

## Lösungsskizze Kindes- und Erwachsenenschutzrecht FS 2014

Es sei betont, dass diese Lösungsskizze keine Musterlösung, sondern Abbild des Korrekturrasters ist. Unabdingbar für die volle Punktezahl zu den einzelnen Aufgaben sind *Definition*, *Gesetzesnorm* sowie *gute Subsumtion*. Es handelt sich weder um das „einzig richtige“ Prüfschema, noch um die „einzig richtige“ Lösung. Die Punkteverteilung erfolgte nach *Argumentationsdichte* und *-stringenz*.

### „Fürsorgliche Witwen“

#### Fall A (36 Punkte / 40 %)

<b>Frage 1: Wie ist das Verhältnis von Frau G. und Lars nach geltendem Recht zu ordnen (Eintritt der Volljährigkeit von Lars nach dem 1.1.2013)?</b>	
<b>Ende der elterlichen Sorge</b>	
Gemäss Art. 296 Abs. 1 ZGB stehen Kinder, solange sie unmündig sind, unter elterlicher Sorge. Diese endet somit mit der Volljährigkeit des Kindes (Art. 296 Abs. 1 ZGB e contrario). Wenn bei Lars die Volljährigkeit eintritt, entfällt somit die elterliche Sorge der Mutter ex lege.	<b>1</b>
<b>Voraussetzungen Erwachsenenschutzmassnahmen</b>	
Zu prüfen ist, ob allenfalls eine Erwachsenenschutzmassnahme einzuleiten ist. Die Voraussetzungen sind in Art. 389 f. ZGB geregelt. Wenn die Unterstützung durch Familie, andere nahestehende Personen, private oder öffentliche Dienste gemäss Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nicht ausreicht oder von vorneherein als ungenügend erscheint, keine ausreichenden eigenen Vorkehren getroffen worden sind und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht greifen (Subsidiarität und Verhältnismässigkeit), ist eine Erwachsenenschutzmassnahme anzuordnen.  Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB setzt das Vorliegen eines Schwächezustandes sowie die fehlende Fähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, voraus. Ein Schwächezustand kann in einer geistigen Behinderung, psych. Störung oder in einer ähnlichen in der Person gründenden Beeinträchtigung liegen. Der Schwächezustand und das Unvermögen müssen „eine relevante Gefährdung des Wohles der betroffenen Person“ zur Folge haben (BSK Erw.Schutz-HENKEL, Art. 390 N 4).	<b>2</b>
Bei Lars liegt eine geistige Behinderung vor, die ihn in seiner Befähigung, die eigenen Angelegenheiten selbstbestimmt zu besorgen, weitestgehend einschränkt. Seine Lese- und Rechenschwäche sind offenkundig. Es ist davon auszugehen, dass er nicht in der Lage ist, sein eigenes Vermögen/Einkommen zu verwalten, Behördengänge ohne Unterstützung und Vertretung wahrzunehmen sowie in vielen Lebensbereichen teilweise auf intensive Unterstützung angewiesen ist. Zwar leistet die Mutter familiäre Unterstützung, Lars ist aber aufgrund seiner erheblichen geistigen Behinderung dauerhaft urteilsunfähig und bedarf einer Vertretung. Lars ist bestenfalls nur in ganz engem Rahmen bezüglich geringfügiger Angelegenheiten des täglichen Lebens urteilsfähig. Um rechtswirksam Bindungen einzugehen, ist es daher notwendig, dass er in seinen Angelegenheiten vertreten wird. Die subsidiären Möglichkeiten, die einen Verzicht auf gesetzliche Massnahmen rechtfertigen, reichen nicht aus. Die Anordnung einer Beistandschaft gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist demnach angezeigt.	<b>2</b>
Lars ist dauernd urteilsunfähig, so dass eine umfassende Beistandschaft nach Art. 398 ZGB in Frage käme. Eine solche kommt aber nur in Betracht, wenn die Person besonders hilfsbedürftig erscheint. Sie stellt die Ultima Ratio unter den Beistandschaften dar (Famkomm Erwachsenenschutz-Meier, Art. 398 N 6). Die umfassende Beistandschaft ist jedoch nicht bei jeder dauerhaften Urteilsunfähigkeit angezeigt (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz, 7078;	<b>3</b>

