

**ZUR REVISION DES
SCHWEIZERISCHEN
VORMUNDSCHAFTSRECHTS**

**BERICHT
DER VOM BUNDESAMT FÜR JUSTIZ
IM HINBLICK AUF DIE REVISION
DES VORMUNDSCHAFTSRECHTS
EINGESETZTEN EXPERTENGRUPPE
VOM JULI 1995**

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
I. Grundlagen	3
1. Der Ausgangspunkt: das geltende Recht	3
1.1. Hilfestellungen (Massnahmen)	3
1.2. Geschützte Personen	4
2. Der Blick über den Zaun: die Rechtsentwicklung in Europa	5
Vorbemerkungen	5
2.1. Das deutsche Recht	5
2.1.1. Die Anordnung der Massnahme	6
2.1.1.1. Der gesetzliche Rahmen der Massnahme der Betreuung	6
2.1.1.2. Die Voraussetzungen der Massnahme	6
2.1.1.3. Die rechtlichen Wirkungen der Einsetzung eines Betreuers	8
2.1.1.4. Geschäftsfähigkeit des Betreuten unter Vorbehalt der Zustimmung des Betreuers	8
2.1.1.5. Der Sonderfall der ärztlichen Massnahme	8
2.1.1.6. Der Sonderfall einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung	9
2.1.2. Die Bestellung des Betreuers	10
2.1.2.1. Die verschiedenen Betreuungsarten	10
a) Der Einzelbetreuer	10
b) Der Ergänzungs- oder Ersatzbetreuer	10
c) Der „Gegen-Betreuer“	11
d) Die Mitbetreuung	11
2.1.2.2. Das Gewicht der Vorschläge des Betroffenen	11
2.1.2.3. Die Pflicht zur Übernahme eines Betreuungsmandats	11
2.1.2.4. Status, Aufgaben und Verantwortlichkeit des Betreuers	12
2.2. Das österreichische Recht	12
2.2.1. Die Sachwalterschaft	13
2.2.1.1. Die Voraussetzungen und die Ziele der Sachwalterschaft	13
2.2.1.2. Natur, Umfang und Wirkungen der Sachwalterschaft	13
2.2.1.3. Die Auswahl des Sachwalters	14
2.2.1.4. Rechte und Pflichten des Sachwalters	14
2.2.2. Die Unterbringung psychisch Kranker	14
2.2.2.1. Die materiellen Voraussetzungen der Unterbringung	14
2.2.2.2. Unterbringung auf Begehren des Betroffenen	15
2.2.2.3. Unfreiwillige Unterbringung	15
2.2.2.4. Die Vertretung der Interessen des Patienten	16
2.2.2.5. Der Ablauf der Unterbringung	16
2.3. Das belgische Recht	16
2.3.1. Die herkömmlichen Massnahmen	17
2.3.1.1. Die „interdiction judiciaire“	17
2.3.1.2. Die „mise sous conseil judiciaire“	17
2.3.1.3. Die „minorité prolongée“	17
2.3.1.4. Die „interdiction légale“	18

II

2.3.2.	Vermögensschutz durch Einsetzung eines „administrateur provisoire“	18
2.3.3.	Der Schutz Geisteskranker	19
2.3.3.1.	Behandlung in geschlossenen Kliniken	19
2.3.3.2.	Pflege im Familienkreis	19
2.4.	Das französische Recht	20
2.4.1.	Die besonderen Schutzmassnahmen	20
2.4.1.1.	Die „sauvegarde de justice“	20
2.4.1.2.	Die „tutelle“	21
2.4.1.3.	Die „curatelle“	23
2.4.2.	Die allgemeinen Schutzmassnahmen	23
2.4.2.1.	Der Schutz von Wohnung und Mobiliar der betroffenen Person	23
2.4.2.2.	Schutz von Personen, welche aufgrund geistiger Störungen hospitalisiert werden	24
2.4.2.3.	Entgeltliche Aufnahme Betagter oder behinderter Erwachsener durch Privatpersonen	25
2.5.	Das schwedische Recht	25
3.	Die Revisionsbedürftigkeit: die Mängel des geltenden Rechts	26
3.1.	Äussere Gründe für die Revision	26
3.1.1.	Der Auftrag an die Expertengruppe und dessen Vorgeschichte	26
3.1.2.	Die Entwicklung in Europa	27
3.1.3.	Die schweizerische Lehre	28
3.2.	Innere Gründe für die Revision	28
3.2.1.	Recht und Rechtswirklichkeit klaffen auseinander	28
3.2.2.	Die Bedürfnisse haben sich geändert	29
3.2.3.	Die Wertungen haben sich geändert	30
3.2.4.	Das Gesetz ist unnötig stigmatisierend	30
4.	Der Regelungsbedarf: die Bedürfnisse	31
4.1.	Die betroffenen Personen	31
4.1.1.	Natürliche und juristische Personen	31
4.1.2.	Erwachsene und Minderjährige	31
4.1.3.	Die primär zu schützenden Personen	32
4.1.4.	Dritte	33
4.2.	Das materielle Recht	34
4.2.1.	Das Handlungsfähigkeitsrecht	34
4.2.2.	Personenschutz	35
4.2.3.	Vermögensschutz	35
4.2.4.	Verantwortlichkeit	35
4.2.5.	Rechtsgebiete ausserhalb des Vormundschaftsrechts für Erwachsene	36
4.3.	Die Organisation	37
4.4.	Das Verfahren	37
5.	Die Entscheidungsgrundlagen: die Orientierungshilfen	38
5.1.	„Das Wohl des Schwachen“ - Menschenwürde und Menschenbild	38
5.2.	Grundrechtsentwicklung und Europäische Menschenrechtskonvention	40

III

5.3.	Die Entwicklung in Europa	41
5.4.	Die Ergebnisse der Lehre	41
5.4.1.	Ausserjuristische Wissenschaften	41
5.4.2.	Rechtslehre	41
5.5.	Familie und Vormundschaft	43
5.5.1.	Das Vormundschaftsrecht als Teil des Familienrechts	43
5.5.2.	Wandel der Gesellschaft und der Familie	43
5.5.3.	Wandel in den Beziehungen zwischen den Generationen	44
5.5.4.	Beziehung zwischen Familie und Staat	44
5.5.5.	Konsequenzen für ein neues Vormundschaftsrecht	45
5.6.	Kantonales Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht	45
5.6.1.	Allgemeines	45
5.6.2.	Entwicklung des Verhältnisses von Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht in Gesetzgebung und Praxis	45
5.6.3.	Zusammenfassende Beurteilung	48
5.6.4.	Konsequenzen für die Ausgestaltung des neuen Vormundschaftsrechts	48
6.	Das erhoffte Ergebnis: die Reformziele	49
7.	Der Weg: der Stellenwert dieses Berichts	50
II.	Die allgemeine Ordnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener	52
	Vorbemerkungen	52
1.	Der Rahmen	52
1.1.	Die Terminologie	52
1.2.	Die Massnahmen/Übersicht	54
1.2.1.	Die Betreuung Erwachsener	54
1.2.2.	Die Unterbringung	54
1.2.3.	Die Vermögensbeistandschaft	54
1.3.	Die Grundsätze	55
1.4.	Die Organisation	57
1.4.1.	Organisationsformen unter dem geltenden Recht	57
1.4.1.1.	Dienste	57
1.4.1.2.	Vormundschaftsbehörden	58
1.4.1.3.	Aufsichtsbehörden	58
1.4.2.	Beurteilung des Status quo	59
1.4.3.	Leitideen für eine künftige Organisation von Diensten und Betreuungsbehörden	60
1.4.4.	Künftiges Organisationsmodell	61
1.4.4.1.	Dienste	61
1.4.4.2.	Betreuungsbehörde	62
1.4.4.3.	Aufsichtsbehörde(n)	63
1.5.	Das Verfahren	64
1.5.1.	Art. 5 EMRK	64
1.5.2.	Art. 6 EMRK	64

IV

1.5.3. Art. 8 EMRK	65
1.5.4. Art. 13 EMRK	66
1.6. Die Verantwortlichkeit	67
1.6.1. Verantwortlichkeit für die Betreuung Erwachsener	67
1.6.1.1. Der Haftungstatbestand	67
1.6.1.2. Die Anspruchsberechtigten	68
1.6.1.3. Die Verpflichteten	69
1.6.1.4. Der Regress	69
1.6.1.5. Die Verjährung	70
1.6.2. Verantwortlichkeit bei der Unterbringung	70
1.6.3. Verantwortlichkeit bei der Vermögensbeistandschaft	72
2. Die Betreuung Erwachsener	72
2.1. Das Konzept	72
2.1.1. Die Grundlagen	72
2.1.2. Die Grundentscheidungen	73
2.1.3. Die Garanten für die Grundentscheidungen	75
2.1.4. Die generellen Voraussetzungen zur Anordnung einer Betreuung	75
2.2. Die persönliche Betreuung	79
2.3. Die besondere Betreuung	80
2.3.1. Allgemeines	80
2.3.2. Die Verwaltung	82
2.3.3. Die Mitwirkung und die Vertretung	83
2.4. Die erstreckte elterliche Gewalt	85
2.4.1. De lege lata	85
2.4.2. De lege ferenda	85
2.5. Die Ersatz- und die Notbetreuung	87
2.5.1. Die Ersatzbetreuung	87
2.5.2. Die Notbetreuung	88
2.5.3. Die Führung der Ersatz- und der Notbetreuung	88
3. Die Unterbringung	89
Vorbemerkung	89
3.1. Beurteilung der geltenden Regelung	89
3.2. Reformvorschläge	92
4. Die Vermögensbeistandschaft	93
III. Die Durchführung der Betreuung Erwachsener	95
1. Anordnung, Änderung und Aufhebung der Massnahme	95
1.1. Allgemeines	95
1.2. Die zuständigen Behörden	95
1.2.1. Sachliche Zuständigkeit (ratione materiae)	95
1.2.2. Örtliche Zuständigkeit (ratione loci)	96

1.3.	Verfahrensgarantien	96
1.3.1.	Der Anspruch auf rechtliches Gehör	96
1.3.2.	Das Recht auf ein Sachverständigengutachten	97
1.4.	Die vorsorglichen Massnahmen	98
1.5.	Die Veröffentlichung der Entscheide	98
1.6.	Die Rechtsmittel	99
1.7.	Die Änderung und die Aufhebung von Massnahmen	100
2.	Der Betreuer	100
2.1.	Die Person des Betreuers	100
2.1.1.	Zusammenfassende Darstellung des geltenden Rechts	100
2.1.2.	Würdigung im Hinblick auf die Revision	101
2.1.3.	Leitideen in Bezug auf die Person des Betreuers in einem künftigen Recht	104
2.1.4.	Vorschläge in Bezug auf die Person des Betreuers im künftigen Recht	104
a)	Voraussetzungen	104
b)	Selbstbestimmungsrecht	105
c)	Angehörige	105
d)	Freiwillige und Berufsbetreuer	105
e)	Ausschlussgründe	105
2.2.	Die Bestellung des Betreuers	105
2.2.1.	Zusammenfassende Darstellung und Würdigung des geltenden Rechts	105
2.2.2.	Vorschläge in Bezug auf die Bestellung des Betreuers im neuen Recht	106
2.3.	Entlassung des Betreuers	106
3.	Die Führung der Betreuung	106
3.1.	Allgemeines	106
3.2.	Die Aufgaben des Betreuers im allgemeinen	106
3.3.	Die Verwaltung	107
3.4.	Mitwirkung und Vertretung	108
3.4.1.	Die Rechtslage - unter besonderer Berücksichtigung der höchstpersönlichen Rechte	108
3.4.2.	Die Aufgaben und die Aufgabenkreise	110
3.5.	Die bisherigen Art. 398 bis 403 ZGB	111
3.6.	Verbotene Geschäfte und geringfügige Angelegenheiten	112
3.6.1.	Verbotene Geschäfte	112
3.6.2.	Geringfügige Angelegenheiten	112
4.	Die Tätigkeit der Behörden	113
4.1.	Die Zustimmung von Behörden	113
4.2.	Die Betreuungsbeschwerde	114
4.3.	Die Prüfung von Berichten und Rechnungen	115

IV. Die Durchführung der Unterbringung	116
1. Anordnung und Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung	116
1.1. Anordnung einer FFE	116
1.1.1. Voraussetzungen zur Anordnung einer FFE	116
1.1.2. Zuständigkeit zur Anordnung einer FFE	117
1.1.2.1. Sachliche Zuständigkeit	117
1.1.2.2. Örtliche Zuständigkeit	118
1.1.3. Verfahren der Anordnung einer FFE	118
1.2. Aufhebung einer FFE	119
2. Die Betreuung in der stationären Einrichtung	119
Vorbemerkung	119
2.1. Die Behandlung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung	120
2.1.1. Allgemeines	120
2.1.2. Unterbringung und Notbehandlung	121
2.1.2.1. Die freie und in voller Kenntnis der Sachlage abgegebene Zustimmung des Patienten (das „consentement libre et éclairé“)	121
2.1.2.2. Die vorgängige oder vermutete Zustimmung des Patienten	121
2.1.2.3. Die Weigerung oder der Rückzug der Zustimmung des Patienten	122
2.1.2.4. Der die unfreiwillige Notbehandlung begleitende Bericht	122
2.1.2.5. Die Betreuung des Patienten	123
2.1.3. Unterbringung und Behandlungsplan	123
2.1.3.1. Die freie und in voller Kenntnis der Sachlage gegebene Zustimmung	123
2.1.3.2. Die Bezeichnung eines gesetzlichen Vertreters	124
2.2. Die Betreuung des Patienten	124
2.3. Die sachlich zuständige Behörde	125
V. Die Revision anderer Rechtsgebiete	126
1. Das Handlungsfähigkeitsrecht	126
1.1. Vom Zusammenhang zwischen dem bisherigen Vormundschaftsrecht und dem zukünftigen Betreuungsrecht mit dem Handlungsfähigkeitsrecht	126
1.2. Der Begriff der Mündigkeit und der Handlungsfähigkeit	126
1.3. Die Urteilsfähigkeit	127
1.4. Fehlen der Urteilsfähigkeit	128
1.5. Der bisherige Art. 19 ZGB	129
1.5.1. Art. 19 Abs. 1 ZGB	129
1.5.2. Art. 19 Abs. 2 ZGB	130
1.5.3. Art. 19 Abs. 3 ZGB	130
1.6. Art. 410/411 und 424 ZGB	130
1.7. Verbotene Geschäfte	131

VII

1.8.	Handlungsfähigkeit im weiteren Sinn	131
1.8.1.	Ehefähigkeit	131
1.8.2.	Testierfähigkeit	132
2.	Die Vormundschaft für Minderjährige	132
2.1.	Das Problem	132
2.2.	Die Terminologie	133
2.3.	Die grundsätzliche Lösung	134
2.4.	Der Kerninhalt des Abschnitts „Minderjährige unter Vormundschaft“	135
2.5.	Verweisungen	135
2.6.	Auswirkungen auf das übrige Kindesrecht	137
3.	Der Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger	138
4.	Das Stellvertretungsrecht	140
4.1.	Betreuungsrecht als Stellvertretungsrecht	140
4.2.	Vollmachterteilung vor Anordnung von Betreuungsmassnahmen	140
4.3.	Bevollmächtigung und besondere Betreuung	141
4.4.	Bevollmächtigung des Betreuers durch die betreute Person	142
VI.	Ergebnisse	143
1.	Thesen	143
1.1.	Die Ausgangslage	143
1.1.1.	Im allgemeinen	143
1.1.2.	Im einzelnen	143
1.2.	Der Gegenstand der Revision	143
1.2.1.	Im allgemeinen	143
1.2.2.	Im einzelnen	143
1.3.	Die Orientierungshilfen	144
1.4.	Die Reformziele	145
1.5.	Die allgemeine Ordnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener	145
1.5.1.	Terminologisches	145
1.5.2.	Die Massnahmen/Übersicht	145
1.5.3.	Die Grundsätze	146
1.5.4.	Organisation von Diensten und Betreuungsbehörden	146
1.5.5.	Zum Verfahren	147
1.5.6.	Verantwortlichkeit	147
1.6.	Die Durchführung der Betreuung Erwachsener	147
1.6.1.	Grundlegendes zur Betreuung Erwachsener	147
1.6.2.	Die persönliche Betreuung	148

VIII

1.6.3.	Die besondere Betreuung	148
1.6.3.1.	Im allgemeinen	148
1.6.3.2.	Verwaltung	149
1.6.3.3.	Mitwirkung und Vertretung	149
1.6.3.4.	Verbotene Geschäfte und geringfügige Angelegenheiten	149
1.6.4.	Organisation und Verfahren	150
1.6.5.	Der Betreuer/Die Betreuerin	150
1.6.6.	Die Tätigkeit der Behörden	150
1.7.	Die Unterbringung	151
1.7.1.	Im allgemeinen	151
1.7.2.	Die fürsorgliche Freiheitsentziehung	151
1.7.3.	Die Betreuung in der stationären Einrichtung	151
1.8.	Die Revision anderer Rechtsgebiete	152
1.8.1.	Das Handlungsfähigkeitsrecht	152
1.8.2.	Die Vormundschaft für Minderjährige	152
1.8.3.	Der Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger	153
1.8.4.	Das Stellvertretungsrecht	153
2.	Möglicher Aufbau des zukünftigen Rechts	154
3.	Teilentwürfe	156
3.1.	Die Betreuung Erwachsener	156
3.2.	Die Durchführung der Betreuung Erwachsener	158

Einleitung

Im September 1993 hat das Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts eine Expertengruppe eingesetzt. Diese Expertengruppe umfaßt BERNHARD SCHNYDER, Professor in Freiburg (Vorsitz), MARTIN STETTLER, Professor in Genf, und CHRISTOPH HÄFELI, Rektor HFS Zentralschweiz, Höhere Fachschule im Sozialbereich, Luzern.

Die Expertengruppe erhielt im September 1993 folgenden Auftrag: „Erarbeitung von Richtlinien und einem Thesenpapier mit einem erläuternden Begleitbericht für eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts, unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Europa. Insbesondere ist aufzuzeigen, wo die wesentlichen Mängel des geltenden Rechts liegen, welchen Bedürfnissen ein modernes Vormundschaftsrecht zu genügen hat, mit welchen Betreuungsmassnahmen diesen Bedürfnissen Rechnung getragen werden kann und welche Organisation für den Vollzug eines modernen Vormundschaftsrechts erforderlich ist“. Im März 1995 wurde von Seiten des Bundesamtes für Justiz der Auftrag wie folgt neu formuliert: „Fertigstellen eines Thesenpapiers (eventuell eines Vorentwurfs) mit einem erläuternden Bericht“; im übrigen wurde der Auftrag nicht abgeändert.

Seit September 1993 haben die drei Experten rund fünfzig Arbeitspapiere zuhanden der Expertengruppe ausgearbeitet (drei Papiere wurden durch die Assistenten YVO BIDERBOST und MARKUS HABLÜTZEL von der Universität Freiburg geschrieben). Die Expertengruppe traf sich zu insgesamt dreissig, mehrheitlich ganztägigen Sitzungen. Die Assistenten YVO BIDERBOST und MARKUS HABLÜTZEL des Lehrstuhls für schweizerisches Privatrecht (ZGB) an der Universität Freiburg verfaßten die Sitzungsprotokolle.

Das Schweizerische Institut für Rechtsvergleichung erstellte zuhanden der Expertengruppe eine wertvolle Dokumentation über die Entwicklung des Vormundschaftsrechts im Ausland. Das Institut für Föderalismus der Universität Freiburg lieferte der Expertengruppe eine Zusammenstellung der kantonalen Normen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und die Zwangsbehandlung.

Die Expertengruppe stand in Dauerkontakt mit Frau Dr. RUTH REUSSER, stellvertretende Direktorin, und Dr. THOMAS SUTTER, Projektleiter Familienrechtsrevision beim Bundesamt für Justiz.

Zu einzelnen Fragen und Sachgebieten konsultierte die Expertengruppe folgende Fachleute: Prof. EUGEN BUCHER (Handlungsfähigkeitsrecht), Prof. ASMUS FINZEN und Prof. MARCO BORGHI (Freiheitsentziehung und Zwangsbehandlung), Prof. PIERRE TERCIER (Beistandschaft für juristische Personen, Verantwortlichkeit), Prof. OLIVIER GUILLOD (Persönlichkeitsschutz Urteilsunfähiger), Prof. JÖRG SCHMID (Geschäftsführung ohne Auftrag), Prof. DIETER SCHWAB (deutsches Betreuungsrecht), Prof. THOMAS GEISER und Dr. FRANK SCHÜRMANN (Europäische Menschenrechtskonvention), Dr. THOMAS JÄGGI (Verwaltungsbeistandschaft für Sammlungen) sowie lic.iur. LUZIAN ODERMATT (avis de droit concernant le traitement forcé).

Der vorliegende Bericht* geht an das Bundesamt für Justiz. Das Bundesamt will im Hinblick auf die Fortführung der Revisionsarbeiten die Ergebnisse dieses Berichts an einer öffentlichen Tagung vom 11./12. September 1995 an der Universität Freiburg zur Diskussion stellen.

* Für die Abschlussredaktion dieses Berichts wissen die Experten Assistent MARKUS HABLÜTZEL besonderen Dank.

Gemäss Auftrag des Bundesamtes für Justiz hatte sich die Expertengruppe mit einer grundlegenden Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts zu beschäftigen. Dieses Recht umfaßt die vormundschaftlichen Massnahmen gegenüber Erwachsenen wie gegenüber Unmündigen. Aus dem Kontext ergab sich indessen eindeutig, dass es bei der Arbeit der Expertengruppe vorerst einmal um die Reform des Vormundschaftsrechts für Erwachsene geht. So ist denn auch im vorliegenden Bericht in den Teilen II bis IV beinahe ausschließlich vom zukünftigen Vormundschaftsrecht für Erwachsene die Rede. Nun aber kann das Vormundschaftsrecht für Erwachsene nicht abgeändert werden, ohne dass dadurch das Vormundschaftsrecht für Unmündige betroffen wird. Die Expertengruppe geht daher im Teil V auch auf diese Fragen ein. Dabei steht allerdings, was den Inhalt dieses Rechtsgebiets betrifft, zunächst einmal keine grundlegende Reform in Aussicht. Was den Aufbau des Gesetzes angeht, stellt allerdings die Expertengruppe im Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts für Erwachsene auch bedeutende Änderungen für das Vormundschaftsrecht für Minderjährige zur Diskussion.

I. Grundlagen

1. Der Ausgangspunkt: das geltende Recht

Ausgangspunkt einer Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts ist naturgemäss das heute geltende Recht: „Die Vormundschaft“ ist in der dritten Abteilung des dem Familienrecht gewidmeten zweiten Teils des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, in Kraft seit 1. Januar 1912 (ZGB; Systematische Sammlung des Bundesrechts 210), in den Artikeln 360 bis 456 geregelt. Von diesen rund hundert Artikeln sind nur drei (Art. 368, Art. 405 und Art. 405a) ausschliesslich dem Vormundschaftsrecht für Unmündige gewidmet.

Das Vormundschaftsrecht des ZGB ist seit Inkrafttreten des ZGB, von einer wichtigen Ausnahme abgesehen, praktisch unberührt geblieben. Die wichtige Ausnahme bildet das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1978 über die fürsorgerische Freiheitsentziehung, das am 1. Januar 1981 in Kraft getreten ist. Damals wurde dem zehnten Titel des ZGB über „Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft“ ein neuer sechster Abschnitt, „Die fürsorgerische Freiheitsentziehung“, umfassend die Art. 397a bis f ZGB, hinzugefügt. Ferner wurden die Art. 405a und 429a ZGB neu geschaffen sowie die Art. 406 und 421 ZGB abgeändert. Diese wichtige Revision bildete eine Etappe im Rahmen der verschiedenen Revisionen des schweizerischen Familienrechts der letzten Jahrzehnte.

Vorliegend kann es sich nicht darum handeln, das lange und breite das heute geltende Vormundschaftsrecht darzustellen. Die Schwächen der geltenden Regelung werden nachstehend unter Ziff. 3 erläutert. Immerhin soll in der gebotenen Kürze aufgezeigt werden, um was es im geltenden Vormundschaftsrecht geht. Dabei lässt sich die Expertengruppe leiten von der ihr durch die Auftraggeberin gestellten Frage, „welchen Bedürfnissen ein modernes Vormundschaftsrecht zu genügen hat“ (siehe vorn Einleitung). Nachstehend soll in der gebotenen Kürze das geltende Vormundschaftsrecht mit der Antwort auf die Frage erläutert werden, welchen Bedürfnissen denn dieses heutige Vormundschaftsrecht genügt. Das kann dadurch geschehen, dass festgestellt wird, welche Hilfestellungen (Massnahmen) das geltende Vormundschaftsrecht für wen bietet. Im folgenden ist daher zunächst von den Hilfestellungen (Massnahmen, 1.1.) und alsdann von den durch diese Hilfestellungen Geschützten (1.2.) die Rede.

1.1. *Hilfestellungen (Massnahmen)*

Das geltende Vormundschaftsrecht

- 1) ersetzt für Minderjährige die fehlende (oder zu schwache) elterliche Gewalt (Art. 368, 405, 405a, 407 ff., 318, 324 f. ZGB; auch die nunmehr folgenden Artikelangaben beziehen sich auf das ZGB);
- 2) sorgt dafür, dass gewisse dauernd schwache Erwachsene
 - a) durch weitgehende (Art. 369 ff., 386 II, 407 ff.) oder teilweise (Art. 395, 412, 414, 468) Entziehung und damit Beschränkung der Handlungsfähigkeit (mit entsprechender Publikation) vor zu weit gehenden „Bindungen“ (Verfügungen und Verpflichtungen, familienrechtlichen Bindungen, Verfügungen von Todes wegen) geschützt werden,

- b) sich weitgehend (Art. 369 ff., 386 II, 407 ff.) oder teilweise (Art. 395 II, kombinierte Beistandschaft) die Alleinvertretung durch andere gefallen lassen müssen,
 - c) sich die Verwaltung ihres Vermögens gefallen lassen müssen (Art. 386 I, 393 Ziff. 2, 395 II, 413),
 - d) persönlich betreut werden (potentiell bei allen Massnahmen), gegebenenfalls auch ohne oder gegen ihren Willen (insbesondere Art. 397a, 386 II, 406);
- 3) sorgt für die Verwaltung nicht verwalteter Vermögen, ohne dass es sich dabei um schwache Erwachsene handelt (Art. 393 Ziff. 1, 3, 4, 5);
 - 4) sorgt für die Vertretung, wenn Erwachsene oder gesetzliche Vertreter vorübergehend faktisch am Handeln verhindert sind (Art. 393 Ziff. 1 und 3), und
 - 5) entzieht bei Interessenkollision gesetzlicher Vertreter die Vertretungsmacht und sorgt für Ersatz (Art. 392 Ziff. 2).

1.2. Geschützte Personen

Das geltende Vormundschaftsrecht schützt

- 1) primär die unmittelbar Betroffenen:
 - a) die Minderjährigen,
 - b) von den dauernd schwachen Erwachsenen:
 - aa) Geisteskranke, Geistesschwache (Art. 369, 397a),
 - bb) Suchtkranke / Abhängige (Art. 370, 397a),
 - cc) Verwahrloste (Art. 397a),
 - dd) Lasterhafte (Art. 370),
 - ee) Verschwender (Art. 370),
 - ff) „Misswirtschaftler“ (Art. 370),
 - gg) von strafrechtlichem Freiheitsentzug Betroffene (Art. 371),
 - hh) Altersschwache (Art. 372),
 - ii) Gebrechliche (Art. 372),
 - jj) Unerfahrene (Art. 372) und
 - kk) von den damit verbundenen Schwächen in mind. Masse Betroffene (Art. 393 Ziff. 2, kombinierte Beistandschaft, Art. 394, 395);
 - c) die nicht verwalteten Vermögen (Art. 393 Ziff. 1, 3, 4, 5);
 - d) die faktisch am Handeln Verhinderten (Art. 392 Ziff. 1, 3);
 - e) die von der Interessenkollision betroffenen gesetzlichen Vertreter (Art. 392 Ziff. 2);
- 2) sekundär die Familie (Art. 370, 397a II);
- 3) tertiär in ihrer Sicherheit Bedrohte (Art. 369, 370, 397a) und
- 4) schliesslich irgendwelche Dritte (Art. 375, 387 II, 397 II, 398 III, 410 II, 411).

2. Der Blick über den Zaun: die Rechtsentwicklung in Europa

Vorbemerkungen

Im Lauf der letzten fünfzehn Jahre wurde in verschiedenen westeuropäischen Staaten das Vormundschaftsrecht für Erwachsene reformiert. Hauptmerkmal war dabei sicherlich der hohe Stellenwert des Verhältnismässigkeitsprinzips. Begriffe wie Subsidiarität, Notwendigkeit, Angemessenheit und Komplementarität der vormundschaftlichen Massnahmen sind Ausdruck der Akzentuierungen, durch welche die Gesetzgeber die Individualisierung jeglicher Art von Schutz oder Vertretung fördern wollen.

Gewisse Staaten haben auf den herkömmlichen Massnahmenkatalog verzichtet, indem die Entmündigung, der Schutz und die gesetzliche Vertretung Erwachsener durch eine einzige Massnahme gewährleistet werden, welche inhaltlich den Bedürfnissen des Einzelfalls angepasst werden kann. Am häufigsten werden in diesem Zusammenhang Österreich und Deutschland genannt, welche sich für das Institut der „Sachwalterschaft“ bzw. dasjenige der „Betreuung“ entschieden haben. Beide Gesetzgebungen legen das Hauptgewicht auf die persönliche Betreuung.

Die in den frankophonen Staaten erfolgten Reformen haben demgegenüber nicht zu einem vollständigen Bruch mit dem alten Recht geführt. So existiert die Entmündigung noch immer in Belgien und Frankreich, wenngleich die Statistiken zeigen, dass die Behörden immer seltener darauf zurückgreifen. In diesen beiden Staaten galt die Hauptsorge des Gesetzgebers dem Schutz von Personen, die ihr Vermögen nicht mehr selber verwalten können, sowie dem Schutz Geisteskranker vor willkürlicher Internierung.

Schliesslich sind noch diejenigen Staaten zu erwähnen, welche auf das Institut der Entmündigung verzichtet haben, deren Gesetzgebung jedoch andere, nach der Unterstützungsbedürftigkeit der Betroffenen differenzierende Instrumente vorsieht. So unterscheidet etwa das schwedische Recht zwischen dem Beistand („god man“) und dem Verwalter („förvaltare“), deren Einsetzung davon abhängt, in welchem Mass der Betroffene unfähig ist, seine Angelegenheiten selbst zu führen.

Unter dem Gesichtspunkt der Berücksichtigung des Persönlichkeitsrechts und angesichts ihrer politisch-philosophischen Grundlagen bildet die deutsche Gesetzgebung sicherlich ein sehr ansprechendes Modell. Es rechtfertigt sich deshalb, dessen wesentliche Merkmale näher zu betrachten. Im Anschluss daran folgt ergänzend ein kurzer Überblick über die österreichische, belgische, französische und schwedische Gesetzgebung. Für das italienische Recht sei verwiesen auf die Abhandlung von Dr. MARIA ANTONIETTA GUIDA RICCI, La Tutela Giuridica dei soggetti più deboli nell'ordinamento giuridico italiano, in ZVW 47 (1992) 116 ff.

Die nachfolgenden Erörterungen beschränken sich grundsätzlich auf das materielle Recht. Eine Bezugnahme auf Verfahrensvorschriften ausländischer Rechtsordnungen muss den Ausführungen betreffend Vorschläge de lege ferenda zum schweizerischen Recht vorbehalten bleiben. Der beschränkte zur Verfügung stehende Platz und die Besonderheiten der verschiedenen Verfahrensordnungen erlauben keine Darstellung von Einzelheiten.

2.1. Das deutsche Recht

Zweifelloos bildet der von Prof. WERNER BIENWALD verfasste Kommentar „Betreuungsrecht“ das Standardwerk zum neuen, seit 1.1.1992 in Kraft stehenden Recht. Nachdem die erste Auflage in Rekordzeit vergriffen war, berücksichtigt die 1994 erschienene Zweitaufgabe nicht nur die

umfangreichen Materialien der Gesetzgebungsarbeit, sondern auch die reiche Literatur und die in den ersten 18 Monaten seit dem Inkrafttreten ergangene Rechtsprechung (vgl. W. BIENWALD, Kommentar zum BtG/BtBG, 2. Auflage, Bielefeld 1994, Schrifttumverzeichnis, XXV-LIV).

Das neue Gesetz über die Betreuung Erwachsener nahm erstmals anlässlich der Diskussionen am 57. Deutschen Juristentag von 1988 konkrete Formen an, welcher dem Thema gewidmet war: „Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?“ Die Revision orientierte sich dabei an folgenden Hauptlinien:

- Eines der Hauptziele der Revision bildete die Absicht, die Betreuungstätigkeit zu personalisieren: „Zielsetzung des Betreuungsrechts ist es, von einer in der Vergangenheit häufig kritisierten blossen Verwaltung und der Fremdbestimmtheit des Fürsorgebedürftigen Abstand zu nehmen und vielmehr Hilfe in Form einer Partnerschaft, orientiert am Mass der Fürsorgebedürftigkeit zu erreichen“ (B. PETERS, Die Betreuung Volljähriger, Bayreuth 1992, 56).
- Ein weiterer Antrieb für den radikalen Wechsel der Strukturen des Erwachsenenschutzes lag im Bestreben, alles zu eliminieren, was zu einer Herabsetzung der Betroffenen beitragen könnte: „Der Reform geht es um die Beseitigung von diskriminierenden und stigmatisierenden Regelungen, um die Aufwertung und Ernstnahme des Behinderten als Person und Mitbürger und - als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgebots - um die Begrenzung beschränkender Drittfürsorge auf das tatsächlich erforderliche Ausmass“ (M. COESTER, Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung, Jura 1991, 3).
- Angesichts der individualisierten Sichtweise drängte sich auch eine Vereinfachung des Verfahrens und der Organisationsstrukturen auf: „Ein hierauf zielender Reformsatz muss schliesslich Hand in Hand gehen mit einer Vereinfachung und Entbürokratisierung der Verfahrens- und Organisationsstrukturen“ (M. COESTER, a.a.O., 3).

2.1.1. Die Anordnung der Massnahme

2.1.1.1. Der gesetzliche Rahmen der Massnahme der Betreuung

Die materiellen Voraussetzungen für die Ernennung des Betreuers und für die Einräumung der Vertretungsmacht finden sich in den §§ 1896 und 1902 BGB-BtG. Alle weiteren einschlägigen Gesetzesbestimmungen (§§ 1897 bis 1908i BGB-BtG) betreffen das Instrumentarium, welches der Verwirklichung der zuvor genannten Zielsetzungen im Einzelfall dient.

2.1.1.2. Die Voraussetzungen der Massnahme

Aufgrund von § 1896 Abs. 1 und 2 BGB-BtG ist die Einsetzung eines Betreuers nur unter folgenden Voraussetzungen möglich:

- die hilfsbedürftige Person leidet an einer psychischen Krankheit oder an einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung;

- sie ist aufgrund dieser Krankheit oder Behinderung teilweise oder vollständig unfähig, ihre Angelegenheiten zu besorgen;
- die hilfsbedürftige Person ist volljährig (unter Vorbehalt von § 1908a BGB-BtG).

Soweit die betroffene Person an einer körperlichen Behinderung leidet, kann die Massnahme nur auf ihren Antrag hin angeordnet werden, es sei denn, sie könne ihren Willen nicht kundtun. In den übrigen Fällen kann die Betreuung auf Antrag des Betroffenen oder auch von Amtes wegen angeordnet werden.

Der Begriff der psychischen Krankheit erfasst zunächst endogene Psychosen, welche mentale Störungen verursachen, ohne dass das Hirn physisch angegriffen wäre. Darunter fallen namentlich Schizophrenien und manisch-depressive Leiden. Darüberhinaus erfasst der Begriff aber auch die exogenen Psychosen, das heisst mentale Störungen, die ihre Ursache in Hirnleiden und -verletzungen haben. Schliesslich gehören nach der Konzeption des Gesetzgebers auch alle Formen von gesundheitsschädigenden Abhängigkeiten darunter, wie etwa Alkoholismus, Drogen- oder Medikamentensucht und ähnliche Tatbestände.

Der Begriff der geistigen Behinderung bezieht sich auf angeborene oder in früher Kindheit erworbene Intelligenzdefizite, während mit seelischer Behinderung die verschiedenen, im Laufe des Lebens eintretenden Rückbildungszustände erfasst werden. Letztere können sowohl von psychischen Leiden herrühren als auch von Altersschwächen, welche oft als Altersdemenz qualifiziert werden. Aufgrund der demographischen Entwicklung ist zur Zeit ein substanzieller Anstieg des Bevölkerungsanteils mit altersbedingten Behinderungen im Gange.

Die Unfähigkeit, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen, muss direkte Folge der psychischen Krankheit oder der Behinderung sein. Der Verlust der Selbständigkeit kann sowohl Ergebnis eines rechtlichen als auch eines tatsächlichen Unvermögens sein und kann gleichermassen die persönlichen wie auch die wirtschaftlichen Angelegenheiten betreffen.

Da die Massnahme oft nur für einzelne persönliche oder wirtschaftliche Bereiche erforderlich ist, sieht das deutsche Recht ausdrücklich vor, dass die Einsetzung eines Betreuers sich immer nur auf einen Katalog spezifischer Aufgaben beziehen kann: „Das Gericht hat den Aufgabenkreis des Betreuers so zu bemessen, dass er nicht Angelegenheiten erfasst, die die/der Betreute selbst besorgen kann“ (W. BIENWALD, a.a.O., § 1896 N 198). Dies hindert jedoch das Gericht in keiner Weise daran, dem Betreuer die Betreuung für alle Angelegenheiten anzuvertrauen, wenn die betroffene Person darauf angewiesen ist. Selbstverständlich bleibt der Bereich der höchstpersönlichen Rechte immer ausgeschlossen: „Für die Besorgung durch einen Betreuer kommen höchstpersönliche Angelegenheiten nicht in Betracht“ (W. BIENWALD, a.a.O., § 1896 N 224).

Solange die Wahrung der Interessen des Betroffenen auch auf andere Weise als durch die Einsetzung eines Betreuers möglich ist, fehlt es an der für die Anordnung der Massnahme erforderlichen Notwendigkeit. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Angelegenheiten teilweise oder gesamthaft mittels Vollmachten besorgt werden können: „Die Betreuerbestellung kommt immer dann nicht in Betracht, wenn und soweit eine Vollmacht besteht oder erteilt werden kann und die Angelegenheit, die zu besorgen ist, durch die Vollmacht erfasst wird“ (W. BIENWALD, a.a.O., § 1896 N 118).

2.1.1.3. Die rechtlichen Wirkungen der Einsetzung eines Betreuers

Im Rahmen seines Aufgabenkreises wird der Betreuer gesetzlicher Vertreter des Betreuten. Dessen Geschäftsfähigkeit wird indessen dadurch nicht beschränkt: „Die Geschäftsfähigkeit und damit die rechtliche Handlungsfähigkeit des Betreuten bleibt durch die Betreuerbestellung jedoch unberührt“ (B. PETERS, a.a.O., 83). Die Tatsache, dass sowohl der Betreuer als auch der urteilsfähige Betreute gleichermassen handlungsfähig sind, also eine Doppelzuständigkeit besteht, führt selbstredend zu gewissen Schwierigkeiten. Prallen verschiedene Verpflichtungen infolge konkurrierenden Handelns aufeinander, muss deshalb über die Gültigkeit der einzelnen Verpflichtung entschieden werden. Nach der Doktrin soll dabei offenbar die zeitliche Priorität massgebend sein: „Bei rechtlich kollidierenden Rechtsgeschäften (z.B. Verfügungen über dieselbe Sache) gilt das Prinzip der zeitlichen Priorität“ (D. SCHWAB, Probleme des materiellen Betreuungsrechts, FamRZ 1992, 504). Nach Auffassung dieses Autors kann der Betreute dem Betreuer auch selbst Vollmachten ausstellen und damit dessen Vertretungsmacht auf ausserhalb des behördlich definierten Aufgabenkreises liegende Angelegenheiten erweitern.

Für eine ganze Reihe von Handlungen steht die Vertretungsmacht des Betreuers unter dem Vorbehalt der vorgängigen Zustimmung oder der nachträglichen Genehmigung durch die zuständige Behörde. Das Gesetz verweist hier in grossem Umfang auf die für den Vormund eines Minderjährigen geltenden Vorschriften (vgl. § 1908i BGB-BtG).

2.1.1.4. Geschäftsfähigkeit des Betreuten unter Vorbehalt der Zustimmung des Betreuers

Wenn die persönlichen oder wirtschaftlichen Interessen des Betreuten ernsthaft gefährdet sind und diese Gefährdung nicht anders abwendbar ist, kann die Behörde die Ausübung nicht höchstpersönlicher Rechte ganz oder teilweise von der Zustimmung des Betreuers abhängig machen (§ 1903 BGB-BtG; sog. Einwilligungsvorbehalt). Diese Massnahme bedarf keiner besonderen medizinischen Diagnose, da die Frage nach der Geschäftsfähigkeit auch für die Beurteilung der Notwendigkeit der Massnahme nicht entscheidend ist. Drittinteressen (z.B. von an der Erhaltung arrestierbaren Vermögens interessierten Gläubigern) vermögen die Massnahme nicht zu rechtfertigen. Die Freigebigkeit des Betroffenen ist nur relevant, wenn sie seine eigenen Interessen gefährdet.

Soweit ein Einwilligungsvorbehalt besteht, verfügt der Betreute nur über eine beschränkte Handlungsfähigkeit: „Insofern führt er (sc. der Einwilligungsvorbehalt) faktisch zu einer dem deutschen Recht bisher unbekannten partiellen Geschäftsfähigkeit“ (J. TAUPITZ, JuS 1992, 12). Gleiches gilt im übrigen auch für die Prozessfähigkeit des Betreuten.

