



---

Bern, 22. Februar 2023

## **Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)**

### **Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungs- verfahrens**

---

## Übersicht

***Mit der vorliegenden Revision soll das seit 2013 geltende Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in einzelnen Punkten verbessert werden. Die Ziele der damaligen Revision sollen dabei nicht neu ausgerichtet, sondern punktuell weiter gestärkt werden. Im Zentrum stehen Massnahmen im Erwachsenenschutz zur Förderung der Selbstbestimmung in der Form des Vorsorgeauftrags und zur Stärkung der Solidarität in der Familie, insbesondere durch einen verbesserten Einbezug nahestehender Personen. Mit weiteren Änderungen soll der Schutz der hilfsbedürftigen Personen erhöht und die Umsetzung des geltenden Rechts weiter optimiert werden. Damit werden Forderungen aus der anfänglichen Kritik, Erkenntnisse der bisherigen Praxis und verschiedene parlamentarische Anliegen umgesetzt.***

### ***Ausgangslage***

*Die am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts hat sich bewährt, auch wenn unmittelbar nach Inkrafttreten teilweise heftige Kritik sowohl gegenüber den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) als auch am neuen Recht geäussert wurde und im Zuge dieser Kritik verschiedene politische und parlamentarische Vorstösse lanciert wurden. Der grösste Teil der Kritik konnte bereits durch verschiedene Untersuchungen und Berichte auf Bundes- und kantonaler Ebene relativiert werden. Insbesondere haben die angeordneten Schutzmassnahmen seit 2013 in der Schweiz nicht zugenommen und gilt die Arbeit der KESB heute weitherum als professionell, angemessen und nachvollziehbar.*

*Wie der Bundesrat in seinem Bericht von 2017 festgestellt hat, besteht jedoch ungeachtet der unvermeidbaren, aber zwischenzeitlich überwundenen Anlaufschwierigkeiten in einzelnen Punkten weiterer Verbesserungs- und somit Handlungsbedarf im Sinne einer Nachjustierung des Bundesrechts. Im Zentrum steht dabei die Stärkung der Selbstbestimmung und der Solidarität der Familie durch den verbesserten Einbezug nahestehender Personen. Damit werden die zentralen Anliegen verschiedener zwischenzeitlich vom Parlament überwiesener Vorstösse umgesetzt.*

### ***Inhalt der Vorlage***

*Ausgehend von der Zielsetzung der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Neuregelung soll das Selbstbestimmungsrecht weiter gefördert werden. Dazu soll das Institut des Vorsorgeauftrags, mit dem eine Person Anordnungen für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit erlässt, wirksamer ausgestaltet werden, namentlich durch die schweizweite Möglichkeit einer Hinterlegung bei einer vom Kanton bezeichneten Aufbewahrungsstelle.*

*Zentrales Anliegen der Revision ist sodann die Verbesserung des Einbezugs der nahestehenden Personen. Dies erfolgt einerseits durch die punktuelle Erweiterung der gesetzlichen Vertretungsrechte und andererseits durch die Stärkung der Stellung nahestehender Personen im Verfahren. Zudem sollen die KESB in Zukunft generell prüfen, ob nahestehende Personen als Beistandspersonen eingesetzt werden können, allenfalls auch mit der Möglichkeit zur Erleichterung von gewissen Pflichten.*

*Daneben soll das geltende Recht in weiteren Punkten verbessert werden, so namentlich durch eine Neuregelung der Melderechte- und Meldepflichten im Erwachsenenschutz und eine neue gesetzliche Regelung zur Schaffung schweizweit einheitlicher statistischer Grundlagen und Kennzahlen zu den Schutzmassnahmen. Die örtliche Zuständigkeit von KESB und Gericht im Bereich der fürsorglichen Unterbringung soll ebenfalls neu gesetzlich geregelt werden. Sodann werden wünschenswerte Präzisierungen der Regelungen betreffend Mitteilung und Auskunft über Erwachsenenschutzmassnahmen vorgeschlagen.*

## Inhaltsverzeichnis

<b>Übersicht</b>	<b>2</b>
<b>1 Ausgangslage</b>	<b>7</b>
1.1 Blick zurück: Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts 2013	7
1.1.1 Wesentliche Elemente der Neuregelung	7
1.1.2 Zuständigkeiten von Bund und Kantonen	8
1.2 Kritik am Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und die Reaktionen darauf	9
1.3 Bericht des Bundesrates vom 29. März 2017	10
1.4 Weitere Entwicklungen und parlamentarische Vorstösse	12
1.4.1 Kindes- und Erwachsenenschutz-Initiative	12
1.4.2 Parlamentarische Vorstösse	12
1.4.2.1 Postulat 19.3067 Schneider Schüttel	12
1.4.2.2 Postulat 19.3880 Schenker	12
1.4.2.3 Motion 19.4072 Dobler	13
1.4.2.4 Motion 19.4586 Reimann	13
1.4.2.5 Motion 21.4634 Bircher	13
1.4.3 Bericht «Gewalt im Alter verhindern» des Bundesrates vom 18. September 2020	14
1.4.4 Vernehmlassung zum Entwurf der Verordnung über die Auskunft zu Massnahmen des Erwachsenenschutzes	14
1.5 Erarbeitung des Vorentwurfs	15
1.5.1 Gutachten Fankhauser	15
1.5.2 Studie Ecoplan	15
1.5.3 Expertengruppe	16
<b>2 Grundzüge der Vorlage</b>	<b>17</b>
2.1 Ziele der Revision	17
2.1.1 Weitere Stärkung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit	17
2.1.2 Förderung des Selbstbestimmungsrechts in Form der eigenen Vorsorge	18
2.1.3 Stärkung der Solidarität in der Familie	18
2.1.4 Besserer Einbezug nahestehender Personen	19
2.1.5 Verbesserung des Schutzes hilfsbedürftiger Personen	19
2.1.6 Schaffung der gesetzlichen Grundlage für schweizweite Statistiken von Bund und Kantonen zum Kindes- und Erwachsenenschutz	20
2.1.7 Präzisierung der Regelungen betreffend Mitteilung und Auskunft über Erwachsenenschutzmassnahmen	21
2.2 Wirksamere Ausgestaltung des Vorsorgeauftrags: Hinterlegung, Erkundigungspflicht und Validierung	23
2.2.1 Ausgangslage	23

2.2.2	Hinterlegung des Vorsorgeauftrags	24
2.2.3	Erkundigungspflicht der KESB	26
2.2.4	Validierung des Vorsorgeauftrags	27
2.2.5	Vertretungsbefugnis der vorsorgebeauftragten Person	29
2.2.6	Vorsorgeauftrag und andere Vollmachten und Aufträge	30
2.3	Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Vertretung und ihrer Vertretungsrechte	31
2.3.1	Ausgangslage	31
2.3.2	Kreis der gesetzlichen Vertretung: Erweiterung auf faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner	33
2.3.3	Präzisierung des Umfangs des Vertretungsrechts	34
2.3.4	Beschränktes Tätigwerden der KESB	35
2.4	Besserer Einbezug nahestehender Personen	36
2.4.1	Begriff der nahestehenden Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	36
2.4.1.1	Ausgangslage	36
2.4.1.2	Der Begriff der «nahestehenden Person» im Zivilrecht und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	37
2.4.1.3	Abgrenzung zum Begriff der Angehörigen	38
2.4.1.4	Legaldefinition im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	39
2.4.2	Nahestehende Personen als Beiständinnen oder Beistände	39
2.4.2.1	Ausgangslage	39
2.4.2.2	Pflicht der KESB zur Prüfung der Möglichkeit der Einsetzung einer nahestehenden oder einer anderen Person als Beiständin oder Beistand	40
2.4.2.3	Erleichterungen für nahestehende Personen als Beiständin oder Beistand	42
	Parlamentarische Initiativen 16.428 und 16.429	
	Vogler	42
	Merkblatt und Empfehlungen der KOKES	43
	Bericht des Bundesrates vom 29. März 2017	43
	Anpassung von Artikel 420 ZGB	44
2.4.3	Stärkung der Verfahrensstellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht	45
2.4.3.1	Ausgangslage	45
2.4.3.2	Nahestehende Personen als verfahrensbeteiligte Personen	46
2.4.3.3	Einbezug nahestehender Personen bei der Sachverhaltsermittlung	47
2.4.3.4	Beschwerdelegitimation in Verfahren vor dem Bundesgericht	48
2.5	Gesetzliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit von KESB und Gericht im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung	49

---

2.5.1	Ausgangslage	49
2.5.2	Örtliche Zuständigkeit für die gerichtliche Beurteilung nach Artikel 439 ZGB	50
2.5.3	Örtliche Zuständigkeit der KESB für die periodische Überprüfung nach Artikel 431 ZGB	51
2.6	Melderechte und Meldepflichten im Erwachsenenschutz	52
2.6.1	Ausgangslage	52
2.6.2	Neuregelung der Melderechte und -pflichten	53
2.7	Von der vorliegenden Vorlage nicht behandelte Fragestellungen	53
2.8	Umsetzungsfragen	54
<b>3</b>	<b>Erläuterungen zu einzelnen Artikeln</b>	<b>55</b>
3.1	Zivilgesetzbuch (ZGB)	55
3.2	Bundesgerichtsgesetz (BGG)	70
<b>4</b>	<b>Auswirkungen</b>	<b>70</b>
4.1	Auswirkungen auf den Bund	70
4.2	Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete	71
4.3	Auswirkungen auf die Volkswirtschaft	71
4.4	Auswirkungen auf die Gesellschaft	72
4.5	Auswirkungen auf die Umwelt	72
4.6	Andere Auswirkungen	72
<b>5</b>	<b>Rechtliche Aspekte</b>	<b>72</b>
5.1	Verfassungsmässigkeit	72
5.2	Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz	72
5.3	Erlassform	72
5.4	Unterstellung unter die Ausgabenbremse	73
5.5	Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz	73
5.6	Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen	73
5.7	Datenschutz	73
<b>6</b>	<b>Bibliografie</b>	<b>74</b>
6.1	Materialien	74
6.2	Literatur	74

---

# Erläuternder Bericht

## 1 Ausgangslage

### 1.1 Blick zurück: Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts 2013

#### 1.1.1 Wesentliche Elemente der Neuregelung

Mit der am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wurde das alte Vormundschaftsrecht aus dem Jahr 1907 ersetzt und den geänderten Verhältnissen und Anschauungen entsprechend modernisiert.<sup>1</sup> Die wesentlichen Ziele und Neuerungen der damaligen Revision waren die folgenden:

- Erklärtes Ziel der Revision war, das *Selbstbestimmungsrecht* der betroffenen Personen zu fördern (vgl. Art. 388 Abs. 2 ZGB<sup>2</sup>).
- Dieses Ziel sollte unter anderem durch zwei neue Rechtsinstitute verwirklicht werden: Mit einem *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. ZGB) kann eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge übernimmt oder sie im Rechtsverkehr vertritt. Mit einer *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. ZGB) kann eine urteilsfähige Person zum einen festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt, zum andern kann sie auch eine natürliche Person bezeichnen, die im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit entscheidungsbefugt ist.
- Wird eine Person vorübergehend oder dauernd urteilsunfähig, sollen deren Angehörige ohne grosse Umstände Entscheide für diese Person treffen können. Bestimmte Kreise von Angehörigen haben deshalb das Recht erhalten, für die urteilsunfähige Person die Zustimmung zu einer medizinischen Behandlung zu erteilen oder zu verweigern, sofern keine Patientenverfügung vorliegt (Art. 378 ZGB). Im Weiteren räumte die Revision der Ehegattin oder dem Ehegatten sowie der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner der urteilsunfähigen Person bestimmte Vertretungsrechte ein (Art. 374 ZGB).
- Die früheren Erwachsenenschutzmassnahmen (Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft) wurden ersetzt durch das *Institut der Beistandschaft* (Art. 390 ff. ZGB). Diese wird angeordnet, wenn eine Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen Schwächezustands ihre Angelegenheiten nicht mehr besorgen kann und die Unterstützung durch Angehörige oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht (Art. 389 Abs. 1 ZGB, *Subsidiarität*). Statt der Anordnung standardisierter Massnahmen sollte nur so viel staatliche Betreuung angeordnet wer-

<sup>1</sup> Vgl. dazu Botschaft zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff.

<sup>2</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210.

den, wie wirklich nötig ist (Art. 389 Abs. 2 ZGB: *Verhältnismässigkeit*). Dabei unterscheidet das geltende Recht *vier Arten von Beistandschaften*, nämlich die Begleit-, die Vertretungs-, die Mitwirkungs- und die umfassende Beistandschaft. Die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden.

- Die *erstreckte elterliche Sorge* des alten Rechts (Art. 385 Abs. 3 aZGB) wurde aufgehoben; seither ist in den betreffenden Fällen eine Beistandschaft zu errichten. Abhängig von den konkreten Umständen kann die Behörde die Eltern von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die behördliche Zustimmung einzuholen, ganz oder teilweise entbinden (Art. 420 ZGB).
- Im Abschnitt über die *fürsorgerische Unterbringung* (Art. 426 ff. ZGB) in einer Einrichtung wurden der Rechtsschutz ausgebaut und verschiedene Lücken geschlossen.
- Das Vormundschafswesen war bis 2013 uneinheitlich und unübersichtlich organisiert. Während in den welschen Kantonen als vormundschaftliche Behörden in der Regel Gerichte eingesetzt wurden, amtierten in der deutschen und italienischen Schweiz als Vormundschaftsbehörde in der Regel Laien, die politisch gewählt waren und keine einschlägigen fachlichen Vorgaben erfüllen mussten. Mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts wurden alle Entscheide im Kindes- und Erwachsenenschutz bei einer *Fachbehörde* konzentriert (Art. 440 ZGB). Für die Organisation der Behörde sind dabei aber nach wie vor die Kantone zuständig. Als Fachbehörde kann eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht eingesetzt werden.
- Auf ein *spezielles Verfahrensgesetz*, wie es vom Bundesrat im Vorentwurf vorgeschlagen wurde, wurde verzichtet. Dagegen wurden einige wesentliche Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz im Sinn eines bundesrechtlich vereinheitlichten gesamtschweizerischen Standards im Zivilgesetzbuch verankert (Art. 443 ff. ZGB).

## 1.1.2 Zuständigkeiten von Bund und Kantonen

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wird traditionellerweise als Teil des Zivilrechts verstanden. Gestützt auf Artikel 122 Absatz 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)<sup>3</sup> hat der Bund die umfassende Gesetzgebungskompetenz sowohl im Zivilrecht als auch im Zivilprozessrecht. Die Rolle des Bundes beschränkt sich dabei im Wesentlichen auf den Erlass der massgeblichen materiellen Normen, vereinzelt auch auf wichtige Verfahrensbestimmungen. Der Bund ist dagegen grundsätzlich nicht für die Organisation der Gerichte und Behörden zuständig und auch nicht für den eigentlichen *Vollzug* dieser Normen. Das Bundeszivilrecht wird vielmehr von den Kantonen vollzogen (Art. 46 Abs. 1 BV). Schliesslich besteht *keinerlei Aufsichtsfunktion des Bundes* über den Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzes, wie dies in an-

<sup>3</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

deren Rechtsgebieten teilweise der Fall ist.<sup>4</sup> Der Bund hat lediglich die Kompetenz, Bestimmungen über die Aufsicht der Kantone zu erlassen (Art. 441 Abs. 2 ZGB), wobei er von dieser Möglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht hat.

Der Vollzug der bundesrechtlichen Normen obliegt den Kantonen. Diese sind damit verantwortlich für die Einrichtung der Behörden, insbesondere der *Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden* (KESB) sowie der Beschwerdeinstanzen (mit Ausnahme des Bundesgerichts). Auch die Regelung der Finanzierung der angeordneten Massnahmen erfolgt durch die Kantone.

Ein zentrales Organ beim Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist heute die *interkantonale Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz* (KOKES)<sup>5</sup>. Sie hat von Anfang an eine führende Rolle beim Vollzug des geltenden Rechts übernommen. Sie hat mit Schulungen und Weiterbildungen den Rechtswechsel erleichtert und erlässt seit 2013 Musterformulare, Wegleitungen und Empfehlungen zum neuen Recht zuhanden der Praxis. Zudem ist sie Herausgeberin einer Fachzeitschrift zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht<sup>6</sup> sowie von Praxisanleitungen. Die KOKES ist schliesslich auch verantwortlich für die Erstellung der gesamtschweizerischen Statistik zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.<sup>7</sup>

## 1.2 Kritik am Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und die Reaktionen darauf

Bereits kurze Zeit nach dem Inkrafttreten der Revision am 1. Januar 2013 gab es erste Kritik, die sich in den nachfolgenden Punkten zusammenfassen lässt:

- Die KESB sei generell überfordert und ihrer Aufgabe nicht gewachsen. Sie würde sehr bürokratisch arbeiten und interveniere zu häufig und in vielen Fällen auf unangemessene (übertriebene) Art und Weise. Dabei sei die Kommunikation der KESB in vielen Fällen mangelhaft und zu wenig einfühlsam.
- Die KESB würde bei der Anordnung von Massnahmen oftmals nahestehende Personen nicht genügend in den Entscheidungsprozess einbeziehen. So würden bei Kindesplatzierungen beispielsweise Grosseltern, andere Verwandte und nahestehende Personen nicht vorgängig angehört, bei der Anordnung von Beistandschaften würden automatisch Berufsbeistände eingesetzt.
- Die Neuregelung habe zu einer erheblichen Zunahme der Massnahmen und der Kosten geführt. Die KESB würde zu viele und zu teure Massnahmen anordnen. Es habe sich so eine eigentliche «Sozialindustrie» bilden können, die in beträchtlichem Umfang Steuergelder abschöpfe.

<sup>4</sup> So namentlich bei den Registerangelegenheiten des Zivilgesetzbuches, vgl. Art. 45 Abs. 3 ZGB für die Zivilstandsämter und Art. 956 Abs. 2 ZGB für die Grundbuchämter; auch in weiteren Bereichen des Zivil- und Verfahrensrechts, so in Art. 269c Abs. 1 ZGB für die Adoptionsvermittlung und für das Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Art. 15 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG), SR 281.1.

<sup>5</sup> Vgl. dazu die Informationen unter [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch).

<sup>6</sup> Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz ZKE.

<sup>7</sup> Dazu nachfolgend unter Ziff. 2.1.6.

- Die Gemeinden, die in verschiedenen Kantonen die Kosten der von der KESB angeordneten Massnahmen übernehmen müssen, wenn die betroffene Person dazu nicht in der Lage ist, würden bei den Entscheidungen über die zu treffenden Massnahmen nicht oder zu wenig einbezogen.

Wohl auch als Reaktion darauf wurden auf Bundesebene kurz nach dem Inkrafttreten der Neuregelung zahlreiche *parlamentarische Vorstösse* zum neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eingereicht.<sup>8</sup> Die davon noch hängigen beiden Parlamentarischen Initiativen 16.428 Vogler «Paradigmenwechsel bei Artikel 420 ZGB» und 16.429 Vogler «Anpassung von Artikel 420 ZGB» sollen im Rahmen der vorliegenden Revision erledigt werden (vgl. dazu Ziff. 2.4.2.3).

Verschiedene Kantone haben *Evaluationen zur Umsetzung des neuen Rechts* durchgeführt<sup>9</sup> und aufgrund der ersten Erfahrungen bereits Anpassungen an ihrer Umsetzungsgesetzgebung vorgenommen.<sup>10</sup> Teilweise wurden auch die personellen Ressourcen der KESB erhöht, damit diese ihre Aufgabe besser wahrnehmen kann.

Zudem hat Ende Januar 2017 die *Anlaufstelle Kindes- und Erwachsenenschutz (KESCHA)* ihre Tätigkeit aufgenommen.<sup>11</sup> Die KESCHA wurde von der Guido Fluri-Stiftung initiiert und gemeinsam mit Integras, Fachverband Sozial- und Sonderpädagogik, der Stiftung Kinderschutz Schweiz, Kinderanwaltschaft Schweiz, PACH Pflege- und Adoptivkinder Schweiz und der KOKES aufgebaut. Die Anlaufstelle bietet Information und Beratung an Personen, die von einer Massnahme des Kindes- und Erwachsenenschutzes betroffen sind. Die KESCHA veröffentlicht jeweils einen Jahresbericht, der durch die Universität Freiburg begleitet und wissenschaftlich ausgewertet wird.<sup>12</sup>

### 1.3 Bericht des Bundesrates vom 29. März 2017

Der Bundesrat hat am 29. März 2017 den Bericht «Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht» verabschiedet.<sup>13</sup> Darin anerkannte er gewisse Anlaufschwierigkeiten bedingt durch das neue Recht und die neuen Aufgaben der Behörden. Er erinnerte daran, dass die KESB oft gefragt seien in Situationen, die sowohl menschlich als auch fachlich sehr herausfordernd seien, und hielt fest, dass es unter solchen Umständen einige Zeit brauche, bis sich ein *courant normal* eingespielt hat. Im Weiteren kam der Bericht zu folgenden Erkenntnissen:

- Es bestehen keinerlei Hinweise darauf, dass die *Anzahl der von der KESB angeordneten Massnahmen* seit dem 1. Januar 2013 in der Schweiz zugenommen hat. In bestimmten Kantonen oder Gemeinden mag es zwar zu einer Zu-

<sup>8</sup> Vgl. Bericht BR Erste Erfahrungen KESR, Anhang 2.

<sup>9</sup> Vgl. Bericht BR Erste Erfahrungen KESR, S. 73 ff.

<sup>10</sup> Eine Übersicht über die kantonalen Ausführungsbestimmungen findet sich auf der Website der KOKES, vgl. [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Revision Vormundschaftsrecht > Umsetzung in den Kantonen.

<sup>11</sup> Vgl. dazu [www.kescha.ch](http://www.kescha.ch).

<sup>12</sup> Vgl. dazu [www.kescha.ch](http://www.kescha.ch) > Medien > Wissenschaftliche Auswertung.

<sup>13</sup> Abrufbar unter [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Gesellschaft > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

nahme der Massnahmen gekommen sein. Die gesamtschweizerischen Zahlen zeigen aber auf, dass hier keine Zunahme oder gar «Explosion der Fallzahlen» ersichtlich ist.

- Die *Anwendung des neuen Rechts* durch die KESB entspricht weitgehend den Erwartungen des Bundesrates. Es braucht erfahrungsgemäss mehrere Jahre, bis eine derart umfassende Revision eingeführt ist und es darf nicht erwartet werden, dass die Einführung ohne jede Schwierigkeit durchgeführt werden kann. Die beteiligten Personen und Institutionen haben wertvolle Erfahrungen gesammelt und daran gearbeitet, allfällige Unzulänglichkeiten zu beseitigen und Abläufe zu optimieren. Auch bei der zum Teil scharf kritisierten Kommunikation der Behörden zeigen sich Verbesserungen. Schliesslich haben einige Kantone auch die ursprünglich zu knappen Ressourcen für die KESB erhöht und damit eines der grossen Probleme zumindest teilweise gelöst.
- Die *aktive Rolle der KOKES* in diesem Prozess ist zu begrüssen. Es ist sinnvoll, dass sie weiterhin die Führung bei der Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts in den Kantonen hat, insbesondere aufgrund ihrer hohen Fachkompetenz. Die Empfehlungen der KOKES als interkantonale Fachkonferenz geniessen eine hohe Akzeptanz.
- Für den Bundesgesetzgeber besteht nur ein *beschränkter Handlungsbedarf*. Der schweizerische Föderalismus im Allgemeinen und die Art und Weise, wie das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht von den Kantonen im Besonderen vollzogen werden soll, führen mehr oder weniger zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Umsetzung in den Kantonen. An ihnen ist es auch, Massnahmen zu treffen, um die Situation dort, wo allfällige Missstände identifiziert werden, konkret zu verbessern.

Im Ergebnis stellte der Bundesrat insbesondere hinsichtlich der Frage des Einbezugs nahestehender Personen Klärungs- und Handlungsbedarf für den Bund fest. In Zusammenarbeit mit den Kantonen sowie der Praxis und den betroffenen Kreisen solle weiter abgeklärt werden, wie der *Einbezug nahestehender Personen* in allen Phasen des Verfahrens und bei allen Entscheiden der KESB verbessert und institutionell sichergestellt werden kann (namentlich bei der Sachverhaltsabklärung, der Berücksichtigung nahestehender Personen als Beistandsperson und bei Kindesplatzierungen) und wie das *Vorgehen der KESB bei Vorliegen einer Gefährdungsmeldung* konkreter geregelt werden kann.

## 1.4 Weitere Entwicklungen und parlamentarische Vorstösse

### 1.4.1 Kindes- und Erwachsenenschutz-Initiative

Am 26. März 2018 wurde die Unterschriftenliste zur eidgenössischen Volksinitiative «Eigenständiges Handeln in Familien und Unternehmen (Kindes- und Erwachsenenschutz-Initiative)» bei der Bundeskanzlei eingereicht.<sup>14</sup> Am 18. November 2019 teilte

<sup>14</sup> BBl 2018 2665

dann die Bundeskanzlei mit, dass die Initiative nicht mit der nötigen Unterschriftenzahl bei der Bundeskanzlei eingereicht werden konnte.<sup>15</sup> Die Initiative ist damit gescheitert.

Die Volksinitiative wollte das gesetzliche Vertretungsrecht (Art. 374 ZGB) stark ausbauen und auf weitere Personen (Verwandte im ersten Grad; Verwandte im zweiten Grad; die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner) erstrecken. Zudem sollte das Selbstbestimmungsrecht weiter gefördert werden.

## **1.4.2                   Parlamentarische Vorstösse**

### **1.4.2.1                Postulat 19.3067 Schneider Schüttel**

Nachdem die private Beratungsstelle KESCHA (vgl. Ziff. 1.2) am 25. Januar 2019 ihren Jahresbericht veröffentlichte und in der begleitenden wissenschaftlichen Auswertung durch die Universität Freiburg eine Reihe von Empfehlungen ausgesprochen wurden, reichte Nationalrätin Schneider Schüttel das Postulat 19.3067 «KESB – Einsatz von privaten Beiständen» ein, das am 21. Juni 2019 angenommen wurde.<sup>16</sup> Damit wurde der Bundesrat beauftragt «zu prüfen und in einem Bericht darzulegen, ob es sinnvoll und praktisch umsetzbar wäre, im ZGB ausdrücklich Grundsätze zu verankern, ob und wenn ja nach welchen Kriterien die KESB primär private Beistände einsetzen soll bzw. sie bei der Einsetzung von Berufsbeiständen zu begründen hätte, weshalb die Einsetzung eines privaten Beistandes im konkreten Fall nicht möglich ist» (vgl. Ziff. 2.4.2).

### **1.4.2.2                Postulat 19.3880 Schenker**

Mit dem am 27. September 2019<sup>17</sup> angenommenen Postulat 19.3880 von Nationalrätin Schenker «Stärkung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz» wurde der Bundesrat beauftragt «zu prüfen und in einem Bericht darzulegen, ob es möglich und sinnvoll wäre, die Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz gemäss den Artikeln 360 ff. des Zivilgesetzbuches (ZGB) sowie die gesetzliche Vertretung durch Ehegattinnen und Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner gemäss den Artikeln 374 ff. ZGB zu stärken, indem auf die Notwendigkeit der Validierung des Vorsorgeauftrags durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) sowie auf die Zustimmungsbedürftigkeit für Rechtshandlungen der Ehegattinnen und Ehegatten und eingetragenen Partnerinnen und Partner im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung gemäss Artikel 374 Absatz 3 ZGB verzichtet wird» (vgl. Ziff. 2.2.4 und 2.3.3).

<sup>15</sup> BBl 2019 7924

<sup>16</sup> AB 2019 N 1324

<sup>17</sup> AB 2019 N 1940

### **1.4.2.3 Motion 19.4072 Dobler**

Mit der Motion 19.4072 Dobler «Nur mit einer kantonalen Hinterlegungsstelle wird die Auffindbarkeit eines Vorsorgeauftrags sichergestellt» wird der Bundesrat beauftragt, im ZGB eine Bestimmung einzuführen, «wonach die Kantone dafür zu sorgen haben, dass Vorsorgeaufträge offen oder verschlossen einer Amtsstelle zur Aufbewahrung übergeben werden können» und sich die Erwachsenenschutzbehörde «(nicht nur beim Zivilstandsamt, sondern auch) bei der Amtsstelle zu erkundigen hat, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt». Die Motion wurde vom Nationalrat am 20. Dezember 2019 und vom Ständerat am 17. März 2021 angenommen (vgl. Ziff. 2.2).<sup>18</sup>

### **1.4.2.4 Motion 19.4586 Reimann**

Die Motion 19.4586 Reimann «Zuständigkeitsregelung bei Beschwerden betreffend fürsorgerische Unterbringung sowie Verfügungen der KESB und Artikel 439 ZGB. Kompetenzkonflikte dürfen den Rechtsschutz nicht ausschalten» verlangt vom Bundesrat, die örtliche Zuständigkeit bei Beschwerden betreffend fürsorgerische Unterbringung sowie Verfügungen der Kinder- und Erwachsenenschutzbehörden und Verfügungen nach Artikel 439 ZGB klar zu regeln. Die Motion wurde vom Nationalrat am 19. Juni 2020 und vom Ständerat am 17. März 2021 angenommen (vgl. dazu hinten Ziff. 2.5.1).<sup>19</sup>

### **1.4.2.5 Motion 21.4634 Bircher**

Die am 17. Dezember 2021 eingereichte Motion 21.4634 Bircher «Verbesserte Erhebung der gesamtschweizerischen Daten zu den Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen» verlangt die Anpassung der gesetzlichen Grundlagen, «um eine aussagekräftige Erhebung der gesamtschweizerischen Daten zu den Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen durch das Bundesamt für Statistik zu gewährleisten, welche sich mit weiteren Statistiken des Bundesamts für Statistik (bspw. mit der PKS) zweckmässig verknüpfen lassen.» Der Bundesrat beantragte am 16. Februar 2022 die Ablehnung der Motion. Die Motion wurde im Parlament noch nicht behandelt (vgl. dazu unten Ziff. 2.1.6).