<p>FamKomm Erwachsenenschutz-Meier, Art. 398 N 7 m.w.H.).</p> <p>Eine umfassende Beistandschaft sollte daher nur in Fällen angeordnet werden, in denen die folgenden vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: a) die Person ist dauernd urteilsunfähig, b) bestehendes Bedürfnis nach Personen- und Vermögenssorge, c) Vorhandensein eines ausgedehnten Vertretungsbedürfnisses und d) die Gefahr besteht, dass sich die Person durch ihr Handeln selbst schädigt bzw. ihr Schwächezustand durch andere ausgenutzt wird. Durch seine Tätigkeit als IV-Hilfsgärtner ist Lars in ein auf seine Bedürfnisse gut abgestimmten Umfeld integriert. Er verfügt über eine Tagesstruktur und kann am gesellschaftlichen Leben teilnehmen, unabhängig von häuslichem Einfluss. Im Ergebnis kann von einer gewissen Selbständigkeit ausgegangen werden. Ebenso dürfte er in Bezug auf bestimmte Rechtsgeschäfte urteilsfähig sein. Das Kriterium der besonderen Hilfsbedürftigkeit ist zumindest zu hinterfragen.</p> <p>Vor diesem Hintergrund ist eine kombinierte Beistandschaft (Vertretungs- und Verwaltungsbeistandschaft + Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 393 ZGB + 394/395ZGB + 386 ZGB i.V.m. 397 ZGB als weniger einschneidende Massnahmen vorzuziehen.</p> <p><i>Je nach Argumentation kommt auch die umfassende Beistandschaft in Frage. Möglich wäre auch eine erste „Beobachtungsphase und, je nach Verlauf, die Massnahme nachfolgend anzupassen.</i></p> <p><i>Äusserungen zur Person des Beistandes, insb. zur Eignung bzw. Einsetzung der Mutter als Beistandin, wurden bepunktet, sofern die Frage nicht bei der Frage 3 abgehandelt wurde (Lösungsvorschlag siehe dort).</i></p>	
<p><b>TOTAL Frage 1</b></p>	<p><b>8</b></p>
<p><b>Frage 2</b>  <b>Welchen Einfluss hatte die Einführung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, welches das Institut der erstreckten elterlichen Sorge nicht mehr kennt, auf die altrechtliche bestehende elterliche Sorge gemäss Art. 385a ZGB?</b></p>	
<p>Der SV berührt den Anwendungsbereich des intertemporalen Rechts. Gemäss Art. 14 Abs. 2 SchIT ZGB stehen Personen, die nach bisherigem Recht entmündigt worden sind, mit Inkrafttreten des neuen Rechts unter umfassender Beistandschaft. Inhaber der erstreckten elterlichen Sorge bleiben bis zur Umwandlung der Massnahme von der Pflicht zur periodischen Berichterstattung, Rechnungsablage sowie vom Zustimmungserfordernis für bestimmte Geschäfte befreit. Die Abschaffung der erstreckten elterlichen Sorge erlaubt, dass die nach neuem Recht gestaltete, flexible Ordnung Platz greift. Die Massnahmen können individuell auf die Bedürfnisse der betroffenen Person abgestützt werden, so dass mehr Raum für Entwicklung und Stärkung der Autonomie möglich ist. Ein Hauptkritikpunkt an der erstreckten Sorge bestand nämlich darin, dass in der Praxis das Eltern-Kind-Verhältnis unverändert fortgeführt wurde. Eine altersgerechte Förderung und Entwicklung der erwachsenen, aber entmündigten Kinder wurden durch dieses Rollenverständnis der elterlichen Sorge oft gehemmt. Nach neuem Recht wurden die Eltern den privaten Beiständen gleichgesetzt mit den entsprechenden Rechten und Pflichten, vorbehaltlich Art. 420 ZGB (Rechnungsablage, period. Berichterstattung, Zustimmungserfordernisse). Die Ausnahme in Art. 14 Abs. 2 SchIT gilt denn auch nur für die Übergangsphase, bis die neue Massnahme umgewandelt ist.</p> <p>Lars stand bis zum 31.12.2012 unter dem altrechtlichen Institut der elterlichen Sorge, seit dem 1. 1. 2013 unter umfassender Beistandschaft, bis zu einer</p>	<p><b>5</b></p>