2.1.1.5. Der Sonderfall der ärztlichen Massnahme

Die §§ 1904 und 1905 BGB-BtG betreffen ausschliesslich unter Betreuung stehende Personen, welche nicht mehr imstande sind, einer bestimmten ärztlichen Massnahme zuzustimmen oder diese abzulehnen. Zu medizinischen Massnahmen, welche keine Gefahr für den Betreuten beinhalten, kann der Betreuer selbständig seine Einwilligung erteilen. Besteht hingegen die Gefahr, dass der Betreute aufgrund der Behandlung stirbt oder einen schweren und dauerhaften Gesundheitsschaden erleidet, ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts notwendig; vorbehalten bleiben Notfälle.

Die Sterilisation bildet Gegenstand einer besonderen und ausserordentlich strengen Regelung. Sie ist gänzlich ausgeschlossen bei Unmündigen, ebenso bei Volljährigen, welche ihr in einem Zeitpunkt widersprochen haben, als sie sich darüber einen Willen bilden konnten. In den übrigen Fällen kann die Sterilisation nur erfolgen, wenn der für diese Frage eingesetzte Betreuer einwilligt und dessen Entscheid vom Vormundschaftsgericht genehmigt wird, welches sich dabei auf ein Gutachten stützen muss. Der Betreuer kann nur einwilligen, wenn der Betreute selber dauernd einwilligungsunfähig ist und die mit einer möglichen Schwangerschaft verbundenen Gefahren den besonderen gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

2.1.1.6. Der Sonderfall einer mit Freiheitsentziehung verbundenen Unterbringung

Die Unterbringung ohne Freiheitsentziehung ist in § 1901 BGB-BtG geregelt, wonach das Interesse des Betreuten und die von ihm geäusserten Wünsche die massgeblichen Kriterien sind. Wenn die Unterbringung von einer Freiheitsentziehung begleitet ist, kann sie gegen den Willen des Betreuten nur in folgenden Situationen angeordnet werden:

- Es besteht die Gefahr, dass der Betreute aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung sich selber tötet oder seiner Gesundheit erheblichen Schaden zufügt.
- Eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Heileingriff können nicht ohne die Unterbringung durchgeführt werden, und der Betreute ist aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage, deren Notwendigkeit einzusehen.

Nach COESTER genügt der Zustand der Verwahrlosung allein nicht, um eine freiheitsentziehende Unterbringung zu rechtfertigen: „Blosse Verwahrlosung etwa bei Drogenabhängigen oder Altersdementen (Vermüllungssyndrom) genügt nicht, als gesetzlicher Vertreter hat der Betreuer die (im Konfliktfall durch Einwilligungsvorbehalt zu verstärkende) Macht, eine Zwangsreinigung als milderer Mittel zu veranlassen“ (M. COESTER, a.a.O. 9).

Der Unterbringung geht regelmässig die Einsetzung eines Betreuers voraus. Sie ist - Notfälle vorbehalten - nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zulässig. Nach COEPPICUS bildet die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit eine unabdingbare Voraussetzung für die Genehmigung der Unterbringung: „Voraussetzung für die Gestattung der Unterbringung ist also die Feststellung der Geschäftsunfähigkeit. (...) Wer einsichtsfähig ist, möchte auch nicht, dass ein Betreuer bestellt wird, der für ihn entscheidet, ob er untergebracht wird oder nicht. Darin müsste er den Verlust seines Selbstbestimmungsrechts sehen“ (COEPPICUS, Die Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Aufenthaltsbestimmung, das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen und ihr Wohl, FamRZ 1992, 75).

Die vorstehenden Anforderungen gelten gleichermassen, wenn einem Betreuten, welcher sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer anderen Einrichtung aufhält, ohne formell untergebracht zu sein, die Bewegungsfreiheit regelmässig oder auf längere Zeit durch mechanische Vorrichtungen, durch Abgabe von Medikamenten oder auf andere Weise entzogen wird. Nach herrschender Auffassung kann indessen nicht von Freiheitsentziehung im Sinne von § 1906 BGB-BtG gesprochen werden, wenn die betroffene Person in genügend erkennbarer Weise zustimmt, selbst wenn sie nicht mehr über die volle Geschäftsfähigkeit verfügen sollte.

Präzisierend ist schliesslich festzuhalten, dass das neue Recht keinen Einfluss auf diejenigen Unterbringungen hat, welche gestützt auf öffentlichrechtliche Bestimmungen in den einzelnen Bundesländern angeordnet werden können. Dieser Vorbehalt betrifft insbesondere die Freiheitsentziehung gestützt auf die Ländergesetze über die Unterbringung psychisch Kranker und Drogenabhängiger (vgl. dazu namentlich Kommentar SAAGE/GÖPPINGER, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 3. Auflage, München 1994, Die Ländergesetze zur Unterbringung psychisch Kranker und süchtiger Menschen, 182-355).

2.1.2. Die Bestellung des Betreuers

Der Gesetzgeber sieht primär die Einsetzung einer natürlichen Person vor (§ 1897 BGB-BtG). Diese muss fähig sein, die Angelegenheiten des Betreuten im entsprechenden Umfang zu besorgen und ihm die erforderliche persönliche Betreuung zu erweisen. Die betroffene Person hat hinsichtlich der Wahl des Betreuers ein Vorschlagsrecht, und zwar bereits vor der Einleitung des eigentlichen Verfahrens. In diesem Zusammenhang wird in der Doktrin bald von „Betreuungsverfügung“, bald von „Altenverfügung“ oder „Altentestament“ gesprochen, zumal dieses Vorschlagsrecht vor allem für ältere Menschen von Bedeutung ist.

Die Einsetzung eines Vereins oder einer Behörde als Betreuer ist nur in den ganz seltenen Fällen möglich, in denen die durch eine oder mehrere natürliche Personen geleistete Betreuung nicht ausreicht, um die Interessen der betroffenen Person zu wahren.

2.1.2.1. Die verschiedenen Betreuungsarten

a) *Der Einzelbetreuer*

Die Doktrin unterscheidet zwischen:

- Betreuern, welche ihre Funktion privat ausüben (private Einzelbetreuer);
- Betreuern, welche Mitarbeiter eines Vereins sind (Vereinsbetreuer = Bedienstete eines Betreuungsvereins);
- Betreuern, welche von einer Behörde angestellt sind (Behördenbetreuer = Angestellte oder Beamte).

Private Betreuer können entlohnte Fachleute (Berufsbetreuer) sein, Personen, welche diese Funktion nebenberuflich ausüben, jedoch entsprechend der Grösse des Vermögens des Betreuten oder der ihnen anvertrauten Aufgaben entschädigt werden (Betreuer mit Vergütung, die nicht Berufsbetreuer sind), oder schliesslich auch ehrenamtlich tätige Privatpersonen (ehrenamtliche Betreuer).

b) *Der Ergänzungs- oder Ersatzbetreuer*

Wenn der Einzelbetreuer wegen eines möglichen oder tatsächlichen Interessenkonflikts nicht selber handeln kann, muss ein Ergänzungsbetreuer bestimmt werden, der an seiner Stelle tätig wird.

Ein Ersatzbetreuer kann ernannt werden, um denjenigen zu ersetzen, welcher verhindert ist, oder um die ihm vom Hauptbetreuer delegierten Aufgaben zu erfüllen.

c) *Der „Gegen-Betreuer“*

Erst im letzten Stadium der Reform wurde in Anlehnung an den Gegenvormund der „Gegenbetreuer“ eingeführt. Dieses Institut dient der Kontrolle der Tätigkeit des Hauptbetreuers durch einen anderen und dürfte vor allem in Fällen zur Anwendung gelangen, in denen der Betreute über ein verhältnismässig grosses Vermögen verfügt.

d) *Die Mitbetreuung*

Mitbetreuung liegt vor, wenn zwei oder mehrere Betreuer gemeinsam tätig sind oder wenn jeder von ihnen die ihm von der Behörde übertragenen Obliegenheiten wahrnimmt. Liegt infolge genauer Aufgabenverteilung eine sogenannte geteilte Mitbetreuung vor, entspricht die Massnahme weitgehend der Ergänzungsbetreuung. Eine derartige Aufgabenteilung wird zuweilen gesetzlich vorgeschrieben, was namentlich bei dem im Hinblick auf ein Sterilisationsverfahren eingesetzten Betreuer der Fall ist.

2.1.2.2. Das Gewicht der Vorschläge des Betroffenen

Das neue Recht berücksichtigt in sehr weitgehender Art und Weise den Willen des Betroffenen, welcher grundsätzlich allen übrigen Erwägungen vorgeht, wenn er nicht offensichtlich seinem wohlverstandenen Interesse widerspricht. Letzteres ist etwa der Fall, wenn die vorgeschlagene Person selber unter Betreuung steht, sie an der Übernahme des Amtes offensichtlich nicht interessiert oder dazu nicht geeignet ist, oder wenn ein möglicherweise nachteiliges Abhängigkeitsverhältnis besteht. Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Ernennung einer Person, welche in enger Verbindung zu der Einrichtung steht, in welcher der Betroffene sich aufhält oder untergebracht war.

Wenn der Betroffene keine Vorschläge macht, erfolgt die Wahl unter Berücksichtigung seiner familiären und persönlichen Verhältnisse. Dabei wird insbesondere den Beziehungen zu den Eltern, den Kindern und zum Ehegatten sowie den Risiken möglicher Interessenskollisionen Rechnung getragen.

2.1.2.3. Die Pflicht zur Übernahme eines Betreuungsmandats

Die vom Vormundschaftsgericht als Betreuer bezeichnete Person hat grundsätzlich die Pflicht, dieses Amt zu übernehmen, selbst wenn sie nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Die formelle Einsetzung als Betreuer kann jedoch erst erfolgen, wenn die ausgewählte Person ihre Zustimmung erklärt hat. Die Verweigerung der Zustimmung zieht allerdings keine Sanktionen nach sich, während das alte Recht für diesen Fall noch ein Zwangsgeld vorsah.

2.1.2.4. Status, Aufgaben und Verantwortlichkeit des Betreuers

Das deutsche Recht kennt eine recht komplexe Regelung, welche an den Status des jeweiligen Betreuers anknüpft. Dieser Status hängt davon ab, ob der Betreuer auf eigene Rechnung oder als hauptberuflicher Mitarbeiter eines Vereins (Vereinsbetreuer) oder einer Behörde (Behördenvertreter) handelt. Die Frage der Entlohnung wirft anscheinend etliche Schwierigkeiten auf. Angesichts der Tatsache, dass die Betreuungen offenbar mehrheitlich ehrenamtlich geleistet werden, wird in der Literatur die Frage diskutiert, ob die bestehenden sozialen Strukturen überhaupt ausreichen, um den Anforderungen an eine persönliche Betreuung zu genügen.

Das Mandat des Betreuers wird jeweils auf die konkreten Bedürfnisse des Betreuten zugeschnitten. In jedem Fall besteht aber die Pflicht des Betreuers, wichtige Angelegenheiten vor ihrer Erledigung mit dem Betreuten zu besprechen, Berichte über dessen persönliches Umfeld zu verfassen und seine soziale Reintegration soweit wie möglich zu fördern.

Die Tatsache, dass die dem Betreuer eingeräumte Vertretungsmacht die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht beschränkt, führt hinsichtlich der Verantwortlichkeit zu gewissen Unsicherheiten. Sorgfaltspflichtsverletzungen des Betreuers lösen Schadenersatzansprüche gemäss den allgemeinen Bestimmungen des BGB (§ 249 ff. BGB) aus. Entgegen dem Eindruck, der aufgrund des Gesetzestextes entstehen könnte, sind auch die Vereine und Behörden für Fehler haftbar, welche ihre Hilfspersonen bei der Ausübung des ihnen anvertrauten Betreuungsmandats begehen.

Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass aufgrund einer Verweisung in § 1908i BGB-BtG zahlreiche Vorschriften des Unmündigen-Vormundschaftsrechts auch auf Fragen von Status, Aufgaben und Verantwortlichkeit des Betreuers Anwendung finden. Diese Vorgehensweise des Gesetzgebers ist verschiedentlich auf Kritik gestossen (vgl. namentlich W. BIENWALD, a.a.O., § 1908i N 4).

2.2. *Das österreichische Recht*

Die Geschäftsunfähigkeit und der Schutz Mündiger sind heute im wesentlichen in den folgenden beiden Bundesgesetzen geregelt:

- Bundesgesetz über die Sachwalterschaft für behinderte Personen, in Kraft seit 1.7.1984 (vgl. dazu namentlich F. GSCHNITZER, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Auflage, Wien 1992, 247 - 262);
- Bundesgesetz über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten (Unterbringungsgesetz), in Kraft seit 1.1.1991 (vgl. dazu namentlich C. KOPETZKI, Unterbringungsgesetz, Eine Systematische Darstellung des Bundesgesetzes über die Unterbringung psychisch Kranker in Krankenanstalten, Verein für Sachwalterschaft und Patienten-anwaltschaft, Nachrichten aus dem Rechtsreferat, Wien 1991).

Das Institut der Sachwalterschaft hat dasjenige der Entmündigung ersetzt; dementsprechend ist der Sachwalter an die Stelle des Vormunds getreten.

2.2.1. Die Sachwalterschaft

2.2.1.1. Die Voraussetzungen und die Ziele der Sachwalterschaft

Die psychische Krankheit und die geistige Behinderung sind die einzigen vom Gesetzgeber vorgesehenen Gründe für eine Sachwalterschaft. Nach Auffassung der Literatur sollen aber auch Tatbestände wie Verschwendung, Alkohol- oder Drogensucht durch entsprechende Auslegung der Begriffe „psychische Krankheit“ und „geistige Behinderung“ einbezogen werden. Das gleiche soll für körperliche Behinderungen gelten, deren Auswirkungen oft nicht sehr weit von denjenigen geistiger Behinderungen lägen.

Die Einsetzung eines Sachwalters setzt voraus, dass die an einer psychischen Krankheit oder einer geistigen Behinderung leidende Person nicht oder nicht mehr im Stande ist, ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise zu besorgen, ohne sich dem Risiko einer Schädigung auszusetzen. Der Schutz von Drittinteressen allein rechtfertigt die Massnahme nicht. Hingegen schliesst das Gesetz nicht aus, dass sich die Massnahme im Sinne eines Nebeneffekts auch zugunsten von Dritten wie etwa dem Ehegatten oder den Kindern auswirkt.

2.2.1.2. Natur, Umfang und Wirkungen der Sachwalterschaft

Die fehlende Anpassungsfähigkeit an die konkreten Schutzbedürfnisse war einer der Hauptvorwürfe gegenüber dem Institut der Entmündigung. Nun hat auch der österreichische Gesetzgeber eine sehr viel differenziertere Lösung gewählt, die gezieltere Eingriffe erlaubt, indem die Aufgaben des Sachwalters unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips und insbesondere des Subsidiaritätsprinzips auf das im Einzelfall wirklich Erforderliche beschränkt werden.

Das Ausmass der Handlungsunfähigkeit der der Sachwalterschaft unterstellten Person ist dementsprechend abhängig vom Umfang der angeordneten Massnahme. Bei psychischen Krankheiten oder geistigen Behinderungen, die die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person ausschliessen, kommt der Massnahme nur deklaratorische Wirkung zu. Gegenüber urteilsfähigen Personen hat die Massnahme zur Folge, dass die Gültigkeit ihrer Rechtshandlungen von der Zustimmung des Sachwalters abhängig ist. Solange diese Zustimmung nicht vorliegt, bleibt das Rechtsgeschäft unvollkommen, das heisst genehmigungsfähig. Ist die Person urteilsunfähig, entfällt auch die Genehmigungsmöglichkeit, und zwar selbst dann, wenn das Geschäft der betreffenden Person ausschliesslich zum Vorteil gereichen würde. Das Institut der Sachwalterschaft weist somit eine nahe Verwandtschaft zur Entmündigung des schweizerischen Rechts auf. Das Gericht kann aber immerhin festlegen, dass die betroffene Person - selbst innerhalb des Aufgabenbereichs des Sachwalters - für einen oder mehrere Bereiche die volle Geschäftsfähigkeit behält.

Die Ehefähigkeit der unter Sachwalterschaft stehenden Person hängt von ihrem Geisteszustand und vom konkreten Inhalt der Schutzmassnahme ab. Die Heirat kann deshalb nicht dem Zustimmungserfordernis unterworfen werden, wenn der Sachwalter einzig und allein zur Mitwirkung an einem Grundstücksverkauf eingesetzt wurde. Die Zeugnisfähigkeit ist grundsätzlich auf mündliche Erklärungen vor Gericht oder vor dem Notaren beschränkt.

2.2.1.3. Die Auswahl des Sachwalters

Bei der Auswahl werden einerseits die Natur der vom Sachwalter zu besorgenden Geschäfte, andererseits die Bedürfnisse der nicht handlungsfähigen Person berücksichtigt. In der Regel handelt es sich um einen Angehörigen. Das Gesetz sieht aber auch die Begleitung durch Fachleute vor, bei deren Auswahl mehr auf juristische Kenntnisse als auf eine sozialpädagogische Ausbildung abgestellt wird. Die Durchführung der Massnahme kann auch einem durch einen Verein bezeichneten Sachwalter übertragen werden (Vereinssachwalter); dessen Ausbildung und Einbettung bilden Gegenstand eines Spezialgesetzes, welches auch den Status des Patientenanwalts regelt (in Kraft seit 1.1.1991). Gemäss den Materialien soll die Rechtsform des Vereins besonders geeignet sein, die Ausbildung und Einbettung der Sachwalter zu gewährleisten. Die Erwartungen erwiesen sich indessen als zu optimistisch, da nur gerade 10% aller Sachwalterschaften von Vereinssachwaltern wahrgenommen werden, während 20% Vertretern juristischer Berufe und 70% Angehörigen der Betroffenen anvertraut wurden. Wie so oft sind auch hier die zur Verfügung stehenden Mittel ungenügend, um die Reformziele zu realisieren.

2.2.1.4. Rechte und Pflichten des Sachwalters

Die Rechte und Pflichten des Sachwalters sind grundsätzlich die gleichen wie diejenigen eines Unmündigen-Vormunds. Angesichts der Tatsache, dass die Lebensbedingungen eines Erwachsenen unter Sachwalterschaft nicht ohne weiteres mit denjenigen eines unter Vormundschaft stehenden Unmündigen verglichen werden können, führt dieser sehr allgemeine Verweis zu heiklen Problemen.

Das Gesetz betont die persönliche Unterstützung, insbesondere die medizinische und soziale Betreuung. Für gewisse, im Gesetz enumerierte Fälle sowie generell für alle wichtigen Angelegenheiten setzt die gesetzliche Vertretung die gerichtliche Genehmigung voraus.

2.2.2. Die Unterbringung psychisch Kranker

Das seit 1991 in Kraft stehende Gesetz regelt die Einweisung und den Aufenthalt psychisch Kranker in Krankenhäusern und psychiatrischen Abteilungen, soweit die Patienten dadurch unfreiwillig in ihrer Bewegungsfreiheit oder in anderen Rechten beschränkt werden.

2.2.2.1. Die materiellen Voraussetzungen der Unterbringung

Nach § 3 UbG muss die betroffene Person unter einer psychischen Krankheit leiden. Diese rechtfertigt eine Unterbringung jedoch nur insoweit, als sie eine ernsthafte und erhebliche Selbst- oder Fremdgefährdung mit sich bringt. Die Anwendung der Massnahme setzt ferner voraus, dass ärztliche Hilfe und Betreuung nicht auf andere Weise, insbesondere ausserhalb der betreffenden Einrichtung erbracht werden können (Subsidiaritätsgrundsatz). Das Kriterium der Schwere der Gefährdung (ernstlich und erheblich) beruht auf dem Prinzip der Verhältnismässigkeit.

2.2.2.2. Unterbringung auf Begehren des Betroffenen

Diese Art der Unterbringung (Unterbringung auf Verlangen) darf nicht mit der Einweisung in eine offene Abteilung einer psychiatrischen Klinik verwechselt werden, welche keine Beschränkung der Bewegungsfreiheit mit sich bringt (Aufnahme in den offenen Bereich einer psychiatrischen Anstalt ohne Beschränkung der Bewegungsfreiheit).

Die Unterbringung auf Begehren des Betroffenen wird durch folgende Merkmale gekennzeichnet:

- ein freiwilliger, jederzeit widerrufbarer und vor der Einweisung gestellter Antrag;
- eine ärztliche Überprüfung der Einweisung, welche zur Feststellung einer psychischen Krankheit und einer den Anforderungen von § 3 UbG entsprechenden Gefährdung (vgl. Ziff. 2.2.2.1. hiervor) führen muss;
- eine absolute Höchstdauer der Unterbringung;
- die Einsetzung eines Rechtsanwalts, welcher dem Patienten als Berater und Vertreter zur Verfügung steht (Patientenanwalt);
- gleiche Beschränkungen der Bewegungsfreiheit und gleiche Beziehungen zur Aussenwelt, wie sie für zwangsweise untergebrachte Personen bestehen;
- gerichtliche Überprüfung der Beschränkungen der persönlichen Freiheit und der ärztlichen Behandlung auf Begehren des Patienten.

2.2.2.3. Unfreiwillige Unterbringung

Unfreiwillig ist eine Unterbringung immer dann, wenn sie ohne oder gegen den Willen des Patienten erfolgt (zwangsweise Unterbringung).

Diese Massnahme ist folgenden Grundsätzen unterworfen:

- Einschreiten eines Amtsarztes (Polizeiarzt), unter Vorbehalt der notfallmässigen Unterbringung durch Sicherheitsbehörden oder der Umwandlung einer Unterbringung auf Begehren des Betroffenen in eine zwangsweise Unterbringung;
- ärztliche Überprüfung der Einweisung;
- Einsetzung eines Rechtsanwalts, welcher mit der Vertretung des Patienten ab dem Zeitpunkt seiner Einweisung beauftragt ist;
- Orientierung des Anwalts und des Gerichts über die Art der Unterbringung durch den Verantwortlichen der betreffenden Einrichtung;
- Eröffnung eines gerichtlichen Verfahrens von Amtes wegen zur Überprüfung der Begründetheit der Unterbringung.

2.2.2.4. Die Vertretung der Interessen des Patienten

Das Institut der Patientenanwaltschaft bildet eine der Stützen des neuen Unterbringungsrechts. Der Patientenanwalt vertritt den Patienten zunächst im gerichtlichen Verfahren; darüberhinaus gewährleistet er ganz allgemein die Wahrung seiner Interessen. Die Tätigkeit des Anwalts beschränkt in keiner Weise die Rechte des Patienten, welcher im übrigen auch die Möglichkeit hat, selber einen Vertreter zu bezeichnen, der an Stelle des Anwalts handelt. Mit der Institutionalisierung des Patientenanwalts soll auch die Unabhängigkeit des Vertreters gegenüber der Klinik und den mit dem Mündigenschutz betrauten Behörden gewährleistet werden.

2.2.2.5. Der Ablauf der Unterbringung

Das Gesetz enthält spezifische Bestimmungen betreffend:

- die Beschränkungen der Bewegungsfreiheit;
- die Beziehungen zur Aussenwelt;
- die mit oder ohne Einverständnis des Patienten durchgeführte ärztliche Behandlung;
- das Einsichtsrecht des Patienten in seine Krankengeschichte.

2.3. *Das belgische Recht*

Die Geschäftsunfähigkeit und der Erwachsenenschutz sind heute im wesentlichen durch zwei Gesetze geregelt:

- Gesetz vom 26.6.1990 zum Schutz der Geisteskranken (in Kraft seit 27.7.1991);
- Gesetz vom 18.7.1991 zum Schutz des Vermögens von Personen, welche aufgrund ihrer körperlichen oder geistigen Verfassung ganz oder teilweise unfähig sind, dieses zu verwalten (in Kraft seit 28.7.1991).

Diese beiden Gesetze, welche sich trotz unterschiedlichen Anwendungsbereichen gegenseitig ergänzen, haben indessen die herkömmlichen, ursprünglich auf das Zivilgesetzbuch von 1804 zurückgehenden Massnahmen nicht beseitigt. Diese sind jedoch in ihrer Mehrheit in den Hintergrund gerückt, was einerseits mit den teilweise schwerfälligen Verfahrensabläufen, andererseits aber auch damit zusammenhängt, dass sie im Widerspruch zum Reformgeist stehen. Die Entmündigung und die Rechtsbeistandschaft scheinen sogar gänzlich ausser Gebrauch zu geraten.

Bemerkenswert ist, dass alle Schutzmassnahmen Gegenstand einer öffentlichen Bekanntmachung bilden; dies gilt auch für die neu geschaffenen Massnahmen. Im Fall der fortdauernden Unmündigkeit wird die Massnahme sogar auf der Identitätskarte der betreffenden Person vermerkt.

2.3.1. Die herkömmlichen Massnahmen

2.3.1.1. Die „interdiction judiciaire“

Die Massnahme bezieht sich auf Personen, die sich in einem Zustand dauernden Schwachsinn oder Wahnsinn befinden. Darunter versteht das Gesetz eine schwere Geistesschwäche.

Die „interdiction judiciaire“ führt - gestützt auf die unwiderlegbare Vermutung fehlender Urteilsfähigkeit - zur vollständigen Handlungsunfähigkeit. Unter Vorbehalt einzelner Besonderheiten ist der Entmündigte einem mit der Vormundschaft über Unmündige vergleichbaren Vertretungsregime unterworfen.

Hat eine psychisch schwer gestörte Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen und ist sie aus diesem Grund interniert worden, tritt an Stelle der „interdiction judiciaire“ die Vertretung durch einen „administrateur provisoire“.

2.3.1.2. Die „mise sous conseil judiciaire“

Ziel dieser Betreuungsform ist einerseits der Schutz Geistesschwacher, andererseits derjenige von Verschwendern. Zur Geistesschwäche hat der Kassationshof festgestellt: „Les personnes dites faibles d'esprit sont celles dont les facultés mentales sont affaiblies, soit par un manque initial de développement intellectuel (débilité), soit par une dégénérescence due à l'âge (sénilité) ou à la maladie, en telle manière que, sans se trouver dans un état d'absence complet de discernement, elles ne soient pas en état de gérer seules leurs affaires sans danger“ (vgl. Cour de cassation, Urteil vom 2.2.1976). Unter Verschwendern sind Personen zu verstehen, welche einen unverhältnismässigen und anormalen Gebrauch von ihrem Vermögen machen, ohne indessen im eigentlichen Sinne geistig angeschlagen zu sein. Verschwendungssucht setzt die Verschleuderung des Vermögens (und nicht nur der Einkünfte) durch ungerechtfertigte Ausgaben voraus.

Die „sous conseil judiciaire“ stehende Person befindet sich im Zustand einer modifizierten Handlungsunfähigkeit, wonach die Handlungsfähigkeit die Regel bildet, die Handlungsunfähigkeit die Ausnahme. Diejenigen Rechtsgeschäfte, welche nur unter Mitwirkung des „conseil judiciaire“ abgeschlossen werden können, sind im Gesetz abschliessend aufgelistet. Diese Regelung gleicht stark derjenigen der „curatelle“ des französischen Rechts (vgl. dazu hinten 2.4.1.3.). Wie der „curateur“ ist auch der „conseil judiciaire“ nicht mit der Vertretung, sondern ausschliesslich mit der Mitwirkung betraut.

2.3.1.3. Die „minorité prolongée“

Ziel dieser Massnahme ist es, den Eltern geistig schwer zurückgebliebener Kinder die Fortführung der elterlichen Gewalt über das Mündigkeitsalter hinaus zu ermöglichen. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise vermeiden, dass die Eltern auf die einem ausserordentlich schwerfälligen Verfahren unterliegende Entmündigung zurückgreifen müssen.

Anders als die „interdiction“ und die „mise sous conseil judiciaire“ ist das Institut der „minorité prolongée“ nach wie vor bedeutsam, was aber angesichts seiner erst vor rund zwanzig Jahren erfolgten Einführung auch nicht erstaunlich ist.

Personen unter „minorité prolongée“ sind vollständig handlungsunfähig. Ihre Eltern handeln als gesetzliche Vertreter und verwalten auch das Kindesvermögen entsprechend den Regeln über die elterliche Gewalt.

2.3.1.4. Die „interdiction légale“

Diese Massnahme stellt eine bei bestimmten strafrechtlichen Verurteilungen gesetzlich vorgesehene Nebenstrafe dar, ohne dass der Verurteilte an einer Geistesschwäche oder -krankheit leiden würde.

Folge dieser Massnahme ist die vollständige Handlungsunfähigkeit, das heisst, die betreffende Person kann nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorbehaltenen Fällen rechtsgültig handeln.

2.3.2. Vermögensschutz durch Einsetzung eines „administrateur provisoire“

Diese durch das Gesetz vom 18.7.1991 eingeführte Massnahme bezweckt den Schutz des Vermögens all jener Erwachsenen, welche aufgrund ihrer körperlichen oder geistigen Verfassung nicht in der Lage sind, dieses selbständig zu verwalten. Die Unfähigkeit kann eine teilweise oder eine vollständige sein, sie kann dauernder oder vorübergehender Natur sein.

Die Einsetzung eines „administrateur provisoire“ ist ausgeschlossen, wenn die betroffene Person bereits unter einer anderen, den Schutz ihres Vermögens einschliessenden Massnahme („interdiction“, „mise sous conseil judiciaire“, „minorité prolongée“, „extension des pouvoirs du conjoint“ etc.) steht.

Das Ausmass der Handlungsunfähigkeit ergibt sich aus dem Mandat und den Befugnissen, welche dem „administrateur provisoire“ übertragen werden. Dementsprechend kann die Handlungsunfähigkeit eine teilweise oder eine vollständige sein. Je nach der Art der zu erledigenden Geschäfte und nach der Verfassung des Betroffenen entspricht die Massnahme einer Vertretung oder einer Betreuung.

Die (relative) Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, welche die betroffene Person unter Missachtung der dem „administrateur provisoire“ übertragenen Befugnisse abgeschlossen hat, betrifft nicht nur die nach der Anordnung der Massnahme getätigten Geschäfte. Erfasst werden auch diejenigen Geschäfte, die zwischen dem Tag des entsprechenden Antrags und demjenigen der Anordnung abgeschlossen wurden. Da der Antrag selbst nicht publiziert werden darf, existiert bezüglich der letzteren Geschäfte keinerlei Schutz Dritter.

Als „administrateur provisoire“ wird vorzugsweise der Ehegatte, ein naher Verwandter oder eine das Vertrauen des Betroffenen geniessende Person eingesetzt. Der ratio legis entsprechend ist das Vertrauensverhältnis stärker zu gewichten als die Anforderungen an die Fähigkeiten des „administrateur provisoire“. Die Einsetzung des „administrateur provisoire“ beendet automatisch das zuvor einem Dritten übertragene Mandat.

Der „administrateur provisoire“ hat die Aufgabe, die Geschäfte „en bon père de famille“ zu führen. Diese Terminologie erstaunt durch ihren sexistischen und veralteten Charakter. Die gesetzliche Aufgabe des „administrateur provisoire“ beschränkt sich darauf, den betroffenen

Personen periodisch die Geldsummen zur Verfügung zu stellen, die der Besserung ihrer Situation dienen.

2.3.3. Der Schutz Geisteskranker

Das Gesetz vom 26.6.1990 betrifft freiheitsentziehende Massnahmen zwecks Behandlung in geschlossenen Kliniken („traitement en milieu hospitalier“) bzw. zur Pflege im Familienkreis („soins en milieu familial“). Diese Massnahmen sind anwendbar, wenn der Geisteskranke sich selber oder die körperliche Integrität Dritter schwerwiegend gefährdet und keine andere geeignete Behandlung möglich ist. Das Gesetz stellt ausdrücklich klar, dass fehlende Anpassung an moralische, soziale, religiöse, politische oder sonstige Wertvorstellungen nicht als Geisteskrankheit qualifiziert werden darf.

2.3.3.1. Behandlung in geschlossenen Kliniken

Das Gesetz unterscheidet folgende Stufen:

- Die „mise en observation“, welche auf 40 Tage begrenzt ist und die Diagnose sowie, soweit möglich, die Behandlung erlauben soll;
- Den „maintien“, wobei eine Höchstdauer von zwei Jahren gilt und jede Verlängerung oder Erneuerung einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.

Zuständig für den Entscheid über die Zulässigkeit der mit der Behandlung verbundenen Freiheitsentziehung ist der Friedensrichter. Grundlage seines Entscheids bildet ein ausführliches medizinisches Gutachten, welches nicht älter als 15 Tage sein darf und von einem neutralen Arzt erstellt worden sein muss. Sehr strenge Verfahrensvorschriften bestehen hinsichtlich der Anhörung des Patienten innert 24 Stunden und dem ihm innert zehn Tagen abzustattenden Besuch.

Das Gesetz regelt im weiteren Voraussetzungen und Dauer der Nachsorge ausserhalb der Klinik, das Ende der Unterbringung, welches einen begründeten Entscheid des Chefarztes voraussetzt, und die Revision des richterlichen Einweisungsentscheides, welche der Friedensrichter jederzeit einleiten kann, sei es von Amtes wegen oder auf Begehren des Patienten bzw. jedes interessierten Dritten.

2.3.3.2. Pflege im Familienkreis

Die Pflege im Familienkreis, welcher die Pflege in Heimen gleichzustellen ist, tritt an Stelle der Unterbringung in einer Klinik, sobald und solange letztere nicht unumgänglich ist. Die Realisierung dieser Massnahme ist selbstredend nicht allein vom Gesundheitszustand des Betroffenen, sondern auch und vor allem von den familiären Verhältnissen abhängig.

Auf die „mise en observation“ von vierzig Tagen folgt der allfällige Entscheid über den „maintien“. Das weitere Verfahren ist mit demjenigen der Unterbringung in einer Klinik identisch. Der Entscheid bezeichnet die Person, welche die Interessen des Betroffenen wahrt, und den behandelnden Arzt.

Weder die Pflege im Familienkreis noch die Behandlung in einer Klinik führen zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person. Ebenso wenig schränken diese Massnahmen deren Befugnisse zur Vermögensverwaltung ein. In der Praxis sind sie jedoch meistens von der Einsetzung eines „administrateur provisoire“ begleitet, da der Kranke im allgemeinen nicht imstande ist, die zum Schutz seines Vermögens erforderlichen Dispositionen zu treffen.

2.4. *Das französische Recht*

Die Handlungsunfähigkeit und der Schutz Mündiger sind heute im wesentlichen durch folgende Gesetze geregelt:

- Gesetz vom 3.1.1968 über die Schutzeinrichtungen;
- Gesetz vom 27.6.1990 betreffend die Hospitalisierung geistesgestörter Menschen.

Die 1968 eingeführte Regelung ist durch die beherrschende Rolle des Vormundschaftsrichters gekennzeichnet, welcher eng mit dem behandelnden Arzt zusammenarbeiten soll. Der Schutz der Person ist gegenüber der früheren, auf das Zivilgesetzbuch von 1804 zurückgehenden Regelung wesentlich flexibler ausgestaltet. Beibehalten wurden jedoch die „interdiction judiciaire“, welche dem Schutz Geisteskranker dient, und die „dation de conseil judiciaire“, welche Personen mit weniger schwerwiegenden Störungen vorbehalten bleibt. Im übrigen hat das Gesetz von 1968 namentlich die sog. „sauvegarde de justice“ eingeführt, welche eine Zwischenstufe zwischen dem gänzlichen Fehlen einer Ordnung und den wesentlich strukturierteren Instituten der „tutelle“ und der „curatelle“ darstellt.

Das Gesetz vom 27.6.1990 hat zwar den Schutz vor willkürlichen Internierungen bedeutend erweitert, doch wurde das frühere, durch ein die Versorgung Geisteskranker reglementierendes Gesetz aus dem Jahr 1838 eingeführte System nicht wirklich umgewälzt. „On distingue l'hospitalisation volontaire, à l'initiative du malade lui-même, l'hospitalisation à la demande d'un tiers (membre de la famille, voisin ...) sur le fondement de deux certificats médicaux, l'hospitalisation d'office prononcée par le préfet avec l'appui d'un avis médical, lorsque le malade trouble l'ordre public. De multiples contrôles sont prévus avec notamment l'intervention d'une commission départementale des hospitalisations psychiatriques“ (G. GOUBEUX, Droit civil, 23. Auflage, Cahors 1991, 215).

2.4.1. Die besonderen Schutzmassnahmen

Nach dem Willen des Gesetzgebers von 1968 sollte jede Massnahme (sauvegarde de justice, tutelle und curatelle) auf besondere Bedürfnisse zugeschnitten sein. Es wird sich indessen zeigen, dass in der Praxis teilweise von der ursprünglichen Zielsetzung der jeweiligen Massnahme abgerückt wurde.

2.4.1.1. Die „sauvegarde de justice“

Es handelt sich hierbei um eine grundsätzlich vorübergehende Schutzmassnahme, welche auf Kranke zugeschnitten ist, bei denen eine rasche Heilung erwartet werden darf (z.B. Nerven-

zusammenbruch) oder bei welchen die Anordnung einer „tutelle“ oder „curatelle“ bevorsteht. Die Massnahme wird aufgrund einer einfachen Anzeige des behandelnden Arztes an den Staatsanwalt angeordnet.

Heute entwickelt sich die „sauvegarde de justice“ immer mehr zu einer längerdauernden Massnahme, insbesondere im Bereich des Schutzes betagter Menschen. Dies erklärt sich anscheinend durch das unkomplizierte Verfahren und den zwanglosen Charakter der Massnahme. Der Betroffene kann seine Rechte weiterhin frei ausüben, geniesst aber Schutz vor

- den Nachteilen einer Unterlassung;
- gefährdenden Rechtsgeschäften;
- einer Ausnutzung durch den Ehegatten im Scheidungsfalle.

Zum Schutz vor den Nachteilen einer Unterlassung kann der Vormundschaftsrichter einen Sonderbeauftragten bezeichnen, welcher bestimmte Handlungen vornimmt, wenn diese nicht durch einen freiwilligen Stellvertreter oder durch die Personen besorgt werden können, die - wie insbesondere die Angehörigen - zur Vornahme gewisser Geschäftshandlungen gesetzlich verpflichtet sind.

Zum Schutz vor gefährdenden Rechtsgeschäften kann der Richter das betreffende Geschäft für ungültig erklären oder seinen Inhalt modifizieren, wenn der für eine Sache oder Dienstleistung vereinbarte Preis erheblich von ihrem objektiven Marktwert abweicht.

Eine Scheidung auf gemeinsamen Antrag ist ausgeschlossen, wenn einer der Ehegatten der „sauvegarde de justice“ unterstellt wurde. In den übrigen Scheidungsfällen wird das Verfahren bis zur Errichtung der „tutelle“ oder „curatelle“ sistiert, wenn die „sauvegarde de justice“ als Übergangsmassnahme angeordnet wurde.

2.4.1.2. Die „tutelle“

Die „tutelle“ wird errichtet, wenn ein Erwachsener dauernd der Vertretung in seinen Angelegenheiten bedarf,

- sei es, weil sich seine geistigen Fähigkeiten aufgrund einer Krankheit, eines Gebrechens oder infolge Altersschwäche verschlechtern haben;
- sei es, weil ihm die Verschlechterung der körperlichen Verfassung die Abgabe von Willenserklärungen verunmöglicht.

Ausserdem finden die Vorschriften über die „tutelle“ Anwendung, wenn eine Person als Nebenfolge einer Verurteilung von einer „interdiction légale“ getroffen wird.

In der Doktrin wird mit Besorgnis auf den zwischen Bevormundung und Armut anscheinend bestehenden Zusammenhang hingewiesen. Dazu THIERRY FOSSIER: „(...) cette évolution ne laisse pas d'être inquiétante car elle porte en germe une marginalisation juridique des exclus socio-économiques“ (Vingt-cinq ans de protection des majeurs, La semaine juridique 1993, 165).

Die Familienvormundschaft, deren Kern der Familienrat ist, scheint ausser Gebrauch zu geraten. 98% aller „tutelles“ werden in der einfachen Form geführt. Dabei handelt es sich um die „administration légale sous contrôle judiciaire“ (46%), die „tutelle en gérance“ (40%) und um die „tutelle d'Etat“.

Die „administration légale sous contrôle judiciaire“ kann grundsätzlich nur einem nahen Verwandten, dem Ehegatten, einem Vorfahren oder Nachkommen, einem Bruder oder einer Schwester anvertraut werden, welcher zur Vermögensverwaltung fähig ist. In der Literatur wird angeregt, diesen Rahmen zu erweitern und auch andere Verwandte oder den Konkubinatspartner zuzulassen.

Die „tutelle en gérance“, welche für die Verwaltung weniger bedeutender Vermögen vorgesehen ist, wird vor allem zugunsten untergebrachter Personen eingesetzt. Obwohl das Hauptgewicht dieser Massnahme im finanziellen Bereich liegt, unterhält der „gérant“ oft regelmässige Kontakte zur betroffenen Person. Der Erfolg der Massnahme liegt in ihrer Einfachheit und Flexibilität, aber auch in den Schwierigkeiten begründet, Familienvormundschaften zu errichten.

Die „tutelle d'Etat“ existiert erst seit 1974. Sie drängt sich auf, wenn der Betroffene keine Verwandten hat, die die „administration légale sous contrôle judiciaire“ übernehmen könnten, sein Vermögen aber zu bedeutend ist, als dass eine „tutelle en gérance“ in Frage käme. Die Ausübung des vormundschaftlichen Amtes wird entweder dem Präfekten anvertraut, welcher sie dem Vorsteher der Gesundheits- und Sozialbehörde delegiert, einem Notaren des zuständigen Gerichtsbezirks oder einer natürlichen oder juristischen Person, welche auf der zu diesem Zweck vom Staatsanwalt für jeden Gerichtsbezirk erstellten Liste verzeichnet ist.