## **1.4.3 Bericht «Gewalt im Alter verhindern» des Bundesrates vom 18. September 2020**

Anlässlich der Verabschiedung des Berichts vom 18. September 2020 «Gewalt im Alter verhindern»<sup>20</sup> hat der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepar-

<sup>18</sup> AB 2019 N 2426, AB 2021 S 292

<sup>19</sup> AB 2020 N 1138, AB 2021 S 292

<sup>20</sup> Abrufbar unter [www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch) > Sozialpolitische Themen > Alters- und Generationenpolitik > Gewalt im Alter verhindern.

tement (EJPD) beauftragt, im Erwachsenenschutzrecht die Möglichkeit zu prüfen «die Meldepflicht auf weitere Personengruppen auszudehnen, die beruflich regelmässig Kontakt zu älteren Personen haben, analog wie beim Kinderschutz (Art. 314d Abs. 1 ZGB)» (vgl. Ziff. 2.1.5 sowie 2.6).

#### **1.4.4 Vernehmlassung zum Entwurf der Verordnung über die Auskunft zu Massnahmen des Erwachsenenschutzes**

Das Parlament hat am 16. Dezember 2016 in Erfüllung der parlamentarischen Initiative 11.449 Joder (Publikation von Erwachsenenschutzmassnahmen) eine Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) beschlossen.<sup>21</sup> Sie beinhaltet zwei Punkte:

- In Artikel 449c nZGB wird festgehalten, in welchen Fällen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) andere Ämter über die von ihr angeordneten Massnahmen informieren muss. Neu sind auch die Wohnsitzgemeinde, das Betreuungsamtsamt, die Ausweisbehörde sowie unter Umständen das Grundbuchamt über eine Massnahme in Kenntnis zu setzen.
- Artikel 451 Absatz 2 nZGB wird ergänzt und der Bundesrat beauftragt, in einer neuen Verordnung die Erteilung von Auskünften über das Vorliegen und die Wirkungen von Erwachsenenschutzmassnahmen durch die Erwachsenenschutzbehörde zu regeln, damit die notwendigen Auskünfte einfach, rasch und einheitlich erteilt werden können.

Vom 29. September 2019 bis zum 17. Januar 2020 fand die Vernehmlassung zu einem Verordnungsentwurf über die Auskunft zu Massnahmen des Erwachsenenschutzes statt. In der Vernehmlassung wurde dieser Entwurf sehr kontrovers aufgenommen: Die Erteilung von Auskünften über Erwachsenenschutzmassnahmen funktioniert in der Praxis zwischenzeitlich problemlos, es bestehe kein Handlungsbedarf für eine Verordnung.<sup>22</sup>

## **1.5 Erarbeitung des Vorentwurfs**

### **1.5.1 Gutachten Fankhauser**

Nachdem der Bundesrat bezüglich des *Einbezugs nahestehender Personen* Klärungs- und Handlungsbedarf für den Bund festgestellt hatte (vgl. Ziff. 1.3), wurde Prof. Dr. Roland Fankhauser von der Universität Basel beauftragt, ein Gutachten zum legislatorischen Handlungsbedarf zu erstellen.

<sup>21</sup> BBl 2016 8893

<sup>22</sup> Vgl. dazu [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Gesellschaft > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

In seinem Gutachten vom 26. Februar 2019<sup>23</sup> kommt Prof. Fankhauser zum Schluss, dass das geltende Recht grundsätzlich eine ausreichende Grundlage für den Einbezug von nahestehenden Personen in die Verfahren und Entscheide der KESB bildet. Man könne zudem davon ausgehen, dass dort, wo familiennahe Ressourcen bestehen, diese bereits heute genutzt würden, wenn dies im Interesse der betroffenen Person sei. Bei *Gefährdungsmeldungen* seien keine normativen oder institutionellen Schwachstellen erkennbar: In der Praxis würden zahlreiche standardisierte Verfahren genutzt und bezüglich einer sachgerechten Kommunikation habe sich in den letzten Jahren eine erhebliche Sensibilisierung eingestellt.

Dennoch sieht das Gutachten Optimierungsmöglichkeiten. Insbesondere könnten die Möglichkeiten von nahestehenden Personen, sich zu Gunsten der Betroffenen auf dem Rechtsweg gegen behördliche Entscheide zu wehren, verbessert werden. Das Gutachten schliesst einen gesetzlich vorgegebenen Einbezug nahestehender Personen nicht aus. Es hält aber fest, dass die Vorrangstellung des Schutzes der Betroffenen und des Wohls des Kindes in jedem Fall berücksichtigt werden müsse.

## 1.5.2 Studie Ecoplan

Um die Datenlage zu verbessern, wurde zusätzlich die Firma Ecoplan AG (Bern) beauftragt, eine Erhebung bei allen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden in der Schweiz durchzuführen und Zahlenmaterial zu den im vorliegenden Kontext erheblichen Themenbereichen zu sammeln. In ihrem Schlussbericht vom 28. August 2019 kommt Ecoplan<sup>24</sup> zusammengefasst zu folgenden Ergebnissen:

- Wer als Beiständin oder Beistand eingesetzt wird, ist im Kindes- und Erwachsenenschutz unterschiedlich. Im Erwachsenenschutz führen die privaten Beistände knapp 40% der Mandate, im Kinderschutz sind es 4%. Bei den privaten Beiständen handelt es mehrheitlich um nahestehende Personen (Angehörige oder Bekannte aus dem sozialen Umfeld). Innerhalb der nahestehenden Personen zeigen sich erneut deutliche Unterschiede zwischen dem Kindes- und Erwachsenenschutz. Im Erwachsenenschutz werden häufig Eltern oder Kinder eingesetzt. Im Kinderschutz ist dies aufgrund der Problemlagen meistens kaum möglich. Es werden vor allem Personen aus dem weiteren Umfeld rekrutiert. In gut einem Viertel der Fälle werden auch Grosseltern eingesetzt.
- Die KESB beziehen die Angehörigen und Betroffenen nach Möglichkeit oft bis immer in die Abklärungen ein – wenn auch in unterschiedlicher Intensität. Die KESB machen die Angehörigen und Betroffenen darauf aufmerksam, dass sie einen Beistand vorschlagen können. Von diesem Vorschlagsrecht machen die Betroffenen und Angehörigen nur gelegentlich Gebrauch. Äussern die Betroffenen Wünsche bezüglich eines Beistands, kommen die KESB diesen oft bis immer nach. Wünschen der Angehörigen wird ebenfalls häufig

<sup>23</sup> Abrufbar unter: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Gesellschaft > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

<sup>24</sup> Abrufbar unter: [www.admin.ch](http://www.admin.ch) > Gesellschaft > Laufende Rechtssetzungsprojekte > Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

stattgeben, wenn auch die KESB hier leicht zurückhaltender sind als bei Wünschen der Betroffenen selbst. Als Gründe für die Nichtberücksichtigung dieser Wünsche werden Konfliktsituationen innerhalb der Familie, die Ablehnung der vorgeschlagenen Personen durch die betroffene Person, Interessenskonflikte oder örtliche Distanz erwähnt.

- Ländliche KESB setzen deutlich häufiger private Beistände ein als städtische. Auch in einem Gerichtssystem werden im Vergleich zu einem Verwaltungssystem leicht häufiger private Beistände eingesetzt. Zudem setzen diejenigen KESB, die über einen Pool an privaten Mandatsträgern verfügen (PriMa-Pool), diese häufiger ein als KESB ohne Pool.
- Die Rekrutierung, Instruktion und Beratung von privaten Beiständen erfolgen hauptsächlich durch die KESB. Die Kosten dafür trägt gemäss 80% der KESB die öffentliche Hand und gemäss 14% der KESB die privaten Beistände selbst.
- Gemäss Artikel 420 ZGB können die KESB den Angehörigen der betroffenen Person, welche als Beistände tätig sind, in verschiedenen Bereichen Erleichterungen gewähren oder sie von Aufgaben entbinden. Die KOKES hat dazu Umsetzungsempfehlungen herausgegeben.<sup>25</sup> Über 90% der KESB geben an, die KOKES-Empfehlungen anzuwenden respektive eher anzuwenden. Am häufigsten wünschen die Angehörigen im Erwachsenenschutz Erleichterungen in der Rechnungs- und Berichtsablage. Insgesamt ist es eher der Sonderfall als der Normalfall, dass Angehörige Erleichterungen wünschen. Werden Erleichterungen gewünscht, deuten die Resultate darauf hin, dass die KESB diese auch gewähren, wobei kleinere Erleichterungen wie reduzierte Berichtsablage häufiger gewährt werden als umfassendere Erleichterungen oder Entbindungen.
- Haftungsfälle gemäss Artikel 454 ff. ZGB kommen sowohl bei privaten Beiständen als auch bei professionellen Beiständen vor. Insgesamt ist es in den letzten drei Jahren zu 1'217 Haftungsfällen bei privaten Beiständen und 1'081 bei professionellen Beiständen gekommen.

### 1.5.3 Expertengruppe

In einem weiteren Schritt hat die Verwaltung eine Expertengruppe eingesetzt, um den vorliegenden Vorentwurf auszuarbeiten. Die Expertengruppe hat zwischen April 2019 und Oktober 2022 insgesamt acht Sitzungen durchgeführt.<sup>26</sup> Der Vorentwurf drückt nicht die persönliche oder gemeinsame Sicht der zurate gezogenen Expertinnen und Experten aus, auch wenn die Diskussionen selbstverständlich dazu beigetragen haben. Die Expertengruppe setzte sich aus den folgenden Personen zusammen (in alphabetischer Reihenfolge)

- Dr. iur. Yvo Biderbost, Leiter Rechtsdienst, KESB Stadt Zürich

<sup>25</sup> [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Empfehlungen: Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Art. 420 ZGB, Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016.

<sup>26</sup> Aufgrund der Covid-19-Pandemie mussten der Bund und die Kantone ihre Ressourcen anderweitig einsetzen und die Arbeiten der Expertengruppe wurden 2020 sistiert.

- Lic. iur. Thomas Büchler, Präsident KESB Thun
- Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, Universität Basel
- Lic. iur. Jürg Lienhard, Obergerichter, Obergericht des Kantons Aargau (bis Juli 2022)
- Prof. Dr. Philippe Meier, Université de Lausanne
- Prof. Dr. iur. Margot Michel, Universität Zürich
- Prof. Diana Wider, Generalsekretärin der KOKES

## 2 Grundzüge der Vorlage

### 2.1 Ziele der Revision

#### 2.1.1 Weitere Stärkung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit

Die Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Nach zehn Jahren ergibt eine Bilanz, dass sich diese Neuregelung grundsätzlich bewährt hat. Gleichzeitig haben sich aufgrund der reichhaltigen Praxis und der breiten Diskussion in der Wissenschaft und in der Öffentlichkeit in den letzten Jahren verschiedene Punkte herauskristallisiert, an denen im Rahmen einer Revision angesetzt werden kann, um das geltende Recht des Erwachsenenschutzes weiter zu verbessern. In diesem Sinn beabsichtigt die vorliegende Revisionsvorlage *keine grundsätzliche Neuaustrichtung* des geltenden Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Vielmehr sollen die *Ziele der damaligen Revision weiter gestärkt* werden. Im Vordergrund stehen dabei vorab die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit.

Mit Artikel 389 Absatz 1 ZGB wurde der Grundsatz der *Subsidiarität* ausdrücklich im Gesetz verankert: Behördliche Massnahmen dürfen nur angeordnet werden, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint (Ziff. 1) und wenn bei Urteilsunfähigkeit der hilfsbedürftigen Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen (Ziff. 2). Stellt die Erwachsenenschutzbehörde fest, dass eine Person hilfsbedürftig ist, muss sie daher als Erstes prüfen, ob es überhaupt eines behördlichen Eingriffs bedarf. Insbesondere sind die Instrumente der eigenen Vorsorge, welche von der betroffenen Person bereits im Vorfeld getroffen wurden (Art. 360–373 ZGB), zu priorisieren. Weiter ist an die Massnahmen von Gesetzes wegen (Art. 374–381 ZGB, Art. 382 Abs. 3 ZGB) zu denken. Schliesslich ist eine behördliche Massnahme subsidiär zur Unterstützung aus dem Umfeld.<sup>27</sup> Erst wenn sich aus dieser Prüfung ergibt, dass das Wohl und der Schutz der hilfsbedürftigen Person nicht sichergestellt sind (Art. 388 Abs. 1 ZGB), haben hoheitliche Anordnungen der Erwachsenenschutzbehörde Platz zu greifen.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> ZK-MEIER, Art. 389 ZGB N. 2, 26–32 m.w.H.

<sup>28</sup> BIDERBOST, *Mélanges Breitschmid*, S. 98 f.

Aus dem in Artikel 389 Absatz 2 ZGB ausdrücklich erwähnten, verfassungsrechtlichen Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 2 BV) ergibt sich zudem, dass die behördliche Massnahme erforderlich und geeignet sein muss. Mit einer Massnahme soll somit die Gefährdung der hilfsbedürftigen Person beseitigt werden können, es darf kein milderes Mittel zur Erreichung des Zwecks infrage kommen und es bedarf eines angemessenen Verhältnisses zwischen dem Eingriff und dem verfolgten Zweck (Verhältnismässigkeit i.e.S.).<sup>29</sup>

### **2.1.2 Förderung des Selbstbestimmungsrechts in Form der eigenen Vorsorge**

Die Förderung des Selbstbestimmungsrechts war erklärtes und zentrales Ziel der Revision von 2008.<sup>30</sup> So wurden ein eigener Abschnitt mit dem Titel «Die eigene Vorsorge» ins Gesetz aufgenommen und zwei neue Rechtsinstitute eingeführt: der Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff.) und die Patientenverfügung (Art. 370 ff.). Mit dieser «selbstbestimmten Fremdbestimmung» hat jede Person die Möglichkeit, selber zu bestimmen, wer nach dem Verlust der eigenen Urteilsfähigkeit für sie «fremdbestimmend» tätig wird bzw. für sie in allen Lebensbereichen «sorgen» soll.<sup>31</sup>

Mit der vorliegenden Revision soll die in der Praxis zentrale Möglichkeit der «selbstbestimmten Fremdbestimmung» in der Form des Vorsorgeauftrags wirksamer gestaltet werden, indem verschiedene, sich für die praktische Umsetzung als bedeutsam erwiesene Aspekte im Gesetz klarer und besser geregelt werden, so namentlich die Hinterlegung des Vorsorgeauftrags, die Erkundigungspflicht der KESB bezüglich Vorliegen eines Vorsorgeauftrags sowie dessen Validierung durch die KESB (vgl. dazu ausführlich nachfolgend Ziff. 2.2).

### **2.1.3 Stärkung der Solidarität in der Familie**

Der Erwachsenenschutz hat einen Ausgleich zwischen Freiheit (Selbstbestimmung) und Betreuung (Fremdbestimmung) herzustellen. Auch wenn Ausgangspunkt stets das Selbstbestimmungsrecht des Menschen sein muss, kommt der Erwachsenenschutz indes nicht darum herum, zum Wohl der betroffenen Person unter bestimmten Voraussetzungen Fremdbestimmung vorzusehen.<sup>32</sup>

Mit der Neuregelung des Erwachsenenschutzrechts sollte die Solidarität in der Familie gestärkt werden. So wurde dem Bedürfnis Rechnung getragen, dass die Angehörigen urteilsunfähiger Personen ohne grosse Umstände gewisse Entscheide treffen können. Es sollte ausserdem vermieden werden, dass die Behörden systematisch Beistandschaften anordnen müssen. Auch räumt das geltende Recht der Ehegattin oder dem Ehegatten sowie der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Part-

<sup>29</sup> ZK-MEIER, Art. 389 ZGB N. 24 m.w.H.

<sup>30</sup> Botschaft KESR, BBl 2006 7001, S. 7002 und ausführlich S. 7011.

<sup>31</sup> HÄFELI, Rz. 93 m.w.H.

<sup>32</sup> HÄFELI, Rz. 278.

ner der urteilsunfähigen Person das Recht ein, bestimmte alltägliche Handlungen vorzunehmen (Art. 374 ZGB).

Die vorliegende Revision berücksichtigt die seit 2013 geäußerte Forderung, dass den gesetzlichen Vertreterinnen und Vertretern von hilfsbedürftigen Personen mehr Rechte einzuräumen sind, um damit die Intervention der Erwachsenenschutzbehörde zugunsten der innerfamiliären Solidarität zu beschränken. So sollen der Kreis der gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter auf faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner ausgedehnt und ihre Vertretungsrechte gestärkt werden (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.3).

### **2.1.4 Besserer Einbezug nahestehender Personen**

Die Stärkung der Solidarität in der Familie erfolgt jedoch nicht nur über eine Erweiterung der gesetzlichen Vertretungsrechte der Lebenspartnerinnen und Lebenspartner der urteilsunfähigen Partner, sondern auch durch die Stärkung der Position anderer Familienmitglieder und weiterer nahestehender Personen in Erwachsenenschutzverfahren. Diese Forderung steht schon lange im Raum und war der Ausgangspunkt für die vorliegende Revisionsvorlage (vgl. dazu vorne Ziff. 1.3 und 1.4.1).

Zur Umsetzung dieses zentralen Anliegens werden verschiedene Änderungen vorgeschlagen (vgl. dazu ausführlich nachfolgend Ziff. 2.4). Der Begriff der nahestehenden Person im Erwachsenenschutzrecht wird neu gesetzlich definiert. Behörden sollten in Zukunft stets prüfen, ob eine nahestehende Person vorhanden ist, die bei Bedarf als Beiständin oder als Beistand eingesetzt werden könnte. Ist dies der Fall, sollen diese nahestehenden Personen dann unter gewissen Voraussetzungen gegenüber Berufsbeiständen von gewissen Pflichten entlastet werden können. Darüber hinaus soll ganz allgemein der Einbezug nahestehender Personen im Verfahren gestärkt werden.

### **2.1.5 Verbesserung des Schutzes hilfsbedürftiger Personen**

Die Erwachsenenschutzbehörde soll einschreiten, wenn die Interessen der hilfsbedürftigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind (Art. 368, 373, 376, 381, 385 ZGB). Dies setzt voraus, dass die Erwachsenenschutzbehörde Kenntnis von der Hilfsbedürftigkeit einer Person hat. Nach Artikel 443 Absatz 1 ZGB kann jede Person der Erwachsenenschutzbehörde eine Gefährdungsmeldung machen, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Personen, die in amtlicher Tätigkeit von der Hilfsbedürftigkeit einer Person erfahren, sind grundsätzlich meldepflichtig (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis bleiben aber weiterhin vorbehalten.

Nachdem 2019 eine Neuregelung der Melderechte und -pflichten im Kinderschutzrechts (Art. 314c ff. ZGB) erfolgte, hat sich in der Praxis gezeigt, dass die Neuregelung einerseits nicht zu einer Erhöhung der Gefährdungsmeldungen geführt hat, andererseits aber von grosser Bedeutung war für diejenigen Personen, die regelmässig mit Kindern zu tun haben, indem das Bewusstsein für ihre Verantwortung in der Abklärung heikler Situationen gestiegen ist. Daher hat der Bundesrat im Rahmen seines Berichts «Gewalt im Alter verhindern» vom 18. September 2020 entschieden, «im

Erwachsenenschutzrecht die Möglichkeit zu prüfen, die Meldepflicht auf weitere Personengruppen auszudehnen, die beruflich regelmässig Kontakt zu älteren Personen haben, analog wie beim Kinderschutz (Art. 314d Abs. 1 ZGB)». <sup>33</sup> Im Rahmen der seitherigen Prüfung und der Vorarbeiten der Expertengruppe zu dieser Vorlage hat sich bestätigt, dass eine derartige Regelung sinnvoll ist, weshalb eine *Revision der Melderechte und -pflichten* vorgeschlagen wird, die sich an diejenige für den Kinderschutz anlehnt (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.6).

Ebenfalls der Verbesserung des Schutzes hilfsbedürftiger Personen, insbesondere des Rechtsschutzes dieser Personen, dient die vorgeschlagene *Anpassung der Regelung im Bereich des Beschwerdeverfahrens bei der fürsorglichen Unterbringung (FU)*. Die Regelungen über die FU sind zwar Gegenstand einer separaten Evaluation, die derzeit noch nicht abgeschlossen ist (vgl. dazu Ziff. 2.7). Mit der Annahme der Motion 19.4586 Reimann «Zuständigkeitsregelung bei Beschwerden betreffend fürsorgliche Unterbringung sowie Verfügungen der KESB und Artikel 439 ZGB. Kompetenzkonflikte dürfen den Rechtsschutz nicht ausschalten» hat aber das Parlament Handlungsbedarf bei der Regelung der örtlichen Zuständigkeit insbesondere bei Beschwerden betreffend die fürsorgliche Unterbringung bereits klar bejaht (siehe dazu vorne Ziff. 1.4.2.4). Dieser Aspekt soll daher mit dieser Vorlage geklärt (vgl. Art. 431 Abs. 1 und 3 und Art. 439 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZGB) und damit die Motion 19.4586 Reimann umgesetzt werden (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 1.4.2.4).

## 2.1.6 Schaffung der gesetzlichen Grundlage für schweizweite Statistiken zum Kindes- und Erwachsenenschutz

Gerade im besonders sensiblen Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes kommen statistischen Datenerhebungen eine zentrale Bedeutung zu. Heute erstellt der Bund keine Statistik zum Kindes- und Erwachsenenschutz. Diese Aufgabe wird seit 1994 von der KOKES übernommen, welche die Zahlen bei den KESB erhebt, aufbereitet und jährlich publiziert. <sup>34</sup> Mangels bundesrechtlicher Vorgaben entscheiden die einzelnen Kantone grundsätzlich selber, ob und in welchem Umfang sie an dieser Datenerhebung teilnehmen. <sup>35</sup> Dieses Vorgehen entspricht nicht mehr den Bedürfnissen einer modernen nationalen Statistik in diesem besonders sensiblen Bereich.

Auch wenn der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Motion 21.4634 Bircher «Verbesserte Erhebung der gesamtschweizerischen Daten zu den Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen» vom 16. Februar 2022 die Ablehnung der Motion beantragt hat (siehe Ziff. 1.4.2.5), ist er vom Nutzen einer derartigen schweizweiten Datenerhebung und einer Mitwirkung des Bundes überzeugt. So könnte mittel- und längerfristig

<sup>33</sup> Vgl. Bericht BR Gewalt im Alter, S. 34.

<sup>34</sup> [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Statistik.

<sup>35</sup> Die Datenlieferungen für die KOKES-Statistik erfolgen seit 2013 elektronisch von den KESB direkt auf die zentrale Datenbank der KOKES. Aktuell liefern 24 Kantone ihre Daten an diese zentrale Datenbank; Aargau und Tessin liefern die Daten separat, aufgrund einer eigenen Erhebung. Kinderschutzmassnahmen, die von Zivilgerichten gemäss Art. 315a ZGB angeordnet werden können, werden dabei nicht erfasst.

das Bundesamt für Statistik namentlich die erhobenen Daten mit anderen Daten verknüpfen und weitere Auswertungen durchführen. Aus Sicht des Bundesrates sollten jedoch in einem ersten Schritt gewisse Fragen geklärt werden, wie zum Beispiel, ob dafür ein neues Informatiksystem zu schaffen sei, oder ob die bereits bestehende Datenbank bzw. das Datenerfassungssystem der KOKES benutzt werden könnte. Auch die Frage der damit verbundenen Kosten bzw. Kostentragung sollte abgeklärt werden. Dessen ungeachtet kann und soll nach Ansicht des Bundesrates mit dieser Vorlage die in jedem Fall notwendige klare gesetzliche Grundlage für schweizweite Statistiken zum Kindes- und Erwachsenenschutz geschaffen werden (vgl. Art. 441a VE-ZGB). Demnach sorgen die Kantone für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes, wie sie das heute in der Form der KOKES bereits tun. Zur weiteren Verbesserung und Modernisierung als nationale Statistik soll sich auch der Bund daran beteiligen. Entsprechend soll der Bundesrat zukünftig unter Einbezug der Kantone Grundsätze und Modalitäten für die statistische Erhebung festlegen können.

### **2.1.7 Präzisierung der Regelungen betreffend Mitteilung und Auskunft über Erwachsenenschutzmassnahmen**

Mit der Neuregelung 2013 wurde als Ersatz für den Wegfall der früher vorgesehenen Publikation von Erwachsenenschutzmassnahmen die Möglichkeit eingeführt, direkt bei der Erwachsenenschutzbehörde Auskunft über das Vorliegen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes zu verlangen (Art. 451 Abs. 2 ZGB).<sup>36</sup> In Erfüllung der parlamentarischen Initiative 11.449 Joder «Publikationen von Erwachsenenschutzmassnahmen» hat das Parlament am 16. Dezember 2016 Artikel 449c ZGB und Artikel 451 Absatz 2 ZGB revidiert. Artikel 449c nZGB regelt abschliessend die Mitteilungspflichten der KESB gegenüber anderen Behörden als das Zivilstandsamt. Artikel 451 Absatz 2 nZGB wurde hingegen durch einen neuen zweiten Satz ergänzt, damit der Bundesrat in einer neuen Verordnung die Erteilung von Auskünften über das Vorliegen und die Wirkungen von Erwachsenenschutzmassnahmen durch die Erwachsenenschutzbehörde regelt (vgl. Ziff. 1.4.4).

Der Bundesrat hat beschlossen, diese Bestimmungen auf den 1. Januar 2024 in Kraft zu setzen.<sup>37</sup> Gleichzeitig hat er dabei seine Absicht erklärt, auf den Erlass der Verordnung zu verzichten und sowohl für Artikel 449c Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a nZGB als auch Artikel 451 Absatz 2 nZGB im Rahmen dieser Vorlage Änderungsvorschläge zu machen.<sup>38</sup> Nachdem die Rückmeldungen in der Vernehmlassung zu einem Verordnungsentwurf sehr kritisch ausgefallen sind<sup>39</sup> und daher der Regelungsbedarf und -inhalt für die vorgesehene Verordnung nochmals geprüft wurde, hat sich gezeigt, dass die Erteilung von Auskünften über Erwachsenenschutzmassnahmen inzwischen in der Praxis problemlos funktioniert (vgl. Ziff. 1.4.4). Das gilt insbesondere, nachdem die KOKES Empfehlungen zur «Auskunft über das Vorliegen und die Wirkun-

<sup>36</sup> Botschaft KESR, BBl 2006 7001, S. 7090.

<sup>37</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. Februar 2023.

<sup>38</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 22. Februar 2023.

<sup>39</sup> Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 28. April 2021.

gen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes»<sup>40</sup> erlassen hat, die nach unbestrittener Ansicht in der Praxis gut funktionieren und insbesondere auch eine einheitliche Vollzugspraxis gewährleisten. Daher ist der Erlass einer Verordnung nicht angezeigt und die entsprechende Bestimmung wieder zu streichen. Artikel 451 Absatz 2 ZGB soll entsprechend angepasst werden (vgl. Art. 451 Abs. 2 VE-ZGB).

Bei Artikel 449c Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a ZGB besteht mit der revidierten Bestimmung Unklarheit bezüglich der Tragweite der Mitteilungspflicht der KESB an die Wohnsitzgemeinde. Wie bereits in der seit 2016 veröffentlichten Lehre festgehalten wurde,<sup>41</sup> ist die abschliessende Regelung von Artikel 449c Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a nZGB, wonach die Erwachsenenschutzbehörde der Wohnsitzgemeinde mitteilen soll, «wenn sie eine Person unter eine Beistandschaft gestellt hat», ihrem Wortlaut nach überschüssend: Die KESB soll der Wohnsitzgemeinde allein schon aus Gründen des Datenschutzes, aber auch mangels praktischer Notwendigkeit zur Erfüllung ihrer rechtmässigen Aufgaben, nicht sämtliche Fälle von Beistandschaften des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts mitteilen, sondern nur Beistandschaften des Erwachsenenschutzes, die eine Beschränkung oder den Entzug der Handlungsfähigkeit beinhalten (konkret Massnahmen nach Art. 394 Abs. 2, Art. 396 und Art. 398 ZGB). Die revidierte Bestimmung soll daher mit dieser Vorlage in diesem Sinne ebenfalls angepasst werden (vgl. Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 Bst. a VE-ZGB).

