

Im Vorfeld des Vorsorgeauftrags: Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.)



Peter Breitschmid

Prof. Dr. iur. Professor für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB an der Universität Zürich



Isabel Matt

lic. iur.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. BGE 134 III 385 ff. – Sachverhalt und Erwägungen
 - A. Sachverhalt
 - B. Erwägungen
- III. Vorsorgevollmacht und Vorsorgeauftrag
 - A. Allgemeines
 - B. Begriff der (bisherigen) Vorsorgevollmacht
 - C. Begriff des Vorsorgeauftrages im neuen Erwachsenenschutzrecht
 - D. Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Errichtung und des Widerrufs einer Vorsorgevollmacht bzw. eines Vorsorgeauftrages
 - E. Die Kontrolle des Bevollmächtigten bzw. Beauftragten
- IV. Die Beistandschaft
 - A. Die kombinierte Beistandschaft im noch bis Dezember 2012 geltenden Recht

- B. Die Beistandschaft im neuen Erwachsenenschutzrecht
- V. Das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten nach Art. 374 nZGB
- VI. Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und Handlungspflicht der Behörden
- VII. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 13 BV)
- VIII. Was lehrt BGE 134 III 385?
- Literaturverzeichnis
- Quellen

I. Einleitung

Vor dem Inkrafttreten der neuen Erwachsenenschutzgesetzgebung per 1. Januar 2013 wartet man mit Interesse darauf, wie sich die *private Vorsorge* und die *massgeschneiderten Massnahmen* des neuen Rechts entwickeln werden. BGE 134 III 385, der eine private Vollmachtslösung unter noch geltendem Recht «gebremst» und eine behördliche Massnahme gefordert hatte, schien quer zur Rechtsentwicklung zu stehen. Bei näherer Betrachtung macht dieser (wichtige und richtige) Entscheid aber nur deutlich, dass «private» und «staatliche» Vorkehren eng verflochten und aufeinander abzustimmen sind (vgl. Art. 368 nZGB); so wie das persönliche Umfeld behördlich angeordnete Vorkehren beobachtet, hat die Behörde das Funktionieren einer unabhängigen und uneigennütigen privaten Vertretungslösung zu gewährleisten. Private Lösungen können kein Interventionsverbot gegenüber den zuständigen staatlichen Instanzen enthalten – anders zu entscheiden, würde nicht nur Art. 27 ZGB verletzen, sondern letztlich einen rechtsfreien Raum schaffen.

II. BGE 134 III 385 ff. – Sachverhalt und Erwägungen

A. Sachverhalt

D. X. (geboren 1916) war Gesamteigentümer an 96,25 % der Aktien der X Holding AG (VR-Präsident mit Einzelunterschrift) und seit über zwanzig Jah-

Pflegerecht–2012– 224

ren verheiratet mit C. X., mit der er den gemeinsamen Sohn B. X. hat. Aus seiner ersten Ehe stammen die Töchter F. und G. C war alleinige Geschäftsführerin aller zur Holding gehörenden Gesellschaften. Nach der Sachverhaltsdarstellung in BGE 134 III 386 lebten die Ehegatten seit dem 6. April 2006 getrennt; dies, nachdem D. nach einem Spitalaufenthalt von Nachkommen aus erster Ehe in die Rehabilitation verbracht worden war und am 3. April seiner Tochter F. und Rechtsanwalt R. eine Generalvollmacht eingeräumt hatte. C. ersuchte am 10. April 2006 um vormundschaftliche Massnahmen für D, da dieser an einer Demenzerkrankung leide, nicht mehr urteilsfähig sei und massiv manipuliert werde, weshalb er die seinen Interessen zuwiderlaufenden Generalvollmachten unterzeichnet habe. Die Vormundschaftsbehörde wies den Antrag ab; ebenso der Bezirksrat die

gegen diesen Beschluss erhobene Beschwerde. Das Obergericht wies die gegen den Beschluss des Bezirksrates erhobenen Rechtsmittel ebenfalls ab.¹

B. Erwägungen

Das Bundesgericht erwog, dass auf vormundschaftliche Hilfe nur verzichtet werden dürfe, «wenn der hilfsbedürftige Vollmachtgeber jederzeit in der Lage ist, die von ihm eingesetzten Personen wenigstens grundsätzlich zu kontrollieren und zu überwachen und nötigenfalls auch zu ersetzen [...]. Zu bedenken ist ferner, dass eine allfällige gegenseitige Kontrolle der bevollmächtigten Personen unter sich eine Überwachung durch den Beschwerdegegner nicht etwa zu ersetzen vermöchte, würde jene doch keine Gewähr dafür bieten, dass tatsächlich dessen Interessen verfolgt werden. Ungenügend ist auch die [...] Kontrolle durch die Vormundschaftsbehörde, wäre doch letztere [...] darauf angewiesen, von allfälligen Missbräuchen oder von einer Gefährdung der Interessen des Beschwerdegegners zuerst Kenntnis zu erhalten. Selbst dann, wenn die Vormundschaftsbehörde von Zeit zu Zeit von sich aus Abklärungen trafe [...], wäre dies [...] angesichts der Komplexität der Verhältnisse im geschäftlichen Bereich unzureichend.»² Aus diesen Gründen sah das Bundesgericht im geschilderten Fall die Voraussetzungen einer kombinierten Beistandschaft i. S. v. Art. 392 Ziff. 1 (Vertretungsbeistandschaft) und Art. 393 Ziff. 2 ZGB (Verwaltungsbeistandschaft) als gegeben an.³

III. Vorsorgevollmacht und Vorsorgeauftrag

A. Allgemeines

Pro Jahr erkranken in der Schweiz ungefähr 25 000 Personen an einer Form der Demenz, 2010 waren schätzungsweise rund 110 000 Personen von dieser Krankheit betroffen.⁴ «Als Demenz bezeichnet man einen Zustand des Gehirns, bei dem im Vergleich zu früher mehrere Fähigkeiten gestört sind. Bei allen Demenzen ist das Gedächtnis beeinträchtigt [...], zusätzlich aber noch mindestens ein weiterer Bereich wie Sprache, Handeln, Erkennen von Menschen oder Gegenständen oder Planen und Organisieren von alltäglichen Dingen.»⁵ Des Weiteren kann die Urteilsfähigkeit aufgrund von Unfällen oder anderen Krankheiten entfallen.⁶

Um das Selbstbestimmungsrecht urteilsunfähig gewordener Personen bestmöglich zu wahren, wird im neuen Erwachsenenschutzrecht das Institut des Vorsorgeauftrags eingeführt (Art. 360–369 nZGB).⁷ So kann eine «handlungsfähige Person [...] eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten.»⁸ Im noch bis 31. Dezember 2012 geltenden Vormundschaftsrecht fand sich kein solches Instrument, aber es wurde bei Weitem nicht für jede urteilsunfähige Person eine behördliche Massnahme angeordnet. Entscheidend war im Einzelfall, ob der schutzbedürftigen Person auf andere Weise die benötigte Hilfe gewährt werden konnte oder ob sie in ihren konkreten Lebensverhältnissen solcher Hilfe überhaupt bedurfte.⁹ Bislang wie auch unter revidiertem Recht empfiehlt sich, je nach persönlichen Verhältnissen und Ansprüchen, rechtzeitig festzulegen, wer

im Falle der eigenen Urteilsunfähigkeit die persönliche Betreuung übernehmen soll und wer einer allenfalls notwendigen medizini-

Pflegerecht–2012– 225

schen Massnahme zustimmen oder vermögensverwalterische (oder gar – wie im vorliegenden Fall – letztlich unternehmerische) Massnahmen treffen kann, sodass nicht ein staatliches Eingreifen unausweichlich wird.¹⁰ Dieses Ziel konnte unter geltendem Recht je nach Profil durch (General-/Vorsorge-)Vollmachten und spezifische Beauftragungen erreicht werden, nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts (bzw. mit Blick auf dessen Inkrafttreten) durch das Verfassen eines Vorsorgeauftrags, allenfalls in Kombination mit einer Patientenverfügung (Art. 370–373 nZGB). Zu beachten (und problematisch) ist stets, dass zwischen der Vorsorge und dem Eintritt des Vorsorgefalls unter Umständen eine nicht unbeträchtliche Zeitspanne liegt.¹¹