Bei den einfachen Arten der „tutelle“ besteht die grosse Gefahr, dass das Gewicht zu sehr auf die finanzielle Seite des Schutzes gelegt wird. Rechtsprechung und Doktrin müssen deshalb immer wieder betonen, dass es Aufgabe eines jeden Vormunds ist, den Bevormundeten als Menschen zu schützen.

Schliesslich ist festzuhalten, dass kein Grund zur Errichtung einer „tutelle“ besteht, wenn die Interessen des Betroffenen auch über das eheliche Güterrecht gewahrt werden können. So kann der eine Ehegatte gerichtlich zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts ermächtigt werden, bei welchem normalerweise beide Ehegatten mitwirken müssen; desgleichen kann ein Ehegatte auch mit der Vertretung des anderen betraut werden.

Die „tutelle“ führt zu einer vollständigen und dauernden Geschäftsunfähigkeit. Ausser bei der Eheschliessung sind jedoch Rechtsgeschäfte des Handlungsunfähigen niemals absolut, sondern lediglich relativ ungültig. Die relative Ungültigkeit wird dadurch gekennzeichnet, dass sie nur von einem bestimmten Kreis von Personen geltend gemacht werden kann, das Rechtsgeschäft genehmigungsfähig ist und die entsprechende Klage der Verjährung unterworfen ist. Im weiteren ist auf die Rechtsungültigkeit von Testamenten hinzuweisen, welche nach Errichtung der „tutelle“ verfasst werden. Demgegenüber kann der Betroffene in einem lucidum intervallum ein leibliches Kind rechtsgültig anerkennen.

Im Hinblick auf Organisation, Ablauf, Rechnungslegung und Verantwortlichkeit sind die für die Vormundschaft für Unmündige bestehenden Vorschriften weitgehend auch auf die die Erwachsenen betreffende „tutelle“ anwendbar.

2.4.1.3. Die „curatelle“

Mit dieser Massnahme sollen geschützt werden:

- der Erwachsene, dessen geistiger oder körperlicher Zustand geschwächt ist und welcher bei der Besorgung seiner Angelegenheiten der Beratung oder der Kontrolle bedarf, ohne indessen zu eigenem Handeln ausserstande zu sein;
- der Erwachsene, der infolge Verschwendungssucht, Unbeherrschtheit oder Nichtstun die Erfüllung seiner familiären Verpflichtungen vernachlässigt oder Gefahr läuft, bedürftig zu werden.

Der unter „curatelle“ stehende Erwachsene kann ohne Mitwirkung durch den „curateur“ kein Rechtsgeschäft tätigen, welches unter der „tutelle“ der Genehmigung durch den Familienrat bedürfte. Ohne diese Mitwirkung kann er weder Vermögen erwerben noch davon Gebrauch machen. Die Rolle des „curateur“ liegt also in der Mitwirkung, nicht in der Vertretung; die Initiative zu einem Rechtsgeschäft geht deshalb vom Betroffenen und nicht vom „curateur“ aus. Wenn der „curateur“ seine Mitwirkung bei einem Rechtsgeschäft verweigert, kann der Betroffene beim Vormundschaftsrichter um eine Ersatzgenehmigung nachsuchen.

Die „curatelle“ kann abgeschwächt oder auch verstärkt werden. Bei der Errichtung der „curatelle“, aber auch in einer späteren Entscheidung kann der Richter auf Empfehlung des behandelnden Arztes gewisse Rechtsgeschäfte bestimmen, welche die unter „curatelle“ stehende Person allein tätigen kann, oder umgekehrt zu den im Gesetz vorgesehenen Rechtsgeschäften weitere hinzufügen, für welche es der Mitwirkung des „curateur“ bedarf. Ferner kann der Richter festlegen, dass die Einkünfte des Betroffenen direkt dem „curateur“ zukommen, dieser die notwendigen Ausgaben tätigt und den Überschuss auf ein Konto bei einem zugelassenen Treuhänder überweist. Ist dies der Fall, liegt die Funktion des „curateur“ nahe bei derjenigen des „tuteur“.

Rechtsgeschäfte, welche die unter „curatelle“ stehende Person allein abschliesst, obwohl die Mitwirkung des „curateur“ erforderlich wäre, sind relativ ungültig, können aber vom „curateur“ genehmigt werden. Eine Ungültigerklärung kann nur vom „curateur“ oder vom Betroffenen selbst beantragt werden. Anders als bei der „tutelle“ ist der Richter nicht an die Rechtsungültigkeit gebunden; so kann er die Ungültigerklärung verweigern, wenn er sie aufgrund der gesamten Umstände für unangemessen hält. Die unter „curatelle“ stehende Person ist voll zeugnisfähig. Hingegen kann sie keine Scheidung auf beidseitigen Antrag verlangen und bedarf in den übrigen Scheidungsfällen sowohl als Klägerin wie auch als Beklagte der Mitwirkung des „curateur“.

2.4.2. Die allgemeinen Schutzmassnahmen

2.4.2.1. Der Schutz von Wohnung und Mobiliar der betroffenen Person

Unabhängig von der im konkreten Fall anwendbaren Massnahme müssen die Wohnung der betroffenen Person und die dort befindlichen Möbel solange wie möglich erhalten bleiben. Daraus folgt, dass keine dauerhafte Nutzniessung bezüglich der Wohnung vereinbart werden kann, wenn der Betroffene in einer Pflegeeinrichtung untergebracht ist. Ist eine Veräusserung der mit der Wohnung verbundenen Rechte und des Mobiliars notwendig, so bedarf das betreffende Rechtsgeschäft der Genehmigung des Vormundschaftsrichters. Die Veräusserung von Erinnerungsstücken und persönlichen Gegenständen des Betroffenen ist in jedem Fall ausgeschlossen.

Diese allgemeine Schutzmassnahme, welche auf die Erhaltung der Lebensumstände abzielt, betrifft in erster Linie ältere Menschen, welche sich periodisch in Pflegeeinrichtungen aufhalten müssen. In gewissen Fällen kann das mit dieser Gesetzesbestimmung anvisierte Ziel auch mit den besonderen erbrechtlichen Bestimmungen zugunsten des überlebenden Ehegatten erreicht werden.

2.4.2.2. Schutz von Personen, welche aufgrund geistiger Störungen hospitalisiert werden

Hinsichtlich der einschlägigen Pflegeeinrichtungen besteht die hauptsächliche Neuerung in der Schaffung eines unabhängigen Kontrollorgans, welches dem bestehenden Quartett (Arzt, Familie, Verwaltung, Justiz) beigelegt wurde. Dabei handelt es sich um die sog. Departementalkommission betreffend psychiatrische Unterbringungen (*commission départementale des hospitalisations psychiatriques*). Sie ist über alle zwangsweisen Unterbringungen zu informieren und muss von Amtes wegen überprüfen, ob die Massnahme auf Antrag von Dritten angeordnet wurde und ob sie länger als drei Monate dauert. Auch im Bereich der Anstaltsbesuche kommt ihr eine grosse Bedeutung zu. Im weiteren nimmt sie Beanstandungen seitens der hospitalisierten Personen oder deren Berater entgegen. Die Kommission besteht aus einem vom Staatsanwalt beim Appellationshof bezeichneten Psychiater, einem vom Vorsitzenden des Appellationshofs bezeichneten Beamten sowie aus zwei weiteren qualifizierten Personen, von denen eine vom Präfekten, die andere vom Vorsitzenden des Departementalrats ernannt wird.

Die Gesetzgebung trägt der Tatsache Rechnung, dass es öffentliche und private Einrichtungen gibt. Im Bereich der Aufsicht war der Gesetzgeber bemüht, jegliche Monopolisierung zu verhindern, indem er eine Kräftebalance zwischen den verschiedenen Beteiligten herstellte.

Nur wenige der gesetzlichen Bestimmungen über die Unterbringungsarten betreffen die freiwilligen Unterbringungen, welche mehr als drei Viertel aller Hospitalisationen ausmachen. Das Hauptgewicht liegt vielmehr auf der Unterbringung zur Pflege auf Verlangen Dritter und auf der Unterbringung von Amtes wegen.

Die Unterbringung auf Begehren eines Dritten wird von privater Seite veranlasst (Initiative bei Familienangehörigen oder Dritten). Sie unterliegt einer doppelten Voraussetzung: Erstens muss die betroffene Person infolge der geistigen Störung ihr Einverständnis nicht erklären können, zweitens muss ihr Zustand nach sofortiger Pflege und dauernder Überwachung in einer klinischen Einrichtung verlangen, was namentlich bei Vorliegen einer Selbst- oder Drittgefährdung der Fall ist. Dem Antrag müssen zwei ärztliche Gutachten beiliegen, welche nicht älter als fünfzehn Tage sein dürfen. Das erste dieser Gutachten darf nicht von einem Arzt abgefasst sein, welcher in der betreffenden Einrichtung arbeitet. Das Gesetz enthält eine ganze Reihe von Erfordernissen, welche eine Überprüfung der Frage gewährleisten, ob die Voraussetzungen für eine Unterbringung auch tatsächlich vorliegen.

Die Unterbringung von Amtes wegen betrifft Personen, die aufgrund ihrer geistigen Störung die öffentliche Ordnung oder die Gesundheit von Drittpersonen gefährden. Die Massnahme kann auch eine andere, bereits bestehende Hospitalisierung ablösen. Die vom Präfekten gestützt auf ein von einem aussenstehenden Psychiater erstelltes Gutachten getroffene Entscheidung unterliegt der Kontrolle durch den Verwaltungsrichter, welcher die Einhaltung der Formvorschriften prüft. Die Beurteilung der Angemessenheit der Massnahme obliegt der zuständigen gerichtlichen Behörde.

Im übrigen enthält das Gesetz gewisse Garantien betreffend den Schutz der Patientenrechte, das Ende der Unterbringung und die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Klinikdirektoren und der Ärzte.

2.4.2.3. Entgeltliche Aufnahme Betagter oder behinderter Erwachsener durch Privatpersonen

Gestützt auf ein Gesetz vom 10.7.1989 ist die entgeltliche Aufnahme behinderter oder betagter Menschen im eigenen Heim bewilligungspflichtig, ausser es handle sich um Verwandte. In der Regel kann eine Familie höchstens zwei betagte oder behinderte Menschen aufnehmen.

Das Gesetz verlangt den Abschluss eines schriftlichen Vertrags, welcher die Dauer und die materiellen Bedingungen der Aufnahme regelt. Wer Personen aufnehmen will, muss Garantien bezüglich Gesundheitsschutz, Sicherheit sowie körperliches und seelisches Wohl der in Pflege genommenen Personen abgeben. Die Erteilung der Bewilligung setzt ausserdem den Bestand von Haftpflichtversicherungen zur Deckung von Schäden voraus, die die Vertragsparteien einander unabsichtlich zufügen könnten. Angesichts möglicher oder tatsächlicher Interessenkonflikte bestehen schliesslich besondere Vorschriften für den Fall, dass der Bewilligungsempfänger zugleich „tuteur“ der aufgenommenen Person ist.

2.5. *Das schwedische Recht*

Die Darstellung des schwedischen Rechts beschränkt sich auf die Hauptmerkmale des 1988 revidierten und am 1.1.1989 in Kraft getretenen Rechts der Vormundschaft und Beistandschaft (vgl. dazu namentlich P. WESTMAN, Die schwedische vormundschaftsrechtliche Gesetzgebung im Wandel, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Uppsala, FamRZ 1991, 520 ff.)

Die Revision von 1988 bildete die Fortsetzung derjenigen von 1974, welche bereits zu einer bedeutenden Beschränkung des Anwendungsbereichs der Entmündigung und zur Einführung der sog. „godmanskap“ geführt hat, einer Massnahme, welche mit einer allgemeinen Beistandschaft verglichen werden kann. Die Entmündigung wurde nun zugunsten der „förwaltare“, eines Verwaltungsauftrags endgültig aufgegeben.

„Godmanskap“ und „förwaltare“ kommen bei (körperlicher oder geistiger) Krankheit, geistiger Behinderung, allgemeiner Schwächung des Gesundheitszustands oder ähnlichen Tatbeständen wie etwa Drogensucht zur Anwendung. Die beiden Massnahmen stehen in dem Sinne in einem subsidiären Verhältnis zueinander, als der „förwaltare“ nur angeordnet werden kann, wenn die „godmanskap“ keinen genügenden Schutz zu gewähren vermag.

Die Errichtung einer „godmanskap“ ist möglich, sobald eine Person aus den vorstehend genannten Gründen nicht mehr in der Lage ist, ihre persönlichen oder wirtschaftlichen Interessen selbständig zu wahren. Die Massnahme bedarf der Zustimmung der betroffenen Person, es sei denn, sie könne sich infolge ihres Zustands nicht mehr äussern.

Die „godmanskap“ hat keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit. Soweit der Betroffene urteilsfähig bleibt, kann der Beistand unter Vorbehalt von Alltagsgeschäften nur dann selber handeln, wenn er vorgängig die Zustimmung des Betroffenen eingeholt hat. Auf dessen Begehren kann dieses Erfordernis sogar auf Alltagsgeschäfte ausgedehnt werden.

Der „förwaltare“ kann nur angeordnet werden, wenn eine Person die Fähigkeit zur selbständigen Führung eines Teils oder all ihrer Angelegenheiten vollständig verloren hat und der erforderliche Schutz nicht durch eine andere, weniger weitgehende Massnahme gewährleistet werden kann. Der Inhalt des „förwaltare“ wird den Bedürfnissen und Umständen des Einzelfalls angepasst.

Bezüglich der von der Massnahme erfassten Bereiche besitzt der Verwalter die Befugnisse zur gesetzlichen Vertretung, während die betroffene Person die entsprechenden Rechte nicht mehr ausüben kann. Dem Betroffenen werden die Rechte also nur in dem vom „förwaltare“ erfassten Ausmass entzogen. Solange er urteilsfähig ist und der Verwalter zustimmt, kann sich der Betroffene im übrigen auch durch eigene rechtsgeschäftliche Handlungen gültig verpflichten. Unter Vorbehalt einer gegenteiligen Entscheidung des Gerichts kann der Betroffene auch einen Arbeitsvertrag schliessen und über die entsprechenden Einkünfte selbständig verfügen. Ebenso besitzt er die Dispositionsfreiheit bezüglich schenkungsweise oder durch Erbgang erworbener Güter, wenn der Schenker oder der Erblasser diese ausdrücklich vom „förwaltare“ ausgeschlossen hat.

Die Bezeichnung des Beistands oder Verwalters ist gleichermassen detailliert geregelt wie die Erfüllung ihrer Aufgabe. Das Amt wird einer Frau oder einem Mann übertragen, welche/welcher gut beleumundet und erfahren ist und über die erforderlichen Fähigkeiten verfügt. Zuständig für die Anordnung der Massnahme und für die Bezeichnung des Beistands oder Verwalters ist allein das Zivilgericht. Die Anordnung eines „förwaltare“ muss grundsätzlich in einem amtlichen Organ publiziert werden.

3. Die Revisionsbedürftigkeit: die Mängel des geltenden Rechts

Sowohl äussere wie innere Gründe sprechen für eine grundlegende Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts. Diese Gründe werden nachstehend kurz erläutert. Wie sich aus diesen Erläuterungen ergibt, kommen Gründe für die Revision der Sache nach auch noch unter den Ziff. 4. bis 6. dieses ersten Teils des Berichts der Expertengruppe zur Darstellung. Darüber hinaus lässt sich die Revisionsbedürftigkeit zum Teil auch daran ermassen, welche Vorschläge für eine grundlegende Reform gemacht werden. Insofern bildet dieser ganze Bericht ein Plädoyer für die Revisionsbedürftigkeit.

3.1. Äussere Gründe für die Revision

3.1.1. Der Auftrag an die Expertengruppe und dessen Vorgeschichte

Der in der Einleitung wiedergegebene Auftrag des Bundesamtes für Justiz an die Expertengruppe für die Revision des Vormundschaftsrechts ist der bis anhin letzte Akt im Rahmen der Bestrebungen für die Revision des schweizerischen Familienrechts.

Bereits am 13. Dezember 1957 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine Studienkommission unter dem Vorsitz von Prof. JACQUES-MICHEL GROSSEN eingesetzt. Diese Kommission hatte den Auftrag, „zuhanden des Justiz- und Polizeidepartements die zahlreichen, im Verlaufe der letzten Jahre gefallenen parlamentarischen und ausserparlamentarischen Anregungen für eine Teilrevision des Familienrechts auf ihre Begründetheit, Durchführbarkeit und Zweckmässigkeit zu prüfen...“ (Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts vom 13. Juni 1962, 2).

Im Geschäftsbericht des Bundesrates für das Jahr 1961 wurde über die Vorarbeiten dieser Studienkommission berichtet, die alle Bereiche des Familienrechts ausser des Vormundschaftsrechts in ihre Revisionsüberlegungen miteinbezog. Dies veranlasste Nationalrat EMIL SCHAFFER,

am 19. September 1962 das folgende Postulat einzureichen: „Die Anwendung des Vormundschaftsrechtes des Zivilgesetzbuches bereitet den vormundschaftlichen Organen verschiedentlich Schwierigkeiten, weil einzelne Vorschriften unzulänglich oder überholt sind. Nachdem die Revision verschiedener Bestimmungen des Familienrechts in Vorbereitung ist, stellt sich die Frage, ob diese nicht auf das Vormundschaftsrecht ausgedehnt werden sollte. Der Bundesrat wird eingeladen, die Frage der Revision des Vormundschaftsrechts des ZGB zu prüfen und die entsprechenden Vorbereitungen in die Wege zu leiten.“

In einem Beitrag in der ZVW 18 (1963) 150 ff. erläuterte der Postulant die Beweggründe seines Vorstosses: als wichtige Reformpostulate nannte er die klarere Regelung der Beiratschaft und der Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit, die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit und die Anordnung der Lohnverwaltung als selbständige vormundschaftliche Massnahme.

In den Berichten der Studienkommission GROSSEN von 1962 und 1965 tauchte dann das Vormundschaftsrecht auch auf als Bestandteil des gesamten Reformpakets.

Im Dezember 1968 wurde alsdann durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement eine grosse Reformkommission für die Revision des Familienrechts eingesetzt, erneut unter dem Präsidium von Prof. J.-M. GROSSEN. Die Etappen der Familienrechtsrevision sind bekannt: 1972 Adoptionsrecht, 1976 Kindesrecht, 1978 fürsorgerische Freiheitsentziehung, 1984 Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen und Güterrecht. Zur Zeit ist die Botschaft für die Revision des übrigen Eherechts (Eheschliessung und Ehescheidung) in Vorbereitung. Im Bericht mit Vorentwurf für diese Revision (Bern 1992), Seite 4 steht geschrieben: „Abschluss der Familienrechtsrevision soll eine umfassende Revision des Vormundschaftsrechts bilden.“

Der Auftrag an die Expertengruppe für die Revision des Vormundschaftsrechts kann so als letzte Etappe eines sehr grossen Revisionsvorhabens des Bundes im Rahmen der Privatrechts-gesetzgebung bezeichnet werden.

3.1.2. Die Entwicklung in Europa

Hier sei vollinhaltlich verwiesen auf die unter Ziff. 2. dieser Grundlagen gemachten Ausführungen „Der Blick über den Zaun: die Rechtsentwicklung in Europa“. Die Entwicklung in unsern Nachbarländern, namentlich in Österreich und Deutschland, hat klar aufgezeigt, wie sehr das traditionelle Vormundschaftsrecht fragwürdig geworden ist und durch moderne Betreuungsmassnahmen ersetzt werden soll. Wenn nun auch in der Schweiz das Vormundschaftsrecht revidiert werden soll, so geschieht dies nicht primär deshalb, um Nachbarländer nachzuahmen. Wohl aber zeigen uns die Tatsache der Revision und die Aufnahme der Revisionen in diesen Ländern, wie sehr eine grundlegende Reform des Vormundschaftsrechts einem heutigen Bedürfnis entsprochen hat.

Zu den äusseren Gründen für die Revision gehört an sich auch die Europäische Menschenrechtskonvention. Deren Bedeutung taucht indessen in diesem Bericht vorerst einmal unter Ziff. 3.2.3. der Grundlagen auf, wo davon die Rede ist, dass sich Wertungen geändert haben. Im übrigen wird von der EMRK nachstehend auch unter den Ziffern 4., 5. und 6. und vielerorts im Rahmen des ganzen Berichts gesprochen.

3.1.3. Die schweizerische Lehre

Seit der Einreichung des vorhin erwähnten Postulates SCHAFFER haben sich über vierzig Autorinnen und Autoren in 54 Aufsätzen und Abhandlungen punktuell oder mehr oder weniger umfassend mit der Revisionsbedürftigkeit des geltenden Vormundschaftsrechts befasst. Der Befund ist eindeutig. Die Autorinnen und Autoren kommen zum Ergebnis, dass das Vormundschaftsrecht teils oder ganz revisionsbedürftig sei.

So plädieren trotz der beachtlichen Rechtsentwicklung, die unter dem geltenden Recht möglich war, für eine Totalrevision des Vormundschaftsrechts insbesondere MEYER (1967), TERCIER (1976), MÜLLER (1980), HEGNAUER (1984), KELLER (1988) und SCHNYDER (1967, 1975, 1992). Eine grosse Anzahl weiterer Autorinnen und Autoren (SPITZER [1977], STETTLER [1989, 1992], HÄFELI [1989, 1990], BACHMANN [1990], KOLLER [1992] und STURM [1993]) unterstützen diese Forderung. Statt vieler sei hier das Postulat im Kommentar SCHNYDER/MURER (Systematischer Teil N 386) wiederholt: „So richtig und wichtig solche einzelne Verbesserungsvorschläge sind, so sehr ist Wert darauf zu legen, dass bei der Revision des Vormundschaftsrechts das Ganze neu überdacht wird. Damit ist nicht gesagt, dass alles anders werden soll.“ Ferner präzisierend in N 388: „Dieses Ganze umfasst einmal Sinn und Zweck des Vormundschaftsrechts und damit im Zusammenhang die Leitideen ... ferner die Organisation und schliesslich das Verfahren.“

3.2. *Innere Gründe für die Revision*

3.2.1. Recht und Rechtswirklichkeit klaffen auseinander

Gemäss dem Konzept des Gesetzgebers steht für den Personen- und Vermögensschutz Erwachsener im schweizerischen Vormundschaftsrecht zunächst einmal die Entmündigung und regelmässig die darauf folgende Bevormundung im Vordergrund. Das Gros der Artikel des Vormundschaftsrechts ist entweder ausschliesslich oder primär der Entmündigung und der Bevormundung gewidmet. In der Praxis spielt aber dieses Hauptinstitut eine sehr unterschiedliche Rolle. So soll es Gegenden geben, in denen höchst selten noch eine Entmündigung ausgesprochen wird. Im übrigen weicht die Zahl der Entmündigungen von Kanton zu Kanton sehr stark voneinander ab. Eine Untersuchung hat ergeben, dass im Jahre 1989 in zwölf untersuchten Kantonen völlig unterschiedliche Prozentsätze von Entmündigungen im Verhältnis zur Bevölkerung durchgeführt worden sind. Während in einen Kanton (Aargau) eine Person auf 1'274 Einwohner entmündigt wurde, traf es im andern (Jura) eine Person auf 12'988 Einwohner. Die Bedeutung des Entmündigungsgrundes Freiheitsstrafe ist nur noch marginal.

Rund zwei Drittel der amtsgebundenen Massnahmen in den untersuchten zwölf Kantonen bilden Beistandschaften (ohne Beiratschaften). Das spricht zwar für die Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit der vormundschaftlichen Massnahmen bzw. der Berücksichtigung der Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen. Da indessen gemäss herrschender Lehre und wohl auch Rechtsprechung eine Lohnverwaltung gegen den Willen eines Betroffenen nur über den Weg der Entmündigung angeordnet werden kann, besteht der Verdacht, dass über den Weg von Beistandschaften Lohnverwaltungen angeordnet werden, die nur eine schwache Stütze im Gesetz haben.

Im Rahmen der Beistandschaften hat sich in den letzten Jahren eine Massnahme breit gemacht, die der Gesetzgeber als solche nicht vorgesehen hat: die aus den Art. 392 Ziff. 1 und 393 Ziff. 2 ZGB zusammengesetzte sogenannte kombinierte Beistandschaft. In der Lehre ist dieses Institut zwar

als rechtens anerkannt worden. Jedoch stellt die Tatsache, dass das Institut als solches im Gesetz nicht vorgesehen ist, für die Praxis eine Erschwerung dar.

Es erweckt zudem den Anschein, dass die Anordnung der einen oder der andern Massnahme sehr stark von der Frage abhängig ist, wer im betreffenden Kanton für die Anordnung dieser Massnahme zuständig ist. So war die Verbreitung der kombinierten Beistandschaft in einem Kanton namentlich darauf zurückzuführen, dass diese durch die Vormundschaftsbehörde angeordnet werden konnte, während die Beistandschaft auf eigenes Begehren (Art. 394 ZGB) von der Aufsichtsbehörde errichtet werden musste.

Gemäss Art. 385 Abs. 3 ZGB wäre die elterliche Gewalt über entmündigte „Kinder“ die Regel. Diese Bestimmung ist jahrzehntelang sträflich vernachlässigt worden. In den letzten Jahrzehnten hat sie namentlich für Eltern geistig behinderter Kinder eine grössere Bedeutung erlangt. Jedoch ist die Vorstellung des Gesetzgebers, wonach dies die Regel ist, in keiner Weise verwirklicht (womit nicht gesagt sein soll, dass dies notwendigerweise ein Übel darstellt).

Art. 375 Abs. 3 ZGB geht davon aus, dass die Publikation einer Entmündigung unter der Rücksicht der Verkehrssicherheit von grosser Bedeutung ist; die hinter dieser Regel stehende Überlegung, dass eine Publikation einer Entmündigung von den zukünftigen Vertragspartnern eines Entmündigten registriert werde, beruht indessen auf einer Illusion.

Die in den Art. 362 bis 366 ZGB vorgesehene Familienvormundschaft ist im Laufe der mehr als achtzig Jahre seit dem Inkrafttreten des ZGB, wenn überhaupt, höchst selten zum Zuge gekommen.

Die in Art. 379 Abs. 2 und 3 ZGB geregelte mehrfache Vormundschaft hat (leider) in der Praxis nur marginale Bedeutung erlangt.

Die Rechtswirklichkeit ist dadurch geprägt, dass neben oder an Stelle von Privatvormündern in hohem Masse Fachleute amtsgebundene Massnahmen als Amtsträger durchführen. Hier liegt zwar kein eigentlicher Widerspruch zwischen Recht und Rechtswirklichkeit vor; wohl aber trägt das Gesetz dieser Realität in keiner Weise Rechnung.

3.2.2. Die Bedürfnisse haben sich geändert

Der Zweck ist der Schöpfer des Rechts. Dieser Grundsatz darf allerdings nicht einseitig verstanden werden, als ob der Zweck auch gerade alle Antworten geben würde. Wohl aber hat das jeweils geltende Recht gewissen Bedürfnissen zu entsprechen. Das Gemeinwesen braucht nur dann, sollte aber dann auch legisferieren, wenn ein entsprechender Regelungsbedarf besteht.

Nun gibt es im Vormundschaftsrecht gewisse Fragestellungen, die zeitlos gültig sind. Sie sind gewissermassen sachimmanent. Wie es beim Kauf seit eh und je bis zum Wiener Kaufrecht um den Austausch von Ware gegen Geld gegangen ist und geht, so stellt sich beim Vormundschaftsrecht seit eh und je die Frage, wie bestimmte schwache Personen am Rechtsleben teilnehmen können. Gewissen grundlegenden Bedürfnissen muss jedes Vormundschaftsrecht entsprechen. Nun aber haben sich Bedürfnisse geändert. Im Rahmen dieses Berichtes wird dies indessen nicht hier im einzelnen ausgeführt, sondern nachstehend unter Ziff. 4. („Der Regelungsbedarf: die Bedürfnisse“).

3.2.3. Die Wertungen haben sich geändert

Was soeben mit Bezug auf die Bedürfnisse ausgesagt worden ist, gilt auch für die Wertungen. Gewisse grundlegende Wertungen hat das Recht von jeher berücksichtigt; sie sind auch heute Leitsätze für ein neues Recht. Seit eh und je ist es darum gegangen, im geltenden Recht gerechte, sichere und zweckmässige Lösungen zu verwirklichen. Daran soll sich auch bei einem zukünftigen Vormundschaftsrecht nichts ändern. So sehr indessen Vormundschaftsrecht dem Schutz und der Betreuung Schwacher dienen will, so sehr ist es wahr, dass das Mittel des Vormundschaftsrechts diesen Schutz aufs Ganze gesehen nicht leisten kann ohne eine gewisse Fremdbestimmung und ohne Eingriffe in die persönliche Freiheit Betroffener. Gerade in diesen Bereichen hat nun aber das geltende Recht in den letzten Jahrzehnten Werte erkannt und ausformuliert, die nun auch im Vormundschaftsrecht zu berücksichtigen sind. Es sei in diesem Zusammenhang nur an die Grundrechtsrechtsprechung des Bundesgerichts und an die Europäische Menschenrechtskonvention erinnert.

Im übrigen soll die Aussage, dass die Wertungen sich geändert haben, nicht hier näher belegt werden. Die entsprechenden Ausführungen finden sich nachstehend in Ziff. 5. („Die Entscheidungsgrundlagen: die Orientierungshilfen“).

3.2.4. Das Gesetz ist unnötig stigmatisierend

Eine ganze Reihe von Autoren, die sich mit der Revision des Vormundschaftsrechts befassen, weist darauf hin, dass das heutige Vormundschaftsrecht stigmatisierend wirke und dass nach Möglichkeit in einem zukünftigen Recht diese Stigmatisierung verhindert werden sollte. Das heutige Vormundschaftsrecht weist diesbezüglich eine Fülle von Begriffen auf, die überholt sind und von den Betroffenen teilweise als diskriminierend empfunden werden. Die Expertengruppe ist sich allerdings bewusst, dass noch so euphemistische Umschreibungen vormundschaftlicher Eingriffe mit der Zeit eine negative Konnotation erhalten können. Dennoch lohnt es sich, bei einer ganzen Reihe eindeutiger Fälle von als diskriminierend empfundenen Bezeichnungen auf diese Ausdrücke zu verzichten. Man denke etwa nur schon an den fundamentalen Begriff der „Entmündigung“ (französisch „interdiction“). Auch das Wort Mündel (französisch „pupille“) wird als beeinträchtigend empfunden. Hinzu kommen eine ganze Reihe von Ausdrücken im Rahmen der einzelnen Entmündigungsgründe. Man denke an „Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“, „Trunksucht“, „lasterhafter Lebenswandel“ und andere mehr.

Es sind indessen nicht bloss die gesetzlichen Formulierungen, welche bei Betroffenen Gefühle der Minderwertigkeit oder der Unterwerfung hervorrufen. Es sind die Institutionen als solche und die Art und Weise, wie diese Institutionen gehandhabt werden. In diesem Zusammenhang sei auf die grosse Nationalfondsstudie von QUELOZ „Pauvreté sous tutelle“ („Armut unter Vormundschaft“) hingewiesen. Zugegebenermassen wird auch ein neues Vormundschaftsrecht entsprechende Empfindungen nicht völlig ausschliessen können. Es muss aber alles unternommen werden, dass durch die vorgesehenen Massnahmen als solche wie durch die Durchführung dieser Massnahmen und die Bezeichnung der Massnahmen ein Maximum an Schonung Betroffener gewährleistet wird.

4. Der Regelungsbedarf: die Bedürfnisse

Gemäss dem vom Bundesamt für Justiz der Expertengruppe erteilten Auftrag geht es um eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts. Für die Analyse dieses Auftrags hat der vorliegende Bericht vorerst drei Problemkreise untersucht: Zuerst ist völlig unkritisch untersucht worden, was das heutige Vormundschaftsrecht ist und will (vorn Ziff. 1.). Daran schloss sich an die Erläuterung der neuesten Entwicklung im Ausland (vorn Ziff. 2.). Alsdann erfolgte eine kritische Durchleuchtung des geltenden Rechts (vorn Ziff. 3.). Im vorliegenden vierten Teil der Grundlagen ist zu erörtern, auf welche Fragen sinnvollerweise ein neues Vormundschaftsrecht Antwort gibt. Dabei ist naturgemäss auszugehen von einem gewissen Vorverständnis dessen, was Vormundschaftsrecht beinhaltet. Die Grenzen sind dabei allerdings nicht ein für allemal abgesteckt. Vielmehr ist namentlich auch in Randbereichen zu untersuchen, ob nicht im Zusammenhang mit der Revision der Kernbereiche des Vormundschaftsrechts solche Nachbarbereiche betroffen werden können oder sollen. Im übrigen geht es aber in diesem vierten Teil nicht (jedenfalls nicht vordringlich) um die Frage, von welchen Gesichtspunkten sich die Reform leiten lassen soll, sondern vorerst um die Frage, was zu regeln ist. Den Ausgangspunkt bilden Schwächen von Personen, zu deren Schutz vormundschaftliche Massnahmen vorgesehen werden. Dabei stellt sich die Frage, inwiefern im Zusammenhang mit dem Schutz der Schwachen auch andere Personen schutzbedürftig sind (hierzu nachstehend 4.1.). Die Schwächen werden überwunden und der Schutz wird sichergestellt durch eine Fülle von Massnahmen materiell-rechtlicher Natur (hierzu nachstehend 4.2.). Die Durchführung dieser Massnahmen setzt eine bestimmte Organisation voraus (hierzu nachstehend 4.3.). Bei der Anordnung und Aufhebung der Massnahme, bei der Bestellung der Amtsträger, im Rahmen der Durchführung der Massnahmen und nach Beendigung der Massnahmen kommen bestimmte Verfahren zum Zuge (hierzu nachstehend 4.4.).

4.1. *Die betroffenen Personen*

4.1.1. Natürliche und juristische Personen

Das heutige Vormundschaftsrecht hat es fast ausschliesslich mit natürlichen Personen und deren Schwächen zu tun. Lediglich ein Teil des Art. 393 ZGB ist ausdrücklich den juristischen Personen und Sammelvermögen gewidmet. Es besteht denn auch kein Zweifel darüber, dass die Revision des Vormundschaftsrechts sich mit dem Schutz natürlicher Personen zu beschäftigen hat. Ihretwegen wird die Reform in Angriff genommen. Damit ist allerdings nicht gesagt, der im Rahmen des gesamten Vormundschaftsrechts mögliche Schutz juristischer Personen müsse wegfallen. Es kann sein, dass sonst eine vermeidbare Lücke im Rechtssystem entsteht. So wird denn im vorliegenden Reformvorhaben auch der Schutz von juristischen Personen und Sammelvermögen untersucht. Bei beinahe allen Ausführungen schwebt aber dem Bericht regelmässig der Schutz natürlicher Personen vor.

4.1.2. Erwachsene und Minderjährige

Das schweizerische Vormundschaftsrecht ist unter anderem dadurch gekennzeichnet, dass es sich sowohl auf Erwachsene wie auf Minderjährige bezieht (anders liegen die Dinge zum Beispiel in Österreich, wo die Vormundschaft „annähernd deckungsgleich der schweizerischen Vormundschaft über Unmündige“ ist [STORMANN in ZVW 42 (1992) 138]). Das schweizerische Vormund-

schaftsrecht ist im übrigen so konzipiert, dass es grundsätzlich nur ein einziges generelles Vormundschaftsrecht gibt, welches für Erwachsene und Minderjährige in gleicher Weise gilt (siehe zum Beispiel die Art. 379 ff. sowie die Art. 398 ff. ZGB). Im übrigen besteht kein Zweifel, dass es der Sache nach auch in Zukunft ein Vormundschaftsrecht für Erwachsene und für Minderjährige geben wird.

Wie indessen bereits vorne (Einleitung) erwähnt worden ist, bezieht sich das Revisionsvorhaben primär auf das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht. Dies aus mehreren Gründen. Der Kern des Minderjährigen-Vormundschaftsrechts (dass bei fehlender elterlicher Gewalt ein gesetzlicher Vertreter, der elternähnliche Kompetenzen hat, zum Zuge kommt) ist unbestritten. Schwächere vormundschaftliche Massnahmen für Kinder sind in den Kinderschutzmassnahmen, welche Gegenstand der Revision des ZGB von 1976/1978 gebildet haben, enthalten. Die Revisionsvorschläge der Lehre beziehen sich einerseits auf das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht, andererseits auf Rechtsfolgen, die für Erwachsenen- wie Minderjährigen-Vormundschaftsrecht identisch sind (z.B. die Frage der Verantwortlichkeit). Dass es sich bei der vorliegenden Reform primär um das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht handelt, ist auch das Ergebnis informeller Kontakte zwischen Bundesamt für Justiz und Expertengruppe. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die grossen Revisionen in Österreich und Deutschland auch nur das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht betroffen haben.

Aus diesen Gründen wird nachstehend in den Teilen II, III und IV nur das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht behandelt. Allerdings wird auch dadurch schon das Vormundschaftsrecht über Minderjährige insofern betroffen, als eine Regelung der Natur der Sache nach oder sinnvollerweise das ganze Vormundschaftsrecht abdeckt (z.B. Behördenorganisation oder Verantwortlichkeitsrecht). Das wird aber jeweils weder eigens erwähnt noch eigens gewürdigt.

Im übrigen ist aber vorgesehen, im Teil V, 2. im Anschluss an die Vorschläge für das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht die Frage zu untersuchen, ob und inwiefern das Minderjährigen-Vormundschaftsrecht doch auch Gegenstand der Revision bilden solle. Dabei wird es sich der Sache nach primär um die Konsequenzen handeln, welche die Abänderung des Erwachsenen-Vormundschaftsrechts mit sich bringt. Wo immerhin sich der Sache nach neue Lösungen aufdrängen, wäre es verfehlt, solche zum vornherein zu verwerfen. Im übrigen wird es aber bei den Ausführungen zum Minderjährigen-Vormundschaftsrecht primär um die Frage gehen, wo fortan dieses Vormundschaftsrecht einzuordnen ist. Die Expertengruppe wird dabei - soviel sei vorweggenommen - vorschlagen, dass das Minderjährigen-Vormundschaftsrecht als dessen letzter Teil ins Kindesrecht eingegliedert werden soll.

4.1.3. Die primär zu schützenden Personen

Beim Vormundschaftsrecht geht es, vereinfacht gesagt, um rechtliche Massnahmen zugunsten schwacher Personen, die ihre eigenen Angelegenheiten nicht anders (auch nicht durch andere Hilfen) besorgen können. Vier Gruppen von Personen stehen dabei heute eindeutig im Vordergrund: Psychisch Kranke, Suchtkranke (sofern man diese nicht wie im neuen deutschen Recht unter psychisch Kranke subsumiert), geistig Behinderte und Betagte. Diese Gruppen schweben dem Gesetzgeber vor, wenn er ein System vormundschaftlicher Massnahmen entwirft. Dabei baut er auf Erkenntnissen auf, welche in den verschiedensten Disziplinen der Wissenschaft mit Bezug auf diese Gruppen gewonnen worden sind, und auf Postulate, welche diesen Gruppen nahestehende Organisationen vertreten. Viele Erkenntnisse dieser Wissenschaften sind im Laufe der letzten Jahrzehnte zum Grundwissen derer geworden, die sich mit Angehörigen dieser Gruppen beschäftigen. Der Expertengruppe sind aber keine umfassenden schweizerischen Untersuchungen

dieser Personengruppen im Hinblick auf deren Betreuung durch Vormundschaftsrecht bekannt. Wohl aber standen ihr Ergebnisse namentlich deutscher Vorarbeiten zur Verfügung. Als Beispiel unter vielen sei hier genannt das Gutachten C (medizinisches Teilgutachten, erstattet von Dr. JENS BRUDER, Hamburg, über die Frage: „Empfiehl es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft über Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?“, Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentages, Mainz 1988). Dieses Gutachten „gibt einen Überblick über geistige und psychische Zustände, bei denen Betreuung im Sinne des vorliegenden Gesetzesentwurfes erforderlich werden kann“. Die Rede ist dort von seniler Demenz, von Entwicklungen in der Versorgung kranker alter Menschen, von sich verändernden Einstellungen zum Alter, von geistiger Behinderung und psychischen Krankheiten (die Problematik der Alkoholabhängigkeit wird deshalb nicht untersucht, weil „dieses Thema so schwierig und umfangreich ist, dass der begrenzte Umfang dieses Gutachtens keine angemessene Behandlung gestattet hätte“). So schweben denn der Expertengruppe auch eine Reihe von Erkenntnissen dieser ausserrechtlichen Wissenschaften vor. Gelegentlich wird darauf hingewiesen. Im übrigen ist zu hoffen, dass in der Diskussion über die Reformvorschläge und in einer allfällig zu schaffenden zukünftigen Expertenkommission der Fachverstand von Nichtjuristen angemessen zum Zuge kommt.

Wenn auch dem zukünftigen Gesetzgeber primär bestimmte Gruppen von Schutzbedürftigen vorschweben, so ist damit durchaus nicht gesagt, dass für die einzelnen Gruppen je eigene Bestimmungen zu erlassen sind. Das ist denn auch in ausländischen Rechten mit Ausnahme des Falls der psychisch Kranken (und auch dort nicht immer) in der Regel gerade nicht geschehen. So lauten die grundlegenden Bestimmungen des deutschen Betreuungsrechts gleich für betreute psychisch Kranke, psychisch Behinderte, geistig Behinderte, seelisch Behinderte und gegebenenfalls auch körperlich Behinderte.

Mag auch im Gesetz die Rücksicht auf die einzelnen Gruppen nicht ausdrücklich erwähnt sein, so ist doch dafür zu sorgen, dass in der Durchführung des neuen Vormundschaftsrechts der Sach- und Fachverstand überall, wo nötig, eingebracht wird. Zu denken ist dabei an den Beizug von Sachverständigen, an die Auswahl der Person des Betreuers und an die Zusammensetzung von Behörden.