In der Praxis und der Lehre wird inzwischen teilweise sogar die Notwendigkeit der bundesrechtlichen Regelung dieser Mitteilungspflicht in Frage gestellt, da nicht ersichtlich sei, für welche Aufgaben – abgesehen von der Führung des Stimmregisters<sup>42</sup> – die Wohnsitzgemeinde über diese Information verfügen sollte. Daran ändert auch nichts, dass kantonale Regelungen verschiedentlich auch für andere Bereiche an diese Mitteilungspflichten an die Wohnsitzgemeinden anknüpfen. Insbesondere für die Erteilung von Auskünften über bestehende Massnahmen des Erwachsenenschutzes ist nicht die Wohnsitzgemeinde, sondern nur die Erwachsenenschutzbehörde zuständig.<sup>43</sup> Da der Stimmrechtsausschluss – auf Bundesebene – von Personen mit geistiger Behinderung heute ebenfalls in Frage gestellt wird,<sup>44</sup> wäre künftig auch denkbar, auf die Regelung der Mitteilungspflicht in Artikel 449c Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a ZGB ganz zu verzichten.

<sup>40</sup> [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Empfehlungen.

<sup>41</sup> Vgl. dazu ZK-MEIER, Art. 393 ZGB N. 61 und Fn. 113 m.w.H.; BSK ZGB I-MARANTA, Art. 449c N 20 ff.; KUKO ZGB-ROSCHE, Art. 449c nZGB, N. 9.

<sup>42</sup> Vgl. Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe a/b und Artikel 6 Buchstabe t Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister (Registerharmonisierungsgesetz, RHG, SR 431.02).

<sup>43</sup> Wird das Auskunfts-gesuch bei einer anderen Behörde eingereicht (wie beispielsweise beim Betreibungsamt, beim Zivilstandsamt oder bei der Gemeindeverwaltung), so darf diese Behörde keine Auskunft erteilen, auch wenn sie selber über die entsprechenden Informationen verfügt. Sie hat das Gesuch vielmehr an die zuständige Erwachsenenschutzbehörde weiterzuleiten, vgl. dazu Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Verordnung über die Auskunft zu Massnahmen des Erwachsenenschutzes vom 27. September 2019, Erläuterung zu Artikel 2, S. 5f.

<sup>44</sup> Vgl. Postulat 21.3296 Carobbio (Menschen mit einer geistigen Behinderung sollen umfassend am politischen und öffentlichen Leben teilhaben können) und Interpellation 21.3295 Baume-Schneider (Politische Recht für Menschen mit einer psychischen oder geistigen Behinderung). Für die Entwicklung in den Kantonen vgl. MEIER, Rz. 242 und Fn. 399.

## 2.2 **Wirksamere Ausgestaltung des Vorsorgeauftrags: Hinterlegung, Erkundigungspflicht und Validierung**

### 2.2.1 **Ausgangslage**

Gemäss Artikel 360 Absatz 1 ZGB kann jede handlungsfähige Person einen Vorsorgeauftrag errichten, in dem eine andere natürliche oder juristische Person beauftragt wird, im Fall der Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden (Art. 361 Abs. 1 ZGB).

Die auftraggebende Person muss dafür besorgt sein, dass bei Eintreten der Urteilsunfähigkeit die Erwachsenenschutzbehörde vom Vorsorgeauftrag Kenntnis erhält. Zu diesem Zweck sieht das Gesetz vor, dass sie beim Zivilstandsamt beantragen kann, dass die Tatsache, dass sie einen Vorsorgeauftrag errichtet hat, und den Hinterlegungsort in die zentrale Datenbank «Infostar» eingetragen wird (Art. 361 Abs. 3 ZGB und Art. 23a ZStV<sup>45</sup>).<sup>46</sup> Eine Hinterlegung des Vorsorgeauftrags selbst ist dagegen nicht vorgesehen. Das Zivilstandsamt hat daher keine Pflicht (und auch keine Befugnis) zu prüfen, ob überhaupt ein Vorsorgeauftrag vorhanden ist und ob dieser rechtsgültig erstellt worden ist.

Ergänzend sieht Artikel 363 Absatz 1 ZGB vor, dass sich die Erwachsenenschutzbehörde im Fall der Urteilsunfähigkeit einer Person beim Zivilstandsamt erkundigen muss, wenn ihr nicht bekannt ist, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt.<sup>47</sup> So sollte eine «einfache, effiziente und wenig aufwändige Lösung» geschaffen werden, mit der verhindert werden sollte, dass die Vorsorgeaufträge toter Buchstabe bleiben.<sup>48</sup>

Weil die allfällige Eintragung im Infostar nichts über die Gültigkeit des Vorsorgeauftrags aussagt, muss dieser zuerst von der Erwachsenenschutzbehörde überprüft werden, damit er in Wirksamkeit erwachsen kann (Art. 363 ZGB). Die KESB muss sich namentlich vergewissern, ob der Vorsorgeauftrag gültig errichtet worden ist (z.B. in Bezug auf die Einhaltung der Formvorschriften), ob die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit (insb. die Urteilsunfähigkeit) eingetreten sind und ob die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1-3 ZGB).<sup>49</sup> Dann muss der Vorsorgeauftrag von der beauftragten Person angenommen werden (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde muss zudem den Umfang des Vorsorgeauftrags prüfen: Wenn die darin aufgeführten Aufgabenbereiche nicht alle Sorge- und Vertretungsbedürfnisse der urteilsunfähig gewordenen Person abdecken, sind unter Umständen weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Durchgesetzt hat sich für diesen Vorgang der Begriff des «Validierungsverfahrens».<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004, SR **211.112.2**.

<sup>46</sup> Vgl. Weisung des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen (EAZW) Nr. 10.22.09.01 vom 1. September 2022, abrufbar unter: [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Gesellschaft > Zivilstandswesen > Weisungen > Vorsorgeauftrag.

<sup>47</sup> Für diese Auskunft fällt keine Gebühr an (vgl. dazu Weisung EAZW Vorsorgeauftrag, Ziff. 5).

<sup>48</sup> Botschaft KESR, BBl **2006** 7027.

<sup>49</sup> BGer 5A\_905/2015 vom 1. Februar 2016

<sup>50</sup> RENZ, FamPra.ch S. 935.

Zwei Forderungen stehen im Raum, um das Anliegen nach einer weiteren Förderung des Selbstbestimmungsrechts in Form der eigenen Vorsorge weiter zu verstärken: die Schaffung einer amtlichen Hinterlegungsstelle in allen Kantonen (nachfolgend Ziff. 2.2.2) und der Verzicht auf die Validierung des Vorsorgeauftrags durch die KESB (siehe Ziff. 2.2.4). Dabei ist zu beachten, dass das Institut des Vorsorgeauftrags offenbar in der Öffentlichkeit noch nicht sehr bekannt ist. So ist der Vorsorgeauftrag nur bei knapp der Hälfte aller Erwachsenen in der Schweiz bekannt (48 Prozent), wobei in der Romandie fast 70 Prozent und in der italienischen Schweiz 60 Prozent das Institut nicht kennen. Lediglich total 12 Prozent haben einen Vorsorgeauftrag errichtet (Deutschschweiz 16 Prozent, Romandie 5 Prozent, Tessin 2 Prozent).<sup>51</sup>

## 2.2.2 Hinterlegung des Vorsorgeauftrags

Heute besteht in verschiedenen Kantonen bereits eine Stelle, bei der ein Vorsorgeauftrag gegen eine Gebühr hinterlegt werden kann. Diese Möglichkeit gibt es derzeit in 14 deutschsprachigen Kantonen (AG, AI, AR, BL, BS, GL, GR, NW, OW, SG, SH, TG, UR, ZH). 12 davon haben die KESB als Hinterlegungsstelle bezeichnet, im Kanton St. Gallen ist es das Amt für Handelsregister und Notariat und im Kanton Basel-Landschaft das Erbschaftsamt. Auch einige Gemeinden im Kanton Bern bieten die Möglichkeit, den Vorsorgeauftrag bei einer dafür vorgesehenen Einrichtung zu hinterlegen.<sup>52</sup> Demgegenüber sieht kein Kanton oder Gemeinde in der Romandie oder im Kanton Tessin zurzeit diese Möglichkeit vor.

Neu soll von Bundesrechts wegen für *Vorsorgeaufträge* die Möglichkeit geschaffen werden, dass diese *bei einer Amtsstelle hinterlegt werden können*, wie das seit langem bei letztwilligen Verfügungen möglich und bewährt ist (vgl. Art. 504 und 505 ZGB). Dazu sollen alle Kantone verpflichtet werden, eine Amtsstelle für die Hinterlegung und Aufbewahrung des – eigenhändig oder öffentlich beurkundeten – Vorsorgeauftrags zu bezeichnen (Art. 361a VE-ZGB).<sup>53</sup> Es ist davon auszugehen, dass dies die Verbreitung des Vorsorgeauftrags als zentrales Instrument der Selbstbestimmung und Selbstvorsorge weiter fördern wird. Damit wird der Auftrag gemäss Motion 19.4072 Dobler (vgl. dazu Ziff. 1.4.2.3) umgesetzt.

Weil die Kantone bereits unter geltendem Recht verpflichtet sind, die Aufbewahrung von letztwilligen Verfügungen bei einer Amtsstelle gegen Gebühr sicherzustellen, ist nicht davon auszugehen, dass die Ausweitung dieser Pflicht auf Vorsorgeaufträge einen bedeutenden Mehraufwand verursachen wird, da die notwendige Infrastruktur bereits vorhanden ist und die Dienstleistung nur gegen eine Gebühr erbracht werden soll. Der Entscheid über die geeignete Aufbewahrungsstelle soll aber den Kantonen

<sup>51</sup> Vgl. gfs Zürich «Telefonische Omnibus-Befragung zur persönlichen Vorsorge Quantitative Befragung im Auftrag von Pro Senectute Schweiz», 2021, zitiert in HÄFELI, Rz 144 und MEIER, nbp 613.

<sup>52</sup> Siehe Merkblatt Vorsorgeauftrag 24.10.2018 (Stand vom 31.12.2019) des Kantons Bern, Direktion für Inneres und Justiz, Geschäftsleitung KESB, S. 2.

<sup>53</sup> Wie im Erbrecht haben dann die Kantone auch darüber zu bestimmen, wem und unter welchen Voraussetzungen Einsicht in die Urkunde zu gewähren ist und in welchen Fällen eine Herausgabe an ein Gericht oder eine andere Behörde erfolgt (BSK ZGB II-JEITZNER, Art. 504 N 4).

überlassen werden; es muss sich dabei nicht notwendigerweise um die gleiche Behörde wie für Testamente handeln. Wie erwähnt, hat bisher nur der Kanton Basel-Landschaft für die Hinterlegung des Vorsorgeauftrags dieselbe Amtsstelle wie für die Hinterlegung der letztwilligen Verfügung bezeichnet.

Die Hinterlegung des Vorsorgeauftrags bei einer Amtsstelle soll weiterhin *freiwillig* sein und *kein Gültigkeitserfordernis* für den Vorsorgeauftrag darstellen. Die betroffene Person kann somit – im Sinne der Selbstbestimmung – frei entscheiden, ob und wo sie den Vorsorgeauftrag hinterlegen will: bei einer nahestehenden Person, bei der vorsorgebeauftragten Person, bei der beurkundenden Person oder zukünftig bei der vom kantonalen Recht bezeichneten Aufbewahrungsstelle. Im Sinne der Selbstverantwortung ist die betroffene Person folglich auch für die Auffindbarkeit des Vorsorgeauftrags selber verantwortlich. Bereits aus diesem Grund wird auch *keine Einlieferungspflicht* analog zu Artikel 556 ZGB ins Gesetz aufgenommen. Es könnte zudem u.U. sehr schwierig sein für die Aufbewahrungsstelle, den Beamten, der den Vorsorgeauftrag öffentlich beurkundet hat, sowie für allfällige Dritte, von der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person zu erfahren. Mit Bezug auf die Auffindbarkeit des Vorsorgeauftrags sollte die betroffene Person beachten, dass bei einem Wohnsitzwechsel in das Zuständigkeitsgebiet einer anderen KESB der Vorsorgeauftrag ebenfalls am neuen Ort hinterlegt werden sollte. Diese Informationen sind in der Regel in den von den Kantonen bereitgestellten Merkblättern enthalten.<sup>54</sup> Wird der Vorsorgeauftrag öffentlich beurkundet, sollte zudem der Notar im Rahmen seiner Beratung sowohl über die Möglichkeit der Eintragung in Infostar (Art. 361 Abs. 3 ZGB) als auch über die Möglichkeit der Hinterlegung und Aufbewahrung bei der dafür vom Kanton bezeichneten Amtsstelle und über die Folgen eines Wohnsitzwechsels informieren.

Ungeachtet der Einführung der Möglichkeit der Hinterlegung des Vorsorgeauftrags bei einer Amtsstelle besteht wie bisher die *Möglichkeit der Eintragung des Hinterlegungsorts in Infostar* (Art. 361 Abs. 3 ZGB). Diese Möglichkeit wird beibehalten, obwohl nicht alle Personen, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, in Infostar erfasst sind.<sup>55</sup> <sup>56</sup> Es geht hier darum, die rechtzeitige Auffind- und Verfügbarkeit des Vorsorgedokumentes und damit die Umsetzung des Willens der betroffenen Person bestmöglich zu gewährleisten. Gerade bei der heutigen Mobilität ist es nicht auszuschliessen, dass die Zuständigkeit zur Hinterlegung im Errichtungszeitpunkt nicht der Zuständigkeit im Validierungszeitpunkt entspricht, zumal zwischen diesen beiden Zeitpunkten eine ziemliche Zeitspanne liegen kann.<sup>57</sup> Hat die betroffene Person ver-

<sup>54</sup> Siehe zum Beispiel Merkblatt Vorsorgeauftrag der KESB-Präsidiolen-Vereinigung Kanton Zürich, S. 2.

<sup>55</sup> Im Personenstandsregister Infostar werden nur Angaben über den Personen- und Familienstand von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern sowie von ausländischen Personen, die in einem familienrechtlichen Verhältnis zu Schweizer Bürgerinnen oder Bürgern stehen oder welche in der Schweiz ein Zivilstandsereignis verzeichneten, erfasst. Wer in Infostar nicht erfasst ist und die Hinterlegung des Vorsorgeauftrags eintragen lassen will, muss zuerst nacherfasst werden.

<sup>56</sup> Bei Personen, welche in Infostar nicht erfasst sind, löst der Antrag auf Eintragung des Hinterlegungsortes des Vorsorgeauftrags entweder eine Rückerfassung aus, oder die auftraggebende Person hat die für die Aufnahme ihrer Personenstandsdaten im Personenstandsregister notwendigen Dokumente und Urkunden beizubringen. (Vgl. Weisung EAZW Vorsorgeauftrag, Ziff. 2).

<sup>57</sup> BIDERBOST, ZBGR, S. 354.

gessen, am neuen Ort den Vorsorgeauftrag zu hinterlegen, so kann die KESB trotzdem mindestens erfahren, ob ein Vorsorgeauftrag besteht und gegebenenfalls wo dieser hinterlegt sein sollte.

### 2.2.3 Erkundigungspflicht der KESB

Als Folge der Einführung der Möglichkeit zur Hinterlegung eines Vorsorgeauftrags bei einer amtlichen Aufbewahrungsstelle soll die *Erkundigungspflicht der KESB erweitert* werden: Künftig muss sie sich nicht nur beim Zivilstandsamt, *sondern auch bei der vom Kanton bezeichneten Aufbewahrungsstelle erkundigen*, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt. Artikel 363 Absatz 1 ZGB wird dementsprechend angepasst. Damit wird das weitere Anliegen der Motion 19.4072 Dobler umgesetzt.

Gemäss Artikel 363 Absatz 1 ZGB ist die Erwachsenenschutzbehörde verpflichtet, sich beim Zivilstandsamt über das Vorliegen eines Vorsorgeauftrags zu informieren, wenn eine Person urteilsunfähig wird und *«ihr nicht bekannt ist, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt»*. Im Zusammenhang mit der neuen Möglichkeit der Hinterlegung des Vorsorgeauftrags ist diese zweite Voraussetzung zu streichen. Die KESB soll sich stets und bei allen möglichen Ansprechpartnern – inklusive beim Zivilstandsamt und künftig bei der Aufbewahrungsstelle am Wohnsitz der urteilsunfähig gewordenen Person – erkundigen, selbst wenn ein formgültiger Vorsorgeauftrag bereits vorliegt. Nur so ist sichergestellt, dass die KESB über die aktuellste Fassung des Vorsorgeauftrags verfügt. Eigentlich ergibt sich dies bereits aus der allgemeinen Sorgfaltpflicht der KESB<sup>58</sup>, aus dem im Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 446 Abs. 1 ZGB) sowie aus dem in Artikel 389 Absatz 1 Ziffer 2 ZGB verankerten Grundsatz der Subsidiarität der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes. Aus Expertensicht entspricht es der heutigen Praxis der KESB, bei nahestehenden Personen nach einem Vorsorgeauftrag zu fragen bzw. Hinweisen von Dritten, inklusive dem Zivilstandsamt, auf die Existenz eines Vorsorgeauftrags nachzugehen. Zudem sollte jede Person, die im Besitz eines Vorsorgeauftrags ist, diesen der KESB herausgeben, wenn sie von der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person erfährt, auch wenn das Erwachsenenschutzrecht keine Einlieferungspflicht vorschreibt. Dies gilt insbesondere auch für Vorsorgebeauftragte, die den Auftrag nicht annehmen wollen. Nur so kann die KESB den Willen der betroffenen Person bei der Wahl der Massnahme und bei der Führung der Massnahme berücksichtigen.<sup>59</sup>

### 2.2.4 Validierung des Vorsorgeauftrags

Ist eine Person urteilsunfähig geworden und liegt der KESB ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft sie nach geltendem Recht, ob dieser gültig errichtet wurde, ob die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind und ob die beauftragte Person für ihre

<sup>58</sup> HÄFELI, Rz. 112.

<sup>59</sup> HÄFELI, Rz. 114.

Aufgaben geeignet ist (vgl. Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1–3 ZGB).<sup>60</sup> Mit dem Postulat 19.3880 Schenker wurde der Bundesrat unter anderem beauftragt, zu prüfen, ob auf die Notwendigkeit der Validierung des Vorsorgeauftrags durch KESB verzichtet werden kann (vgl. dazu Ziff. 1.4.2.2).

Das Anliegen des Postulats bringt das im Erwachsenenschutz bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Privatautonomie in der Form der selbstbestimmten Lebensgestaltung und der staatlichen Aufgabe, den ausreichenden Schutz hilfsbedürftiger Personen zu gewährleisten, zum Ausdruck.<sup>61</sup> Die verlangte Prüfung ergibt jedoch, dass an der bestehenden Validierung von Vorsorgeaufträgen durch die KESB festzuhalten ist und zwar aus den folgenden Überlegungen:

- Der Verzicht auf die Validierung des Vorsorgeauftrags würde zweifellos in einem ersten Schritt eine Stärkung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht bedeuten, indem insbesondere die Eignung der beauftragten Person nicht mehr präventiv von der KESB geprüft wurde. Konkret könnte das so umgesetzt werden, dass die dauernde Urteilsunfähigkeit zum Beispiel von einer Ärztin oder einem Arzt auf einem dafür vorgesehenen Formular festgestellt werden könnte. In Verbindung mit dem (eigenhändigen oder öffentlich beurkundeten) Vorsorgeauftrag würde dann die darin vorgesehene Rechtswirkung automatisch eintreten. Nur wenn die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt wären, müsste die KESB einschreiten und die erforderlichen Massnahmen einleiten (Art. 368 Abs. 1 ZGB). Damit würde aber das Recht im Bereich der eigenen Vorsorge auf eine *Missbrauchs-gesetzgebung* reduziert, was aus Sicht des Bundesrates ungenügend wäre.
- Im Rahmen der Validierung muss die KESB auch prüfen, ob in Bezug auf den (privaten) Vorsorgeauftrag ergänzend «weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes» erforderlich sind (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB). Die Prüfung weiterer Massnahmen kann z.B. erforderlich sein, wenn zwischen Errichtung und Urteilsunfähigkeit sehr viel Zeit vergangen ist und die im Vorsorgeauftrag aufgeführten Aufgabenbereiche nicht alle Sorge- und Vertretungsbedürfnisse der urteilsunfähig gewordenen Person abdecken. Für die Besorgung dieser Aufgaben hat die Behörde eine behördliche Massnahme nach Artikel 393 ff. ZGB zu errichten und damit die vorsorgebeauftragte Person oder eine Drittperson als Beiständin einzusetzen, sofern diese Aufgaben nicht von Gesetzes wegen in die Vertretungsbefugnis eines Ehepartners oder eingetragenen Partners/Partnerin fallen.<sup>62</sup> Eine solche Einschätzung kann und soll nur die KESB als Fachstelle vornehmen, wofür eine Validierung ebenfalls unerlässlich ist.

Als Alternative zum geltenden Recht oder einem Verzicht auf die Validierung wurde geprüft, ob im Gesetz ausdrücklich festgehalten werden sollte, dass die KESB vom Vorsorgeauftrag nur aus ganz bestimmten Gründen abweichen darf und namentlich die Eignung der beauftragten Person (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB) nur verneint wer-

<sup>60</sup> Bestehen Zweifel über die Eignung der beauftragten Person, kann diese aber nicht automatisch ausgeschlossen werden. Bis zur Abklärung dieser Frage sollten gestützt auf Art. 368 Abs. 1 ZGB die notwendigen Massnahmen getroffen werden.

<sup>61</sup> RENZ, FamPra.ch, S. 940 f.

<sup>62</sup> HÄFELI, Rz. 119.

den dürfte, wenn die beauftragte Person für die Übernahme der Vorsorge *offensichtlich ungeeignet* ist. Aus Expertensicht ist jedoch eine derartige Ergänzung nicht nötig: Gemäss Botschaft zum geltenden Recht soll die KESB von sich aus nur dann vom Willen der auftraggebenden Person abweichen dürfen, «wenn offensichtlich ist, dass die bezeichnete Person ihren Aufgaben nicht gewachsen ist». <sup>63</sup> In der Praxis wird dies von den KESB auch bereits dementsprechend gehandhabt. Zwar hat die KESB die Eignung der beauftragten Person von Amtes wegen abzuklären. Solange die beauftragte Person geeignet ist, darf die KESB aber wegen des Selbstbestimmungsrechts der auftraggebenden Person nicht einschreiten, selbst wenn es besser geeignete Personen gäbe. <sup>64</sup> Wenn die KESB aber von Anfang an triftige Mängel und Risiken in der Wahl der beauftragten Person erkennt, darf sie diese jedoch umgekehrt nicht gestützt auf das Selbstbestimmungsrecht der Auftraggeberin in Kauf nehmen, denn dies würde dem *Schutzzweck des Vorsorgeauftrags widersprechen*. <sup>65</sup>

Wie erwähnt, soll daher nach Ansicht des Bundesrates mit der vorliegenden Revision am bestehenden und in der Praxis mittlerweile auch bewährten System der Validierung des Vorsorgeauftrags nichts geändert werden. Im Zusammenhang mit dem Vorsorgeauftrag und insbesondere den vorsorgebeauftragten Personen sind in der Praxis jedoch zwei andere Aspekte problematisch, auf die daher nachfolgend einzugehen ist.

## 2.2.5 Vertretungsbefugnis der vorsorgebeauftragten Person

In Zusammenhang mit der Vertretungsbefugnis der vorsorgebeauftragten Person stellt sich in der Praxis insbesondere die Frage, ob der Verweis auf die *Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag* in Artikel 365 Absatz 1 ZGB die Bestimmung von Artikel 396 Absatz 3 OR <sup>66</sup> mitumfasst, wonach die beauftragte Person für gewisse Rechtsgeschäfte von besonderer Tragweite einer besonderen Ermächtigung bedarf. <sup>67</sup>

In den Materialien wird diese Frage nicht behandelt und das Bundesgericht hat sich dazu bisher, soweit ersichtlich, nicht geäußert. Der Bundesrat ist wie die einbezogenen Expertinnen und Experten sowie die herrschende Lehre <sup>68</sup> der Meinung, dass dies nicht der Fall ist. Die möglichen Aufgabenbereiche der Vermögenssorge und der Vertretung im Rechtsverkehr werden in Artikel 360 Absatz 1 ZGB geregelt, und diese Bestimmung enthält keinen Vorbehalt für gewisse Geschäfte. Kommt die KESB im Rahmen der Validierung zum Schluss, dass der Vorsorgeauftrag gültig ist, dass die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind, dass die beauftragte

<sup>63</sup> Botschaft KESR, BBl 2006 7027.

<sup>64</sup> MEIER, Rz. 423 m.w.H.; HÄFELI, Rz. 118 m.w.H.; BSK ZGB I-JUNGO, Art. 363 N. 25.

<sup>65</sup> BSK ZGB I-JUNGO, Art. 363 N. 25.

<sup>66</sup> Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

<sup>67</sup> Art. 396 Abs. 3 OR: «Einer besonderen Ermächtigung bedarf der Beauftragte, wenn es sich darum handelt, einen Vergleich abzuschliessen, ein Schiedsgericht anzunehmen, wechselrechtliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten oder Schenkungen zu machen.»

<sup>68</sup> MEIER, Rz. 439 m.w.H.

Person für ihre Aufgaben geeignet ist und dass keine weiteren Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind (siehe Ziff. 2.2.4), besteht kein Grund, dem Willen der auftraggebenden Person keine Folge zu geben, wenn dieser Wille auf eine umfassende Vorsorge gerichtet war. Die Interessen der betroffenen Person werden dann im Wege von Artikel 365 Absatz 2 und 3 sowie Artikel 368 ZGB genügend geschützt: Die beauftragte Person muss die KESB informieren, wenn sie in einer Angelegenheit Interessen hat, die denen der betroffenen Person widersprechen; bei Interessenkollision entfallen ihre Befugnisse von Gesetzes wegen (Art. 365 Abs. 2 und 3 ZGB). Bei Gefährdung der auftraggebenden Person kann die KESB zudem von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person tätig werden und die erforderlichen Massnahmen treffen (Art. 368 Abs. 1 ZGB).

Daher erachtet es der Bundesrat auch nicht als notwendig, dies ausdrücklich im Gesetz zu regeln. Davon zu unterscheiden ist die Situation der gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter nach Artikel 374 ZGB. Ihr gesetzliches Vertretungsrecht wird mit dieser Vorlage erweitert (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 2.3.3), aber die Handlungen von Artikel 396 Absatz 3 OR werden ausdrücklich vorbehalten (vgl. Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 VE-ZGB).

## 2.2.6                    **Vorsorgeauftrag und andere Vollmachten und Aufträge**

Eine andere sich in der Praxis stellende Frage betrifft das Verhältnis zwischen einem Vorsorgeauftrag einerseits und Vollmachten sowie Aufträgen mit Weitergeltungsklausel, die über die Urteilsunfähigkeit hinaus wirksam sein sollen (Art. 35 und 405 OR), andererseits.

Auch nach der Neuregelung des Erwachsenenschutzrechts 2013 ist es namentlich nach wie vor zulässig, ein Auftragsvertrag mit Weitergeltungsklausel (Art. 405 Abs. 1 OR) abzuschliessen. Dabei soll das Mandat bereits bei Errichtung – als die auftraggebende Person noch handlungsfähig ist – wirksam werden (*ex nunc*). Eine Vollmacht mit Fortgeltung über die Urteilsunfähigkeit hinaus (Art. 35 Abs. 1 OR) ist ebenfalls nur möglich, wenn sie bereits während der Urteils- und Kontrollfähigkeit des Ausstellers gilt.<sup>69</sup> Aus der Tatsache, dass bei Wirksamkeit über die Urteilsunfähigkeit hinaus eine durch die auftraggebende Person unkündbare Vertretung entsteht, ergibt sich ein gewisses Missbrauchspotential.<sup>70</sup> Zum Schutz einer hilfsbedürftigen Personen wurde in Artikel 397a OR eine Verpflichtung der beauftragten Person eingeführt, die voraussichtlich dauernde Urteilsunfähigkeit der auftraggebenden Person an die KESB zu melden.<sup>71</sup> Die Behörde kann auch nach einer Gefährdungsmeldung intervenieren (Art. 443 ZGB). Ein Auftrag mit Wirkung *ex tunc*, mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit

<sup>69</sup> RENZ, Rz. 197; BIDERBOST, ZBGR, S. 343.

<sup>70</sup> BIDERBOST, Mélanges Breitschmid, S. 107: «in dieser mangelnden Kontrolle liegt aber gerade der Grund für die Bevollmächtigung, und die Lösung ist somit bewusst so gewählt, wenn Vollmacht resp. Auftrag ja ausdrücklich genau auch für diesen Fall wirksam bleiben sollen und keine separaten Kontrollmechanismen eingebaut worden sind».