allfälligen Anpassung seiner Massnahme.	
<b>TOTAL Frage 2</b>	<b>5</b>
<b>Frage 3</b> <b>Sehen Sie aufgrund des Sachverhaltes Handlungs- oder Klärungsbedarf seitens der KESB?</b>	
Die Frage zielt darauf ab, ob die Mutter als Beiständin von Lars geeignet ist und ob vorliegend die umfassende Beistandschaft verhältnismässig ist ( <i>sind diese Fragen bereits unter Frage 1 abgehandelt worden, sind die Punkte dort zu vergeben</i> ).  Mutter als Beiständin? Gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB ernennt die Erwachsenenschutzbehörde als Beistand oder Beiständin eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt. Bei besonderen Umständen können mehrere Personen ernannt werden. Bei der Bestellung des Beistandes hat die KESB die Wünsche des Betroffenen und der Angehörigen zu berücksichtigen (Art. 401 Abs. 2 ZGB). Sie ist aber nicht daran gebunden. Die behördlichen Massnahmen haben das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherzustellen.	<b>3</b>
Als Beiständin kommt die Mutter, die Lars bisher betreut hat, in Frage. Die Mutter hat sich bis anhin sowohl in persönlicher als auch materieller Hinsicht mit voller Hingabe um Lars gekümmert. Gemessen am Alter und den vorhandenen Ressourcen von Lars erscheint ihr Verhalten jedoch als überfürsorglich und entwicklungshemmend. Es ist zu befürchten, dass sie ihm jeden Spielraum zur eigenen freien Entwicklung nimmt und ihn stark an sich bindet. Damit unterläuft sie geradezu den Zweck der neu geordneten, massgeschneiderten Massnahmen. Der Umstand, dass Lars' Mutter bereits 65 Jahre alt ist, schliesst die Eignung der Mutter als Beiständin noch nicht aus, das Rentenalter ist für sich allein noch kein Schwächezustand, der eine Massnahme notwendig bzw. ein Mandat unzumutbar macht. Aus dem SV ist zudem nicht ersichtlich, dass sie nicht (mehr) in der Lage ist, ihre Aufgaben als Beiständin wahrzunehmen. Aufgrund der gegenwärtigen Sachlage drängt sich für die Mutter keine Massnahme auf, insbesondere kann keine Beistandschaft zu präventiven Zwecken erfolgen für den Fall, dass sie zukünftig aufgrund altersbedingter Schwächen eventuell ihren Aufgaben nicht mehr nachgehen kann.  In persönlicher Hinsicht ist allerdings zu fragen, ob die Mutter sich nicht in einem Interessenkonflikt befindet durch die übermässige Bindung des Sohns an sich. Sie scheint sich weniger als Beiständin denn als die Mutter eines nichterwachsenen Kindes zu verstehen, das aufgrund seiner geistigen Behinderung eingeschränkt ist.  Da der vorliegende Interessenkonflikt generell das ganze Mutter-Sohn-Verhältnis beschlägt, wäre allenfalls die ganze oder teilweise Absetzung der Mutter als Beiständin gemäss Art. 413 ZGB in Betracht zu ziehen und sie zu ersetzen. Wegen des dauerhaften Potentials für eine Interessenkollision kommt die für punktuelle Geschäfte gedachte Ersatzbeistandschaft gemäss Art. 403 Abs. 1 ZGB eher nicht in Betracht. Die Einsetzung eines weiteren Beistandes gemäss Art. 402 Abs. 2 ZGB dürfte an der Zustimmung der Mutter scheitern.  <i>Gegen nahe Angehörige als Beistände sprechen insb. Interessenkonflikte (Erläuterungen zu möglichen Interessenkonflikten dieser Konstellation auch unter den Fragen 4 und 5. Ausführungen zum Interessenskonflikt wurden jeweils einmal bepunktet, unabhängig davon in welcher Frage sie abgehandelt wurden.)</i>	<b>5.5</b>