Neben den vier erwähnten Gruppen kann es andere von Schwächen Betroffene geben, für welche die Anordnung einer vormundschaftlichen Massnahme eine angemessene Lösung wäre. Hier, wie im Vormundschaftsrecht schlechthin, steht der Gesetzgeber vor der heiklen Frage, ob er gegebenenfalls Hilfe wider Willen bieten soll. Während indessen namentlich bei psychischer Krankheit, geistiger Behinderung oder seniler Demenz der Gesetzgeber in gewissen Fällen schlechthin nicht darum herum kommt, vormundschaftlichen Ersatz für sonst fehlende Teilnahme am Rechtsleben zu bieten, ist bei andern Schwächezuständen der Schutz vor sich selber weit mehr eine durch den Gesetzgeber zu treffende Option. Für die Problematik bei der Umschreibung der Schwächezustände sei verwiesen auf II, 2. und dort 2.1.4.

4.1.4. Dritte

Zwar steht beim geltenden Vormundschaftsrecht der Schutz des Schwachen eindeutig im Vordergrund. Das ist indessen nicht die einzige Rücksicht. So enthält das geltende Recht Normen, in welchen ausdrücklich die Familie (Art. 370 ZGB) oder die Sicherheit anderer (Art. 369 I, Art. 370 ZGB) als Schutzobjekte genannt werden. Mindestens im Ergebnis enthält auch Art. 397a Abs. 1 ZGB den Schutz Dritter. Gemäss Art. 397a Abs. 2 ZGB ist bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung die Belastung einer Person für ihre Umgebung zu berücksichtigen. Ferner enthält das Gesetz Bestimmungen, welche in der Sache dem Schutz Dritter (der Verkehrssicher-

heit) gewidmet sind (Art. 375, Art. 377 III, Art. 387 II, Art. 397 II und Art. 411 ZGB). Darüber hinaus wird anerkannt, dass ein öffentliches Interesse an einem gut funktionierenden Vormundschaftssystem besteht. Soll auch ein neues Vormundschaftsrecht über die primär betroffenen Schwachen hinaus Dritte schützen? Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Fragen der Verkehrssicherheit einerseits, dem unmittelbaren Schutz Dritter anderseits.

Was die Verkehrssicherheit angeht, befinden wir uns im ureigenen Gebiet des Privatrechts, wo gegenseitige Interessen gegeneinander abgewogen werden. Problematisch sind dabei naturgemäss jeweils die Regeln, welche vorsehen, dass um der Verkehrssicherheit willen der Schwache oder wegen Nichtberücksichtigung der Verkehrssicherheit der Dritte bluten muss. Hier stellt sich für den Gesetzgeber eines neuen Vormundschaftsrechts vor allem die Frage, ob er nicht wegen der nun allgemein anerkannten stigmatisierenden Wirkung einer Veröffentlichung von Handlungsfähigkeitsbeschränkungen mehr als bis anhin den Schwachen schützen darf.

Was den unmittelbaren Schutz Dritter betrifft, sind nicht problematisch alle jene Lösungen, die zugleich zu hundert Prozent dem Schutz des Schwachen dienen. Wo im Ergebnis die Familie oder irgendwelche Dritte durch eine im völligen Interesse des Schwachen liegende Massnahme geschützt werden, muss der Schutz Dritter gar nicht erst in Anschlag gebracht werden. Das dürfte bei den meisten vormundschaftlichen Massnahmen der Fall sein. Soll es aber den Fall geben, da unter der alleinigen Rücksicht des Betroffenen die Massnahme wegfallen oder milder ausfallen würde, nun aber doch unter der Rücksicht Dritter angeordnet oder so und nicht anders ausgestaltet wird? Auch hier ist zweifellos eine Interessenabwägung vorzunehmen (zur Fremdgefährdung siehe hinten IV, 1.1.1.). Dabei ist das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen hoch zu gewichten. Im übrigen besteht ein Bedürfnis danach, dass der Gesetzgeber dieser Frage nicht ausweicht.

4.2. *Das materielle Recht*

4.2.1. Das Handlungsfähigkeitsrecht

Kerngebiet eines jeden Vormundschaftsrechts ist „die Beantwortung der Frage, ob über die gegebenenfalls erst post festum zu beurteilende Handlungsfähigkeit oder Handlungsunfähigkeit hinaus es einen Rechtsstatus beschränkter oder fehlender Handlungsfähigkeit geben soll, der entweder aufgrund formaler Kriterien ex lege eintritt, oder aufgrund eines Verfahrens konstitutiv festgestellt, beziehungsweise begründet wird. Es geht um die Frage, ob zum vornherein Menschen von Staates wegen mit Rechtsfürsorge (um dieses dem österreichischen Sprachgebrauch entnommene Wort zu verwenden) betraut werden sollen. Es geht also um die Frage institutionalisierter Fremdbestimmung im Handlungsfähigkeitsbereich“, SCHNYDER, ZVW 47 (1992) 163. Wie eigene schweizerische Erfahrungen und namentlich auch Revisionen des ausländischen Rechts zeigen, besteht hier einerseits ein Bedürfnis nach einer Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen: der Massnahmenkatalog sollte möglichst vielen unterschiedlichen Konstellationen gerecht werden. Andererseits sollte in einem neuen Recht von allem Anfang an Klarheit darüber herrschen, ob und inwiefern durch vormundschaftliche Massnahmen die Handlungsfähigkeit berührt ist. Der Gesetzgeber sollte sich hier von Anfang an zu klaren Entscheidungen durchringen (es dürfte also nicht wie im neuen deutschen Recht, das ja in vielen Punkten vorbildlich ist, dazu kommen, dass wenige Jahre nach Inkrafttreten Streit darüber herrscht, inwiefern Geschäftsunfähigkeit Voraussetzung von Betreuungsmassnahmen ist).

4.2.2. Personenschutz

Nach geltendem Recht hat zwar der Vormund „die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des unmündigen oder entmündigten Bevormundeten zu wahren“ (Art. 367 I ZGB). Wirft man dann aber einen Blick auf die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, so stellt man fest, dass es dort fast nur um die vermögensrechtlichen Interessen geht. Von der Fürsorge für die Person handeln explizit nur gerade die Art. 405 und 405a ZGB für die Unmündigen unter Vormundschaft und gar nur der Art. 406 ZGB für entmündigte Bevormundete. Diese Rechtslage wurde je länger desto mehr als ein Schwachpunkt des geltenden Rechts empfunden. Lehre und Rechtsprechung haben dabei zutage gefördert, dass die Fürsorge für die Person auch in manchen Bereichen des Vormundschaftsrechts beheimatet ist, in denen sich dies nicht aus dem Text des Gesetzes ergibt. Es sieht danach aus, dass ein neues Recht in doppelter Weise vermehrt den Personenschutz zu berücksichtigen hat: einerseits in der Betonung der Bedeutung der persönlichen Fürsorge bei allen vormundschaftlichen Massnahmen, anderseits in der möglichst genauen Umschreibung dessen, wie weit die Kompetenzen eines Amtsträgers oder einer Behörde mit Bezug auf die persönliche Lebensgestaltung eines Betreuten gehen.

4.2.3. Vermögensschutz

Wie eben erwähnt, widmet das geltende Recht das Gros der auf einen bestimmten Bereich bezogenen Normen dem Vermögensschutz. Dabei steht im Wortlaut des Gesetzes erst noch das Vermögen im engern Sinn, mithin das Vermögen ohne das Einkommen, im Vordergrund. Die Sicherheit spielt dabei eine überragende Rolle; hat doch etwa das Wort „mündelsicher“ weit über das Vormundschaftsrecht hinaus Bedeutung erlangt. Rechtsprechung und Lehre haben aber die dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmende Einseitigkeit mit Bezug auf den Vermögensschutz teils korrigiert.

Ein neues Recht darf und soll sicher nach wie vor dem Vermögensschutz erhebliche Bedeutung zumessen. Ist ja doch in diesem Bereich sehr oft die Unfähigkeit, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen (der Grundtatbestand des Vormundschaftsrechts) besonders manifest. Dient ja Vermögensschutz letztlich auch der Person des Betroffenen.

Wenn auch der Vermögensschutz im geltenden Recht am meisten Platz beansprucht, so ist doch nicht zu leugnen, dass gerade hier die Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen verbessert werden könnte. Wieso soll die verbindlich angeordnete Lohnverwaltung nur bei der schärfsten vormundschaftlichen Massnahme (und erst noch aufgrund einer sehr freien Auslegung des Art. 414 ZGB) möglich sein? Drängen sich nicht besondere Lösungen für das Einkommen auf? Muss nicht innerhalb des Einkommens und des Vermögens gegebenenfalls der eine oder der andere Teil je anders behandelt werden? Mit einem Wort: drängen sich nicht auch im Vermögensschutz vermehrt massgeschneiderte Lösungen auf?

4.2.4. Verantwortlichkeit

Ein notwendiges Gegenstück zur Tatsache, dass sich ein Schwacher durch vormundschaftliche Massnahmen Eingriffe gefallen lassen muss, bildet die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe für pflichtwidriges Handeln. Diesen Grundsatz wird ein neues Vormundschaftsrecht sicher nicht in Frage stellen. Wohl aber stellt sich die Frage, ob es sinnvoll sei, dass - wie im

geltenden Recht - vorerst die einzelnen Amtsträger, alsdann die Behörden und erst in letzter Instanz das Gemeinwesen zur Kasse gebeten werden. Es braucht keine grosse Phantasie, um zu erahnen, dass auch in diesem Bereich staatlicher Tätigkeit die sachgerechte Lösung bei Eintritt von Schaden für die Betroffenen die direkte Staatshaftung bildet. Das wird denn auch übereinstimmend in der Lehre de lege ferenda festgehalten.

4.2.5. Rechtsgebiete ausserhalb des Vormundschaftsrechts für Erwachsene

Ziel der angelaufenen Revisionsarbeiten ist primär eine Erneuerung des Vormundschaftsrechts für Erwachsene (siehe vorn 4.1.2.). Das Vormundschaftsrecht für Erwachsene steht indessen nicht im luftleeren Raum, sondern ist eingebettet in ein grösseres Ganzes. Durch die Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts ist dieses grössere Ganze zum Teil unmittelbar betroffen: weil es ein so und nicht anders geartetes neues Erwachsenenvormundschaftsrecht gibt, müssen bestimmte Normen ausserhalb dieses Gebiets abgeändert werden; darüber hinaus stellt sich die Frage, ob nicht bei Gelegenheit dieser Revision auch gerade Fragen aufzuwerfen und zu beantworten sind, die in einem sehr engen Zusammenhang mit dem primär zu revidierenden Gebiet stehen. Im übrigen gehen die beiden Fälle (unmittelbares Betroffensein und enger Zusammenhang) teils ineinander über. Unter diesen Rücksichten besteht ein Bedürfnis, hier Bereiche der Zivilrechtskodifikation ausserhalb des Erwachsenenvormundschaftsrechts näherer Prüfung zu unterziehen.

Der erste hier zu untersuchende Teil ist das Handlungsfähigkeitsrecht im allgemeinen; konkret handelt es sich um die Art. 12 ff. ZGB. Es liegt auf der Hand, dass dieses Rechtsgebiet von der Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts unmittelbar betroffen ist. Statt vieler möglicher Beispiele sei nur eines genannt: angenommen, das Institut der „Entmündigung“ werde (wenigstens dem Wortlaut nach) abgeschafft, dann verliert auch das Wort „mündig“ einen Teil seines Sinns. Es besteht aber auch ein enger Zusammenhang zwischen Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts und Handlungsfähigkeitsrecht. Angenommen etwa, die Begriffe „Geisteskrankheit“ und „Geistesschwäche“ werden aus dem Vormundschaftsrecht gestrichen, so wäre doch mindestens zu prüfen, ob nicht auch Art. 16 ZGB entsprechend zu revidieren sei. Mit einem Wort: Es besteht ein naheliegendes Bedürfnis, bei der Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts auch das übrige Handlungsfähigkeitsrecht unter die Lupe zu nehmen. Davon handelt dieser Bericht nachstehend unter V, 1.

Der zweite bereits mehrfach erwähnte Nachbarbereich des Erwachsenenvormundschaftsrechts ist naheliegenderweise die Vormundschaft für Minderjährige (hierzu siehe vorn 4.1.2.). Hier ist die unmittelbare Betroffenheit sogar noch ausgeprägter als im Handlungsfähigkeitsrecht im allgemeinen. Mit dieser wichtigen Frage beschäftigt sich der vorliegende Bericht unter V, 2.

Vormundschaftsrecht hat es sehr oft mit dauernd Urteilsunfähigen zu tun. Das Vormundschaftsrecht stellt die Mittel zur Verfügung, um diese Personengruppe in geeigneter Weise am Rechtsleben teilnehmen zu lassen. Dabei stellt sich indessen die Vorfrage, ob und inwiefern hier nicht absolut höchstpersönliche Rechte vorliegen, bei deren Ausübung eine Vertretung schlechthin nicht in Frage kommt. Unser heutiges Privatrecht beantwortet diese Fragen in der Regel (Ausnahmen etwa in Art. 97 I, Art. 183 I, Art. 467 ZGB) nur, aber immerhin in sehr allgemeiner Weise (Art. 19 II und Art. 27 ff. ZGB). Zu prüfen ist, ob nicht wichtige Einzelfragen aus diesem Bereich in Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts untersucht werden sollen. So hat zum Beispiel in Deutschland die Frage der Sterilisation Urteilsunfähiger die gesamte Diskussion um das neue Betreuungsrecht (zum Teil allerdings aus Gründen, die in der deutschen Vergangenheit liegen) sehr stark geprägt. Die Expertengruppe ist sich voll bewusst, dass hier sehr heikle Themen

angesprochen werden. Sie will daher, wenn überhaupt, auch nur mit Zurückhaltung Lösungen vorschlagen. Es scheint ihr indessen wichtig, dass im Rahmen der Revisionsarbeiten zumindest die Frage der Opportunität solcher gesetzgeberischer Entscheidungen untersucht werden sollte. Über diese gesamte Problematik äussert sich im vorliegenden Bericht V, 3.

Mit dieser Problematik hängt zusammen die Frage, ob und inwiefern urteilsfähige Personen im Hinblick auf ihre spätere Urteilsunfähigkeit Entscheidungen treffen können, die alsdann von rechtlicher Bedeutung sind. Dies führt uns zum letzten Gebiet, das (aus dem Bereich des materiellen Rechts) bei der grundlegenden Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts miteinzubeziehen ist: das im Obligationenrecht angesiedelte Stellvertretungsrecht. Es stellt sich hier insbesondere die Frage, ob das heutige Recht genügend angemessene Lösungen für sogenannte Altersvollmachten zur Verfügung stellt. Über diese und ähnliche Fragen äussert sich in der gebotenen Kürze V, 4.

4.3. Die Organisation

Der Auftrag des Bundesamtes für Justiz an die Expertengruppe umfasst ausdrücklich auch Fragen der Organisation. Das ist deshalb naheliegend, weil die Verwirklichung des Vormundschaftsrechts in ganz besonderer Weise mit dem für dessen Durchführung betrauten Rechtsstab (den Amtsträgern, den Behörden) zusammenhängt. Nun sind zwar für Organisation und Verfahren gemäss Art. 64 Abs. 3 BV (zunächst einmal) die Kantone zuständig; wo indessen die Verwirklichung des materiellen Privatrechts dies erheischt, hat der Bundesgesetzgeber nach doch wohl unbestrittener Ansicht mit Recht nicht gezögert, seinerseits entsprechende Vorschriften aufzustellen. So kann denn auch der der Expertengruppe erteilte Auftrag durchaus verfassungskonform ausgeführt werden.

Das bisherige Recht schweigt sich über die Voraussetzungen, welche an Amtsträger oder Behörden gestellt werden, fast völlig aus. Immerhin ist auffallend, dass Art. 379 Abs. 1 ZGB vorsieht, zum Vormund zu bestellen sei jemand, der „zu diesem Amte geeignet erscheint“ (was nicht etwa in gleicher Weise für den Zivilstandsbeamten oder Grundbuchbeamten im ZGB vorgesehen ist). Was die Zusammensetzung oder die Art der Behörden angeht, beschränkt sich das ZGB auf die lapidare Aussage, dass die Kantone diese Behörden bestimmen (Art. 361 II ZGB). Hier besteht nun nach Ansicht der Expertengruppe die Notwendigkeit, von Bundesrechts wegen inhaltliche Vorschriften mit Bezug auf die Organisation vorzusehen. Abgesehen von der sachlich begründeten Notwendigkeit solcher Vorschriften stellt sich die Frage, ob nicht aus der EMRK (oder zumindest aus dem Geist der EMRK) Auflagen für die Behördenorganisation abzuleiten sind.

Der Bericht behandelt organisatorische Fragen zunächst einmal im Teil II, 1. und alsdann im Teil III, 2.

4.4. Das Verfahren

Was soeben von der Organisation ausgesagt worden ist, gilt mutatis mutandis auch vom Verfahren. Es geht im Vormundschaftsrecht um eine Fülle von Verfahren: Verfahren bei der Anordnung und Aufhebung einer Massnahme, Verfahren bei der Bestellung von Amtsträgern, Verfahren im Zusammenhang mit der Durchführung von Massnahmen. Hier besteht ein ausgeprägter Regelungsbedarf. So sind denn auch schon im bisherigen Vormundschaftsrecht sehr viele

Verfahrensbestimmungen enthalten (vergleiche Art. 373 ff., Art. 385 ff., Art. 397e und f, Art. 434 ff. und Art. 446 ff.). Bereits kurz nach Inkrafttreten des ZGB fühlte sich das Bundesgericht veranlasst, in einem BGE ein Kreisschreiben an die kantonalen Regierungen betreffend das Verfahren bei Entmündigungen zu erlassen (BGE 40 II 182).

Auch im zukünftigen Recht besteht ein ausgeprägter Regelungsbedarf in Verfahrensfragen. Das hat denn auch die Lehre schon eindeutig erkannt (vergleiche insbesondere die Aufsätze GUILLOD und HÄFELI in ZVW 46 [1991] 41 ff., 56 ff.). Gemeinhin spielen Verfahren dort eine besondere Rolle, wo es um den Schutz von Grundrechten geht. So ist denn anzunehmen, dass für ein zukünftiges Vormundschaftsrecht auch aus der EMRK wichtige Auflagen mit Bezug auf das Verfahren abgeleitet werden können. In Frage kommen hier die Art. 5, 6, 8 und 13 EMRK.

Zum Verfahren siehe primär II, 1.5., III, 1.3. und V, 1.1.3.

5. Die Entscheidungsgrundlagen: die Orientierungshilfen

Unter Ziff. I, 3. sind die Mängel des geltenden Rechts dargestellt worden. Ziff. I, 4. hat Antwort gegeben auf die Frage, welche Regelungsbedürfnisse ein zukünftiges Vormundschaftsrecht zu befriedigen hat. Darin waren zugegebenermassen auch schon gewisse Wertungen enthalten. Erst recht stehen nunmehr Wertungen im Vordergrund, wenn in dieser Ziffer I, 5. Orientierungshilfen für die gesetzgeberischen Entscheide namhaft gemacht werden.

5.1. "Das Wohl des Schwachen" - Menschenwürde und Menschenbild

Bei den einzelnen Revisionen des Familienrechts der letzten Jahrzehnte standen jeweils tragende Leitgedanken im Vordergrund. HEGNAUER (1984) führt hierzu aus: „Bei der Revision der Adoption war es die Idee der Vollintegration des familienlosen Kindes in die Adoptivfamilie, beim übrigen Kindesrecht die Überwindung der rechtlichen Zurücksetzung des ausserehelichen Kindes, bei der ersten Eherechtsetappe die Gleichberechtigung der Frau, beim Scheidungsrecht wird es die stärkere Betonung des Zerrüttungsprinzips sein“ (ZVW 39 [1984] 89 f.). HEGNAUER schlägt dort in Anlehnung an einen von SCHNYDER (1974) formulierten Leitgedanken „Wohl des Schwachen“ im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts den Leitgedanken „Wohl des Mündels“ vor. Dieser Vorschlag ist dem Wortlaut nach überholt, da das Wort „Mündel“ (namentlich für den Erwachsenen unter Vormundschaft) teilhat am stigmatisierenden Charakter der vormundschaftsrechtlichen Terminologie. So sei denn hier noch einmal das Wohl des Schwachen als grundlegender Leitgedanke der vorzunehmenden Revision festgehalten. Wo immer ein Entscheid zu fällen ist, ist zunächst einmal zu fragen, ob diese Lösung dem Wohl des Schwachen dient. Dabei ist nicht ausgeschlossen, dass (wie vorn in Ziff. I, 4.1.4. formuliert) hier und dort auch Interessen anderer (mit)berücksichtigt werden können.

Die Rücksicht auf das Wohl des Schwachen hängt aufs engste zusammen mit der Respektierung der Menschenwürde. Menschenwürde geht aus vom unverfügbaren Eigenwert jeder menschlichen Person. Diese Einzigartigkeit und Unverfügbarkeit des Menschen findet ihren Ausdruck in seiner Selbstbestimmung, in einer Selbstbestimmung allerdings auf der Grundlage des Eigenwertes auch der Mitmenschen. In der Menschenwürde liegt aber auch das Angewiesensein auf den Mitmenschen. Menschenwürde hat demnach ein Doppelgesicht: Sie wird verletzt, wenn über den

Menschen wie über eine Sache verfügt wird; sie wird aber auch verletzt, wenn dem Menschen in seinen grundlegendsten Bedürfnissen Hilfe versagt wird.

Vormundschaftsrecht für Erwachsene und Menschenwürde liegen nicht beziehungslos nebeneinander. Wenn wir einen Blick auf mögliche vormundschaftliche Massnahmen werfen, erhellt sofort, dass hier Menschenwürde betroffen sein kann. Sicher gibt es Eingriffe massiverer Art als solche der vormundschaftlichen Massnahmen. Zweifellos bestehen für die Menschenwürde bedeutsamere Handlungspflichten des Staates als die Anordnung und Begrenzung vormundschaftlicher Massnahmen. Es ist aber nicht zu leugnen, dass die Gestaltung der vormundschaftlichen Massnahme geeignet sein kann, die Menschenwürde zu verletzen: sei es, dass Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht unverhältnismässig sind, sei es, dass gebotene Handlungspflichten nicht erfüllt werden.

Aus dem Dargestellten erhellt, wie sehr Vormundschaftsrecht und Menschenwürde aufeinander bezogen sind. Die Problematik eines jeden Vormundschaftsrechts liegt aber darin, dass die gleiche Massnahme regelmässig geeignet ist, einerseits das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu berühren, anderseits ihm Hilfe zu gewähren. Extrem gesprochen: je grösser die Hilfe, umso geringer die Selbstbestimmung; je mehr Rücksicht auf die Selbstbestimmung, umso weniger Hilfe. Die Antinomie von Freiheit und Betreuung ist dem Vormundschaftsrecht inhärent; sie ist das eigentliche Spannungsverhältnis, welches jedem Vormundschaftsrecht zugrunde liegt. Um die je neue Grenzziehung kommt kein Gesetzgeber herum, es sei denn, er verzichte auf jedwelches Vormundschaftsrecht oder verfüge eine Generalbevormundung der Bevölkerung. Wie sich weisen wird, steht aber die Möglichkeit, Menschenwürde zu achten durchaus auch ausserhalb vom Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Betreuung, gibt es demnach auch im Vormundschaftsrecht Bereiche, in welchen Freiheit nicht mit mangelnder Betreuung und Hilfe nicht mit Eingriffen in die Freiheit erkaufte wird. Zu denken ist hier insbesondere an das Verfahren, an die Bezeichnungen (Etikettierungen) für von vormundschaftlichen Massnahmen Betroffene und an die Art der Betreuung im Einzelfall.

Der Anerkennung der Menschenwürde liegt bereits ein bestimmtes Menschenbild zugrunde. Die Bezugnahme auf das der Anerkennung der Menschenwürde zugrundeliegende Menschenbild wird für den Gesetzgeber in vielen Fällen zu eindeutigen Ergebnissen führen. Besonders eindeutig werden die Ergebnisse bei der Antwort auf die Frage sein, was klarerweise der Menschenwürde widerspricht. Insofern stellt also jedes Menschenbild, welches Menschenwürde anerkennt, eine Orientierungshilfe für den Gesetzgeber dar.

Innerhalb all jener, welche Menschenwürde anerkennen, gibt es aber gerade mit Bezug auf vormundschaftsrechtliche Konkretisierungen unterschiedliche Menschenbilder. Es geht auch hier einmal mehr um das grundlegende Verhältnis von Freiheit und Selbstbestimmung einerseits und Betreuung anderseits. Dieses Menschenbild zweiter Stufe, das zwar von Menschenwürde ausgeht, diese aber bald mehr in der Respektierung der Selbstbestimmung und bald mehr im Anspruch auf Hilfe erkennt, beeinflusst massgebend den Gesetzgeber.

Um dieses Menschenbild ging es denn auch bei der Plenarversammlung der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden im Mai 1994. Unter dem Titel „Soll ich meines Bruders Hüter sein?“ wurden eine ganze Reihe von Konstellationen im Hinblick auf mögliche vormundschaftliche Massnahmen überprüft. Dies geschah einerseits in sieben Gruppendiskussionen, anderseits durch vier Referenten (eine Juristin/Sozialarbeiterin, einen Psychiater, einen Ethiker und eine Philosophin) und in einer Plenumsdiskussion. Es mag sein, dass die fast provokative Fragestellung die Teilnehmer leicht beeinflusst hat. Immerhin darf vereinfacht aufgrund der Ergebnisse dieser Tagung festgehalten werden, dass bei aller Betonung der Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts niemand die Notwendigkeit von gewissen Schutzmassnahmen in Abrede gestellt hat, welche

Eingriffe in dieses Selbstbestimmungsrecht darstellen. Zusammenfassend sei festgehalten: Sicher hat es Vormundschaftsrecht auch und gerade mit dem Handeln für Urteilsunfähige oder Abwesende zu tun. Der eigentliche Problemfall aber ist die „Hilfe wider Willen“ für die hilfsbedürftige Person. Es gilt, in diesem heiklen Bereich den (vielfach) schmalen Weg zwischen gerade noch sinnvoller Selbstbestimmung einerseits und übermässigem Schutz anderseits zu finden. Die Lösung dieses grundlegenden Problems liegt aber nicht einfach in einem generellen „es kommt darauf an“ oder Verhältnismässigkeitsgrundsatz allein, sondern in einem abgestuften Massnahmenkatalog mit möglichst massgeschneiderten, unter dem Aspekt der Rechtssicherheit noch vertretbaren Massnahmen, angeordnet nach einem korrekten Verfahren vor einer materiell kompetenten Behörde und durchgeführt von kompetenten, wo immer möglich mit menschlicher Nähe ausgestatteten Amtsträgern. Anders gesagt: Die Vermeidung jeder Fremdbestimmung ist weitgehende Negation des Vormundschaftsrechts, die Bejahung unangebrachter Fremdbestimmung ein Angriff auf die Würde des Menschen. Letztlich geht es darum, trotz oder in der Fremdbestimmung die Würde des Menschen zu wahren. Ob man aber einen solchen Fremdbestimmungsbereich für besonders hilfsbedürftige Menschen überhaupt (bejahen) will, ist eine (rechts-)philosophische, wenn nicht gar theologische und damit politische Frage. Wenn man das aber will, ist die Suche nach den geeigneten Lösungen den Schweiß der Edlen wert.

5.2. *Grundrechtsentwicklung und Europäische Menschenrechtskonvention*

Das Vormundschaftsrecht ist im Privatrecht angesiedelt. Aber selbst wer der Drittwirkung der Grundrechte sonst skeptisch gegenüberstehen würde, wird für den Bereich des Vormundschaftsrechts, das ein merkwürdiges Zwischengebilde zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht darstellt, die Bedeutung der verfassungsmässigen Rechte bzw. der Grundrechte schlechthin bejahen. Geht es doch beim Vormundschaftsrecht regelmässig um Eingriffe in die persönliche Freiheit. Der Gesetzgeber wird sich daher im ganzen Vormundschaftsrecht von Schranken leiten lassen, innerhalb welcher solche Eingriffe vorgenommen werden dürfen. Problemlos ist dabei das fundamentale Erfordernis der gesetzlichen Grundlage; darum geht es ja gerade bei einer Gesetzesrevision. Zentral ist in der Sache aber die Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit. Dogmatisch heikler ist die Rücksicht auf ein haltbares öffentliches Interesse; doch darf wohl gesagt werden, dass ein öffentliches Interesse daran besteht, Schwachen vormundschaftlichen Schutz zu gewähren. Wenn auch die Lehre bis anhin sich eher selten ausführlich und ausdrücklich mit der Grundrechtsproblematik des Vormundschaftsrechts befasst hat, darf doch in diesem Zusammenhang auf Ergebnisse der modernen Grundrechtstheorie hingewiesen werden. Von ihnen liess sich denn auch die Expertengruppe leiten.

Ganz besonders von Bedeutung für die Respektierung der Grundrechte im Vormundschaftsrecht ist die Respektierung der EMRK. Schon vor vielen Jahren sind in der ZVW, gestützt auf Verhandlungen der schweizerischen Vormundschaftsdirektorenkonferenz, sowohl zum materiellen wie zum formellen Recht entsprechende Untersuchungen vorgenommen worden. Diese Untersuchungen sind dann durch das spätere Schaffen von Autoren ergänzt worden. In diesem Zusammenhang sei vor allem aber hingewiesen auf den Aufsatz von Prof. HEINRICH KOLLER über „Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts“ (ZVW 47 [1992] 83).

Auch schon die Einführung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung in das schweizerische Vormundschaftsrecht war ein Prototyp eines Versuchs, die überstaatliche Regelung der EMRK im staatlichen Recht einzufangen. So hat denn auch ein aufgrund der EMRK ergangener Bundesgerichtsentscheid vom 17. Dezember 1992 massgebenden Einfluss auf die Organisation des schweizerischen Vormundschaftswesens gehabt. Auch bei der nun anstehenden Revision des

Erwachsenenvormundschaftsrechts wird die EMRK eine bedeutende Rolle spielen. So gilt es, bei der Anordnung von Beschränkungen der Handlungsfähigkeit Art. 6 EMRK zu respektieren, bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung nach wie vor Art. 5 EMRK als Grundlage anzuerkennen und bei der Zwangsbehandlung im Rahmen der Anstaltsbetreuung Art. 8 EMRK zu berücksichtigen.

5.3. *Die Entwicklung in Europa*

Im Rahmen dieser Grundlagen ist bereits zweimal von der Entwicklung im Ausland die Rede gewesen. So wurde unter Ziffer I, 2. die Entwicklung des Vormundschaftsrechts in der ausländischen Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte ausführlich dargestellt. So wurde denn auch bei der Begründung der Revisionsbedürftigkeit diese Entwicklung im Ausland mitberücksichtigt (siehe I, 3.1.2.).

Hier nun geht es um die Aussage, dass bei der Suche nach Lösungen der schweizerische Gesetzgeber die Entwicklung im Ausland berücksichtigen darf und soll. Entsprechend lautet denn auch der Auftrag, den das Bundesamt für Justiz der Expertengruppe erteilt hat. So wird denn auch in den einzelnen Teilen dieses Berichts immer wieder Bezug genommen auf ausländisches Recht. Wenn dabei, namentlich mit Bezug auf den Massnahmenkatalog, das österreichische und vor allem das deutsche Recht im Vordergrund stehen, so hängt dies wesentlich damit zusammen, dass es sich hier um die jüngsten Revisionen handelt, aber auch um die in unsern Breiten am weitesten gehenden Versuche, heutigen Anliegen zu entsprechen.

5.4. *Die Ergebnisse der Lehre*

5.4.1. Ausserjuristische Wissenschaften

Vormundschaftsrecht kommt nicht darum herum, die Ergebnisse ausserjuristischer Wissenschaften zu berücksichtigen. All jene Wissenschaften, die sich mit natürlicherweise Handlungsunfähigen oder beschränkt Handlungsunfähigen befassen und Lösungen für die Überwindung dieser Schwächen anbieten, liefern naturgemäss Teilantworten auf die Frage, wie ein zukünftiges Vormundschaftsrecht aussehen soll. So liegen denn auch den Ausführungen dieses Expertenberichts immer wieder Ergebnisse der Psychiatrie, der Psychologie, der Soziologie, der Gerontologie, der Sozialarbeit und anderer mehr zugrunde.

5.4.2. Rechtslehre

Wie vorn ausgeführt, haben sich sehr viele Autorinnen und Autoren in den letzten Jahrzehnten expressis verbis mit der Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts beschäftigt. Die Expertengruppe konnte dankbar eine Fülle von Einzelvorschlägen und (mehr oder weniger kohärenten) Gesamtkonzepten ihrer Arbeit zugrunde legen. Nachstehend seien ein paar besonders wichtige Stimmen gebracht.

MÜLLER (1980) hält ein Nachdenken über die Frage, wem ein Vormundschaftsrecht dienen soll, für unerlässlich; er kommt zum Schluss, dass es „der Sozialisierung oder Resozialisierung, das heisst Eingliederung oder Wiedereingliederung von Angehörigen von Randgruppen dienen soll, in eine Gesellschaft, die nicht nur erhalten werden, sondern sich auch verändern soll.“

SCHNYDER/MURER (1982/84) gehen von vier Grundgedanken aus, welche das schweizerische Vormundschaftsrecht bestimmen und doch wohl auch ein zukünftiges Vormundschaftsrecht gestalten sollen:

- Schutz des Schwachen als primärer Zweck des Vormundschaftsrechts;
- Antinomie von auferlegter Betreuung und Freiheit als grundlegendes Spannungsverhältnis im Vormundschaftsrecht;
- Aufgabenteilung als organisatorisches Prinzip;
- Die geeignete Massnahme als Mittel zur Verwirklichung des Vormundschaftsrechts.

KELLER (1988) formuliert Entwicklungstendenzen dieser Leitideen von **SCHNYDER/MURER**:

- Schutz des Schwachen: zunehmende Betonung des Mündelwohls im Vorrang vor Dritt- oder öffentlichen Interessen bei gleichzeitiger stärkerer Betonung der persönlichen Fürsorge gegenüber der Vermögenssorge. Er bringt diesen Wandel in Zusammenhang mit den veränderten Auffassungen über Sozialarbeit und mit der verstärkten Sensibilisierung für grund- und persönlichkeitsrechtliche Aspekte der vormundschaftlichen Arbeit.
- Spannungsverhältnis zwischen Betreuung und Freiheit: **KELLER** stellt in der Praxis ein erhöhtes Bewusstsein für dieses Spannungsfeld fest, das durch die verschiedenen Stigmatisierungsfaktoren des Vormundschaftsrechts noch verstärkt wird. Das führt dazu, dass zunehmend auf vormundschaftliche Massnahmen verzichtet wird und andere Hilfsangebote in Anspruch genommen werden, und dass dort, wo vormundschaftliche Massnahmen angeordnet werden, das hoheitliche Moment möglichst in den Hintergrund gedrängt wird.
- Aufgabenteilung und kantonale Behördenorganisation: **KELLER** stellt eine zunehmende Professionalisierung der vormundschaftlichen Arbeit fest.
- Wahl der geeigneten Massnahme: hier sieht **KELLER** die Entwicklung in der zunehmenden Betonung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit.

Einige dieser Gedanken werden von **STETTLER** (1989) aufgenommen. Er plädiert unter anderem für eine Berücksichtigung der neuen Methoden der Sozialarbeit bei der vormundschaftlichen Hilfe, für den Einbezug der Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes in Lehre und Rechtsprechung und für ein Überdenken des Massnahmenkatalogs.

Besonders ausführlich behandelt alsdann **STETTLER** in der Festschrift **GROSSEN** (1989) die Revision des Vormundschaftsrechts und bringt hier vier übergeordnete Leitideen:

- Individualisierung und Personalisierung jeglicher Intervention. Er meint damit einerseits die Anordnung von dem Einzelfall gerecht werdenden massgeschneiderten Massnahmen, was unter dem geltenden Recht mit der Typengebundenheit der Massnahmen Schwierigkeiten bereitet, und andererseits die Sicherstellung der persönlichen Betreuung durch eine Betreuungsperson, die dazu zeitlich und fachlich in der Lage ist.
- Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips: Das Subsidiaritätsprinzip ist nach **STETTLER** ein Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips und erhält im Vormundschaftsrecht seine Bedeutung gerade auch im Zusammenhang mit der zunehmenden Professiona-

lisierung und Differenzierung der ausservormundschaftlichen Sozialhilfe. Beim Verhältnismässigkeitsprinzip im engeren Sinne wendet STETTLER sich vor allem dem Element der Notwendigkeit der Massnahme (im deutschen Recht „Erforderlichkeitsprinzip“) zu.

- Vermeidung von Etikettierung und Stigmatisierung: Hier ist für STETTLER der Verzicht auf eine entsprechende Terminologie nur ein Aspekt dieses Problems. STETTLER verweist hier auch auf das neue deutsche Betreuungsrecht, das ohne überholte und von den Betroffenen teilweise als diskriminierend empfundene Begriffe auskommt. Hier verlangt STETTLER auch die Respektierung des Grundsatzes „primum non nocere“ und zeigt auf, dass die Anordnung, obwohl als Hilfe gedacht, durchaus im Einzelfall schaden kann, indem sie das Selbstwertgefühl des Betroffenen zerstören kann. In diesem Zusammenhang fordert STETTLER auch den Verzicht auf spezifische vormundschaftliche Massnahmen für bestimmte Kategorien von Personen, obwohl gerade diese Forderung von gewissen Kreisen erhoben wurde. Die Forderung wird hinfällig, wenn es gelingt, im neuen Recht ein genügend flexibles und die Persönlichkeit aller Betroffenen respektierendes Konzept zu formulieren, das allen Formen von Behinderungen gerecht wird.
- Die Pflicht zum Schutz der Schwachen und die Erhaltung der persönlichen Freiheit. STETTLER weist darauf hin, dass das Thema sowohl unter dem Gesichtspunkt der Grundrechte (vgl. SALADIN [1989]) als unter demjenigen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte (vgl. SCHULTZ [1988], TERCIER [1988]) als auch unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensgarantien (vgl. GUILLOD [1991], HÄFELI [1991]) aktuell ist. Hingewiesen wird auch auf die Ausführungen BORGHI (1990) zur FFE, wonach das menschliche und therapeutische Problem einer Person vor lauter Verfahrensgarantien hie und da auf der Strecke zu bleiben droht.

5.5. *Familie und Vormundschaft*

5.5.1. Das Vormundschaftsrecht als Teil des Familienrechts

Die systematische Einordnung des Vormundschaftsrechts ins Familienrecht hat rechtshistorische Gründe: Die Vormundschaft war ursprünglich Aufgabe der Sippe als Rechtsgemeinschaft, die auch für die Eheschliessung und die Regelung des Erbrechts zuständig war und der auch die Gerichtsbarkeit oblag. Erst mit dem Zerfall des Sippenverbandes wurde die Vormundschaft aus einem nutzbaren Recht der nächsten Verwandten des Mündels zu einem Amt, dessen Inhaber von der Vormundschaftsbehörde ernannt wurde. Auf diesem Hintergrund ist auch die Bedeutung zu verstehen, welche der Familie in mehreren Bestimmungen des geltenden Rechts zukommt: Familienvormundschaft, Art. 362 ZGB; Vorrecht der Verwandten und des Ehegatten, Art. 380 ZGB; Vorschlagsrecht der Eltern der zu bevormundenden Person, Art. 381 ZGB; Amtspflicht für männliche Verwandte und den Ehemann, Art. 382 Abs. 1 ZGB; Erstreckung der elterlichen Gewalt, Art. 385 Abs. 3 ZGB.

5.5.2. Wandel der Gesellschaft und der Familie

In den acht Jahrzehnten seit dem Erlass des ZGB hat ein tiefgreifender gesellschaftlicher Wandel stattgefunden. Parallel zum Wandel von der Agrargesellschaft über die Industriegesellschaft zur postmodernen Dienstleistungs-, Freizeit- und Konsumgesellschaft hat sich auch ein kontinuierlicher Wandel des Familienverständnisses und des Familienverhaltens vollzogen. Namentlich in

den letzten drei Jahrzehnten haben sich Verständnis und Verhalten der Menschen bezüglich Partnerschaft und Elternschaft verändert. Hauptmerkmal dieser Entwicklung ist eine zunehmende Individualisierung. In ihrer positiven Ausprägung äussert sie sich darin, dass der einzelne Mensch sein Handeln selber steuern und verantworten und die Konsequenzen daraus tragen will; in ihrer problematischen Ausprägung bedeutet diese Individualisierung Maximierung des individuellen Nutzens oder Primat des persönlichen Empfindens gegenüber allen sozialen Verpflichtungen. So führt sie zu Verlust von Gemeinsinn und Überforderung des Einzelnen. Im Zuge dieser Entwicklung hat auch das Selbstbestimmungsrecht in Rechtsetzung und Rechtsanwendung an Bedeutung gewonnen.

Parallel dazu und teilweise als Auswirkung dieser Lebenshaltung, aber ebenso bedingt durch eine Vielfalt weiterer Faktoren, wie wirtschaftliche Rahmenbedingungen, Lockerung von religiösen Bindungen, Einflüsse der Massenkommunikationsmittel etc., entstand eine Vielfalt von Familienformen, die von der anerkannten und rechtlich verankerten Form der Kernfamilie abweichen: Einelternfamilie, verschiedene Formen der Stieffamilie, Fortsetzungs- oder Sukzessivfamilie, Patchwork-Familie, Konkubinatsfamilie (LEY [1991]). In all diesen Formen geht es um das Verständnis und die Gestaltung der Beziehungen zwischen den Generationen. LÜSCHER (1994) versteht die Vielfalt von Familienformen als Ausdruck des Bemühens vieler Menschen, unter den heutigen zivilisatorischen und gesellschaftlichen Bedingungen Familie so zu leben, dass möglichst den Bedürfnissen und Interessen aller ihrer Mitglieder Rechnung getragen wird.