<sup>71</sup> Botschaft KESR, BBl 2006 7112 f.

wie der Vorsorgeauftrag, ist dagegen seit 2013 unzulässig<sup>72</sup> bzw. er kann – unabhängig von seiner Bezeichnung – rechtsgültig nur unter Beachtung der strengeren Formvorschriften des Vorsorgeauftrags (Art. 361 ZGB) errichtet werden.<sup>73</sup>

Bestehen nach dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers ein Vorsorgeauftrag und ein Auftrag bzw. eine Vollmacht mit Weitergeltungsklausel nebeneinander, ist zu klären, wie sich die beiden Rechtsinstitute zueinander verhalten. Unbestritten ist, dass die beiden Institute gleichberechtigt nebeneinander bestehen können, solange der Auftrag keine im Vorsorgeauftrag geregelten Bereiche tangiert.<sup>74</sup> Bei inhaltlichen Überschneidungen ist die Mehrheit der Lehre der Ansicht, dass die (einfach) beauftragte Person weiterhin, aber nur im ausdrücklichen Einvernehmen mit dem Vorsorgebeauftragten zum Handeln berechtigt sein soll. Im Rahmen dieses Kontrollrechts kann der Vorsorgebeauftragte zudem dem (einfach) Beauftragten den Auftrag und die Vollmacht entziehen und ihn absetzen.<sup>75</sup> Eine Minderheit der Lehre ist hingegen der Ansicht, dass der Vorsorgeauftrag den Vorrang haben sollte. Der Vorsorgebeauftragte könnte dann allenfalls gewisse Aufgaben der anderen (nicht mehr beauftragten) Person übertragen, indem er einen neuen Vertrag abschliesst.<sup>76</sup> Beide Lehrmeinungen führen in der Praxis zu einem ähnlichen Resultat, da bei beiden der Rechtsgrundsatz, dass die *lex specialis* (Vorsorgeauftrag) der *lex generalis* (Auftrag mit Weitergeltung) vorgeht, zum Tragen kommt.

Unter diesen Umständen sieht der Bundesrat heute keinen Bedarf für zusätzliche gesetzliche Regelungen oder Ergänzungen. Am zielführendsten erscheint es ohnehin, wenn im Rahmen der Information und Beratung zur Errichtung von Vorsorgeaufträgen, insbesondere wenn diese öffentlich beurkundet werden, darauf hingewirkt wird, dass vor Errichtung des Vorsorgeauftrags bestehende Vollmachten mit Wirkung über die Urteilsfähigkeit hinaus entsprechend geändert werden und somit klar ist, dass ab dem Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person der Vorsorgebeauftragte allein vertretungsberechtigt ist.<sup>77</sup>

## 2.3 Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Vertretung und ihrer Vertretungsrechte

### 2.3.1 Ausgangslage

Entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität (vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.1) sind für den Fall, dass eine urteilsunfähig gewordene Person über die eigene Vorsorge nichts autonom vorbestimmt hat, von Gesetzes wegen vor einer Intervention der KESB gewisse Massnahmen vorgesehen, die unter Umständen eine Intervention der Behörde als nicht erforderlich erscheinen lassen (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Das gesetzliche Vertretungsrecht nach Artikel 374 ZGB soll insbesondere sicherstellen, dass die

<sup>72</sup> KOKES-Praxisanleitung, Rz. 2.2.

<sup>73</sup> RENZ, Rz. 197.

<sup>74</sup> MEIER, Fn 651; RENZ, Rz. 199.

<sup>75</sup> Diese Lehrmeinungen sind in MEIER, Rz. 385 aufgeführt.

<sup>76</sup> MEIER, Rz. 384.

<sup>77</sup> HÄFELI, Rz. 101.

grundlegenden persönlichen und materiellen Bedürfnisse einer urteilsunfähigen Person befriedigt werden können, ohne dass die KESB tätig werden muss.<sup>78</sup>

Nach Artikel 374 Absatz 1 ZGB hat, wer als Ehegattin oder Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, von Gesetzes wegen ein Vertretungsrecht, wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft besteht. Dieses Vertretungsrecht umfasst nach Artikel 374 Absatz 2 alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Ziff. 1), die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte (Ziff. 2) und nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen (Ziff. 3). Für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung nach Artikel 374 Absatz 3 muss hingegen der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner die Zustimmung der KESB einholen.

Im Zusammenhang mit diesen gesetzlichen Vertretungsrechten haben sich in der Praxis in folgenden Punkten Schwierigkeiten und somit Revisionsbedarf gezeigt:

- Nach geltender Rechtslage gilt das Vertretungsrecht nicht für faktische Lebensgemeinschaften. Für eine analoge Anwendung ist kein Raum, da eine derartige Ausdehnung der Vorschrift sowohl in der Botschaft des Bundesrates<sup>79</sup> als auch in der parlamentarischen Beratung ausdrücklich abgelehnt wurde.<sup>80</sup> Ein Paar, das in faktischer Lebensgemeinschaft lebt, kann die gegenseitigen Beziehungen lediglich in Verträgen und Vollmachten (siehe dazu Ziff. 2.2.6) ordnen und in einem Vorsorgeauftrag die nötigen Anordnungen treffen.<sup>81</sup> Das wirft die Frage nach einer Erweiterung des Kreises der zu gesetzlichen Vertretung befugten Personen auf (siehe nachfolgende Ziff. 2.3.2).
- Dies gilt umso mehr, als das geltende Recht der faktischen Lebenspartnerin oder dem faktischen Lebenspartner bereits ein Vertretungsrecht in einem so wichtigen Bereich wie den medizinischen Angelegenheiten einräumt (vgl. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB). Artikel 378 ZGB sieht ein Vertretungsrecht für Entscheidungen im Bereich der medizinischen Behandlung vor, welche möglicherweise von weit grösserer Tragweite sind als alltägliche Rechtsgeschäfte und die gewöhnliche Verwaltung von Einkommen und Vermögen.<sup>82</sup> Neben dem Kreis der gesetzlichen Vertretung ist daher auch der Umfang der gesetzlichen Vertretungsrechte zu prüfen (siehe dazu Ziff. 2.3.3).
- Die Einschränkung auf die «ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte» führt zur Obliegenheit nachzuprüfen, wie eine bestimmte Rechtshandlung im Gesamtkontext eines Einkommens oder Vermögens zu gewichten ist. Offenbar gab und gibt es immer wieder Fälle, in denen die Vertragsgegenseite – vor allem Banken und Versicherungen – nicht bereit sind, ohne behördliche Feststellung das entsprechende Vertretungsrecht zu

<sup>78</sup> Botschaft KESR, BBI **2006** 7034.

<sup>79</sup> Botschaft KESR, BBI **2006** 7014.

<sup>80</sup> AB **2008** N 1519 f. (Antrag NR Thanei).

<sup>81</sup> Botschaft KESR, BBI **2006** 7014.

<sup>82</sup> HÄFELI, Rz. 202 m.w.H.; MEIER, Fn 982.

akzeptieren. Es fragt sich somit, ob weitere Rechtshandlungen dem gesetzlichen Vertretungsrecht zu unterstellen sind und wie gleichzeitig die Akzeptanz des gesetzlichen Vertretungsrechts in der Praxis gesteigert werden kann (vgl. Ziff. 2.3.4).

- In der Praxis hat sich schliesslich gezeigt, dass die Umsetzung des Vertretungsrechts trotz der angeblich klaren gesetzlichen Anordnung nicht einfach ist. Die Befugnis, die Post «nötigenfalls» zu öffnen und zu erledigen, erscheint zum Beispiel nicht zielführend.<sup>83</sup> Nur durch die Öffnung der Post kann die Partnerin bzw. der Partner erfahren, ob es sich dabei um eine Rechnung handelt, die innert Frist zu begleichen ist.

### 2.3.2 Kreis der gesetzlichen Vertretung: Erweiterung auf faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner

Nach geltendem Recht sind nur Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner vertretungsberechtigt. Dies entspricht dem Grundgedanken der beiden Rechtsinstitute Ehe und eingetragene Partnerschaft<sup>84</sup>, wonach sich die Lebenspartner gegenseitig Beistand schulden (Art. 159 ZGB und Art. 12 PartG).<sup>85</sup> Die Tatsache allein, dass ein Paar durch eine Ehe oder eine eingetragene Partnerschaft verbunden ist, rechtfertigt es aber noch nicht, dass die urteilsunfähige Person von Gesetzes wegen vertreten werden kann. Vielmehr setzt dieses Vorrecht voraus, dass das Paar einen gemeinsamen Haushalt führt oder, dass die Lebenspartnerin oder der Lebenspartner der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leistet. Damit ist gewährleistet, dass den Vertretungsrechten eine gelebte Beziehung zugrunde liegt.<sup>86</sup>

Die gesetzlichen Vertretungsrechte setzen somit ein bestehendes Vertrauensverhältnis und eine gelebte Beziehung voraus. Diese Voraussetzungen erfüllen die Ehegattin oder der Ehegatte bzw. die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, der mit der urteilsunfähigen Person im gleichen Haushalt lebt oder – wenn das Zusammenleben nicht möglich ist, weil die urteilsunfähige Person ausserhalb der gemeinsamen Wohnung in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut werden muss – ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet. Entsprechendes gilt aber auch für *faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner*, insbesondere, wenn es sich dabei um eine eheähnliche Gemeinschaft handelt, d.h. eine Verbindung, die eheähnlich gelebt wird, ohne dass das Paar miteinander verheiratet ist. Daher besteht heutzutage kein Grund mehr, die faktische Lebensgemeinschaft hier anders als die Ehe und die eingetragene Partnerschaft zu behandeln, zumal die faktischen Lebenspartnerinnen und Lebens-

<sup>83</sup> Gemäss Botschaft KESR wollte das Wort «nötigenfalls» zum Ausdruck bringen, «dass mit dem Eintritt der Urteilsunfähigkeit die Post nicht sofort geöffnet werden darf. Vielmehr sind die Partnerin und der Partner erst dann dazu befugt, wenn sie in guten Treuen annehmen dürfen, dass Rechnungen zu bezahlen sind oder dass mit der Antwort auf einen Brief oder ein E-Mail anstandshalber nicht lange zugewartet werden darf» (BBl 2006 7035).

<sup>84</sup> Seit dem 1. Juli 2022 – nach der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare – können allerdings keine neuen eingetragenen Partnerschaften begründet werden.

<sup>85</sup> HÄFELI, Rz. 199.

<sup>86</sup> Botschaft KESR, BBl 2006 7034 f.

partner im medizinischen Bereich bereits heute als vertretungsberechtigt gelten (Art. 378 ZGB). Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber den persönlichen Beistand, den sich das Paar in einer faktischen Lebensgemeinschaft gegenseitig leistet, bereits in anderen Rechtsbereichen berücksichtigt hat, obwohl sich die faktischen Lebenspartnerinnen und Lebenspartner von Gesetzes wegen keinen Beistand leisten müssen.<sup>87</sup> Artikel 374 Absatz 1 ZGB ist daher entsprechend anzupassen.

Demgegenüber lehnt der Bundesrat eine Ausweitung des gesetzlichen Vertretungsrechts auf weitere Personen, wie dies die nicht zustande gekommene Volksinitiative vorgesehen hätte (vgl. dazu Ziff. 1.4.1), ab. Nach deren Vorschlag wäre zuerst die Ehegattin oder der Ehegatte beziehungsweise die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, dann die Verwandten im ersten Grad (Kinder und Eltern), die Verwandten im zweiten Grad (Enkel, Grosseltern und Geschwister) und schliesslich die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner zur gesetzlichen Vertretung ermächtigt worden. Verwandte im ersten und zweiten Grad würden somit gesetzliche Vertreter ausschliesslich gestützt auf die Verwandtschaftsbeziehung und ohne Rücksicht auf die tatsächlich gelebte Beziehung. Die Folge wäre, dass unter Umständen Personen ohne jegliche persönliche Beziehung zur betroffenen Person oder auch Personen, die mit der betroffenen Person zerstritten sind, ein (umfassendes) gesetzliches Vertretungsrecht erhalten würden. Dass dies zu schwerwiegenden Problemen in der praktischen Umsetzung führen würde, ist offensichtlich. Eine derartige Ausweitung des gesetzlichen Vertretungsrechts würde die betroffene Person zudem verpflichten, diese Vertretungsrechte in vielen Fällen mittels Vorsorgeauftrag wieder zu entziehen.

Es ist daher naheliegend, das gesetzliche Vertretungsrecht relativ eng zu ziehen und auf diejenigen Personen zu beschränken, bei denen aufgrund der Umstände von einem bestehenden Vertrauensverhältnis und einer gelebten Beziehung ausgegangen werden kann. Darüber hinaus ist es der betroffenen Person überlassen, weitere Personen mittels Vollmacht oder Vorsorgeauftrag als Vertreterinnen einzusetzen.

### 2.3.3 Präzisierung des Umfangs des Vertretungsrechts

Mit dem Postulat 19.3880 Schenker wurde der Bundesrat auch beauftragt «zu prüfen und in einem Bericht darzulegen, ob es möglich und sinnvoll wäre, [...] die gesetzliche Vertretung durch Ehegattinnen und Ehegatten und eingetragene Partnerinnen und Partner gemäss den Artikeln 374 ff. ZGB zu stärken, indem auf [...] die Zustimmungsbefähigung für Rechtshandlungen der Ehegattinnen und Ehegatten und eingetragene

<sup>87</sup> Siehe dazu Bericht des Bundesrates «Übersicht über das Konkubinats im geltenden Recht – Ein PACS nach Schweizer Art?» vom 30. März 2022, S. 15: «Beispielsweise haben Arbeitnehmende seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung am 1. Januar 2021 Anspruch auf bezahlten Urlaub für die Betreuung der Lebenspartnerin oder des Lebenspartners mit gesundheitlicher Beeinträchtigung (Art. 329<sup>h</sup> OR). Zudem haben Versicherte, die ihre Lebenspartnerin oder ihren Lebenspartner betreuen, Anspruch auf Anrechnung einer Betreuungsgutschrift, wenn sie seit mindestens fünf Jahren ununterbrochen einen gemeinsamen Haushalt führen (Art. 29<sup>septies</sup> Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946<sup>7</sup> über die Alters- und Hinterlassenenversicherung; AHVG)».

nen Partnerinnen und Partner im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung gemäss Artikel 374 Absatz 3 ZGB verzichtet wird» (vgl. dazu vorne Ziff. 1.4.2.2).

In der praktischen Anwendung hat sich gezeigt, dass Artikel 374 ZGB nicht einfach umgesetzt werden kann, insbesondere was das Verhältnis zwischen Absatz 2 Ziffer 2 und Absatz 3 angeht. Dass für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung die Zustimmung der KESB eingeholt werden muss (Abs. 3), stösst bei vielen Betroffenen auf Unverständnis und wird als ungerechtfertigte behördliche Einmischung abgelehnt.<sup>88</sup> Die Einschränkung des Vertretungsrechts auf die «ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte» (Abs. 2 Ziff. 2) führt ausserdem zur Obliegenheit nachzuprüfen, wie eine bestimmte Rechtshandlung im Gesamtkontext eines Einkommens oder Vermögens zu gewichten ist. In der Praxis hat dies zur Folge, dass die Vertragsgegenseiten – beispielsweise die Banken oder Versicherungen – nicht bereit sind, ohne eine behördliche Feststellung das Vertretungsverhältnis zu akzeptieren und systematisch die Aushändigung der Bestätigung des Vertretungsrechts nach Artikel 376 Absatz 1 ZGB verlangen, was zum einen das gesetzliche Vertretungsrecht stark relativiert und zum anderen einen grossen Aufwand für die Erwachsenenschutzbehörde darstellt.

Eine Ausdehnung des gesetzlichen Vertretungsrechts auf die ausserordentliche Vermögensverwaltung ohne jegliche Beschränkung bzw. Kontrolle ist aber auch aus Expertensicht nicht wünschenswert. Im Unterschied zur vorsorgebeauftragten Person wurde die gesetzliche Vertreterin oder der gesetzliche Vertreter nicht von der urteilsunfähig gewordenen Person selber als Vermögensverwalter bezeichnet. Die Schwierigkeit zu bestimmen, ob eine Rechtshandlung als im Rahmen der ordentlichen oder der ausserordentlichen Vermögensverwaltung zu qualifizieren sei, ist jedoch nachvollziehbar. Im Sinne einer Kompromisslösung schlägt der Bundesrat daher vor, zukünftig auf die Unterscheidung zwischen ausserordentlicher und ordentlicher Vermögensverwaltung zu verzichten (vgl. Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 VE-ZGB). Gleichzeitig soll aber das Vertretungsrecht mit Bezug auf die Handlungen von Artikel 396 Absatz 3 OR ausdrücklich begrenzt werden. Der gesetzliche Vertreter bedarf daher in Zukunft jedenfalls einer besonderen Ermächtigung der KESB, wenn es darum geht, einen Vergleich abzuschliessen, ein Schiedsgericht anzunehmen, wechselrechtliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten oder Schenkungen zu machen. Für weitergehende Vertretungsrechte, zum Beispiel beim Verkauf von Liegenschaften, besteht als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts die Möglichkeit, sich gegenseitig als Vorsorgebeauftragte einsetzen (siehe dazu Ziff. 2.2).

### 2.3.4 Beschränktes Tätigwerden der KESB

Nach geltendem Recht kann die KESB angegangen werden, sobald für Aussenstehende nicht klar ersichtlich ist, dass ein Vertretungsrecht gegeben ist. Die KESB klärt die gesetzlichen Voraussetzungen ab und händigt der vertretungsberechtigten Person eine Urkunde aus, die deren Befugnisse wiedergibt, damit sie sich gegenüber Dritten

<sup>88</sup> HÄFELI, Rz. 214.

legitimieren kann.<sup>89</sup> Dies hat in der Praxis dazu geführt, dass Banken, Steuerämter, AHV/IV-Stellen standardmässig (v.a. aus Haftungsgründen) einen offiziellen Beleg des Vertretungsrechts verlangen. Vor diesem Hintergrund fand im August 2019 ein Austausch zwischen der KOKES und SwissBanking statt; daraus hat sich ergeben, dass ein umfassender Verzicht auf die Möglichkeit, von der KESB eine Bestätigung über die Vertretungsbefugnisse zu verlangen, aus Gründen der Rechtsverkehrssicherheit nicht in Frage kommen kann. Angesichts der vorgeschlagenen Anpassung in Artikel 374 Absatz 2 und 3 ZGB (vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.3) kann aber die Schwelle für das Einschreiten der Behörde angehoben werden.

Neu sollten die Vertragspartner von einer solchen Bestätigung in der Regel absehen können, weil sie für viele Handlungen ohne weiteres auf das Bestehen einer gültigen Vertretung vertrauen können werden, zum Beispiel für den Bezug einer AHV-Rente. Befürchtet eine Vertragspartei in einer konkreten Situation eine Gefährdung der Interessen der urteilsunfähigen Person, kann sie selbstverständlich eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde erstatten (Art. 443 ZGB). Nach Eingang der Gefährdungsmeldung muss die Behörde dann von Amtes wegen die Voraussetzungen für die Vertretung prüfen (Art. 446 ZGB). Kommt sie zum Schluss, dass die Voraussetzungen für die Vertretung doch gegeben sind, dann wird sie – wie heute – der vertretungsberechtigten Person eine Urkunde aushändigen, die ihre Befugnisse wiedergibt (Art. 376 Abs. 2 Ziff. 1 VE-ZGB).

## **2.4 Besserer Einbezug nahestehender Personen**

### **2.4.1 Begriff der nahestehenden Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht**

#### **2.4.1.1 Ausgangslage**

Entsprechend dem Grundsatz der Subsidiarität gibt das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Unterstützung durch die Familie und andere nahestehende Personen grundsätzlich den Vorzug gegenüber staatlichen Massnahmen (vgl. Ziff. 2.1.1). Familienangehörige und nahestehende Personen kennen die persönliche Situation der betroffenen Person am besten, und es erscheint deshalb naheliegend, dieses Näheverhältnis und diese Kenntnisse fruchtbar zu machen und beim Entscheid über eine mögliche staatliche Massnahme zu berücksichtigen.<sup>90</sup>

Das Gesetz enthält keine Legaldefinition der nahestehenden Person. Den Materialien zur Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist jedoch zu entnehmen, dass es dabei «um eine Person [geht], welche die betroffene Person gut kennt und kraft ihrer Eigenschaften sowie regelmässig kraft ihrer Beziehungen zu dieser als geeignet erscheint, deren Interessen wahrzunehmen. Eine Rechtsbeziehung ist jedoch

<sup>89</sup> Botschaft KESR, BBI 2006 7035. Die KOKES hat ein Muster für eine solche Bestätigung ausgearbeitet: [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Empfehlungen > Urkunde Vertretungsrecht (Art. 374 ZGB).

<sup>90</sup> Die Botschaft KESR von 2006 verweist daher an mehreren Orten auf die Bedeutung der nahestehenden Personen, und der Gesetzgeber erwähnt sie in verschiedenen Bestimmungen, vgl. dazu die Übersicht im Gutachten Fankhauser, Anhang I.

nicht erforderlich. Entscheidend ist vielmehr die faktische Verbundenheit. [...] Nahe stehende Personen können die Eltern, die Kinder, andere durch Verwandtschaft oder Freundschaft mit der betroffenen Person Verbundene, der Lebensgefährte oder die Lebensgefährtin, aber auch die Beiständin, der Arzt, die Sozialarbeiterin, der Pfarrer oder andere Personen, welche die betroffene Person betreut und begleitet haben, sein.»<sup>91</sup>

Auch wenn aus dem Fehlen einer Legaldefinition in vielen Fällen kaum Probleme entstehen dürften, weil es in der Praxis klar erscheint, ob jemand als nahestehend oder nicht anzusehen ist, bewirkt dies eine Schwächung der Position der betroffenen Personen. Aufgrund der Vielzahl der Rechte, die sich aus dem Begriff ableiten, kann nach Ansicht des Bundesrates mit einer gesetzlichen Umschreibung des Begriffs der nahestehenden Person im Erwachsenenschutzrechts die Stellung dieser Personen und damit auch der betroffenen Person selbst weiter gestärkt werden (vgl. Ziff. 2.4.1.4).

#### 2.4.1.2 **Der Begriff der «nahestehenden Person» im Zivilrecht und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung**

Nahestehende Personen werden im geltenden *Erwachsenenschutzrecht* an verschiedenen Stellen im Gesetz bereits erwähnt. In den meisten Fällen werden ihnen zu Kontrollzwecken und zur Interessenwahrung der betroffenen Person Antrags- oder Beschwerderechte eingeräumt.<sup>92</sup> Ausserhalb des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts verwendet das ZGB den Begriff «nahestehende Personen» noch in Artikel 89a Absatz 6 Ziffer 8 und Absatz 7 Ziffer 5 (*Personalfürsorgestiftungen*), der auf das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge<sup>93</sup> BVG verweist, sowie in Artikel 260a Absatz 2 (*Anfechtung der Kindesanerkennung*). In Artikel 125 Absatz 3 Ziffer 3 (*nachehelicher Unterhalt*) und in Artikel 477 Ziffer 1 (*Enterbung*) ist von «nahe verbundenen» Personen die Rede.<sup>94</sup>

Das OR spricht in den allgemeinen Bestimmungen zum *Vertragsrecht* in Artikel 30 Absatz 1 von «nahe verbundenen» Personen; der Begriff der nahestehenden Person wird im OR nicht verwendet. Die Zivilprozessordnung<sup>95</sup> spricht im Rahmen des Beweisverfahrens von «nahestehenden Personen» in Kombination mit einer Aufzählung von Beziehungen (vgl. Art. 165 i.V.m. Art. 163 und 166 ZPO). Anders als im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (vgl. dazu Ziff. 2.4.1.2) geht die ZPO von einer unwiderlegbaren Vermutung aus, dass die betreffenden Beziehungen ein Näheverhältnis begründen. Eine Prüfung im Einzelfall, ob die Person, welche die Mitwirkung verweigert, tatsächlich eine gelebte Beziehung zur anderen Person hat, ist nicht vorgesehen. Der Begriff ist damit im Zivilverfahrensrecht anders konzipiert als im Kindes-

<sup>91</sup> Botschaft KESR, BBI 2006 7084.

<sup>92</sup> Vgl. Gutachten Fankhauser, Rz. 9 und Anhang I.

<sup>93</sup> Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40.

<sup>94</sup> In der französischen Fassung steht immer «proches»; in der italienischen Fassung wird in der Regel «nahestehende Person» mit «persona vicina» und «nahe verbundene Person» mit «persona intimamente legata» übersetzt.

<sup>95</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), SR 272.

und Erwachsenenschutzrecht, wo die Verwandtschaft zwar auch zu einer Vermutung eines Näheverhältnisses führt, welche aber widerlegbar ist.

Der Begriff der nahestehenden Person ergibt sich somit aus dem spezifischen Kontext des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Die Bedeutung des Begriffs lässt sich für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht *autonom* festlegen. Dabei wird – anders als im Zivilprozessrecht – nicht auf eine formalisierte Beziehung zur betroffenen Person abgestellt (z.B. Ehe oder Verwandtschaft), sondern auf das tatsächlich bestehende Näheverhältnis. Die rechtsanwendende Behörde hat den konkreten Einzelfall anzuschauen und zu entscheiden, ob eine Person als nahestehend im Sinne des Gesetzes zu qualifizieren ist. Dabei ist davon auszugehen, dass die bisherige *Praxis des Bundesgerichts* zu Artikel 397d Absatz 1 aZGB<sup>96</sup> und Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 ZGB massgebend ist.

Das Bundesgericht hat vor 2013 den Begriff so verstanden, dass jene *Personen* darunter fallen, «die den Betroffenen zufolge Verwandtschaft oder Freundschaft oder wegen ihrer Funktion oder beruflichen Tätigkeit (Arzt, Sozialhelfer, Priester oder Pfarrer etc.) gut kennen und die deshalb geeignet erscheinen, die Interessen der betroffenen Person wahrzunehmen.»<sup>97</sup> «In diesem Sinne erscheine als nahestehende Person [...] auch der vertraute Freund und die vertraute Freundin, ausserdem der Lehrer, der Pfarrer, der Arzt, der Psychologe, der Jugendgruppenleiter oder der Sozialarbeiter, wenn er beruflich mit der eingewiesenen Person in engen Kontakt gekommen sei.»<sup>98</sup> Diese Grundsätze wurden nach 2013 in der Rechtsprechung zu *Artikel 450 ZGB* weiter präzisiert: «Das Wort "Nahestehen" meint eine auf unmittelbarer Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen, von diesem bejahte und von Verantwortung für dessen Ergehen geprägte Beziehung, die den Dritten geeignet erscheinen lässt, Interessen des Betroffenen wahrzunehmen. Diese Beziehung bzw. die Anforderungen daran – (1) unmittelbare Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen, (2) Bejahung durch den Betroffenen und (3) Verantwortung für das Ergehen des Betroffenen – müssen glaubhaft gemacht werden. [...] Nahestehende Personen können unter anderem die Eltern, die Kinder und andere durch Verwandtschaft oder Freundschaft mit der betroffenen Person Verbundene sein [...] Handelt es sich bei dem Dritten um einen (nahen) Verwandten und/ oder eine im gleichen Haushalt lebende Person, so wird diese von der Rechtsprechung regelmässig – gleichsam im Sinne einer Tatsachenvermutung – als nahestehende Person und damit als Person, welche geeignet erscheint, die Interessen des Betroffenen wahrzunehmen, anerkannt.»<sup>99</sup> Mit anderen Worten: Bei nahen Verwandten wird die Eigenschaft als nahestehende Person vermutet, aber die Vermutung kann widerlegt werden. Bei anderen Personen müssen die Voraussetzungen für die Anerkennung der Eigenschaft als nahestehende Person hingegen glaubhaft gemacht werden.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Art. 397d Abs. 1 aZGB lautete: «Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann gegen den Entscheid innert zehn Tagen nach der Mitteilung schriftlich das Gericht anrufen.»

<sup>97</sup> BGE 137 III 67, E. 3.4.1

<sup>98</sup> BGE 122 I 18, E. 2c/bb

<sup>99</sup> BGer 5A\_112/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 2.5.1.2.

<sup>100</sup> MEIER, Rz. 256.

### 2.4.1.3 Abgrenzung zum Begriff der Angehörigen

Daneben verwendet das ZGB – in der deutschen und italienischen Fassung<sup>101</sup> – auch den Begriff der «Angehörigen», so beispielsweise im Zusammenhang mit der Errichtung einer Beistandschaft und bei der Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung (vgl. Art. 390 Abs. 2 und 426 Abs. 2 ZGB), aber auch im Adoptionsrecht (Art. 268a<sup>quater</sup> ZGB) und im Erbrecht (vgl. Art. 477 Ziff. 2 und 520 Abs. 2 ZGB). In Artikel 401 Absatz 2 ZGB ist von den Wünschen «der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen» die Rede. Auch das OR verwendet den Begriff an verschiedenen Stellen (Art. 43 Abs. 1<sup>bis</sup>, Art. 47, Art. 249 Ziff. 2, Art. 351, Art. 886 Abs. 3), nicht dagegen die ZPO. Der Begriff der Angehörigen beinhaltet eine formale Beziehung zur betroffenen Person, wobei dessen Konturen nicht scharf abgegrenzt sind. Gemeint sind in der Regel Familienangehörige: So umfasst gemäss Artikel 420 ZGB der in der Marginalie verwendeten Begriff der Angehörigen abschliessend die Ehegattin oder den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, die Eltern, die Nachkommen, die Geschwister aber auch die faktische Lebenspartnerin oder den faktischen Lebenspartner. Allerdings kennt die Rechtsordnung auch davon abweichende Umschreibungen, so etwa in Artikel 268a<sup>quater</sup> Absatz 1 ZGB oder Artikel 110 Absatz 1 StGB<sup>102</sup>. Die Vielfalt der Begriffsverwendung macht deutlich, dass es keinen allgemeinen Begriff der Angehörigen gibt. Dieser ist auch sprachlich unscharf, er muss im konkreten Kontext bestimmt werden.