Umfassende Beistandschaft? Lars ist zwar geistig behindert, aber nicht in dem Masse hilfsbedürftig, als dass nur eine umfassende Beistandschaft in Frage kommt. Die Massnahme sollte in eine weniger einschneidende Massnahme, bspw. in eine Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft, umgewandelt werden.  <i>(Ausführliche Begründung siehe unter Frage 1. Diesbezügliche Ausführung in der Prüfung wurden nur einmal bepunktet.)</i>	<b>1</b>
<b>TOTAL Frage 3</b>	<b>9.5</b>
<b>Frage 4</b> <b>Wie ist die Rechtslage?</b>	
Wer nicht handlungsfähig ist (urteilsfähig und volljährig), vermag durch seine Handlungen grundsätzlich keine rechtlichen Wirkungen herbeizuführen – ausser bei geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens, für die bei Lars Urteilsfähigkeit gegeben sein kann (Art. 19 Abs. 1 und 2 ZGB). Wer unter umfassender Beistandschaft steht, ist von Gesetzes wegen handlungsunfähig (Art. 398 Abs. 3 i.V. m. Art. 17 ZGB). Für handlungsunfähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter unter Vorbehalt absolut höchstpersönlicher Rechte.	<b>1</b>
Der Abschluss eines Mietvertrages ist eher als komplexes Rechtsgeschäft zu qualifizieren und fällt nicht unter die Kategorie der geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens. Durch die umfassende Beistandschaft fehlt Lars die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen (Art. 398 Abs. 3 ZGB). Da das Wohnen auch nicht unter Art. 19 Abs. 2 ZGB (absolut höchstpersönliche Rechte) fällt, hat die Mutter als Beiständin Lars in der Angelegenheit zu vertreten bzw. die Entscheidungsbefugnis.	<b>2</b>
Gemäss Art. 406 Abs 1 ZGB erfüllt der Beistand die Aufgabe im Interesse der betroffenen Person, nimmt, soweit tunlich, auf deren Meinung Rücksicht und achtet deren Willen, das Leben entsprechend den eigenen Fähigkeiten und Wünschen zu gestalten.	<b>1</b>
Lars' Wunsch, eine eigene Wohnung zu beziehen, deutet darauf hin, dass er in diesem Sinne Raum für persönliche Lebensgestaltung und Selbstbestimmung sucht. Im Interesse von Lars wäre es daher Aufgabe der Beiständin zu prüfen, inwiefern dem Wunsch von Lars entsprochen werden kann und allenfalls zu welchen Bedingungen. Aufgrund der umfassenden Beistandschaft ist die Mutter zur rechtlichen Vertretung von Lars befugt. Sie kann in seinem Namen Verträge, insb. auch Mietverträge, abschliessen. Handelt es sich um den Umzug in eine eigene Wohnung, unterliegt der Abschluss des Mietvertrages gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB grundsätzlich nicht dem Zustimmungserfordernis durch die KESB. Diese Bestimmung kommt nur bei einer Unterbringung (bspw. in einem Heim) zur Anwendung, wobei neben dem Wohnaspekt immer auch ein Betreuungs- oder medizinischer Anteil hinzutritt. Auch bezüglich des Auszugs aus der elterlichen Wohnung ist Art. 416 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB nicht anwendbar. Da zwischen Mutter und Sohn bis zu dessen Volljährigkeit ein Obhutsverhältnis im Rahmen der elterlichen Sorge bestand und kein Mietverhältnis, wäre ein Auszug nicht mit der Liquidation eines Haushaltes gleichzusetzen. Grundsätzlich kann die Mutter entgegen dem Wunsch von Lars die Unterschrift verweigern. Die Zustimmung der KESB hat die Mutter nicht einzuholen. Im Rahmen ihrer Rechenschaftspflicht (eine Befreiung von Art. 420 ZGB liegt gemäss SV nicht vor), hätte sie auf Lars' Wunsch hinzuweisen und die Gründe für ihre Ablehnung darlegen müssen.  Lars ist zwar geistig behindert, doch dürfte er im Grossen und Ganzen die Bedeutung einer eigenen Wohnung verstehen; sein Wunsch nach	<b>4.5</b>

<p>Selbstständigkeit ist nachvollziehbar. Immerhin ist Lars in der Lage, einen Beruf auszuüben und einen Teil seines Einkommens selbst zu erwirtschaften. Es ist auch nicht ersichtlich, dass Lars durch den Bezug einer eigenen Wohnung gefährdet wäre bzw. dass von vornherein davon ausgegangen werden muss, dass seine Behinderung den Bezug einer eigenen Wohnung von vornherein ausschliesst. Allenfalls wäre es Lars durch unterstützende Massnahmen möglich, sei es durch die Mutter, die KESB oder andere Hilfspersonen, einen eigenen Haushalt zu führen. Eine weitere Option wäre, Lars in einer betreuten Wohnform unterzubringen, die ihm mehr Raum für Selbstständigkeit bietet und ihn weitgehend dem Einflussbereich der Mutter in Bezug auf seine Selbstbestimmtheit und Lebensgestaltung entzieht. Allein der Umstand, dass Lars wahrscheinlich nicht über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt, ist kein hinreichender Grund, den Wunsch von Lars nicht zu berücksichtigen. Die Unterbringung in einer betreuten Wohnform bedürfte allerdings der Zustimmung der KESB nach Art. 416 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB. Dem Wunsch nach eigenständigerem Wohnen bzw. dem Auszug aus dem Elternhaus stehen keine gewichtigen Gründe entgegen. Die Mutter schiesst mit ihrer Weigerung über das Ziel hinaus und missachtet die Interessen von Lars.</p> <p>Bleibt der Beistand untätig oder handelt er entgegen den Interessen des Betroffenen, kann jede nahestehende oder betroffene Person, die ein Interesse daran hat, gemäss Art. 419 ZGB die KESB anrufen.</p> <p><i>(Ansichten, die Lars aufgrund seiner Behinderung nicht in der Lage sehen, einen eigenen Haushalt zu führen, wurden bei entsprechend nachvollziehbarer Begründung ebenfalls bepunktet).</i></p>	
<p><b>TOTAL Frage 4</b></p>	<p><b>8.5</b></p>
<p><b>Frage 5</b> <b>Wie ist die Rechtslage</b></p>	
<p>Ehefähigkeit setzt gemäss Art. 94 ZGB voraus, dass die Brautleute urteilsfähig (Art. 16 ZGB) sind und das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben. Die Urteilsfähigkeit kann bejaht werden, wenn beide in groben Zügen wissen und verstehen, was eine Ehe bedeutet und welche Wirkungen sie zeitigt. Das Recht zu heiraten ist ein absolut höchstpersönlich Recht gemäss Art. 19b Abs. 2 ZGB und somit vertretungsfeindlich.</p>	<p><b>1</b></p>
<p>Lars und Sonja sind beide volljährig, Es stellt sich aufgrund ihrer geistigen Behinderung die Frage, ob sie in Bezug auf das Wesen der Ehe urteilsfähig sind. Gemäss SV führen und leben beide eine Beziehung, sie wünschen sich als Paar wahrgenommen zu werden und können sich nicht vorstellen, ohne den anderen zu leben. Schon jetzt nehmen sie gegenseitig Unterstützungspflichten wahr. Es kann davon ausgegangen werden, dass sie in Bezug auf die Ehe urteilsfähig sind. Dass sie dabei allenfalls auf unterstützende Massnahmen angewiesen sind, steht dem nicht entgegen.</p> <p><i>(andere Argumentation möglich)</i></p>	<p><b>2</b></p>
<p>Die Zustimmung oder Ablehnung von Frau G. ist aufgrund der vertretungsfeindlichen Natur unerheblich. Es ist Sache des Zivilstandsamtes gemäss Art. 98 Abs. 3 ZGB im Rahmen des Vorbereitungsverfahrens zu klären, ob die Urteilsfähigkeit und damit die Ehefähigkeit der beiden gegeben ist.</p>	<p><b>0.5</b></p>
<p>Es stellt sich die Frage, ob Frau G. Lars den Umgang mit Sonja verbieten kann. Als Beiständin hat die Mutter für das Wohl von Lars zu sorgen. Vorliegend ist jedoch nicht ersichtlich, dass Lars in irgendeiner Form durch den Umgang mit Sonja gefährdet sein soll. Das Umgangsverbot kann vielmehr als eine Verletzung von Lars' Persönlichkeitsrecht (Art. 388, 406 i.V.m. 28 ZGB) gesehen werden. Es ist zudem nicht nachvollziehbar, warum eine Heirat möglich ist, der Umgang aber</p>	<p><b>1.5</b></p>