5.5.3. Wandel in den Beziehungen zwischen den Generationen

Trotz Individualisierung und Veränderung der Familienformen ist der Kontakt zwischen Eltern und erwachsenen Kindern relativ intensiv. So spielen Eltern für stundenweise Betreuung und in Notsituationen eine bedeutende Rolle im familialen Unterstützungssystem (SCHALLER [1992]). Wo die wirtschaftlichen Verhältnisse es erlauben, unterstützen Eltern nicht selten ihre erwachsenen Kinder finanziell beim Aufbau einer beruflichen Karriere oder beim Erwerb von Wohneigentum (HÖPFLINGER [1993]).

Aufgrund der höheren Lebenserwartung hat das mittlere Erwachsenenalter heute oft Aufgaben gegenüber den eigenen bereits erwachsenen Kindern und den betagten Eltern. Sowohl SCHALLER (1992) als auch HÖPFLINGER (1994) und LALIVE D'EPINAY (1991) stellen fest, dass von einer familialen Ausgrenzung des alten Menschen keine Rede sein kann. Mehrere aktuelle Untersuchungen widerlegen somit die Annahme, dass die Solidarität innerhalb der Familie schwindet.

5.5.4. Beziehung zwischen Familie und Staat

Der moderne Sozialstaat nimmt der heutigen Familie Aufgaben ab, die früher ausschliesslich auf ihr lasteten: Sozialversicherungssystem, ausserfamiliäre Erziehungsangebote sowie die allgemeine und berufliche Bildung entlasten die Familie als primäre Sozialisationsinstanz und tragen gleichzeitig bei zu einem Funktionsverlust der Familie. Dennoch ist unsere Gesellschaft insgesamt nicht besonders familienfreundlich; die Familienpolitik ist ungenügend und wenig kohärent (LÜSCHER [1991]). Das bedeutet, dass die Familie nach wie vor bedeutende Lasten trifft und sie diese auch trägt.

5.5.5. Konsequenzen für ein neues Vormundschaftsrecht

Auf dem geschilderten gesellschaftlichen Hintergrund wird der Familie auch in einem neuen Vormundschaftsrecht eine Bedeutung zukommen: vorhandene familiäre Ressourcen sind zu mobilisieren; wo die Beziehungen intakt sind und die gegenseitige Hilfsbereitschaft vorhanden ist, haben Betreuungsmassnahmen keinen Platz. Bei der Übertragung von Betreuungsmassnahmen an Angehörige ist den komplexen individualpsychologischen, sozialpsychologischen und familien-dynamischen Prozessen Rechnung zu tragen, d.h. Familienmitglieder sind zu jenen Hilfeleistungen heranzuziehen, die im Einzelfall sinnvoll und möglich sind.

Diese Überlegungen finden ihren Niederschlag in den Ausführungen über den Betreuer (vgl. Ziff. III, 2.).

5.6. *Kantonales Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht*

5.6.1. Allgemeines

Vormundschaftsrecht (einschliesslich Kindesschutzmassnahmen) und Sozialhilferecht sind trotz ihrer unterschiedlichen Stellung im schweizerischen Rechtssystem von der Zielsetzung her und in ihrem Wesen miteinander verwandt. Ihr gemeinsames Ziel besteht darin, materielle und immaterielle Schwächezustände, die zu einer Schutz- und Hilfsbedürftigkeit führen, zum Teil mit gleichen, zum Teil mit je spezifischen Mitteln auszugleichen. Die Tatsache, dass Vormundschaftsrecht materielles Bundesprivatrecht und Sozialhilferecht vorwiegend kantonales öffentliches Recht ist, entbindet uns nicht davon, mit Blick auf die Revision des Vormundschaftsrechts das Verhältnis der beiden Bereiche näher zu beleuchten und die Konsequenzen für die Neuordnung allenfalls beider Bereiche zu überlegen und zwar auf

- materiellrechtlicher Ebene;
- auf der Ebene der Behördenorganisation und des Verfahrens;
- auf der Ebene der Organisation und der Ausstattung der Hilfeleistenden bzw. Mandats-träger/innen.

5.6.2. Entwicklung des Verhältnisses von Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht in Gesetzgebung und Praxis

(Vgl. ausführlich dazu: GERBER, Aspekte des Verhältnisses von Vormundschaft und öffentlicher Fürsorge - Eine historische Analyse; unveröffentlichte Lizentiatsarbeit der Philosophischen Fakultät der Universität Freiburg, Freiburg 1992.)

Vor der materiellen Rechtsvereinheitlichung durch das ZGB bestand das Vormundschaftsrecht der Kantone in erster Linie in der Vermögenssorge. Nicht ein persönliches Schutzbedürfnis, sondern lediglich ein schutzbedürftiges Vermögen war Anlass zur Bevormundung. So war bei Geistes-kranken das Vorhandensein eines zu verwaltenden Vermögens Voraussetzung für eine Ent-mündigung. Auch die Bevormundung des „Verschwenders“ diente dem Schutz des Vermögens, bevor es verschleudert war. Ausserdem diente die Vormundschaft der gesetzlichen Vertretung von handlungsunfähigen Kindern und Frauen bzw. unbekannt Abwesenden. Eine klar definierte

fürsorgerische Aufgabe hatte der Vormund nur gegenüber Kindern. Die Bevormundung von Verschwendern fand denn auch als Sanktionsmassnahme Eingang in die Armengesetzgebung. Diese Entwicklung ist auf dem Hintergrund der als Folge der Industrialisierung zunehmenden Armut um die Mitte des letzten Jahrhunderts zu sehen.

Das Armenwesen des 19. Jahrhunderts war generell repressiv ausgestaltet. Die Armenpflege hatte weitgehende Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten und konnte gegenüber Unterstützungsbedürftigen und Unterstützungspflichtigen drastische Sanktionen verhängen. So lag es im spezifischen Interesse der Armenpflege, Kontrolle und Verfügung über Vermögen und Einkünfte zu erlangen, bevor die Betroffenen unterstützungsbedürftig wurden. Das Vormundschaftsrecht wurde so mit der Vormundschaft für Verschwender in den Dienst der Armenpflege gestellt, die mit dieser Massnahme auch sog. „unwürdige Armut“ (Liederlichkeit, Trunksucht) bekämpfen wollte.

Als Folge einer Individualisierung und Pädagogisierung von Vormundschaft und öffentlicher Sozialhilfe haben sich die Aufgaben der beiden Bereiche in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts einander angenähert.

Während im kantonalen Vormundschaftsrecht die Lebensführung des Betreuten nur im Hinblick auf ein Verschleudern des Vermögens relevant war, wurde im neuen Recht die Lebensführung selber zum Problem; abweichendes Verhalten (lasterhafter Lebenswandel und Trunksucht [Art. 370 ZGB]) wurde in eine Hilfs- und Schutzbedürftigkeit umdefiniert; damit trat der Schutz der Person in den Vordergrund und die Lebensführung selber wurde zum vormundschaftlichen Problem. Das Verhalten war nicht mehr nur im Hinblick auf den Umgang mit dem Vermögen für eine Bevormundung relevant, sondern wurde zusammen mit einer persönlichen Schutzbedürftigkeit zum Problem. Die umfassende persönliche Fürsorge wurde neben der Vermögensverwaltung und der gesetzlichen Vertretung zu einem eigenständigen Auftrag (Art. 367 und 406 I ZGB; vgl. dazu ausführlich HÄFELI [1989]). In der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts war die „Anstaltsversorgung“ ein wesentliches Mittel dieser persönlichen Fürsorge. Nach dem zweiten Weltkrieg gewann unter dem Einfluss der professionellen Sozialarbeit die ambulante Beratung und Betreuung nach den Grundsätzen und mit den Mitteln der sozialen Einzelhilfe (casework) an Bedeutung.

In der öffentlichen Fürsorge ist eine analoge Entwicklung festzustellen. Die Individualisierung fand ihren Niederschlag im Amt des für den einzelnen „Fall“ zuständigen „Patrons“ (Zürcher Gesetz über die Armenfürsorge von 1927). Dieser fungierte als Mittelsperson zwischen Behörde und Unterstütztem; er hatte einerseits im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung die nötigen Abklärungen zu treffen und kontrollierte andererseits die Verwendung der Mittel, insbesondere aber auch die Erziehung der Kinder und damit die Lebensführung der Familie. Hausbesuche und „Anstaltsversorgungen“ waren die wesentlichen Mittel dieses Kontrollauftrags mit weitreichenden Interventions- und Sanktionskompetenzen. Hauptzweck dieser Massnahme war, der Armut vorzubeugen, die in diesem Lichte als Problem der Lebensführung gesehen wurde. Diese Individualisierung und Pädagogisierung der Sozialhilfe zur Bekämpfung der Armut ist auch auf dem Hintergrund des sich nur langsam durchsetzenden Gedankens der Sozialversicherung zu sehen. Die öffentliche Sozialhilfe war bis nach dem zweiten Weltkrieg praktisch das einzige Element der sozialen Sicherung. Die zentralen Risiken Krankheit, Alter, Hinterbliebenenschaft, Invalidität und Arbeitslosigkeit als Zweige der Sozialversicherung entwickelten sich erst in den letzten fünf Jahrzehnten und waren lange Zeit nur ungenügend ausgebaut, so dass die Sozialhilfe in vielen Fällen das Auffangnetz für erhebliche „Restrisiken“ darstellte, denen sie mittels individueller Betreuung und Kontrolle begegnete.

Beide „Fürsorgebereiche“ befassten sich mit Notlagen, deren Ursachen vorwiegend in der Person des Hilfsbedürftigen gesehen wurden. Während in der öffentlichen Fürsorge „selbstverschuldete Armut“ Gegenstand fürsorgerischer Bemühungen war, nahm sich die vormundschaftliche Fürsorge der Folgeprobleme von individuellen „Pathologien“ (Geistesschwäche, Geisteskrankheit [Art. 369 ZGB]) und Charakterdefekten und Willensmängeln (Art. 370 ZGB) an. In beiden Bereichen bestand eine Tendenz zu moralischen Werturteilen, verbunden mit individuellen und familiären „Schuldzuweisungen“.

In beiden Bereichen ist diese Entwicklung mit einer zunehmenden Professionalisierung der Hilfe verbunden. Dabei spielten die Schaffung von professionellen Amtsvormundschaften und Sozialdiensten in Gemeinden sowie die Gründung und Entwicklung der Ausbildungsstätten für Sozialarbeit eine bedeutende Rolle. Dennoch sind in beiden Bereichen bis heute viele nicht-professionelle Helfer/innen tätig.

Aus der geschilderten Entwicklung geht hervor, dass sich die Aufgaben der beiden Bereiche einander angenähert haben, dass die Problemsicht weitgehend dieselbe war und dass diese Probleme mit den gleichen Mitteln und den gleichen Berufsleuten, allerdings meist noch in verschiedenen Institutionen bearbeitet wurden. Die Überschneidung der beiden Fürsorgebereiche war in dieser Phase der Entwicklung gross. Diese Tatsache führte dann zu Abgrenzungsversuchen und Kompetenzkonflikten. Trotz Klärungsversuchen in der Lehre (KAUFMANN [1924] und EGGER [1948]) und eines Bundesgerichtsentscheids von 1926 (BGE 52 II 413), der klarstellte, dass der Vormund bzw. die Vormundschaftsbehörde in allen Fällen für die Versorgung von Kindern zuständig sei und damit Bundesrecht vor kantonalem Recht gelte, behielt im Kanton Zürich die Armenpflege ihre Interventionskompetenz gegenüber Unterstützten einschliesslich der Anstaltsversorgung von Kindern und Erwachsenen bis zum Jahre 1978 (Art. 31 des Gesetzes über die Armenfürsorge von 1927 wurde aufgehoben durch die VO vom 25. Juni 1976). Die jahrzehntelange Doppelzuständigkeit hat immer wieder zu einem „Kompetenzgerangel“ in Einzelfällen geführt. Nicht nur die Fürsorgebehörde war im Zusammenhang mit Unterstützungen an Interventionskompetenzen gegenüber Unterstützten interessiert, auch die Vormundschaftsbehörde war umgekehrt im Zusammenhang mit Plazierungen auf vormundschaftsrechtlicher Grundlage an eigenen Finanzkompetenzen interessiert. Konflikte entstanden auch, wenn beide Behörden unterschiedliche Versorgungen beschlossen oder wenn die Vormundschaftsbehörde eine Plazierung verfügte und die Fürsorgebehörde die Kostengutsprache verweigerte.

Namentlich als Folge der abschliessenden Regelung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im ZGB, aber auch aufgrund eines gewandelten Verständnisses in der öffentlichen Sozialhilfe, das sich in der jüngsten Generation von Sozialhilfegesetzen (ab ca. 1980) niederschlägt, ist eine eindeutige Verlagerung der Interventionskompetenz von der Fürsorgebehörde zur Vormundschaftsbehörde festzustellen. Das moderne Sozialhilferecht verzichtet vollständig auf Massnahmen gegen den Willen des Betroffenen und versteht sein Beratungs- und Betreuungsangebot als freiwillige Dienstleistung. Diese Entwicklung ist jedoch nicht einheitlich; selbst neuere Sozialhilfegesetze sehen noch Betreuungsmassnahmen vor, die notfalls gegen den Willen des Betroffenen angeordnet werden können.

Auch auf organisatorischer Ebene gibt es Berührungspunkte zwischen dem Vormundschaftswesen und der öffentlichen Sozialhilfe, und zwar auf Ebene der Behörden und auf Ebene der ausführenden Sozialdienste. In grossen Teilen der Deutschschweiz ist der Gemeinderat (Exekutive) Vormundschaftsbehörde und Fürsorgebehörde (vgl. ODERMATT [1979] und HÄFELI [1991]). Wo die Fürsorgebehörde eine eigene Behörde ist, gehört ihr in der Regel mindestens ein Gemeinderat an (Art. 6 des Zürcher Sozialhilfegesetzes). Auch wo die Vormundschaftsbehörde eine separate Behörde ist, gehört ihr mindestens ein Gemeinderat an (im Kanton Zürich eine der drei möglichen Organisationsformen: vgl. § 74 des Zürcher EG zum ZGB).

Kommunale und regionale Sozialdienste nehmen vielerorts Aufgaben nach Sozialhilfegesetz und vormundschaftliche Aufgaben wahr. Verbreitet ist aber auch eine Aufgabenteilung zwischen vorwiegend kommunalen Sozialdiensten, die primär Sozialhilfaufgaben erfüllen und vorwiegend regionalen Amtsvormundschaften, die vormundschaftliche Mandate führen.

5.6.3. Zusammenfassende Beurteilung

Im Vormundschaftswesen ist trotz einheitlicher bundesrechtlicher Grundlage im materiellen Recht eine grosse Vielfalt an organisatorischen Lösungen auf Behörden- und Dienstebene festzustellen. In den letzten 20 Jahren wurden die Amtsvormundschaften in der ganzen Schweiz ausgebaut, dennoch wird eine grosse Zahl von Massnahmen von nichtberuflichen Freiwilligen geführt. Die Vormundschaftsbehörde ist in der deutschen Schweiz in der Regel der Gemeinderat; es handelt sich durchwegs um Laienbehörden, die subjektiv und objektiv oft überfordert sind bei der Anwendung des materiellen Vormundschaftsrechts und die oft auch Mühe haben, ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren zu garantieren (vgl. dazu u.a. GUILLOD [1991] und HÄFELI [1991]).

Die Ausbildung von Behörden und Mandatsträgern ist rudimentär (vgl. dazu BORNICCHIA [1991] und GULER [1991]).

Die aufgrund von BGE 118 Ia 473 vorgenommenen Korrekturen in der kantonalen Behördenorganisation (Gerichte als Rechtsmittelinstanz) haben zum Teil zu ausserordentlich unübersichtlichen und komplizierten Verhältnissen geführt (vgl. u.a. Luzerner VO über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 7. Mai 1993).

Das kantonale Sozialhilferecht ist sehr heterogen; neben ganz alten Armen- und Fürsorgegesetzen gibt es eine „mittlere“ Generation von Fürsorgegesetzen, die neben der wirtschaftlichen Hilfe bereits die persönliche Hilfe kennen, aber dennoch gesetzliche Betreuungs- und Zwangsmassnahmen vorsehen, die zu einem Dualismus von ähnlichen bis nahezu identischen Massnahmen im Sozialhilferecht und im Vormundschaftsrecht führen. Klar ist lediglich, dass bereits bestehende vormundschaftliche Massnahmen den Massnahmen nach Sozialhilfegesetz vorgehen. Wenn noch keine Massnahmen angeordnet sind, ist jedoch unklar und wohl zufällig, ob Massnahmen nach Sozialhilfegesetz oder nach Vormundschaftsrecht errichtet werden. Mit den rechtsstaatlichen Garantien ist es schlecht bestellt: Die Rechtsmittelinstanzen sind ausschliesslich Verwaltungsbehörden. Eine neue Generation von Sozialhilfegesetzen verzichtet vollständig auf Betreuungsmassnahmen und beschränkt sich auf persönliche Hilfe im Sinne einer freiwilligen Dienstleistung. Überschneidungen und Kompetenzkonflikte zwischen Vormundschaft und Sozialhilfe, Behörden und Diensten sind auf diesem Hintergrund zahlreich.

5.6.4. Konsequenzen für die Ausgestaltung des neuen Vormundschaftsrechts

Gesetzlich angeordnete Betreuungsmassnahmen und Massnahmen zum Schutze des Vermögens und die damit verbundene gesetzliche Vertretung sind im Bundesprivatrecht abschliessend zu regeln. Damit bleibt im kantonalen Sozialhilferecht kein Raum für Betreuungs- und Zwangsmassnahmen. Nur so werden Rechtsungleichheiten, Kompetenzkonflikte und Doppelspurigkeiten vermieden (Ziff. II, 2. bis 4.).

Angesichts der Komplexität der Problemsituationen, bei denen sich Betreuungsmassnahmen aufdrängen und in Anbetracht der strengen Anforderungen an ein EMRK-konformes Verfahren muss die Betreuungsbehörde regionalisiert, professionalisiert und als interdisziplinäres Gericht ausgestaltet werden (Ziff. II, 1.)

Auch die Sozialdienste müssen weiter professionalisiert werden. Dies geschieht nicht nur durch die Förderung von Aus- und Weiterbildungsmassnahmen, sondern durch eine entsprechende Organisation dieser Dienste. Sie müssen, abgesehen von grossen Gemeinden, ebenfalls regional organisiert werden; Beratungen und Betreuungen nach Sozialhilferecht und Betreuungsrecht sollen in der Regel im gleichen Sozialdienst angeboten werden. Nur so ist eine ganzheitliche und kontinuierliche Beratung und Betreuung möglich (Ziff. II, 1.). Neben professionellen Mandats-träger/innen sollen auch im neuen Recht geeignete Freiwillige nach entsprechender Einführung und mit Unterstützung von Fachkräften Betreuungsaufgaben übernehmen können (Ziff. III, 2.)

6. Das erhoffte Ergebnis: die Reformziele

Geplant ist eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts. In den Ziff. 1. bis 5. dieses Teils I, Grundlagen, ist erläutert worden, was bei dieser Revision zu berücksichtigen ist. Gestützt darauf können die Reformziele wie folgt umschrieben werden:

6.1. Im Rahmen der Zivilrechtskodifikation

6.1.1. ist für erwachsene Personen, die von Schwächezuständen (namentlich psychische Krankheit, geistige Behinderung, Suchtkrankheit, senile Demenz) betroffen sind, ein umfassendes Recht des Personen- und Vermögensschutzes zu schaffen und

6.1.2. sind in diese Revision betroffene Nachbarrechtsgebiete miteinzubeziehen.

6.2. Bei der Revision geht es um das Wohl von Schwachen: Ausgangspunkt ist die Menschenwürde Schwacher und Hilfsbedürftiger und mithin deren Selbstbestimmungsrecht einerseits und deren Schutzbedürftigkeit andererseits.

6.3. Wie bei jeder Gesetzgebung geht es auch hier darum, Gerechtigkeit, Sicherheit und Zweckmässigkeit in gegenseitiger Abstimmung zu verwirklichen.

6.4. Zu schaffen sind Rechtsinstitute und Rechtsnormen, welche

- erkannte Mängel des geltenden Rechts eliminieren,
- den veränderten Bedürfnissen und Wertungen Rechnung tragen,
- ausländische Erfahrungen berücksichtigen und
- nach Möglichkeit Stigmatisierungen verhindern.

6.5. Im Resultat sollten vorliegen

- ein dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechendes flexibles Massnahmensystem,
- eine der Grösse und Schwierigkeit der Aufgabe entsprechende Organisation und
- rechtsstaatliche Verfahren in allen Belangen.

6.6. Bei der Entstehung und Verwirklichung der Regelung soll der Fach- und Sachverstand nichtjuristischer Fachleute zum Zuge kommen.

6.7. Es ist ein Recht zu schaffen, das von den Repräsentanten der betroffenen Personengruppen und nach Möglichkeit von den Personengruppen selber bejaht wird.

6.8. Die Öffentlichkeit ist für die Anliegen der Revision und für deren Umsetzung zu sensibilisieren.

7. Der Weg: der Stellenwert dieses Berichts

Der Weg zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts führt nach menschlichem Ermessen wie gemeinhin bei schweizerischen Revisionsvorhaben schliesslich über einen Vorentwurf, die Tätigkeit einer Expertenkommission, gegebenenfalls eine Vernehmlassung, Botschaft und Entwurf des Bundesrates, parlamentarische Beratung und gegebenenfalls eine Volksabstimmung zum erhofften Resultat. Im Hinblick auf diesen Weg stellt der vorliegende Bericht nur, aber immerhin eine erste Etappe dar.

Dem erhaltenen Auftrag und den Empfehlungen der Lehre entsprechend haben die Experten versucht, das Ganze neu zu durchdenken. Sie sind dabei nur ihrem Wissen und Gewissen gefolgt. Was hier vorgelegt wird, ist nicht mehr (und nicht weniger) wert als die Argumente, die für die einzelnen Lösungen vorliegen. Dabei wurde allerdings versucht, ein möglichst zusammenhängendes Ganzes vorzulegen. So ist namentlich die Verwirklichung der Massnahmen von einem entsprechenden Apparat (Amtsträger und Behörden) abhängig. Dennoch ist es denkbar und wahrscheinlich, dass auch Teile des Resultats besonders auf Gegenliebe oder auf Opposition stossen.

Der Bericht bildet insbesondere die Grundlage einer vom Bundesamt für Justiz organisierten Tagung vom 11./12. September 1995 an der Universität Freiburg. In die Organisation und Durchführung dieser Tagung sind die Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden und die Vereinigung der Schweizerischen Amtsvormünder miteinbezogen. An dieser Tagung wird es darum gehen, durch geeignete Gestaltung (Referate und Diskussionen) möglichst viel Reaktion auf die vorgelegten Vorschläge zu erhalten.

Was die in diesem Bericht verwendete Terminologie anbelangt, ist abschliessend festzuhalten, dass die Verfasser nicht darum herumkommen, gewisse Ausdrücke bald im Sinne von Gattungsbegriffen und bald im Sinne von im (geltenden oder zukünftigen) Gesetz verwendeten Rechtsbegriffen zu verstehen. Man denke an die Ausdrücke „Vormundschaft“ oder „Betreuer“. Die

Verfasser hoffen, dass sich der jeweilige Sinn auch dort aus dem Zusammenhang ergibt, wo kein erläuternder Zusatz besteht.

Was die geschlechtsneutrale Formulierung von Ausdrücken, die Personen bezeichnen, angeht, tragen die Verfasser diesem Anliegen primär dadurch Rechnung, dass in den ausformulierten Gesetzesvorschlägen entweder neutrale Bezeichnungen („Wer“, „die betreute Person“) oder beide Ausformulierungen („der Betreuer/die Betreuerin“) gewählt werden. Im Text wird um der Lesbarkeit willen diese Lösung aber nicht durchgehalten. Es wird Sache des Gesetzgebers sein, schliesslich für das neue Recht jene Lösung zu wählen, die dann gemeinhin für die Gesetzgebung gilt.

II. Die allgemeine Ordnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener

Vorbemerkungen

Vorn ist unter I, 4. aufgezeigt worden, welche Fragen ein zukünftiges Vormundschaftsrecht für Erwachsene beantworten soll. In den nun folgenden Teilen II bis IV geht es darum, aufzuzeigen, wie diese Fragen zu beantworten sind. Es geht mithin um den Inhalt eines zukünftigen Vormundschaftsrechts für Erwachsene. Im Teil VI, 2. wird bei den Ergebnissen der mögliche Aufbau des zukünftigen Rechts vorgestellt. Insbesondere wird dort dargestellt, wie die zukünftigen Titel 10 bis 12 des ZGB aussehen könnten. Der Aufbau der Teile II bis IV dieses Berichts ist der Sache nach im wesentlichen identisch mit dem vorgeschlagenen Aufbau dieser drei Titel des ZGB. Allerdings lautet die Überschrift des Teils II des Berichts „Die allgemeine Ordnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener“, während der vorgeschlagene zehnte Titel des ZGB lauten würde: „Die allgemeine Ordnung des Betreuungsrechts“. Dies geschieht einmal deshalb, damit nicht hier im Titel bereits ein Resultat vorweggenommen wird. Im übrigen geschieht dies vor allem deshalb, weil der Sache nach im Teil II dieses Berichts die Vormundschaft über Minderjährige vorerst einmal völlig ausgeklammert wird. Es besteht aber kaum Zweifel, dass die Umgestaltung des Vormundschaftsrechts für Erwachsene namentlich im Organisatorischen und im Verfahrensbereich weitgehende Auswirkungen auf das Vormundschaftsrecht für Minderjährige haben wird. Wie genau dies im Terminologischen berücksichtigt werden kann und soll, sei hier noch offen gelassen.

Bis anhin war regelmässig vom Vormundschaftsrecht für Erwachsene, von vormundschaftlichen Massnahmen für Erwachsene usw. die Rede. In den folgenden Teilen II bis IV wird nun das Wort „Vormundschaft“ soweit möglich durch „Betreuung“ ersetzt. Die Begründung für diese wichtige Entscheidung mit Bezug auf die Terminologie findet sich nachstehend unter Ziff. 1.1.

1. Der Rahmen

Unter dem Titel „Der Rahmen“ wird im Folgenden der Sache nach teils übersichtsartig (so namentlich bei den Massnahmen), teils schon sehr konkret (so etwa betreffend Organisation und Verantwortlichkeit) erläutert, was im Gesetz unter die allgemeinen Bestimmungen der allgemeinen Ordnung aufgenommen werden könnte. Bevor indessen (unter den Ziff. 1.2. bis 1.6.) auf die einzelnen Teile eingegangen wird, sei zur Terminologie Stellung genommen (1.1.).

1.1. Die Terminologie

Das Wort „Vormundschaft“ soll durch „Betreuung“ ersetzt werden. Schicken wir voraus, dass sich die nun folgenden Ausführungen vollinhaltlich auf den Personen- und Vermögensschutz Erwachsener beziehen (ob und inwieweit das Gesagte auch auf Minderjährige angewandt werden kann oder soll, ist unter V, 2. zu erläutern).

Als einer der wichtigsten Mängel des geltenden Rechts ist die stigmatisierende, etikettierende Wirkung von Begriffen erkannt worden (siehe hierzu vorn I, 3.2.4.). Davon betroffen sind (namentlich für Erwachsene) in besonderer Weise die Wörter „Vormundschaft“, „Bevormundung“

und das (nur für Erwachsene zum Zuge kommende) damit zusammenhängende Wort „Entmündigung“. Das gilt auch für die Ausdrücke „tutelle“ und „tutela“ in französischer und italienischer Sprache. Diese Ausdrücke sollten daher wenn möglich eliminiert werden.

Bei allen Massnahmen des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener geht es um ein möglichst sach- und personengerechtes Verhältnis von Eingriff und Nichteingriff. Das Wort „Vormundschaft“, einem Erwachsenen gegenüber angewandt, betont aber nur den Eingriff. Das zeigt sich auch im täglichen Sprachgebrauch: Jemand will sich nicht „bevormunden“ lassen; der Souverän akzeptiert keine „Bevormundung“.

Hinzu kommt folgendes: Während im bisherigen Personen- und Vermögensschutzrecht für Erwachsene die Massnahme Entmündigung und Bevormundung konzeptionell das Kerninstitut des Vormundschaftsrechts darstellt (siehe zum Beispiel Art. 367 III ZGB), wird im neuen Recht eine entmündigungsähnliche Massnahme ausdrücklich nur als ultima ratio vorbehalten (siehe zur Vertretung für alle Angelegenheiten hinten 2.3.3.).

Das Wort „Vormundschaft“ wird heute weder in Österreich noch in Deutschland für die Bezeichnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener mehr gebraucht. In Österreich heisst das entsprechende, übergreifende Institut „Sachwalterschaft“, in Deutschland „Betreuung“. Das Wort „Sachwalterschaft“ klingt in schweizerischen Ohren eher fremd. Es hat auch für unser Sprachempfinden - so sieht es aus - eine sehr starke Beziehung zur Regelung nur vermögensrechtlicher Probleme. Anders das Wort „Betreuung“. Dieses Wort bringt sehr schön zum Ausdruck, dass der Einsatz des Gemeinwesens zum Wohl des Schwachen einerseits die Begründung für alle Massnahmen bildet, anderseits in der Ausgestaltung der Massnahmen soweit als möglich zum Ausdruck kommen soll.

In Deutschland wurde auch erwogen, als Oberbegriff für die neue Massnahme „Beistandschaft“ zu wählen. Das ist dann allerdings abgelehnt worden (teils aus Gründen, die für die schweizerische Hochsprache nicht spielen). Es ist nicht zu leugnen, dass die Wahl des Wortes „Beistandschaft“ eine gute Lösung wäre, wenn es das Wort „Betreuung“ nicht gäbe. Aber es ist doch wohl nur die zweitbeste Lösung. Die Abschaffung des Begriffs „Entmündigung“ und der Verzicht auf den Ausdruck „Vormundschaft“ ist zugegebenermassen für die Bezeichnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener wichtiger als die Ersetzung durch das Wort „Betreuung“. Was die Entscheidung für „Betreuung“ und gegen „Beistandschaft“ doch auch noch beeinflusst, ist die Tatsache, dass in der französischen und italienischen Sprache Beistandschaft, das heisst „curatelle“ bzw. „curatela“ immer noch sehr stark nach „tutelle“ bzw. „tutela“ riecht. Im übrigen ist vorgesehen, das Wort „Beistandschaft“ noch beizubehalten für die Verwaltung von Vermögen, die aus andern Gründen als wegen Schwächen Erwachsener nicht verwaltet werden (siehe hinten 4.).

Die Verwendung des Ausdrucks „Betreuung“ bringt zugegebenermassen auch Probleme mit sich. Das heikelste Problem ist zweifellos die Schwierigkeit, den Begriff in die romanischen Sprachen zu übersetzen. Aber auch dort drängt sich der Verzicht auf die bisherige Ausdrucksweise auf. Es ist auch anzunehmen, dass sich die Übersetzung des Wortes „Betreuung“ durch „assistance“ bzw. „assistenza“ mit der Zeit einleben kann. Ein anderer Grund gegen die Wahl des Wortes „Betreuung“ könnte darin liegen, dass damit das Wort „Betreuung“ durch die Rechtssprache vereinnahmt wird, ohne dass der Gebrauch ausserhalb des rechtstechnischen Sinnes wegfallen dürfte. Das ist zugegebenermassen eine Schwäche der neuen Lösung. Immerhin hat auch das Wort „Besitz“ trotz Savigny und den deutschsprachigen Privatrechtskodifikationen im täglichen Sprachgebrauch immer noch einen anderen Sinn behalten als die rechtstechnische Bedeutung, ohne dass dadurch unüberwindliche Schwierigkeiten entstanden wären.

1.2. Die Massnahmen/Übersicht

Im bisherigen Vormundschaftsrecht für Erwachsene wird unterschieden zwischen den amtsgebundenen Massnahmen (Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft) einerseits und der fürsorgerischen Freiheitsentziehung andererseits. Auch für das zukünftige Recht ist der Sache nach eine ähnliche Unterscheidung vorgesehen. Dabei wird allerdings für bestimmte Konstellationen eine Verbindung der Einweisung in eine Anstalt mit einer amtsgebundenen Massnahme sichergestellt (hierzu siehe im Einzelnen IV, 2.). Im übrigen ist vorgesehen, eine der bisherigen amtsgebundenen Massnahmen (die Verwaltung bestimmter Vermögen) als eigene Massnahme beizubehalten. Daraus ergibt sich folgende Dreiteilung:

- die Betreuung Erwachsener (1.2.1.);
- die Unterbringung (1.2.2.) sowie
- die Vermögensbeistandschaft (1.2.3.).

1.2.1. Die Betreuung Erwachsener

Die Betreuung Erwachsener ist das Kernstück des neuen Rechts des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener. Es ist gekennzeichnet durch den hohen Stellenwert der persönlichen Betreuung, durch eine rechtstechnisch saubere Stufenfolge mit Bezug auf das Betroffensein der Handlungsfähigkeit und Handlungsfreiheit sowie durch ein im übrigen äusserst flexibles System der massgeschneiderten Massnahme. Im einzelnen siehe nachstehend zum Konzept II, 2. und zur Durchführung III.

1.2.2. Die Unterbringung

Die Unterbringung (le placement) tritt an die Stelle der bisherigen fürsorgerischen Freiheitsentziehung. Sie ist aber nunmehr dadurch gekennzeichnet, dass zwischen fürsorgerischer Freiheitsentziehung (im engeren Sinn von Einweisung) einerseits und Betreuung in der stationären Einrichtung andererseits unterschieden wird. Während für den Teil fürsorgerische Freiheitsentziehung im wesentlichen bisheriges Recht übernommen werden kann (allerdings mit einer Reihe von Verbesserungen), füllt der Teil Betreuung in der stationären Einrichtung eine Lücke des bisherigen Systems auf. Im einzelnen siehe nachstehend zum Konzept II, 3. und für die Durchführung IV.

1.2.3. Die Vermögensbeistandschaft

Der bisherige Art. 393 ZGB zerfällt (vom Ingress abgesehen) in zwei völlig unterschiedliche Teile: Die Ziff. 2 bildet ein Glied in der Kette der Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen gegenüber Erwachsenen; der übrige Artikel ist das Rechtsinstitut für die Verwaltung von Vermögen ausserhalb von langdauernden Schwächezuständen Erwachsener. Die bisherige Ziff. 2 sollte in der Form der Verwaltungsbetreuung Eingang ins neue Recht finden. Der Rest des bisherigen Art. 393 ZGB sollte die zukünftige Vermögensbeistandschaft bilden. Im einzelnen siehe hierzu nachstehend 4.

1.3. Die Grundsätze

In Anlehnung an den Kommentar SCHNYDER/MURER, Systematischer Teil N 231 ff. sei vorerst einleitend folgendes festgehalten: Die einzelnen Rechtsgebiete sind regelmässig beherrscht von gewissen Prinzipien. Prinzipien sind einerseits Grundgedanken, welche in einem Rechtsgebiet verwirklicht werden sollen, anderseits aber auch durch die Rechtskultur entwickelte, manchmal geradezu rechtstechnische Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung in einem bestimmten Rechtsgebiet besonders angezeigt ist. Die Grenze zwischen Leitidee und grundsätzlichen, mehr rechtstechnischen Gesichtspunkten ist dabei fließend. Solche Prinzipien schweben dem Gesetzgeber vor. Er verwirklicht sie in einem bestimmten Rechtsgebiet mehr oder weniger gut. Selten hält er sie im Wortlaut des Gesetzes fest. Häufig werden diese Prinzipien erst nachträglich vom Rechtsanwender oder von der Lehre „gefunden“. Für das bisherige Vormundschaftsrecht sind folgende vier Prinzipien namhaft gemacht worden: der Schutz des Schwachen als primärer Zweck des Vormundschaftsrechtes, Betreuung und Freiheit als grundlegendes Spannungsverhältnis im Vormundschaftsrecht, die Aufgabenteilung als organisatorisches Prinzip des Vormundschaftsrechts und die geeignete Massnahme als Mittel zur Verwirklichung des Vormundschaftsrechts.

Auch das zukünftige Betreuungsrecht wird von Prinzipien beherrscht. Dabei stellt sich die Frage, ob hier entgegen dem im ZGB Üblichen die Prinzipien *expressis verbis* ins Gesetz aufgenommen werden sollten. Das könnte sich deshalb rechtfertigen, weil wir hier mitten im reinen Privatrecht ein Mischgebilde zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht haben. Doch soll diese Frage nicht hier und heute vorentschieden werden. Wohl aber seien nachstehend ein paar Prinzipien aufgezählt, welche ein neues Betreuungsrecht der Sache nach verwirklichen muss. Im übrigen sei darauf hingewiesen, dass immerhin im Eherecht und im Kindesrecht in den Art. 159 und 272 auch Grundnormen enthalten sind, welche Prinzipiencharakter haben.

Zu fragen wäre hier vorerst einmal nach dem Zweck des Betreuungsrechts. Dabei wäre herauszustellen, dass der Schutz des Schwachen der primäre Zweck des Betreuungsrechts als solchem und der einzelnen Betreuungsmassnahmen ist. Erst in zweiter, dritter oder vierter Linie wären andere Zwecke wie der Schutz der Familie, der Schutz der Sicherheit Dritter und die Rechtssicherheit zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang wäre auch die Frage aufzuwerfen und zu beantworten, ob und inwiefern Vormundschaftsrecht, einmal abgesehen von den bereits namhaft gemachten Zwecken, auch dem öffentlichen Interesse dient.

Eine Grundsatzbestimmung könnte auch die möglichen Inhalte des Betreuungsrechts umschreiben. Auf welche Weise werden die Zwecke des Betreuungsrechts erfüllt? Wie wird dem Schwachen geholfen? Dabei wäre als erste Hilfestellung die persönliche Betreuung zu nennen, gegebenenfalls bis hin zu im Rahmen der Verfassung zu berücksichtigenden Schranken der Handlungsfreiheit: Betreuungsrecht also als persönliche Hilfe für Hilfsbedürftige, allenfalls gekoppelt mit dem Recht, in die Lebensgestaltung des Schwachen einzugreifen. Der zweite Bereich wäre die Vermögensverwaltung. Der dritte, wichtigere Bereich wäre schliesslich die autoritative Einschränkung der Handlungsfähigkeit, gekoppelt mit der Bestellung von Amtsträgern, welche die fehlende oder reduzierte Handlungsfähigkeit ersetzen.

Drittens könnte eine Grundsatzbestimmung den schwierigen Versuch wagen, Betreuung und Freiheit als grundlegendes Spannungsverhältnis des Betreuungsrechts auszuformulieren. Auszugehen wäre dabei sicher von dem mit der Menschenwürde gegebenen Selbstbestimmungsrecht eines jeden Menschen. Es müsste dann aber eben auch festgehalten werden, dass primär um dieses Menschen willen gegebenenfalls kraft Betreuungsrechts Fremdbestimmung an die Stelle der Selbstbestimmung tritt. Immerhin müsste zum Ausdruck kommen, dass auch bei Massnahmen, welche grundsätzlich Fremdbestimmung vorsehen, im einzelnen soviel als möglich noch an Selbst-

bestimmung zum Zuge kommen kann. Man denke etwa in diesem Zusammenhang an den bisherigen Art. 409 ZGB.

Als vierten Grundsatz dürfte man die Subsidiarität des Betreuungsrechtes hervorheben. Dabei wäre die Subsidiarität im Verhältnis zur Selbsthilfe doch wohl im nachher zu erwähnenden Verhältnismässigkeitsprinzip inbegriffen. Wenn hier von Subsidiarität die Rede ist, so wäre daran zu erinnern, dass das Betreuungsrecht im Verhältnis zur Familie und im Verhältnis zur privaten Sozialhilfe wie zum öffentlichen Sozialhilferecht subsidiär ist. Wie vorn unter I, 5.6. ausgeführt, schwebt der Expertengruppe im Hinblick auf ein neues Betreuungsrecht allerdings vor, behördlich angeordnete Betreuungsmassnahmen, welche einem Hilfsbedürftigen gegebenenfalls aufoktroziert werden, abschliessend im bundesrechtlichen Betreuungsrecht zu regeln, mithin dem Sozialhilferecht nur freiwillige Massnahmen vorzubehalten.

Von ganz besonderer Bedeutung ist im Rahmen des Betreuungsrechtes der Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Geht es doch beim Betreuungsrecht sehr oft um Eingriffe in die persönliche Freiheit im weiteren Sinne des Wortes. Hier hat die neuere Lehre und Rechtsprechung die drei Facetten dieses Grundsatzes ja schon herausgearbeitet: danach muss der Eingriff zunächst einmal erforderlich (notwendig) sein; sodann muss es sich um eine geeignete Massnahme handeln; schliesslich muss die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne des Wortes berücksichtigt werden, was in der Rechtsprechung gelegentlich mit dem Worte „zumutbar“ umschrieben wird. Dieser Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seinen drei Ausprägungen durchzieht das ganze Betreuungsrecht. Immerhin gibt es Fälle, bei denen der Gesetzgeber noch ganz besonders auf die eine oder andere Bedeutung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im besondern Kontext hinweisen darf. Wir finden entsprechende Formulierungen etwa bei den Kindesschutzbestimmungen. Im neuen Betreuungsrecht schlägt die Expertengruppe einen ausdrücklichen Hinweis auf den Erforderlichkeitsgrundsatz im Zusammenhang mit der besondern Betreuung vor.

