September 1962, welcher mit der Begründung, die Anwendung des Vormundschaftsrechts bereite den vormundschaftlichen Organen verschiedentlich Schwierigkeiten, weil einzelne Vorschriften unzulänglich oder überholt seien, die Prüfung einer Revision des Vormundschaftsrechts forderte (SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 27); SCHNYDER, jusletter 3. Mai 2004, S. 1 ff.

3 SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995.

4 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7010; BJ, Vernehmlassungsergebnisse 2004.

5 Die Totalrevision wurde einstimmig im Ständerat und mit zwei Gegenstimmen im Nationalrat gutgeheissen, Amtliches Bulletin, Wortprotokolle des Nationalrates, Sitzung vom 19.12.2008, Geschäft 06.063, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/ab/frameset/d/index.htm>.

Wenig schmeichelhaft präsentiert sich unter solchen Umständen das Ansinnen der Rechtskommissionen beider Kammern, noch vor Inkraftsetzung des neuen Rechts Revisionen zu Bestimmungen zu veranlassen, die während der Vernehmlassung noch ausdrückliche Unterstützung genossen und eingehend diskutiert worden sind.[6] Gut Ding will Weile, aber neues Recht sollte auch Bestand haben.

1. Charakteristik des alten Massnahmenrechts

Es wird im Folgenden nur von den mandatsgebundenen Massnahmen die Rede sein, während Fragen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (nach neuer Terminologie fürsorgerische Unterbringung) ausgeklammert bleiben.

a) Typengebundenheit[7]

Vormundschaftliche Massnahmen bezweckten wie die neuen Erwachsenenschutzmassnahmen auch den Ausgleich eines individuell schwächebedingten Schutz- und Hilfebedarfs durch eine behördlich bestellte Vertretungsperson (Mandatsträger/in). Allerdings wurden die Eingriffsgründe auf einen gesetzlich umschriebenen numerus clausus beschränkt, damit nicht jedes «soziale Versagen» und jede «Unfähigkeit»[8] zu behördlichem Eingriff verleiten kann. Mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip bot das Vormundschaftsrecht drei Grundtypen von mandatsgebundenen Massnahmen an, auf welche die anordnenden Behörden je nach Charakteristik des Schwä-

---

6 So die parlamentarische Initiative Joder 11.449, abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20110449>, welche verlangt, dass anstelle der früheren Publikation handlungseinschränkender Massnahmen auf jedem Betreibungsregisterauszug entsprechende Vermerke angebracht werden, während der Verzicht auf die herkömmliche Publikation und die individuelle Auskunft bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) in der Vernehmlassung u.a. auch von Swissbanking noch begrüsst wurde (Vernehmlassungsergebnisse 2004, S. 415 ff.) und auf eine lange Diskussion zurückgehen (STETTLER, Vormundschaft 2000, S. 59 und 77 ff.). Andererseits die Motion Aubert 08.3790, welche in Abänderung von Art. 443 ZGB eine allgemeine Meldepflicht gegenüber Kindesschutzbehörden fordert (abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083790>). Schliesslich die parlamentarische Initiative Schwaab 12.413, welcher eine Gesetzesvorschrift gegen die Beistandsernennung wider Willen fordert (abrufbar unter: <http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20120413>).

7 RIEMER, Grundriss, § 3 N. 8, 11.

8 SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 25 Vorbemerkungen zu aArt. 369-372 ZGB.

chezustandes (Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel, Misswirtschaft, Freiheitsstrafe von über einem Jahr, Altersschwäche, andere Gebrechen, Unerfahrenheit, Krankheit, Abwesenheit, Interessenkollision oder Verhinderung des gesetzlichen Vertreters, Unfähigkeit) zurückgreifen konnten:

aa) Entmündigung

Die Entmündigung[9] war mit einem umfassenden Handlungsfähigkeitsentzug verbunden[10] und musste entweder mit einer Vormundschaft oder aber mit erstreckter elterlicher Sorge verbunden werden. Im ersten Fall wurde die entmündigte Person unter Vormundschaft gestellt und erhielt als gesetzlichen Vertreter oder als gesetzliche Vertreterin einen Vormund/eine Vormundin, im zweiten Fall wurden die Eltern (oder ein Elter) der volljährigen entmündigten Person wieder in ihre elterliche Sorge eingesetzt und legitimierten sich auf diese Weise als gesetzliche Vertreter.

bb) Verbeiratung

Die Verbeiratung[11] bewirkte einen teilweisen Entzug der Handlungsfähigkeit und kannte drei Unterarten:

- die Mitwirkungsbeiratschaft[12], welche für das rechtsgültige Zustandekommen der in aArt. 395 Abs. 1 Ziff. 1-9 ZGB erwähnten Geschäfte zwingend die Mitwirkung eines Beirates/einer Beirätin bedingte,
- die Verwaltungsbeiratschaft[13], welche die Vermögensverwaltung durch die betroffene Person ausschloss und in die ausschliessliche Kompetenz des Beirates/der Beirätin legte, sowie
- die kombinierte Beiratschaft[14] als Akkumulation der vorerwähnten Varianten.

---

9 aArt. 369-372 ZGB.

10 Ausgenommen vom Handlungsfähigkeitsentzug waren und sind höchstpersönliche Rechte, welche von der urteilsfähigen Person selbst wahrgenommen werden dürfen, aArt. 19 Abs. 2 ZGB, Art. 19c ZGB.

11 aArt. 395 ZGB.

12 aArt. 395 Abs. 1 ZGB.

13 aArt. 395 Abs. 2 ZGB.

14 aArt. 395 Abs. 1 und 2 ZGB.

cc) Verbeiständung

Die Verbeiständung hatte weder von Gesetzes wegen noch kraft behördlichen Beschlusses Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person,[15] bot aber in ebenfalls drei gesetzlichen Unterarten die Möglichkeit, dass ein behördlich bestellter Beistand oder eine Beiständin im Rahmen der behördlich übertragenen Aufgaben rechtsgültig für die verbeiständete Person handeln konnte und diese sich diese Handlungen anrechnen lassen musste, soweit sie sie nicht kraft ihrer belassenen Handlungsfähigkeit durchkreuzte.

- Die Vertretungsbeistandschaft,[16] welche massgeschneidert und mit konkret umschriebenen Einzelaufträgen an den Beistand/die Beiständin verbunden werden musste,
- die Verwaltungsbeistandschaft,[17] welche sich auf das Vermögen (nicht aber das Einkommen) bezog und ebenfalls eine konkrete Auftragserteilung an den Beistand/die Beiständin bedingte,[18]
- die Beistandschaft auf eigenes Begehren,[19] im Volksmund auch «freiwillige» Beistandschaft genannt), welche eine auf Dauer angelegte, umfassende Personen-, Vermögenssorge und Interessenwahrung beinhaltete.[20]
- Zu den drei gesetzlichen Unterarten entwickelte und bewährte sich ausserdem in der Praxis eine als «kombinierte Beistandschaft»[21] bezeichnete vierte Variante, welche dem Beistand/der Beiständin dieselben umfassenden Handlungskompetenzen verlieh wie die Beistandschaft auf eigenes Begehren, deren Anordnung aber nicht vom Einverständnis der urteilsfähigen betroffenen Person abhing und welche aufgrund der inhärenten Handlungsmacht des Beistandes/der Beiständin eine Vormundschaft vermeiden liess[22].

---

15 aArt. 417 Abs. 1 ZGB.

16 aArt. 392 ZGB.

17 aArt. 393 ZGB.

18 LANGENEGGER, Basler Kommentar, N. 2 zu aArt. 393.

19 aArt. 394 ZGB.

20 BGE 134 III 385 E. 4.3; SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 7 und 12 zu aArt. 393 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N. 1115.

21 aArt. 392 Ziff. 1 in Kombination mit aArt. 393 Ziff. 2 ZGB.

22 RIEMER, Grundriss, § 6 N. 34a; STETTLER, Vormundschaft 2000 S. 63; BGE 134 III 385 E. 4.3.

b) Typenfixierung[23]

Die Rechtsstellung von Massnahmebetroffenen liess sich im Vormundschaftsrecht weitgehend aus dem Gesetz ableiten. Entmündigte waren nicht mehr handlungsfähig,[24] Verbeiratete nur noch beschränkt[25], während die Beistandschaft keinerlei Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit hatte.[26]

Das Prinzip der Typenfixierung gewährleistete ein hohes Mass an Rechts- und Verkehrssicherheit, weil mit der Wahl des Massnahmentyps – von den erwähnten überblickbaren Ausnahmen abgesehen – auch die Einzelausgestaltung des Eingriffs festgelegt war.[27] Andererseits erwies es sich gerade deswegen als starr und zu wenig in der Lage, den Bedürfnissen des Einzelfalls gerecht zu werden.[28]

2. Charakteristik des neuen Massnahmenrechts

a) Individualisierung

Die Gesetzgeberin lokalisierte im alten Vormundschaftsrecht eine Reihe von Schwächen. So fiel es zuweilen schwer, die auf die Vormundschaft zugeschnittenen Bestimmungen zur Mandatsführung sinngemäss auf die Beistandschaft und Beiratschaft anzuwenden,[29] was Mandatsträger/innen, Behörden und am Rechts- und Geschäftsverkehr beteiligte Dritte, insbesondere auch Banken, gleichermassen verunsicherte.[30] Die Beiratschaft, welche erst im Rahmen der parlamentarischen Beratungen vor 1907 überhastet eingebaut worden war, erwies sich als Massnahme ohne hinreichende systematische Einordnung und Abstimmung und als Instrument, das in der Praxis zu rechtlich nicht abgestützten Interpretationen und betreuerischen Fehlleis-

---

23 Zum Begriff vgl. RIEMER, Grundriss, § 3 N. 9 f.

24 aArt. 17, aArt. 367 Abs. 1, 407 ZGB, allerdings durchbrochen von Ausnahmen gemäss aArt. 412 ZGB (selbständiger Betrieb eines Berufs oder Gewerbes) und aArt. 414 ZGB (Verwaltung freien Vermögens).

25 Ausdrücklicher Hinweis auf die Beschränkung der Handlungsfähigkeit in aArt. 395 Abs. 1 und in Bezug auf die Vermögensverwaltung in aArt. 395 Abs. 2 ZGB.

26 aArt. 417 Abs. 1 ZGB.

27 RIEMER, Grundriss, § 3 N. 9 ; zu den Ausnahmen Fn. 10.

28 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7008; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 310.

29 Art. 367 Abs. 3 ZGB.

30 SCHAFFER, ZVW 1963, S. 151; SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 27.

tungen Anlass gab.[31] Eine aufgezwungene Einkommensverwaltung war ausserdem nur über die Entmündigung möglich, was in vielen Fällen dem Verhältnismässigkeitsprinzip widersprach.[32]

Das neue Recht wurde dementsprechend so konzipiert, dass den individuellen Bedürfnissen des Einzelfalls und damit dem Komplementaritätsprinzip besser Rechnung getragen werden kann. Das neue Konzept heisst Massschneiderung und zeichnet sich aus durch Mass nehmen und Mass halten.[33] Konkret gibt es als mandatsgebundene Massnahme nur noch die Beistandschaft, allerdings in einer Vielzahl von Variationen und Eingriffsstufen. Unterstützung, Vertretung, Sorge, Hilfe zur Selbsthilfe und Handlungseinschränkungen sollen derart orchestriert werden, dass der Schutzbedarf der betroffenen Person ohne unnötige Persönlichkeits- und Freiheitseingriffe, aber auch unter Vermeidung kontraproduktiver Entlastung vor eigener Verantwortlichkeit behoben wird.[34] Partitur und Legitimation bildet der Anordnungsbeschluss der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und die gestützt darauf ausgestellte Ernennungsurkunde, welcher die Aufgaben und Zuständigkeiten des Beistandes/der Beiständin und die allfälligen Einschränkungen in der Handlungsfähigkeit und Autonomie der betroffenen Person zu entnehmen sind.[35]

b) Vermeidung stigmatisierender Terminologie

Verschiedene Begriffe des Vormundschaftsrechts wurden als stigmatisierend, überholt und diskriminierend empfunden und riefen bei Betroffenen das Gefühl der Minderwertigkeit und Unterwerfung hervor.[36] Das gilt namentlich für Begriffe wie Entmündigung, Vormund, Mündel, Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel. Deshalb soll nebst einer respektvolleren Handhabung der Schutzinstrumente auch mit

---

31 SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 20 ff zu Art. 395.; STURM, ZVW 2002, S. 179 ff.; BGE 136 III 113.

32 MEIER, jusletter 2008, S. 4 B.4; SCHNYDER, jusletter 3.5.2004, S. 7; SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 28, 35; SCHAFFER, ZVW 1963, S. 151; CAVIEZEL, Vermögensverwaltung, S. 51 ff.