B. Begriff der (bisherigen) Vorsorgevollmacht

Die Vollmacht ist zu qualifizieren als «einseitiges, empfangbedürftiges, vom Grundverhältnis losgelöstes [...] Rechtsgeschäft, das dem Bevollmächtigten – bzw. dem Vertreter – die Befugnis verschafft, den Vollmachtgeber Dritten gegenüber zu vertreten».¹² Ist nichts anderes vereinbart, so erlischt die Vollmacht mit dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers (Art. 35 Abs. 1 OR).¹³ Folglich können Vollmachtgeber und Bevollmächtigter gültig vereinbaren, dass die Vollmacht auch nach Eintritt der Handlungsunfähigkeit beim Vollmachtgeber weiter bestehen soll.¹⁴ Enthält die Vollmacht rechtsgeschäftliche Anordnungen, die den Bevollmächtigten zu umfassenden, vermögens- und personensorgerechten Vorkehren im Namen des Vollmachtgebers ermächtigen, so liegt eine eigentliche Vorsorgevollmacht vor.¹⁵ Aufgrund ihrer Natur ist sie auch nach Eintritt der Urteils- und somit der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers noch gültig; es handelt sich nicht um eine gegen Art. 27 ZGB verstossende «verdrängende Vollmacht», da keineswegs «Kapitulation» und Selbstaufgabe, sondern geradezu noch Selbstverwirklichung für eine Phase eingeschränkter Handlungsfähigkeit angestrebt wird.¹⁶

Eine (Vorsorge-)Vollmacht kann eingeräumt werden, ohne dass gleichzeitig ein Auftrag erteilt wird. Regelmässig dürfte dem Bevollmächtigten aber auch ein einfacher Auftrag erteilt werden; Vollmacht und Grundverhältnis sind aber grundsätzlich voneinander unabhängig.¹⁷ Wie die Vollmacht erlischt auch der Auftrag mit dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Auftraggebers, sofern die Parteien nicht das Gegenteil vereinbart haben oder dieses sich aus der Natur des Geschäftes ergibt (Art. 405 Abs. 1 OR). Die Entmündigung des Vollmachtgebers stellt sodann einen zwingenden Erlöschensgrund dar, d. h. der Auftrag entfällt auch in Fällen, in denen der Vollmachtgeber anderslautende Anordnungen erteilt hat.¹⁸ Fortgeführt werden kann das Auftragsverhältnis jedenfalls dann, wenn der gesetzliche Vertreter des Handlungsunfähigen hierzu seine Zustimmung erteilt.¹⁹ Da vormundschafts-/erwachsenenschutzrechtliche Mandate nach heutigem Verständnis nicht tabula rasa, sondern sinnvolle (wenn auch überwachte und begleitete) Kontinuität gebieten, sind gewachsene

Vertretungsstrukturen nach dem Grundsatz der Subsidiarität und Komplementarität behördlicher Massnahmen zu integrieren.

Die Frage, ob durch die Vorsorgevollmacht wirklich ein Höchstmass an Selbstbestimmung erreicht werden kann, wird von SCHWAB zutreffend tendenziell verneint: Zwar werde durch die Vorsorgevollmacht ein «Höchstmass an privatautonomer Gestaltung des Fürsorgefalles» garantiert, doch fallen die beiden wesentlichen Zeitpunkte – derjenige, in dem die Vollmacht erteilt, und derjenige, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird – auseinander, sodass bei Eintritt des Fürsorgefalles die Vollmacht unter Umständen nicht mehr dem wirklichen Willen des Vollmachtgebers

Pflegerecht–2012– 226

entspricht und zusätzlich stets die Gefahr des Missbrauchs der Vollmacht durch den Bevollmächtigten besteht.²⁰ Wie immer bei Hilfsbedürftigkeit: eine gewisse «Krisenhaftigkeit» des Kontexts schafft Risiko- und Konfliktpotenzial. Die Materie ist und bleibt dem Bereich der «Reparaturarbeit»²¹ zugeordnet.

C. Begriff des Vorsorgeauftrages im neuen Erwachsenenschutzrecht

Im neuen Erwachsenenschutzrecht (Inkrafttreten am 1. Januar 2013²²) wird die Vorsorgevollmacht in Gestalt des Vorsorgeauftrags an prominenter Stelle, nämlich gleich zu Beginn der Novelle, explizit geregelt (Art. 360 ff. nZGB). Es unterstreicht dies ein zentrales Anliegen der Revision, nämlich die Förderung des Selbstbestimmungsrechts sowie die Stärkung der Solidarität in der Familie (und gleichzeitige Entlastung des Staates) mittels Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung.²³

Durch die Errichtung eines Vorsorgeauftrages kann eine handlungsfähige Person eine andere Person beauftragen, im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit die Personen- und/oder Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten (Art. 360 Abs. 1 nZGB).²⁴ Der Vorsorgeauftrag ist somit suspensiv bedingt; Bedingung ist die Urteilsunfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers.²⁵ Die beauftragte Person hat ihre Aufgaben nach den im OR enthaltenen Bestimmungen über den Auftrag sorgfältig wahrzunehmen (Art. 365 Abs. 1 nZGB). Geschuldet ist sorgfältiges Tätigwerden i. S. d. Art. 398 Abs. 2 OR, wobei die Sorgfaltspflicht sich nach objektiven Kriterien («abstrakter Sorgfaltsmassstab») bemisst²⁶ (was allerdings nichts daran ändert, dass namentlich personenbezogene Belange einem vorab subjektiven Massstab folgen, was die Interessenwahrung der vertretenen Person betrifft).

Im Gegensatz zur Vorsorgevollmacht, welche nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, ist der Vorsorgeauftrag entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich beurkunden zu lassen (Art. 361 Abs. 1 nZGB).²⁷

Vorsorgevollmachten, die noch vor Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts erteilt wurden, werden nach diesem Zeitpunkt vollumfänglich gültig bleiben (Art. 1 Abs. 2 SchIT ZGB).²⁸ Des Weiteren soll auch nach dem 1. Januar 2013 der Abschluss neuer obligationenrechtlicher Aufträge, welche die Personen- und/oder Vermögenssorge zum Gegenstand haben und die bereits vor Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers Wirkung entfallen sollen, zulässig sein, insbesondere da so die eigene Vorsorge bereits vor dem Zustand dauernder Urteilsunfähigkeit einsetzen kann.²⁹ Dagegen wird die Möglichkeit der Erstellung neuer obligationenrechtlicher Aufträge zur

Pflegerecht–2012– 227

Personen- und Vermögenssorge, welche erst mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers wirksam werden sollen, in der Lehre verneint. Diese Fälle sollen von Art. 360 ff. nZGB abschliessend geregelt werden.³⁰

D. Urteilsfähigkeit als Voraussetzung der Errichtung und des Widerrufs einer Vorsorgevollmacht bzw. eines Vorsorgeauftrages

Sowohl die Bevollmächtigung – also diejenige Willenserklärung, durch die der Erklärende einem anderen das Recht einräumt, ihn Dritten gegenüber zu vertreten³¹ – als auch die Errichtung eines Vorsorgeauftrages setzen Urteilsfähigkeit des Errichtenden (im Umfang der erteilten Befugnisse) voraus. Für den Vorsorgeauftrag ergibt sich dies aus Art. 360 nZGB, für die Bevollmächtigung aus Art. 12 ZGB.³² Urteilsfähig i. S. v. Art. 16 ZGB ist, wer über die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, verfügt, somit Sinn, Nutzen und Folgen seines Verhaltens einsehen und abwägen kann.³³ Vernunftgemässes Handeln liegt immer dann vor, wenn es «innerlich kohärent erscheint und auf einer wertenden – und sei es auch in unseren Augen «unvernünftigen» oder falschen – Einschätzung der Tatsachen beruht». ³⁴ Darüber hinaus setzt die Urteilsfähigkeit die Willensstärke, fremder Beeinflussung zu widerstehen und nach eigener Erkenntnis zu handeln, voraus.³⁵ Wer nicht in der Lage ist, Willensbeeinflussung in normaler Weise stand zu halten, ist in Bezug auf die fragliche Handlung dann als urteilsunfähig zu betrachten, wenn tatsächlich eine Beeinflussung stattgefunden hat.³⁶