verboten sein soll. Frau G. kann weder die Heirat noch den Umgang mit Sonja verbieten.	
	5
<b>Total Fall A</b>	<b>36</b>

## Fall B

<p><b>Frage 1</b>  <b>Welche Möglichkeiten der eigenen Vorsorge stehen Frau Prof. V zur Verfügung? Erläutern Sie diese kurz unter Bezugnahme der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen nach Errichtung, Wirkung und Inhalt.</b></p>	
<p><u>Vorsorgeauftrag nach Art. 360 ff. ZGB</u></p> <p>Errichtung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Öffentliche Beurkundung oder eigenhändige Errichtung (Art. 361 Abs. 1 ZGB)</li> <li>• Bei der eigenhändigen Errichtung muss der VA von Anfang bis Ende von Hand geschrieben sein, er ist zu datieren und zu unterschreiben (Art. 361 Abs. 2 ZGB)</li> <li>• Die Verfasserin muss bei der Errichtung handlungsfähig sein (Art. 360 Abs. 1 ZGB). <i>Urteilsfähigkeit reicht nicht aus.</i></li> </ul> <p>Inhalt:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Personensorge, Vermögenssorge, Vertretung im Rechtsverkehr; kann auch Patientenverfügung beinhalten (Art. 360 Abs. 1 ZGB).</li> <li>• Bevollmächtigte können juristische und natürliche Personen sein (Art. 360 Abs. 1 ZGB).</li> <li>• Es können allfällige Ersatzverfügungen getroffen werden, Weisungen erteilt werden (Art. 360 Abs. 2 + Abs. 3 ZGB)</li> </ul> <p>Wirkung:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Vorrang gegenüber gesetzlichen oder behördlichen Massnahmen</li> <li>• Bei Eintritt der Urteilsfähigkeit (Art. 363 Abs. 1 ZGB)</li> <li>• KESB prüft formelle Wirksamkeit (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 1 + 2 ZGB)</li> <li>• Validierung des VA durch die KESB (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB)</li> <li>• KESB prüft Notwendigkeit weiterer Massnahmen (Art. 363 Abs. 2 Ziff. 4 ZGB)</li> <li>• Möglichkeit Existenz und Hinterlegungsort des VA in zentrale Datenbank eintragen zu lassen (Art. 361 Abs. 3 ZGB) (<i>aber nicht den VA selbst</i>)</li> </ul> <p><u>Patientenverfügung nach Art. 370 ff. ZGB</u></p> <p>Errichtung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verfasser ist urteilsfähig</li> <li>• einfache Schriftlichkeit</li> <li>• Datum und Unterschrift</li> </ul>	13