33 BIDERBOST, SJZ 2010, S. 310.

34 STETTLER, protection, S. 19 ff.

35 Art. 391-398 ZGB, vgl. nachfolgend Kap. IV.

36 STETTLER, Vormundschaft 2000, S. 57 f.

einer neuen Terminologie[37] den Betroffenen zu einem neuen Image verholfen werden. Allerdings sind sich Experten einig, dass noch so euphemistische Umschreibungen behördlicher Massnahmen mit der Zeit eine negative Konnotation erhalten können.[38] Die pietistisch inspirierten Begriffsänderungen fanden ausserdem aus sprachwissenschaftlicher und kulturgeschichtlicher Perspektive nicht nur Zuspruch.[39]

c) Konzessionen gegenüber Rechtssicherheit

Aus der Tatsache, dass jemand unter Beistandschaft steht, lässt sich im neuen Recht nicht mehr auf deren Rechtsstellung schliessen.[40] Für Dritte, welche mit Verbeiständeten in Rechtsverkehr treten, besteht damit die Ungewissheit, ob die nötige Geschäftsfähigkeit vorliegt oder nicht. Die Gefahr, dass diese Unsicherheit sich für Betroffene nachteilig auswirkt, weil Verbeiständete im Rechtsverkehr deshalb gemieden werden könnten,[41] wurde von der Gesetzgeberin geringer eingestuft als das Interesse an einer verhältnismässigen, den individuellen Bedürfnissen Rechnung tragenden Masskonfektion.[42] Der Verzicht auf eine Publikation handlungseinschränkender Massnahmen rechtfertigt sich aus dem Persönlichkeitsschutz und der Fiktion, solche Publikationen hätten im Rechtsverkehr einen nachhaltigen Wert.[43] Die Erfahrungen der Geschäftswelt mit minderjähriger Kundschaft, welche einen rund 14 mal so hohen Anteil an der Gesamtbevölkerung aufweist als Er-

---

37 Namentlich bei Erwachsenen: Beistandschaft anstatt Vormundschaft, Beistand/Beiständin anstatt Vormund/Vormundin, geistige Behinderung anstatt Geistesschwäche, psychische Störung anstatt Geisteskrankheit, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde anstatt Vormundschaftsbehörde (Art. 390 und 440 ZGB). Der Begriff Vormundschaft bleibt allerdings im Kindesrecht erhalten (Art. 327a-c ZGB).

38 SCHNYDER/STETTLER/HÄFELIN, Expertenbericht 1995, S. 30 Kap. 3.2.4.; MEIER, jusletter 2008, S. 5 B. 5; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 311.

39 ALBERTI, ZKE 2008, S. 293 ff. passim.

40 Wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass gem. Art. 14 Abs. 3 SchlT ZGB altrechtliche Beistandschaften (welche gem. aArt. 417 Abs. 1 ZGB keine handlungseinschränkenden Folgen haben) bis 31.12.2015 weiterbestehen, solange sie nicht ins neue Recht überführt worden sind.

41 RIEMER, Grundriss, § 3 N 8.

42 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7010; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 310 f.

43 STETTLER, Vormundschaft 2000, S. 59 und 77 f.; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7090; BIDERBOST, AJP 2010, S. 8.

wachsene mit handlungseinschränkenden Massnahmen[44] und eine nicht zu unterschätzende konsumpolitische Antriebsfeder darstellt, lassen Bedenken der Rechtssicherheit[45] zusätzlich in den Hintergrund rücken.

II. Schwächezustände nach neuem Recht

1. Indikationen des neuen Rechts

Das Gesetz umschreibt abschliessend zwei Kategorien von Schwächezuständen, welche Grundlage einer erwachsenenschutzrechtlichen Beistandschaft bilden können.

a) (Sozial-)Medizinische Indikationen

Bei der ersten Kategorie[46] handelt es sich um medizinische oder sozialmedizinische Indikationen. Es sind dies

- eine geistige Behinderung,[47] oder
- eine psychische Störung,[48] oder
- ein ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand,[49]

welche die betroffene Person vollständig oder teilweise daran hindern, ihre Angelegenheiten zu besorgen. Mithin bedarf es des kumulativen Zusam-

---

44 Rund 450'000 Personen im Alter von 15-19 Jahren standen im Jahre 2011 rund 31'000 bevormundete und verbeiratete erwachsene Personen gegenüber (Bundesamt für Statistik, Ständige Wohnbevölkerung nach Geschlecht und Alter am Ende des Jahres 2011, abrufbar unter: <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infothek/lexikon/lex/0.topic.1.html>; KOKES, Schweizerischen Statistik der Erwachsenenschutzmassnahmen, abrufbar unter: <http://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/statistik/aktuell/02_Statistik_1996_-_2011_Erwachsene_Website.pdf>).

45 Vgl. Fn. 6.

46 Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

47 Worunter angeborene oder erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade zu verstehen sind (Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043).

48 Dieser Schwächezustand umfasst die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie, d.h. Psychosen und Psychopathien, seien sie körperlich begründbar oder nicht, sowie Demenz, insbesondere Altersdemenz. Suchtkrankheit, z.B. Alkohol-, Drogen- oder Medikamentenabhängigkeit (Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043).

49 Erfasst sind in diesem Auffangtatbestand extreme Fälle von Unerfahrenheit oder Misswirtschaft sowie seltene Erscheinungsformen körperlicher Behinderung, z.B. schwere Lähmung oder Verbindung von Blindheit und Taubheit (Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043); HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 2.84.

mentreffens eines gesetzlich umschriebenen Schwächezustandes mit dadurch bedingtem individuellem Unvermögen.

Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten bilden für sich alleine keine Rechtfertigung für eine Massnahme, bilden aber ein Beurteilungskriterium («sind zu berücksichtigen»).[50]

b) Vorübergehende Verhinderung

Vorübergehende Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit, welche eine Person daran hindern, selber zu handeln, können als zweite Kategorie von Schwächezuständen dann zu einer Beistandschaft führen, wenn Angelegenheiten erledigt werden müssen und keine zur Stellvertretung berechtigte Person dies zu überbrücken vermag.[51]

2. Unterschiede zum alten Recht

a) Weggefallene selbständige Indikationen

Die Verschwendung, der lasterhafte Lebenswandel und die Misswirtschaft,[52] die Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe von einem Jahr oder darüber,[53] die Verwaltungslosigkeit eines Vermögens,[54] das keiner identifizierbaren Person zugeschrieben werden kann,[55] finden sich im neuen Recht nicht mehr als Massnahmengrund.[56]

b) Höhere Interventionsschwellen

Während die Bestimmungen des alten Vormundschaftsrechts eine Vielzahl von Indikationen insbesondere auch sozialer und persönlicher Natur vorsa-

---

50 Art. 390 Abs. 2 ZGB.

51 Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

52 aArt. 370 ZGB.

53 aArt. 371 ZGB.

54 Vgl. Kap. VI. 1. aArt. 393 ZGB; Darunter können z.B. ausgeschlagene Nachlassvermögen fallen (Art. 566 ZGB), über welche mangels hinreichend Aktiven kein Konkurs eröffnet wurde, aber auch herrenlose Vermögen oder solche, deren Eigentümer ungewiss sind, sowie Erbschaftsvermögen unter Verwaltung eines Erbenvertreters, solange sich kein Vertreter bestimmen lässt (BGer Urteil 5A_121/2012 vom 16. April 2012 E. 2.2).

55 Art. 390 und 442 Abs.3 ZGB knüpfen die Zuständigkeit der KESB an die Person als Eigentümer.

56 Vgl. Kap. VI.1.

hen, kennt das neue Erwachsenenschutzrecht wie dargelegt nur noch zwei Hauptkategorien von Schwächezuständen.[57] Das bedeutet, dass erhöhte Anforderungen an eine behördliche Massnahme gestellt werden und damit staatlicher Einfluss zurückgedämmt werden soll.[58] Allerdings fällt zum Beispiel auch der Tatbestand der Unerfahrenheit ohne geistige Behinderung, ohne psychische Störung oder ähnliche in der Person liegende Schwächezustände als bisher wichtiger Grund zur Unterstützung von Volljährigewordenen oder vereinsamter Menschen ohne familiäres Auffangnetz[59] durch die Maschen des Erwachsenenschutzes.[60]

c) Verfahrensrechtliche Standards

Die Durchsetzung der Revisionspostulate findet ihren sachlogischen Niederschlag in einer sorgfältigen behördlichen Abklärungsarbeit[61] und eingeschränkteren Interventionsvoraussetzungen.[62] Zwar konnte sich die Gesetzgeberin nicht auf ein einheitliches Verfahrensgesetz einigen,[63] was zur Konsequenz hat, dass nach wie vor 26 zum Teil aus verschiedenen Gesetzen bestehende kantonale Verfahrensordnungen gelten, welche teilweise ergänzend zu allfälligen kantonalen Lücken zur sibyllinischen Formel gegriffen haben, es gelte im Übrigen «sinngemäss» die eidgenössische Zivilprozessordnung,[64] ohne die Rechtsanwendenden aufzuklären, wann die ZPO im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren Sinn ergibt und wann nicht. Was das heisst, wird letztlich das Bundesgericht zu klären haben.[65] Immerhin enthält das ZGB aber eine Reihe von Minimalstandards,[66] welche föderalistischen Auswüchsen entgegenwirken können.[67]

---

57 Vgl. Kap. II.1. a) und b) hievor.

58 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006 S. 7011 f.

59 aArt. 394 ZGB.

60 Vgl. Kap. VI. 3.

61 Art. 446 ff. ZGB; GEISER, ZKE 2013, S. 28 ff.; AFFOLTER, FamPra.ch 4/2012, S. 855 f.; KOKES-Praxisanleitung, Rz. 1.131 ff.

62 Vgl. II.1. a) und b) hievor.

63 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7011; COTTIER/STECK, FamPra.ch 4/2012, S. 984 ff.

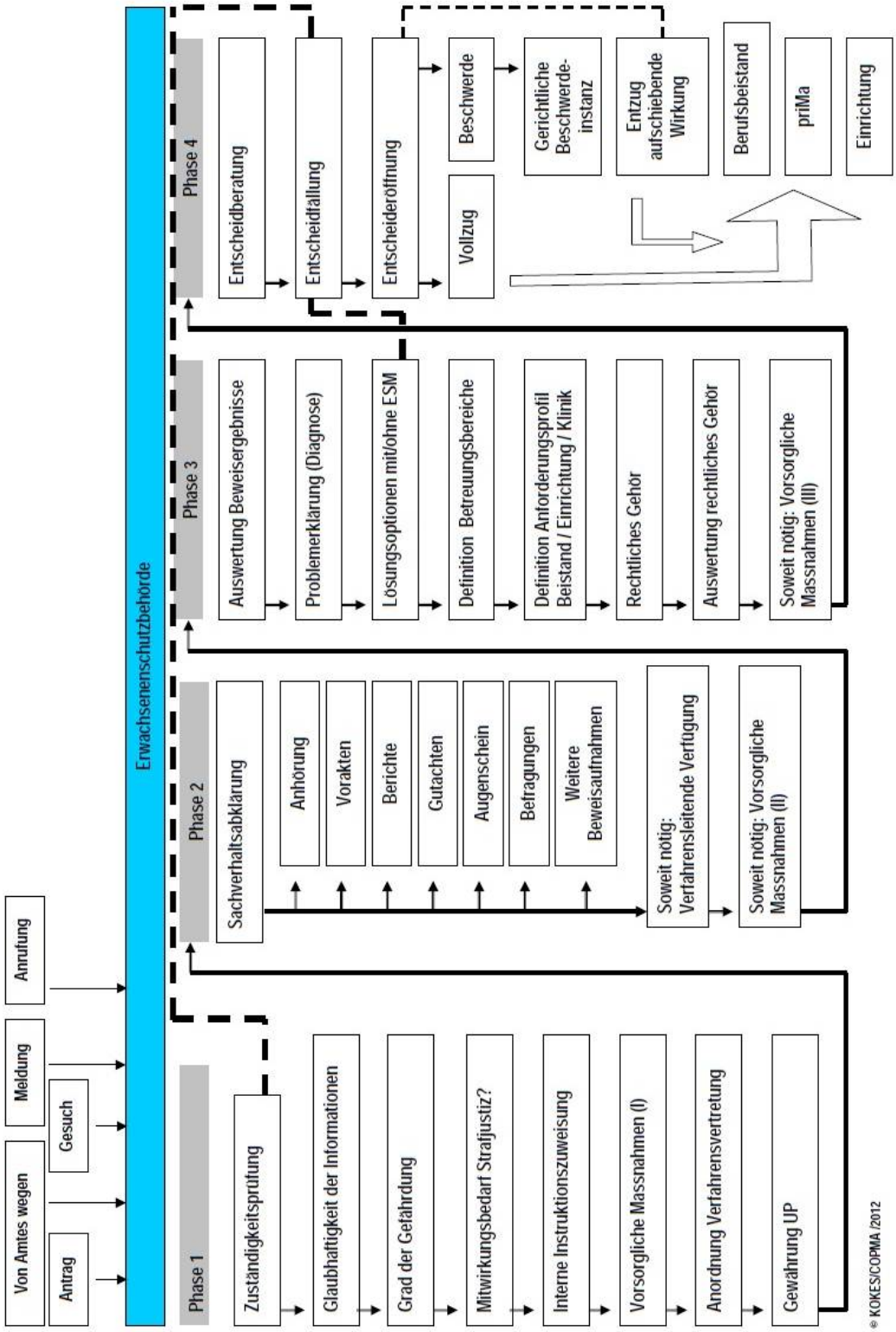
64 Unter Inanspruchnahme des Angebots von Art. 450f ZGB; GEISER, ZKE 2013, S. 27.

65 GEISER, ZKE 2013, S. 27.

66 Art. 442-450g ZGB.

67 Abb. 1 S. 184.

Abbildung 1: Verfahrensabläufe bei der Anordnung von Erwachsenenschutzmassnahmen



III. Absichten der Gesetzgeberin

1. Rechtsethische Identitäten zwischen altem und neuem Recht

Bereits das alte Massnahmenrecht hatte sich – wenn zuweilen auch auf etwas zwiespältige Normen gestützt[68] – vorrangig in den Dienst des individuellen Wohls, der Achtung der Menschenwürde,[69] der Respektierung der persönlichen Freiheit[70] und der Berücksichtigung der Bedürfnisse Dritter zu stellen[71] und dem Gebot der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen.[72] Diese Postulate wurden auf einer gefestigten verfassungsrechtlichen Grundlage[73] im neuen Erwachsenenschutzrecht verschriftlicht und damit verdeutlicht.[74] Darüber hinaus verleihen die neuen Regelungen zur Selbstvorsorge[75] und zur nicht massnahmebedürftigen gesetzlichen Vertretung[76] der Selbstbestimmung[77] und familiären Solidarität ein klares Profil.