Die Urteilsfähigkeit wird aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung vermutet, sodass derjenige, der ihr Vorhandensein bestreitet, dies (bzw. Tatsachen, welche den gegenteiligen Schluss nahelegen) zu beweisen hat. Sind jedoch genügend auf Urteilsunfähigkeit hindeutende Anhaltspunkte gegeben, hat derjenige die Urteilsfähigkeit zu beweisen, der sie behauptet. «Führt die Lebenserfahrung – etwa bei Kindern, bei bestimmten Geisteskrankheiten oder altersschwachen Personen – zur umgekehrten Vermutung, dass die handelnde Person ihrer allgemeinen Verfassung nach im Normalfall und mit Wahrscheinlichkeit als urteilsunfähig gelten muss, ist der Beweispflicht insoweit Genüge getan und die Vermutung der Urteilsfähigkeit umgestossen; der Gegenpartei steht in diesem Fall der Gegenbeweis offen, dass die betreffende Person trotz ihrer grundsätzlichen Urteilsunfähigkeit aufgrund ihrer allgemeinen Gesundheitssituation in einem luziden Intervall gehandelt hat.»³⁷ Wird eine öffentliche

letztwillige Verfügung (Art. 498 ff. ZGB) errichtet, haben zwei Zeugen zu bekunden, dass der Erblasser bei deren Errichtung Verfügungsfähig war (Art. 501 Abs. 2 ZGB). Diese Erklärung, wie auch eine diesbezügliche Aussage des beurkundenden Notars, stellen allerdings lediglich ein Indiz zugunsten der Urteilsfähigkeit des Erblassers dar.³⁸ Wird eine Einflussnahme auf die Willensbildung vermutet, so ist je nach Natur der

Pflegerecht–2012– 228

Sache nur darzulegen, dass eine solche aufgrund der gesamten Umstände höchstwahrscheinlich sei; die Wirksamkeit des Beeinflussungsversuchs muss dagegen nicht gesondert nachgewiesen werden.³⁹

Des Weiteren muss die Urteilsfähigkeit lediglich im Hinblick auf das zur Beurteilung stehende Rechtsgeschäft, vorliegend die Erteilung der neuen Generalvollmachten, gegeben sein (Relativität der Urteilsfähigkeit)⁴⁰, wobei ihr Bestand auch im Nachhinein noch überprüft werden darf.⁴¹ Bezüglich der Entgegennahme einer Schenkung oder der Begründung eines Wohnsitzes sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit geringer; steht die Erteilung einer Bankvollmacht oder eines Börsenauftrages zur Diskussion, sind höhere Anforderungen zu stellen.⁴² Steht ein Eingriff in höchstpersönliche Rechte zur Diskussion, so ist Urteilsunfähigkeit wiederum eher zurückhaltend anzunehmen.⁴³ So kann es sein, dass D. X. zwar in Bezug auf die Frage, ob die Erteilung einer Vollmacht notwendig war, noch als urteilsfähig zu betrachten war, nicht aber in Bezug auf die Tatsache, dass er bereits seiner Gattin eine solche erteilt hatte, welche er durch die Erteilung der zwei neuen Vollmachten widerrief.⁴⁴

Beim Vorsorgeauftrag sind nach Ansicht GUTZWILLERS die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit je nach Detaillierungsgrad der enthaltenen Weisungen unterschiedlich hoch.⁴⁵ Ob der notwendige Grad an Urteilsfähigkeit im Einzelfall erreicht wurde und wie der Zustand der Urteilsfähigkeit überhaupt festgestellt werden soll, ist unter Umständen schwierig zu beurteilen.⁴⁶ Wird der Vorsorgeauftrag durch öffentliche Beurkundung errichtet (Art. 361 Abs. 1 nZGB), so hat die Urkundsperson u. a. die Urteilsfähigkeit des Vorsorgeauftraggebers zu prüfen.⁴⁷

Tritt der Vorsorgefall ein, wird also die auftraggebende Person urteilsunfähig, ist ein Widerruf des Vorsorgeauftrages nicht von vornherein unmöglich; er hat grundsätzlich in einer der Formen, die für die Errichtung vorgesehen sind, zu erfolgen (Art. 362 Abs. 1 nZGB).⁴⁸ Wiederum muss die Urteilsfähigkeit lediglich

Pflegerecht–2012– 229

lich in Bezug auf das Geschäft, also den Widerruf, noch als gegeben erachtet werden können, wobei die Anforderungen beim Widerruf des Vorsorgeauftrags weniger hoch als bei seiner Errichtung sein können.⁴⁹

Die Vorsorgevollmacht kann dagegen formfrei widerrufen werden. Wird die Urteilsfähigkeit wiedererlangt, so ruhen die getroffenen Anordnungen.⁵⁰ An die Urteilsfähigkeit dürfen auch in Bezug auf den Widerruf der Vollmacht keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, wenn mit diesem auf einen (persönlichkeitsnahen) Vertrauensverlust reagiert werden soll, doch müssen immerhin subjektiv konkretisierbare Gründe erkennbar sein.⁵¹

Eine «einfache», «formulärmässig» handhabbare Lösung wird sich für derart persönlichkeitsnahe und sensitive Fragen nicht finden lassen – nur differenzierte und differenzierende Sachverhaltsermittlung und Rechtsanwendung im Einzelfall «nahe beim Patienten» (wie die Testamentsauslegung: «in the testator's chair») erlauben, in solchen kaum justiziablen Fälle einigermaßen tragbare Lösungen zu finden. Das fundamentale Problem ist und bleibt, dass grundsätzlich mit Blick auf Art. 27 ZGB eine persönlichkeitsnahe Anordnung um der Persönlichkeit willen leicht widerrufbar sein muss. Könnte allerdings ein einmal geäussertes, überlegter Wille dank unzulänglicher Urteilsfähigkeit leichthin und unbedacht widerrufen werden, so würde dies eine Gefährdung eben dieser Persönlichkeit bedeuten. Die Abstimmung von formal-starrem Schutz und Gespür für die wechselnden Situationen und Befindlichkeiten ist diffizil und wird es bleiben.

E. Die Kontrolle des Bevollmächtigten bzw. Beauftragten

1. Nach altem Recht

Die Kontrolle Vorsorgebevollmächtigter erfolgte nicht nach den Bestimmungen des Vormundschaftsrechts; es gelangten die Bestimmungen über die Vollmacht und den Auftrag zur Anwendung, sodass die Kontrolle grundsätzlich dem Geschäftsherrn oblag. War dieser urteilsunfähig, so war jeweils eine andere Lösung zu finden gewesen: Zu denken ist beispielsweise an die gegenseitige Kontrolle mehrerer Bevollmächtigter oder die Überprüfung von Rechenschaftsberichten durch eine unabhängige (Revisions-)Stelle⁵², letztlich aber doch die Vormundschaftsbehörde (wie im besprochenen Fall), welche die persönliche Situation, die getroffenen Vorkehren und deren Funktionieren (einschliesslich funktionierender checks and balances) zu würdigen hatte, sobald sie von der Schutzbedürftigkeit erfuhr.

Des Weiteren konnte der Vollmachtgeber einer zweiten Person eine Vollmacht erteilen, deren Gegenstand die Überwachung der ersten Vollmacht war (Überwachungsvollmacht).⁵³ Wie SCHWAB ausführt, ist es aber psychologisch schwierig, das einem Vorsorgebevollmächtigten entgegengebrachte Vertrauen durch die Erteilung einer Überwachungsvollmacht wieder zu relativieren. Zudem genügt die Bestellung nur eines Überwachungsbevollmächtigten regelmässig nicht.⁵⁴

Das Bundesgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, dass selbst eine gegenseitige unabhängige Kontrolle der bevollmächtigten Personen eine Kontrolle durch den Vollmachtgeber nicht zu ersetzen vermöge.⁵⁵ Ein behördliches Einschreiten ist immer dann geboten, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr imstande ist, den Bevollmächtigten zu kontrollieren, und eine solche Kontrolle auch durch sein Umfeld

nicht garantiert werden kann.⁵⁶ Der hilfsbedürftige Vollmachtgeber muss jederzeit in der Lage sein, die «eingesetzte Person wenigstens grundsätzlich zu kontrollieren und zu überwachen und nötigenfalls auch zu ersetzen».⁵⁷ Ist dies nicht der Fall, so muss ihm ein Beistand gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB, allenfalls ein Beirat (Art. 395 ZGB) oder ein Vormund (Art. 368 ff. ZGB) bestellt werden, welcher den Bevollmächtigten überwacht oder gar den Auftrag widerruft.⁵⁸

2. Nach neuem Recht

Art. 363 Abs. 2 nZGB sieht vor, dass, wenn ein Vorsorgeauftrag vorliegt, die Erwachsenenschutzbehörde prüft, ob dieser gültig errichtet wurde, die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind, eine geeignete Person beauftragt wurde und ob allenfalls weitere Massnahmen zu ergreifen sind. «Die Feststellung, ob und in welchem Umfang der Vorsorgeauftrag wirksam wird, ist wichtig, da die Erwachsenenschutzbehörde die zum Schutz der urteilsunfähigen Person notwendigen Massnahmen treffen muss [...], wenn der Auftrag nicht zum Tragen kommt oder nur einen Teilbereich der Aufgaben erfasst, die für die urteilsunfähige Person erledigt werden müssen.»⁵⁹