<p>Inhalt</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Anordnungen zu med. Massnahmen, med. Vertretungsperson, nur natürliche Person als medizinische Vertretung</li> <li>• Vertrauensperson nach Art. 432 ZGB</li> <li>• Weisungen</li> <li>• Ersatzverfügungen</li> </ul> <p>Wirkung</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Wirksamkeit bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit</li> <li>• keine Validierung durch die KESB</li> <li>• Grundsätzliche Verbindlichkeit</li> <li>• Existenz und Hinterlegungsort kann auf der Versichertenkarte eigentragen werden (<i>nicht aber die Patientenverfügung an sich</i>)</li> </ul> <p>Einzelvollmachten Gewillkürte Stellvertretung gemäss Art. 32 OR in Bezug auf bestimmte Geschäfte (Banken, Vermögensberatung etc.) ist zumindest gemäss einem Teil der Lehre zulässig, sofern die Gültigkeit der Vollmacht nicht erst auf den Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit hin erstellt wird (Vorrang Vorsorgevertrag), also schon bei Urteilsfähigkeit gilt.</p> <p><i>(Widerruf und Ausführungen zu Auslegung, Ausführung, Rechtsschutz etc. wurden nicht bepunktet)</i></p>	
<p><b>Frage 2</b> <b>Frau Prof. V legt Ihnen die Patientenverfügung zur Beurteilung vor. Zu welchen Schlüssen kommen Sie als BeraterIn?</b></p>	
<p>Damit eine Patientenverfügung gültig ist, muss der Verfasser urteilsfähig sein und müssen die Formvorschriften eingehalten werden.</p> <p>Vorliegend kann mangels Hinweisen aus dem SV davon ausgegangen werden, dass die Patientenverfügung datiert und unterschrieben ist. Zu fragen ist allerdings, ob die Verwendung einer Mustervorlage genügt. Gemäss h.L ist die Verwendung einer Vorlage zulässig. Da einfache Schriftlichkeit genügt, reicht es aus, einen maschinengeschriebenen Text oder einen Vordruck zu verwenden. Die Verwendung der Mustervorlage durch V. steht der Gültigkeit demzufolge nicht entgegen.</p> <p>Die Urteilsfähigkeit wird gemäss Art. 16 ZGB vermutet. Die Vermutung gilt nur dort nicht uneingeschränkt, wo objektive Zweifel an der Urteilsfähigkeit sich geradezu aufdrängen. Aus dem SV geht hervor, dass sich bei V. zumindest erste Anzeichen einer Demenz manifestieren. Jedoch reichen die einzelnen „Aussetzer“ nicht aus, um die Vermutung umzustossen. V. ist sich ihrer Einschränkungen ja gerade sehr bewusst und trifft deshalb gezielt und in nachvollziehbarer Weise vorsorgliche Massnahmen. Die Urteilsfähigkeit dürfte trotz beginnender Demenz noch gegeben sein.</p> <p>V. setzt Herrn König als „Vertrauensperson“ ein. Dieser Begriff ist in diesem Kontext auslegungsbedürftig. Das Institut der Vertrauensperson im Sinne des Gesetzes ist in Art. 432 ZGB in Zusammenhang mit einer FU verankert. Diese soll im Falle einer FU beratend und unterstützend zur Seite stehen, verfügt jedoch über keine medizinischen Entscheidungsbefugnisse. Im Vordergrund stehen Behandlungen von psychischen Störungen, wobei im Rahmen des Behandlungsvertrages die Vertrauensperson gegebenenfalls beizuziehen ist. Da V aber klar die Vertretung bei med. Entscheidungen im Fokus hatte, ist der Begriff nach der med. Vertretung im Sinne von Art. 378 ZGB auszulegen. Eine allfällige terminologische Anpassung wäre zu empfehlen.</p>	<p><b>12</b></p>