2. Autonome Vorsorge

Der Aufwertung der Selbstbestimmung wird im neuen Recht hohes Gewicht beigemessen.[78] Mit dem Vorsorgeauftrag[79] und der Patientenverfügung[80]

---

68 HEGNAUER, ZVW 1984, S. 84.

69 Art. 7 BV.

70 Art. 10 BV.

71 AFFOLTER, AJP 1998, S. 648 f.; RIEMER, Vormundschaft 2000, S. 43.

72 Unter Herrschaft der Bundesverfassung vor 2000 teils abgeleitet aus der Rechtsgleichheit gem. aArt. 4 BV, teils als ungeschriebenes Verfassungsrecht (BGE 99 Ia 370, 373 f.); STETTLER, ZVW 1984, S. 43.

73 Seit der BV 2000 namentlich Art. 5 Abs. 2, Art. 7, 10, 11, 13 und 36 Abs. 3 BV.

74 Art. 386 ZGB bezüglich des Aufenthalts Urteilsunfähiger in Einrichtungen; Art. 388, 390 Abs. 2, 406 ZGB bezüglich der Anordnung und Führung der Beistandschaft; AFFOLTER, AJP 2006, S. 1058; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7011 ff.

75 Vorsorgeauftrag gem. Art. 360 ff. ZGB und Patientenverfügung gem. Art. 370 ff. ZGB.

76 Vertretung durch Ehegatten, durch eingetragene Partner/in, durch Angehörige gem. Art. 374-380 ZGB.

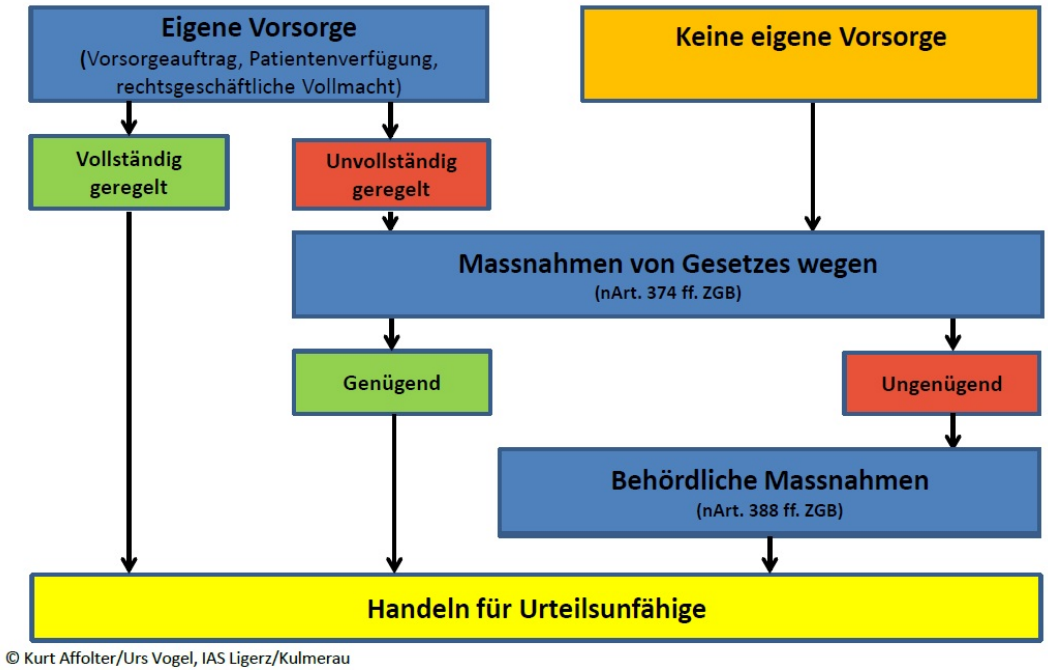
77 Das Selbstbestimmungsrecht findet seine verfassungsrechtliche Grundlage in der Garantie der Menschenwürde (Art. 7 BV) und im Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV).

78 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7002, 7011 f.; AFFOLTER, AJP 2006, S. 1060.

79 Art. 360 ff. ZGB. Vgl. hierzu RUMO-JUNGO, Der Vorsorgeauftrag, S. 217 ff.; BREITSCHMID, ZVW 2003, S. 274 ff.; SCHMID, Erwachsenenschutz, Allg. Einl., N. 28 f., 32.

werden zwei neue Institute ins Erwachsenenschutzrecht integriert, womit autonomes Handeln über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus gewahrt werden kann und vor gesetzlicher Vertretung oder behördlichen Massnahmen Priorität geniesst.[81]

Abbildung 2: Vertretung bei Urteilsunfähigkeit



Nun liegt es in der Natur der Sache, dass der Schutz dieser Selbstbestimmung einer Aufsicht und Kontrolle unterliegen muss.[82] Mit der von der Gesetzgeberin gewählten Lösung wird nicht staatlicher Einfluss zurückgedämmt, sondern der individuelle Einfluss auf persönlichkeitsbezogenes behördliches Handeln erhöht. Im Endeffekt werden mit den neuen Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) im Bereich des Vorsorgeauftrages[83] die staatlichen Interventionsbereiche erweitert, weil ohne behördliches Handeln kein Vorsorgeauftrag wirksam werden kann und verschiedene Konfliktbereiche in Zusammenhang mit dessen Ausführung nicht der zivilgerichtlichen Entscheidung anheimgestellt werden, sondern in den Zuständigkeitsbereich der KESB fallen. Im Unterschied zu jener des Beistan-

80 Art. 370 ff. ZGB.
81 Abb. 2 S. 186.
82 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7012; GEISER, ZKE 2013, S. 18 f., 24.
83 Art. 363, 364, 366, 368 ZGB.

des unterliegt die Tätigkeit der vorsorgebeauftragten Person allerdings keiner automatischen Aufsicht der KESB.

3. Stärkung familiärer Solidarität

Schon das bisherige Recht kennt die eheliche Beistandspflicht,[84] die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft[85] und die familienrechtliche Beistands-[86] und Unterstützungspflicht[87]. Darüber hinaus konnte sowohl an Familienangehörige als auch an Dritte ein einfacher Auftrag[88] und/oder eine Vertretungsvollmacht[89] erteilt werden, und schliesslich besteht seit jeher die – wenn auch risikobehaftete – Möglichkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag[90], welche insbesondere in der Altersvorsorge einen hohen Stellenwert einnimmt.[91]

Die neuen Bestimmungen über die gesetzliche Vertretung Urteilsunfähiger[92] verleihen zunächst Ehegatten und eingetragenen Partnern und Partnerinnen, welche entweder einen gemeinsamen Haushalt geführt oder der schutzbedürftigen Person regelmässig und persönlich Beistand geleistet haben, ein Vertretungsrecht für alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs erforderlich sind, für die ordentliche Verwaltung von Einkommen und Vermögen, sowie für das Öffnen und Erledigen der Post, wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft besteht. Für ausserordentliche Vermögenshandlungen bedarf es der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde.[93] Im Rechtsverkehr wird sich damit immer die Frage stellen, ob überhaupt der Zustand der Urteilsunfähigkeit und damit die Voraussetzung der gesetzlichen Vertretung eingetreten ist, wie es sich mit den sozialen Beziehungen zwischen vertretener Person und Vertreter verhält (Vertretungsvoraussetzung) und ob es sich um Handlungen im Rahmen der ordentlichen Verwaltung handelt. Im Streit-

84 Art. 159 ZGB.
85 Art. 166 ZGB.
86 Art. 272 ZGB.
87 Art. 328 f. ZGB.
88 Art. 394 OR.
89 Art. 32 ff. OR.
90 Art. 419 ff. OR.
91 GEISER, ZVW 2003, S. 99.
92 Art. 374 ff. ZGB.
93 Art. 374 Abs. 3 ZGB.

oder Zweifelsfall kann die Erwachsenenschutzbehörde dem berechtigten Ehegatten oder Partner eine Ermächtigungsurkunde ausstellen,[94] eine solche ist aber keineswegs Bedingung einer gesetzlichen Vertretung.

Schliesslich sieht das neue Recht eine Kaskadenordnung bezüglich Vertretung in medizinischen Angelegenheiten[95] vor, welche im hier interessierenden Zusammenhang aber nicht näher zu erörtern ist.[96]

4. Massnahmenvorgelagerte Instrumente

Es hatte sich bereits unter altem Recht eine gesetzlich nicht explizit vorgesehen Praxis etabliert, welche es den damaligen Vormundschaftsbehörden ermöglichte, anstelle der Errichtung von Massnahmen direkt zu handeln, wenn die Sache dringlich, liquid, rasch lösbar und die Anordnung einer Massnahme deshalb eine unnötige Formalität dargestellt hätte.[97] Diese bewährte Praxis ist nun Gesetz geworden.[98] Die KESB kann, wenn die Errichtung einer Beistandschaft «offensichtlich unverhältnismässig» wäre, von sich aus das Erforderliche vorkehren, namentlich die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft erteilen (beispielsweise Begründung oder Erhöhung einer Hypothek), einer Drittperson für einzelne Aufgaben einen Auftrag erteilen (z.B. dringliche, offensichtlich unvermeidliche Reparaturen einer Liegenschaft) oder eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche Einblick und Auskunft zu geben ist. Das können insbesondere auch Auskünfte einer Bank sein.

5. Massschneiderung der Beistandschaft

Die unflexiblen Folgen der Vormundschaft mit einem vollständigen Entzug der Handlungsfähigkeit liessen es nicht zu, nur in einzelnen Lebensbereichen Einschränkungen aufzuerlegen. Die Entmündigung hatte damit die zuweilen ungewollte Folge, dass die betroffene Person auch in Bereichen, da ihr die nötigen Lebenskompetenzen nicht abzusprechen waren, fremdbe-

---

94 Art. 376 ZGB.

95 Art. 377 ff. ZGB.

96 Vgl. dazu ausführlich FANKHAUSER, BJM 2010, S. 240 ff.

97 BGer Urteil 9C_462/2011 vom 9.1.2012 E. 4.2; SCHNYDER/MURER, Berner Kommentar, N. 59 ff. zu aArt. 361 und N. 36 zu aArt. 392; LANGENEGGER, Basler Kommentar, N. 14 zu aArt. 392; AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 8 zu aArt. 392 ZGB.

98 Art. 392 ZGB.

stimmt wurde und Fähigkeiten zum selbständigen Handeln nicht ausreichend genutzt wurden, mithin staatliche Hilfe über das Ziel hinausschoss.[99] Andererseits sah die Teilentmündigung der Beiratschaft weder Einkommensverwaltung noch persönliche Betreuung vor. Darin lokalisiert sich eine der praktischen Hauptschwächen des alten Systems.[100] Statt standardisierter Massnahmen wird deshalb von den Erwachsenenschutzbehörden künftig – entsprechend dem Verhältnismässigkeitsprinzip – Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur so viel staatlich verordnete Betreuung erfolgt, wie wirklich nötig ist.[101] So wird es künftig möglich sein, nur einzelne Lebensbereiche einer Beistandschaft zu unterstellen, die Handlungsfähigkeit bedarfsgerecht und sektoriell einzuschränken, verschiedenste Dienstleistungen miteinander zu kombinieren, ohne an starre Regeln eines Massnahmensystems gebunden zu sein.[102] Das Selbstbestimmungsrecht und die Selbständigkeit der betroffenen Person sollen auch im Rahmen der behördlichen Massnahmen soweit wie möglich gewahrt werden.[103] Der Gefahr, dass dank Massschneiderung auch Menschen mit Massnahmen bedacht werden, welche nur sehr partielle Defizite aufweisen, die unter altem Recht für eine Massnahme nicht ausgereicht hätten, muss durch eine besonders sensible Handhabung des Verhältnismässigkeits- und Subsidiaritätsprinzips[104] und insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes[105] sowie des Grundrechts auf persönliche Freiheit[106] begegnet werden. Sonst verkehrt sich die Zielsetzung der aufgewerteten Selbstbestimmung in ihr Gegenteil und die Massschneiderung wird zum Damoklesschwert jedes nonkonformen Verhaltens, soweit auch die Grundvoraussetzungen einer Massnahme nach Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB (geistige Behinderung, psychische Störung, ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand sowie Unvermögen der Besorgung eigener Angelegenheiten) erfüllt sind.

---

99 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7015.

100 AFFOLTER, FamPra.ch 4/2012, S. 843 ff.; ROSCH, Kurzkommentar, N. 7 zu Vor Art. 360-456 ZGB.

101 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7016.

102 Siehe Kap. IV.

103 Art. 388 Abs. 2 und 406 Abs. 1 ZGB; AFFOLTER, AJP 2006, S. 1060.

104 BIDERBOST, AJP 2010 passim; DERSELBE, SJZ 2010, S. 310 («Mass nehmen und Mass halten»).

105 Art. 8 BV.

106 Art. 10 BV.

6. Interdisziplinäre Fachbehörden

Kernstück der Revision bildet die bundesrechtlich vorgeschriebene, in ihrer Ausgestaltung allerdings den Kantonen überlassene Einführung einer Fachbehörde, welcher alle Entscheidungen im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes überantwortet wird. Diese Errungenschaft entspringt der Einsicht, dass ein geeigneter Mandatsträger/eine geeignete Mandatsträgerin für sich allein noch kein Garant ist für den erfolgreichen Schutz eines schwachen Menschen. Vielmehr bedarf das konkrete Mandat eines sorgfältig erarbeiteten Fundaments, dessen Aufbau im Verantwortungsbereich KESB liegt, d.h. in deren Abklärung, Situationsanalyse, Problemerklärung und Lösungsfindung, was sich schliesslich im Anordnungsbeschluss niederschlägt.[107] Eine Massnahme muss «erforderlich und geeignet» sein,[108] womit die KESB die Verantwortung dafür trägt, nicht nur eine geeignete Massnahme zu evaluieren, sondern auch darauf zu verzichten, wenn keine behördliche Massnahme eine Antwort auf das Problem zu geben vermag. Nur weil vielleicht auf Druck des Umfeldes «etwas getan werden muss», rechtfertigt sich unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit noch lange keine ungeeignete weil wirkungslose Massnahme. Nicht nur zu weit oder zu wenig weitgehende, auch untaugliche und wirkungslose Massnahmen sind unverhältnismässig.[109]

Die kantonale Behördenorganisation weist nach wie vor grosse Unterschiede auf, welche nicht zuletzt infolge des Spardrucks auf die öffentlichen Haushalte sowohl hinsichtlich des Anforderungsprofils an die Behördenmitglieder als auch der strukturellen Ressourcen nicht überall optimistische Prognosen zulassen. Vom staatspolitischen Aufbau her charakterisieren sich die Behörden der Westschweiz[110] mit Ausnahme der Kantone Jura und Wallis schon wie bisher als gerichtliche Behörden. Ausserdem weisen neu auch die Deutschschweizer Kantone Aargau und Schaffhausen gerichtliche Behörden auf, während alle andern Kantone Administrativbehörden installierten, die entweder kantonal sind oder – je nach Möglichkeit, eine kritische Mindestgrösse nicht zu unterschreiten – kommunal oder interkommunal

[107] Abb. 1 S. 184.