Man kann sich zudem die Frage stellen, ob nicht gegebenenfalls ein Rechtsanspruch des Individuums auf Betreuung gemäss Betreuungsrecht in die Gesetzgebung aufgenommen werden sollte. Zwar wird die betroffene Person wie bis anhin im Vormundschaftsrecht auch im neuen Betreuungsrecht die Anordnung einer Betreuungsmassnahme in der Regel nicht als die Erfüllung eines Rechtsanspruches betrachten. Dennoch ist grundsätzlich davon auszugehen, dass, weil der Staat durch Betreuungsrecht dem Schwachen und Hilfsbedürftigen helfen will, es nicht einfach im freien Ermessen der Behörden stehen kann, ob der betroffenen Person diese Hilfe jeweils zuteil wird oder nicht. Denkbar ist, dass die Formulierung eines solchen Rechtsanspruches Auswirkungen hätte auf die Verantwortlichkeitsregelung. In diesem Zusammenhang wäre die (wohl noch heiklere) Frage zu diskutieren, ob gegebenenfalls auch ein Anspruch der Familie oder der Gemeinschaft auf Schutz durch Betreuungsmassnahmen bestünde, ein Anspruch, der sich ja dann auch in Verantwortlichkeitsansprüchen niederschlagen könnte.

Es liesse sich auch denken, dass im Rahmen von Grundsätzen, die in der Einleitung zum Betreuungsrecht formuliert werden, in aller Form festgehalten würde, dass alle Behörden und Personen, die im Rahmen von Betreuungsmassnahmen Aufgaben erfüllen, dem Amtsgeheimnis unterstehen.

Bei der Schaffung des neuen Kindesrechts wurde in das ZGB in Art. 317 ein Koordinationsartikel aufgenommen. Unter dem Randtitel „Zusammenarbeit in der Jugendhilfe“ sieht diese Bestimmung vor, dass die Kantone durch geeignete Vorschriften die zweckmässige Zusammenarbeit der Behörden und Stellen auf dem Gebiet des zivilrechtlichen Kindesschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe sichern. Auch im neuen Betreuungsrecht sollte ein analoger Koordinationsartikel aufgenommen werden. Dabei liesse sich einerseits eine Art. 317 entsprechende Lösung denken, bei welcher die Kantone Befehlsadressat der Norm wären.

Denkbar wäre allerdings auch eine Norm, gemäss welcher die Betreuungsbehörden zur Zusammenarbeit aufgerufen werden. Diese Zusammenarbeit der Betreuungsbehörden würde sich beziehen auf die Familien, die private Fürsorge, die Dienste und die öffentliche Sozialhilfe. Offen ist, ob analog zu Art. 317 ZGB auch die Zusammenarbeit mit Behörden und Stellen des Strafrechts in einen solchen Artikel aufgenommen werden sollten. Der Sache nach besteht sicher ein Bedürfnis für eine solche Zusammenarbeit. Doch ist nicht zu leugnen, dass gewisse Hemmungen bestehen, durch einen solchen Koordinationsartikel privatrechtliche Betreuung und strafrechtliche Ahndung in den gleichen Topf zu werfen. Immerhin hätten solche Einwände ja auch mit Bezug auf den Art. 317 ZGB gemacht werden können.

1.4. Organisation

Dieses Kapitel befasst sich mit der Ausgestaltung der Betreuungsbehörden (Art. 361 ZGB *de lege lata*) und der Organisation von Dienststellen (Amtsvormundschaften, kommunale oder regionale polyvalente Sozialdienste), welche im Auftrag der Betreuungsbehörden vormundschaftliche Mandate führen. Die beiden Themenbereiche wurden bereits unter dem Gesichtspunkt des Verhältnisses zwischen kantonalem Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht (vorne I, 5.6.) angeschnitten.

Nach der Darstellung der Organisationsformen unter dem geltenden Recht und ihrer Beurteilung werden konkrete Vorschläge für die Organisation unter dem neuen Betreuungsrecht zur Diskussion gestellt. Eng damit zusammen hängen Verfahrensfragen; sie werden im nächsten Kapitel erörtert.

1.4.1. Organisationsformen unter dem geltenden Recht

1.4.1.1. Dienste

Das ZGB enthält keine Bestimmungen, welche die Kantone verpflichten, Dienststellen zu schaffen für die Führung von vormundschaftlichen Mandaten. Art. 360 ZGB bezeichnet neben den vormundschaftlichen Behörden den Vormund und den Beistand als vormundschaftliche Organe. Dennoch entstand bereits vor Inkrafttreten des ZGB in der Stadt Zürich die erste Amtsvormundschaft (1908) und bereits 1913 wurde die Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder (VSAV) gegründet. Heute besteht ein sehr dichtes Netz von kommunalen und vorwiegend regionalen Amtsvormundschaften. Dabei können die folgenden Modelle (vgl. HÄFELI, Ausbildung von Amts- und Privatvormunden - Organisation der Amtsvormundschaft, in ZVW 50 [1995] 4 ff., 17) unterschieden werden:

- kommunale und regionale Amtsvormundschaften, die Mandate für alle Altersstufen führen;
- kommunale und regionale Amtsvormundschaften für Erwachsene;
- kommunale und regionale Jugendsekretariate (Amtsvormundschaften für Kinder und Jugendliche)
- kommunale und regionale polyvalente Sozialdienste, welche freiwillige Sozialhilfe im Rahmen von Sozialhilfegesetzen und evt. Spezialgesetzen leisten und vormundschaftliche Mandate für alle Altersstufen führen.

Die ausserordentliche Vielfalt von Formen und Strukturen ist das Resultat einer komplexen kantonal und regional disparaten Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des privaten und öffentlichen Sozialwesens.

1.4.1.2. Vormundschaftsbehörden

Nach Art. 361 Abs. 2 ZGB bestimmen die Kantone die Behörden. Die kantonalen Einführungsgesetze zum ZGB enthalten die entsprechenden Bestimmungen. Es stehen sich im wesentlichen drei Modelle gegenüber (vgl. ausführlicher SCHNYDER/MURER, Art. 361 N 104, ODERMATT, Organisation und Verfahren der vormundschaftlichen Behörden in den deutschsprachigen Kantonen im allgemeinen und speziell in einem kleinen Kanton in der Innerschweiz, in ZVW 34 [1979] 58 ff. sowie DAMI, Système tutélaire dans les cantons romands. Tutelle officielle dans les cantons romands, in ZVW 35 [1980] 1 ff.):

- der Gemeinderat (als Exekutive) oder ein Ausschuss des Gemeinderates: Dies ist die Lösung in den meisten Deutschschweizer Kantonen und im Kanton Jura;
- eine richterliche Behörde: justice de paix (VD, FR), chambres des tutelles (GE), Dreiergremium des Bezirksgerichts (NE);
- „Spezialbehörden“ mit unterschiedlicher Zusammensetzung (AI innerer Landesteil, BS, GR, SO, VS).

Mit Ausnahme der Kantone BS und GE, die eine Vormundschaftsbehörde für das ganze Kantonsgebiet haben und der Kantone FR, VD, NE und GR (teilweise auch AI und JU), die regionale Vormundschaftsbehörden kennen, haben alle übrigen Kantone kommunale Vormundschaftsbehörden. Nur die Kantone NE, GE und BS sowie die Städte Freiburg, Lausanne und Zürich haben professionelle Behörden. Alle übrigen Vormundschaftsbehörden sind Laienbehörden, meist nach einem Parteienproporz zusammengesetzt.

1.4.1.3. Aufsichtsbehörden

(Vgl. dazu insbesondere GEISER, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, in ZVW 48 [1993] 204 ff.)

Art. 361 Abs. 1 ZGB spricht von der Aufsichtsbehörde in der Einzahl. Aus Abs. 2 ergibt sich, dass sie maximal zweistufig ausgestaltet werden kann. Keine Vorschriften macht das Bundesrecht über die Anzahl von Aufsichtsbehörden. Wo sie zweistufig ausgestaltet ist, ist die untere Aufsichtsbehörde in der Regel nach Amtsbezirken organisiert und die zweite Aufsichtsbehörde für den ganzen Kanton zuständig.

Das ZGB schreibt den Kantonen nicht vor, ob die Aufsichtsbehörde(n) als Verwaltungs- oder richterliche Behörde(n) ausgestaltet werden müssen. Vor dem „epochemachenden“ BGE 118 Ia 473 war auch im Bereich der Aufsichtsbehörden eine grosse Vielfalt festzustellen, sowohl was die ein- bzw. zweistufige als auch die administrative bzw. richterliche Ausgestaltung betrifft.

Von den Deutschschweizer Kantonen hatte lediglich der Kanton Aargau seit langem eine Kammer des Obergerichts als zweite Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz eingesetzt. In den übrigen

Kantone waren es in der Regel Verwaltungsbehörden. Gerichte (Verwaltungs- und Obergerichte) kamen lediglich als Rechtsmittelinstanzen zum Zug.

In der Westschweiz sind die Aufsichtsbehörden in der Regel Gerichte, unabhängig davon, ob sie einstufig oder zweistufig ausgestaltet sind. Die Kantone Jura (erste Aufsichtsbehörde: Erziehungs- und Sozialdepartement; zweite Aufsichtsbehörde: Verwaltungsgericht) und Wallis (erste Aufsichtsbehörde: administratives Dreiergremium; zweite Aufsichtsbehörde: Kantonsgericht als Rechtsmittelinstanz) bilden Ausnahmen. Der Kanton Wallis kennt für die eigentliche Aufsichtstätigkeit neben der richterlichen Rechtsmittelinstanz noch das Institut der Vormundschaftsinspektoren, das auch in der ersten Aufsichtsbehörde des Kantons Schaffhausen vorkommt.

Für die Westschweizer Kantone und den Kanton Aargau entstand darum kein Handlungsbedarf aufgrund des BGE 118 Ia 473 vom 17. Dezember 1992. Dieser Entscheid, der das Besuchsrecht eines nicht mit der Mutter des Kinds verheirateten Vaters betraf und im Kanton TG letztinstanzlich vom Regierungsrat als zweiter Aufsichtsbehörde beurteilt wurde, hält in Auslegung von Art. 6 EMRK fest, dass zivilrechtliche Streitigkeiten durch ein kantonales Gericht beurteilt werden müssen. Nach EMRK genügt allerdings eine richterliche Überprüfung, wenn dabei sowohl der Sachverhalt als auch die Rechtsfragen frei geprüft werden können (Urteil des EuGH vom 8. Juli 1987 i.S. W, Ziff. 82).

Die beiden zulässigen Rechtsmittel, die staatsrechtliche Beschwerde und die Berufung, genügen jedoch den Anforderungen an eine letztinstanzliche gerichtliche Prüfung nicht (BGE 118 Ia 483), weil bei beiden Verfahren der Sachverhalt vom Bundesgericht nicht frei geprüft werden kann. Daraus folgt zwingend, dass die letzte kantonale Instanz ein Gericht im Sinne der EMRK mit den folgenden Merkmalen sein muss:

- Unabhängigkeit;
- Unparteilichkeit;
- auf einem Gesetz beruhend.

Während dem Regierungsrat die Unparteilichkeit und die gesetzliche Grundlage attestiert wurden, wurde ihm die Unabhängigkeit abgesprochen, weil er der Kontrolle des Parlaments unterstellt ist und ausserdem die rechtserheblichen Tatsachen nicht selber erhebt, sondern aufgrund einer Instruktion des Falles durch einen Beamten ohne eigene Prüfung entscheidet (BGE 118 Ia 478).

Im Anschluss an diesen BGE haben die Kantone gestützt auf Art. 52 Abs. 2 SchlT ZGB die notwendigen Anpassungen vorgenommen und dem Bundesamt für Justiz zur Genehmigung vorgelegt.

1.4.2. Beurteilung des Status quo

Fragen der Organisation von vormundschaftlichen Diensten werden im juristischen Schrifttum wenig diskutiert. HÄFELI (Ausbildung von Amts- und Privatvormunden - Organisation der Amtsvormundschaft, in ZVW 50 [1995] 17) plädiert nicht für eine einheitliche Lösung, weist aber auf die Schwächen bestimmter weit verbreiteter Organisationsformen hin:

- die kommunalen „Mini-Stellen“ als Ein-Personen-Dienste, oft lediglich ein Teilpensum mit grosser Nähe und entsprechender Abhängigkeit von der auftraggebenden Vormundschaftsbehörde;
- regionale Ein-Personen-Dienste, oft mit administrativer Unterstützung. Problem: Isolation und Überforderung mit der erhöhten Gefahr des Burnout;
- Teams mit Amtsvormund/innen, welche nominell alle Mandate führen, und Sozialarbeiter/innen als „Hilfskräfte“, welche einen grossen Teil der Betreuungsarbeit selbständig leisten, ohne formell über die notwendigen Entscheidungskompetenzen zu verfügen; diese Lösung ist für Klient/innen und Sozialarbeiter/innen unbefriedigend.

Alle Autorinnen und Autoren, die sich in den letzten 25 Jahren zu Organisation und Zusammensetzung der Vormundschaftsbehörden geäussert haben, beurteilen die verbreitetste Lösung einer kommunalen Milizbehörde äusserst kritisch und postulieren durchwegs eine Regionalisierung und gleichzeitig gezielte Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten für die Behördemitglieder. Einzelne, (BALDEGGER [1970] und MÜLLER [1980]), fordern interdisziplinär zusammengesetzte Behörden; in bezug auf die Frage, ob die Vormundschaftsbehörden Verwaltungsbehörden oder richterliche Behörden sein sollen, herrscht keine Einigkeit. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die richterliche Ausgestaltung der Behörde allein noch keine Professionalität gewährleistet.

Den Aufsichtsbehörden wird in der Literatur ebenfalls wenig Aufmerksamkeit geschenkt. GEISER (1993), der sich nach dem BGE vom 17. Dezember 1992 in einem Referat an der VBK-Tagung 1993 eingehend mit der Organisation und den Aufgaben der Aufsichtsbehörde(n) befasst hat, formuliert zwei Anforderungen:

- Sie muss eine allgemeine Überwachung der Vormundschaftsbehörden sicherstellen können und „somit dafür sorgen, regelmässig von der Tätigkeit der ihr unterstellten Behörden zu erfahren, damit sie bei Missständen gegebenenfalls einschreiten kann. Das Eingreifen kann auf einen einzelnen Fall bezogen sein oder in genereller Weise erfolgen“ (ZVW 48 [1993] 222).
- Das Verfahren vor der Aufsichtsbehörde muss gleichzeitig rechtsstaatlichen Grundsätzen genügen, und zwar wenn sie auf Beschwerde hin tätig wird und wenn sie von Amtes wegen im Einzelfall eingreift. Er plädiert in der Folge für eine untere, für das ganze Kantonsgebiet zuständige Aufsichtsbehörde, die als Administrativbehörde die umfassende Aufsicht ausüben könnte und eine obere, die als Gericht in einem den Anforderungen der EMRK genügenden Verfahren nur auf Beschwerde hin tätig würde.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Behördenorganisation mit Blick auf das neue Recht gründlich überdacht und neu gestaltet werden muss.

1.4.3. Leitideen für eine künftige Organisation von Diensten und Betreuungsbehörden

Für die Organisation der Dienste sind die folgenden Leitideen massgebend:

- Regionalisierung;
- Polyvalenz;

- Professionalität;
- Interdisziplinarität;
- Einheit von formeller Mandatsführung und effektiver Wahrnehmung der Betreuungsaufgabe.

Für die Behördenorganisation gilt:

- Regionalisierung der Betreuungsbehörde;
- interdisziplinäre Zusammensetzung;
- Professionalität;
- Straffung der Aufsichtsbehörden;
- EMRK-konformer Rechtsschutz.

1.4.4. Künftiges Organisationsmodell

1.4.4.1. Dienste

Die in den letzten 20 Jahren erfolgte Professionalisierung der vormundschaftlichen Mandatsführung ist fortzusetzen, ohne das Betreuungskonzept von privaten Betreuerinnen und Betreuern aufzugeben. Amtsvormund und Privatvormund sind zwei sich ergänzende Betreuungskonzepte, die auch in Zukunft nebeneinander ihre Berechtigung haben. Rekrutierung, allgemeine Einführung, Instruktion im Einzelfall und Begleitung während der Mandatsausübung müssen jedoch verbessert werden.

Viele anspruchsvolle und komplexe Betreuungsaufgaben überfordern zudem private Freiwillige und können nur von entsprechend ausgebildeten professionellen Kräften wahrgenommen werden (vgl. HÄFELI, in ZVW 50 [1995] 15 sowie Ziff. III, 2. in diesem Bericht).

Abgesehen von grösseren Gemeinden und Städten drängt sich eine Regionalisierung von Sozialdiensten auf. Nur so ist es möglich, Dienste mit mehreren Mitarbeiter/innen und einer entsprechenden fachlichen Infrastruktur einzurichten. Solche Dienste können von der Anzahl der Fälle her Erfahrungen systematisieren und eine bestimmte Praxispolitik verfolgen. Dieses Konzept erlaubt auch eine gewisse milde Spezialisierung innerhalb eines Teams von mehreren Fachleuten und die Erzielung von Synergieeffekten. In diesem Modell ist auch die gegenseitige Abhängigkeit von Behörden und Sozialdiensten geringer als in einem kleinen kommunalen Dienst. Für die Ratsuchenden besteht bei einem regionalen Sozialdienst eine geringere Zugangsschwelle.

Polyvalenz bedeutet, dass Beratung und Betreuung nach Sozialhilferecht und künftigem Betreuungsrecht im gleichen Sozialdienst von den gleichen Fachkräften wahrgenommen werden. Die künstliche Trennung von freiwilliger und gesetzlicher Sozialarbeit ist weder aus der Sicht der Hilfebedürftigen noch aus der Sicht der professionellen Fachkraft sinnvoll.

Professionalität in der Betreuungsarbeit wird erreicht durch die Regionalisierung der Dienste sowie durch eine Personalpolitik, die Fachleute mit einschlägiger Grundausbildung und qualifizierter Fort- und Weiterbildung mit professionellen Betreuungsaufgaben beauftragt.

Nur grössere Sozialdienste können Fachleute mit verschiedenen Ausbildungen anstellen und damit interdisziplinäre Teams bilden. Wo dies nicht möglich ist, muss Interdisziplinarität durch den Beizug von externen Fachleuten der entsprechenden Disziplinen hergestellt werden.

Die Beratung und Betreuung im Rahmen von gesetzlichen Massnahmen soll von Fachkräften wahrgenommen werden, die auch formell Mandatsträger/innen sind.

Die Organisation von professionellen Diensten zur Wahrnehmung von Aufgaben eines künftigen Betreuungsrechts wird weiterhin Sache der Kantone sein. Dennoch sollen die Kantone mindestens verpflichtet werden, entsprechende Dienste einzurichten, etwa im Sinne von Art. 171 ZGB, wonach die Kantone dafür zu sorgen haben, dass sich die Ehegatten bei Eheschwierigkeiten gemeinsam oder einzeln an Ehe- oder Familienberatungsstellen wenden können.

1.4.4.2. Betreuungsbehörde

Die oben erwähnten Leitideen für die künftige Organisation und Zusammensetzung von Betreuungsbehörden resultieren aus einer Stärken-Schwächen-Analyse der gegenwärtigen Organisationsformen. Die aufgrund der Ausstrahlung der EMRK in den letzten Jahren gestiegenen Anforderungen an ein rechtsstaatlich einwandfreies Verfahren mit einem entsprechenden Rechtsschutz für die Betroffenen, aber auch die komplexen psychosozialen Probleme, mit denen Betreuungsbehörden konfrontiert werden, verlangen mehr Professionalität auch auf Behördenebene. Diese kann nur mit einer interdisziplinär zusammengesetzten richterlichen Behörde, einem Fachgericht, erreicht werden. Abgesehen von grossen Städten muss diese Behörde zwingend regional eingerichtet werden.

Die Gerichtsorganisation ist zwar auch weiterhin Sache der Kantone. Im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung ist der Bund jedoch befugt, Minimalvorschriften für die Ausgestaltung der Behörden und des Verfahrens zu erlassen.

Eine so konzipierte Betreuungsbehörde kann einem bestehenden erstinstanzlichen Gericht angegliedert werden, wobei ein professioneller Richter den Vorsitz führen könnte und von zwei bis vier nebenamtlichen Fachrichtern unterstützt würde. Eine Variante wäre ein ständiges Spezialgericht, das evt. weitere Aufgaben ähnlicher Art hätte und als Familiengericht im Sinne von Art. 152 VE zum Scheidungsrecht tätig würde. In beiden Fällen kommen als Fachrichter/innen in erster Linie Psychiater/innen, andere Mediziner/innen und Sozialarbeiter/innen und Psychologinnen und Psychologen in Frage. Vor allem die erste Variante würde in vielen Kantonen keine grossen Änderungen erfordern, kennt man doch bereits andere Fachgerichte wie Arbeits- und Mietgerichte etc. Eine einheitliche richterliche Organisation in der ganzen Schweiz würde auch den heutigen Dualismus von Administrativbehörden in der Deutschschweiz und richterlicher Organisation in der Westschweiz beenden.

Nicht alle Anordnungen der Betreuungsbehörde müssten vom Gesamtgericht vorgenommen werden; dringende Angelegenheiten und Eingriffe von geringer Tragweite könnten in die Zuständigkeit eines Einzelrichters gelegt werden.

Die Betreuungsbehörde hat nicht nur anordnende Funktionen, sie überwacht auch die Tätigkeit der Mandatsträger/innen und muss gewisse Geschäfte genehmigen. Es handelt sich hier um Tätigkeiten, die traditionellerweise nicht von Gerichten ausgeübt werden, und es stellt sich darum die Frage, ob für diese Aufgabenbereiche neben der richterlichen Betreuungsbehörde weiterhin Administrativbehörden eingesetzt werden sollen. Die Expertengruppe plädiert im Interesse einer einfachen, übersichtlichen und effizienten Behördenorganisation für eine Einheitsbehörde, die alle Aufgaben erfüllt. Den entsprechenden Gerichten könnten Inspektorate angegliedert werden, die mit Fachleuten ohne richterliche Funktion im engeren Sinne besetzt wären, welche Aufsichts- und Instruktionsaufgaben erfüllen würden. Eine Administrativbehörde mit „Restfunktionen“ neben der richterlichen Betreuungsbehörde würde nicht nur zu Abgrenzungs- und Kompetenzproblemen führen, sondern könnte auch dazu führen, dass Entscheidungen der Administrativbehörde quasi „automatisch“ an das Gericht weitergezogen würden.

Dieses Modell schliesst nicht aus, dass z.B. die fürsorgerrische Freiheitsentziehung bei Gefahr im Verzug weiterhin durch Ärzte veranlasst werden kann.

1.4.4.3. Aufsichtsbehörde(n)

Es stellen sich im wesentlichen zwei Fragen: die der Organisation und Zusammensetzung sowie die der Ein- bzw. Mehrstufigkeit.

Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde sind Verwaltungstätigkeit und Rechtsprechung. Als Verwaltungsbehörde beaufsichtigt sie die erstinstanzlichen Betreuungsbehörden und hat sie möglicherweise Geschäfte zu genehmigen; als richterliche Behörde ist sie Rechtsmittelinstanz und beurteilt auf Begehren von Betroffenen Anordnungen der Betreuungsbehörde. Wenn die Betreuungsbehörde als interdisziplinäre und regionale richterliche Behörde ausgestaltet wird, kann die Aufsichtsbehörde sinnvollerweise nur ein Gericht sein.

Wenn als erste Instanz eine Einheitsbehörde eingesetzt wird, macht es auch wenig Sinn, die Aufsichtsbehörde in eine Verwaltungsbehörde und eine Rechtsmittelinstanz aufzuspalten. Was für die Betreuungsbehörde gilt, soll auch hier gelten. Ein und dieselbe Instanz übernimmt die Aufsichtsfunktionen und die Funktion als Rechtsmittelinstanz. Für die konkrete Organisation kann man sich am oben beschriebenen Modell der Betreuungsbehörde orientieren und ebenfalls Inspektorate einrichten. Wenn die Betreuungsbehörde als interdisziplinäres Gericht ausgestaltet wird, dürften die reinen Aufsichtsfunktionen eher an Bedeutung verlieren.

In der Zusammensetzung könnte man sich ebenfalls ein interdisziplinäres Gremium vorstellen. Die Expertengruppe ist jedoch der Auffassung, dass dieses Erfordernis nicht zwingend ist. Wenn die Betreuungsbehörde im oben beschriebenen Sinn professionalisiert wird, genügt eine richterliche Aufsichtsbehörde, die als Rechtsmittelinstanz zudem mit einer beschränkten Kognitionsbefugnis ausgerüstet ist und lediglich Rechtsfragen überprüft.

Wenn die Betreuungsbehörde regional eingerichtet wird, genügt eine Aufsichtsbehörde auf kantonaler Ebene. Die genehmigungspflichtigen Geschäfte (Art. 421, 422 ZGB *de lege lata*) könnten alle der Genehmigung durch die Betreuungsbehörde unterstellt werden, so dass die Aufsichtsbehörde zusätzlich entlastet würde.

Als Aufsichtsbehörde ist am ehesten eine Zivilkammer des Obergerichts vorzusehen und weniger ein Verwaltungsgericht. Das Verfahren könnte dann auch einheitlich zivilprozessual ausgestaltet werden (vgl. 1.5. nachstehend).

Die in der Literatur geforderte Oberaufsicht des Bundes, wie wir sie im Zivilstands- und Grundbuchwesen kennen, scheint uns im Betreuungsrecht nicht notwendig, wenn die vorgeschlagene richterliche Organisation eingerichtet wird. Als Berufungsinstanz wird das Bundesgericht selbstverständlich weiterhin angerufen werden können.

Das hier zur Diskussion gestellte Konzept einer erstinstanzlichen regionalen interdisziplinären richterlichen Betreuungsbehörde und einer richterlichen Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz mit beschränkter Kognitionsbefugnis entspricht den eingangs formulierten Leitideen und ist einfach und übersichtlich. Dabei hätten die meisten Deutschschweizer Kantone eine grössere Anpassungsleistung zu erbringen als die Westschweizer Kantone.

1.5. Das Verfahren

Auf die Bedeutung des Verfahrens im Vormundschaftsrecht wurde bereits im ersten Teil hingewiesen (vgl. I, 4.4.).

In diesem Unterabschnitt geht es darum, den allgemeinen Rahmen der Anforderungen in Erinnerung zu rufen, die sich insbesondere aus den Art. 5, 6, 8 und 13 EMRK ergeben. Diesen Bestimmungen trägt das Bundesgericht gleichzeitig mit den Anforderungen, die direkt aus der Auslegung von Art. 4 BV fliessen, weitgehend Rechnung. Die spezifischen Regeln werden bei der Behandlung der einzelnen Institute, die nach Verfahrensgarantien verlangen, gründlicher dargelegt. Dies gilt für die Anordnung, die Änderung und die Aufhebung ambulanter Massnahmen (Ziff. III, 1.) sowie für die Massnahmen im Zusammenhang mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Ziff. IV, 1.), für die Ernennung der Betreuer (Ziff. III, 2.) und für den Vollzug von Massnahmen (Ziff. III, 4. und IV, 2.).

1.5.1. Art. 5 EMRK

Die Bestimmung behandelt das Recht jeder Person auf Freiheit und Sicherheit. Sie interessiert uns aus dem Gesichtspunkt der Garantien, in die die Massnahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung eingebunden sein müssen. Im einzelnen handelt es sich um die Pflicht, die Gründe der Freiheitsentziehung binnen kürzester Frist bekanntzugeben, und um das Recht, bei einem Gericht eine Beschwerde anhängig zu machen, damit es sich binnen kurzer Frist über die Rechtmässigkeit der Festhaltung äussert und die Freilassung anordnet, wenn die Festhaltung unrechtmässig ist. Diese Anforderungen sind bereits heute durch die Verfahrensbestimmungen der Art. 397e und f ZGB erfüllt, deren Inhalt anlässlich der Revision kaum abgeändert werden sollte. Es ist hervorzuheben, dass Art. 397d Abs. 2 ZGB die richterliche Überprüfung auch bei Abweisung des Entlassungsbegehrens gewährleistet, weil die Frage, ob die Aufrechterhaltung der Massnahme noch angemessen ist, periodisch untersucht wird.

1.5.2. Art. 6 EMRK

Die Bestimmung verankert das Recht auf ein angemessenes Verfahren. Sie muss im Mittelpunkt der Bestrebungen des Gesetzgebers stehen, der das Vertretungsrecht und das Recht zum Schutz der Erwachsenen revidiert. Die vormundschaftlichen Verfahren, insbesondere die Entscheide, die eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit bewirken, gehören nämlich zweifelsohne zu den

Streitigkeiten „über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen“ im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK (vgl. insbesondere O. GUILLOD, *Les garanties de procédure en droit tuteurale*, ZVW 46 [1991] 41; H. KOLLER, *Das Vormundschaftsrecht im Wandel - Menschenrechte und Grundfreiheiten als Ausgangspunkt einer Revision des Vormundschaftsrechts*, ZVW 47 [1992] 95; TH. GEISER, *Die Aufsicht im Vormundschaftswesen*, ZVW 48 [1993] 207). Vor etwa zwanzig Jahren hat die Europäische Menschenrechtskommission im Zusammenhang mit einem schweizerischen vormundschaftlichen Verfahren diese Qualifikation ausdrücklich bejaht (Angelegenheit X, Y und Z c. Schweiz, *Décisions et Rapports* [D. R.] 16, 107 ff.).

Die Frage der Auswirkungen von Art. 6 EMRK auf Auswahl, Organisation und Zuständigkeit der Behörden, welche die Vertretung und den Schutz Erwachsener zu gewährleisten haben, wurde im vorigen Unterabschnitt (vgl. vorne, 1.4.) behandelt. Hier ist nur daran zu erinnern, dass sich das Recht auf ein angemessenes Verfahren bereits aus landesinternem Recht ableitet, insbesondere aus Art. 58 BV (Garantie des verfassungsmässigen Richters). „Le Tribunal fédéral a déduit deux droits de cette disposition: le droit au juge compétent, selon une norme générale et abstraite (ce qui prohibe les juges ad hoc ad personam); le droit à la composition correcte du tribunal, qui englobe le droit à un juge indépendant et impartial“ (O. GUILLOD a.a.O. 48).

Lehre und Rechtsprechung haben die verfahrensrechtlichen Garantien, die sich aus dem Recht auf Anhörung ergeben, bereits eingehend erörtert. Die Mehrheit der kantonalen Verfahrensgesetzgebungen bestimmt den Umfang dieser Garantien. Somit könnte sich das Bundesrecht darauf beschränken, die Grundsätze der persönlichen Anhörung, der eingehenden Begründung der Entscheide, der Rechtsmittelbelehrung und der Bezeichnung eines amtlichen Anwaltes in den Fällen, in denen Massnahmen gegen den Willen des Betroffenen angeordnet werden, festzulegen. Das Recht auf Akteneinsicht, von dem vertieft unter Punkt 1.5.3. die Rede sein wird und das in Art. 8 EMRK verankert ist, sollte nuanciert geregelt werden, damit die Erreichung seines Ziels nicht durch Missbräuche gefährdet werden kann.

Besondere Aufmerksamkeit ist auch dem Problem der Gutachten zu schenken. Sowohl die direkt Betroffenen wie auch die Organisationen beklagen nämlich, dass durch die systematische Anordnung von Untersuchungen unverhältnismässig hohe Kosten verursacht würden. In zahlreichen Fällen, insbesondere wenn der Gesundheitszustand offensichtlich ist, würde ein ärztliches Zeugnis vollends ausreichen, um diesen zu belegen. Auf ein Gutachten könnte von vorneherein verzichtet werden bei Massnahmen, die sicher ohne Auswirkung auf die Handlungsfähigkeit bleiben, so beispielsweise bei der blossen Ernennung eines persönlichen Betreuers (siehe dazu insbesondere unter III, 1.3.).

Bezüglich der Öffentlichkeit des Verfahrens hat die Schweiz einen Vorbehalt angebracht, wonach die Kantone in ihrer Gesetzgebung vorsehen können, dass in vormundschaftlichen Verfahren sowohl die Beratungen als auch die Ausfällung der Urteile nicht öffentlich sind (vgl. TH. GEISER, a.a.O. 208). Art. 6 Ziff. 1 EMRK kennt übrigens selbst Ausnahmen vom Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens. Nach der Praxis des Bundesgerichts (vgl. BGE 114 Ia 189 E. 3d) kann eine fürsorgliche Freiheitsentziehung gestützt auf die in Art. 6 Ziff. 1 EMRK ausdrücklich erwähnten Ausnahmen angeordnet werden.

1.5.3. Art. 8 EMRK

Die Bestimmung garantiert die Beachtung des Privat- und des Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs.

Lehre und Rechtsprechung, welche die Tragweite und den Einfluss von Art. 8 EMRK auf das Vormundschaftsverfahren umschreiben, sind sehr spärlich. Am eingehendsten wurde der Teilaspekt des Rechts auf Akteneinsicht während, nach oder ausserhalb des Verfahrens behandelt. Das Bundesgericht erkannte in einem Entscheid von 1986 betreffend einen jungen Erwachsenen, der nach seiner frühen Kindheit und der Identität seines biologischen Vaters nachforschte, Art. 8 EMRK erfordere nicht die Erstellung einer Hierarchie der entgegenstehenden Interessen, weil die fragliche Bestimmung nichts über die Gewichtung dieser Gesichtspunkte aussage. Auf der anderen Seite wurde vom Gesuchsteller gefordert, dass er ein konkretes Interesse an der Einsicht in die Akten nachweise (vgl. BGE 112 Ia 97, 106 ff.). In einem ähnlichen Fall (arrêt GASKIN, Série A, vol 160) hat der Gerichtshof in Strassburg hingegen entschieden, dass die Konvention ein rechtlich geschütztes Interesse vermittelt, Informationen zur Kenntnis und zum Verständnis der eigenen Kindheit zu erhalten. Dies zeigt, dass bei der Güterabwägung dem Interesse des Gesuchstellers, seine Vergangenheit zu kennen, besondere Bedeutung zukommt.

Es ist natürlich nicht leicht, aus dieser Rechtsprechung allgemeine Grundsätze für das Betreuungsrecht abzuleiten. Dies gilt insbesondere in bezug auf den Zugang zu den Akten, die mit Blick auf eine Massnahme gesammelt wurden, welche die Handlungsfähigkeit oder die persönliche Freiheit beschränkt, sowie in bezug auf die Transparenz dieser Akten. So hat denn auch das Bundesgericht in einem Entscheid vom 17. Dezember 1992 (BGE 118 Ia 473, im vorigen Unterabschnitt 1.4.1.3. kommentiert) die Frage offen gelassen, was im Vormundschaftsrecht als Einmischung in das Privat- und Familienleben gemäss Art. 8 EMRK zu gelten habe.

Auf jeden Fall scheint nicht umstritten zu sein, dass nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK eine Zwangsbehandlung, selbst jene, die zusammen mit einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung erfolgt, einer hinreichenden formellen Gesetzesgrundlage bedarf, damit die mit der Überprüfung betraute Behörde mit der erforderlichen Gewissheit über die Rechtmässigkeit befinden kann. Hingegen stünde die Bestimmung einer ärztlich angeordneten Zwangsbehandlung nicht entgegen.

So oder so wird eine eingehendere Überprüfung der Auswirkungen von Art. 8 EMRK im Rahmen der bevorstehenden Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfs unumgänglich sein. Offen ist die Frage, ob der Anspruch auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs durch ausdrückliche Verfahrensvorschriften konkretisiert werden muss. Würden solche Regeln zu absolut formuliert, könnten sie den erstrebten Schutzzweck verhindern.

1.5.4. Art. 13 EMRK

Die Bestimmung garantiert jeder Person das Recht, bei Verletzung der durch die Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz einzulegen, selbst wenn die Verletzung durch Personen erfolgte, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

Art. 13 EMRK geht weniger weit als Art. 6 EMRK. Dies insbesondere, weil jener nicht ein Gericht als Beschwerdeinstanz verlangt. Die beiden Bestimmungen stehen dennoch in einem komplementären Verhältnis. So müsste eine unfreiwillige Behandlung, deren Gesetzmässigkeit nicht aufgrund von Art. 6 EMRK bestritten wird, zwingend aufgrund von Art. 13 EMRK überprüft werden können. Selbst wenn die Beschwerdeinstanz nicht eine richterliche Behörde sein muss, hat sie unabhängig von der Behörde zu sein, welche die Behandlung angeordnet hat. Zudem muss sie die Kompetenz haben, rechtsverbindliche Entscheidungen zu treffen.

1.6. Die Verantwortlichkeit

Vorweggenommen sei hier, dass es nachstehend nur, aber eben um die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Sinne von Einstehenmüssen für Schaden oder moralische Unbill geht. Hier ist nicht die Rede von strafrechtlicher oder disziplinarischer Verantwortlichkeit. Die Expertengruppe hat sich für die Behandlung der Verantwortlichkeitsfragen mit Prof. PIERRE TERCIER in Verbindung gesetzt.

1.6.1. Verantwortlichkeit für die Betreuung Erwachsener

Das bisherige Recht unterscheidet zwischen der Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe im engeren Sinne (Art. 426 bis 429 und Art. 430 ZGB) einerseits und der Verantwortlichkeit für die fürsorglerische Freiheitsentziehung (Art. 429a ZGB) andererseits. Es sei einstweilen noch offengelassen, ob sich auch in Zukunft eine solche Unterscheidung aufdrängt. Vorerst sei aber die gesamte Problematik untersucht ohne Rücksichtnahme auf die Unterbringung, mithin bloss für die Betreuung Erwachsener und die Vermögensbeistandschaft. Dabei würde durch Verweisung diese Regelung auch auf die Vormundschaft bzw. Betreuung Minderjähriger Anwendung finden (hierzu siehe hinten V.2.5.).

1.6.1.1. Der Haftungstatbestand

Ein erstes Tatbestandselement für zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist der Schaden, die unfreiwillige Vermögensverminderung. Hier besteht eine sehr reiche Lehre und Rechtsprechung. Für das Betreuungsrecht stellen sich wohl kaum besondere Probleme. Immerhin ist hier doch wohl davon auszugehen, dass nur wirklicher Schaden ersetzt werden muss und nicht irgendein normativer Schaden. Zu beantworten ist, ob auch moralische Unbill als Haftungstatbestand aufgeführt werden soll. Bei Fehlen einer solchen Bestimmung käme allerdings für Verhalten von Betreuungsorganen eine Haftung gemäss Art. 49 OR in Frage. Da indessen Betreuungsmassnahmen schwere Eingriffe in die Persönlichkeit darstellen können, könnte man durchaus im Verantwortlichkeitsrecht einen Anspruch auf Genugtuung vorsehen, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt (siehe hierzu schon den bisherigen Art. 429a ZGB).

Damit die Verantwortlichkeit gemäss Betreuungsrecht zum Zuge kommt, muss der Schaden (bzw. muss die moralische Unbill - davon wird in Zukunft nicht immer eigens gesprochen) durch irgendwelches Verhalten im Zusammenhang mit der Anordnung oder Durchführung von Betreuungsmassnahmen entstanden sein. Es braucht einen entsprechenden adäquaten Kausalzusammenhang. Im bisherigen Recht ist dieses Verhalten umschrieben mit „bei der Ausübung ihres Amtes“. Der Sache nach sollte das auch im zukünftigen Recht nicht anders sein. Immerhin fragt es sich, ob nicht hier Art. 5 Abs. 1 des revidierten SchKG eine besonders taugliche Lösung bringt. Hier ist die Rede von Haftung für den Schaden, der verursacht wird „bei der Erfüllung der Aufgaben, die ihnen dieses Gesetz zuweist“.

Ein Schadenersatzanspruch ist grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn die Schadenszufügung widerrechtlich ist. Worin bestünde nun die Widerrechtlichkeit im Fall des Betreuungsrechtes? Im bisherigen Recht ist in Art. 426 ZGB die Widerrechtlichkeit dadurch definiert, dass man von der „Rechtlichkeit“ spricht, die darin besteht, dass die Regeln einer sorgfältigen Verwaltung zu beobachten sind. Widerrechtlichkeit liegt mithin dann vor, wenn diese Regeln nicht beobachtet worden sind. Man könnte nun im neuen Recht ganz einfach von „widerrechtlich“ als Haftungs-

voraussetzung sprechen. Immerhin wäre vielleicht der der Sache nach wohl identische Ausdruck „pflichtwidriges Verhalten“ anschaulicher.

Nach geltendem Recht besteht (wenigstens dem Wortlaut nach) eine Haftung der vormundschaftlichen Organe nur für Schaden, „den sie absichtlich oder fahrlässig verschulden“. Gleich liegen die Dinge für die Zivilstandsbeamten nach Art. 42 ZGB und die Handelsregisterführer nach Art. 928 OR. Anders dagegen ist die Haftung für das Grundbuch (Art. 955 ZGB), die Haftung nach Art. 5 SchKG und die Haftung des Gemeinwesens gemäss Art. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes des Bundes umschrieben. Danach ist Verschulden nicht Voraussetzung für eine Haftung. Bereits die Lehre zum bisherigen Recht hat die Voraussetzung des Verschuldens sehr stark relativiert (siehe hierzu insbesondere CAVIEZEL, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Diss. Freiburg 1987). Aufgrund einer Objektivierung der Fahrlässigkeit würde nur noch das Verhalten eines urteilsunfähigen Organs als nicht Schadenersatz begründend gelten. In der Sache selbst ist nicht einzusehen, wieso sich ein Einzelner schadenstiftendes Verhalten des Gemeinwesens ohne Schadenersatz gefallen lassen muss, wenn die zum Handeln berufenen Organe pflichtwidrig gehandelt haben. Im neuen Recht ist auf das Verschulden als Voraussetzung der Verantwortlichkeit zu verzichten.

1.6.1.2. Die Anspruchsberechtigten

Das geltende Recht spricht sich nicht ausdrücklich darüber aus, wer gegebenenfalls einen Schadenersatzanspruch aufgrund der Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe hat. Es besteht aber kein Zweifel daran, dass hier zunächst einmal als Anspruchsberechtigter der von Schwächezuständen betroffene Erwachsene in Frage kommt. Problemlos ist diesbezüglich der Fall, da durch die Anordnung einer Betreuungsmassnahme oder namentlich durch die Durchführung der Betreuung widerrechtlich Schaden entstanden ist. Heikler ist die Frage, ob auch ein Schadenersatzanspruch dann besteht, wenn pflichtwidrig eine Betreuungsmassnahme nicht angeordnet worden ist. Es fragt sich aber, ob dieses Problem in aller Form im Gesetz gelöst werden muss oder ob man nicht besser wie bei anderen Tätigkeiten des Gemeinwesens die Lösung dieser Frage der Rechtsprechung überlassen sollte. Immerhin müsste die Haftungsvoraussetzung nicht so eindeutig umschrieben sein, dass zum vorneherein eine Haftung für Nichtanordnung einer Massnahme ausgeschlossen ist.