### 2.4.1.4 Legaldefinition im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Nach Ansicht des Bundesrates erscheint es sinnvoll, den Begriff der nahestehenden Personen heute im Gesetz spezifisch zu umschreiben. Ausgehend von der Definition der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird neu im ZGB eine gesetzliche Umschreibung der nahestehenden Personen für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht vorgeschlagen (Art. 389a VE-ZGB). Wie erwähnt sollen damit die Stellung der nahestehenden Personen und damit auch der betroffenen Person selbst weiter gestärkt und ihre Bedeutung im gesamten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht unterstrichen sowie indirekt wiederum die Subsidiarität und die Selbstbestimmung gefördert werden.

Weil die neue Bestimmung eine Liste der Personen enthält, die vermutungsweise als nahestehende Personen gelten und diese Liste auch die Familienangehörigen miteinhält (vgl. Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB), kann neu im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auf den Begriff «Angehörige» verzichtet werden. Dieser Begriff wird demnach in den betroffenen Bestimmungen gestrichen bzw. durch «nahestehende Person» ersetzt (vgl. Art. 390 Abs. 2, Art. 426 Abs. 2 VE-ZGB).

<sup>101</sup> In der französischen Fassung werden sowohl «nahestehende Personen» als auch «Angehörige» mit «proches» übersetzt. In der italienischen Fassung wird «Angehörige» meistens mit «congiunti» und «nahestehende Person» mit «persona vicina» oder «persona intimamente legata» übersetzt.

<sup>102</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB), SR 311.0.

## 2.4.2 Nahestehende Personen als Beiständinnen oder Beistände

### 2.4.2.1 Ausgangslage

In der Praxis berücksichtigt die KESB bereits heute in der Regel zuerst eine der betroffenen Person nahestehende Person, um das Amt des Beistandes zu besetzen.<sup>103</sup> Zudem empfiehlt die KOKES den KESB ausdrücklich, im Rahmen ihrer Abklärungen ein Erstgespräch in der Regel mit der ganzen Familie durchzuführen, d.h. nicht nur mit der betroffenen Person, sondern auch mit den für die Beistandschaft in Frage kommenden Personen.<sup>104</sup> Nach geltendem Recht besteht jedoch keine gesetzliche Verpflichtung zu prüfen, ob eine nahestehende Person als Beistand eingesetzt werden könnte. Erst wenn die betroffene Person eine Vertrauensperson<sup>105</sup> als Beistand oder Beiständin vorschlägt, soll die KESB ihrem Wunsch gestützt auf Artikel 401 Absatz 1 ZGB entsprechen, sofern die vorgeschlagene Person für die Beistandschaft geeignet und zu deren Übernahme bereit ist (Art. 401 Abs. 1 ZGB). Soweit tunlich berücksichtigt die Erwachsenenschutzbehörde zudem auch die Wünsche der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen (Art. 401 Abs. 2 ZGB).

Aus der Erhebung von Ecoplan (vgl. dazu vorne Ziff. 1.5.2) hat sich ergeben, dass im Erwachsenenschutz private Beistände 37 Prozent der Mandate und Berufs- und Fachbeistände zusammen 63 Prozent der Mandate führen. Innerhalb der privaten Beistände kann zwischen nahestehenden Personen aus dem Umfeld (66 Prozent) und Personen, die das Mandat im Rahmen von Freiwilligenarbeit führen (34 Prozent), unterschieden werden. Innerhalb der nahestehenden Personen kann nochmals unterschieden werden, in welcher Beziehung diese Person zu dem oder der Betroffenen steht. Im Erwachsenenschutz werden am häufigsten die Eltern (39 Prozent), gefolgt von Kindern (28 Prozent) und Geschwistern (14 Prozent) als Beistände eingesetzt. Auf weitere Personen aus dem sozialen Umfeld wird in 11 Prozent der Fälle zurückgegriffen.<sup>106</sup> Für komplexe Fälle, bei denen Art und Umfang der Aufgaben besondere Fachkenntnisse voraussetzen und welche einen bedeutenden Betreuungs- und Behandlungsbedarf aufweisen, werden in der Regel automatisch Berufsbeistände eingesetzt.<sup>107</sup>

Für bestimmte nahestehende Personen als Beiständin oder Beistand sieht Artikel 420 ZGB vor, dass die KESB diese von bestimmten Pflichten befreien kann, wobei die zu erfüllende Voraussetzung sehr offen formuliert ist («wenn die Umstände es rechtfertigen»). Das der KESB zustehende Ermessen hat zu einer sehr unterschiedlichen Handhabung der Bestimmung in der Praxis geführt. Das wurde in den vergangenen Jahren wiederholt kritisiert.

<sup>103</sup> ZK-MEIER, Art. 401 ZGB N. 3.

<sup>104</sup> KOKES-Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016 zu Angehörigen als Beistand, Ziff. 2.

<sup>105</sup> Zum Begriff der Vertrauensperson vgl. BSK ZGB II-RUTH E. REUSSER, Art. 401 N. 11: «Die betroffene Person ist frei zu entscheiden, wem sie ihr Vertrauen schenken will. [...] Es kann sich um einen Angehörigen oder eine Person aus dem Freundes- oder näheren Bekanntenkreis oder sonst eine bekannte Person handeln, es kann aber auch ein bestimmter Berufsbeistand als Vertrauensperson bezeichnet werden. [...]. Ein eigentliches Vertrauensverhältnis muss noch nicht bestehen.»

<sup>106</sup> Studie Ecoplan, S. 12 f.

<sup>107</sup> ZK-MEIER, Art. 401 ZGB N. 8.

### 2.4.2.2 **Pflicht der KESB zur Prüfung der Möglichkeit der Einsetzung einer nahestehenden oder einer anderen privaten Beistandsperson**

Als Beiständin oder Beistand kann eine natürliche Person ernannt werden, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt (Art. 400 Abs. 1 ZGB). In der Praxis wird zwischen privaten Beiständen, Berufs- und Fachbeiständen unterschieden.<sup>108</sup> Private Beistände können nahestehende Personen (Angehörige oder Bekannte aus dem sozialen Umfeld) oder Personen sein, die das Mandat im Rahmen von Freiwilligenarbeit führen (und die betroffene Person vor dem Mandat nicht persönlich gekannt haben).<sup>109</sup> Von verschiedener Seite wurde bereits die Einführung einer Pflicht der KESB gefordert, grundsätzlich die Möglichkeit der Einsetzung einer privaten Beistandsperson zu prüfen:

- In ihrem Kurzbericht für das Jahr 2018 vom 23. Januar 2019 hat die KESCHA eine Empfehlung zur Ernennung von Beistandspersonen formuliert: «Zur Verstärkung der Position der betroffenen Person sowie im Licht des Subsidiaritätsprinzips (private statt staatliche Beistände) soll die Erwachsenenschutzbehörde gesetzlich verpflichtet werden, in jedem Fall die Möglichkeit der Einsetzung privater Beistände zu prüfen.»<sup>110</sup>
- Das Postulat 19.3067 Schneider Schüttel (vgl. dazu Ziff. 1.4.2.1) hat diesen Ansatz übernommen und folgenden Prüfauftrag formuliert: «Auch wenn sich dieser Grundsatz zumindest ansatzweise bereits aus dem geltenden Gesetzestext herauslesen lässt, wäre eine Klarstellung im Sinne einer ausdrücklichen Anweisung an die Behörden, zuerst zu prüfen, ob nicht auf eine private Beistandsperson zurückgegriffen werden kann, bevor ein Berufsbeistand eingesetzt wird, sehr hilfreich.»

Der Bundesrat teilt die Ansicht, dass die Einführung einer entsprechenden gesetzlichen Prüfungspflicht der KESB am besten gewährleistet, dass den Bedürfnissen der betroffenen Person auch mit Bezug auf die Einsetzung von Beistandspersonen noch besser Rechnung getragen wird. Art. 400 ZGB soll dementsprechend ergänzt werden (vgl. Art. 400 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZGB).

In der Regel wird die KESB wie bereits heute zuerst prüfen, ob eine nahestehende Person die Beistandschaft übernehmen kann. Wenn keine nahestehende Person zur Verfügung steht, die geeignet ist, diese Aufgabe zu übernehmen (z.B. wegen eines Interessenkonfliktes oder der Komplexität der Vermögensverhältnisse), soll die KESB prüfen, ob eine andere Privatperson, die nicht als Berufsbeiständin oder Berufsbeistand tätig ist, das Mandat übernehmen könnte (vgl. Art. 400 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZGB). Die neue Bestimmung soll somit die Möglichkeit bieten, das Potential an weiteren Privatpersonen (z.B. pensionierten Personen) als Beistand weiter zu fördern. Gemäss der Studie von Ecoplan verfügen rund drei Viertel der befragten KESB über einen Pool von Privatpersonen – einen sogenannten «PriMa-Pool» –, die im Rahmen

<sup>108</sup> BGer 9C\_669/2019 vom 7. April 2020, E. 4

<sup>109</sup> Studie Ecoplan, S. 6.

<sup>110</sup> KESCHA im Jahr 2018: Kurzbericht, Empfehlung 3.

von Freiwilligenarbeit einzelne Mandate führen.<sup>111</sup> Die privaten Mandatsträgerinnen und -träger stellen daher auch bereits heute «einen wichtigen Pfeiler des Systems dar, zumindest im Erwachsenenschutz».<sup>112</sup> Im Kinderschutz sind private Mandatsträger bzw. nahestehende Personen als Beistand hingegen in allen Kantonen die Ausnahme, weil die Übernahme einer Beistandschaft für Kinder klar eine spezifische Ausbildung voraussetzt.

In den Empfehlungen zu den Berufsbeistandschaften vom 18. Juni 2021 hat auch die KOKES die Förderung der privaten Beiständigen und Beistände befürwortet: Insbesondere wegen der demographischen Entwicklung der Bevölkerung (z.B. wachsendes Segment von betagten Personen) ist damit zu rechnen, dass zukünftig vermehrt Erwachsenenschutzmassnahmen durch die KESB errichtet werden. Die Fallbelastung bezüglich der Führung von Beistandschaften wird daher wachsen. Berufsbeistände sollten sich somit auf komplexe Mandate beschränken, wohingegen die einfachen Mandate von privaten Beiständigen und Beiständen übernommen werden könnten.<sup>113</sup> Neben der Gewinnung und Ernennung nahestehender oder anderer privater Personen als Beistandspersonen ist aber auch die persönliche Unterstützung und Begleitung der privaten Beiständigen und Beiständen bei der Mandatsführung besonders wichtig, zum Beispiel im Rahmen von individuellen Beratungsgesprächen oder mit Aus- und Weiterbildungen.<sup>114</sup> Schliesslich ist zu beachten, dass auch eine *Aufteilung der Beistandschaft zwischen einer privaten und einer beruflichen Beistandsperson*, jede mit ganz bestimmten Aufgaben (z.B. nur für die finanziellen Aspekte oder für die persönliche Betreuung), zur optimalen Wahrung der Bedürfnisse der betroffenen Person in Betracht kommen kann.

Aber auch wenn nahestehende Personen nicht als Beiständin bzw. Beistand ernannt wurden, haben sie trotzdem die Möglichkeit, sich für die hilfsbedürftige Person einzusetzen. In der Praxis werden sie nicht selten von der Beistandsperson in die Mandatsführung einbezogen. Diese Möglichkeit soll neu ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden (vgl. dazu Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB).

### 2.4.2.3 Erleichterungen für nahestehende Personen als Beiständin oder Beistand

#### Parlamentarische Initiativen 16.428 und 16.429 Vogler

Am 27. April 2016 reichte der ehemalige Nationalrat Karl Vogler zwei parlamentarische Initiativen ein, die beide eine Revision von Artikel 420 ZGB verlangen:

<sup>111</sup> Studie Ecoplan S. 12. Als Grundlage für die Tätigkeit der privaten Beistandspersonen dienen das von der KOKES 2014 veröffentlichte «Handbuch PriMA – Leitfaden für private Mandatsträger und Mandatsträgerinnen priMa (private Beistände und Beiständigen)» sowie die von verschiedenen Kantonen zu diesem Zweck ausgearbeiteten weiteren Dokumentationen.

<sup>112</sup> Vgl. bspw. für den Kanton Bern siehe Ecoplan, Evaluation Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes im Kanton Bern, Schlussbericht vom 9. Januar 2018, S. 58.

<sup>113</sup> KOKES-Empfehlungen zur Organisation von Berufsbeistandschaften, Ziff. 5.1.

<sup>114</sup> Zu diesem Zweck haben verschiedene Kantone eine Fachstelle für private Mandate geschaffen.

- Parlamentarische Initiative 16.428 «Paradigmenwechsel bei Artikel 420 ZGB»: Nach dieser Initiative sei Artikel 420 ZGB so zu ändern, dass Personen, insbesondere Eltern und Ehegatten, welche als Beistand oder Beiständin eingesetzt werden, nur noch ausnahmsweise der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und allenfalls den weiteren Verpflichtungen gemäss Artikel 420 ZGB unterstellt werden.
- Parlamentarische Initiative 16.429 «Anpassung von Artikel 420 ZGB»: Nach dieser Initiative sei Artikel 420 ZGB so zu ändern, dass die heute abschliessende Liste von Personen, die von der Erwachsenenschutzbehörde von gewissen Pflichten befreit werden können, nicht mehr abschliessend formuliert ist.

Beide Rechtskommissionen haben den Initiativen Folge gegeben. Aufgrund des sachlichen Zusammenhangs mit der laufenden Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts hat die zuständige Kommission allerdings beschlossen, diese Revisionsvorlage abzuwarten, bevor sie die Ausarbeitung eines eigenen Erlassentwurfes wiederaufnimmt. Aus diesem Grund hat der Nationalrat am 1. Oktober 2021 die Frist für die Ausarbeitung eines Erlassentwurfes bis zur Herbstsession 2023 verlängert.

## **Merkblatt und Empfehlungen der KOKES**

Bereits im November 2016 hat die KOKES ein Merkblatt und Empfehlungen mit dem Titel «Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Artikel 420 ZGB» verabschiedet.<sup>115</sup> Gestützt auf *good practice*-Beispiele von KESB aus verschiedenen Landesteilen sowie unter Beachtung der gesetzlichen Grundlagen und aktueller Gerichtsurteile hat die KOKES in Zusammenarbeit mit verschiedenen Interessenverbänden (insieme, Pro Infirmis, procap, Alzheimervereinigung) Kriterien erarbeitet, die als schweizweite Standards gelten sollen. Darin werden zuerst die Grundsätze dargestellt, die bei der Bestellung von Angehörigen als Beistände zu beachten sind, so namentlich die Familiensolidarität und die Subsidiarität der behördlichen Massnahmen. Anschliessend wird das Verfahren dargestellt, das zu durchlaufen ist, bis es zu einer behördlichen Massnahme kommt. Schliesslich wird eine Reihe von Empfehlungen gemacht, mit denen die Praxis vereinheitlicht und die bestehenden Probleme beseitigt werden sollen. Sowohl die Befreiung von den Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als auch die in Frage kommenden konkreten Erleichterungen werden im Merkblatt ausführlich behandelt und es gilt folgende Empfehlung: «Für Angehörige sind – sofern sie das wollen und einfache Verhältnisse vorliegen – im Regelfall Erleichterungen vorzusehen. Ausschlaggebend bei der Frage, ob und von welchen Pflichten entbunden resp. Erleichterungen gewährt werden können, ist das Interesse der verbeiständeten Person.»<sup>116</sup>

## **Bericht des Bundesrates vom 29. März 2017**

Auch der Bundesrat hat sich in seinem Bericht vom 29. März 2017 (vgl. dazu vorne Ziff. 1.3) zur Thematik der Entbindung nahestehender Personen von gewissen Pflich-

<sup>115</sup> [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Empfehlungen.

<sup>116</sup> KOKES- Merkblatt und Empfehlungen «Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Artikel 420 ZGB», Ziff. 3.1, S. 5.

ten geäußert<sup>117</sup> und insbesondere auf die Dokumente der KOKES hingewiesen. Auch wenn es sich dabei lediglich um Empfehlungen handelt, die für die einzelnen KESB formell nicht verbindlich sind, ist der Bundesrat davon ausgegangen, dass diese Vorgaben der KOKES einen grossen Einfluss auf die Praxis haben würden und dass damit ein allgemein anerkannter Konsens gefunden werden könnte, wie Artikel 420 ZGB in Zukunft angewandt werden sollte.<sup>118</sup>

### **Anpassung von Artikel 420 ZGB**

Obwohl sich die Situation seit der Zeit der Einreichung der parlamentarischen Initiativen und dem Bundesratsbericht verbessert hat und die Erhebung von Ecoplan zeigte, dass über 90% der KESB angeben, die KOKES-Empfehlungen anzuwenden respektive eher anzuwenden, bleibt diese Thematik von Interesse. Aus der Untersuchung hat sich ergeben, dass die Angehörigen am häufigsten Erleichterungen in der Rechnungs- und Berichtsablage wünschen. Die Resultate deuten darauf hin, dass die KESB diese auch gewähren, wobei kleinere Erleichterungen wie reduzierte Berichtsablage häufiger gewährt werden als umfassendere Erleichterungen oder Entbindungen (vgl. dazu vorne Ziff. 1.5.2). Die in den parlamentarischen Initiativen geltend gemachten Anliegen sind daher nach Ansicht des Bundesrates nach wie vor berechtigt und rechtfertigen die Anpassung von Artikel 420 ZGB.

Die Möglichkeit zur Gewährung von Erleichterungen für Beiständinnen und Beistände gemäss Artikel 420 ZGB soll daher zukünftig bei allen Beistandschaften zur Anwendung kommen, wenn die Beiständin bzw. der Beistand eine nahestehende Person im Sinne der neuen Bestimmung von Artikel 389a VE-ZGB ist. Dabei kann es aber nicht (mehr) um eine gänzliche «Entbindung» gehen, welche dazu führen würde, dass die Behörde trotz weiterbestehender Haftung (vgl. Art. 454 ZGB) praktisch keine Kontrolle über die Mandatsführung mehr hätte. Zwar kann in einigen Fällen eine Erleichterung der Pflichten durchaus den Interessen der betroffenen Person entsprechen, aber in anderen Situationen kann dies insbesondere im Hinblick auf die Gewaltprävention kontraproduktiv sein. Die Forschung zeigt, dass finanzielle Missbräuche gegenüber älteren Personen häufig von Angehörigen ausgehen.<sup>119</sup> Eine umfassende Entbindung von der Rechenschaftspflicht gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde – wie sie im geltenden Artikel 420 ZGB noch vorgesehen ist<sup>120</sup> – würde zudem dem am

<sup>117</sup> Bericht BR Erste Erfahrungen KESR, Ziff. 5.5, S. 63 ff.

<sup>118</sup> Bericht BR Erste Erfahrungen KESR, Ziff. 5.5.5, S. 68.

<sup>119</sup> Bericht BR Gewalt im Alter, S. 18 m.w.H.

<sup>120</sup> Gemäss der Studie Ecoplan wird aber die vollständige Entbindung von der Rechnungsablage und der Inventarpflicht selten beantragt. Am häufigsten werden reduzierte Rechnungs- und Berichtsablagen gewünscht. Generell wünschen aber die Angehörigen eher selten bis allenfalls gelegentlich Erleichterungen (Ziff. 7.1, S. 26 f.).

15. Mai 2014 in Kraft getretenen Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006<sup>121</sup> widersprechen.<sup>122</sup>

Eine Entbindung kann somit höchstens für einzelne – im Einzelfall zu bestimmende – zustimmungsbedürftige Geschäfte nach Artikel 416 ZGB in Frage kommen, «wenn die Umstände es rechtfertigen». Im Übrigen können nur Erleichterungen gewährt werden. Auch diese aber nur, wenn die nahestehende Person sie wünscht und «wenn die Umstände es rechtfertigen». Die KESB kann im Einzelfall zum Beispiel die Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflicht an die Fähigkeiten der Beistandin bzw. des Beistands anpassen und in diesem Sinne «erleichtern», vor allem wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse einfach und überschaubar sind.

Hingegen erachtet es der Bundesrat nicht als sinnvoll, unterschiedliche Kategorien von Personen zu schaffen, die in Bezug auf allfällige Erleichterungen privilegierter behandelt würden (z.B. Ehegatten und Eltern) als andere (z.B. Geschwister, faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner, etc.).<sup>123</sup> Nicht die Nähe des Verwandtschaftsgrades ist in Bezug auf allfällige Erleichterungen entscheidend, sondern die konkrete persönliche Eignung für das Mandat sowie die Gewähr für die Wahrung der Interessen der betroffenen Person. In jedem Fall entbindet die Erleichterung einer nahestehenden Person von bestimmten Pflichten die KESB nicht von ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht über die Mandatsträger. Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit und die direkte Staatshaftung gelten auch für die privaten Beistände, nicht nur für Berufsbeistände.

## 2.4.3 Stärkung der Verfahrensstellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

### 2.4.3.1 Ausgangslage

Nahestehende Personen haben im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bestimmte eigene (Verfahrens-)Rechte. So haben sie insbesondere das gesetzliche Recht, Anträge zu stellen: Das Gesetz sieht an verschiedenen Stellen ein *formelles Antragsrecht* nahestehender Personen vor (bspw. in den Art. 368 Abs. 1, 376 Abs. 2, 381 Abs. 3, 390 Abs. 3, 399 Abs. 2 und Art. 423 Abs. 2 ZGB).<sup>124</sup> Wenn in diesem Rahmen ein Antrag gestellt wird, kommt der antragstellenden Person auch *Parteistellung* zu. Ein Antrag auf Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Artikel 390 Absatz 3 ZGB führt daher zu einer Verfahrensbeteiligung; eine Gefährdungsmeldung gemäss Artikel

<sup>121</sup> Behindertenrechtskonvention (UNO-BRK), SR 0.109.

<sup>122</sup> «Die Vertragsstaaten [sicher]stellen [...], dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Massnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Massnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, [...] und dass sie einer regelmässigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen.» (Art. 12 Ziff. 4).

<sup>123</sup> Vgl. dazu bereits Bericht BR Erste Erfahrungen KESR, Ziff. 5.5.1.2.

<sup>124</sup> Vgl. dazu die Übersicht im Gutachten Fankhauser, Anhang I.

443 Absatz 1 ZGB hingegen nicht, auch wenn die Errichtung der Beistandschaft die Folge der Meldung ist.<sup>125</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts entsteht aus dem allgemeinen Recht zur Erstattung einer Gefährdungsmeldung an die KESB keine formelle Verfahrensposition: Die meldende Person hat – auch wenn sie eine nahstehende Person ist – kein Recht auf Mitteilung über die Eröffnung eines Verfahrens, auf Teilnahme am Verfahren oder auf Eröffnung eines materiellen Entscheides.<sup>126</sup> Diese Unterscheidung ist insbesondere von Bedeutung, weil mit der formellen Parteistellung ein *umfassendes Akteneinsichtsrecht* (Art. 449b ZGB) verbunden ist, das unter Umständen auch höchstpersönliche Informationen der betroffenen Personen (Krankenakten, Information zu den Vermögensverhältnissen) umfassen kann.

Das geltende Recht gibt den nahestehenden Personen zudem *keinen eigenständigen Anspruch, bei der Sachverhaltsermittlung* durch die Behörden beigezogen zu werden, was teilweise zum Vorwurf geführt hat, dass die KESB den Sachverhalt nur unzureichend abkläre und dadurch Artikel 446 Absatz 1 ZGB verletze, wenn sie zum Beispiel auf die Anhörung nahestehender Personen vor der Anordnung einer Massnahme verzichtet hat. Das Gesetz sieht auch kein Recht auf einen Antrag zum Einbezug im Verfahren vor, mit dem eine formelle Parteistellung begründet werden könnte.

Die dargestellte Rechtslage ergibt sich unmittelbar aus dem Bundesrecht; dies, obwohl das Verfahren grundsätzlich durch das kantonale Recht vorgegeben wird (Art. 450f ZGB). Den Kantonen steht es allerdings frei, Drittpersonen zusätzliche Verfahrensrechte einzuräumen, die über die bundesrechtlichen Vorgaben hinausgehen.

### 2.4.3.2 Nahestehende Personen als verfahrensbeteiligte Personen

Die geltende Unterscheidung zwischen Antrag und Gefährdungsmeldung und zwischen den damit zusammenhängenden unterschiedlichen Auswirkungen auf die Verfahrensposition von nahestehenden Personen ist unbefriedigend. Es ist namentlich oft zufällig, ob eine Eingabe als formeller Antrag auf Errichtung einer Beistandschaft oder lediglich als Meldung an die KESB ausgestaltet ist, und die nahestehende Person ist sich meistens nicht bewusst, dass abhängig von der konkreten Formulierung der Eingabe die Auswirkungen in Bezug auf die Verfahrensposition sehr unterschiedlich sein können.<sup>127</sup> Nach Ansicht des Bundesrates besteht *kein Grund, die nahestehenden Personen je nach Art und Qualifikation ihrer Eingabe unterschiedlich zu behandeln*.

Nahestehenden Personen von Gesetzes wegen stets Parteistellung einzuräumen, wenn sie eine Eingabe bei der KESB machen, würde der Situation aber nicht gerecht: Aus einer solchen Erweiterung der Parteistellung würde sich insbesondere ein erhöhtes Missbrauchspotenzial ergeben, da die Parteistellung auch das Akteneinsichtsrecht umfasst (Art. 449b Abs. 1 ZGB).<sup>128</sup> Daher ist jedes Risiko zu vermeiden, dass ver-

<sup>125</sup> Gutachten Fankhauser, Rz. 22.

<sup>126</sup> BGer 5A\_750/2018 vom 18. September 2018, E. 5

<sup>127</sup> Zu den unterschiedlichen Folgen eines Antrags und einer Gefährdungsmeldung siehe Gutachten Fankhauser, Rz. 22 und 31.

<sup>128</sup> Gutachten Fankhauser, Rz. 31.

meintlich nahestehende Personen Parteistellung – und damit grundsätzlich auch das umfassende Akteneinsicht – erlangen, nur um ihre eigenen Interessen wahrzunehmen. Der Zugang zu sensiblen Informationen betreffend die Gesundheit und die Vermögenssituation (Geschäfts-, Bank-, und Berufsgeheimnisse) der betroffenen Person soll so wenig wie möglich erweitert werden.

*Nicht die Form der Eingabe, sondern die Haltung der nahestehenden Person im Verfahren und gegenüber der hilfsbedürftigen Person soll zukünftig für ihre Verfahrensbeteiligung ausschlaggebend sein.* Daher schlägt der Bundesrat zwei Neuerungen vor:

- Zur Klarstellung soll im Rahmen dieser Revision die *Unterscheidung zwischen Antrag und Meldung aufgehoben* werden, wenn es um das Einschreiten der KESB bei einer Gefährdung der hilfsbedürftigen Person geht. Die betroffenen Bestimmungen werden entsprechend angepasst, und «Antrag» wird durch «Meldung» ersetzt (vgl. Art. 368 Abs. 1, Art. 376 Abs. 1, Art. 390 Abs. 3 und Art. 381 Abs. 3 VE-ZGB).
- Zur Klarstellung der Beteiligung der nahestehenden Person und ihrer Position im Verfahren soll in Zukunft die KESB über die Art der Verfahrensbeteiligung entscheiden. Aus der Erstattung einer Meldung an die KESB ergibt sich keine automatische Verfahrensbeteiligung der nahestehenden Person. Und der Umstand allein, dass eine Person im Verfahren zur Stellungnahme eingeladen bzw. persönlich angehört oder dass ihr der Entscheid eröffnet wurde, macht diese nicht zur «am Verfahren beteiligten Person»<sup>129</sup>. Der Entscheid über die Verfahrensbeteiligung nahestehender Personen soll daher der KESB obliegen (vgl. Art. 446a Ziff. 2 VE-ZGB). Damit wird die Rolle der nahestehenden Person im Verfahren für alle klar, sowohl für die Familienangehörigen der betroffenen Person als auch im Hinblick auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren (vgl. Art. 450 ZGB).

### 2.4.3.3 Einbezug nahestehender Personen bei der Sachverhaltsermittlung

Neben der Möglichkeit, dass nahestehende Personen als Partei an einem Verfahren beteiligt sind, können diese insbesondere auch bei der Sachverhaltsermittlung beteiligt sein bzw. werden. Die KESB hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Art. 446 Abs. 1 ZGB): Es sind deshalb alle Tatsachen festzustellen, die für den zu treffenden Entscheid von Bedeutung sein könnten.<sup>130</sup> Wie im Gutachten Fankhauser festgehalten, besteht damit bereits «eine ausreichende Grundlage für einen Einbezug nahestehender Personen in der Sachverhaltsermittlung».<sup>131</sup> Aus der Erhebung von Ecoplan hat sich ausserdem ergeben, dass die KESB die Angehörigen nach Möglichkeit in die Sachverhaltsabklärungen einbeziehen – wenn auch in unterschiedlicher Intensität (vgl. dazu vorne Ziff. 1.5.1 und 1.5.2).