Ausserdem sieht das revidierte Recht ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde (von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person⁶⁰) in Fällen, in denen die Interessen des Auftraggebers gefährdet oder nicht mehr gewahrt werden, vor (Art. 368 Abs. 1 nZGB): Eine Verletzung der Interessen des Auftraggebers ist nicht erforderlich, ebenso wenig ein sorgfaltswidriges Handeln des Beauftragten.⁶¹

In dem BGE 134 III 385 zugrunde liegenden Sachverhalt dürfte allenfalls eine Interessengefährdung i. S. v. Art. 368 Abs. 1 nZGB vorgelegen haben, sodass ein Einschreiten der Behörde auch nach neuem Recht als gerechtfertigt erscheint – zumindest zur Klärung, ob und in welcher Form gegebenenfalls zu intervenieren wäre (vgl. insb. Art. 365 Abs. 2 und 3 sowie Art. 368 nZGB). Bei D. X. bestand, nach den Feststellungen des Zürcher Obergerichts, «ein Schwächezustand in Form einer altersbedingten kognitiven und körperlichen Einschränkung [...], was eine entsprechende Schutz-, Vertretungs- und Betreuungsbedürftigkeit zur Folge» hatte.⁶² Zwar wurden seine rein persönlichen Interessen den bundesgerichtlichen Feststellungen folgend ausreichend gewahrt⁶³, doch liess der zwischen C.X., F. und R. bestehende «Prätendentenstreit» der Familienfraktionen die Vermögenssorge und Vertretung des D. X. im Rechtsverkehr als nicht mehr (zweifelsfrei) gewährleistet erscheinen, sodass die Voraussetzungen für ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 368 Abs. 1 nZGB als gegeben erachtet werden müssten. Namentlich die Vorbringen der C. X., wonach D. X. massiv manipuliert werde und deshalb «Schreiben unterzeichnet habe, deren Bedeutung er nicht erfassen könne», ihr Hinweis auf eine allfällige Rechtswidrigkeit der neu ausgestellten Generalvollmachten und deren möglicher Widerspruch zu D. X.' Interessen könnten auch im Lichte des Art. 368 nZGB nicht unbeachtet bleiben.

Die möglichen Massnahmen werden in Art. 368 Abs. 2 nZGB nicht abschliessend aufgezählt.⁶⁴ Die Erwachsenenschutzbehörde kann der beauftragten Person u. a. Weisungen erteilen, sie zur Einreichung eines Inventars, zu periodischer Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten oder ihr die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen. Des Weiteren muss der Beauftragte aufgrund der Anwendbarkeit von Art. 400 OR jederzeit Rechenschaft über die Geschäftsführung ablegen können.⁶⁵ Angemerkt sei

Pflegerecht–2012– 231

an dieser Stelle noch, dass die Erwachsenenschutzbehörde nicht verpflichtet ist, den Vorsorgebeauftragten dauernd zu beaufsichtigen. Sie verletzt ihre Amtspflichten somit nicht schon, wenn sie sich nicht um die Tätigkeiten des Beauftragten kümmert, sondern erst, wenn ihr (nachweisbar) zur Kenntnis gelangt ist, dass dieser seine Pflichten schlecht wahrnimmt.⁶⁶

IV. Die Beistandschaft

A. Die kombinierte Beistandschaft im noch bis Dezember 2012 geltenden Recht

Ist ein älterer Mensch nicht mehr in der Lage, seine Geschäfte selber zu besorgen, so war nach geltendem Recht in der Regel eine kombinierte Beistandschaft (Art. 392 i. V. m. 393 ZGB) zu errichten (sogenannte «Altersbeistandschaft»⁶⁷). Diese tangierte, wie vormundschaftliche Massnahmen allgemein, das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen, gewährte ihm aber gleichzeitig die benötigte Hilfe.⁶⁸

Eine Altersbeistandschaft war entweder auf Antrag eines Beteiligten oder aber von Amtes wegen zu errichten (Art. 392 ZGB).⁶⁹ Das Verfahren war aber auch von Amtes wegen durchzuführen, wenn ein Antrag eines Beteiligten vorlag; die Offizialmaxime galt vollumfänglich.⁷⁰

Lag eine Vorsorgevollmacht vor, konnte oftmals von der Errichtung einer Beistandschaft abgesehen werden. Die Vormundschaftsbehörde hatte jedoch immer dann einzuschreiten, wenn die Gefahr des Missbrauchs der Vollmacht zum Schaden des Vollmachtgebers bestand oder wenn Entscheide von erheblicher Tragweite zu fällen waren, die der Bevollmächtigte nicht alleine treffen konnte oder wollte.⁷¹

B. Die Beistandschaft im neuen Erwachsenenschutzrecht

Das neue Erwachsenenschutzrecht unterscheidet zwischen Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungs- sowie umfassender Beistandschaft (Art. 393 ff. nZGB); die ersten drei Beistandschaftsarten können miteinander kombiniert werden (Art. 397 nZGB).⁷²

Wird eine Person urteilsunfähig und gelangt dies der Erwachsenenschutzbehörde zur Kenntnis, erkundigt diese sich beim Zivilstandsamt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt (Art. 363 Abs. 1 nZGB).⁷³ Ist dies nicht der Fall, so prüft sie, ob allenfalls Massnahmen nach Art. 388 ff. nZGB anzuordnen sind.⁷⁴

Gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 nZGB ist eine Beistandschaft zu errichten, wenn eine volljährige Person ihre Angelegenheiten aufgrund einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands nicht mehr oder nur noch teilweise selber erledigen kann.⁷⁵ Als psychische Störung gelten neben Psychosen und Psychopathien auch Demenzerkrankungen sowie Alkohol-, Drogen- und Medikamentenabhängigkeit.⁷⁶ Die Handlungsfähigkeit kann dabei, je nach Art der gewählten Beistandschaft, vollumfänglich erhalten bleiben (Art. 393 Abs. 2 nZGB), punktuell eingeschränkt werden (Art. 394

Pflegerecht–2012– 232

Abs. 2 nZGB) oder von Gesetzes wegen teilweise (Art. 396 Abs. 2 nZGB) oder vollumfänglich (Art. 398 Abs. 3 nZGB) entfallen. Zu errichten ist die Beistandschaft auf Antrag der betroffenen oder einer ihr nahestehenden Person oder aber von Amtes wegen; Officialmaxime und Untersuchungsgrundsatz gelten aber vollumfänglich. «Der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde obliegt eine unbeschränkte Pflicht zur Tatsachenfeststellung.»⁷⁷

Das neue Recht gilt gemäss Art. 14 SchIT nZGB mit dessen Inkrafttreten (Abs. 1), also ab dem 1. Januar 2013. Personen, die sich unter einer altrechtlichen Vormundschaft befinden, stehen ab diesem Zeitpunkt unter umfassender Beistandschaft (Abs. 2). Alle übrigen, nach nun noch geltendem Recht angeordneten Massnahmen fallen drei Jahre nach Inkrafttreten des revidierten Rechts, also auf den 1. Januar 2016, dahin, sofern keine Überführung in eine Massnahme des neuen Rechts stattgefunden hat (Abs. 3). Nach altem Recht eingeleitete Verfahren werden ab dem 1. Januar 2013 nach neuem Verfahrensrecht weitergeführt, und zwar von der neu zuständigen Behörde (Art. 14a Abs. 1 und 2 SchIT nZGB), und müssen bei entsprechendem Handlungsbedarf zu einer neurechtlichen Massnahme führen.

V. Das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten nach Art. 374 nZGB

In Art. 374 nZGB ist ein gesetzliches Vertretungsrecht des Ehegatten oder eingetragenen Partners, der mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder dieser regelmässig und persönlich Beistand leistet⁷⁸, vorgesehen.⁷⁹ Voraussetzung hierfür ist, dass weder ein Vorsorgeauftrag noch eine Beistandschaft bestehen. Das Vertretungsrecht bezieht sich auf all diejenigen Handlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind (Art. 374 Abs. 2 nZGB), weitergehende Rechtshandlungen bedürfen der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 374 Abs. 3 nZGB).⁸⁰ Die Ausübung des Vertretungsrechts hat gemäss Art. 375 nZGB nach den Bestimmungen über den Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu erfolgen.

VI. Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und Handlungspflicht der Behörden

Das im Privatrecht geltende Prinzip der Privatautonomie erlaubt es den Parteien, ihre Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen zu gestalten; der Wille des Einzelnen ist zu respektieren.⁸¹ Aus diesem Grund sind in Art. 389 nZGB das Subsidiaritäts- und das Verhältnismässigkeitsprinzip⁸² ausdrücklich normiert. Erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen dürfen nur angeordnet werden, «wenn die Betreuung der hilfsbedürftigen Person auf andere Weise nicht angemessen sichergestellt ist»⁸³ und wenn sie erforderlich und geeignet sind. Besteht ein Vorsorgeauftrag oder eine Patientenverfügung, gehen diese behördlichen Massnahmen grundsätzlich vor (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 nZGB).