Es stellt sich die Frage, ob auch andere Personen als die hilfsbedürftigen Erwachsenen Schadenersatzansprüche hätten. Im bisherigen Recht hat das Bundesgericht in BGE 115 II 15 die Möglichkeit eines Anspruchs Angehöriger aus vormundschaftlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen nicht ausgeschlossen. Da auch im neuen Recht der Schutz der Familie als Nebenzweck von Betreuungsmassnahmen nicht ausgeschlossen ist, darf man sich schon fragen, ob nicht wegen dieses Schutzzweckes der Norm auch Angehörige Ansprüche aus Schadenersatz haben dürften. Auch hier stellt sich die Frage, ob die Lösung dieser Probleme nicht eher der Rechtsprechung überlassen werden sollte. Das würde aber bedeuten, dass die Person des Anspruchsberechtigten im Gesetz gerade nicht erwähnt wird. Das ist denn auch bei den vorhin angeführten analogen Bestimmungen im ZGB, OR und anderwärts nicht der Fall. Das SchKG spricht immerhin von „Geschädigten“. Damit wird aber unsere Frage gerade auch nicht beantwortet.

Schliesslich fragt sich, ob über den Kreis der Angehörigen oder der Familie hinaus auch Dritte Schadenersatzansprüche aufgrund von Betreuungsrecht erhalten sollten. Gemäss dem vorgelegten Konzept der Betreuung wird ja die Sicherheit Dritter als tertiärer Zweck von Betreuungsmassnahmen nicht ausgeschlossen. Ergibt sich mithin nicht aus dem Schutzzweck der Norm, dass dann infolge Fehlens von Betreuungsmassnahmen oder schlechter Durchführung von

Betreuungsmassnahmen betroffene Dritte schadenersatzberechtigt sein sollen? Während im Hinblick auf eine allfällige Anspruchsberechtigung von Angehörigen die Nichtberücksichtigung der Selbstgefährdung des Betroffenen massgebend sein könnte, ginge es hier um die Nichtberücksichtigung der Fremdgefährdung. Auch hier ist es vielleicht nicht Aufgabe des Gesetzgebers, diese Frage zu entscheiden. Negativ entscheiden würde er sie dann, wenn er als Anspruchsberechtigte nur die betroffene schwache Person oder allenfalls auch noch deren Familie oder Angehörige aufführen würde.

Alles in allem werfen diese Fragen nach Anspruchsberechtigung über den unmittelbar Betroffenen hinaus grundsätzliche Probleme des Haftpflichtrechts auf, die bei der kommenden Revision nicht ohne Beizug von Haftpflichtrechtsspezialisten gelöst werden sollten.

1.6.1.3. Die Verpflichteten

Gemäss geltendem Recht besteht bei der Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe eine primäre Haftung der Organe und nur eine sekundäre oder gar tertiäre Haftung des Gemeinwesens. Anders liegen die Dinge bei der Haftung aus Führung des Grundbuchs, bei der Haftung nach SchKG und bei der Haftung nach Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes. Hier ist überall die primäre Staatshaftung vorgesehen. Von dieser, dem heutigen Rechtsempfinden wohl einzig entsprechenden Lösung hat sich der Zivilrechtsgesetzgeber ja auch schon bei der Schaffung von Art. 429a ZGB leiten lassen. Wenn es im übrigen einen Punkt gibt, mit Bezug auf welchen sich die Lehre im Hinblick auf ein neues Vormundschaftsrecht völlig einig ist, ist dies das Postulat direkter Staatshaftung. Als Haftender kommt dort wohl nur der Kanton in Frage. Das neue Recht sieht ja eine regionale Betreuungsorganisation und gerade nicht (von grossen Gemeinden abgesehen) eine Gemeindeorganisation vor. Mithin entfällt die Gemeinde als allfällig Haftpflichtige. Andererseits sind die Regionen und Bezirke gerade nicht juristische Personen des öffentlichen Rechts mit eigenem Vermögen. Wiederum andererseits steht doch wohl eine Bundeshaftung nicht zur Diskussion. So bleibt denn nur die Haftung des Kantons.

1.6.1.4. Der Regress

Staatshaftung bedeutet nicht, dass nicht gegebenenfalls einzelne Personen schliesslich den Schaden zu tragen haben. Hierfür drängt sich eine Regressbestimmung auf. In Art. 5 Abs. 3 SchKG ist vorgesehen, dass für den Rückgriff des Kantons auf die Personen, die den Schaden verursacht haben, das kantonale Recht massgebend ist. Es ist aber doch wohl richtiger, für den Regress im Betreuungswesen eine bundesrechtliche Lösung zu bringen. Art. 429a Abs. 2 ZGB enthält (in Übereinstimmung mit mancher anderen Bestimmung) die Regelung, dass der Rückgriff möglich ist gegen Personen, „welche die Verletzung absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben“. Diese Lösung empfiehlt sich für das neue Betreuungsrecht schlechthin.

Schwieriger ist die Umschreibung des Personenkreises, der der allfälligen Regresspflicht unterliegt. Zweifellos kommt hier als Haftpflichtiger der Betreuer in Frage. Es erscheint aber als stossend, bei Grobfahrlässigkeit oder Vorsatz nicht auch Mitglieder von Betreuungsbehörden für haftbar zu erklären. So hat denn auch das bisherige Recht seit 1912 die Mitglieder der vormundschaftlichen Behörden als gegebenenfalls Haftbare erklärt. Heikler ist die Frage, wer über die Betreuer hinaus noch von den Personen, welche Betreuungsmassnahmen im Detail durchführen, als Regresspflichtiger in Frage kommt. Dabei dürfte doch wohl ein Unterschied gemacht werden zwischen jenen Personen, die in einem öffentlichen Dienst der Sache nach Betreuungsaufgaben

wahrnehmen, und jenen, welche aufgrund eines Vertrages eine bestimmte Betreuungsmassnahme durchgeführt haben. Als Regresspflichtige kommen hier wohl in erster Linie jene Personen in Frage, die generell im Rahmen einer Betreuungsorganisation tätig sind. Anders liegen die Dinge für Dritte, die aufgrund eines Vertrages zur Verwirklichung von Massnahmen innerhalb der Betreuungsmassnahmen herangezogen werden (z.B. Treuhandbüros oder Ärzte). Hier hat es doch wohl mit deren vertraglicher oder deliktischer Haftung sein Bewenden, gibt es folglich keine eigene Haftung aufgrund von Betreuungsrecht.

1.6.1.5. Die Verjährung

Wie im bisherigen Recht empfiehlt es sich, für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen zwischen einer kurzen relativen und einer längeren absoluten Verjährungsfrist zu unterscheiden. Danach würde auch in Zukunft die relative, vermutlich einjährige Verjährungsfrist beim Vorliegen einer Betreuungsmassnahme erst mit dem Ende der Massnahme und bei Kenntnis des Schadens und des Schädigers zu laufen beginnen.

Was die absolute Verjährung betrifft, wäre es nach der heutigen Regelung möglich, dass noch Jahrzehnte nach Aufhören einer vormundschaftlichen Massnahme Schadenersatzansprüche geltend gemacht werden könnten. Dies deshalb, weil die absolute Verjährung erst zehn Jahre nach Zustellung der Schlussrechnung eintritt (siehe Art. 454 I in Verbindung mit Art. 455 I ZGB). In der Lehre ist denn auch schon die Frage aufgeworfen worden, ob diese Lösung mit aller Konsequenz durchzuführen sei (siehe GOOD, Das Ende des Amtes des Vormundes, Diss. Freiburg 1992). De lege ferenda empfiehlt es sich, die absolute Verjährung zehn Jahre nach Abschluss der Betreuungsmassnahme eintreten zu lassen. Es erscheint nicht sinnvoll, hier Lösungen vorzusehen, die sich von generellen haftpflichtrechtlichen Regelungen massiv unterscheiden.

1.6.2. Verantwortlichkeit bei der Unterbringung

Für die fürsorgerische Freiheitsentziehung enthält heute Art. 429a ZGB eine eigene Verantwortlichkeitsbestimmung. Danach gilt: „Wer durch eine widerrechtliche Freiheitsentziehung verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz und, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung. - Haftbar ist der Kanton unter Vorbehalt des Rückgriffs gegen die Personen, welche die Verletzung absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben.“ Diese Regel nimmt also drei für die Verantwortlichkeit bei der Betreuung Erwachsener postulierte Änderungen vorweg: Sie sieht eine unmittelbare (direkte) Staatshaftung vor; sie erlaubt den Regress bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit; ausdrücklich vorgesehen ist ein Anspruch auf Genugtuung, wo die Schwere der Verletzung es rechtfertigt. An diesen für die Verantwortlichkeit bei der Betreuung Erwachsener postulierten Lösungen soll sicher auch im neuen Recht nichts geändert werden. So könnte namentlich auch die Genugtuung bei der Unterbringung eine besonders grosse Rolle spielen. Wohl aber stellen sich andere Probleme.

Zunächst einmal geht es um die Frage der Qualifikation des Verhaltens, das Voraussetzung einer Haftbarkeit darstellt. Das Gesetz umschreibt dies heute ganz einfach mit „widerrechtliche Freiheitsentziehung“. Heisst das, dass jede Freiheitsentziehung, die sich später einmal als ungerechtfertigt erweist, bei Vorliegen von Schaden oder moralischer Unbill Haftpflichtansprüche auslöst? Oder gibt es einen Zwischenbereich, in dem zwar später erkannt werden kann, dass die Freiheitsentziehung ungerechtfertigt war, dem für die Freiheitsentziehung verantwortlichen Organ aber in keiner Weise ein Vorwurf gemacht werden kann? Zu dieser Problematik liegt kein

publizierter Bundesgerichtsentscheid vor. Die Botschaft FFE hat hierzu seinerzeit ausgeführt: „... kann aber auch nicht jede später festgestellte Fragwürdigkeit des Entscheids genügen, welche den Richter oder gar eine zweite und dritte Instanz bei erneuter Beurteilung zur Aufhebung der Freiheitsentziehung veranlasst. Diese muss sich vielmehr als objektiv ungerechtfertigt, vom Fürsorgezweck her offensichtlich unbegründet und den Interessen des Betroffenen zuwiderlaufend erweisen.“ MATTMANN, der sich in seiner umfassenden Dissertation mit Art. 429a ZGB beschäftigt, kommt zu folgendem Ergebnis: „Die FFE ist dann haftpflichtrechtlich widerrechtlich, wenn die untere Instanz klare Rechtsverletzungen begangen hat, wie z.B. Ermessensüberschreitung, Ermessensunterschreitung und Ermessensmissbrauch, Verstoss gegen klares Recht, Verletzung allgemeiner Rechtsgrundsätze, Aktenwidrigkeit, mangelhafte Sachverhaltsabklärungen, oder das Ermessen pflichtwidrig - nicht nur unangemessen - ausgeübt hat. Wenn indessen die unteren Organe aufgrund guter, vertretbarer Gründe die FFE angeordnet hatten, und die obere Instanz die gehandhabte Ermessensausübung als unangemessen betrachtete, ist die FFE nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 429a ZGB geschehen“ (MATTMANN, Die Verantwortlichkeit bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung [Art. 429a ZGB], Diss. Freiburg 1988). Diese in der Botschaft vertretene und von MATTMANN im wesentlichen gutgeheissene Lösung ist auch auf Kritik gestossen (siehe etwa MAZENAUER, Fürsorgerischer Freiheitsentzug für Fixer: Illegale Zwangstherapie, in Plädoyer 1 (1983) Heft 3, 8 f.). Man muss doch wohl auch zugeben, dass der Wortlaut der Bestimmung eher gegen die in der Botschaft vertretene Ansicht spricht. Soll diese Frage nun im Zusammenhang mit der Revision durch den Gesetzgeber entschieden werden? Sollte fortan nur pflichtwidriges Verhalten von Organen die Verantwortlichkeit des Staates auslösen? Besteht sonst nicht Gefahr, dass die Behörden ganz einfach auf die FFE verzichten, um ja nicht eine Schadenersatz- oder Genugtuungspflicht des Gemeinwesens herbeizuführen? Aber: Ist es für den Betroffenen anders, wenn er zwar zu Unrecht, aber in guten Treuen durch die Behörde in die stationäre Einrichtung eingewiesen worden ist, als wenn Pflichtwidrigkeit der Behörden vorliegt? Ruft Art. 5 Ziff. 4 EMRK hier nicht nach einer für den Untergebrachten freundlicheren Lösung? Ist es aber angesichts dieser Probleme nicht doch besser, wenn vorerst einmal der Ausdruck „widerrechtlich“ belassen wird und die Rechtsprechung hier schliesslich zum Rechten sehen muss?

Nach bisheriger bundesgerichtlicher Rechtsprechung deckt Art. 429a ZGB nur Fälle widerrechtlicher Freiheitsentziehung als solcher, nicht aber Folgen der Behandlung in der Anstalt ab (BGE 118 II 254). Das hängt damit zusammen, dass nach diesem BGE die fürsorgerische Freiheitsentziehung nicht das Recht auf Zwangsbehandlung beinhaltet (BGE a.a.O. 262 f.). Im neuen Recht nun soll die Betreuung in der stationären Einrichtung und insbesondere die Zwangsbehandlung ausdrücklich geregelt werden. Auch für diese Tätigkeit müsste nun doch wohl eine Verantwortlichkeitsbestimmung bestehen. Das neue Recht müsste ausdrücklich vorsehen, dass auch die nicht zu rechtfertigende Behandlung in der stationären Einrichtung Schadenersatz- oder (insbesondere?) Genugtuungsansprüche auslösen könnte. Auch hier stellt sich allerdings die oben gestellte Frage, ob die Umschreibung des die Verantwortlichkeit auslösenden Verhaltens ganz einfach „widerrechtlich“ lauten könne. Die Antwort sollte wohl ähnlich lauten wie bei der Freiheitsentziehung als solcher, wenn auch Art. 5 Ziff. 4 EMRK nur die Freiheitsentziehung als solche abdeckt. Bei der Zwangsbehandlung geht es um Fälle von Art. 8 EMRK.

Was die Verjährung der Verantwortlichkeit bei Unterbringung angeht, empfiehlt es sich, den in BGE 116 II 407 enthaltenen Lösungen zu entsprechen. Danach gäbe es auch für diese Verantwortlichkeit eine kurze relative Verjährung (etwa von einem Jahr) und eine längere absolute Verjährung (von etwa zehn Jahren).

1.6.3. Verantwortlichkeit bei der Vermögensbeistandschaft

Denkbar ist auch schadenbegründendes Verhalten von Betreuungsorganen (im weiten Sinne dieses Wortes) im Zusammenhang mit der Vermögensbeistandschaft. Höchst unwahrscheinlich ist allerdings hier moralische Unbill. Im übrigen könnte oder sollte aber die Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit der Vermögensbeistandschaft gleich geregelt werden wie die Verantwortlichkeit für die Betreuung Erwachsener (siehe vorne 1.6.1.).

2. Die Betreuung Erwachsener

2.1. *Das Konzept*

2.1.1 Die Grundlagen

Kerninhalt des geltenden Vormundschaftsrechts sind die amtsgebundenen Massnahmen. Vor der Einführung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung haben diese Massnahmen wohl mehr als 99% der vormundschaftlichen Tätigkeiten umfasst. Das vormundschaftliche Geschehen spielte sich in Vormundschaft, Beiratschaft und Beistandschaft ab. Die kleine Ausnahme des Ingresses des Art. 393 („Das Erforderliche“) war die Ausnahme, die die Regel bestätigt. Uneigentliche Ausnahmen bildeten die Massnahmen gemäss Art. 386 ZGB. Dass die amtsgebundenen Massnahmen Kerninhalt eines Vormundschaftsrechts sind, beruht darauf, dass Schwachen und Hilfsbedürftigen nicht einfach nur durch eine Kategorisierung in Handlungsfähige, weniger Handlungsfähige und Handlungsunfähige geholfen werden soll, sondern durch deren Zuordnung zu einem Menschen, der für sie in dieser oder jener Weise Verantwortung übernimmt. Das wird auch in einem zukünftigen Vormundschaftsrecht bzw. in einem zukünftigen Personen- und Vermögensschutzrecht für Erwachsene bzw. in einem zukünftigen Betreuungsrecht so sein. Im Jahre 1981 ist als grosse nicht amtsgebundene Massnahme die fürsorgerische Freiheitsentziehung ins ZGB aufgenommen worden. Auch diese Massnahme soll in einem zukünftigen Recht beibehalten werden. Allerdings wird sie teils umgestaltet; hierzu siehe alle Ausführungen über die Unterbringung in einem zukünftigen Recht. Von dieser nicht amtsgebundenen Massnahme ist nachstehend unter II, 3. und unter IV die Rede. Sie soll vorerst in unseren Überlegungen ausgeklammert werden. Wie wir sehen werden, wird die Massnahme gegebenenfalls mit amtsgebundenen Massnahmen kombiniert; dies immer dann, wenn die betroffene Person schon einen Betreuer hat oder aber im Zusammenhang mit der Unterbringung einen Betreuer erhält.

Was nun die amtsgebundenen Massnahmen im neuen Recht angeht, ist vorn unter 1.1. ausgeführt worden, dass sie fortan den Namen „Betreuung Erwachsener“ tragen sollen. Da allerdings diese Betreuung vielfältige Formen annehmen kann, wird sie im Gesetz und in der Alltagssprache regelmässig durch Adjektive (besondere, persönliche Betreuung) oder Bestimmungswörter (Verwaltungsbetreuung, Mitwirkungsbetreuung, Vertretungsbetreuung) näher präzisiert.

Die Grundlagen für ein neues System der amtsgebundenen Massnahmen sind der Sache nach im Teil I, Grundlagen, enthalten. Das Gros der Ausführungen über die Rechtsentwicklung in Europa, die Mängel des geltenden Rechts, die Bedürfnisse und die Orientierungshilfen beziehen sich auf diese amtsgebundenen Massnahmen. Es sei daher zunächst einmal vollinhaltlich auf diese Ausführungen verwiesen. Hier sei neben dem erneuten Hinweis auf die stigmatisierende oder etikettierende Wirkung bisheriger Ausdrücke (namentlich „Entmündigung“ und „Vormund“) auf drei Schwächen des bisherigen Massnahmenrechts hingewiesen: zunächst einmal die fehlende Möglichkeit, jeweils nur (aber eben) die geeignete Massnahme vorzusehen; sodann der geringe

Stellenwert der persönlichen Betreuung; schliesslich gewisse Schwächen im Zusammenhang mit der gesetzlichen Formulierung der Betroffenheit von Handlungsfreiheit und Handlungsfähigkeit der hilfsbedürftigen Personen.

Das bisherige Recht erlaubte es nur teilweise, dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen. Zwar hat auch schon das bisherige Recht eine Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen für hilfsbedürftige Erwachsene vorgesehen (hierzu I, 1.1.). Die einzelnen Massnahmen wiesen aber Starrheit und Unbeweglichkeit auf. So muss jemand entmündigt werden, wo immer sein „Betreuer“ ihm eine Anordnung, einen Befehl im persönlichen Bereich erteilen können soll. So kann die Lohnverwaltung gegen den Willen des Betroffenen nur mit der Entmündigung durchgeführt werden. So kann eine Mitwirkung nur entweder in allen neun Fällen des Art. 395 Abs. 1 ZGB oder aber in keinem als einzige Massnahme angeordnet werden. So bezieht sich die Verwaltungsbeistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB jeweils auf das ganze Vermögen der betroffenen Person. Die Beispiele könnten vermehrt werden. Mit einem Satz gesagt: Dem Schwachen wird entweder eine Hilfe angeboten bzw. befohlen, die er gar nicht benötigt, oder aber jene Hilfe kommt ihm nicht zuteil, derer er bedarf.

Wie vorn unter I, 4.2.2. dargestellt worden ist, hat der Personenschutz, die persönliche Fürsorge im bisherigen Recht nur geringen Stellenwert. Lehre und Praxis haben das zwar teilweise korrigiert. Doch ist hier der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen. Er sollte einerseits dafür sorgen, dass bei allen amtsgebundenen Massnahmen auch und gerade der Personenschutz mitberücksichtigt wird. Er hat aber vor allem auch dafür zu sorgen, dass die bis anhin nur höchst allgemein formulierten Kompetenzen des „Betreuers“ mit Bezug auf die persönliche Lebensgestaltung der betroffenen Person genau umschrieben werden.

Schliesslich weist das gegenwärtige Recht mit Bezug auf die Handlungsfähigkeitsregelung Schwächen des Gesetzes auf. Zwar konnten die meisten im Zusammenhang stehenden Probleme durch Lehre und Rechtsprechung bis heute gelöst werden. Auch in einem neuen Recht mag es diesbezüglich bei noch so präziser Formulierung hier oder dort Auslegungsfragen geben. Doch hat es der Gesetzgeber in der Hand, unzählige Kontroversen durch seinen Entscheid zu eliminieren. Folgende Beispiele aus dem bisherigen Recht mögen aufzeigen, dass und inwiefern dieses Recht Handlungsfähigkeitsprobleme rechtstechnisch nicht sauber genug gelöst hat. Da ist einmal das Fehlen der beschränkt Handlungsunfähigen im Personenrecht zu erwähnen. Da ist auf die Eigentümlichkeit hinzuweisen, dass unter der Rücksicht der Handlungsfähigkeit die „Vermögensverwaltung“ der Art. 393 und 394 ZGB einen völlig anderen Sinn hat als „die Verwaltung des Vermögens“ des Art. 395 Abs. 2 ZGB. Da könnte etwa erwähnt werden, dass der Gesetzeswortlaut die Frage völlig offenlässt, ob und in welchen Fällen bei Beiratschaft Geschäfte der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde oder der Aufsichtsbehörde unterliegen. Da kann darauf hingewiesen werden, dass der lapidare Satz in Art. 417 Abs. 1 ZGB, wonach die Beistandschaft auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person keinen Einfluss ausübt, zwar richtig ist, aber doch nur (wenn überhaupt) undeutlich zum Ausdruck bringt, dass sich der Verbeiständete die Handlungen des Beistands anrechnen lassen muss. Da kann erwähnt werden, dass die gegebenenfalls automatisch eintretende Beschränkung der Vertretungsmacht bei Vorliegen einer Interessenkollision nach Art. 392 Ziff. 2 ZGB überhaupt nicht dem Gesetzestext zu entnehmen ist.

2.1.2. Die Grundentscheidungen

Zuerst sei von einer formellen Grundentscheidung die Rede. Der Gesetzgeber soll dafür sorgen, dass kein stigmatisierender Name verwendet wird. Es sei hier daher (gestützt auf die vorne in 1.1.

gemachten Überlegungen) nun in aller Form für die amtsgebundene(n) Massnahme(n) der Name „Betreuung“ vorgeschlagen. Sollte für Minderjährige der Ausdruck „Vormundschaft“ beibehalten werden (hierzu siehe V, 2.), so könnte ganz einfach von der „Betreuung“ gesprochen werden. Sonst aber dürfte hier oder dort präzisierend der Ausdruck „Betreuung Erwachsener“ verwendet werden (siehe hinten VI, 2.). Neben dem rechtstechnischen Sinn von amtsgebundener Massnahme des Personen- oder Vermögensschutzes Erwachsener hat im Rahmen der vorgeschlagenen Lösungen das Wort „Betreuung“ allerdings noch den Sinn von „Durchführung der Unterbringung“ (siehe hinten IV, 2. und im Zusammenhang damit VI, 2.). Die Experten sind sich dieser Doppelbedeutung des Wortes „Betreuung“ bewusst, glauben aber, dass sich jeweils aus dem Zusammenhang ohne weiteres ergibt, in welchem Sinn das Wort verwendet wird.

Die erste materiellrechtliche Grundentscheidung im Hinblick auf die Reform des schweizerischen Erwachsenenvormundschaftsrechts ist gemäss Vorschlag der Expertengruppe die Abkehr von den mehr oder weniger starren Kategorien Entmündigung (Vormundschaft), Beiratschaft und Beistandschaft und deren Ersetzung durch möglichst dem Einzelfall angepasste, massgeschneiderte Massnahmen. Es ist der Schritt von der Konfektion zur Massarbeit. Damit wird, und das ist entscheidend, der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit vollumfänglich berücksichtigt. Die betroffene Person muss sich die durch das Recht angeordnete Hilfe, verbunden allenfalls mit einer entsprechenden Einschränkung der Handlungsfähigkeit oder Handlungsfreiheit, nur insoweit gefallen lassen, als dies ihrer ganz besonderen Lage entspricht. Die Lösung ist nicht sensationell. Österreich und Deutschland sind uns hierin vorangegangen. Gemäss österreichischem Recht hat der Richter je nach Ausmass der Behinderung sowie Art und Umfang der zu besorgenden Angelegenheit den Sachwalter entweder mit der Besorgung einzelner Angelegenheiten oder mit der Besorgung eines bestimmten Kreises von Angelegenheiten oder mit der Besorgung aller Angelegenheiten zu betrauen. Nach deutschem BGB wird ein Betreuer nur für „Aufgabenkreise“ bestellt, „in denen die Betreuung erforderlich ist“. Die von der Expertengruppe vorgeschlagene Lösung unterscheidet sich diesbezüglich nicht vom Recht der deutschsprachigen Nachbarländer. Der Unterschied liegt allerdings in der nachher zu erwähnenden besonderen Bedeutung der persönlichen Fürsorge und in der gestaffelten Einschränkung der Handlungsfähigkeit (bzw. der Handlungsfreiheit) der betroffenen Person.

Die zweite materielle Grundentscheidung betrifft die persönliche Fürsorge oder die Personensorge. Ihr wird ein ganz besonderer Stellenwert zuerkannt. Das geschieht erstens einmal dadurch, dass die nur persönliche Betreuung als erste Stufe der Betreuungsmassnahmen vorgesehen ist (nachstehend 2.2.). Das geschieht sodann dadurch, dass alle anderen Betreuungsformen als solche verstanden werden, die (zusätzlich) zur persönlichen Betreuung hinzutreten. Das sollte denn auch klar aus dem Gesetzestext hervorgehen.

Die dritte materielle Grundentscheidung betrifft die subtile, aber klare Regelung der einzelnen Betreuungsarten unter der Rücksicht der jeweils vorhandenen Einschränkung der Handlungsfähigkeit oder der Handlungsfreiheit des Betreuten. So schränkt die persönliche Betreuung weder die Handlungsfähigkeit noch die Handlungsfreiheit des Betreuten ein. So schränkt auch die erste Massnahme der besonderen Betreuung, die Verwaltung, die Handlungsfreiheit und grundsätzlich auch die Handlungsfähigkeit nicht ein; immerhin muss sich bei dieser Betreuung die betreute Person Handlungen des Betreuers anrechnen lassen und kann man insofern von einer mittelbaren Beschränkung der Handlungsfähigkeit sprechen. So beschränkt die nächste Stufe der besonderen Betreuung, die Mitwirkung, Handlungsfreiheit und Handlungsfähigkeit der betreuten Person nur insofern, als für die dafür betroffenen Bereiche die betreute Person nicht allein, sondern nur im Verein mit dem Betreuer handeln kann. Schliesslich sind im Bereich der am weitesten gehenden besonderen Betreuung, der Vertretung, im Rahmen des jeweiligen Aufgabenbereichs Handlungsfreiheit und Handlungsfähigkeit eingeschränkt.

2.1.3. Die Garanten für die Grundentscheidungen

Das materiellrechtliche Konzept ist eines, die Verwirklichung dieses Konzepts ein anderes. Beim bisherigen Vormundschaftsrecht für Erwachsene und beim zukünftigen Betreuungsrecht geht es, anders als in weiten Bereichen der Zivilrechtskodifikation, nicht primär darum, dem Richter Urteilsanweisungen zu geben für den Fall, dass ihm ein Streitfall unterbreitet wird. Vielmehr handelt es sich hier um Massnahmen, die regelmässig von Amtes wegen angewendet werden und bei denen höchst selten eine reine Zivilrechtsstreitigkeit vorliegt. Zu deren Verwirklichung bedarf es denn auch besonderer Mittel. Diese Mittel, welche Garanten für die Verwirklichung eines modernen Betreuungsrechtes bilden, sind die Behördenorganisation, die Person des Betreuers und das Verfahren.

Die Vorschläge der Expertengruppe zum materiellen Recht sind aufs engste verknüpft mit den Vorschlägen im organisatorischen Bereich. Das Schwergewicht ruht dabei auf der Betreuungsbehörde. Dabei geht es vor allem um die Zusammensetzung und damit um die Fachkunde dieser Behörde. Es geht aber auch darum, dass sich die Betreuungsbehörde aufgrund der Zahl der behandelten Fälle mit der Zeit einen Erfahrungsschatz aneignet, der ihr erlaubt, in immer wieder neuen Entscheidungen die jeweils geeignete Massnahme zu finden. Die vorn unter 1.4. gemachten Ausführungen über die Organisation des neuen Betreuungsrechts stehen mithin in einem sehr engen Zusammenhang mit den materiellrechtlichen Vorschlägen.

Fundamental ist aber auch die Person des Betreuers. Das neue Betreuungsrecht - so sieht es aus - steht und fällt nicht nur mit der vorgesehenen Organisation, sondern auch mit der Sorgfalt, die das Gesetz und die Behörden mit Bezug auf die Betreuer anwenden. Dabei spielen verschiedene Aspekte eine bedeutende Rolle: die Auswahl, die Überwachung, die Aus- und Weiterbildung der Betreuer, die Entschädigung der Amtsträger und allenfalls die Entlassung ungeeigneter Betreuungsorgane. Die Verwirklichung der nachstehend unter III, 2. angeführten Postulate mit Bezug auf den Betreuer sind neben der Behördenorganisation der wichtigste Garant für die Verwirklichung des Betreuungsrechts.

Der dritte Garant für die Realisierung eines modernen Betreuungsrechts ist das Verfahren. Das ist allerdings nicht neu. Schon das bisherige Vormundschaftsrecht kannte Verfahrensregeln. Schon sehr früh hat sich das Bundesgericht sehr ausführlich in einem Kreisschreiben zum Verfahren mit Bezug auf die Entmündigung geäussert (BGE 40 II 182). In den letzten Jahren und Jahrzehnten sind namentlich über die EMRK eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien entwickelt worden, die ihren Niederschlag auch im neuen Betreuungsrecht finden. In diesem Zusammenhang sei hingewiesen auf die Ausführungen vorn unter II, 1.5., sodann auf III, 1. und 4.

2.1.4. Die generellen Voraussetzungen zur Anordnung einer Betreuung

Die nachstehend in den Ziff. 2.2., 2.3. und 2.4. erwähnten Massnahmen der persönlichen Betreuung, der besonderen Betreuung und der erstreckten elterlichen Gewalt setzen voraus, dass eine volljährige Person von bestimmten Schwächezuständen betroffen ist. Nach wie vor reicht aber das Vorliegen eines Schwächezustandes für die Ergreifung einer Betreuungsmassnahme nicht aus; vielmehr bedarf es einer durch den Schwächezustand ausgelösten besonderen Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person.

Was die Umschreibung der Schwächezustände angeht, finden wir in den besonders berücksichtigten Gesetzgebungen (hierzu vorn I, 2.) eine grosse Palette unterschiedlicher Lösungen. Dabei zeigt sich folgende Erscheinung: Je enger der Kreis der Schwächezustände umschrieben ist, umso

eher wird der im Gesetz erwähnte Schwächezustand extensiv ausgelegt. So ist nach österreichischem Gesetz eine Sachwalterschaft nur vorgesehen für den Fall, da eine Person psychisch krank oder geistig behindert ist. In der Praxis hat man dann aber diese Begriffe sehr weit ausgelegt (siehe I, 2.2.1.1.). So sind zum Beispiel in § 1896 BGB die Sucht- oder Abhängigkeitskrankheiten nicht eigens erwähnt. Es scheint aber unbestritten zu sein, dass solche Abhängigkeitskrankheiten (Alkohol- und Drogenabhängigkeiten) unter den Begriff der psychischen Krankheit gemäss § 1896 BGB subsumiert werden können (siehe statt vieler BIENWALD, § 1896 BGB N 54).

Die Expertengruppe schlägt vor, als Schwächezustände, welche Grundlage für eine persönliche Betreuung oder eine besondere Betreuung bilden können, vorzusehen: psychische Krankheit, Suchtkrankheit, geistige Behinderung oder andere in der Person liegende Schwächezustände.

Der bisherige Begriff „Geisteskrankheit“ (siehe Art. 369 ZGB) wird nicht mehr ins Gesetz aufgenommen. Bereits bei der Schaffung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung hat sich diese Frage gestellt. Damals wurde allerdings, nicht zuletzt im Hinblick auf die Übereinstimmung des neuen Art. 397a mit Art. 369 ZGB, der Ausdruck „Geisteskrankheit“ beibehalten. Immerhin fand damals schon der Ausdruck „psychisch krank“ Eingang in die Zuständigkeitsregel des Art. 397b Abs. 2 ZGB und in die Verfahrensvorschrift des Art. 397e Ziff. 5 ZGB. Die Rechtsvergleichung zeigt, dass psychische Krankheit ein klassischer Schwächezustand im Hinblick auf Personen- oder Vermögensschutz für Erwachsene darstellt (siehe vorn I, 2. und dort die Ausführungen über Frankreich, Belgien, Österreich und Deutschland). Durch die Aufnahme des Wortes „psychische Krankheit“ ins Gesetz wird dieser Ausdruck zwar zum Rechtsbegriff. Er bezieht sich aber auf die anerkannten Krankheitsbilder der Psychiatrie (Kommentar SCHWAB, § 1896 BGB N 8). Gemäss der Auslegung, die dieser Begriff im deutschen Recht erhalten hat, bezieht sich psychische Krankheit auf körperlich begründbare (exogene, organische, symptomatische) Psychosen, auf körperlich nicht begründbare (endogene) Psychosen, auf Psychopathien (Persönlichkeitsstörungen und Neurosen), aber auch auf Suchtleiden (Drogen-, Medikamenten- und Alkoholabhängigkeit; siehe zum Ganzen Kommentar SCHWAB, § 1896 BGB N 8 ff.).

Wie vorn erwähnt, wird vorgeschlagen, neben der psychischen Krankheit auch die Suchtkrankheit als Schwächezustand ins Gesetz aufzunehmen. Dies geschieht nicht zuletzt in Übereinstimmung mit Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK und damit mit den Voraussetzungen für die Unterbringung. Im übrigen entfällt damit für den Experten und den Rechtsanwender die Notwendigkeit, eine Suchtkrankheit als psychische Krankheit zu deklarieren.

Klassische Voraussetzung für Personen- und Vermögensschutz Erwachsener ist sodann die geistige Behinderung. Sie ist etwa auch als einer (der nur zwei) Schwächezustände im österreichischen Recht vorgesehen. Sie findet sich auch im deutschen Recht. Unter geistiger Behinderung werden regelmässig angeborene oder frühzeitig erworbene Intelligenzdefekte verschiedener Schweregrade verstanden, das heisst Oligophrenien, welche Ursache auch immer zugrunde liegt (siehe unter anderem Kommentar SCHWAB, § 1896 BGB N 14). BRUDERER gibt in seinem Gutachten (C26f) folgenden Begriff: „Unter geistiger Behinderung versteht man ein deutlich unterdurchschnittliches allgemeines intellektuelles Leistungsniveau, das mit Anpassungsstörungen verbunden ist und sich in der Entwicklungsperiode des Menschen äussert...“.

Als letzten Schwächezustand sieht der Vorschlag der Expertengruppe andere in der Person liegende Schwächezustände vor. Dieser Ausdruck erlaubt zunächst einmal, Betagte, bei denen ähnliche Defizite wie bei psychisch Kranken oder geistig Behinderten auftreten, zu erfassen. Der Wortlaut würde es allerdings gestatten, auch extreme Fälle von Unerfahrenheit (*immaturité*; siehe den heutigen Art. 372 ZGB) darunter zu subsumieren. Wohl gerade noch zulässiger Grenzfall wäre der in BGE 108 II 93 umschriebene Schwächezustand der Misswirtschaft (Art. 370 ZGB):

„Misswirtschaft im Sinne dieser Bestimmung besteht zunächst in einer ausserordentlichen Vernachlässigung der eigenen Vermögensverwaltung, die ihren subjektiven Grund in einer Schwäche des Intellekts oder des Willens hat. Nach der Rechtsprechung ist sie jedoch nicht nur dort gegeben, wo ein bereits vorhandenes Vermögen in unsinniger und unverständiger Weise verwaltet wird; sie kann sich vielmehr auch auf die Gestaltung der Einkommensverhältnisse beziehen. So ist auch zu entmündigen, wer aus Energielosigkeit, Leichtfertigkeit oder ähnlichen Gründen sich nicht die nötigen Substanzmittel verschafft... Es betreibt mit andern Worten Misswirtschaft auch derjenige, der schuldhaft ausserstande ist, ein genügendes Einkommen zu erzielen, oder sein Einkommen auf eine unvernünftige, wirtschaftlich sinnlose Weise ausgibt...“ Die Experten sind sich bewusst, dass die eher weite Umschreibung unter der Rücksicht der formellen gesetzlichen Grundlage für Eingriffe in die persönliche Freiheit gewisse Gefahren beinhaltet. Namentlich aber die Erfahrungen im österreichischen Recht, wo aufgrund der zwei einzigen, im Gesetz vorgesehenen Schwächezustände „psychische Krankheit“ und „geistige Behinderung“ dann doch im Resultat andere Schwächezustände anerkannt worden sind, erscheint eine zu enge Formulierung der Expertengruppe doch noch problematischer. Zudem ist es ja nicht so, dass der Schwächezustand für sich allein für die Ergreifung einer Betreuungsmassnahme ausreicht.

Nicht vorgeschlagen wird der im deutschen Recht verwendete Ausdruck „seelische Behinderung“. Darunter versteht man in Deutschland bleibende psychische Beeinträchtigungen, die Folge von psychischen Krankheiten sind (Kommentar SCHWAB, § 1896 BGB N 13). Auf diesen Schwächezustand kann aber ohne weiteres verzichtet werden. Denn die Folgen psychischer Krankheiten können ohnehin dem Krankheitsbegriff selbst zugerechnet werden (SCHWAB a.a.O.). Nicht erwähnt wird im Vorschlag der Expertengruppe die körperliche Behinderung. Körperliche Behinderung soll denn auch in aller Regel nicht als Schwächezustand für die Anordnung von Betreuungsmassnahmen ausreichen. Allerdings kommen in seltenen Fällen dann doch körperliche Behinderungen als Gründe für eine Betreuungsmassnahme in Frage; im deutschen Recht werden etwa erwähnt: schwere Lähmungen, schwere Beeinträchtigungen der Wahrnehmungsfähigkeit (etwa Verbindung von Blindheit und Taubheit), hochgradige Gebrechlichkeitszustände, fortgeschrittene Multiple Sklerose (Kommentar SCHWAB, § 1896 BGB N 15). Für solche Fälle wäre dann die vorgeschlagene Formulierung von anderen in der Person liegenden Schwächezuständen als Auffangnorm geeignet.

Die genannten Schwächezustände reichen aber für sich allein nicht aus zur Anordnung einer Betreuungsmassnahme. Vielmehr muss als Grundvoraussetzung vorliegen das Unvermögen, die eigenen Angelegenheiten zu besorgen. Der von einem Schwächezustand Betroffene muss ganz oder teilweise ausserstande sein, seine Angelegenheiten zu besorgen. Das Wort Angelegenheit ist dabei insofern in einem umfassenden Sinn zu verstehen, als es sowohl Bereiche der Vermögens- wie der Personensorge umfassen kann. Nur, aber eben unter dieser Rücksicht darf auf die bisherigen Formulierungen in Art. 369 und 370 ZGB verzichtet werden, wonach als für die Anordnung der Entmündigung ausreichende Hilfsbedürftigkeit auch dauernde Beistands- und Fürsorgebedürftigkeit ausreichen. Wenn die Expertengruppe hier auf diese zusätzliche Hilfsbedürftigkeit als Grund für Betreuungsmassnahmen verzichtet, so nicht zuletzt deshalb, um hier Übereinstimmung mit den Lösungen in den Nachbarstaaten Österreich und Deutschland herzustellen. Es empfiehlt sich denn auch, diese Rechtsvergleichung bei der Rechtsanwendung zum Zuge kommen zu lassen.

Wie im ganzen Personen- und Vermögensschutzrecht für Erwachsene (siehe vorn 1.3.) muss auf jeden Fall der Grundsatz der Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden. Er umfasst bekanntlich die drei Bestandteile geeignet, erforderlich und verhältnismässig im engern Sinn (d.h. zumutbar). Die Möglichkeit, massgeschneiderte Lösungen als Hilfestellungen anzubieten, erhöht die Möglichkeit, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen. Hier darf auch der richtig

verständene Auslegungsgrundsatz zum Zuge kommen: „Die Auslegung ist das Ergebnis des Ergebnisses.“ Das darf nicht etwa in opportunistischem Sinne verstanden werden, dergestalt, dass die Massnahme überhaupt nur vom Ergebnis her begründet wird. Vielmehr müssen die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. In diesem Rahmen darf und soll aber die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Massnahme beurteilt werden. Das ist für das schweizerische Vormundschaftsrecht nichts Neues. Bereits die Formulierung von Art. 393 Ziff. 2 und namentlich die Formulierung von Art. 395 Abs. 1 ZGB („wenn für die Entmündigung einer Person kein genügender Grund vorliegt, gleichwohl aber zu ihrem Schutze eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit als notwendig erscheint“) sind eindeutig so zu verstehen.