<sup>129</sup> Vgl. BGer 5A\_165/2019 vom 16. August 2019, E. 3.2

<sup>130</sup> Vgl. dazu im Einzelnen Gutachten Fankhauser, Rz. 13.

<sup>131</sup> Gutachten Fankhauser, Rz. 19.

Um die Bedeutung der nahestehenden Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht hervorzuheben, ist nach Ansicht des Bundesrats aber die Einführung einer ausdrücklichen Bestimmung angezeigt. Das Gesetz soll daher ausdrücklich festhalten, dass *die KESB nahestehende Personen in die Sachverhaltsermittlung einbeziehen*, soweit im Einzelfall keine Gründe dagegensprechen (Art. 446 Abs. 2<sup>bis</sup> VE-ZGB). Dabei handelt es sich vor allem um die nahestehenden Personen, die sich spontan bei der KESB gemeldet haben oder Personen, die von der betroffenen Person selber als nahestehend bezeichnet werden. Ist dies nicht der Fall, so hat die KESB ihrerseits abzuklären, ob nahestehende Personen vorhanden sind. Die Erwachsenenschutzbehörde ist umgekehrt aber nicht verpflichtet, alle bekannten und weitere potenziell nahestehende Personen zwingend in das Verfahren einzubeziehen, wenn sie zum Schluss kommt, dass sie den Sachverhalt vollständig abgeklärt hat. Der Einbezug nahestehender Personen sollte zudem unterbleiben, wenn dies dem Willen, der erkennbaren Äusserung oder dem Wohl der betroffenen Person widerspricht oder auch wenn dies zu einer unangemessenen Verfahrensverzögerung oder unverhältnismässigen Kosten führen würde. Gemäss der Studie von Ecomplan sind genau dies die Gründe, die gegen den Einbezug bei der Sachverhaltsermittlung sprechen: Konflikte innerhalb der Familie, die Ablehnung der vorgeschlagenen Personen durch die betroffene Person, Interessenskonflikte oder örtliche Distanz (vgl. dazu Ziff. 1.5.2).

Verzichtet die KESB darauf, bestimmte bekannte nahestehende Personen ins Verfahren einzubeziehen, erscheint es angebracht, dies im Entscheid über die getroffene Massnahme kurz zu begründen. Wurde eine nahestehende Person im Verfahren nicht einbezogen, kann sie allenfalls im Rahmen einer Beschwerde nach Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 ZGB geltend machen, dass sie im Interesse der betroffenen Person ins Verfahren hätte einbezogen werden müssen. Dabei muss sie aber darlegen, inwieweit ihr Einbezug Auswirkungen auf den Entscheid gehabt hätte, welche im Interesse der betroffenen Person gewesen wären.<sup>132</sup>

#### **2.4.3.4                   Beschwerdelegitimation in Verfahren vor dem Bundesgericht**

Vor den kantonalen Behörden ist die Beschwerdelegitimation nach geltendem Recht grundsätzlich sehr weit gefasst (Art. 450 Abs. 2 ZGB): Legitimiert sind vorab die am Verfahren beteiligten Personen, das heisst in erster Linie die natürlichen Personen, die von der behördlichen Massnahme als Hilfsbedürftige oder Schutzbefohlene unmittelbar berührt sind. Dazu zählen im Kindesschutzverfahren neben dem Kind selbst in aller Regel auch die Eltern. Soweit die Handlungen oder Unterlassungen einer Beistandin oder eines Beistands zum Gegenstand des Verfahrens geworden sind, gilt diese Person als beteiligte Person.<sup>133</sup> Neben den direkt betroffenen Personen können auch weitere Personen im Sinne von Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 1 ZGB am Verfahren beteiligt sein, «soweit sie sich im erstinstanzlichen Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde tatsächlich beteiligt haben, von Amtes wegen beteiligt wurden oder ihnen mindestens der Entscheid der Behörde zugestellt wurde. Allein der

<sup>132</sup> Vgl. Gutachten Fankhauser, Rz. 25.

<sup>133</sup> Vgl. DELL'ORO/DE LUZE, Ziff. 2.2 und 2.3 m.w.H.

Umstand, dass eine Person im erstinstanzlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen oder dass ihr der Entscheid eröffnet wurde, verschafft ihr jedoch nicht ohne Weiteres auch die Befugnis zur Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde.»<sup>134</sup> Die Revision wird hier aber Klarheit bringen, da die KESB über die Parteistellung einen Zwischenentscheid treffen wird (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.2). Darüber hinaus werden aber auch nahestehende Personen, die nicht als verfahrensbeteiligt gelten, den Entscheid der KESB gestützt auf Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 ZGB weiterhin anfechten können, soweit sie die Interessen der betroffenen Person und nicht Eigeninteressen geltend machen.<sup>135</sup>

Vor dem Bundesgericht sieht hingegen Artikel 76 Absatz 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG)<sup>136</sup> eine engere Legitimation vor. Dies führt dazu, dass nach geltendem Recht nahestehende Personen im Regelfall von einem Weiterzug ans Bundesgericht ausgeschlossen sind.<sup>137</sup> Nach Artikel 76 Absatz 1 BGG ist namentlich zur Beschwerde in Zivilsachen berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a) *und* durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. b). Der Umstand allein, dass eine nahestehende Person am kantonalen Verfahren als Partei aufgetreten ist, verschafft ihr somit noch kein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung. Hierzu ist vielmehr notwendig, dass die nahestehende Person durch den angefochtenen Entscheid «besonders berührt ist und einen praktischen Nutzen an der Gutheissung der Beschwerde hat, der es ihr ermöglicht, einen mit dem angefochtenen Entscheid verbundenen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur zu vermeiden. [Das verfolgte Interesse muss daher ihr eigenes sein.] Mit der Beschwerde in Zivilsachen können nicht die Interessen Dritter geltend gemacht werden.»<sup>138</sup>

Diese unterschiedliche Regelung wurde kritisiert: Der Instanzenzug bis zum Bundesgericht sollte analog Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 ZGB auch für nahestehende Personen, welche die Betroffeneninteressen verfolgen, offenstehen.<sup>139</sup> Im Rahmen der mit dieser Revision beabsichtigten Stärkung der Verfahrensstellung von nahestehenden Personen schlägt der Bundesrat daher die Schaffung einer ausdrücklichen Regelung im BGG vor, welche für das Beschwerderecht gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde auf Artikel 450 Absatz 2 ZGB verweist (Art. 76 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-BGG). Damit wird die Beschwerdelegitimation in Verfahren vor dem Bundesgericht an das Verfahren vor den kantonalen Behörden angeglichen und erweitert.

<sup>134</sup> Vgl. BGer 5A\_979/2013 vom 28 März 2014, E. 6

<sup>135</sup> Vgl. Gutachten Fankhauser, Rz. 25.

<sup>136</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, SR **173.110**.

<sup>137</sup> Gutachten Fankhauser, Rz. 28.

<sup>138</sup> BGer 5A\_111/2021 vom 9. Juni 2021, E. 2.2 m.w.H.

<sup>139</sup> Gutachten Fankhauser, Rz. 31 m.w.H.; DELL'ORO/DE LUZE, Ziff. 5.2 S. 817–820 m.w.H. und Ziff. 7 S. 824.

## 2.5 Gesetzliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit von KESB und Gericht im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung

### 2.5.1 Ausgangslage

Im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung (FU) wird eine Person, die an einer psychischen Störung oder geistigen Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, in einer geeigneten Einrichtung untergebracht, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann (Art. 426 Abs. 1 ZGB). Für die Anordnung der Unterbringung ist entweder die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 428 ZGB) oder ein Arzt (Art. 429 ZGB) zuständig, in der Regel am Wohnsitz der betroffenen Person (Art. 442 Abs. 1 ZGB). Ist aber Gefahr in Verzug, so ist auch die Behörde am Ort zuständig, wo sich die betroffene Person aufhält (Art. 442 Abs. 2 ZGB).

Wenn im Wohnsitzkanton der betroffenen Person keine entsprechende geeignete Einrichtung vorhanden ist oder aber keine Aufnahmekapazität besteht, kommt es in diesen Fällen, namentlich in Notfallsituationen, häufig zu *interkantonalen Konstellationen*, indem der Wohnsitz der betroffenen Person, der Sitz der anordnenden Behörde und die geeignete Einrichtung nicht im gleichen Kanton liegen. Dies kann insbesondere bei der Ergreifung des Rechtmittels der gerichtlichen Beurteilung gemäss Artikel 439 ZGB bzw. bei der periodischen Überprüfung nach Artikel 431 ZGB zu positiven, in erster Linie jedoch negativen Kompetenzkonflikten führen. Diese können zu einer Beschränkung oder gar einem Verlust des Rechtsschutzes führen, weil keine Behörde und kein Gericht sich für örtlich zuständig hält. Das ZGB enthält keine Bestimmung zur örtlichen Zuständigkeit der gerichtlichen Instanz, insbesondere mit Blick auf die interkantonalen Zuständigkeiten. Aber auch die örtliche Zuständigkeit der KESB stösst vereinzelt auf Kritik, besonders dann, wenn die Einrichtung in einem anderen Kanton liegt und eine periodische Überprüfung durchgeführt werden muss.

Vor diesem Hintergrund verlangt die Motion 19.4586 Reimann die Regelung der örtlichen Zuständigkeit insbesondere bei Beschwerden betreffend die fürsorgerische Unterbringung (vgl. dazu vorne Ziff. 1.4.2.4).

### 2.5.2 Örtliche Zuständigkeit für die gerichtliche Beurteilung nach Artikel 439 ZGB

Die Zuständigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz bei der Anfechtung des FU-Entscheidung richtet sich danach, welche Behörde gehandelt hat. Wurde die fürsorgerische Unterbringung von der *Erwachsenenschutzbehörde* (Art. 428 ZGB) am Aufenthaltsort angeordnet, ist die Zuständigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz am Entscheidort begründet.<sup>140</sup> Wurde die *fürsorgerische Unterbringung ärztlich angeordnet* (Art. 429 ZGB), kann gemäss Artikel 439 Absatz 1 Ziffer 1 ZGB das zuständige Gericht angerufen werden, wobei die Regelung der sachlichen Zuständigkeit den

<sup>140</sup> BGE 146 III 377 E. 4.3

Kantonen überlassen wird.<sup>141</sup> Das Gericht kann gestützt auf Artikel 439 Absatz 1 ZGB aber auch in anderen Fällen angerufen werden, namentlich bei Zurückbehaltung durch die Einrichtung (Ziff. 2), bei Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung (Ziff. 3), bei Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung (Ziff. 4) und bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Ziff. 5).

Das geltende Recht enthält weder Angaben zur örtlichen Zuständigkeit der für die Fälle von Artikel 439 Absatz 1 ZGB gerichtlichen Beschwerdeinstanz noch Kollisionsregeln im Falle von interkantonalen Zuständigkeitskonflikten. Gemäss Botschaft KESR soll in den Fällen von Artikel 439 Absatz 1 Ziffern 2–5 ZGB das Gericht am Ort der Einrichtung zuständig sein.<sup>142</sup> Zu Ziffer 1 (gerichtliche Beurteilung einer ärztlich angeordneten FU) macht die Botschaft hingegen keine Angaben. In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht jedoch entschieden, dass für die Beurteilung der Beschwerde gegen die ärztlich angeordnete fürsorgerische Unterbringung interkantonal das *Gericht am Ort zuständig ist, wo die Unterbringung angeordnet wurde*, und zwar *unabhängig vom Ort, an dem die FU vollzogen wird* (Ort der Einrichtung) oder die betroffene Person ihren Wohnsitz hat.<sup>143</sup> Das Bundesgericht hat die Zuständigkeit am Ort der Einrichtung verneint, da die Anordnung einer FU und die Entlassung aus einer FU einander nicht gleichgestellt werden können.<sup>144</sup> Die Zuständigkeit am Ort des Wohnsitzes bzw. des Aufenthalts der betroffenen Person wurde ebenfalls abgelehnt.<sup>145</sup>

Entsprechend soll diese überzeugende Rechtsprechung im Vorentwurf zum Zweck der Rechtssicherheit kodifiziert werden. Dabei wird auch klargestellt, dass die örtliche Zuständigkeit für die gerichtliche Beurteilung der Fälle von Artikel 439 Absatz 1 Ziffer 2–5 ZGB am Ort der Einrichtung ist (vgl. Art. 439 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-ZGB). Dies entspricht der Regelung von Artikel 429 Absatz 3 ZGB, wonach die Einrichtung über die Entlassung aus der ärztlich angeordneten fürsorgerischen Unterbringung entscheidet, und von Artikel 385 Absatz 1 ZGB, wonach die betroffene oder eine ihr nahestehende Person gegen eine Massnahme zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit jederzeit schriftlich die Erwachsenenschutzbehörde am Sitz der Einrichtung anrufen kann. Damit wird die Motion 19.4586 Reimann umgesetzt.

<sup>141</sup> Handelt es sich bei der KESB um ein Gericht, kann der Kanton diese für die Beurteilung nach Art. 439 als zuständig erklären (Vgl. dazu BSK-ZGB I, GEISER/ETZENBERGER, Art. 439, N. 28 f.). Es besteht somit ein anderer Rechtsweg als gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde, das Verfahren richtet sich aber sinngemäss nach den Art. 450 ff. ZGB (Art. 439 Abs. 3 ZGB).

<sup>142</sup> Botschaft KESR, BBl **2006** 7072.

<sup>143</sup> BGE **146** III 377 E. 3–6

<sup>144</sup> BGE **146** III 377, E. 6.2: «Insbesondere die Beurteilungsgrundlagen sind im Zeitpunkt der ärztlichen Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung wesentlich andere als im Zeitpunkt, wo während des Aufenthalts in der Einrichtung über Massnahmen oder über die Entlassung zu entscheiden ist.»

<sup>145</sup> BGE **146** III 377, E. 6.3.2: «Der Vorrang der Erwachsenenschutzbehörde gegenüber der vom kantonalen Recht bezeichneten Arztperson ist, was die Anordnung der fürsorgerischen Unterbringung angeht, entfallen. Insoweit rechtfertigt es sich auch nicht mehr, die interkantonale Zuständigkeit für die gerichtliche Beurteilung der fürsorgerischen Unterbringung ausschliesslich an den Wohnsitz der betroffenen Person zu knüpfen.»

### 2.5.3 Örtliche Zuständigkeit der KESB für die periodische Überprüfung nach Artikel 431 ZGB

In den Fällen, bei denen ein Unterbringungsentscheid der KESB vorliegt, sowie in den Fällen, bei denen die KESB eine ärztlich angeordnete Unterbringung bestätigt hat (vgl. Art. 429 Abs. 2 ZGB), ist eine periodische Überprüfung durch die KESB vorgesehen, ob die Voraussetzungen noch erfüllt und ob die Einrichtung weiterhin geeignet ist (vgl. Art. 431 Abs. 1 ZGB).

Wie bei der gerichtlichen Beurteilung gemäss Artikel 439 ZGB ist im geltenden Recht nicht klar geregelt, *welche KESB für diese periodische Überprüfung örtlich zuständig ist*. Die Botschaft KESR hat sich zu dieser Frage nicht geäussert. In der Lehre geht man von der örtlichen Zuständigkeit der KESB am Wohnsitz der von einer FU betroffenen Person aus, die in der Regel auch den Unterbringungsentscheid getroffen hat.<sup>146</sup>

Im Rahmen dieser Revision soll auch diese Unklarheit beseitigt und für die Zukunft im Gesetz geregelt werden: Die örtliche Zuständigkeit der KESB, die den Unterbringungsentscheid gefällt hat, für die periodische Überprüfung soll neu in Artikel 431 Absatz 1 VE-ZGB festgelegt werden, sofern das Verfahren nicht von einer anderen Behörde übernommen worden ist (vgl. Art. 431 Abs. 3 VE-ZGB).

## 2.6 Melderechte und Meldepflichten im Erwachsenenschutz

### 2.6.1 Ausgangslage

Die Regelung der Melderechte und -pflichten im Erwachsenenschutz betrifft keineswegs nur, aber ganz besonders ältere Personen. Aus dem Bericht vom 18. September 2020 «Gewalt im Alter verhindern» ergibt sich, dass das Phänomen der Gewalt im Alter noch wenig bekannt und der Umfang dieses Problems schwierig zu ermitteln ist. In der Schweiz sollen demnach jährlich 300'000 bis 500'000 über 60-Jährige von einer Form von Misshandlung betroffen sein. Die Gründe, weshalb ältere Menschen von Gewalt und Vernachlässigung betroffen sein können, sind aber bekannt: Die Opfer sind abhängig, hilfsbedürftig sowie häufig schwach oder isoliert, und Fachkräfte und betreuende Angehörige sind mit der Pflege allenfalls überlastet.<sup>147</sup>

Als Hauptreferenz für die Prävention kann die Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) dienen, welche *elder abuse* und Misshandlung zu Synonymen macht<sup>148</sup> und eine Vielzahl von Handlungen, Verhaltensweisen, absichtlichen oder unabsichtlichen Unterlassungen abdeckt: Missbrauch auf physischer, sexueller, psychologi-

<sup>146</sup> BSK ZGB I-ETZENSBERGER/GEISER, Art. 431 N. 7, MEIER, Rz. 1265 und Fn 2331 m.w.H.

<sup>147</sup> Bericht BR Gewalt im Alter, Zusammenfassung.

<sup>148</sup> Definition der WHO in der Toronto Declaration on the Global Prevention of Elder Abuse (2002), zitiert im Bericht BR Gewalt im Alter, S. 6: «Die Misshandlung älterer Menschen ist eine einzelne oder wiederholte Handlung oder das Unterlassen einer angemessenen Handlung, die in einer auf Vertrauen basierenden Beziehung vorkommt und die einem älteren Menschen körperliche oder seelische Schäden zufügt».

scher, emotionaler, wirtschaftlicher und materieller Ebene, Verwahrlosung, Vernachlässigung, Verletzungen von Würde und Respekt.<sup>149</sup>

Zur Bekämpfung dieses Problems wurden im erwähnten Bericht verschiedene Massnahmen der sogenannten Primär- und Sekundärprävention dargelegt. Die Primärprävention besteht aus Aus- und Weiterbildung sowie Sensibilisierung und Information der betroffenen Fachgruppen (z.B. Pflegepersonal in Alterseinrichtungen), aber auch der pflegenden Angehörigen und pflegebedürftigen Personen.<sup>150</sup> Die Massnahmen der Primärprävention sollen zu einer besseren Erkennung von Gewalt und Vernachlässigung (Sekundärprävention) führen, sodass eine frühzeitige Intervention möglich ist.<sup>151</sup> Meldungen an die Erwachsenenschutzbehörde gehören zur Sekundärprävention. In der Praxis besteht aber offenbar Zurückhaltung, Misshandlungsfälle zu melden.<sup>152</sup>

Der Bundesrat ist in seinem Bericht daher zum Schluss gekommen, dass eine verbesserte Prävention und Bekämpfung der Gewalt und Vernachlässigung im Alter eine Zusammenführung der zuständigen Akteure bedingt. Weil die wichtigsten Bereiche wie die stationäre Pflege, die Alters- und Pflegeheime sowie die Spitex-Dienste in die Zuständigkeit der Kantone fallen, hat der Bundesrat das EDI beauftragt, sich mit den Kantonen abzustimmen und zu prüfen, ob ein gezieltes Impulsprogramm notwendig ist.<sup>153</sup> Gleichzeitig hat sich der Bundesrat für den Zuständigkeitsbereich des Bundes bereit erklärt, «im Erwachsenenschutzrecht die Möglichkeit zu prüfen, die Meldepflicht auf weitere Personengruppen auszudehnen, die beruflich regelmässig Kontakt zu älteren Personen haben, analog wie beim Kinderschutz».<sup>154</sup>

## 2.6.2 Neuregelung der Melderechte und -pflichten

Im Rahmen der Vorarbeiten zu dieser Vorlage hat sich bestätigt, dass eine derartige Neuregelung sinnvoll ist: In einer Gesellschaft, die immer älter wird, steigt die Anzahl hilfsbedürftiger Personen und damit voraussichtlich auch der Gefährdungssituationen. Es ist daher wichtig, dass auch hier die Personengruppen, die regelmässig mit betagten Personen zu tun haben, vermehrt Verantwortung übernehmen, damit den betroffenen Personen, aber auch ihren Angehörigen die nötige Unterstützung gewährt werden kann. Primäres Ziel ist dabei nicht die Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme, sondern die Ermöglichung einer Abklärung der Situation durch die Erwachsenenschutzbehörde, damit die Interessen der hilfsbedürftigen Person gewährleistet werden können. Daraus kann unter Umständen eine willkommene Entlastung der nahestehenden Person resultieren.

<sup>149</sup> Bericht BR Gewalt im Alter, S. 6 f.

<sup>150</sup> Bericht BR Gewalt im Alter, S. 24–27.

<sup>151</sup> Bericht BR Gewalt im Alter, S. 27 f.

<sup>152</sup> Bericht BR Gewalt im Alter, S. 28.

<sup>153</sup> Der Bundesrat hat sich noch nicht zum Ergebnis der Abstimmung mit den Kantonen geäussert (Stand November 2022).

<sup>154</sup> Vgl. Bericht BR Gewalt im Alter, S. 34.

Die neuen Bestimmungen (vgl. Art. 443, 443a und 448 VE-ZGB) lehnen sich an die entsprechenden Regelungen im Kindesschutzrecht an, tragen aber gleichzeitig der besonderen Situation der hilfsbedürftigen erwachsenen Personen spezifisch Rechnung.

## 2.7 Von der vorliegenden Vorlage nicht behandelte Fragestellungen

Die folgenden Fragestellungen wurden explizit aus der Aufgabenstellung des vorliegenden Vorentwurfs ausgenommen.

- *Revisionsbedarf bei der Fürsorgerischen Unterbringung:* Am 15. Juni 2018 reichte Nationalrätin Yvette Estermann die beiden Motionen 18.3653 «Leichtfertige Zwangseinweisungen verhindern!» und 18.3654 «Leichtfertige Zwangseinweisungen massiv verhindern!» ein. In seiner Stellungnahme vom 29. August 2018 beantragte der Bundesrat zwar die Ablehnung der beiden Motionen, erkannte aber gleichzeitig auch die Notwendigkeit, das Institut der FU einer umfassenden Evaluation zu unterziehen. Die Arbeiten betreffend diese Evaluation sind noch am Laufen: Der Schlussbericht von socialdesign AG und der Forschungsgruppe «Mental Health Care and Service Research» wurde am 16. Dezember 2022 veröffentlicht.<sup>155</sup> Der Bundesrat wird seinen Bericht erst verfassen, nachdem auch die Resultate der Evaluation der FU für Minderjährige vorliegen werden.<sup>156</sup>
- *Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB:* Der Bundesrat hat in seinem Bericht vom 29. März 2017 (vgl. Ziff. 1.3) die Forderung nach einer Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB noch einmal aufgenommen. Nach erneuter Prüfung ist er aber zum Ergebnis gelangt, dass es heute keine Gründe gibt, auf den Entscheid des Gesetzgebers aus dem Jahr 2006, d.h. auf die Schaffung eines Bundesverfahrens zu verzichten, zurückzukommen.<sup>157</sup> Eine Vereinheitlichung des Verfahrens auf Stufe Bundesrecht steht damit heute nicht zur Diskussion. Davon zu unterscheiden sind die teilweise auch verfahrensrechtlichen Fragestellungen, die im Rahmen dieser Vorlage spezifisch (neu) geregelt werden sollen, wie die Verfahrensstellung nahestehender Personen (vgl. Ziff. 2.4.3) oder die örtliche Zuständigkeit im Bereich der Fürsorgerischen Unterbringung (vgl. Ziff. 2.5).
- *Abklärung des Revisionsbedarfs bei der Regelung über die Beistandschaft:* Der UN-Behindertenrechtsausschuss hat der Schweiz nach der Prüfung des Staatenberichts vom 14.–16. März 2022 in Genf seine Empfehlungen für die Umsetzung des UNO-BRK unterbreitet. Darunter befindet sich auch eine Empfehlung zur Umsetzung von Artikel 12 UNO-BRK (Gleiche Anerkennung vor dem Recht). Gemäss Ausschuss verbietet diese Bestimmung jegliche Inanspruchnahme von Formen des *substitute decision making* (d.h. Ver-

<sup>155</sup> Vgl. [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Publikationen & Service > Berichte, Gutachten und Verfügungen > Externe Berichte und Gutachten

<sup>156</sup> Vgl. Medienmitteilung «Fürsorgerische Unterbringung: Revision hat Ziele weitgehend erreicht» vom 16. Dezember 2022.

<sup>157</sup> Bericht BR Erste Erfahrungen KESR, Ziffer 4.2.4.

treutungsbeistandschaften mit oder ohne Einschränkung der Handlungs-fähigkeit) und gibt ein ausschliesslich auf *supported decision making* aufbauendes System vor, das den Willen und die Präferenzen sowie die individuellen Entscheidungen der Menschen mit Behinderungen respektiert. Das Eidgenössische Departement des Innern hat den Bundesrat am 4. Mai 2022 über die Empfehlungen des Ausschusses informiert. Diese werden voraussichtlich in die behindertenpolitischen Massnahmen des Bundesrats für die Jahre 2023–2026 einfließen.<sup>158</sup>

## 2.8 Umsetzungsfragen

Die Umsetzung der Bestimmungen zur Schaffung der neuen schweizweiten Statistiken zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wird durch Bund und Kantone gemeinsam erfolgen. Ansonsten obliegt die Umsetzung der neuen Bestimmungen grundsätzlich den Kantonen. Mit Bezug auf die Verpflichtung der Kantone, eine amtliche Hinterlegungsstelle für die Vorsorgeaufträge zu schaffen, kann auf die Ausführungen unter Ziff. 2.2 verwiesen werden.

Im Übrigen ergeben sich aus der vorliegenden Revision keine neuen grundlegenden Verpflichtungen zulasten der KESB, die irgendeine Umorganisation bedingen würden. Es ist davon auszugehen und wünschenswert, dass die KOKES in ihrer zentralen Rolle bei der praktischen Umsetzung und Anwendung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts weiterhin zur schweizweit möglichst einheitlichen Umsetzung und Harmonisierung der Praxis beitragen wird.

## 3 Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

### 3.1 Zivilgesetzbuch (ZGB)

#### *Art. 361 Randtitel*

Aufgrund des Vorschlags für eine gesetzliche Regelung der Aufbewahrung von Vorsorgeaufträgen in einem neuen Artikel 361a VE-ZGB (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2 sowie die Erläuterung zu dieser Bestimmung) ist der Randtitel zu Artikel 361 ZGB entsprechend mit «Aufbewahrung» zu ergänzen.

#### *Art. 361a Aufbewahrung*

Analog zu Artikel 504 und 505 ZGB für letztwillige Verfügungen soll in Zukunft jeder Kanton dafür sorgen, dass Vorsorgeaufträge einer Amtsstelle zur Aufbewahrung übergeben werden können. Bereits heute besteht in 14 Kantonen eine Stelle, bei der ein Vorsorgeauftrag hinterlegt werden kann (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2).

<sup>158</sup> Vgl. Medienmitteilung «Empfehlungen der UNO für die Umsetzung der Behindertenrechtskonvention» vom 4. Mai 2022.

Das kantonale Recht bestimmt, welches die geeignete Amtsstelle ist und ob es eine oder mehrere Amtsstellen geben kann. Dabei sollte die betroffene Person beachten, dass bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb desselben Kantons aber in das Zuständigkeitsgebiet einer anderen KESB der Vorsorgeauftrag ebenfalls am neuen Ort hinterlegt werden sollte. Nur so kann die KESB, die sich im Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit über das Bestehen eines Vorsorgeauftrags bei der Aufbewahrungsstelle erkundigen muss (vgl. Art. 363 Abs. 1 VE-ZGB), schnell zu dieser Information kommen. Daher wäre es umso zielführender, dass die Kantone eine einzelne amtliche Aufbewahrungsstelle pro Kanton bezeichnen. So könnte am einfachsten sichergestellt werden, dass im Wohnsitzkanton der urteilsunfähig gewordenen Person die aktuelle Fassung des Vorsorgeauftrags aufgefunden werden kann. Wurden im Laufe der Zeit bei der Amtsstelle mehrere Vorsorgeaufträge hinterlegt, so gilt der neueste (vgl. Art. 362 Abs. 3 ZGB).

Im Unterschied zu Artikel 504 ZGB werden die mit der öffentlichen Beurkundung betrauten Beamten nicht verpflichtet, den Vorsorgeauftrag selbst aufzubewahren oder einer Amtsstelle zur Aufbewahrung zu übergeben. Es wird auch keine Einlieferungspflicht vorgesehen. Im Sinne der Selbstbestimmung steht der Entscheid über die Hinterlegung und über den Hinterlegungsort allein der betroffenen Person zu, die auch für dessen Auffindbarkeit verantwortlich ist (vgl. dazu auch Ziff. 2.2.2). Nach der heutigen Praxis bereiten die meisten Urkundspersonen bzw. Notare ein Formular vor, damit nach Artikel 361 Absatz 3 ZGB der Eintrag in Infostar erfolgen kann. Im Rahmen ihrer Beratungsfunktion sollen sie künftig ebenfalls auf die Möglichkeit hinweisen, den Vorsorgeauftrag bei der vom kantonalen Recht bezeichneten Amtsstelle zu hinterlegen. Der Entscheid über die Hinterlegung bei der Amtsstelle ist aber der betroffenen Person überlassen.