VII. Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK, Art. 13 BV)

Art. 8 Abs. 1 EMRK und 13 Abs. 1 BV garantieren jeder Person das Recht auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens.⁸⁴ Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK ist nicht auf die Kernfamilie beschränkt, sondern umfasst die Beziehung zu allen nahen Verwandten, die in der Familie von wesentlicher Bedeutung sein könnten.⁸⁵ Auch in Zusammenhang mit

Pflegerecht–2012– 233

Art. 13 Abs. 1 BV wird von einem weiten Familienbegriff ausgegangen. So werden «auch schützenswerte familiäre Beziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern [...], unter Einschluss der sog. ‚Ein-Eltern-Familie‘ [...] und der nicht-ehelichen Kinder [...], oder zwischen weiteren Familienangehörigen [...], bestehen, sofern ein vom Alter unabhängiges Abhängigkeitsverhältnis, etwa im Rahmen von Betreuungs- und Pflegeverhältnissen aufgrund geistiger oder körperlicher Behinderung, vorhanden ist und die Beziehung tatsächlich gelebt wird und eine gewisse Intensität und Stabilität aufweist».⁸⁶ Die Bestimmung richtet sich in erster Linie an den Staat, doch haben die Behörden gemäss Art. 35 Abs. 3 BV auch dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, sofern sie sich dazu eignen, unter den Privaten wirksam werden.⁸⁷

Vorliegend interessiert aber die Frage, ob die Behörden durch die «Verweigerung» vormundschaftlicher Massnahmen bzw. die blossе Errichtung einer kombinierten Beistandschaft gegen Art. 8 Abs. 1 EMRK und 13 Abs. 1 BV verstossen haben. In der Entscheidung *Hokkanen v. Finland* hat der EGMR wiederholt, dass Art. 8 EMRK nicht nur ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe darstelle, sondern auch das Recht eines Elternteils auf Massnahmen zum Zweck der Wiedervereinigung mit dem getrennt lebenden Kind sowie die Pflicht der Behörden, diesbezügliche Massnahmen zu ergreifen, enthalte.⁸⁸ Die Behörde habe namentlich alle Massnahmen, die im Einzelfall vernünftigerweise zur Erleichterung der Wiedervereinigung von Elter und Kind verlangt werden können, zu ergreifen.⁸⁹ Fraglich ist, ob Art. 8 EMRK auch zur Anwendung gelangt, wenn ein volljähriges Familienmitglied, dessen Urteilsfähigkeit nicht von vornherein als gegeben erachtet

werden kann, durch Dritte, die nicht zur Kernfamilie gehören, von eben dieser Kernfamilie getrennt wird und jeglicher Kontakt zwischen ihr und ihm unterbunden wird. Diese Frage hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte soweit ersichtlich bis anhin noch nicht zu klären.

VIII. Was lehrt BGE 134 III 385?

Viele hatten auf BGE 134 III 385 fast schockiert reagiert und den Vorsorgeauftrag des neuen Rechts vor seinem Inkrafttreten «sterben» gesehen. Tatsächlich musste man aber bis nach «Lausanne» gehen, um eine Instanz mit dem Gespür dafür zu finden, dass auch der «autonom» Delegierende in seiner Persönlichkeit zu schützen sei, wenn die Autonomie der Delegation – z. B. wegen Rivalitäten konkurrierender Familienfraktionen – zweifelhaft scheint. BGE 134 III 385 ist damit (unausgesprochen) ein erster Anwendungsfall von Art. 368 nZGB: Private Vorkehren können (insb. bei einem «Kurswechsel»⁹⁰, wie er hier offensichtlich vorlag) einer unabhängigen Überprüfung bedürfen. Starre und sture Bindung an «Geschriebenes» könnte in extremis Behörden sogar haftungspflichtig werden lassen.⁹¹

Literaturverzeichnis

AFFOLTER KURT: Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, in: AJP 2006 1057 ff.

BIDERBOST YVO: Beistandschaft nach Mass – Das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes, in: AJP 2010 3 ff.

BREITSCHMID PETER: Die erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger Erblasserinnen und Erblasser, in: successio 2008 16 ff. (zit.: BREITSCHMID, erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger ErblasserInnen)

BREITSCHMID PETER: Höchstalter für die Ausübung des Notariats; Anforderungen an die Zeugen bei öffentlichen Verfügungen von Todes wegen (BGE 2P.82/2006, 21. 8. 2007) – BGE 133 I 259, in: successio 2008 70 ff. (zit.: BREITSCHMID, Höchstalter für die Ausübung des Notariats)

BREITSCHMID PETER/REICH JOHANNES: Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, in: ZVW 2001 145 ff.

BREITSCHMID PETER/RUMO JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen-, Familien und Erbrecht, 2. A., Zürich 2012 (zit.: CHK-BEARBEITER/IN)

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

- BUCHER EUGEN: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, Erster Teilband: Kommentar zu den Art. 11–26 ZGB, 3. A., Bern 1976 (zit.: BK-BUCHER)
- EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008 (zit.: BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar)
- FELLMANN WALTER: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit.: BK-FELLMANN)
- GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9.A., Zürich/Basel/Genf 2008
- GEISER THOMAS: Demenz und Recht, Regulierung – Deregulierung, in: ZVW 2003 98 ff.
- GENNA ANTON: Fremdbestimmter Eintritt ins Alters- und Pflegeheim – Fürsorge versus Menschenwürde?, in: ZVW 2004 193 ff.
- GUTZWILLER PETER MAX: Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, in: AJP 2008 1223 ff.
- HÄFELI CHRISTOPH: Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts. Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, in: FamPra 2007 1 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456, 4. A., Basel 2010 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITER/IN)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchIT ZGB, 4. A., Basel 2011 (zit.: BSK ZGB II-BEARBEITER/in)
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 5. A., Basel 2011 (zit.: BSK OR I-BEARBEITER/in)
- HOTZ SANDRA: Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden, Kritische Bemerkungen zu BGE 134 III 385, in: Jusletter 14. Februar 2011 (zit.: HOTZ, jusletter)
- HOTZ SANDRA: Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda – Die Vorsorgevollmacht de lege ferenda, in: ZKE 2011 102 ff. (zit.: HOTZ, ZKE)
- KÄLIN OLIVER: Das neue Erwachsenenschutzrecht – Pflegefall, Demenz und Vermögen, Dispute Resolution und ausgewählte Probleme, in: ST 2008 1048 ff.

MONTEVERDE SETTIMIO: Antizipierende Selbstbestimmung und Demenz: Implikationen der Reichweitenöffnung für die Praxis, in: Bioethica Forum, Schweizer Zeitschrift für Biomedizinische Ethik, 2010 77 ff.

RIEMER HANS MICHAEL: Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. A., Bern 1997

ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.): Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu [Art. 360 ff. ZGB](#), Basel 2011 (zit.: BEARBEITER/IN, Komm. Erwachsenenschutzrecht)

SCHMID HERMANN: Erwachsenenschutzrecht, Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010

SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung: Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband: Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360–397 ZGB, 3. A., Bern 1984 (zit.: BK-SCHNYDER/MURER)

SCHWAB DIETER: Selbstbestimmung im Alter, in: ZBJV 2006 561 ff. (zit.: SCHWAB, ZBJV)

SCHWAB DIETER: Vorsorgevollmacht, die ideale Lösung?, in: Bayer Walter/Koch Elisabeth (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Familienrechts, Baden-Baden 2009 (zit.: SCHWAB, Vorsorgevollmacht)

WIDMER BLUM CARMEN LADINA: Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft: Band 48, Zürich 2010

WOLF STEPHAN: Erwachsenenschutz und Notariat, in: ZBGR 2010 73 ff.

ZÄCH ROGER: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband/2. Unterteilband: Stellvertretung, Kommentar zu Art. 32–40 OR, Bern 1990 (zit.: BK-ZÄCH)

Quellen

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBI 2006 7001 ff.

Demenz, Diagnose, Behandlung und Betreuung, Schweizer Experten empfehlen, hrsg. von der Schweizerischen Alzheimervereinigung, Yverdon-les-Bains, 2008, abrufbar unter www.alz.ch/index.php/broschueren.html (13. 8. 2012).