[108] Art. 389 Abs. 2 ZGB.

[109] Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV; Art. 389 Abs. 2 ZGB; BGer Urteil 5A_55/2010 vom 9.3.2010 E. 5.1; 5A_755/2008 vom 22.12.2008 E. 3.1; 5A_389/2007 vom 19.09.2007 E. 4.1; 5C.74/2003 vom 3.7.2003 E. 4.2; AFFOLTER, AJP 1998, S. 647, 649.

[110] Kantone FR, GE, NE, VD.

organisiert wurden.[111] Die Behörden wurden dadurch gesamtschweizerisch von 1414 auf 148, also auf rund einen Zehntel, reduziert.[112]

IV. Die neuen Beistandschaften

Das revidierte Recht bietet vier Haupttypen von Beistandschaften an, welche zum Teil in diversen Unterarten und Kombinationen ausgestaltet werden können.

1. Die Begleitbeistandschaft[113]

Die Begleitbeistandschaft wird mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet. Ihr Bestand hängt einerseits von den generellen Voraussetzungen der Beistandschaft,[114] andererseits vom Einverständnis der betroffenen Person ab und ist aufzuheben, wenn die subjektiven Voraussetzungen entfallen oder das Einverständnis widerrufen wird.[115] Auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person hat sie keinerlei Auswirkungen.[116] Sie berechtigt und verpflichtet die Beistandsperson ausschliesslich zur Begleitung und vermittelt ihr keine Vertretungsbefugnisse. Dementsprechend hat der Beistand/die Beiständin auch kein Auskunftsrecht gegenüber der Bank, es sei denn mittels gewöhnlicher Vollmacht[117] der verbeiständeten Person (was sich allerdings ausserhalb des Beistandsmandats abspielt). Solche Vollmachten bedürfen, wenn sie auf einen entgeltlichen Auftrag hinauslaufen, der Zustimmung der KESB.[118] Als entgeltlich haben auch Aufträge an professionelle Mandatsträger zu gelten, wenn diese dafür bezahlte Arbeitszeit aufwenden und die Leistung zeitlich nicht marginal ist.

---

111 KOKES, ZKE 2013, S. 54 ff.; HÄFELI, FamPra.ch 4/2012, S.1004 f.

112 <http://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/revision/Organisation_KESB__Umsetzung_Kantone__1.1.2013_.pdf>.

113 Art. 393 ZGB.

114 Art. 390 ZGB; MEIER, ZBGR 2013, S. 94 ff.; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7043.

115 MEIER, ZBGR 2013, S.105; ROSCH, FamPra.ch 2010, S. 293.

116 Art. 393 Abs. 2 ZGB.

117 Art. 32 ff. OR.

118 Art. 416 Abs. 3 ZGB.

Nach dem Willen des Gesetzgebers war diese Beistandschaft als Ersatz der Beistandschaft auf eigenes Begehren gedacht,[119] was sich allerdings als «Griff in die falsche Werkzeugkiste» erweist, denn im Unterschied zu ihrem Vorbild, das dem Beistand/der Beiständin eine umfassende Vertretungsmacht vermittelte,[120] handelt hier die verbeiständete Person allein und ausschliesslich. Insbesondere in Sozialräumen mit funktionierender Nachbarschaftshilfe, tragfähigen sozialen Auffangnetzen oder mit guter sozialpolitischer Versorgungslage (Pro Senectute, Pro Infirmis, öffentliche Sozialberatung und Gesundheitsdienste etc.) wird dieses Institut meist vermeidbar sein.

2. Die Vertretungsbeistandschaft[121]

a) Im Allgemeinen

Bei der Vertretungsbeistandschaft handelt es sich um ein Universalwerkzeug für eine Unterstützung und Vertretung Schutzbedürftiger in allen Lebenslagen und zu allen Lebensvorgängen, die nicht absolut höchstpersönlicher Natur[122] sind. Sie ist von der KESB den individuellen Bedürfnissen anzupassen und ist das eigentliche Vorzeigeinstitut der Massschneiderung, Verhältnismässigkeit und Komplementarität. Wenn die KESB keine andern Anordnungen trifft, hat die Vertretungsbeistandschaft keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person: Zwar kann der Beistand/die Beiständin im Rahmen der übertragenen Aufgaben unter Einschluss der Wahrung relativ höchstpersönlicher Rechte zugunsten Urteilsunfähiger für die verbeiständete Person rechtsverbindlich – teils autonom, teils nur mit Zustimmung der KESB[123] – handeln, womit die betroffene Person sich die Handlungen des Beistandes/der Beiständin anrechnen bzw. gefallen lassen muss,[124] das schliesst aber eigenes Handeln der urteilsfähigen verbeiständeten Person nicht aus. Daher funktioniert dieses Vertretungsmodell ohne Be-

119 aArt. 394 ZGB; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7016, 7045.

120 BGE 134 III 385 E. 4.3.; vgl. Kap. I. 1 a) cc) hievor.

121 Art. 394 und 395 ZGB.

122 Zum Begriff vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Personenrecht, § 7.29 ff.; BIGLER-EGGENBERGER, Basler Kommentar, N. 36 f. zu aArt. 19.

123 Art. 416, 417 ZGB; Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 und 2 Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV), SR 211.223.11.

124 Art. 394 Abs. 3 ZGB.

schränkung oder Entzug der Handlungsfähigkeit nur, wenn die betroffene Person die Handlungen des Beistandes/der Beiständin nicht durchkreuzt, sondern sich gefallen lässt oder ihnen jedenfalls nicht aktiv zuwiderhandelt.[125] Andernfalls bedarf es entweder der Einschränkung der Handlungsfähigkeit,[126] deren Entzugs[127] oder des Entzugs des Zugriffsrechts auf einzelne Vermögenswerte ohne Handlungsfähigkeitsbeschränkung[128], es sei denn, die KESB habe mangels Einfluss auf die Lebensverhältnisse der betroffenen Person überhaupt auf eine Massnahme zu verzichten.[129]

b) Mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit

Mit Ausnahme des Bereichs der höchstpersönlichen Rechte[130] kann die KESB die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person beschränken.[131] Das vermittelt dem Beistand/der Beiständin ein exklusives Vertretungsrecht, muss von der KESB im Massnahmenbeschluss so angeordnet worden sein und wird in der Ernennungsurkunde[132] entsprechend bescheinigt. Wo der verbeiständeten Person die Handlungsfähigkeit eingeschränkt worden ist, kann sie dem Beistand/der Beiständin im Sinne von Art. 416 Abs. 2 ZGB selbstredend auch kein gültiges Einverständnis mehr erteilen zur Vornahme zustimmungsbedürftiger Geschäfte.[133]

Bestehende Vollmachten, welche die verbeiständete Person vorgängig der Handlungsfähigkeitsbeschränkung erteilt hatte, erlöschen, sofern nicht das Gegenteil bestimmt worden ist.[134] Die KESB hat sich soweit möglich be-

---

125 MEIER, ZBGR 2013, S. 110; SCHMID, Erwachsenenschutz, N. 5 in fine zu Art. 394.

126 Art. 394 Abs. 2 ZGB.

127 Art. 398 ZGB.

128 Art. 395 Abs. 3 ZGB.

129 Nach Art. 389 Abs. 2 ZGB muss jede Massnahme geeignet sein. Vgl. III.6. hievor und Fn. 109.

130 Art. 19c ZGB.

131 Art. 19d und 394 Abs. 2 ZGB. Zur beschränkten Handlungsunfähigkeit gem. Art. 19 Abs. 2 und 19a ZGB vgl. MEIER, ZBGR 2013, S. 110.

132 Das Gesetz selbst sieht keine Ernennungsurkunden vor, sie ergeben sich aber aus dem zwingenden Bedürfnis, sich als Beistand/Beiständin im Rechtsverkehr mit Dritten als Vertretungsperson ausweisen zu können.

133 Art. 416 Abs. 2 ZGB.

134 BGE 132 III 222; Art. 35 OR ; für Beendigung und Fortdauer des einfachen Auftrages vgl. Art. 405 OR. Zur Kontroverse, ob der Entzug der Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen zu einem Erlöschen der Vollmacht führe, vgl. WATTER, Basler Kommentar, N. 4 zu Art. 35 OR und FELLMANN, Berner Kommentar, N. 96 f. zu Art. 396 OR;

reits anlässlich des Abklärungsverfahrens darüber Klarheit zu verschaffen, ob solche Vollmachten bestehen und diese – wenn sie die Interessen der betroffenen Person gefährden – allenfalls mittels vorsorglicher Massnahmen[135] zu widerrufen. Dasselbe gilt für einfache Aufträge.[136] Andererseits können solche Vollmachen durchaus auch geeignet sein, eine Gefährdungssituation zu überbrücken, wenn die Bevollmächtigten vertrauenswürdig sind und die Interessen der Auftraggeberin wahren. Nach Amtsantritt ist es Sache des Beistandes/der Beiständin, infolge besonderer Anordnung über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus fortdauernde Vollmachten oder Aufträge zu widerrufen, soweit die Interessen der verbeiständeten Person dies gebieten. Sie kann diese aber ebenso gut fortdauern lassen oder anpassen (z.B. Vermögensverwaltungsaufträge oder Liegenschaftsverwaltungen).

c) Vertretungsbeistandschaft zur Vermögensverwaltung[137]

aa) Verwaltungsbereiche

Bei diesem Beistandstypus handelt es sich um eine der Innovationen des neuen Erwachsenenschutzrechts. Die KESB 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. Damit kann sich eine Vertretungsbeistandschaft zur Vermögensverwaltung beispielsweise auch nur auf die Lohn- oder Rentenverwaltung beschränken. Die Verwaltungsbefugnisse umfassen auch die Ersparnisse aus dem verwalteten Einkommen oder die Erträge des verwalteten Vermögens, wenn die KESB nichts anderes angeordnet hat.[138]

bb) Beschränkung der Handlungsfähigkeit

In Kombination mit Art. 394 Abs. 2 ZGB kann die Einkommens- und/oder Vermögensverwaltung mit oder ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit angeordnet werden, womit den Defiziten und Kundigkeiten, aber auch

ZÄCH, Berner Kommentar, N. 16, 83 zu Art. 35 OR. Mit BGE 132 III 222 E. 2.2. und 2.3 hat das Bundesgericht die dispositive Natur und damit die Zulässigkeit einer über den Verlust der Urteilsfähigkeit hinaus vereinbarten Vollmacht bejaht.

135 Art. 445 ZGB.

136 Art. 394 ff. OR.

137 Art. 395 ZGB.

138 Art. 395 Abs. 2 ZGB.

der Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft der verbeiständeten Person optimal Rechnung getragen werden kann.

cc) Entzug des Zugriffsrechts

Ohne der betroffenen Person die Handlungsfähigkeit einzuschränken, kann ihr der Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entzogen werden und, sofern sich dies auf ein Grundstück bezieht, im Grundbuch angemerkt werden.[139] Damit verbleibt der betroffenen Person die rechtsgeschäftliche Verfügungsfreiheit, sie kann aber nicht direkt auf die entsprechenden Mittel zugreifen. Ein solcher Eingriff bedingt selbstverständlich immer auch einen in einem rechtsstaatlichen Verfahren ergangenen Entscheid (vorsorgliche Massnahme oder Massnahmenentscheid). Die KESB kann sich nicht damit begnügen, mittels Genehmigung eines Vertrages über die Anlage und Aufbewahrung von Vermögenswerten solche Einschränkungen festzulegen.[140] Sie kann gem. Art. 9 Abs. 2 VBVV nichts anderes festlegen, als sie in vorsorglichen Massnahmen, ihrem Anordnungsbeschluss oder einem nachfolgenden Entscheid verfügt hat.