#### *Art. 362 Randtitel*

Aufgrund der Einführung eines neuen Artikels 361a VE-ZGB mit einem eigenen Randtitel muss auch dieser Randtitel angepasst werden.

#### *Art. 363 Abs. 1*

Diese Bestimmung regelt die Erkundigungspflicht der KESB hinsichtlich der Vorsorgeaufträge. Die Regelung soll in folgenden Punkten angepasst werden:

- Zum einen soll die Erkundigungspflicht neu auch die vom Kanton bezeichnete Aufbewahrungsstelle am Wohnsitz der betroffenen Person gemäss Artikel 361a VE-ZGB umfassen. Zukünftig soll sich die KESB sowohl bei dieser Stelle als auch beim Zivilstandsamt (Infostar) sowie, wie heute, bei nahestehenden Personen nach einem Vorsorgeauftrag erkundigen, wenn eine Person urteilsunfähig geworden ist. So erhöhen sich die Chancen, einen Vorsorgeauftrag in seiner allenfalls aktuellsten Fassung zu finden und somit den Wünschen der betroffenen Person effektiv Rechnung zu tragen.
- Zum andern soll diese Erkundigung neu in jedem Fall erfolgen und nicht mehr nur bei Unkenntnis über das Vorliegen eines Vorsorgeauftrags: Die KESB soll sich stets erkundigen, selbst wenn ein formgültiger Vorsorgeauftrag be-

reits vorliegt (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.3). Die entsprechende Einschränkung im geltenden Recht soll daher gestrichen werden.

Die im geltenden Recht vorgesehene zwingende Validierung von Vorsorgeaufträgen soll unverändert beibehalten werden (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.4).

#### *Art. 368 Abs. 1*

Mit der vorgeschlagenen Neuformulierung soll die gemäss geltendem Recht teilweise zufällige Ungleichbehandlung von nahestehenden Personen in Abhängigkeit davon, ob sie einen Antrag auf Errichtung einer Beistandschaft oder eine Gefährdungsmeldung eingereicht haben, beseitigt werden. Die neue Formulierung beinhaltet beide Situationen (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.2).

#### *Titel des ersten Unterabschnitts vor Art. 374 ZGB*

Da neu das gesetzliche Vertretungsrecht auch den faktischen Lebenspartnerinnen oder Lebenspartnern zustehen soll (vgl. dazu Art. 374 VE-ZGB), muss der Titel angepasst werden: Die Liste aller gesetzlichen Vertreter wird durch die Überschrift «gesetzliches Vertretungsrecht» ersetzt.

#### *Art. 374*

Die Bestimmung wird integral wiedergegeben, da nur Absatz 2 Ziffer 1 unverändert bleibt und im Übrigen der gesamte Artikel geändert werden soll.

Der Anwendungsbereich von Artikel 374 wird in zweierlei Hinsicht ausgedehnt: in personeller Hinsicht bezüglich der Personen mit gesetzlichem Vertretungsrecht (*Abs. 1*) und in materieller Hinsicht bezüglich des Umfangs des Vertretungsrechts (*Abs. 2*).

*Abs. 1:* Das gesetzliche Vertretungsrecht nach Artikel 374 ZGB wird zukünftig auf die faktischen Lebenspartnerinnen und Lebenspartner ausgedehnt (vgl. vorne Ziff. 2.3.2). Aus heutiger Sicht besteht kein Grund, die faktische Lebensgemeinschaft hier anders als die Ehe und die eingetragene Partnerschaft zu behandeln, zumal die faktischen Lebenspartnerinnen und Lebenspartner im medizinischen Bereich bereits heute vertretungsberechtigt sind (Art. 378 ZGB).

Auf eine Definition der faktischen Lebensgemeinschaft sowie auf die Festlegung einer minimalen Dauer des gemeinsamen Haushalts (für alle Beziehungsformen) vor dem Eintreten der Urteilsunfähigkeit wird dabei verzichtet. Artikel 374 ZGB ist offensichtlich auf Fälle zugeschnitten, in denen eine Person während der bestehenden Lebensgemeinschaft urteilsunfähig wurde. Aber selbst eine Ehe bzw. eine faktische Lebensgemeinschaft, die eingegangen wurde, nachdem die Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die im Einzelfall zu regelnden Geschäfte eingetreten ist (die Urteilsfähigkeit kann gegebenenfalls für die Eheschliessung noch gegeben sein), dürfte nicht zu einem automatischen Ausschluss des gesetzlichen Vertretungsrechts nach Artikel 374 ZGB führen.<sup>159</sup> Denn zum einen kann bei einer Gefährdung der Interessen der urteilsunfä-

<sup>159</sup> MEIER, Fn. 986.

higen Person (z.B. bei Missbrauchsgefahr oder Interessenkonflikt) die Erwachsenenschutzbehörde einschreiten (Art. 376 ZGB). Und zum anderen ist die Vertretungsmacht nur auf gewisse Verwaltungshandlungen beschränkt (siehe Abs. 2).

*Abs. 2 Ziff. 2:* Auf die schwierige Abgrenzung zwischen ausserordentlicher und ordentlicher Verwaltung soll in Zukunft verzichtet werden, nicht aber auf eine gewisse Kontrolle über die Vermögensverwaltung durch die gesetzlichen Vertreter (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.4).

*Ziffer 2* enthält daher neu einen ausdrücklichen Verweis auf den Vorbehalt von Artikel 396 Absatz 3 OR, sodass Handlungen, die unter diese Bestimmung fallen, von der Vertretung von Gesetzes wegen ausgeschlossen sind. Die gesetzliche Vertreterin oder der gesetzliche Vertreter bedarf einer besonderen Ermächtigung der KESB, wenn es darum geht, einen Vergleich abzuschliessen, ein Schiedsgericht anzunehmen, wechselseitliche Verbindlichkeiten einzugehen, Grundstücke zu veräussern oder zu belasten oder Schenkungen zu machen.

Diese Lösung soll sowohl die Situation der vertretungsberechtigten Person als auch diejenige der Vertragsparteien vereinfachen, indem die Geschäfte, die vom Vertretungsrecht ausgeschlossen sind, neu klar definiert sind. Damit hängt die Frage zusammen, ob die KESB von der Pflicht, über die Vertretungsbefugnis zu entscheiden und gegebenenfalls eine Bestätigung der Vertretungsbefugnis auszuhändigen, entlastet werden kann (siehe dazu die Erläuterungen zu Art. 376 VE-ZGB).

*Abs. 2 Ziff. 3:* Die Einschränkung «nötigenfalls» im geltenden Recht soll gestrichen werden. Der gesetzliche Vertreter hat zukünftig die Befugnis, alle Post (auch die elektronische) zu öffnen und zu erledigen. Nur so kann das Vertretungsrecht in der Praxis wirksam ausgeübt werden.

*Abs. 3:* Die geltende Regelung wird infolge der Änderung von Ziffer 2 entsprechend angepasst und gleichzeitig auch einfacher gefasst, ohne dass der materielle Gehalt geändert würde.

#### *Art. 376*

Aufgrund praktischer Bedürfnisse namentlich im Verkehr mit Banken und andern Finanzdienstleistern kommt ein umfassender Verzicht auf die Möglichkeit, von der KESB eine Bestätigung über die Vertretungsbefugnisse zu verlangen, aus Gründen der Sicherheit im Rechtsverkehr nicht in Betracht. Angesichts der vorgeschlagenen Anpassungen in Artikel 374 Absatz 2 und 3 ZGB kann aber die Schwelle für das Einschreiten der Behörde höher gelegt werden (vgl. dazu vorne Ziff. 2.3.4).

Die KESB soll in Zukunft nur bei einer Gefährdung der Interessen der urteilsunfähigen Person einschreiten und nicht bereits, wenn «Zweifel» über die Vertretungsbefugnis bzw. über den Umfang dieser Vertretungsbefugnis vorliegen. *Absatz 1* wird dementsprechend angepasst. Die Möglichkeit, die Aushändigung einer Bestätigung über die Vertretungsbefugnisse zu verlangen, wird jedoch beibehalten (vgl. *Abs. 2 Ziff. 1*). Eine solche Bestätigung sollte aber in der Praxis nur verlangt werden, wenn im Einzelfall Anzeichen einer Gefährdung bestehen. Im Übrigen bleibt die Bestimmung inhaltlich unverändert.

*Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 und 8*

*Ziffer 3:* Nach geltendem Recht haben faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner ein Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen gestützt auf Ziffer 4 von Artikel 378 Absatz 1 ZGB, wie etwa zwei Freundinnen, die entscheiden zusammenzuleben, ohne ein Paar zu sein. Die kumulative Voraussetzung, dass neben der Hausgemeinschaft regelmässig und persönlich Beistand geleistet wird, will Verantwortungsgemeinschaften von gewöhnlichen Wohngemeinschaften (z.B. während der Studienzeit) abgrenzen. Nachdem neu die faktischen Lebenspartnerinnen und Lebenspartner in Artikel 374 Absatz 1 aufgeführt werden, ist der Wortlaut von Artikel 378 Absatz 1 Ziffer 3 entsprechend anzupassen, damit die Voraussetzungen für die Vertretungsbefugnis der faktischen Lebenspartnerin bzw. des faktischen Lebenspartners in allen Bereichen – Vermögens- und Personensorge sowie im medizinischen Bereich – gleich sind.

*Ziffer 8:* Die Liste der Personen, die der Reihe nach berechtigt sind, die urteilsunfähige Person zu vertreten und den vorgesehenen ambulanten oder stationären Massnahmen die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern, soll ergänzt werden. Gerade bei alleinstehenden betagten Personen sind erfahrungsgemäss oft Neffen und Nichten vorhanden, die bereit sind, diese Personen zu vertreten, insbesondere auch im medizinischen Bereich. Das entspricht auch den Grundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit und stärkt den Einbezug von nahestehenden Personen (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4).

*Art. 389a C. Nahestehende Personen*

Artikel 389a VE-ZGB enthält neu eine Legaldefinition der nahestehenden Personen.

Der Begriff der nahestehenden Person kommt zwar bereits in den Artikeln 368, 373 und 381 ZGB vor. Die Legaldefinition soll aber erst im Kapitel betreffend die behördlichen Massnahmen eingeführt werden, weil die Rolle der nahestehenden Personen insbesondere bei der Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme relevant ist. Die ihnen zustehenden Rechte und Pflichten werden dann in anderen Bestimmungen konkretisiert (vgl. Art. 400 Abs. 1<sup>bis</sup>, Art. 401 Abs. 2, Art. 406 Abs. 3, Art. 413 Abs. 3, Art. 420, Art. 446a VE-ZGB sowie Art. 76 Abs. 1<sup>bis</sup> VE-BGG).

*Abs. 1:* Im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.1.2) enthält Absatz 1 zukünftig eine Legaldefinition der nahestehenden Person, welche das zentrale Element des «tatsächlichen Näheverhältnisses» berücksichtigt. Im Zentrum steht die gelebte und nicht die formelle Beziehung zur unterstützungsbedürftigen Person. Ausgehend von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung werden für nahestehende Personen zwei Elemente vorausgesetzt:

- Mit dem Erfordernis der «engen Vertrautheit» werden die beiden Anforderungen der Rechtsprechung nach der unmittelbaren Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen und nach der Bejahung durch die betroffene Person konkretisiert. Der Wille der betroffenen Person kann somit berücksichtigt werden.
- Die Voraussetzung, dass eine Person «geeignet erscheint, deren Interessen wahrzunehmen», konkretisiert die dritte Anforderung gemäss Rechtsprechung. Stets nehmen nahestehende Personen die Interessen der betroffenen

Person – und nicht ihre eigenen – wahr.<sup>160</sup> Die Anforderungen an die Eignung sind dabei aber weniger streng als bei einer Beistandschaft.<sup>161</sup>

Wer behauptet, der betroffenen Person in diesem Sinne nahe zu stehen, muss dementsprechend gegenüber der KESB glaubhaft machen, mit ihr eng vertraut und geeignet zu sein, ihre Interessen wahrzunehmen. Diese Glaubhaftmachung wird insofern nicht allzu schwierig sein, als solche Personen im Normalfall im Laufe des Verfahrens in Erscheinung treten, sei dies, weil sie sich selber an die Behörde wenden, oder weil sich aus dem Gespräch mit der betroffenen Person oder aus anderen Umständen ergibt, dass bestimmte Personen als nahestehend zu betrachten sind.

*Abs. 2:* Der Kreis der nahestehenden Personen nach Absatz 1 ist weiter als derjenige der Angehörigen. Die in Absatz 2 aufgeführten Verwandten und die faktischen Lebenspartnerinnen und Lebenspartner gelten jedoch vermutungswise als nahestehende Personen. Damit wird die geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.1.2). Die Liste entspricht im Wesentlichen derjenigen des aktuellen Artikels 420 ZGB, mit dem Zusatz von zwei weiteren Verwandtenkategorien in der geraden Linie: den Grosseltern und den Grosskindern. Insbesondere für Minderjährige können die Grosseltern wichtige Bezugspersonen darstellen; das Gleiche kann umgekehrt für die Enkel einer betagten Person gelten. Der Kreis der von der Vermutung profitierenden Personen soll gleichzeitig aber relativ eng bleiben, damit die KESB nicht zu oft dazu berufen ist, einen Entscheid über die Widerlegung der Vermutung in einem konkreten Fall zu treffen. Nicht nur das Fehlen eines tatsächlichen Näheverhältnisses oder die Ablehnung durch die betroffene Person, sondern auch ein Interessenkonflikt oder familieninterne Zwistigkeiten können diese Vermutung widerlegen.<sup>162</sup> Oft geht es dabei um erbrechtliche Streitigkeiten.<sup>163</sup>

Im Unterschied zu Artikel 378 Absatz 1 Ziffer 8 VE-ZGB sollen Nichten und Neffen hier nicht miteingeschlossen sein. Diese Differenzierung erscheint gerechtfertigt, da es bei Artikel 378 ZGB um eine Kaskadenordnung geht und das Vertretungsrecht nur unter der Voraussetzung der Leistung eines regelmässigen und persönlichen Beistandes steht. Nichten und Neffen können aber dann als nahestehende Person im Sinne von Artikel 389a Absatz 1 VE-ZGB qualifiziert werden, wenn sie gegenüber der KESB glaubhaft machen, dass sie mit der betroffenen Person eng vertraut sind und sie geeignet sind, ihre Interessen wahrzunehmen.

#### *Art. 390 Abs. 2 und 3*

*Abs. 2:* Mit der Einführung und Definition der nahestehenden Personen in Artikel 389a VE-ZGB kann der Begriff «Angehörige» in der deutschen und italienischen Fassung dieser Bestimmung entsprechend ersetzt werden, ohne dass der materielle Gehalt geändert würde.

<sup>160</sup> Vgl. BGer 5A\_322/2019 vom 8. Juli 2020, E. 2.3.3

<sup>161</sup> Nur wenn eine nahestehende Person als Beiständin oder Beistand in Frage kommt, soll ihre Eignung unter diesem Gesichtspunkt geprüft werden (siehe dazu Art. 400 Abs. 1 ZGB).

<sup>162</sup> Vgl. BGer 5A\_322/2019 vom 8. Juli 2020, E. 2.3.3

<sup>163</sup> Vgl. BGer 5A\_112/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 2.5.1.1

*Abs. 3:* Mit dieser vorgeschlagenen Neuregelung soll die gemäss geltendem Recht teilweise zufällige Ungleichbehandlung von nahestehenden Personen in Abhängigkeit davon, ob sie einen Antrag auf Errichtung einer Beistandschaft oder eine Gefährdungsmeldung zum selben Zweck eingereicht haben, beseitigt werden. Die neue Formulierung «Meldung» beinhaltet beide Situationen (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.2).

*Art. 400 Abs. 1<sup>bis</sup>*

Mit dem Ziel des besseren Einbezugs nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutz (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4 ff.) wird eine gesetzliche Prüfungspflicht der KESB bezüglich des Einsatzes solcher Personen eingeführt. Bei Urteilsunfähigkeit einer Person soll die Erwachsenenschutzbehörde daher neu insbesondere prüfen müssen, ob sich nahestehende Personen als Beistand oder Beiständin um die Angelegenheit der betroffenen Person kümmern können.

Nach der neuen Bestimmung von *Absatz 1<sup>bis</sup>* ist aber nicht nur der Einsatz nahestehender Personen, sondern auch generell weiterer Personen, die sich freiwillig als Beiständin oder Beistand zur Verfügung stellen – sogenannte «private Beistandspersonen» im Gegensatz zu den «Berufsbeistandspersonen» – zu prüfen (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2). In der Praxis wird diese Prüfpflicht vor allem im Bereich des Erwachsenenschutzes relevant sein, da nahestehende oder private Beistandspersonen nur in seltenen Fällen die Eignungskriterien für die Übernahme einer Beistandschaft im Kinderschutz erfüllen dürften.

Aus der Verpflichtung der Behörde zu prüfen, ob eine nahestehende Person oder eine andere Privatperson als Beistand in Frage kommen könnte, ergibt sich jedoch kein Zwang für die betroffene Person, die Einsetzung dieser nahestehenden oder Privatperson als Beiständin bzw. Beistand zu akzeptieren. Wenn die betroffene Person eine bestimmte Person als Beistand oder Beiständin ablehnt, so entspricht die Erwachsenenschutzbehörde, soweit tunlich, wie bisher diesem Wunsch (Art. 401 Abs. 3 ZGB).

Auch wenn gemäss der Studie von Ecoplan die Mehrheit der privaten Beistände nahestehende Personen sind (siehe dazu vorne Ziff. 1.5.2), so bietet die neue Bestimmung die Möglichkeit, das Potential an anderen Personen als Privatbeiständin oder Privatbeistand weiter auszuschöpfen und zu fördern.

Gemäss der neuen Bestimmung soll die Erwachsenenschutzbehörde auch prüfen, ob die Beistandschaft aufgeteilt werden kann. Privatbeistände können die Berufsbeistände entlasten, auch wenn sie nur für einen Teil der Aufgabenbereiche ernannt werden (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.2). Die Übertragung der Beistandschaft auf mehrere Personen ist bereits heute nach Artikel 402 ZGB möglich. Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass eine Beiständin bzw. ein Beistand die Möglichkeit hat, eine nahestehende Person in die Mandatsführung einzubeziehen, auch wenn diese nicht als Beiständin oder Beistand für eine Teil der Aufgaben ernannt wurde (vgl. dazu Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB).

*Art. 401 Abs. 2 und 4*

*Abs. 2:* Mit der Einführung und Definition der nahestehenden Personen in Artikel 389a VE-ZGB kann der Begriff «Angehörige» in dieser Bestimmung entsprechend gestrichen werden.

*Abs. 4:* In der Praxis nehmen bereits heute viele KESB Wünsche von nahestehenden Personen im Voraus entgegen. Mit dieser neuen Regelung soll diese Möglichkeit in Zukunft auch gesetzlich verankert werden. Häufig geht es dabei um den Wunsch der Eltern für ihre Kinder, d.h. wer bei ihrem Tod als Vormund des Kindes (Art. 327a ZGB) bestimmt werden soll. Gemäss Artikel 327c Absatz 2 ZGB sind die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes, namentlich über die Ernennung des Beistands und somit auch Artikel 401 sinngemäss anwendbar. Aber auch eine noch nicht urteilsunfähig gewordene Person, die keinen Vorsorgeauftrag errichten will, kann den Wunsch nach einer spezifischen Person als Beistand im Voraus formulieren. Dabei wird aber weder die Eintragung eines solchen Wunsches im Zivilstandsregister noch eine Erkundigungspflicht der KESB vorgesehen. Im Sinne der Selbstverantwortung soll die betroffene Person selber dafür sorgen, dass die zuständige Erwachsenenschutzbehörde von ihrem Wunsch Kenntnis erhält.

*Art. 406 Randtitel und Abs. 3*

Die KESB ist in erster Linie da, um für den Schutz der betroffenen Person und die Ergreifung der erforderlichen Massnahmen zu sorgen. Es ist in der Folge die Aufgabe der ernannten Beiständin bzw. des Beistandes, im Rahmen der Ausführung des Mandats die anderen Ressourcen des Betreuungsnetzes im Interesse der betroffenen Person zu mobilisieren, zum Beispiel durch den Einbezug nahestehender Personen in die Mandatsführung. Damit wird insbesondere auch die Akzeptanz der Beistandschaft bei der betroffenen Person und den ihr nahestehenden Personen gefördert. Zudem können dadurch eventuell später behördliche Massnahmen verringert oder ganz aufgehoben werden.<sup>164</sup>

Mit der neuen Bestimmung von *Absatz 3* wird daher die bereits nach geltendem Recht bestehende Möglichkeit des Einbezugs einer nahestehenden Person in die Mandatsführung ausdrücklich im Gesetz aufgenommen, wobei dies stets im Interesse der betroffenen Person erforderlich sein muss. Die nahestehende Person kann Informationen zum Charakter und auch oft die Lebensgeschichte der urteilsunfähig gewordenen Person liefern, die es erlauben, deren mutmasslichen Willen bezüglich einer bestimmten Angelegenheit (z.B. bzgl. Suche nach einer geeigneten Wohnlösung, Verkauf einer Liegenschaft) zu eruieren. Durch den Einbezug kann aber auch eine Koordination zwischen der Tätigkeit der Beiständin bzw. dem Beistand und einer nahestehenden Person, die gewisse Aufgaben übernimmt, stattfinden. Dies könnte jedoch zu einem Spannungsverhältnis mit der Verschwiegenheitspflicht der Beiständin bzw. des Beistandes führen, weshalb in der entsprechenden Bestimmung die Möglichkeit der Information der nahestehenden Personen vorzusehen ist (vgl. Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB).

Eine nahestehende Person kann somit bei Massnahmen einbezogen werden, auch wenn sie nicht als Beiständin ernannt wurde. Die nahestehende Person hat aber keinen

<sup>164</sup> ZK-MEIER, Art. 389 ZGB N. 37.

eigenen Anspruch, einbezogen zu werden. Die Beiständin bzw. der Beistand bleibt für die Führung der Beistandschaft allein verantwortlich. Es liegt im Ermessen der Beiständin bzw. des Beistands zu entscheiden, ob der Einbezug im Interesse der betroffenen Person erforderlich ist. Dabei soll auch sichergestellt werden, dass keine Person gegen den Willen bzw. gegen die erkennbare Ablehnung der betroffenen Person einbezogen wird (siehe auch Erläuterung zu Art. 389a VE-ZGB). Eine Verpflichtung, eine nahestehende Person einzubeziehen, gibt es nicht. Gegen den diesbezüglichen Entscheid der Beiständin bzw. des Beistands kann aber die KESB angerufen werden (vgl. Art. 419 ZGB).

#### *Art. 413 Abs. 3*

Die Bestimmung soll neu formuliert werden, damit für die Beiständin und den Beistand klar ist, dass neben eigentlichen Dritten (z.B. der Vermieter oder der Arbeitgeber) insbesondere auch nahestehende Personen im Sinne von Artikel 389a VE-ZGB informiert werden dürfen und sollen, soweit dies im Interesse der betroffenen Person erforderlich ist. Die Art und der Umfang der Information hängen vom Zweck der Information ab. Wenn die nahestehende Person zum Beispiel Medikamente verabreichen soll, hat sie ein Interesse daran, genau zu wissen, um welche Krankheit es geht, nicht aber an anderen nicht medizinischen Informationen.

#### *Art. 420 Erleichterungen für nahestehende Personen*

In Erfüllung eines zentralen und verschiedentlich erhobenen Anliegens seit der Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts soll die Möglichkeit zur Gewährung von Erleichterungen für Beiständinnen und Beistände gemäss Artikel 420 ZGB neu geregelt und dabei insbesondere erweitert werden: Nach dem Vorschlag des Bundesrats sollen die Erleichterungen zukünftig bei allen Beistandschaften zur Anwendung kommen, wenn die Beiständin oder der Beistand eine nahestehende Person im Sinne der neuen Bestimmung von Artikel 389a VE-ZGB ist. Umgekehrt kann es aber nicht um eine gänzliche «Entbindung» gehen (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.3). Damit werden die Anliegen der beiden Parlamentarischen Initiativen 16.428 und 16.429 Vogler umgesetzt (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.2.3).

Der *Titel des achten Unterabschnitts* muss entsprechend geändert werden, weil die Bestimmung neu auf jede Beistandschaft Anwendung findet, die einer nahestehenden Person übertragen wurde (siehe Art. 389a und 400 VE-ZGB). In der Praxis dürfte es weiterhin vor allem um nahe Verwandten gehen und insbesondere um die Beistandschaft der Eltern für ihre volljährige Kinder, nachdem die erstreckte elterliche Sorge des alten Rechts (vgl. Art. 385 Abs. 3 aZGB) mit der Neuregelung 2013 gestrichen wurde (siehe dazu vorne unter Ziff. 1.1.1 und 2.4.2.1).

Handelt es sich bei der Beiständin oder beim Beistand um eine nahestehende Person im Sinne von Artikel 389a VE-ZGB, soll somit die KESB in Zukunft prüfen, ob die Beiständin oder der Beistand von der Zustimmung zu bestimmten Geschäften nach Artikel 416 ZGB *entbunden* werden kann oder ob ihr bzw. ihm gewisse *Erleichterungen* gewährt werden können (z.B. Inventarpflicht, aber in einer vereinfachten Form). Diese Prüfung soll immer erfolgen, *wenn die Umstände es rechtfertigen*, z.B. wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der betroffenen Person sehr einfach

sind. Ein entsprechender Antrag kann aber auch von der Beiständin oder vom Beistand gestellt werden.

Im Übrigen kann für die Anwendung dieser neuen Bestimmung auf die Empfehlungen der KOKES vom November 2016 «Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Art. 420 ZGB» verwiesen werden,<sup>165</sup> welche sich in der Praxis bewährt haben und damit Ausgangspunkt und Richtschnur für die vorliegend beantragte Änderung und die Auslegung der neuen Bestimmung sind.

In Bezug auf die Fälle von erstreckter elterlicher Sorge bei Angehörigen von behinderten Personen, die nach dem Inkrafttreten der KESR im Jahr 2013 in einer umfassenden Beistandschaft mit Gewährung einer totalen Entbindung umgewandelt wurden, ist Artikel 14b VE-SchlT zu berücksichtigen (vgl. die Erläuterung dazu).

#### *Art. 426 Abs. 2*

Mit der Einführung und Definition der nahestehenden Personen in Artikel 389a VE-ZGB kann der Begriff «Angehörige» in der deutschen und italienischen Fassung dieser Bestimmung entsprechend ersetzt werden, ohne dass der materielle Gehalt geändert würde.

#### *Art. 431 Abs. 1 und 3*

Im Rahmen dieser Revision soll die im geltenden Recht bestehende Unklarheit bezüglich der örtlichen Zuständigkeit der Erwachsenenschutzbehörde für die periodische Überprüfung der FU geklärt werden (vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.3). Im Sinne einer Präzisierung soll für die Zukunft im Gesetz festgehalten werden, dass die periodische Überprüfung einer FU grundsätzlich durch diejenige Erwachsenenschutzbehörde zu erfolgen hat, welche den Unterbringungsentscheid gefällt hat (*Abs. 1*), sofern das Verfahren nicht von einer anderen Behörde übernommen worden ist (*Abs. 3*). Dies könnte zum Beispiel der Fall in interkantonalen Verhältnissen sein, wenn die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz der betroffenen Person eine Beistandschaft bereits errichtet hat, die FU aber wegen Gefahr im Verzug an ihrem Aufenthaltsort wurde (vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1).

#### *Art. 439 Abs. 1<sup>bis</sup>*

Im Rahmen dieser Revision soll auch die im geltenden Recht bestehende Unklarheit bezüglich der örtlichen Zuständigkeit für die Anrufung des Gerichts gegen fürsorgereiche (Zwangs-)Massnahmen geklärt werden. Die geltende Rechtslage hat in den letzten Jahren insbesondere in interkantonalen Verhältnissen für Schwierigkeiten gesorgt (vgl. dazu vorne Ziff. 2.5.1). Mit der vorgeschlagenen Regelung wird die Praxis des Bundesgerichts kodifiziert.<sup>166</sup> Damit wird die Motion 19.4586 Reimann umgesetzt (vgl. vorne Ziff. 1.4.2.4).

<sup>165</sup> [www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) > Dokumentation > Empfehlungen.

<sup>166</sup> Vgl. BGE 146 III 377 E. 4.3

Art. 441a *B<sup>bis</sup>. Statistik*

Mit dieser Bestimmung wird die gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Statistiken geschaffen, welche in Zukunft unter Mitwirkung von Bund und Kantonen erfolgen soll (vgl. vorne Ziff. 2.1.6). Damit können zukünftig über die heute für die statische Erfassung federführende KOKES hinaus sämtliche massgebenden Akteure aller Kantone eingebunden und insbesondere auch die Daten der (Zivil-)Gerichte in die Statistiken einbezogen werden<sup>167</sup> sowie die verschiedenen Stellen des Bundes (insbesondere auch das Bundesamt für Statistik) mitwirken.