<p>V verfügt im Weiteren die Organisation der privaten Pflege zu Hause durch Herrn König im Sinne einer Weisung. Die Organisation der Pflege zu Hause gehört zur Personensorge, die nur Gegenstand des Vorsorgeauftrages gemäss Art. 360 ff. ZGB sein kann. Damit sind die Formvorschriften vorliegend für diese Anordnung nicht erfüllt.</p> <p>Grundsätzlich ist die Ausstellung einer Vollmacht über den Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit hinaus möglich. Soll die Vollmacht aber erst auf den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit hin wirksam werden, so handelt es sich um eine Anordnung der Vermögenssorge, die ebenfalls dem Vorsorgeauftrag nach Art.360 ff. ZGB als lex specialis unterliegt. Es ist demnach zu unterscheiden, ob die Vollmacht bereits vor Eintritt der Urteilsfähigkeit Wirkung entfaltet oder erst auf diesen Zeitpunkt hin.</p> <p><i>Da eine nähere Spezifizierung in Bezug auf den Wirkungszeitpunkt der Vollmacht dem SV nicht zu entnehmen ist, wurden beide Annahmen bepunktet.</i></p>	
<p><b>Frage 3</b>  <b>Die Bank weigert sich dennoch, die Zahlungsaufträge auszuführen mit dem Verweis auf fehlende Vertretungsrechte. Zu Recht?</b></p>	
<p>Es stellt sich Frage, auf welcher Rechtsgrundlage Herr König eine Berechtigung zur Vertretung von V ableiten kann für die in Frage kommenden Vermögensdispositionen.</p> <p>Aus Vollmacht?  Wie unter Frage 2 ausgeführt, leidet die Vollmacht, sofern sie auf den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit gerichtet war, unter einem Formmangel, da sie nicht im Rahmen eines formgültigen Vorsorgeauftrages erteilt wurde. Selbst wenn davon ausgegangen wird, dass die Vollmacht formell gültig ist, so beschränkt sich der Vollmachtsumfang ausschliesslich auf die Entlohnung allfälligen Pflegepersonals. Umbauarbeiten, wenn auch zu Pflegezwecken, sowie „gewöhnliche Unterhaltskosten“ sind vom Vollmachtsumfang nicht gedeckt. Aus der Vollmacht lässt sich demzufolge keine Vertretungsbefugnis ableiten.</p> <p>Aus Vorsorgevertrag oder Patientenverfügung?  Vermögensrechtliche Dispositionen sowie Aspekte der Personensorge können nur Gegenstand eines Vorsorgeauftrages sein. Da V. keinen VA erstellt hat bzw. nicht formgültig erstellt hat, kann Herr König hieraus nichts für sich ableiten. Zudem hat V. gemäss SV in der PV auch keine entsprechende Regelung getroffen. Zwar hat V. Herrn König als medizinische Vertretungsperson eingesetzt. Die Vertretung erfasst aber nur die Zustimmung bzw. Ablehnung medizinischer Massnahmen.</p> <p>Aus gesetzlicher Vertretung nach Art. 374 ZGB?  Die gesetzliche Vertretung nach Art. 374 ZGB gilt nur für Ehegatten oder eingetragene Partnerschaften. Aus dem SV geht hervor, dass V. und Herr König lediglich im Konkubinatsleben leben. Die Vertretungsrechte nach Art.374 ZGB kommen vorliegend nicht zur Anwendung</p> <p>Aus Art. 377 ZGB?  Bei den Art. 377 ff. ZGB handelt es sich wiederum nur um die medizinische Vertretung. V. hat Herrn König bereits in ihrer PV gültig als medizinische Vertretung eingesetzt (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Aus Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB kann zudem eine gesetzliche Vertretungsbefugnis zugunsten von Herrn König abgeleitet werden, da er mit der Betroffenen im gleichen Haushalt lebt und</p>	<p><b>12</b></p>