Merkblatt der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich zur Vorsorge-Vollmacht vom 26.09.1998, abrufbar unter www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Vormundschaftsbehoerde/Formulare%20und%20Merk%20blaetter/Vorsorge-Vollmacht%20%28Formular%29.pdf (13. 8. 2012)

¹ BGE 134 III 385, 386 f.; der Erstverfasser war als Privatgutachter für die Klägerschaft tätig gewesen (vgl. die Darstellung in *successio* 2008 16 f.).

- 2 BGE 134 III 385 E. 4.2.
- 3 BGE 134 III 385 E. 4.3.
- 4 Zahlen zu Demenzerkrankungen in der Schweiz finden sich auf <http://server25.hostpoint.ch/~alzch1/alz.ch/index.php/zahlen-zur-demenz.html> (13. 8. 2012). Rund 66 % der betroffenen Personen sind dabei älter als 80 Jahre, während rund 32 % zwischen 65 und 80 Jahre alt sind. Die verbleibenden zwei Prozent sind zwischen 30 und 65 Jahre alt.
- 5 Demenz, Diagnose, Behandlung und Betreuung, Schweizer Experten empfehlen, hrsg. von der Schweizerischen Alzheimervereinigung, Yverdon-les-Bains, 2008, abrufbar unter www.alz.ch/index.php/broschueren.html (13. 8. 2012).
- 6 GEISER 98.
- 7 LANGENEGGER, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 360 N 1.
- 8 Art. 360 Abs. 1 nZGB.
- 9 LANGENEGGER, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 360 N 4.
- 10 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006 7011 f.
- 11 MONTEVERDE 81. Dieser spricht von einem «epistemische[n] Graben» zwischen der Lebenswelt des Verfügenden und des aktuell an Demenz erkrankten Patienten».
- 12 BSK OR I-WATTER, Art. 33 N 8.
- 13 S. auch [Art. 405 Abs. 1 OR](#) bzgl. des Erlöschens des Auftrags. [Art. 35 Abs. 1 OR](#) wird durch das neue Erwachsenenschutzrecht sprachlich umgestaltet und lautet neu wie folgt: «Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung erlischt, sofern nicht das Gegenteil bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.»
- 14 S. hierzu BGE 132 III 222 E. 2.1 und 2.2. Anders BK-ZÄCH, Art. 35 N 83.
- 15 BREITSCHMID/REICH 149 f. Eine Muster-Vollmacht findet sich auf der Homepage der Stadt Zürich, abrufbar unter www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Vormundschaftsbehoerde/Formulare%20und%20Merkblaetter/Vorsorge-Vollmacht%20%28Formular%29.pdf (13. 8. 2012).
- 16 BREITSCHMID/REICH 147.
- 17 KÄLIN 1050. Gerade im Bereich der Vermögensverwaltung werden Auftrag und Vollmacht regelmässig miteinander kombiniert, KÄLIN 1050.
- 18 BK-FELLMANN, Art. 396 N 96 f. Hiergegen führt WEBER aus, «dass die vertragliche Vorsorge als solche [...] nicht als widerrechtlich erachtet werden muss, zumal der gesetzliche Vertreter [...] ein jederzeitiges Widerrufsrecht hat», BSK OR I-WEBER, Art. 405 N 9.
- 19 BSK OR I-WEBER, Art. 405 N 5; BGE 132 III 222 E. 2.2. – Vgl. im neuen Recht Art. 363 nZGB, der in Abs. 3 eine Ernennungsurkunde (ähnlich dem Willensvollstreckerzeugnis) vorsieht.

- 20 SCHWAB, ZBJV, 575 ff.
- 21 CHK-BREITSCHMID, ZGB Vorb ESR N 6.
- 22 Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. 10. 2011, abrufbar unter www.bj.admin.ch/bj/de/home/dokumentation/medieninformationen/2011/ref_2011-10-123.html (13. 8. 2012).
- 23 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7011 ff. Vgl. auch Art. 388 nZGB, insb. dessen Abs. 2.
- 24 Werden diese drei Aufgaben einer Person kumulativ übertragen (alternativ wäre ebenfalls möglich), entspricht der Vorsorgeauftrag einer umfassenden Beistandschaft (vgl. Art. 398 nZGB), Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7025. – Nicht nötig ist es, die beauftragte Person in der Urkunde namentlich zu nennen; es genügt, wenn sie bestimmbar ist, BRÜCKNER 39.
- 25 WOLF 100. Der Vorsorgeauftrag ist also im Gegensatz zur (Vorsorge-)Vollmacht explizit auf den Fall der Urteilsunfähigkeit des Auftraggebers zugeschnitten. – BRÜCKNER vergleicht den Vorsorgeauftrag mit der im geltenden Recht möglichen Verbeiständung auf eigenes Begehren (Art. 394 ZGB) und gelangt zum Schluss, dass Erstgenannter für die Würde der betroffenen Person schonender sei, da er «nicht die peinliche Anerkennung der eigenen Handlungsunfähigkeit» erheische, BRÜCKNER 39.
- 26 KÄLIN 1049 f. Zum Sorgfaltsmassstab s. BK-WEBER, Art. 398 N 355 f. – Zu bedenken bleibt, dass zwar die vorsorgebeauftragte Person nach auftragsrechtlichen Grundsätzen haftet (Art. 456 nZGB), indes die Erwachsenenschutzbehörde für ihre Abwägung nach Art. 363 und gegebenenfalls Art. 368 nZGB ihrerseits nicht von umfassender Würdigung (und Haftung) befreit ist.
- 27 KÄLIN 1049. Als Grund der Formgebundenheit des Vorsorgeauftrages wird dessen grosse Tragweite angeführt, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7026.
- 28 HOTZ, ZKE, 109; KÄLIN 1050. Dabei kann es, wie LANGENEGGER ausführt, nicht darauf ankommen, ob die auftraggebende Person im Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts noch urteilsfähig oder - unfähig ist oder ob der Auftrag erst mit Eintritt von deren Handlungsunfähigkeit Wirkungen entfalten soll, LANGENEGGER, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 360 N 7.
- 29 LANGENEGGER, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 360 N 9. In diesem Zusammenhang ist dann auch auf den im Zuge der Revision des Erwachsenenschutzrechts geschaffenen Art. 397a nOR hinzuweisen, welcher den Beauftragten verpflichtet, die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers zu benachrichtigen, wenn dieser voraussichtlich dauernd urteilsunfähig ist und eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. – Ebenso ist es möglich, unter noch geltendem Recht einen Vorsorgeauftrag nach den Regeln der Art. 360 ff. nZGB zu erstellen, welcher bei Eintritt der Urteilsunfähigkeit des Vorsorgenden nach Inkrafttreten des neuen Rechts Wirkungen entfalten soll. Massgeblich ist Art. 4 SchlT ZGB. Bis zum 1. Januar 2013 kann der formgültig errichtete Vorsorgeauftrag zudem unter die Bestimmungen des obligationenrechtlichen Auftragsrechts gestellt werden, LANGENEGGER, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 360 N 12 f. Ebenso HOTZ, ZKE, welche sich auf Art. 50 SchlT ZGB beruft.
- 30 LANGENEGGER, Komm. Erwachsenenschutzrecht, Art. 360 N 11; WIDMER BLUM 124 f. A. A. wohl HOTZ, welche ausführt, dass es möglich sein müsse, beispielsweise vor einer Operation einer Person des Vertrauens eine einseitige «Vorsorgevollmacht» über den Verlust der Handlungsfähigkeit hinaus zu

erteilen, und zwar ohne die Formvorschriften von Art. 361 nZGB zu wahren, HOTZ, ZKE, 111. – Die Frage ist hier nicht zu entscheiden, aber es ist festzuhalten, dass es für die Pflege beträchtliche Schwierigkeiten bergen kann, sich im Einzelfall durch ein Gewimmel teils widersprechender, teils formmangelhafter Anordnungen durchkämpfen zu müssen; im Zweifel kann das erkannte Persönlichkeitsrecht u. E. zudem nicht durch einen Formmangel ausgehebelt werden (vgl. sinngemäss Art. 520a ZGB), weshalb nicht strikte nur nach der «Papierform» vorgegangen werden kann.

31 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 1343 f.

32 S. hierzu BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 12, insb. N 13.

33 BSK ZGB I-BIGLER-EGGENBERGER, Art. 16 N 3.

34 GENNA 196.

35 BK-BUCHER, Art. 16 N 135. S. bspw. auch BGE 77 II 97 E. 2; 124 III 5 E. 1a. – Ein «Kurswechsel» in schon deutlich belastetem Zustand (wovon im besprochenen Entscheid unstreitig auszugehen war) mit Blick auf die Frage, welche Familienfraktion man mit der Vertretung betrauen möge, ist ohne Beeinflussung kaum denkbar; die adäquate neutrale Beratung wäre jedenfalls von jenen zu beweisen, die sich auf den «aufgeklärten Kurswechsel» berufen – dazu der folgende Kontext.