Grundsätzlich sollen wie bisher die Kantone für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes erheben. Zukünftig sollen die wesentlichen Zahlen zu den Schutzmassnahmen (bspw. Anzahl Beistandschaften nach den verschiedenen Arten und beteiligten Personen) in allen Kantonen erhoben werden (*Abs. 1*). Bis auf weiteres wird hier der KOKES eine zentrale Rolle zukommen. Zur weiteren Verbesserung, Weiterentwicklung und Modernisierung der Statistik soll der Bundesrat zukünftig unter Einbezug der Kantone Grundsätze und Modalitäten für die statistische Erhebung festlegen können, wobei er die Zuständigkeit dem Bundesamt für Justiz übertragen kann (*Abs. 2*).

Art. 443 *A. Melderechte*

Artikel 443 VE-ZGB soll neu nur die Melderechte im Erwachsenenschutzrecht regeln. Der Meldepflicht soll neu – wie im Kindesschutzrecht (Artikel 314d ZGB) – eine spezifische Bestimmung (Art. 443a VE-ZGB) gewidmet werden.

*Abs. 1:* Der Grundsatz der Meldeberechtigung, wenn eine Person in Angelegenheiten der Personen- oder Vermögenssorge oder in Angelegenheiten des Rechtsverkehrs<sup>168</sup> hilfsbedürftig *erscheint*, bleibt unverändert. Es ist nicht erforderlich, dass die Hilfsbedürftigkeit tatsächlich besteht. Der Erwachsenenschutzbehörde obliegt es dann, abzuklären, ob die Voraussetzungen für ein behördliches Einschreiten gegeben sind. Wie im geltenden Recht kann zudem eine Meldung jederzeit erfolgen, auch wenn für die betroffene Person bereits eine Massnahme des Erwachsenenschutzrechts besteht.

*Abs. 2:* In Anlehnung an die Regelung im Kindesschutzrecht (Art. 314c ZGB) ist die rechtliche Stellung von Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern in einem separaten Absatz geregelt. Nach geltendem Recht müssen sich die zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichteten Personen nach Artikel 321 StGB<sup>169</sup> vom Berufsgeheimnis entbinden lassen, bevor sie Meldung erstatten.<sup>170</sup> Im Kindesschutzrecht wurde dieser Vorbehalt angesichts der Interessen der gefährdeten Kinder aufgehoben. Aber auch bei den Erwachsenen gibt es vulnerable Personen, die einen solchen verstärkten Schutz benötigen können, wie psychisch kranke Personen oder ältere Personen, ins-

<sup>167</sup> Vgl. dazu auch vorne Fn. 35.

<sup>168</sup> Vgl. Art. 391 Abs. 2 ZGB.

<sup>169</sup> Es handelt sich dabei um Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Patentanwälte, nach Obligationenrecht zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen, Pflegefachpersonen, Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Ernährungsberater, Optometristen, Osteopathen sowie deren Hilfspersonen.

<sup>170</sup> Botschaft KESR, BBI 2006 7076.

besondere wenn es keine nahestehende Person gibt, die ihre Interessen wahrnehmen kann. Da im Erwachsenenschutz das Prinzip der Selbstbestimmung zentral ist, kann dies jedoch nur hinsichtlich *hilfsbedürftiger urteilsunfähiger* Personen gelten. Ansonsten würde das Risiko bestehen, dass betroffene Personen aus Angst vor einer Meldung an die KESB keine Hilfe mehr suchen oder das Vertrauensverhältnis (zum Beispiel zum Hausarzt) sich auflösen würde. Bei urteilsfähigen Personen ist eine Meldung deshalb stets nur mit ihrer Einwilligung oder nach Entbindung durch die zuständige Behörde (Art. 321 StGB) zulässig.

Gerade die Frage der Urteils(un)fähigkeit dürfte aber im Erwachsenenschutz oft strittig sein. An das Erfordernis der Urteilsunfähigkeit als Kriterium für die Meldungsberechtigung sind daher keine strengen Anforderungen zu stellen. Die Meldung erfolgt ja stets, um die Interessen der betroffenen Person und nicht die eigenen Interessen wahrzunehmen. Dementsprechend soll es genügen, wenn Indizien für die Urteilsunfähigkeit bestehen. Die hier angesprochenen Berufsheimnisträgerinnen und -träger gehören zu Kategorien, die regelmässig mit der betroffenen Person in Kontakt kommen, so dass sie sich mit der Zeit eine Meinung sowohl über die Urteilsfähigkeit als auch über die Hilfsbedürftigkeit bilden können. Insbesondere können sie auch einschätzen, ob die notwendige Unterstützung durch Angehörige geleistet werden könnte oder umgekehrt, ob die Gefährdungssituation, welche die Hilfsbedürftigkeit ausmacht, gerade auf (allenfalls überlastete) Angehörige zurückzuführen ist (vgl. dazu vorne Ziff. 2.6.1). Eine Verletzung des Berufsheimnisses sollte aber nur als *ultima ratio* in Frage kommen, für den Fall, dass keine anderweitige Lösung ausreichend scheint, um der Hilfsbedürftigkeit zu begegnen.

Wie im Kinderschutzrecht soll schliesslich auf ein Melderecht für Hilfspersonen, die ebenfalls dem Berufsheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen (Art. 321 Ziff. 1 StGB), verzichtet werden. Die Interessenabwägung, ob das Vertrauensverhältnis bewahrt oder eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde gemacht werden soll, obliegt den primären Berufsheimnisträgerinnen und -trägern selber. Falls eine Hilfsperson Kenntnis von einer möglichen Hilfsbedürftigkeit erhält, sollte sie dies den primären Berufsheimnisträgerinnen und -trägern zur Kenntnis bringen, damit diese die erforderliche Interessenabwägung vornehmen können.<sup>171</sup>

#### Art. 443a *A*<sup>bis</sup>. Meldepflichten

*Abs. 1:* Die Meldepflicht wurde bereits im Rahmen der Revision der Meldepflichten im Kinderschutzrecht punktuell angepasst, insbesondere um festzuhalten, dass das Berufsheimnis vor der Meldepflicht Vorrang hat.<sup>172</sup> Neu soll der Meldepflicht – wie im Kinderschutzrecht – eine spezifische Bestimmung gewidmet werden, die sich inhaltlich an jene anlehnt. Die geltende Meldepflicht für Personen in amtlicher Tätigkeit soll dabei ebenfalls auf Berufspersonen, welche besonders geeignet sind, eine Hilfsbedürftigkeit zu erkennen, ausgedehnt werden. Der Bundesrat kommt einem bereits in der Vernehmlassung zur Melderegulung im Kinderschutz geäusserten Anliegen nach.<sup>173</sup> Wie im Kinderschutzrecht kann die Meldepflicht unter Umständen

<sup>171</sup> Vgl. Botschaft Kinderschutz, BBl 2015 3431, S. 3456.

<sup>172</sup> Botschaft Kinderschutz, BBl 2015 3431, S. 3451 und 3462 f.

<sup>173</sup> Vgl. Botschaft Kinderschutz, BBl 2015 3431, S. 3451.

eine Entlastung und Klarstellung für die Berufspersonen bedeuten, da diese so unter Hinweis auf eine gesetzliche Pflicht der hilfsbedürftigen Person erklären können, dass sie eine Gefährdungsmeldung machen müssen.

Das Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch wird weiterhin vorbehalten, die Vertraulichkeit des Verhältnisses zu diesen Kategorien von Berufspersonen wurde vom Gesetzgeber als besonders schützenswert erachtet. Die Berufsgeheimnisträgerinnen und -träger nach Artikel 321 Ziffer 1 StGB haben wie im Kindesschutzrecht ein *Melderecht* (vgl. Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB), jedoch keine *Meldepflicht*.

*Ziff. 1:* Im Unterschied zum Kindesschutzrecht ist vorliegend die Aufzählung bestimmter Berufsgruppen nicht angebracht. Wichtig ist jedoch, die betroffenen Aufgabenbereiche zu erwähnen: die Personensorge und die Vermögenssorge. Gemeint sind Fachpersonen, die beruflich für das persönliche oder finanzielle Wohl der betroffenen Person verantwortlich sind. Für Mitarbeitende bei privaten Unterstützungsorganisationen wie zum Beispiel curaviva, pro mente sana und pro senectute, die oft eine Beratungstätigkeit anbieten, bedeutet dies, dass sie in Zukunft prinzipiell meldepflichtig sind, soweit sie nicht Abhilfe schaffen können. Im Bereich der Vermögenssorge gilt es zu präzisieren, dass sich in den Fällen, in denen jemand in einem Auftragsverhältnis mit der hilfsbedürftigen Person steht, die Meldepflicht auch aus Artikel 397a OR ergibt,<sup>174</sup> wobei in diesem Fall von «voraussichtlich dauernder Urteilsunfähigkeit» die Rede ist. Das OR würde somit bereits einen grossen Teil der Fälle abdecken, was insbesondere für die Finanzbranche relevant ist, da diese gerade bei älteren Personen eine wichtige Rolle spielt (zum Begriff *elder abuse* vgl. vorne Ziff. 2.6.1).

*Ziff. 2:* Die Regelung zur Meldepflicht von Personen in amtlicher Tätigkeit entspricht dem geltenden Artikel 443 Absatz 2 ZGB.

*Abs. 2:* Diese für den Erwachsenenschutz neue Regelung entspricht der geltenden Regelung für den Kindesschutz in Artikel 314d Absatz 2 ZGB.

*Abs. 3:* Das kantonale Recht kann auch in Zukunft weitere Meldepflichten vorsehen. Diese Regelung wird unverändert aus dem geltenden Recht übernommen.

#### *Art. 446 Abs. 2<sup>bis</sup>*

Nahestehende Personen werden bereits heute aufgrund Absatz 1 (Untersuchungsgrundsatz) in die Sachverhaltsermittlung einbezogen. Um die Bedeutung der nahestehenden Personen im Verfahren hervorzuheben, ist es aber nach Ansicht des Bundesrates angezeigt, diese Möglichkeit ausdrücklich im Gesetz zu verankern (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.3).

Gemäss der neuen Bestimmung hat die KESB abzuklären, ob nahestehende Personen vorhanden sind, die in das Verfahren und insbesondere in die Sachverhaltsermittlung einbezogen werden können. Im Normalfall treten aber die nahestehenden Person im Laufe des Verfahrens ohnehin in Erscheinung, sei dies, weil sie sich selber melden, oder, weil die betroffene Person sie ausdrücklich erwähnt. Die Erwachsenenschutzbehörde kann diese Personen dann kontaktieren und weitere Erkundigungen vornehmen. Sie ist hingegen nicht verpflichtet, darüber hinaus weitere Abklärungen zu treffen,

<sup>174</sup> Vgl. MEIER, Rz. 189 m.w.H.

etwa indem sie Adressbücher oder Kontaktlisten der betroffenen Person durchforstet oder bei privaten Dritten (Banken, Vermieter) oder bei anderen Behörden (bspw. im Zivilstandsregister oder bei den Einwohnerdiensten) Erkundigungen vornehmen müsste. Ohne Hinweise auf weitere nahestehende Personen muss sie grundsätzlich keine weiteren Nachforschungen über deren allfällige Existenz treffen.

Die Erwachsenenschutzbehörde ist auch nicht verpflichtet, alle bekannten und weitere potenziell nahestehenden Personen zwingend in das Verfahren einzubeziehen, wenn sie zum Schluss kommt, dass sie den Sachverhalt vollständig abgeklärt hat. Verzichtet die KESB darauf, bestimmte bekannte nahestehende Personen in das Verfahren einzubeziehen, erscheint es aber angebracht, dies im Entscheid über die Massnahme kurz zu begründen, weil dieser Entscheid mit einer Beschwerde nach Artikel 450 ZGB angefochten werden kann.

#### *Art. 446a X. Am Verfahren beteiligte Personen*

Die Verfahrensbeteiligung nahestehender Personen soll zur Verbesserung und Klärung ihrer Rechtsposition neu ausdrücklich geregelt werden (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.2) und zwar in einer neuen Bestimmung über alle am Verfahren beteiligten Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

*Ziff. 1:* Die betroffene Person ist ohne weiteres am Verfahren beteiligte Person. Im Erwachsenenschutz ist dies die hilfsbedürftige Person. Im Kinderschutz sind es sowohl das betroffene Kind als auch dessen Eltern.

*Ziff. 2:* Mit dem Ziel des besseren Einbezugs nahestehender Personen soll deren Verfahrensbeteiligung neu ausdrücklich gesetzlich geregelt werden. Nahestehende Personen, die sich in einem Verfahren für die betroffene Person einsetzen und daher auch beteiligen wollen, melden sich in der Regel bereits vor oder bei Verfahrensbeginn spontan bei der Erwachsenenschutzbehörde. Auch wenn diesen Personen in den meisten Fällen ohne weiteres Parteistellung zukommen kann und soll: Im Interesse der Klarstellung und Rechtssicherheit sollen sie nicht unmittelbar von Gesetzes wegen Parteistellung erhalten, sondern gestützt auf einen entsprechenden *Entscheid der KESB* (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.2).

Sind in einem Verfahren nahestehende Personen in Erscheinung getreten beziehungsweise bekannt, so trifft die KESB einen (Zwischen-)Entscheid über deren Verfahrensbeteiligung. Sie trifft diesen Entscheid entweder *von Amtes wegen*, wenn sie die Einräumung der Parteistellung an eine bestimmte nahestehende Person als im Interesse der betroffenen Person erforderlich erachtet. Sie hat aber auch *auf Antrag* einer nahestehenden Person über deren Verfahrensbeteiligung zu entscheiden. Dabei prüft die KESB, ob die antragstellende Person als nahestehend gemäss Artikel 389a VE-ZGB zu qualifizieren ist. Für die Gründe der Ablehnung eines solchen Antrags kann auf die Ausführungen zur Legaldefinition der nahestehenden Person verwiesen werden (vgl. Ziff. 2.4.1.4).

Auch wenn somit zukünftig die KESB stets über die Verfahrensbeteiligung nahestehender Personen entscheidet, so ist dabei ein formeller (Zwischen-)Entscheid nur dann erforderlich, wenn ein entsprechender Antrag gestellt und insbesondere abgelehnt wird, wobei eine Begründung grundsätzlich nur in diesen Fällen notwendig ist. Das schliesst nicht aus, dass die KESB nahestehenden Personen die Parteistellung

auch ohne formellen Zwischenentscheid einräumen kann, namentlich indem sie diese als Ausdruck ihres Entscheids unmittelbar so am Verfahren beteiligt, wie es nur einer Partei zusteht, zum Beispiel durch Gewährung der entsprechenden Akteneinsicht.

*Ziff. 3:* In der Regel werden Dritte (z.B. Hausarzt, Sachverständige, weitere Personen aus dem Umfeld der betroffenen Person) in die Sachverhaltsermittlung einbezogen. Unter Umständen kann die KESB ihnen auch Parteistellung einräumen. Diese Bestimmung ist aber restriktiv auszulegen. Sie stellt einen Auffangtatbestand für besondere Ausnahmekonstellationen dar, zum Beispiel für Verwandte, die nicht als nahestehende Personen im Sinne von Artikel 389a VE-ZGB gelten, weil sie vor der Einleitung des Verfahrens keinen Kontakt mit der betroffenen Person mehr hatten.

*Art. 448 Randtitel, Abs. 1<sup>bis</sup>, 2 und 3*

Die Anpassungen im Bereich der Mitwirkungspflichten stehen im Zusammenhang mit der Neuregelung der Melderechte und -pflichten (vgl. dazu vorne Ziff. 2.6.2 sowie Art. 443 und 443a VE-ZGB). In Anlehnung an die Regelung im Kinderschutzrecht wird Absatz 3 gestrichen. Nur für Anwältinnen und Anwälte wird der Vorbehalt beibehalten.

*Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 Bst. a*

Anlässlich des Entscheids über die Inkraftsetzung per 1. Januar 2024 dieser vom Parlament 2016 beschlossenen Bestimmung hat der Bundesrat die Absicht angekündigt, Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a im Rahmen der vorliegenden Revision zu ändern (vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.7). Der Wortlaut dieser Bestimmung soll so angepasst werden, dass zukünftig der Wohnsitzgemeinde – wie den anderen in dieser Bestimmung erwähnten Behörden – nur mitgeteilt wird, wenn die Erwachsenenschutzbehörde eine volljährige Person «unter eine Beistandschaft gestellt hat, welche die Handlungsfähigkeit entzieht oder einschränkt».

*Art. 451 Abs. 1<sup>bis</sup> und 2*

*Abs. 1:* Analog zu Artikel 413 VE-ZGB soll hier die Möglichkeit, nahestehende Personen über das Verfahren zu informieren, ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden.

*Abs. 2:* Im Rahmen der bereits erwähnten Gesetzesänderung im Jahre 2016 wurde der Bundesrat beauftragt, in einer Verordnung die Erteilung von Auskünften über das Vorliegen und die Wirkungen von Erwachsenenschutzmassnahmen durch die Erwachsenenschutzbehörde zu regeln (vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.7). Aus der Vernehmlassung zum Verordnungsentwurf in den Jahren 2019/2020 hat sich aber ergeben, dass die Erteilung von Auskünften über Erwachsenenschutzmassnahmen in der Praxis zwischenzeitlich problemlos funktioniere, sodass nach Ansicht des Bundesrates heute kein Handlungsbedarf für eine Verordnung besteht (vgl. dazu vorne Ziff. 1.4.4). Unter diesen Umständen soll diese Delegationsnorm im Rahmen der vorliegenden Revision wieder gestrichen werden.

*Art. 14a SchlT Randtitel*

Aufgrund der Einführung von Artikel 14b Schlusstitel ist auch der Randtitel von Artikel 14a Schlusstitel anzupassen.

*Art. 14b SchlT*

Mit Bezug auf das Übergangsrecht sollen die gleichen Regeln wie bei der Inkraftsetzung der Neuregelung von 2013 gelten. Dabei kommt das neue Recht auch auf Verfahren zur Anwendung, die beim Inkrafttreten rechtshängig sind.

### 3.2 Bundesgerichtsgesetz (BGG)<sup>175</sup>

*Art. 76 Abs. 1<sup>bis</sup>*

Die Legitimation zur Erhebung von Rechtsmitteln auf kantonaler Ebene (Art. 450 Abs. 2 ZGB) und diejenige für eine Beschwerde ans Bundesgericht (Art. 75 BGG) sind im geltenden Recht unterschiedlich geregelt (vgl. dazu vorne Ziff. 2.4.3.4). Insbesondere die Beschwerdebefugnis nahestehender Personen vor dem Bundesgericht ist erheblich beschränkt. So kann es geschehen, dass eine nach Artikel 450 Absatz 2 Ziffer 2 ZGB legitimierte nahestehende Person, die zum Schutz des Betroffenen auf kantonaler Ebene eine Beschwerde eingereicht hat, keine Möglichkeit hat, den Entscheid des kantonalen Gerichts vor Bundesgericht anzufechten, weil mit der Beschwerde in Zivilsachen die Interessen Dritter nicht geltend gemacht werden können.

Angesichts des Ziels der vorliegenden Revision, die Verfahrensstellung nahestehender Personen zu stärken, ist es kohärent, wenn die Legitimation im Verfahren vor den kantonalen Behörden (vgl. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB) und diejenige für den Weiterzug des Entscheids ans Bundesgericht übereinstimmen. Dabei geht es nicht nur um die Stärkung der Stellung der nahestehenden Personen, sondern insbesondere auch um den Schutz und das Interesse der betroffenen Personen selbst. Auch wenn Artikel 76 Absatz 1<sup>bis</sup> E-BGG lediglich von der Erwachsenenschutzbehörde spricht, so gilt die Regelung (aufgrund des Verweises in Art. 314 ZGB auf Art. 450 ZGB) auch für Entscheide der Kindesschutzbehörde.

*Art. 132b*

Diese Bestimmung regelt die Auswirkungen der neuen Bestimmung auf beim Inkrafttreten der Revision vor dem Bundesgericht hängige Verfahren (Übergangsrecht). Diese richten sich weiterhin nach dem bisherigen Recht.

## 4 Auswirkungen

### 4.1 Auswirkungen auf den Bund

Die Vorlage hat keine unmittelbaren finanziellen oder personellen Auswirkungen auf den Bund.

Soweit dem Bund aufgrund der zukünftig verbesserten schweizweiten Statistiken zum Kindes- und Erwachsenenschutz neue Aufgaben zukommen (vgl. Ziff. 2.1.6 sowie Art. 441a 4 VE-ZGB und die Erläuterungen dazu), werden für ihn mittelbar zusätzliche Ausgaben entstehen. Diese können aber im Rahmen der verfügbaren Mittel von den zuständigen Stellen und Behörden finanziell und personell getragen werden.

### 4.2 Auswirkungen auf Kantone und Gemeinden sowie auf urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete

Die Vorlage hat in verschiedener Hinsicht Auswirkungen auf die Kantone:

- Neu müssen sämtliche Kantone die Möglichkeit einer *Hinterlegung von Vorsorgeaufträgen bei einer Amtsstelle* schaffen (vgl. dazu vorne Ziff. 2.2.2). 14 Kantone haben eine solche Möglichkeit bereits geschaffen und davon haben 12 Kantone die KESB als Hinterlegungsstelle bezeichnet, der Kanton St. Gallen das Amt für Handelsregister und Notariat und der Kanton Basel-Landschaft das Erbschaftsamt. In den übrigen Kantonen müssen ebenfalls keine neuen Amtsstellen geschaffen werden, sondern es kann auf bestehende Amtsstellen und Strukturen zurückgegriffen werden. Es ist daher nicht von einem bedeutsamen Mehraufwand auszugehen.
- Die *Erstellung von Statistiken* zum Kindes- und Erwachsenenschutz soll neu gesetzlich geregelt werden. Mit dem Ziel der Schaffung von modernen, schweizweit einheitlichen Statistiken dürften den Kantonen zusätzliche Ausgaben entstehen, wobei diese je nach Kanton unterschiedlich sein können, da sie bereits heute Daten für die KOKES-Statistik erheben (vgl. dazu Ziff. 2.1.6).
- Die Neuregelung gewisser Punkte des Erwachsenenschutzes namentlich im Bereich des Einbezugs nahestehender Personen und des Verfahrensrechts wird zu einer teilweisen Anpassung des kantonalen Verfahrens führen. Je nach kantonomer Behördenorganisation hat die Vorlage auch unterschiedliche Auswirkungen auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Dabei werden diesen durch die Neuregelung teilweise angepasste Aufgaben zukommen, die auch zusätzliche Ressourcen benötigen, namentlich bei der Ernennung von nahestehenden oder privaten Beistandspersonen. Dabei ist aber davon auszugehen, dass diesem Zusatzaufwand einerseits wiederum Einsparungen und Vereinfachungen an anderer Stelle gegenüberstehen und dass andererseits ein Mehrwert für die Gesellschaft (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 4.4) durch die Stärkung der Selbststimmung und des Einbezugs nahestehender Personen vorliegt.

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf Gemeinden, urbane Zentren, Agglomerationen und Berggebiete. Die entsprechenden Fragen wurden daher nicht vertieft untersucht.

### **4.3 Auswirkungen auf die Volkswirtschaft**

Die Vorlage hat keine Auswirkungen auf die Volkswirtschaft.

### **4.4 Auswirkungen auf die Gesellschaft**

Angesichts der abschbaren demographischen Entwicklung entspricht die Vorlage konkreten Bedürfnissen der Gesellschaft, weil damit einerseits die Selbstbestimmung und die Familiensolidarität gestärkt und andererseits der Schutz hilfsbedürftiger (insbesondere älterer) Personen verbessert werden, namentlich auch durch den vermehrten Einsatz von nahestehenden oder anderen Privatpersonen als Beistandspersonen. Mittel- und längerfristig sind davon positive Auswirkungen auf die Gesellschaft zu erwarten.

### **4.5 Auswirkungen auf die Umwelt**

Es sind keine Auswirkungen auf die Umwelt zu erwarten.

### **4.6 Andere Auswirkungen**

Es sind keine anderen Auswirkungen zu erwarten.

## **5 Rechtliche Aspekte**

### **5.1 Verfassungsmässigkeit**

Die beantragte Revision stützt sich auf Artikel 122 Absatz 1 BV, wonach die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts Sache des Bundes ist. Diese Zuständigkeit umfasst auch das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

### **5.2 Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz**

Der Vorentwurf berührt die internationalen Verpflichtungen der Schweiz nicht direkt.

### **5.3 Erlassform**

Die Vorlage enthält wichtige rechtsetzende Bestimmungen, die nach Artikel 164 Absatz 1 BV in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind. Die Änderung des Zivilgesetzbuches erfordert den Erlass eines Bundesgesetzes.

### **5.4 Unterstellung unter die Ausgabenbremse**

Die Vorlage untersteht nicht der Ausgabenbremse nach Artikel 159 Absatz 3 Buchstabe b BV, da sie weder Subventionsbestimmungen noch die Grundlage für die Schaffung eines Verpflichtungskredits oder Zahlungsrahmens enthält.

### **5.5 Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und des Prinzips der fiskalischen Äquivalenz**

Die Aufgabenteilung oder die Aufgabenerfüllung durch Bund und Kantone ist durch die Vorlage nicht betroffen.

### **5.6 Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen**

Dem Bundesrat werden keine neuen Rechtsetzungsbefugnisse delegiert. Das gilt auch für die in Artikel 441a Absatz 2 VE-ZGB vorgesehene Zuständigkeit des Bundesrates im Bereich der Erhebung der Statistik.

### **5.7 Datenschutz**

Die Frage stellt sich insbesondere mit Bezug auf die neue Regelung der Melderechte und -pflichten sowie die angepasste Regelung zu den Mitteilungspflichten. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wird durch kantonale Behörden angewendet. Aus diesem Grund finden die kantonalen Datenschutzgesetze Anwendung (Art. 2 Abs. 1 *e contrario* DSG). Die zivilrechtlichen Bestimmungen sind im Verhältnis zu den kantonalen Datenschutzbestimmungen als *lex specialis* zu betrachten. Die vorgeschlagene Melderegelung geht den kantonalen Datenschutzbestimmungen vor. Das gilt grundsätzlich auch für die die neu vorgesehenen Regelungen zu Datenerhebungen und Statistiken im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (vgl. dazu vorne Ziff. 2.1.6).

## 6 Bibliografie

### 6.1 Materialien

Botschaft zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (zit. Botschaft KESR)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz) vom 15. April 2015, BBl 2015, S. 3431 ff. (zit. Botschaft Kindesschutz)

Bericht des Bundesrates vom 29. März 2017 «Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutz» (zit. Bericht BR Erste Erfahrungen KESR)

Gutachten «Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht», Roland Fankhauser, Februar 2019 (zit. Gutachten Fankhauser)

Schlussbericht Ecoplan vom 28. August 2019 «Umfrage Kindes- und Erwachsenenschutzrecht - Erhebungen zum Einbezug nahestehender Personen allgemein und zum Umgang mit privaten Beiständen im Besonderen» (zit. Studie Ecoplan)

Bericht des Bundesrates «Gewalt im Alter verhindern» vom 18. September 2020 in Erfüllung des Postulats 15.3945 Glanzmann-Hunkeler vom 24. September 2015 (zit. Bericht BR Gewalt im Alter)

### 6.2 Literatur

BIDERBOST YVO, Der Vorsorgeauftrag in der Beratung - ein Dutzend Fragen der Praxis, Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht, Wädenswil 2020, S. 337–365 (zit. BIDERBOST, ZBGR)

BIDERBOST YVO, Subsidiarität über alles?! (mit Gedanken zu Vollmachten und Urteilsunfähigkeit), in: Der Mensch als Mass, Festschrift für Peter Breitschmid (Hrsg. Ruth Arnet/Paul Eitel/Alexandra Jungo/Hans Rainer Künzle), Zürich 2019, S. 91–111 (zit. BIDERBOST, Mélanges Breitschmid)

BÜCHLER ANDREA / JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2. Auflage, Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-AUTOR/IN, Art ..., N ...)

DELL'ORO FEDERICA / ESTELLE DE LUZE, La legittimazione al reclamo nel diritto di protezione: particolarità del ruolo delle persone vicine all'interessato e dei terzi, Rivista ticinese di diritto II-2021, S. 799–824

HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Auflage, Bern 2021

GEISER THOMAS / FOUNTOLAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-AUTOR/IN, Art. ... N ...)

GEISER THOMAS / WOLF STEPHAN (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 6. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-AUTOR/IN, Art. ... N ...)

Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz, KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, 2012 (zit. KOKES-Praxisanleitung)

MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360-456 CC, 2. Auflage, Genf-Zürich 2022

RENZ NICO, Der Vorsorgeauftrag – eine Tour d'Horizon, FamPra.ch 4/2021, S. 934-965 (zit. RENZ, FamPra.ch)

RENZ NICO, Der Vorsorgeauftrag und seine Validierung, Diss. Zürich, 2020

SCHMID JÖRG (Hrsg.), Zürcher Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 388-404 ZGB, Der Erwachsenenschutz, Die behördlichen Massnahmen, Allgemeine Grundsätze - Die Beistandschaften, Erster Teilband, Zürich 2021 (zit. ZK-MEIER, Art. ... ZGB N. ...)