Besondere Bedeutung erlangt die Möglichkeit der Zugriffsbeschränkung für die Betriebskonten der Beistände, welche von ihnen in aller Regel exklusiv bewirtschaftet werden (müssen) und zu denen die verbeiständete Person nur in seltenen Fällen der engen und reibungslosen Kooperation gleichzeitig direkt Zugang haben soll. Allein das Bedürfnis nach lückenloser Buchführung und die Verantwortlichkeit für eine ausgewogene Mittelverwaltung[141] verunmöglichen meist eine Co-Verwaltung solcher Konti durch Beiständin/Beistand und verbeiständeter Person.

dd) Unterschriftenregelung

Im Verkehr mit den Banken lässt sich die Differenzierung der Verwaltungsbefugnisse und Zugriffsbeschränkungen ohne besondere administrative Probleme durch eine Konto-, Depot- und Schrankfach bezogene Regelung des Verfügungsrechts absichern. Die Form entsprechender Verträge ist zurzeit noch sehr unterschiedlich und bildet Bestandteil der Verhandlungen

[139] Art. 395 Abs. 3 ZGB; Art. 80 Abs. 4 Grundbuchverordnung, SR 211.432.1.
[140] Art. 9 Abs. 1 und 2 VBVV.
[141] Art. 408, 410, 413, 415 ZGB, Art. 10 und 11 VBVV.

zwischen der SBVg und der KOKES mit dem Ziel, eine banken- und kantonsübergreifende einheitliche Praxis etablieren zu können.[142]

d) Die Mitwirkungsbeistandschaft[143]

Diese Beistandschaft ersetzt die frühere Mitwirkungsbeiratschaft[144], unterscheidet sich aber von der Vorgängerin dadurch, dass kein zwingender und abschliessender Katalog von Mitwirkungsgeschäften mehr vorgesehen ist, sondern diese im Einzelfall von der KESB festzulegen ist. Damit weist auch diese Form der Handlungsfähigkeitsbeschränkung eine hohe Flexibilität auf. Sie kann auf den Schutzbedarf der betroffenen Person individuell zugeschnitten werden. Diese Beistandschaft bedingt allerdings, dass die verbeiständete volljährige Person urteilsfähig ist, weil die Beistandsperson kein Vertretungsrecht, sondern lediglich eine (zustimmende oder ablehnende) Mitwirkungspflicht hat. Mit der Mitwirkung des Beistandes/der Beiständin in den fraglichen Bereichen kommt das Rechtsgeschäft zustande, ohne dass es zusätzlicher Zustimmungen der KESB im Sinne von Art. 416/417 ZGB bedürfte.[145]

e) Die umfassende Beistandschaft[146]

Bei dieser Beistandschaft entfällt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen, soweit sie nicht bereits aufgrund des Schwächezustandes fehlt, welcher zur Anordnung der Massnahme geführt hat.[147] Die Beistandsperson ist umfassende(r) gesetzliche(r) Vertreter/in und verantwortlich für das gesamte Spektrum der Personen-, Vermögenssorge und Rechtsvertretung. Diese Beistandschaft ist in ihren personen- und öffentlichrechtlichen Wirkungen der früheren Entmündigung nachgebildet[148] und die einzige Massnahme, welche von Gesetzes wegen eine umfassende Personen- und Vermögenssorge sowie Vertretungsbefugnis im Rechtsverkehr beinhaltet. Hier liegt ein un-

---

142 Vgl. Kap. V.2.e) hienach.

143 Art. 396 ZGB.

144 aArt. 395 ZGB.

145 HENKEL, Basler Kommentar, N. 24 zu Art. 396.

146 Art. 398 ZGB.

147 Fehlende Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB und dadurch bedingte Handlungsunfähigkeit nach Art. 17 ZGB.

148 Verlust der Handlungsfähigkeit (Art. 17 ZGB) und des Stimm- und Wahlrechts (Art. 136 BV, Art. 2 BG über die politischen Rechte, SR 161.1).

schöner Konstruktionsfehler des neuen Massnahmensystems, weil es im Gegensatz zum alten Recht[149] keine Möglichkeit der umfassenden Verbeiständung mehr gibt ohne Verlust der Handlungsfähigkeit. Die Rechtspraxis wird dieses unnötige Stigma auf kreative Weise korrigieren müssen, indem gestützt auf Art. 394 und 395, allenfalls auch Art. 396 ZGB eine «beinahe umfassende Beistandschaft» mit ausgesparten einzelnen Freiräumen angeordnet wird, wodurch der (vollständige) Verlust der Handlungsfähigkeit und der politischen Rechte vermieden wird.[150]

f) Die kombinierten Beistandschaften

Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden,[151] während die umfassende Beistandschaft wegen ihres umfassenden Aufgabenbereichs keine Kombinationsmöglichkeiten mehr offen lässt. Mit kombinierten Beistandschaften kann in besonderer Weise dem Komplementaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen werden. Mit ihnen lässt sich oft die mit dem Stigma des Verlustes der Handlungsfähigkeit und des Stimm- und Wahlrechts verbundene umfassende Beistandschaft vermeiden.[152]

g) Ersatzbeistandschaft[153]

Der Vollständigkeit halber sei auf diese Beistandschaft hingewiesen, welche zu errichten ist, wenn der Beistand/die Beiständin am Handeln verhindert ist oder in einer Interessenkollision steht, welche die Vertretungsbefugnisse von Gesetzes wegen dahin fallen lassen.[154] Es ist eine sinngemässe Lösung zur Vertretung von Eltern, welche aus denselben Gründen ihre Kinder nicht vertreten können.[155] Es handelt sich in aller Regel um vorübergehende Beistandschaften mit Vertretungsbefugnissen in Einzelgeschäften.

---

149 Beistandschaft auf eigenes Begehren gem. aArt. 394 und kombinierte Beistandschaft gem. aArt. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB; BGE 134 III 385 E. 4.3.

150 KOKES-Praxisanleitung, Rz. 5.43.

151 Art. 397 ZGB.

152 MEIER, FamKomm, N. 2 zu Art. 397 und N. 3-8 zu Art. 391.

153 Art. 403 ZGB.

154 Art. 403 Abs. 2 ZGB.

155 Art. 306 Abs. 2 und 3 ZGB.

h) Aufgabenbereiche und Ernennungsurkunde

Die Beistandschaft kann sich kumulativ oder alternativ auf die Personensorge, die Vermögenssorge oder den Rechtsverkehr beziehen.[156] Die umfassende Beistandschaft umfasst von Gesetzes wegen sämtliche Bereiche, während sich die konkreten Aufgabenbereiche der Vertretungsbeistandschaft, der Mitwirkungsbeistandschaft und der kombinierte Beistandschaft im Einzelfall aus dem Dispositiv des Anordnungsbeschlusses der KESB und aus der gleichlautenden Ernennungsurkunde des Beistandes/der Beiständin ergeben. Aus Gründen des Erwachsenenschutzgeheimnisses kann die KESB auch Ernennungsurkunden mit einem Teilgehalt der Beistandschaft ausstellen. Gegenüber einer Bank muss sich der Beistand/die Beiständin nur bezüglich vermögensbezogener Aufträge legitimieren, wogegen persönliche Betreuungsaufgaben oder Aufträge zu anderer Interessenwahrung gegenüber der Bank unter den Geheimnisschutz fallen und daher in der ihr vom Beistand unterbreiteten Ernennungsurkunde fehlen können.

3. Private Vollmachten und Aufträge in Ergänzung zur Beistandschaft

Mit der Anordnung der Beistandschaft wird unter Berücksichtigung einer allenfalls noch bestehenden Handlungsautonomie der betroffenen Person ein bestehender Schwächezustand überwunden. Eine Beistandschaft kann daher nach dem Prinzip der Subsidiarität und Komplementarität ohne Weiteres in Ergänzung zu vorbestehenden privaten Aufträgen angeordnet werden, sofern die urteilsfähige verbeiständete Person die Beauftragten zu überwachen und kontrollieren vermag oder der Beistand/die Beiständin diese Kontrolle übernimmt.

Anpassungen an die Handlungsmacht des Beistandes mittels zusätzlicher Aufträge, welche die verbeiständete Person (und nicht die KESB) der Beistandsperson erteilt, bedarf es dagegen grundsätzlich keiner und sind möglichst – von überbrückenden Ausnahmesituationen abgesehen – zu vermeiden. Eine solcherart ausgedehnte Handlungsmacht des Beistandes wäre insofern problematisch, als sie die Definitionsmacht der erforderlichen Fremdhilfe von der KESB zum Beistand verschiebt. Zudem besteht die Gefahr, dass sich die verbeiständete Person von Eigenverantwortlichkeiten be-

[156] Art. 391 Abs. 2 ZGB.

freien lässt, die von ihr aus der Sicht der KESB nicht zuletzt auch aus pädagogischen Gründen abgerufen werden sollen. Bei Entgeltlichkeit des Auftrages bedarf es ausserdem der Zustimmung der KESB.[157] Zusätzlich ist zu bedenken, dass mit privaten Aufträgen der verbeiständeten Person an den Beistand/die Beiständin zwei parallele Auftragsverhältnisse entstehen – hier erwachsenenschutzrechtlich, da obligationenrechtlich – welche nur schwer abgrenzbar sind und im privatrechtlichen Bereich von einem problematischen Machtgefälle zwischen Beistand/Beiständin und schutzbedürftiger Person geprägt sein kann, das keiner Drittkontrolle unterliegt.[158]

V. Erwachsenenschutzrecht und Bankenverkehr

Die Schnittstellen zwischen den anordnenden Behörden, den ausführenden Mandatsträgern und den Banken bzw. der Postfinance[159] bildeten schon unter der Herrschaft des alten Vormundschaftsrechts Gegenstand von Auseinandersetzungen, Missverständnissen und Behinderungen in der Mandatsführung.[160] Auch das neue Recht birgt in dieser Hinsicht ein gewisses Konfliktpotenzial. Es liegt deshalb im Interesse einer effizienten Abwicklung der Bankgeschäfte einerseits, des Beistandschaftsmandats andererseits, wenn diese Arbeitsbeziehungen soweit als möglich geklärt werden. Seit Sommer 2012 ist eine Arbeitsgruppe, bestehend aus Vertreterinnen und Vertretern von Swissbanking und diversen Bankinstituten sowie der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), an der Erarbeitung gemeinsamer Empfehlungen, welche bei Drucklegung dieses Beitrages in Form eines gereiften Entwurfs vorliegen, aber weder von den zuständigen Instanzen verabschiedet noch öffentlich zugänglich sind.[161]

---

157 Art. 416 Abs. 3 ZGB.

158 Zu solchen Rollenkonfusionen vgl. BGer Urteil 5A_342/2009 vom 4. Dezember 2009, Sachverhalt Bst. B und C.

159 Mit Verfügung vom 6. Dezember 2012 hat der Verwaltungsrat der FINMA der Postfinance bedingt die Bewilligung zur Tätigkeit als Bank und Effektenhändlerin erteilt. Es wird damit gerechnet, dass eine vollständige Unterstellung per Ende Juni 2013 erfolgen kann. Siehe FINMA-Mitteilung 47/2013 vom 3. Mai 2013, S. 1 (abrufbar unter: <www.finma.ch>, Über FINMA, Publikationen, Mitteilungen).

160 RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; ABT, successio 3/2008, S. 257 ff.; AFFOLTER, ZVW 2008, S. 304 ff.

161 Die Hinweise auf diese Empfehlungen beziehen sich auf den Entwurf Stand Mai 2013.

1. Die Bank als Auskunftsstelle

a) Im Abklärungsverfahren

Wenn eine Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Meldung bezüglich einer schutzbedürftigen Person erhält, ordnet sie eine geeignete Massnahme an, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen, privater oder öffentlicher Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint und bei Urteilsunfähigkeit der hilfsbedürftigen Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist sowie die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen.[162] Dem Entscheid geht ein sorgfältiges Abklärungsverfahren voraus, in dessen Rahmen sich die Behörde aufgrund der Untersuchungsmaxime[163] die nötigen Informationen beschafft und die Sachlage analysiert.[164] Dritte, Verwaltungsbehörden und Gerichte sind zur Mitwirkung verpflichtet, nötigenfalls kann die KESB die Mitwirkung zwangsweise durchsetzen.[165] Das Gesetz sieht einen abschliessenden Katalog[166] von funktionellen Ausnahmekategorien vor, welche gar nicht oder nur bedingt der Mitwirkungspflicht unterstehen.[167] Das Bankgeheimnis fällt nicht unter diese Privilegien, weshalb Banken mit Bezug auf Daten, über die sie bezüglich der zu schützenden Person verfügen, im Rahmen eines rechtshängigen Abklärungs- oder aufsichtsrechtlichen Verfahrens aufgrund einer vollstreckbaren verfahrensleitenden Anordnung der KESB (bzw. des instruierenden KESB-Mitglieds) Auskunft erteilen müssen.[168] Das ermöglicht der KESB insbesondere zu beurteilen, ob es Einkommens- und/oder Vermögensschutzmassnahmen braucht, ob das ganze Vermögen oder Einkommen oder nur

---

162 Art. 389 ZGB.

163 Art. 446 Abs. 1 ZGB; KOKES-Praxisanleitung Rz. 1.144.

164 Abb. 1 S. 184; KOKES-Praxisanleitung, Rz. 1.131 ff.

165 Art. 448 Abs. 1 und 4 ZGB. Als Zwangsmassnahmen können namentlich die persönliche Zuführung oder psychologischer Zwang mittels Androhung der Ungehorsamsstrafe (Art. 292 StGB) beziehungsweise die Ordnungsbusse nach Art. 167 ZPO (wenn diese nach kantonalem Recht [Art. 450f ZGB] anwendbar ist) sowie allenfalls Ordnungsbussen nach kantonalem Verfahrensrecht in Betracht fallen.

166 ROSCH, Kurzkommentar, N. 3 zu Art. 448. Allerdings gibt es gem. Art. 165 f. ZPO zusätzliche persönliche Verweigerungsgründe (AUER/MARTI, Basler Kommentar N. 23 ff. zu Art. 448).