<p>regelmässigen persönlichen Beistand leistet. Aber auch hier gilt der Vertretungsumfang nur in Bezug auf die medizinischen Massnahmen.</p> <p>Aus Gesellschaftsvertrag?  Zu fragen ist, ob Herr König allenfalls Ansprüche auf Unterhaltsleistungen hat, da bis anhin offenbar die einvernehmliche Regel galt, dass V. vollumfänglich für die Unterhaltskosten aufkommt. Da die beiden nicht verheiratet sind, entfällt ein Anspruch aus ehelichem Unterhalt nach Art. 163 Abs. 2 ZGB. Auf Konkubinate finden analog die Regelungen der einfachen Gesellschaft nach Art. 530 ff. OR Anwendung. Es ist fraglich, ob die Fortführung der Gesellschaft von beiden gewollt ist, wenn V. die Handlungsfähigkeit verliert. Aus dem SV geht nicht hervor, dass Entsprechendes im Gesellschaftsvertrag geregelt ist. Hinzu kommt dass die Zulässigkeit aufgrund einer allfälligen Interessenskollision bei Herrn König zum Nachteil von V. nicht wirksam sein dürfte. Eine nachträgliche Genehmigung durch V. scheint aufgrund ihres Gesundheitszustandes ausgeschlossen. Selbst wenn zwischen V. und Herrn König eine entsprechende Vereinbarung für den Fall ihrer Urteilsfähigkeit vorgesehen wäre, hätte V. einen formgültigen VA erstellen müssen. Eine rein mündliche Vereinbarung reicht nicht aus und ist zudem gegenüber der Bank nur schwer nachweisbar.</p> <p>Die Bank durfte die Zahlungen zu Recht verweigern.</p>	
<p><b>Frage 4</b>  <b>Was kann Herr König unternehmen?</b></p>	
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Klage auf Leistungserfüllung gemäss Art. 397 ff. ZGB i.V.m. Art. 98 OR. Die Klage dürfte allerdings aus den oben genannten Gründen nicht erfolgreich sein, da Herr König aufgrund der fehlenden Bevollmächtigung die Aktivlegitimation fehlt.</li> <li>• Vertretungsbefugnis durch Beistandschaft  Herr König kann bei der KESB Meldung gemäss Art. 443 ZGB erstatten und den Antrag stellen, ihn als Beistand mit den entsprechenden Befugnissen, insbesondere die vermögensrechtliche Vertretung, einzusetzen.</li> </ul> <p>Die KESB ist an den Antrag von Herrn König nicht gebunden, sondern entscheidet nach den Grundsätzen von Art. 400 ff. ZGB. Gemäss Art. 402 Abs. 2 ZGB berücksichtigt die KESB aber, soweit tunlich, die Wünsche der Angehörigen und anderer nahestehender Personen. Vorliegend wird die KESB genau prüfen, ob nicht eine Interessenskollision nach Art. 403 ZGB vorliegt.</p>	<b>6</b>
<p><b>Frage 5</b>  <b>Wie ist die Rechtslage?</b></p>	
<p>Die Bevollmächtigung für die medizinischen Vertretung nach Art. 377 ff. ZGB umfasst das Recht zum Abschluss eines Heim- und Pflegevertrages nach Art. 382 ZGB. Herr König ist daher aufgrund seiner Bevollmächtigung als medizinischer Vertreter befugt, den Heimvertrag abzuschliessen.</p> <p>Wehrt sich der oder die Betroffene gegen die Unterbringung in ein Heim, kommen die Bestimmungen gemäss FU (Art. 426 ff. ZGB) zur Anwendung. Die Einweisung in ein Heim erfordert im Gegensatz zu einer psychiatrischen Einrichtung zur Behandlung einer psych. Störung per se keine FU, wenn sich die Person nicht wehrt.</p> <p>Vorliegend wehrt sich V. zwar nicht. Es ist aber denkbar, dass sie sich aufgrund ihrer Lähmung nicht äussern kann. Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit, ob</p>	<b>11</b>

<p>eine Person sich lieber zu Hause oder im Heim aufhalten will, dürften nicht allzu hoch sein. Aufgrund der Lähmung kann aber nicht einfach auf eine Zustimmung geschlossen werden. Auch wäre die Urteilsfähigkeit hinsichtlich dieser spezifischen Frage genau zu prüfen. Vor allem auch weil davon auszugehen ist, dass ihr mutmasslicher Wille (Pflege zu Hause) der Heimplösung widerspricht.</p> <p>Es ist daher anzunehmen, dass Herr König mit der Heimeinweisung gegen die Interessen von V. verstösst. Die KESB kann in diesen Fällen gemäss Art. 373 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB vom Betroffenen oder nahestehenden Person angerufen werden. Der Kreis der Aktivlegitimierten ist weit auszulegen. Allenfalls käme auch die Heimleitung oder der behandelnde Arzt in Frage. Herr König wird sich als Urheber der Interessensgefährdung hüten, die KESB anzurufen.</p> <p>Aufgrund des Verweises in Art. 373 Abs. 2 auf 368 ZGB (Vorsorgeauftrag) könnte die KESB auch von Amtes wegen einschreiten, sofern sie von der Interessensgefährdung Kenntnis erhält. Vorliegend wären demzufolge die Voraussetzungen einer FU zu prüfen.</p> <p>Gemäss Art. 426 ZGB kann eine Person fürsorgerisch untergebracht werden, wenn sie an einer psychischen Störung leidet, eine geistige Behinderung aufweist oder schwer verwahrlost ist und eine notwendige Behandlung oder Betreuung nicht anders gewährleistet werden kann.</p> <p>V. hat gemäss SV einen irreversiblen Gehirnschaden erlitten und ist somit geistig behindert und dauerhaft urteilsunfähig. Zudem ist sie gemäss SV gelähmt. Diese Umstände lassen darauf schliessen, dass V. auf medizinische Betreuung und Pflege rund um die Uhr angewiesen ist. Fraglich ist allerdings, ob V. zur Behandlung und Betreuung zwingend untergebracht werden muss.</p> <p>Der Betreuung und Pflege zu Hause steht grundsätzlich auch bei einer Vollbetreuung nichts entgegen. Entsprechende Umbauarbeiten sowie die Organisation privaten medizinischen Personals wären aufgrund der wohl situierten Lage von V. ohne weiteres möglich. Damit ist eine Einweisung nicht zwingend und eine FU nicht geboten.</p> <p>Um die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, müsste die KESB allerdings eine Beistandschaft nach Art. 390 ff. ZGB mit den entsprechenden Aufträgen errichten.</p>	
<b>Total Fall B</b>	<b>54</b>
<b>Gesamttotal</b>	<b>90</b>