36 BGE 77 II 97 E. 2.

37 BGE 124 III 5 E. 1b. In Bezug auf Kinder bestehen für die verschiedenen Altersstufen gewisse Erfahrungssätze, «die unerachtet individueller Entwicklungsunterschiede Rückschlüsse auf den Geisteszustand zulassen». Dies gilt nicht für alte Personen, «wo die Erfahrung zwar ein allmähliches Nachlassen der Geisteskräfte erwarten lässt, indessen die Unterschiede von Mensch zu Mensch zu gross sind, um allgemeine Rückschlüsse zu erlauben». Die Lebenserfahrung ist aber bei der Beurteilung der Urteilsfähigkeit dennoch stets zu berücksichtigen, BK-BUCHER, Art. 16 N 134.

38 BGer 5C.282/2006 vom 2. 7. 2007 E. 2.3 und 3.3.1; BGE 124 III 5 E. 1c. Das Bundesgericht führte als Begründung im erstgenannten Entscheid hierzu aus: «Il existe des maladies mentales qui ne se manifestent pas de manière aiguë, mais consistent en une diminution générale des facultés de l'esprit; ces maladies ne sont pas décelables pour une personne non avertie, si bien que ce n'est souvent qu'à l'aide d'une expertise que l'on peut les mettre en lumière avec leurs symptômes [...]». Die Vorstellung, dass dank Art. 9 ZGB das öffentliche Testament oder ein in öffentlicher Form erteilter Vorsorgeauftrag höheren Beweiswert habe als bei Eigenhändigkeit, ist deshalb unzutreffend.

39 BGE 77 II 97 E. 2. Wie BUCHER ausführt hat derjenige, der die Urteilsunfähigkeit geltend macht und die Beeinflussbarkeit nachgewiesen hat, «alles nachgewiesen, was es hinsichtlich der subjektiven psychischen Fähigkeiten und Veranlagungen nachzuweisen gibt.» Der Gegenpartei steht der Beweis offen, dass die Beeinflussung sich nicht in einer Handlung des Beeinflussten aktualisiert hat, BK-BUCHER, Art. 16 N 135.

40 In BGE 124 III 5 E. 1b hat das Bundesgericht festgehalten: «Es ist daher denkbar, dass eine Person trotz allgemeiner Beeinträchtigung der Urteilsfähigkeit zwar gewisse Alltagsgeschäfte noch zu besorgen vermag und diesbezüglich urteilsfähig ist, während ihr für anspruchsvollere Geschäfte die Urteilsfähigkeit abzusprechen ist [...]. Im Unterschied zu alltäglichen Geschäften und Besorgungen zählt

die Errichtung eines Testamentes zu den eher anspruchsvolleren Geschäften; dies trifft insbesondere dann zu, wenn komplizierte Verfügungen getroffen werden.»

- 41 GUTZWILLER 1226. GUTZWILLER macht geltend, die Urteilsfähigkeit dürfe nicht in Bezug auf grössere Zusammenhänge beurteilt werden. Vielmehr müsse ihr Bestand bezüglich eines konkreten und präzisen Sachverhaltes abgeklärt werden, da nur so das individuelle Selbstbestimmungsrecht in möglichst vielen Teilbereichen des Lebens aufrechterhalten werden könne.
- 42 BK-UCHER, Art. 16 N 91 f.
- 43 GENNA 196. S. hierzu auch BK-UCHER, Art. 16 N 95 f.
- 44 BREITSCHMID, erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger ErblasserInnen, 19. – Zu den Anforderungen an die Urteilsfähigkeit in Zusammenhang mit Patientenverfügungen Demenzkranker vgl. MONTEVERDE 79 f.
- 45 GUTZWILLER 1227.
- 46 WOLF 100. – Zur Möglichkeit eines MMS (der nicht im Moment der Errichtung des Akts auszuwerten ist, sondern erst, wenn dessen Gültigkeit zu diskutieren wäre) s. BREITSCHMID, Höchstalter für die Ausübung des Notariats, 72 f.; zudem als «goldene Regel»: Die Beratung möge veranlassen, in Grenzfällen der Urteilsunfähigkeit keine Extrem- oder Maximallösungen mehr umzusetzen – «Kurswechsel» in Abkehr von langjährig gepflogenen und gelebten Einstellungen sind weit stärker von Ungültigkeit bedroht (und auch eher «Opfer» von Angriffen) als nuancierende Anpassungen (siehe auch vorne Fn 35).
- 47 BRÜCKNER 45 f.; WOLF 97. In Bezug auf den Beauftragten hat der Notar lediglich «eine momentbezogene prima facie-Prüfung im Rahmen des Offensichtlichkeitsmassstabes vorzunehmen». Ergibt diese, dass die gewählte Person offensichtlich nicht geeignet ist, so ist der Klient darüber zu informieren, WOLF 97. – Im Zusammenhang mit der Errichtung einer öffentlichen letztwilligen Verfügung hielt das Bundesgericht in BGer 5C.283/2006 vom 2. 7. 2007 sodann erneut (mit Verweis auf BGE 124 III 5 E. 1c) fest (E. 2.3): «Le fait que le testament rédigé en la forme publique fasse foi, en tant que titre authentique, des faits qu'il constate et dont l'inexactitude n'est pas prouvée (art. 9 CC) ne change rien à la preuve de la capacité de discernement puisque, comme on vient de le relever, celle-ci doit de toute manière être présumée d'après l'expérience générale de la vie. D'ailleurs, le titre authentique fait foi uniquement dans la mesure où la forme publique est requise pour les faits qu'il constate. Or, dans le cas du testament public, l'attestation de deux témoins par laquelle ceux-ci certifient que le testateur a fait sa déclaration en paraissant capable de disposer (art. 501 al. 2 CC) ne fait pas partie du contenu du titre au sens étroit; l'attestation constitue simplement un indice en faveur de la capacité de discernement. Le juge n'est lié ni par l'attestation des témoins se rapportant à la capacité de discernement ni par les déclarations du fonctionnaire instrumentant l'acte. Il existe des maladies mentales qui ne se manifestent pas de manière aiguë, mais consistent en une diminution générale des facultés de l'esprit; ces maladies ne sont pas décelables pour une personne non avertie, si bien que ce n'est souvent qu'à l'aide d'une expertise que l'on peut les mettre en lumière avec leurs symptômes.» BRÜCKNER weist jedoch darauf hin, dass die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung höher sein dürften als bei der Erstellung eines Vorsorgeauftrages, BRÜCKNER 46.