167 Art. 448 Abs. 2 und 3 ZGB.

168 GEISER, AJP 2012, S. 1693; Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 37 ff.

Teile davon unter Beistandschaft zu stellen sind,[169] und welchem Eignungsprofil angesichts der zu erwartenden Herausforderungen ein Beistand zu entsprechen hat.[170] Ausserdem kann es hilfreich sein, wenn die Bank als Vertrauensstelle auch persönlichkeitsbezogene Informationen vermitteln kann, welche es erlauben, bestmöglich auf die persönlichen Verhältnisse Rücksicht zu nehmen.[171]

Eine weitere Rechtsgrundlage, welche zu einem Datenaustausch zwischen Banken und KESB berechtigt, findet sich in Art. 453 Abs. 2 ZGB.[172]

b) Bei Inventaraufnahme

Unverzüglich nach Errichtung einer Beistandschaft, welche einkommens- oder vermögensbezogene Verwaltungsaufträge beinhaltet, hat der Beistand/die Beiständin in Zusammenarbeit mit der KESB ein Inventar der zu verwaltenden Vermögenswerte aufzunehmen.[173] Namentlich bei unübersichtlichen Vermögensverhältnissen kann die KESB ein öffentliches Inventar anordnen mit den Wirkungen des öffentlichen Inventars des Erbrechts.[174] Banken sind nebst den Steuerbehörden eine der entscheidendsten Informationsquellen und haben alle nötigen Auskünfte zu erteilen.[175] Im Idealfall wurden im Rahmen der Abklärung bereits alle erforderlichen Informationen beschafft, je nach Arbeitsweise und personeller Bestückung der KESB besteht allerdings die Gefahr, dass Massnahmen «auf dünnem Eis» errichtet werden und dem Beistand systemwidrig ein Grossteil der nachträglichen Sachverhaltsabklärungen nach Mandatsaufnahme obliegen.[176] Das Auskunftsrecht kann sich auch auf Informationen für die Zeit vor der Übernah-

---

169 Art. 395 Abs. 1 ZGB.

170 Art. 400 Abs. 1 ZGB.

171 Art. 388 Abs. 2, 391 Abs. 1, 406 Abs. 1 ZGB; Art. 5 VBVV; GEISER, AJP 2012, S. 1692 f.

172 Es handelt sich lt. GEISER (AJP 2012, S. 1693) um eine eigentliche Einschränkung des Amts-, Berufs- und Bankgeheimnisses, setzt allerdings eine ernsthafte Selbstgefährdung voraus oder die Gefahr, dass die schutzbedürftige Person ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemand körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt.

173 Art. 405 Abs. 2 ZGB nach der Vorbildnorm von Art. 581 Abs. 2 ZGB, vgl. Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7052. Zur vergleichbaren erbrechtlichen Inventaraufnahme vgl. WISSMANN, Basler Kommentar, N. 21 zu Art. 581 ZGB; BREITSCHMID, AJP 1993, S. 730; BGE 118 II 264 ff., BGE vom 14.8.1992 in ZBGR 1994, 172, 173.

174 Art. 405 Abs. 3 ZGB.

175 Vgl. auch Fn. 168.

176 Art. 405 Abs. 1 ZGB.

me des Amtes erstrecken, wenn dies zur Ausübung des Amtes erforderlich ist.[177]

Für die Mitwirkungspflichten Dritter zur Inventaraufnahme bestehen im Unterschied zur allgemeinen Mitwirkung bei der Sachverhaltsabklärung keine Ausnahmebestimmungen.[178]

c) Bei Überwachungsmassnahmen

Erscheint die Errichtung einer Beistandschaft wegen des Umfangs der Aufgaben als offensichtlich unverhältnismässig, bedarf es aber eines adäquaten Schutzes, so kann die KESB von sich aus das erforderliche vorkehren und beispielsweise eine geeignete Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche (z.B. Vermögensentwicklung) Einblick und Auskunft zu geben ist.[179] Die so beauftragte Person legitimiert sich durch einen vollstreckbaren behördlichen Entscheid oder eine entsprechende Ernennungsurkunde als auskunftsberechtigte Person.

d) Während der Beistandschaft

Soweit der Beistand/die Beiständin mit der Verwaltung von Einkommen und/oder Vermögen beauftragt worden ist[180] und er/sie sich mittels Ernennungsurkunde oder eines vollstreckbaren Entscheiddispositivs[181] zu legitimieren vermag, stehen ihm/ihr die entsprechenden Auskunftsrechte zu.[182] Bei der Mitwirkungsbeistandschaft beschränkt sich das Auskunftsrecht der Beistandsperson auf die mitwirkungsbetroffenen Vermögenswerte.[183] Ist die verbeiständete Person urteilsunfähig oder ist ihr die Handlungsfähigkeit vollständig entzogen worden, so steht das Auskunftsrecht ausschliesslich der Beiständin/dem Beistand zu.[184]

---

177 Art. 10 Abs. 2 in fine VBVV (namentlich bezüglich bezahlter Rechnungen und offener Forderungen).

178 Art. 405 Abs. 4 ZGB.

179 Art. 392 ZGB; Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7045.

180 Art. 395 Abs. 1 und 2, Art. 408 ZGB. Die Begleitbeistandschaft beinhaltet nie einen Verwaltungsauftrag.

181 Eine begründete Entscheidung muss der Bank wegen des Erwachsenenschutzgeheimnisses vorenthalten bleiben.

182 Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 19, 20, 23; AFFOLTER, ZVW 2008, S. 305.

183 Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 26.

184 Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 19, 20, 23.

e) Nach Mandatsende[185]

Mit dem Tod einer verbeiständeten Person erlischt auch die Beistandschaft.[186] Der Erbgang ist seitens der Bank grundsätzlich so zu behandeln, wie wenn der Kunde nicht verbeiständet gewesen wäre. Soweit es für den Abschluss des ehemaligen Beistandschaftsmandates erforderlich ist (z.B. Vermögensdifferenzen zwischen Zeitpunkt des Todes und Aushändigung des Vermögens), erteilt die Bank der KESB die erforderlichen Auskünfte auch für die Zeit nach dem Tod.[187] Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn mangels Kenntnis des Todesfalls noch buchhalterische Aktivitäten zu verzeichnen waren.[188]

f) Gegenüber Aufsichtsbehörden

Die KESB kann im Rahmen ihrer Aufsicht über die Beiständinnen und Beistände[189] sowie der Dokumentationspflicht der Beistandsperson[190] von einer Bank, der Postfinance oder einer Versicherungseinrichtung jederzeit Auskunft über die Konti, Depots und Versicherungen der betroffenen Person und Einsicht in die dazugehörigen Akten verlangen.[191]

2. Die Bank als «Schirmlade»

a) Begriff

Als Schirmlade bezeichnete man unter früherem Recht einen sicheren Aufbewahrungsort für vormundschaftliche verwaltete Vermögen.[192] Mit dem

---

185 Vgl. zudem Kap. V.6.

186 Art. 399 Abs. 1 ZGB.

187 Art. 10 Abs. 2 VBVV.

188 Namentlich bezahlen von Rechnungen auf Veranlassung des Beistandes mangels Kenntnis des Mandatsendes oder von Daueraufträgen, Zahlungseingänge für hängige Forderungen (z.B. Krankheitskostenrückerstattungen).

189 Art. 410, 415, 419, 425 ZGB.

190 Art. 11 VBVV.

191 Art. 10 Abs. 3 VBVV.

192 a§ 102 EG ZGB des Kt. Zürich: «Die Schirmlade soll in einem sichern, feuerfesten Gewölbe oder feuersichern Schrank untergebracht und wenigstens mit zwei Schlössern versehen sein. Die zwei Schlüssel sollen in der Hand von zwei Mitgliedern oder von einem Mitglied und dem Schreiber der Vormundschaftsbehörde liegen. Bei der Öffnung der Schirmlade haben zwei Schlüsselinhaber mitzuwirken, und es ist über die Eingänge und Ausgänge gleichzeitig ein Protokoll zu führen.» Vgl. auch aArt. 44

Ersatz physischer Vermögensdokumente (Bankbüchlein, Obligationen, Aktien etc.) durch elektronisch erfasste und virtuelle Produkte wich diese Schirmlade in den Räumlichkeiten der Behörden allmählich der Hinterlegung bei Banken[193] oder beschränkt sich auf das Depot von Gebrauchsschmuck u.ä. Auch Sicherheitsaspekte für das Personal und die Vermögensobjekte lassen es als ratsam erscheinen, in Verwaltungsräumen möglichst keine Vermögenswerte verbeiständeter Personen aufzubewahren, d.h. die «Schirmlade» in die Banken zu verlegen.

b) Hinterleger

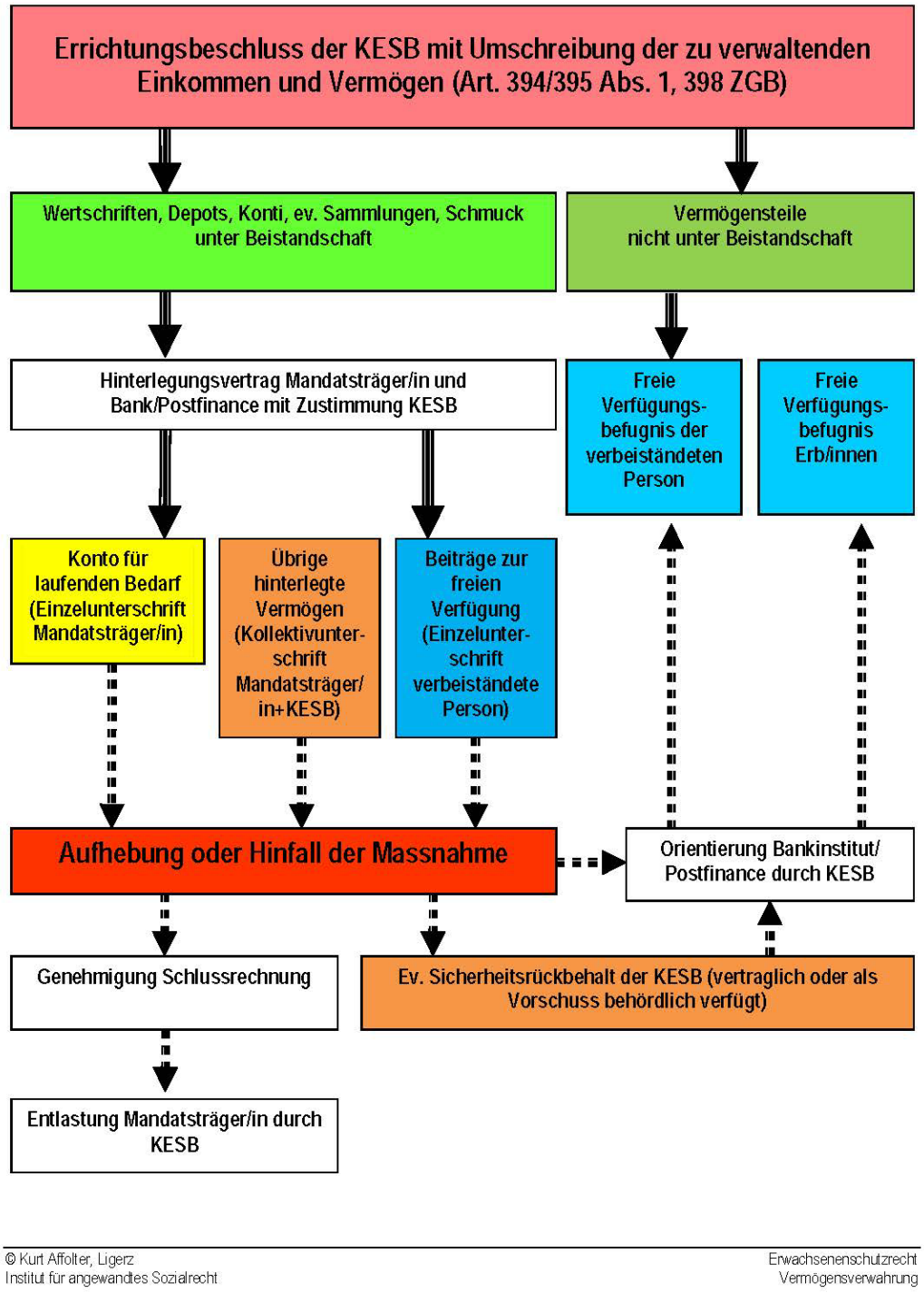
Jene Vormundschaftsbehörden, welche die ihnen anvertrauten Vermögenswerte unter altem Recht bei einer Bank hinterlegten, regelten dies gewöhnlich mittels eines Rahmenvertrages zwischen der Behörde und dem Bankinstitut, während das Dispositionsrecht über die hinterlegten einzelnen Vermögenswerte (einzel Beistand oder einzel Klient, kollektiv Beistand/Behörde oder kollektiv Mitwirkungsbeirat/Klient) pro Klient/in in einem Basisvertrag festgelegt wurde.[194]

Abs. 1 EG ZGB BE: «Wertschriften, Kostbarkeiten, wichtige Dokumente und dergleichen sind von der Vormundschaftsbehörde in Verwahrung zu nehmen und an sicherem Orte aufzubewahren.»

193 Verordnung des Regierungsrates des Kt. ZH betreffend Aufbewahrung von Mündelvermögen bei Banken, LS 232.2; Weisungen der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kt. BE vom 12. Februar 1996 zur Aufbewahrung und Kontrolle der Mündelvermögen, BSIG Nr. 2/211.1/2.1; Regierungsratsbeschluss des Kt. SZ über die Aufbewahrung und Anlage von Mündelvermögen bei Banken, SRSZ 211.311; BREITSCHMID/KAMP, S. 159 f.

194 Abb. 3 S. 205; Ein auf das neue Recht adaptiertes Modell des Kt. ZH ist abrufbar unter <http://www.zh.ch/internet/justiz_inneres/gaz/de/ueber_uns/reformen/revision_vormundschaftsrecht.html>.

Abbildung 3: Vermögensverwahrung des Beistandes und der Beiständin (ohne Mobiliar und Immobilien)



© Kurt Affolter, Ligerz
Institut für angewandtes Sozialrecht

Erwachsenenschutzrecht
Vermögensverwahrung

Mit der Totalrevision des Erwachsenenschutzrechts obliegt die Verwahrung sämtlicher Vermögenswerte, namentlich auch jener, welche nicht dem Betriebskonto zuzurechnen sind und damit nicht täglich von der Beistandsperson zu bewirtschaften sind, nicht mehr der Behörde,[195] sondern dem Beistand/der Beiständin.[196] Die KESB bleibt aber insofern noch mitverantwortlich für die Verwahrung und Verwaltung von Vermögenswerten, als sie einerseits die Vermögenssituation von Amtes wegen sorgfältig abklären,[197] an der Inventaraufnahme des Beistandes/der Beiständin mitwirken[198] und die Hinterlegungs- und Verwaltungsverträge des Beistandes/der Beiständin mit den Beauftragten genehmigen muss.[199]

c) Hinterlegungsort

Als Hinterlegungsort schreibt das neue Recht eine Bank oder die Postfinance vor.[200] Nur ausnahmsweise, wenn die Sicherheit gewährleistet ist und es den vorrangigen Interessen der verbeiständeten Person dient, darf die Beistandsperson Wertsachen andernorts aufbewahren. In Frage kommen dabei auch die Räumlichkeiten der KESB, wenn der Aufbewahrungsort feuer-, wasser- und diebstahlsicher ist.[201]

d) Legitimierung und Identifizierung

Im Rechtsverkehr mit Dritten legitimiert sich die Beistandsperson generell mittels einer Ernennungsurkunde, die ihr die KESB ausgestellt hat, oder eines vollstreckbaren Entscheiddispositivs der KESB. Dabei hat sich die Beistandsperson auch identifizieren zu lassen (z.B. unter Vorweisung des Passes). Anders verhält es sich bezüglich der verbeiständeten Person. Deren Identität musste durch die KESB vor Erlass ihres Entscheides geprüft werden. Eine behördlich unterzeichnete Bescheinigung in Form der Ernen-

---

195 aArt. 399 ZGB; § 102 EG ZGB ZH; allerdings wurde schon unter altem Recht die «Verwahrung» kantonal sehr unterschiedlich gehandhabt. Einzelne Kantone überliessen die Verwahrungsregelung ausschliesslich dem Beistand (z.B. Kt. Waadt: Art. 4 ff. Règlement concernant l'administration des tutelles et curatelles, [RATu, 211.255.1]).

196 Art. 4 und 9 VBVV.

197 Art. 446 ZGB.

198 Art. 405 Abs. 2 ZGB.

199 Art. 9 VBVV.

200 Art. 4 Abs. 1 VBVV. Zur Postfinance vgl. Fn. 159.

201 Art. 4 Abs. 2 und 3 VBVV.

nungsurkunde oder des vollstreckbaren Entscheiddispositivs, soweit möglich unter Beilage einer Kopie des Personenausweises der verbeiständeten Person, muss für die Bank wie für andere Geschäftspartner genügen.[202] Eine andere Handhabung würde in vielen Fällen bereits an praktischen Fragen scheitern, wenn die verbeiständete Person z.B. nicht transportfähig ist und in einem Pflegeheim, einer Notfallstation oder einer psychiatrischen Klinik untergebracht ist, definitiv aber dann, wenn Grund der Verbeiständung die Abwesenheit an unbekanntem Ort ist.[203] Um im Geschäftsverkehr Unsicherheiten bezüglich der Identität der verbeiständeten Person zu vermeiden, werden die KESB in der künftigen Praxis gut daran tun, systematisch Kopien von Personenausweise zu den Akten zu nehmen. Das findet ihre Grenzen bei der Beistandschaft für einen Nasciturus[204] und die unbekannt abwesende Person[205].

e) Hinterlegungs- und Verwahrungsvertrag

In welchen Vertragsformen die verbeiständeten Vermögen den Banken bzw. der Postfinance anvertraut werden, ist aufgrund der sehr unterschiedlichen föderalen Kulturen und der unterschiedlichen Vertrautheit der Bankenwelt mit dem Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes im Moment noch offen[206] und wurde in den ersten Monaten der Umsetzung des neuen Rechts sehr unterschiedlich bewerkstelligt. Es ist das Ziel der gemeinsamen Empfehlungen von SBVg und KOKES,[207] diesbezüglich einen gemeinsamen Nenner unter Ausschöpfung der reichhaltigen Erfahrungen zu finden.

3. Die Bank als Sachverständige

Für die Beurteilung von Anlageprodukten, die Analyse von Wertschriftenportefeuilles und die Entwicklung von Anlagestrategien sind die Organe des Erwachsenenschutzes (Beistandsperson und KESB) auf Sachverständige angewiesen, welche den Markt eng verfolgen und mit dessen Entwicklung ver-

---

202 GEISER, AJP 2012, S. 1694; Entwurf Empfehlungen SBVg-KOKES 2013, Ziff. 31.

203 Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

204 Art. 306 Abs. 2, 308 Abs. 2 ZGB, 544 Abs. 1bis ZGB.

205 Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

206 BREITSCHMID/KAMP, S. 167 f.; siehe immerhin das in Fn. 194 erwähnte Modell des Kt. Zürich.

207 Vgl. Fn. 161.

traut sind, auch wenn vor solchen gleichermassen Vorsicht geboten ist, wie vor sich selbst überschätzenden Laien.[208] Die behördlichen Strukturen sind aus naheliegenden Gründen ausserstande, in dieser Beziehung die nötigen Kompetenzen auszubauen. Als Sachverständige haben sich die Banken dabei an den nachfolgend beschriebenen erwachsenenschutzrechtlichen Vorgaben zu orientieren.

a) Leitlinien erwachsenenschutzrechtlicher Vermögensverwaltung

Der Beistand/die Beiständin hat das Vermögen der verbeiständeten Person sorgfältig zu verwalten.[209] Was darunter zu verstehen ist, hat der Bundesrat gestützt auf Art. 408 Abs. 3 ZGB in den Grundzügen in einer Verordnung festgelegt.[210] In ihrer grundsätzlichen Ausrichtung[211] geht die Sicherheit einer Anlage («Mündelsicherheit» im alten Sprachgebrauch) möglichst hohen Erträgnissen vor, weil die Vermögenswerte nach dem Wortlaut der Verordnung «sicher und soweit möglich ertragbringend anzulegen und Anlagerisiken durch eine angemessene Diversifikation gering zu halten sind.»[212] In Anbetracht des Hauptzwecks der Vermögensverwaltung, nämlich der Wahrung der Gesamtinteressen der verbeiständeten Person, soll der Beistand dem Betroffenen mittels einer umsichtigen Vermögensverwaltung stets das grösstmögliche Mass an Wohlergehen sichern.[213] Die Erhaltung und Mehrung des Vermögens um jeden Preis, und vor allem auf Kosten des Wohls der verbeiständeten Person, kann nicht im Vordergrund stehen. Die Befriedigung materieller Wünsche soll gewährleistet werden, solange diese in einem reellen Verhältnis zum Vermögen liegen.[214]

---

208 BREITSCHMID/KAMP, S. 163, 166.

209 Art. 408 Abs. 1 ZGB.

210 VBVV (Fn. 123), in Kraft seit 1.1.2013.

211 Art. 2 VBVV.

212 BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 180; BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 216 f.; GULER, Basler Kommentar, N. 5 zu aArt. 413; CAVIEZEL, S. 204 f.; FASSBIND, OF-Kommentar, N. 1 zu Art. 408.

213 CAVIEZEL, S. 200; BALESTRIERI, S. 216 f.

214 AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 6 f. zu aArt. 413 ZGB; CAVIEZEL, S. 219 ff.; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 3 und 4 zu aArt. 413 ZGB; GULER, Basler Kommentar, N. 3 zu aArt. 413.

b) Sicherheit

Als sicher galten früher nominell sichere Einzelanlagen wie Staatsanleihen. Mit der Entwicklung auf dem Kapital- und Finanzmarkt zu Beginn des 21. Jh., insb. auch der hohen Staatsverschuldungen im europäischen und amerikanischen Wirtschaftsraum, hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die hergebrachten Vorstellungen von «Mündelsicherheit» zu kurz greifen. Die Rechtsfrage, wie ein Vermögen sorgfältig verwaltet wird, lässt sich zu einem wesentlichen Teil nur nach finanzwirtschaftlichen Beurteilungskriterien beantworten und unterliegt einem permanenten Wandel. Der Begriff der Sicherheit lässt sich nicht mehr auf die Definition zulässiger Einzelanlagen reduzieren, sondern ist in einem umfassenderen Sinne zu verstehen, ausgehend von allgemein gültigen Anlagegrundsätzen über den strukturierten Anlageprozess bis hin zur Definition der zulässigen Anlagen.[215] Bei verbeiständeten begüterten Person, zu deren Vermögen bisher professionell bewirtschaftete Anlagen mit langfristigem Anlagehorizont oder Familienunternehmen bzw. Anteile daran gehören, besteht ausserdem ein Bedürfnis nach differenzierteren Verwaltungsstrategien als der herkömmlichen «Mündelsicherheit». Damit soll namentlich der bisher beanspruchten Privatautonomie in der Vermögensverwaltung (Risikobereitschaft und unternehmerische Verantwortung) in einem verantwortbaren Rahmen Rechnung getragen werden können.[216]

c) Differenzierung von Anlagekomplexen

Die VBVV unterscheidet drei Vermögenskategorien bzw. Anlagekomplexe:

- Vermögenswerte, die der Sicherstellung des gewöhnlichen Lebensunterhalts der verbeiständeten Person dienen und deshalb einem abschliessend umschriebenen Anlagekatalog entsprechend nur sehr konservativ angelegt werden dürfen und sofort verfügbar sein müssen,[217]
- Anlagen für weitergehende Bedürfnisse, welche einem erweiterten Anlagekatalog mit weniger Sicherheit aber höheren Ertragswahrscheinlichkeiten entsprechen,[218]

---

215 BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 180 ff.
216 AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 19 zu Art. 408.
217 Art. 6 Abs. 1 lit. a.-f. VBVV.
218 Art. 7 Abs. 1 lit. a.-f. VBVV.

– Anlagen für weitergehende Bedürfnisse bei Vorliegen besonders günstiger finanzieller Verhältnisse, welche in erweitertem Mass risikobehaftete Anlagestrategien ermöglichen, zu welchen sich die verbeiständete Person vor der Beistandschaft selbst entschieden hatte.[219]

Hinweise darauf, auf wie lange Zeit ein wie hoher gewöhnlicher Lebensunterhalt unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse[220] gesichert werden muss, finden sich weder im Gesetz noch in der Verordnung oder im Begleitbericht zur VBVV.[221] Es wird sich letztlich aus der Behördenpraxis heraus entwickeln müssen, welcher Zeithorizont und welcher Lebensstandard im Einzelfall in Betracht zu ziehen ist.[222] Müsste der gewöhnliche Lebensunterhalt einer 18-jährig gewordenen Person ohne gesicherten Rentenanspruch (z.B. aus der IV, SUVA und/oder Privatversicherung) aufgrund der Lebenserwartung bestimmt und sichergestellt werden, müssten auch siebenstellige Vermögenswerte der Sicherstellung dienen, was weder gesellschaftlichem Durchschnittsverhalten noch dem Sinn der Verordnung entsprechen kann.

Es ist davon auszugehen, dass Anlagekomplexe namentlich bei Personen im aktiven Lebensalter (18-65 Jahre) nicht als feste Grössen zu verstehen sind, sondern je nach der Entwicklung der persönlichen Situation der betroffenen Person und des Vermögens in Relation zum Gesamtvermögen Veränderungen unterliegen. Deshalb dürfte es praxisnaher sein, mit flexiblen, individuell zugeschnittenen Anlageprofilen zu arbeiten.[223] Deren Festlegung liegt in erster Linie in der Verantwortung des Beistandes/der Beiständin und bedarf gegebenenfalls der Zustimmung der KESB.[224] Das Gesetz lässt hier den nötigen Spielraum offen.

---

219 Art. 7 Abs. 3 VBVV.

220 Art. 406 ZGB, Art. 5 VBVV.

221 Der Bundesrat orientierte sich an der am 25. September 2001 in Kraft getretenen Verordnung über das Vormundschaftswesen des Kantons Luzern (SRL Nr. 206), welche drei Arten von Vermögensanlagen unterschied (Sicherstellung des gewöhnlichen Lebensunterhalts [§ 23], Rücklagen für weiter gehende Bedürfnisse [§ 24] und Anlage des übrigen Vermögens [§ 25]). In Abweichung dazu verzichtet die VBVV auf eine Unterscheidung zwischen Rücklagen für weiter gehende Bedürfnisse und der Anlage des übrigen Vermögens (zur Begründung vgl. Begleitbericht VBVV Mai 2012, S. 4).

222 So operiert die KESB Basel-Stadt mit tabellarischen Hilfen mit einem Zeithorizont von 10 Jahren; BREITSCHMID/KAMP verweisen ausserdem infolge des Stadt-Landgefälles auf den Bedarf nach einer kaufkraftbezogenen Betrachtungsweise.