- 48 Die Vernichtung der Urkunde und die Errichtung eines neuen Vorsorgeauftrages, der nicht nur als Ergänzung des früheren zu qualifizieren ist, gelten ebenfalls als Widerruf (Art. 362 Abs. 2 und 3 nZGB; vgl. Art. 509–511 ZGB).
- 49 KÄLIN 1049. Bei dauernder Urteilsunfähigkeit kann der Vorsorgeauftrag aber nicht mehr widerrufen werden, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006 7012; vgl. sinngemäss BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 509–511 N 1, doch ist (besonders bei Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung) nicht undenkbar, dass im Angesicht der konkreten Gegebenheiten eine Rest-Urteilsfähigkeit eine Anpassung noch erlaubt.
- 50 BREITSCHMID/REICH 153.
- 51 BREITSCHMID, erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger ErblasserInnen, 19.
- 52 BREITSCHMID/REICH 165. – BGE 134 III 385 macht deutlich, dass dies mit dem Beizug von Anwälten (die von Beteiligten mandatiert und nicht mit einem unabhängigen behördlichen Auftrag eingesetzt wurden) nicht erreicht wird.
- 53 SCHWAB, Vorsorgevollmacht, 117. Die deutsche Rechtsordnung kennt das Institut der Überwachungsbetreuung. Dem Vollmachtgeber kann ein Betreuer zur Seite gestellt werden, der dessen Rechte gegenüber dem Bevollmächtigten geltend macht (§ 1896 BGB). Die Bestellung eines solchen Überwachungsbetreuers setzt einen «Überwachungsbedarf» voraus, also die konkret indizierte Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung. Nach Ansicht SCHWABS wird durch dieses Institut die Gefahr des Missbrauchs der Vollmacht nicht wesentlich vermindert, SCHWAB, Vorsorgevollmacht, 115 f., und die Rechtsprechung in trustrechtlichen Sachverhalten zeigt nicht nur enttäushtes Vertrauen in trustees, sondern dass auch das Vertrauen in einen protector enttäuscht werden kann. Zu § 1896 BGB s. den Beschluss des BGH vom 7. 3. 2012 (XII ZB 583/11) in ZEV 2012 372 ff.
- 54 SCHWAB, Vorsorgevollmacht, 117 f.
- 55 BGE 134 III 385 E. 4.2; s. auch BGE 51 II 103, 106 f. In der letztgenannten Entscheidung hat das Bundesgericht festgehalten: «Die Fähigkeit zur Geschäftsüberwachung darf ihrerseits aber nicht so eng ausgelegt werden, dass die auf fremde Dienste angewiesene Person den ganzen Geschäftsbetrieb ebensogut verstehen müsse, wie der überwachte Bevollmächtigte selbst.» Offen bleibt, wie es sich verhalten würde, wenn in einem entsprechenden Fall ein (ansonsten kaum finanzierbares) in sich wirklich unabhängiges Gremium (als «Weisenrat») fungieren würde.
- 56 GEISER 102 N 2.10. In der Praxis werden s. E. Vollmachten aber regelmässig nicht missbraucht, da die Angehörigen die Möglichkeit haben, «sich jederzeit gegenseitig in der Ausübung solcher Ermächtigungen und Aufträge auch in den Einzelheiten zu kontrollieren», GEISER 101 N 2.8. Ob allerdings diese Annahme bei atomisierter und partikularisierter Familienstruktur (der Sachverhalt von BGE 134 III 385 ist ein Beispiel dafür) zutrifft, scheint diskutabel.
- 57 BGer 5A_588/2008 E. 3.3.2. In der Lehre wird die Ansicht vertreten, dass einerseits nicht zu hohe Anforderungen an die Fähigkeit zur Überwachung gestellt werden dürfen – Fähigkeit, die Eignung des Bevollmächtigten im Allgemeinen und jene zur Interessenvertretung im Speziellen zu erkennen, soll genügen – und eine dauernde Überwachung nicht notwendig ist, HOTZ, jusletter, Rz. 11.

- 58 BREITSCHMID/REICH 165. S. auch BREITSCHMID, erwachsenenschutzrechtliche Behandlung künftiger ErblasserInnen, 17 f.
- 59 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7028.
- 60 Als «nahestehend» gelten Personen, die den Betroffenen gut kennen, beispielsweise Eltern, Kinder oder Ehegatten, aber auch Beistände oder Ärzte, SCHMID, Kommentar Erwachsenenschutz, Art 450 N 23; grundlegend TERCIER PIERRE: Qui sont nos proches?, in: FS Schnyder, Fribourg 1995, 799 ff.
- 61 SCHMID, Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 368 N 3. – Vergleichbar ist die in Art. 368 nZGB getroffene Regel mit dem geltenden Kindes- und Kindesvermögensschutz (Art. 307 ff., 324 f. ZGB), SCHMID, Kommentar Erwachsenenschutz, Art. 368 N 3.
- 62 BGE 134 III 385 E. 3.1.
- 63 BGE 134 III 385 E. 4.1.
- 64 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7029.
- 65 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7028. – Der Vorsorgebeauftragte hat somit nicht zwingend Rechenschaft abzulegen, sofern er von der Erwachsenenschutzbehörde hierzu nicht (gestützt auf Art. 368 Abs. 2 nZGB) verpflichtet wurde, BRÜCKNER 41.
- 66 BRÜCKNER 41.
- 67 RIEMER 138 f. – Das bisherige Vormundschaftsrecht enthielt zwar einen starren Massnahmenkatalog (s. etwa die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7008, 7016 f.), doch lässt seine Auslegung dennoch eine adäquate Reaktion auf den zu beurteilenden Einzelfall zu. So wird die Beistandschaft (Art. 392 ff. ZGB) überaus flexibel gehandhabt und das Verhältnismässigkeitsprinzip in diesem Sinne bestmöglich gewahrt, BIDERBOST 5.
- 68 AFFOLTER 1059. Die persönliche Freiheit des Verbeiständeten wird dadurch berührt, dass dieser zwar vollumfänglich handlungsfähig bleibt, sich aber die Handlungen des Beistandes anrechnen lassen muss, AFFOLTER 1060.
- 69 RIEMER 141. RIEMER hält zudem fest, dass jede Behörde, die bei Verrichtung ihrer Tätigkeit auf einen Anwendungsfall der Art. 392 f. ZGB stiess, die Vormundschaftsbehörde davon in Kenntnis zu setzen hatte.
- 70 BK-SCHNYDER/MURER Art. 397 N 46.
- 71 Merkblatt der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich zur Vorsorgevollmacht, abrufbar unter [www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Vormundschaftsbehoerde/Formulare%20und%20Merkblaetter/Vorsorge-Vollmacht%20\(Merkblatt\).pdf](http://www.stadt-zuerich.ch/content/dam/stzh/portal/Deutsch/Vormundschaftsbehoerde/Formulare%20und%20Merkblaetter/Vorsorge-Vollmacht%20(Merkblatt).pdf) (13. 8. 2012).
- 72 In Zusammenhang mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht wird von «massgeschneiderten Massnahmen» gesprochen (vgl. etwa Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7003, 7010, 7044 ff.): Die Verhältnismässigkeit soll optimal verwirklicht, der

Schutzbedürftigkeit des Betroffenen bestmöglich Rechnung getragen und seine Selbstbestimmung soweit wie möglich gewahrt werden, BIDERBOST 11.

- 73 Die Wahrung des Selbstbestimmungsrechts hilfsbedürftiger Personen ist ein zentrales Anliegen des neuen Erwachsenenschutzrechts (vgl. etwa die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7011 ff.). So bestimmt dann auch Art. 388 Abs. 2 nZGB ausdrücklich, dass die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes «die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern» sollen.
- 74 WOLF 100.
- 75 Subjektive Voraussetzungen der Errichtung einer Beistandschaft, HÄFELI 8.
- 76 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7043.
- 77 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7078.
- 78 Dadurch soll gewährleistet werden, dass eine gelebte Beziehung besteht, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7034 f.
- 79 Die Vertretung einer urteilsunfähigen Person in medizinischen Belangen ist in den Art. 377 ff. nZGB geregelt.
- 80 HÄFELI 6.
- 81 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID N 314.
- 82 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist auch im noch geltenden Vormundschaftsrecht zu beachten, RIEMER § 3 N 6 f.
- 83 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBI 2006 7042 f.
- 84 HÄFELIN/HALLER/KELLER N 272. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung entspricht [Art. 13 Abs. 1 BV](#) materiell [Art. 8 EMRK](#). S. bspw. BGE 126 II 377 E. 7 und 133 I 58 E. 6.1.
- 85 BGE 120 Ib 257 E. 1d. In BGE 135 I 143 E. 3.1 führte das Bundesgericht weiter aus: «Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte geht bei der Anwendung von [Art. 8 EMRK](#) von einem weiten, flexiblen und inhaltlich nicht genau umrissenen Familienbegriff aus. Geschützt wird nicht in erster Linie rechtlich begründetes, sondern tatsächlich gelebtes Familienleben. Neben der eigentlichen Kernfamilie werden auch weitere familiäre Verhältnisse erfasst, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person. Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten wesentlich».
- 86 BREITENMOSER, St. Galler Kommentar zu [Art. 13 BV](#), N 24.
- 87 Dadurch wird der Gesetzgebung und Rechtsanwendung ein weiter Spielraum bei der Entscheidung, «in welchem Ausmass Grundrechte im Rechtsetzungsverfahren als Wertungsgesichtspunkte

heranzuziehen bzw. bei der Auslegung zu berücksichtigen sind» belassen, HÄFELIN/HALLER/KELLER N 287.

- 88 Hokkanen v. Finland, 23. 11. 1994, 19823/92; Zusammenfassung des Urteils in ÖJZ 1995 271 ff. Im
Entscheid Görgülü v. Deutschland hat der EGMR festgestellt, dass jeden Staat die Verpflichtung treffe,
auf eine Zusammenführung des Kindes und seiner leiblichen Eltern hinzuwirken. S. hierzu das Urteil des
EGMR 26. 2. 2004, 74969/01 (Görgülü/Deutschland) = NJW 2004 3397 ff.
- 89 Urteil Hokkanen v. Finland in ÖJZ 1995 272.
- 90 Zum Begriff BSK ZGB II-BREITSCHMID, Art. 467/468 N 14.
- 91 Es gilt dann nicht Art. 456 statt 454 nZGB, sondern es wären die durch Art. 454 nZGB erfassten Pflichten
aus Art. 368 nZGB versäumt worden.