223 BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 185.

224 Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3 VBVV; Art. 416 Ziff. 5 ZGB.

d) Prüfungsbedarf im Abklärungsverfahren und bei Mandatsbeginn

Beistandsperson und KESB sind auf Fachexperten der Finanzwirtschaft angewiesen, wenn es um die Beurteilung der Güte (Sicherheit und Rentabilität) von Anlageprodukten geht. Der Bedarf kann bereits im Rahmen des Abklärungsverfahrens der KESB,[225] bevor die verschiedenen Anlagekomplexe durch die KESB festgelegt werden,[226] namentlich aber im Inventarisationsverfahren[227] und anlässlich der Anlageentscheide[228] anfallen. Wenn zu prüfen ist, ob Vermögensanlagen die Zulässigkeitsvoraussetzungen gem. Art. 6 und 7 VBVV erfüllen oder nicht, werden die Banken nebst andern Vermögensanlagespezialisten als Sachverständige gefragt sein und der Betreuungsperson Beurteilungskriterium darüber unterbreiten können, ob namentlich Anlagen umzuwandeln sind und zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen hat, damit es nicht zur Unzeit erfolgt.[229]

4. Die Bank als Vermögensverwalterin

Die sorgfältige Verwaltung des Vermögens obliegt dem Beistand/der Beiständin. Darunter fällt die Aufnahme des Inventars unter Einschluss der allfälligen Veranlassung eines öffentlichen Inventars,[230] der Einbezug der KESB, soweit es sich um zustimmungsbedürftige Geschäfte handelt,[231] die Rechnungsführung, –ablage, Berichterstattung und Dokumentation.[232] Soweit es aber um die Verwahrung und Bewirtschaftung des Vermögens geht (z.B. Liegenschaftsverwaltung oder Wertschriftenverwaltung), kann die Beistandsperson diese einem Beauftragten, namentlich einer Bank anvertrauen. Sie ist diesfalls im Sinne der Geschäftsherrenhaftung[233] verantwortlich für die Auswahl, Instruktion und Beaufsichtigung eines geeigneten aussenstehenden Vermögensverwalters (z.B. Finanzinstitut) und die Vermeidung

---

225 Kap. II.2.c.
226 Art. 395 Abs. 1 ZGB; Art. 6, 7 und 9 Abs. 2 VBVV.
227 Art. 405 Abs. 2 und 3 ZGB.
228 Art. 408, 416 Ziff. 5 ZGB; Art. 6 Abs. 2, Art. 7 f. VBVV.
229 Art. 8 VBVV, vgl. dazu bereits aArt. 402 Abs. 2 ZGB.
230 Art. 405 Abs. 2 und 3 ZGB.
231 Art. 416 Ziff. 5 ZGB, Art. 4 Abs. 2 und 3, Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 und 2 VBVV.
232 Art. 410 f., 425 ZGB, Art. 10 und 11 VBVV; BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 220 ff.
233 Art. 55 OR; BGE 135 III 198 E. 2.3.

spekulativer Anlagen oder Geschäfte.[234] Die Anlagestrategie für komplexere Vermögen ist im Rahmen eines professionell strukturierten Anlageprozesses nach den Vorgaben der Art. 6-8 VBVV festzulegen und richtet sich im Einzelfall nach der Risikofähigkeit und dem Anlageziel. Dabei bilden auch die Kosten eine wichtige Orientierungshilfe.[235] Dynamische Anlagestrategien widersprechen in der Regel dem Sicherheitsanspruch nach Art. 2 VBVV und vertragen sich nicht mit dem zeitlichen Bedarf der nötigen Genehmigungsverfahren durch die KESB (Empfehlung des Bankinstituts, Bericht und Antrag der Beistandsperson an KESB, Prüfung und Genehmigung oder Verweigerung durch EKSB, Eröffnung des Entscheids mit Rechtsmittelfrist).[236]

Eine sorgfältige Verwaltung beinhaltet die Bewirtschaftung im Interesse der verbeiständeten Person, ist frei von jeglichem Eigennutz des Beistandes oder des von ihm beauftragten externen Vermögensverwalters[237], aber auch von der offenen oder versteckten Wahrung öffentlicher Fiskalinteressen.[238]

5. Die Bank als Melderin

In ihrer Eigenschaft als Beauftrage unterliegt eine Bank einer Anzeigepflicht, wenn die auftraggebende Person voraussichtlich dauernd urteilsunfähig wird und eine solche Meldung an die KESB zur Interessenwahrung angezeigt erscheint.[239] Das kann aus der Sicht der Bank durchaus zu heiklen Güterabwägungen führen, namentlich wenn sich Familienangehörige, die ebenfalls gute Kunden sind, dem entgegen stellen, wenn Schwarzgeld verwahrt wurde oder die Auftraggeberin sich undurchsichtiger Vermögenskonstrukte bediente, an deren Ankauf die Bank möglicherweise noch beteiligt war oder die sie im Rahmen von Bankzusammenschlüssen und -übernahmen «geerbt» hat.

Bei qualifizierten Gefahrensituationen[240] kann sich die Bank ausserdem zu einer Meldung veranlasst sehen: Besteht die Gefahr, dass eine hilfsbe-

---

234 AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 6 zu Art. 408; GULER, Basler Kommentar N. 5 zu aArt. 413; DESCHENAUX/STEINAUER, Rz. 999; BGE 136 III 113 E. 3.2.1; 52 II 319.

235 BASLER SCHERRER, ZKE 2011, S. 182 f.

236 Art. 416 Ziff. 5 ZGB; Art. 7 Abs. 2 und 3 VBVV.

237 AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 7 zu Art. 408; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 6 zu aArt. 413 ZGB; zur Weiterleitungspflicht von Retrozessionen BGE 138 III 755.

238 BGE 138 V 58 E. 4.3.

239 Art. 397a OR.

240 Kap. V.1.a) Fn. 172.

dürftige Person sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemand körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt, so darf die Bank mit Polizei und KESB Informationen austauschen, ohne dass sie das Bankgeheimnis verletzt.[241] Der offene Begriff «betroffene Stellen», welche Informationen austauschen dürfen, schliesst alle möglichen Mitbeteiligten ein.[242] Diese Meldungen können sich überschneiden mit der Meldepflicht nach Zugang verdächtiger Vermögenswerte gem. Geldwäschereigesetz[243], erfolgt aber nicht aus fiskalischen, sondern aus Gründen des Schutzes privater Rechtsgüter des Bankkunden.

6. Die Bank am Ende der Beistandschaft

Mit rechtskräftiger Aufhebung der Beistandschaft oder dem Tod einer verbeiständeten Person erlischt auch die Beistandschaft.[244] Dasselbe gilt, wenn für eine minderjährige Person eine Vormundschaft[245] oder eine Kindesvermögensverwaltungsbeistandschaft[246] besteht und die betroffene Person volljährig geworden ist. Volljährigkeit wie Tod beendet die Massnahme von Gesetzes wegen.

Nach den Tod der verbeiständeten Person ist der Erbgang seitens der Bank grundsätzlich so zu behandeln, wie wenn der Kunde nicht verbeiständet gewesen wäre. Mithin treten die Erben kraft Universalsukzession mit dem Tod der verbeiständeten Person in das zuvor verbeiständete Vermögen als Rechtsnachfolger ein.[247]

Der unter dem alten Recht noch bestandene Theorienstreit[248] erweist sich mit der neuen Gesetzgebung als beigelegt. Die Begründungen für eine derogierende lex specialis im alten Vormundschaftsrecht lassen sich im neuen Recht gegenüber den erbrechtlichen Regeln nicht mehr finden.[249]

---

241 Art. 453 ZGB.

242 Botschaft zur Änderung des ZGB, BBl 2006, S. 7091.

243 Welche öffentlichem Recht entspringt und an das BAP erfolgt, Art. 9 GWG (SR 955.0).

244 Art. 399 Abs. 1 ZGB.

245 Art. 327a ZGB.

246 Art. 325 ZGB.

247 Art. 560 Abs. 1 ZGB ; ABT, successio 3/2008, S. 258 f.

248 RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; ABT, successio 3/2008, S. 257 ff.; MOTTIEZ, ZVW 2006, S. 278 f.; AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 69a zu Art. 451-453; AFFOLTER/STECK/VOGEL, Handkommentar, N. 24 zu aArt. 451-453.

249 Namentlich das von RIEMER gestützt auf aArt. 451-453 ZGB unter Berufung auf KAUFMANN (Berner Kommentar, N. 12 zu aArt. 451), EGGER (Zürcher Kommentar, N. 5

Soweit es für den Abschluss des ehemaligen Beistandschaftsmandates erforderlich ist (z.B. Vermögensdifferenzen zwischen Zeitpunkt des Todes und Aushändigung des Vermögens), haben die Behörden und die ehemalige Beistandsperson auch für die Zeit nach dem Tod einen Informationsanspruch gegenüber der Bank. [250]

VI. Offene Fragen

1. Umgang mit verwaltungslosen Vermögen

Nach dem alten Recht konnte für Vermögen, dem die nötige Verwaltung fehlte, gestützt auf aArt. 393 ZGB eine Verwaltungsbeistandschaft errichtet werden.[251] Darunter können z.B. gem. Art. 566 ZGB ausgeschlagene Nachlassvermögen fallen, über welche mangels hinreichender Aktiven kein Konkurs eröffnet wurde, aber auch herrenlose Vermögen oder solche, deren Eigentümer ungewiss sind, sowie Erbschaftsvermögen unter Verwaltung eines Erbenvertreters, solange sich kein Vertreter bestimmen lässt[252], insbesondere aber auch nachrichtenlose Vermögen, welche allerdings – soweit sie Banken anvertraut sind – bisher teilweise einer «selbstregulierten» Behandlung unterstanden.[253] Aktuell werden gestützt auf aArt. 393 ZGB bei verschiedenen Behörden noch altrechtliche Vermögensbeistandschaften (z.B. für Vermögen jüdischer Flüchtlinge aus der Zeit des 2. Weltkriegs, zu denen kein Kontakt mehr besteht) geführt, welche spätestens am 31.12.2015 dahinfallen werden. Bis dahin wird für die Weiterverwaltung solcher Vermögen eine Lösung zu finden sein,[254] namentlich wenn sich kein nahtloser Übergang zur Regelung nachrichtenloser Vermögen gemäss Bankengesetz finden lässt.[255]

---

zu aArt. 451 und N. 3 zu aArt. 453) sowie TUOR/SCHNYDER/SCHMID (S. 427) geschilderte Szenario des Bereithaltens und Übergebens des Vermögens nach Prüfung und Genehmigung der Mündelrechnung sowie Entschädigung des Mandatsträgers lässt sich aus dem neuen Erwachsenenschutzrecht nicht mehr herleiten.

250 Art. 10 Abs. 2 VBVV; RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; ABT, successio 3/2008, S. 257 ff.

251 aArt. 393 Ingress ZGB.

252 BGer Urteil 5A_121/2012 vom 16. April 2012 E. 2.2.

253 SBVg, Richtlinie. Diese bildet die Vorlage zur Definition nachrichtenloser Vermögen durch eine gestützt auf Art. 37*l* Abs. 4 Bankengesetz zu erlassende bundesrätliche Verordnung (Botschaft zur Sicherung der Einlagen, BBl 2010, S. 4026).

254 AFFOLTER, FamPra.ch 4/2012, S. 851, Ziff. 5.

255 Art. 37*l* Bankengesetz. Das sind insbesondere Vermögen, die wegen kürzerer Zeitdauer noch nicht als nachrichtenlos gelten und einer Bewirtschaftung bedürfen (ob der

2. Kostenersatz für Beistandsperson und KESB

Die Tätigkeit der Beistandsperson und der KESB ist mit einer Wertschöpfung verbunden, welche zu entschädigen ist. Die Beistandsperson erhält eine Mandatsentschädigung und Spesenersatz,[256] die KESB kann für ihre Leistungen Gebühren erheben.[257] Während die Banken gestützt auf ihre AGB ihnen anvertraute Vermögen nach Abzug der ihnen entstandenen Kosten herausgeben, mithin vorab ihre Forderung mit den ihnen anvertrauten Mitteln verrechnen können, sehen sich Beistandsperson und KESB aufgrund der neuen Rechtslage damit konfrontiert, allenfalls ihre Forderungen gegen die ehemals verbeiständete Person oder deren Erben nachträglich geltend machen zu müssen, weil sie kein Verrechnungsrecht haben. Eine Verrechnungsmöglichkeit, wie sie die alte Praxis bot,[258] besteht nicht mehr. Ihre Inkassobemühungen können ins Leere stossen, wenn widerspenstige Erben im Ausland leben oder bei einer Schuldbetreibung (wieder) mittellos sind. Diese unbefriedigende Lösung kann behoben werden, wenn die Banken entweder Hand bieten zu Hinterlegungsverträgen, welche einen angemessenen Rückbehalt für entstandene Kosten der Beistandschaft ermöglichen, oder aber die Kantone schaffen in ihren Verfahrensrechten die Möglichkeit von Kostenvorschüssen, mit denen der Aufwand für die Führung der Beistandschaft abgedeckt werden können.

3. Verbeiständung von Unerfahrenen

Im Unterschied zu aArt. 394 ZGB bietet das neue Recht wegen den strengen Anforderungen, welche an eine Beistandschaftserrichtung geknüpft werden,[259] zur Unterstützung von Volljährigewordenen ohne familiäres Auf-

---

neue Art. 37*m* BankG und die Übergangsbestimmungen für Vermögenswerte, die bei Inkrafttreten des Gesetzes [Ablauf Referendumsfrist 13. Juli 2013] seit über 50 Jahren nachrichtenlos sind, einen lückenlosen Ersatz für die Verwaltung von bisher nach aArt. 393 ZGB unter Beistandschaft stehenden, nicht persönlich zuweisbaren Vermögen darstellen kann, scheint dem Schreibenden fraglich).

256 Art. 404 ZGB sowie kantonale Ausführungserlasse, z.B. Verordnung des RR des Kt. BE über die Entschädigung und den Spesenersatz für die Führung einer Beistandschaft (ESBV), BSG 213.361.

257 Art. 95 ff. ZPO i.V.m. Art. 450f ZGB; kantonale Verfahrensbestimmungen und Gebührentarife (z.B. Art. 63 KESG BE).

258 RIEMER, ZVW 1997, S. 121 ff.; AFFOLTER, Basler Kommentar, N. 72 zu aArt. 451-453.

259 Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB; Kap. II.2.b)

fangnetz, von vereinsamten Schwachen oder von Menschen in vorübergehenden schweren Lebenskrisen ohne psychische Erkrankung keine erwachsenenschutzrechtliche Hilfe mehr an. Die Praxis wird hier kreative Lösungen finden müssen («wo kein Kläger, da kein Richter»), weil der Bedarf nach solchen Beistandschaften unbestritten und deren Anordnung insbesondere der Integration junger schutzbedürftiger Erwachsener sehr dienlich ist. Sie können durch einen Beistand/eine Beiständin in der Teilnahme am Rechts- und Sozialleben, insbesondere auch in der Ausbildung und Berufsfindung, nachhaltig unterstützen werden. Das gilt namentlich auch für die Hinführung zu vernünftigem Umgang mit Einkommen und Vermögen.