Sowohl die persönliche Betreuung wie die besondere Betreuung kann gemäss dem Experten-vorschlag auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen angeordnet werden. Dem bisherigen Vormundschaftsrecht und dem zukünftigen Personen- und Vermögensschutzrecht für Erwachsene ist eigen, dass gegebenenfalls „Hilfe wider Willen“ geboten wird (siehe hierzu vorn I, 5.1.). Darüber hinaus muss ja die Betreuung von Amtes wegen angeordnet werden in Fällen, in welchen die betroffene Person nicht urteilsfähig wäre, um einen entsprechenden Antrag zu stellen. Andererseits empfiehlt es sich, die guten Erfahrungen, welche mit den Art. 372 und 394 ZGB gemacht worden sind, in das neue Recht zu übertragen. Die Akzeptanz für eine Betreuungsmassnahme kann dadurch erhöht werden, dass der Betroffene diese selber gewünscht hat. Dass dabei gegebenenfalls der Antrag bloss deshalb gestellt wird, weil sonst die Massnahme von Amtes wegen verfügt würde, kann nicht völlig ausgeschlossen werden. Bei den Fällen der besonderen Betreuung wird für eine Art der Betreuung verlangt, dass sie nicht gegen den Willen des Betroffenen angeordnet werden kann: für die sogenannte Verwaltungsbetreuung. Bei ihr erhält, wie nachher ausgeführt wird, der Betreuer Vertretungskompetenzen, ohne dass dadurch grundsätzlich die Handlungsfähigkeit der betreuten Person eingeschränkt wird. Eine solche Massnahme hat nur Sinn, wenn die betroffene urteilsfähige Person bereit ist, diese Hilfe zu akzeptieren. Hier kommt mithin eine Betreuung nur entweder auf Antrag des Betroffenen in Frage oder aber in Fällen, in denen der Betroffene seinen Willen nicht äussern kann.

Betreuungsmassnahmen werden zunächst einmal und in erster Linie angeordnet im Interesse der betroffenen Person. Personen- und Vermögensschutzrecht für Erwachsene bezweckt in allererster Linie den Schutz der betroffenen schwachen Person. Das bisherige Recht hat allerdings explizit auch den Schutz Dritter als Ziel des Vormundschaftsrechts bezeichnet. So ist in Art. 369 ZGB davon die Rede, dass entmündigt werden kann, wer die Sicherheit anderer gefährdet. So spricht Art. 370 ZGB davon, dass entmündigt werden kann, weil die betroffene Person ihre Familie der Gefahr eines Notstandes oder der Verarmung aussetzt oder weil die Sicherheit anderer gefährdet ist. Das neue Recht schliesst solche Rücksichten nicht unbedingt aus. Es verweist sie aber eindeutig in die zweite oder dritte Linie. Analog der bei der Schaffung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung in Art. 397a Abs. 2 ZGB gewählten Lösung (hier ist vorgesehen, dass die Belastung zu berücksichtigen ist, welche die Person für die Umgebung bedeutet), wäre gemäss neuem Recht die Betroffenheit der Familie und der Schutz Dritter angemessen zu berücksichtigen. Während bei der Unterbringung der Schutz Dritter von einer gewissen Bedeutung sein kann, tritt er als Kriterium für die Anordnung einer Betreuungsmassnahme allerdings eindeutig in den Hintergrund. Es wird höchst selten so sein, dass die Anordnung einer Betreuungsmassnahme nur deshalb vonnöten ist, weil die Interessen der Familie zu berücksichtigen sind; es wird wahrscheinlich praktisch überhaupt nie so sein, dass eine Betreuungsmassnahme nur deshalb angeordnet wird, weil die Betroffenheit der Familie oder der Schutz Dritter dies verlangen. Wohl aber ist es gelegentlich denkbar, dass bei der Suche nach der massgeschneiderten Betreuung die Betroffenheit der Familie und der Schutz Dritter eine Rolle spielen können. Im übrigen ist aber hier auf den allfälligen Zusammenhang zwischen Schutzzweck der Norm und Verantwortlichkeit hinzuweisen (siehe vorn 1.6.1.2.).

2.2. *Die persönliche Betreuung*

Das geltende Recht enthält wenig über die persönliche Betreuung (vgl. hierzu vorn I, 4.2.2.). Die neuere Lehre und die Rechtsprechung haben weit über den Wortlaut des Gesetzes hinaus persönliche Betreuung als wichtigen Teil des Vormundschaftsrechts erkannt (vgl. SCHNYDER, Vormundschaftsrecht für Erwachsene und Menschenwürde, in FS zur Hundertjahrfeier der Universität Freiburg, Freiburg 1990, 429 ff. sowie die Aufsätze von GIOVANELLI-BLOCHER und HÄFELI in ZVW 44 [1989] 41 ff. und 52 ff. mit weiteren Verweisen). Im zukünftigen Recht soll der persönlichen Betreuung eine ganz besondere Bedeutung zukommen (vgl. hierzu vorn I, 2.1.1.). Dabei geht es um dreierlei: Zunächst einmal schlägt die Expertengruppe vor, als erste Stufe der Betreuung eine (nur) persönliche Betreuung vorzusehen, mit welcher überhaupt keine Verwaltungs-, Mitwirkungs- oder Vertretungskompetenzen des Betreuers verbunden sind (davon ist nachstehend in erster Linie die Rede). Darüber hinaus versteht sich die nachstehend unter Ziff. 2.3. behandelte besondere Betreuung immer als eine zusätzlich zur persönlichen Betreuung angeordnete Verwaltungs-, Mitwirkungs- oder Vertretungsbetreuung. Wer immer in einer dieser Formen betreut wird, hat Anspruch darauf, in diesem Zusammenhang auch persönliche Betreuung zu erfahren. Auch mit der unter 2.4. erläuterten erstreckten elterlichen Gewalt ist naturgemäss immer persönliche Betreuung verbunden. Selbst bei Ersatz- und Notbetreuung kann, wenn auch regelmässig in abgeschwächtem Sinne, persönliche Betreuung mitgegeben sein. Drittens aber ist von hervorragender Bedeutung die persönliche Betreuung, die in jener besonderen Betreuung enthalten ist, bei welcher die Mitwirkungs- und Vertretungsmassnahmen des Betreuers nicht die Vermögenssorge, sondern die Personensorge betreffen.

Die Expertengruppe schlägt wie erwähnt als erste Stufe der Betreuungsmassnahmen eine nur persönliche Betreuung vor. Danach steht der Betreuer der betreuten Person mit Rat und Tat zur Seite und kümmert sich um ihr Wohl. Er achtet dabei den Willen der betreuten Person, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Diese persönliche Betreuung hat keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der betreuten Person. Die Anordnung der Massnahme erfolgt dabei entweder auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen. Voraussetzung hierfür ist - wie bei allen Betreuungsmassnahmen - , dass eine volljährige Person wegen psychischer Krankheit, Suchtkrankheit, geistiger Behinderung oder anderer in der Person liegender Schwächezustände ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann.

Diese neue Massnahme bildet die erste Massnahme im Stufenbau der Betreuungsmassnahmen. Es ist also immer zunächst einmal zu prüfen, ob nicht für die schutzbedürftige Person die persönliche Betreuung ausreicht. Damit ist natürlich nicht gemeint, dass in jedem Fall die persönliche Betreuung den andern Massnahmen vorauszugehen hat. Wie schon im heutigen Kindesschutz- und Vormundschaftsrecht ist es nicht nur zulässig, sondern unter Respektierung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit auch notwendig, eine eingreifendere Massnahme anzuordnen, wenn die schwächere Massnahme zum vornherein als nicht ausreichend erscheint.

Die von der Expertengruppe gewählte Lösung hat gewisse Vorläufer. Ein Vorläufer im weiteren Sinn ist die Beistandschaft auf eigenes Begehren nach Art. 394 ZGB. Bei dieser besteht allerdings wegen der mangelnden Flexibilität der im ZGB vorgesehenen Beistandschaften grundsätzlich eine umfassende Vermögenssorge und eine umfassende Personensorge des Beistandes, allerdings ohne Entzug oder Beschränkung der Handlungsfähigkeit (hierzu siehe SCHNYDER/MURER Art. 394 N 12 f.). Vor allem aber findet sich im Rahmen der Kindesschutzmassnahmen in Art. 308 Abs. 1 ZGB eine Lösung, welche bei der Suche nach den geeigneten Lösungen für die Expertengruppe von grosser Bedeutung war und geradezu als Vorbild für die nunmehr vorgeschlagene Lösung für das Erwachsenenrecht angesehen werden kann. Nach Art. 308 Abs. 1 ZGB ernennt die Vormundschaftsbehörde, wenn es die Verhältnisse erfordern, dem Kind einen Beistand, der die Eltern in

ihrer Sorge um das Kind mit Rat und Tat unterstützt. Die Behörde ist nicht verpflichtet, dem Beistand im Sinne von Art. 308 Abs. 2 ZGB besondere Befugnisse zu übertragen oder gar die elterliche Gewalt im Sinne von Art. 308 Abs. 3 ZGB zu beschränken. Vielmehr erlaubt das Gesetz ausdrücklich, dass sich die Behörde auf diese, eine rein persönliche Betreuung umfassende Erziehungsbeistandschaft beschränkt. Es ist selbstverständlich, dass bei der Auslegung des von der Expertengruppe vorgeschlagenen neuen Instituts Erkenntnisse, die im Zusammenhang mit Art. 308 Abs. 1 ZGB gewonnen worden sind, auf das Erwachsenenrecht zu übertragen sind. Dabei gilt es allerdings, der je eigenen Situation Rechnung zu tragen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch bei der Schaffung des deutschen Betreuungsrechts eine erste Stufe ohne formelle Kompetenzen des Amtsträgers vorgesehen war (vgl. zum vorerst vorgesehenen Betreuer ohne Rechtsmacht JÄCKLE, Das neue deutsche Betreuungsrecht - ein Modell für die Schweiz?, in FS für HANS HANISCH, Köln 1994, 131 f.).

Die vorgeschlagene Massnahme ist nicht nur die Konsequenz aus der grösseren Bedeutung, welche im neuen Betreuungsrecht die persönliche Fürsorge erhalten soll (hierzu siehe vorn 2.1.1.). Sie steht auch in Übereinstimmung mit den Überlegungen zum Verhältnis von kantonalem Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht (siehe vorn I, 5.6.). Danach unterscheiden sich ja die durch das Vormundschaftsrecht bzw. nunmehr das Betreuungsrecht anzuordnenden Massnahmen von der Sozialhilfe unter anderem dadurch, dass die Sozialhilfe ihr Beratungs- und Betreuungsangebot als rein freiwillige Dienstleistung versteht. Nun ist es zwar bei der rein persönlichen Betreuung (wie übrigens auch bei der besonderen Betreuung) denkbar, dass die Massnahme aufgrund eines Antrags der betroffenen Person angeordnet wird. Aber bei der persönlichen Betreuung als erster Stufe im Rahmen der Betreuungsmassnahmen ist auch eine Anordnung von Amtes wegen, also eine Aufoktroierung entgegen dem Willen der betroffenen Person möglich. Die Expertengruppe will damit der vorn I, 5.6.4. ausgesprochenen Überlegung Rechnung tragen, wonach sich als Konsequenz aus dem angestrebten Verhältnis zwischen Sozialhilferecht und Vormundschaftsrecht ergibt, dass gesetzlich angeordnete Betreuungsmassnahmen im Bundesprivatrecht abschliessend zu regeln seien.

Aufgrund dieser persönlichen Betreuung erhält der Betreuer weder Verwaltungs-, noch Mitwirkungs-, noch Vertretungskompetenzen. Denkbar ist allerdings, dass die betreute Person den Betreuer wie einen Privaten bevollmächtigt. Das dürfte denn auch häufig der Fall sein. Allerdings gelten für eine solche Bevollmächtigung die Stellvertretungsregeln des Obligationenrechts.

2.3. Die besondere Betreuung

2.3.1. Allgemeines

In der Stufenfolge der Betreuungsmassnahmen bildet die nur persönliche Betreuung die erste Stufe. Wenn es nur solche hilfsbedürftige Erwachsene geben würde, denen mit einem nur persönlichen Betreuer geholfen werden kann, dann würde man auf das ganze System von Betreuungsmassnahmen verzichten können und die nur persönliche Betreuung der Sozialhilfe überlassen. Nun aber sind die Schwächen sehr vieler hilfsbedürftiger Erwachsener so beschaffen, dass ihnen nur dadurch geholfen werden kann, dass neben ihnen oder an ihrer Stelle andere handeln. Dieser Bereich bildet das Kernstück des klassischen Vormundschaftsrechts. Dieser Bereich wird auch in einem neuen Betreuungsrecht aus der Sicht der Qualität der Rechtsinstitute ein Kernstück bilden.

Während die nur persönliche Betreuung dem Betreuer analog dem Beistand gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB nur, aber immerhin das Recht und die Pflicht überträgt, dem Hilfsbedürftigen mit Rat und Tat beizustehen, also (beinahe) keine „Rechtsmacht“, umfasst die besondere Betreuung immer formelle Kompetenzen des Betreuers, regelmässig auch mit Wirkung gegenüber Dritten. Zwischen nur persönlicher Betreuung einerseits und besonderer Betreuung andererseits besteht ein qualitativer Unterschied. Der Eingriff in die Rechtssphäre der betroffenen Person ist entsprechend grösser. Weil dem so ist, wäre vorzusehen, hier (in formeller Anlehnung an das deutsche Recht) in aller Form den Erforderlichkeitsgrundsatz aufzunehmen. Zwar wäre dieser Grundsatz im generellen Grundsatz der Verhältnismässigkeit enthalten (hierzu vorn 1.3.). Insofern hat der Erforderlichkeitsgrundsatz wenig oder überhaupt keine normative Bedeutung. Mit der Aufnahme dieses Grundsatzes im Ingress zur besondern Betreuung würde aber der Gesetzgeber die hervorragende Bedeutung des Erforderlichkeitsgrundsatzes auf dem Gebiet der besonderen Betreuung kundtun. Schon das heutige Recht kennt in Art. 393 Ziff. 2 und 395 Abs. 1 ZGB ähnliche Formulierungen. Auch im neuen Unterbringungsrecht wird für die fürsorgerische Freiheitsentziehung vorgeschlagen, die bisherige Formulierung beizubehalten, wonach Freiheitsentziehung nur in Frage kommt, wenn die nötige persönliche Fürsorge der Person nicht anders erwiesen werden kann.

In dem dem deutschen Betreuungsrecht nachgebildeten Text des Teilentwurfs der Expertengruppe zu den Massnahmen steht im Zusammenhang mit dem Erforderlichkeitsgrundsatz auch, dass eine besondere Betreuung nicht erforderlich sei, soweit die Angelegenheiten der betroffenen Person durch einen Bevollmächtigten oder durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen besonderen Betreuer besorgt werden können. Hier ist also in ganz besonderer Weise der Grundsatz der Subsidiarität und das Prinzip der Verhältnismässigkeit angesprochen. Besondere Probleme wirft dabei die Frage nach der Verhinderung von Betreuungsmassnahmen durch die Bestellung eines Bevollmächtigten auf. Soll es genügen, wenn eine heute hilfsbedürftige Person irgendwann eine Generalvollmacht ausgestellt hat, die weitestgehend die Betreuungsaufgaben abdeckt? Ist es nicht auch vonnöten, dass die hilfsbedürftige Person den Bevollmächtigten überwachen kann? Diese fundamentalen Fragen sind gemäss dem Erkenntnisstand der Expertengruppe im heutigen deutschen Recht noch nicht ausdiskutiert. Darf und soll da der schweizerische Gesetzgeber eine derart fundamentale Bestimmung aufnehmen? Nach Ansicht der Expertengruppe hat die Bestimmung ihren guten Sinn; doch ist sie zweifellos noch sehr auslegungsbedürftig. Es stellt sich die Frage, ob die sehr knappe Formulierung nicht durch die Hinzufügung weiterer Elemente noch auf Gesetzesstufe verdeutlicht werden kann. So ganz neu ist die Regel für das schweizerische Recht nicht. Auch gemäss Art. 392 Ziff. 1 ZGB ist heute eine Vertretungsbeistandschaft dann nicht nötig, wenn die mündige Person noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag. Und erst recht ist nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB eine Verwaltungsbeistandschaft dann nicht anzuordnen, wenn die Person noch die Fähigkeit hat, einen Vertreter zu bestellen. Die namentlich zu Art. 393 ZGB entwickelte Lehre und Praxis dürfte für die Auslegung der neuen Bestimmung hilfreich sein. Die Expertengruppe hat sich auch gefragt, ob nicht die Geschäftsführung ohne Auftrag in vielen Fällen eine Betreuung überflüssig machen könnte (siehe in diesem Zusammenhang die Aufsätze RIEMER, Vormundschaftliche Hilfe für Betagte, in ZVW 37 [1982] 121 ff. und STETTLER, Les limites juridiques de l'aide extratutélaire apportée aux personnes âgées, in ZVW 38 [1983] 1 ff.). Eine Abklärung dieser Fragen mit dem Fachmann Professor JÖRG SCHMID hat indessen ergeben, dass die Art. 419 f. OR für den Betreuungsbereich kaum nützlich sein können. Diese Artikel regeln einzig das Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn und nicht auch das Aussenverhältnis zwischen Geschäftsherrn und Drittem. Letzteres müsse über das Vertretungsrecht abgewickelt werden. In diesem Zusammenhang siehe auch die Ausführungen hinten im Teil V, 4.

Vorn unter 2.2. wurde festgehalten, dass bei allen Betreuungsmassnahmen die jeweils angemessene persönliche Betreuung mitenthalten sei. Das müsste nun im Rahmen der besondern

Betreuung in aller Form betont werden. Die besondere Betreuung erfolgt „zusätzlich zur persönlichen Betreuung“. Gesetzestechisch erlaubt diese Lösung, bei der besonderen Betreuung nicht noch einmal die Schwächezustände aufzuführen, welche Voraussetzung für die Anordnung von Betreuungsmassnahmen sind. Es ist dann auch nicht nötig, noch einmal zu betonen, dass die betreute Person die Möglichkeit haben soll, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.

Die besondere Betreuung kennt drei Arten (drei Stufen): Verwaltung, Mitwirkung und Vertretung. Deren Gehalt wird nachstehend in der gebotenen Kürze erläutert. Hier sei aber festgehalten, dass nicht einfach Verwaltung, Mitwirkung oder Vertretung schlechthin angeordnet werden dürfen. Vielmehr ist jeweils genau zu bestimmen, welche Bereiche von diesen Massnahmen betroffen sind. Aber nicht nur dies: Es ist auch möglich, Verwaltung, Mitwirkung und Vertretung zu kombinieren. Dabei muss aber Klarheit darüber herrschen, welche Bereiche nun von der einzelnen Stufe der besonderen Betreuung abgedeckt sind. Es geht also in doppeltem Sinne um die massgeschneiderte Massnahme: in der Wahl der Stufe oder der Stufen der besonderen Betreuung einerseits, in der Wahl der von der einzelnen Stufe betroffenen Bereiche andererseits. Es wäre also zum Beispiel denkbar, dass für die gleiche Person mit Bezug auf ihren Lohn die Stufe Verwaltung gilt, mit Bezug auf ihren Aufenthalt die Mitwirkung und mit Bezug auf ihr Verhältnis zu Versicherungen die Vertretung.

2.3.2. Die Verwaltung

Als erste Stufe der besonderen Betreuung sieht die Expertengruppe die sogenannte Verwaltung vor. Dem Betreuer werden bestimmte „Verwaltungskompetenzen“ mit Bezug auf das Einkommen oder das Vermögen der betreuten Person eingeräumt (im einzelnen siehe hinten III, 3.3.). Die Massnahme hätte aber analog der bisherigen Beistandschaft im engeren Sinne des Wortes auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person keinen Einfluss (siehe Art. 417 I ZGB). Wohl aber muss sich die betreute Person die Handlungen des Verwaltungsbetreuers anrechnen lassen. Insofern ist auch schon die bisherige Formulierung des Art. 417 Abs. 1 ZGB zwar nicht falsch, aber unvollständig und allenfalls irreführend. Ins neue Recht sollte daher der Grundsatz aufgenommen werden, dass sich die Verwaltungsbetreuung auf die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nur insofern auswirke, als sich diese Person die Handlungen des Betreuers anrechnen lassen muss. Die Verwaltung könnte Teile des Einkommens oder des Vermögens oder aber das ganze Einkommen oder das ganze Vermögen betreffen. Nicht vorgesehen ist, dass sie das gesamte Einkommen und das gesamte Vermögen einer Person betrifft. Es wird unterstellt, dass in einem solchen Fall stärkere Massnahmen angezeigt sind.

Die Verwaltung kann sich zunächst einmal auf das Einkommen oder auf Einkommensteile der betreuten Person beziehen. Zu denken ist hier in erster Linie an die Lohnverwaltung, aber etwa auch an die Rentenverwaltung. Möglich wäre die Verwaltung eines andern genau bezeichneten Einkommens wie des Zinses aus einem der betroffenen Person gehörenden Hause.

Die Verwaltung könnte sich aber auch auf Teile des Vermögens oder das ganze Vermögen beziehen. Gegenstand der Verwaltung könnten zum Beispiel ein Grundstück oder die Grundstücke der betreuten Person sein. Denkbar wäre es aber auch, dass das gesamte Vermögen in der Bedeutung, die diesem Wort heute in Art. 395 Abs. 2 ZGB (im Sinne von Vermögenssubstanz) zukommt, der Verwaltung unterstellt würde.

Bei der ersten Stufe der besonderen Betreuung, bei der Verwaltungsbetreuung, wird - wie vorn ausgeführt - die Handlungsfähigkeit der betreuten Person nicht eingeschränkt. Die betreute Person

könnte so, obwohl ihr Lohn vom Betreuer verwaltet wird, beliebige Kaufverträge schliessen mit der Bewandnis, dass sie Schuldnerin wird und für die Schuld ihr Vermögen haftet. Hier und dort läge bei dieser Massnahme Doppelzuständigkeit vor. Dennoch ist die Expertengruppe der Ansicht, dass durch diese Massnahme für sehr viele Fälle im Stufenbau der Betreuungsmassnahmen eine Lösung angeboten wird, welche der jeweiligen Schutzbedürftigkeit angemessen ist. Vor allem kann durch diese Massnahme das gemäss Lehre ausgewiesene Bedürfnis für eine Lohnverwaltung sichergestellt werden. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im deutschen Recht bei der Hauptmassnahme des neuen Betreuungsrechts (bei der Betreuung ohne Einwilligungsvorbehalt) immer Doppelzuständigkeit der betreuten Person und des Betreuers besteht (vorn I, 2.1.1.). Hinzu kommt folgendes: Gemäss Vorschlag der Expertengruppe kann die Massnahme der Verwaltungsbetreuung nicht gegen den Willen der betreuten Person angeordnet werden. Die Massnahme käme also einerseits in Frage für Personen, denen die Urteilsfähigkeit völlig abgeht. Andererseits würde sie für urteilsfähige Personen greifen, die aber zu dieser Massnahme ihre Zustimmung gegeben hätten. Offen ist die Frage, ob diese Massnahme, wenn sie einmal mit dem Willen der betreuten Person zustande gekommen ist, aufgrund einer Willensänderung der betreuten Person jederzeit aufgehoben werden könnte. Diese Frage soll nicht heute entschieden werden. Der Gesetzgeber müsste sich immerhin schliesslich klar aussprechen.

Zu prüfen ist auch die Frage, ob Handlungen des Betreuers im Rahmen der Verwaltungsbetreuung zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Betreuungsbehörde bedürfen. Generell ist das eher zu verneinen. Bei den Handlungen des Betreuers dürfte es sich bei der Verwaltungsbetreuung meistens um Geschäfte handeln, die nicht im Katalog der für Mitwirkung und Vertretung zustimmungsbedürftigen Geschäfte aufgeführt sind. Siehe zu diesen Fragen im übrigen hinten III, 4.

2.3.3. Die Mitwirkung und die Vertretung

Die Mitwirkung gleicht der bisherigen Mitwirkungsbeiratschaft im Sinne von Art. 395 Abs. 1 ZGB. In den von ihr erfassten Bereichen ist weder das Handeln der betreuten Person allein, noch das Handeln des Betreuers allein ausreichend. Der Betreuer ist nicht gesetzlicher Vertreter. Es ist der Betreute, der die Initiative zu den Rechtshandlungen ergreift und diese vornimmt; der Betreuer hat nur, aber immerhin mittels seines Genehmigungs- bzw. Vetorechts mitzuwirken. Nur wenn beide übereinstimmend handeln, kommt das entsprechende Rechtsgeschäft zustande, bzw. wird die entsprechende Lebensgestaltungsfrage gelöst. Dabei ist denkbar, dass es in diesem oder jenem Fall für die Gültigkeit des Handelns der beiden noch der Zustimmung der Betreuungsbehörde bedarf. Diese Frage wird hinten unter III, 4. behandelt. Die Mitwirkungsbetreuung gleicht ein Stück weit dem Einwilligungsvorbehalt des deutschen Rechts gemäss § 1903 Abs. 1 BGB. Immerhin besteht ein wesentlicher Unterschied: Mag es auch gemäss Wortlaut dieses Paragraphen so aussehen, als ob in den von diesem Vorbehalt betroffenen Bereichen jeweils die betreute Person und der Betreuer handeln müssten, ist in der Lehre doch anerkannt, dass der Betreuer allein handeln kann, wenn der Betreute geschäftsunfähig ist. Die hier vorgeschlagene Mitwirkung des schweizerischen Rechts würde aber in allen Fällen das Tätigwerden der betreuten Person und die Zustimmung des Betreuers voraussetzen.

Im Rahmen der Vertretungsbetreuung würde der Betreuer allein für die betroffene Person handeln. Bei Rechtsgeschäften bedürfte es mithin zu deren Gültigkeit nicht des Mitwirkens der betreuten Person. Ob und inwiefern bei Rechtsgeschäften eine Zustimmung der Betreuungsbehörde vonnöten ist, wird hinten unter III, 4. erörtert. Eine andere Frage ist, ob sich nicht wie bis anhin die urteilsfähigen Entmündigten auch in Zukunft die urteilsfähigen unter Vertretungsbetreuung Stehenden im Sinne des bisherigen Art. 19 Abs. 1 ZGB verpflichten können unter

Vorbehalt der Genehmigung durch den Betreuer. Wie hinten unter V, 1.5.1. ausgeführt wird, würde im zukünftigen Recht hier keine Änderung gegenüber dem bisherigen Recht eintreten, es also nach wie vor eine dem Art. 19 Abs. 1 ZGB entsprechende analoge Bestimmung geben. Wie bei der Mitwirkung können auch bei der Vertretung Fälle vorliegen, bei denen es um Lebensgestaltungsfragen geht. Daher ist hier, wie bei der Mitwirkung, nicht nur die Handlungsfähigkeit, sondern gegebenenfalls auch die Handlungsfreiheit eingeschränkt.

Grundlegend ist aber nun folgendes: Mitwirkung und Vertretung beziehen sich grundsätzlich nur auf einzelne Aufgaben oder Aufgabenkreise. Die Ausnahme bildet der nachstehend zur erwähnende Fall der Vertretung für alle Angelegenheiten. Bei der Anordnung der Massnahme müsste daher durch die Betreuungsbehörde jeweils genau umschrieben werden, für welche Aufgabe oder welchen Aufgabenkreis Mitwirkung oder Vertretung gilt. Der Vorschlag der Expertengruppe lehnt sich an das österreichische und noch ausgeprägter an das deutsche Recht an. Hier geht es nun in hervorragendem Masse um die Verwirklichung des Verhältnismässigkeitsprinzips und des in ihm enthaltenen Erforderlichkeitsgrundsatzes. Wo immer nur für eine bestimmte Aufgabe oder einen bestimmten Aufgabenkreis ein Betreuungsbedürfnis besteht, darf eben nur gerade diese Aufgabe oder dieser Aufgabenkreis als Bereich der Mitwirkung oder Vertretung bezeichnet werden. Die Massnahme ist also im doppelten Sinne massgeschneidert: einerseits hat die Behörde nur, aber eben für jene Aufgaben und Bereiche eine Massnahme anzuordnen, für die ein Betreuungsbedürfnis besteht, andererseits kann und soll sie je nach Fall Mitwirkung oder Vertretung anordnen. Dabei können Mitwirkung und Vertretung gleichzeitig für je bestimmte Aufgaben und Aufgabenkreise angeordnet werden. Ja, es wäre sogar denkbar, dass für einen Teil des Einkommens oder des Vermögens Verwaltungsbetreuung angeordnet wird, für andere Bereiche aber Mitwirkung oder Vertretung (siehe vorne 2.3.1. in fine).

Bei besonders ausgeprägter Hilfsbedürftigkeit, namentlich bei dauernder Urteilsunfähigkeit darf auch die Vertretung für alle Angelegenheiten angeordnet werden. Statt von „allen Angelegenheiten“ könnte man auch von der gesamten Personen- und Vermögenssorge sprechen. Eine Mitwirkung für alle Angelegenheiten ist undenkbar. Wo ein solches Bedürfnis besteht, ist kaum anzunehmen, dass dann nicht die Vertretung für alle Angelegenheiten die richtige Lösung darstellt. Eine Massnahme mit Vertretungskompetenz für alle Angelegenheiten ist im österreichischen Recht ausdrücklich vorgesehen (siehe I, 2.2.1.2.), im deutschen Recht gemäss Lehre möglich (siehe I, 2.1.1.). Es ist die ultima ratio im Kreis der Betreuungsmassnahmen.

Die Expertengruppe hat sich die Frage gestellt, ob nicht bei der Anordnung der Vertretung in allen Angelegenheiten die Entscheidbehörde auch gerade autoritativ festhalten könnte, für die betroffene Person gelte die Vermutung der Urteilsunfähigkeit. Es ist nicht zu leugnen, dass in gewissen Prozesskonstellationen eine solche Lösung der hilfsbedürftigen Person dienen würde. Eine solche Lösung hätte auch (mehr oder weniger gute) Auswirkungen auf eine Ungültigkeitsklage im Erbrecht. Schliesslich obsiegte jedoch der Gedanke, der im schweizerischen Recht hergebrachten Lösung, wonach die Anordnung einer „vormundschaftlichen“ Massnahme nicht über die Urteilsfähigkeit im einzelnen Fall vorentscheidet, den Vorrang zu geben.

Keine Vertretung ist selbstverständlich möglich in Fällen, da es sich um absolut höchstpersönliche Rechte handelt. Auf diese Problematik wie auf die Problematik der höchstpersönlichen Rechte schlechthin wird hinten unter III, 3. und unter V, 3. eingegangen.

Entgegen einem anfänglichen Vorhaben schlägt die Expertengruppe nicht mehr vor, dass bereits bei den grundlegenden Normen über die besondere Betreuung beispielhaft einzelne Aufgabenkreise aufgezählt werden. Von der Rechtssystematik her (hierzu siehe hinten VI, 2) gehören solche Aufzählungen in den Teil über die Durchführung der Betreuung (hierzu siehe hinten III und dort 3. „Die Führung der Betreuung“).

Während die „Verwaltung“ die Handlungsfähigkeit der betreuten Person nicht unmittelbar betrifft und deren Handlungsfreiheit höchstens im Ergebnis einschränkt (indem zum Beispiel für gewisse Hobbies kein Geld mehr da wäre), schränken Mitwirkung und Vertretung per definitionem die Handlungsfähigkeit der betreuten Person ein. Soweit es um Lebensgestaltungsfragen geht, wird auch die Handlungsfreiheit eingeschränkt. Diese Aussagen wären im Gesetz klar festzuhalten.

2.4. Die erstreckte elterliche Gewalt

2.4.1. De lege lata

Werden mündige Kinder entmündigt, so tritt an Stelle der Vormundschaft „in der Regel“ die elterliche Gewalt (Art. 385 III ZGB). Indessen ist der Wortlaut des Gesetzes in dem Sinn irreführend, als die Beibehaltung der elterlichen Gewalt heute eher die Ausnahme als die Regel ist, auch wenn genaue statistische Daten fehlen. Das heisst aber nicht notwendigerweise, dass Eltern leichter als in der Vergangenheit als gesetzliche Vertreter ihres mündigen Kindes ausgeschlossen werden. Sie können nämlich ohne weiteres als Vormund eingesetzt werden, zumal das Gesetz ihnen diesbezüglich einen Vorrang einräumt (Art. 380 ZGB).

Wenn die Eltern Inhaber der elterlichen Gewalt geblieben oder als solche wieder eingesetzt worden sind, werden die vormundschaftlichen Behörden nur unter den gleichen gesetzlichen Voraussetzungen tätig, wie sie zum Schutz des minderjährigen Kinds unter Vormundschaft gelten. Die Wahl zwischen der Weiterführung der elterlichen Gewalt und der Einsetzung eines Vormunds in der Person von Vater, Mutter oder einer Drittperson erfolgt einzig nach dem Kriterium des Kindeswohls. Selbst wenn die Verpflichtung zu Berichterstattung und Rechnungslegung an die vormundschaftlichen Behörden von den betreffenden Vätern und Müttern, die als Vormund eingesetzt sind, möglicherweise als zwanghaft oder gar erniedrigend empfunden wird, ist dieser Lösung gegenüber der Unterstellung unter die elterliche Gewalt der Vorrang einzuräumen, wenn sich aus der Untersuchung der Vormundschaftsbehörde Zweifel ergeben, dass sie in der Lage sind, ganz allein für die Wahrung des Kindeswohls zu sorgen.

Die Rechtsstellung der Inhaber der elterlichen Gewalt über ein „mündiges“ Kind ist im wesentlichen gleich wie diejenige der Eltern über ein unmündiges Kind. Wie jedoch MARKUS JULMY in seiner Dissertation (Die elterliche Gewalt über Entmündigte, Freiburg 1991) gezeigt hat, enthält das Kindesrecht für diesen Bereich nicht auf alle Fragen eine Antwort. Deshalb lehnt sich die Doktrin zum Teil an das Vormundschaftsrecht an und wendet einzelne seiner Vorschriften direkt oder analog an (vgl. diesbezüglich auch SCHNYDER/ MURER, Art. 385 N 30 bis 58).

2.4.2. De lege ferenda

Man muss sich fragen, ob die erstreckte elterliche Gewalt, die heute von der Doktrin als „sinnvolles Rechtsinstitut“ eingestuft wird (vgl. SCHNYDER/ MURER, a.a.O. N. 58), unter der veränderten Optik eines neuen Betreuungsrechts weiterhin ihre Berechtigung hat. Falls man dies grundsätzlich bejaht, muss man weiter die Vor- und Nachteile einer „verlängerten Unmündigkeit“ als alternative Lösung, wie sie das belgische Recht kennt (vgl. oben Ziff. I, 2.3.1.3), gegeneinander abwägen.

Die Rechtsstellung der Inhaber der elterlichen Gewalt über unmündige Kinder dürfte durch die Revision des Vormundschaftsrechts kaum beeinflusst werden. Sie wird weiterhin eine umfassende

gesetzliche Vertretung beinhalten, die in bestimmten Bereichen oder unter bestimmten Voraussetzungen zugunsten einer eigenen Handlungsfähigkeit urteilsfähiger Minderjähriger eingeschränkt ist, namentlich nach den Grundsätzen von Art. 19 Abs. 1 und 2 ZGB. Dagegen ist die gesetzliche Vertretung für mündige Personen, die einer persönlichen Betreuung bedürfen, nur für diejenigen Bereiche als geeignete Massnahme anzuordnen, in denen sie zwingend nötig ist und eine gesetzliche Mitwirkung nicht ausreicht. Mit anderen Worten wird die Rechtsstellung des schutzbedürftigen Erwachsenen nur in den Fällen mit derjenigen des Unmündigen vergleichbar sein, wo die persönliche Betreuung durch die zusätzliche Massnahme der gesetzlichen Vertretung für alle Angelegenheiten ergänzt wird. Der häufigste Fall wird derjenige des dauernd urteilsunfähigen Erwachsenen sein.

Somit wird die erstreckte elterliche Gewalt über das 18. Altersjahr hinaus wohl nur für dauernd urteilsunfähige Personen in Frage kommen. Am meisten dürfte dies bei geistig Behinderten der Fall sein. Dementsprechend wird auch von der Schweizerischen Vereinigung der Elternvereine für geistig Behinderte mit grösstem Nachhalt die Forderung nach der erstreckten elterlichen Gewalt erhoben (vgl. Bericht des Symposiums „Vormundschaft 2000“, Freiburg 1985, 72). Angesichts der Subsidiarität vormundschaftlicher Massnahmen ist diese Forderung für all diejenigen Fälle ohne weiteres berechtigt, in denen das Alter der Eltern, ihr Autonomiegrad, ihre persönlichen Beziehungen zum Kind sowie ihr Verantwortungsbewusstsein eine optimale Fortsetzung der während der ganzen Unmündigkeit des Kindes wahrgenommenen Elternverantwortung erlauben.

An der Lösung des geltenden Rechts, wonach die Weiterführung der elterlichen Gewalt die Regel sein sollte, kann unter der neuen Sichtweise in keinem Fall festgehalten werden. Die jeweiligen Umstände des einzelnen Falles sind derart unterschiedlich gelagert, dass neben dem Kriterium des Kindeswohls keine weitergehende gesetzliche Konkretisierung möglich ist. Bereits bei der Revision des Kindesrechts, namentlich in Art. 298 Abs. 2 ZGB, hat der Gesetzgeber diesen Begriff verwendet. Nach der genannten Bestimmung ist das „Wohl des Kindes“ massgebend, um die Frage zu beantworten, ob dem Kind unverheirateter Eltern ein Vormund zu bestellen oder ob die elterliche Gewalt dem Vater zu übertragen ist, wenn die Mutter die elterliche Gewalt nicht ausüben kann. Darauf stützt sich die folgende Bestimmung: Die elterliche Gewalt kann durch die Betreuungsbehörde über die Minderjährigkeit hinaus erstreckt werden, wenn und solange das Wohl der betroffenen Person dies erfordert. Die Formulierung bedingt, dass die Massnahme nur in Betracht kommt, wenn sie nur kurze Zeit vor oder nach dem Erreichen des 18. Altersjahres angeordnet wird. Die Möglichkeit, dass die elterliche Gewalt wieder hergestellt wird, nachdem vorgängig eine andere Betreuungsmassnahme für einen Erwachsenen angeordnet wurde, muss ausgeschlossen werden.

Was die zeitliche Dauer der Massnahme betrifft, würde es naheliegen, eine bestimmte Altersgrenze vorzusehen. Denkbar wäre z.B. das 25. Altersjahr. Diese Altersgrenze ist häufig im Sozialversicherungsrecht vorgesehen. Indessen zeigt eine vertiefte Prüfung des Problems, dass eine flexible Lösung geeigneter ist. Mit einer bestimmten Altersgrenze würde nämlich je nach der Situation des Einzelfalles eine künstliche Grenze geschaffen, die dem Wohl der betroffenen Person abträglich wäre.

Es wird bei der Ausarbeitung des definitiven Gesetzestexts zu prüfen sein, inwiefern es nötig ist, für den vorliegenden Bereich spezielle Bestimmungen über die elterliche Gewalt zu schaffen, die von den allgemeinen Vorschriften des Kindesrechts abweichen.

Die alternative Lösung einer dem belgischen Recht nachgebildeten verlängerten Unmündigkeit hätte den Vorteil, dass Unmündige unter elterlicher Gewalt und Unmündige unter Vormundschaft gleich behandelt würden. Die Verwirklichung dieses Ziels wäre aber wohl nur von theoretischem Interesse, wenn sich die Massnahme auf dauernd urteilsunfähige Personen beschränkt, bei denen,

wie oben bereits ausgeführt, ohnehin eine gesetzliche Vertretung für alle Angelegenheiten nötig ist. Diesfalls sind aber die konkreten Vorteile kaum ersichtlich, die Unmündige unter Vormundschaft hätten, wenn sie während einer bestimmten Zeit nicht unter die Betreuungsmassnahmen für Erwachsene fallen würden.

2.5. Die Ersatz- und die Notbetreuung

2.5.1. Die Ersatzbetreuung

Für zwei Fälle sieht das heutige Recht beim Vorliegen einer gesetzlichen Vertretung eine Vertretungsbeistandschaft vor: für den Fall der rechtlichen Verhinderung wegen Interessenkollision im Rahmen des Art. 392 Ziff. 2 ZGB und für den Fall der faktischen Verhinderung im Rahmen des Art. 392 Ziff. 3 ZGB. Diese Bestimmungen beziehen sich dem Wortlaut nach eindeutig auf die Eltern und den Vormund als die formellen gesetzlichen Vertreter anderer Personen. Doch ist gemäss der Lehre Ziff. 2 auch bei Beiratschaft, ausnahmsweise bei Beistandschaft anzuwenden, Ziff. 3 dagegen sowohl bei Vormundschaft wie auch bei Beiratschaft und Beistandschaft (SCHNYDER/MURER, N 77 ff. zu Art. 392 ZGB).

Es versteht sich von selbst, dass auch im neuen Recht ein Betreuer dann nicht für den Betreuten handeln darf, wenn eine Interessenkollision vorliegt. Gleiches gilt doch wohl auch für den Fall, da der Betreuer zwar nicht für den Betreuten handelt, aber bei einer Handlung des Betreuten mitwirken muss. Aber auch dort, wo der Betreuer bei Vorliegen einer Verwaltungsbetreuung für den Betreuten handelt, obwohl dessen Handlungsfähigkeit nicht eingeschränkt ist, drängt sich die Lösung auf, dass er bei Interessenkollision nicht handeln darf. Daher hat das Gesetz eine Lösung vorzusehen, wonach in Fällen, da die Interessen des Betreuers denen des Betreuten widersprechen, ein Ersatzbetreuer zu bestellen ist. Es hätte sich auch rechtfertigen lassen, diese Ersatzperson wie bis anhin Beistand zu nennen. Da indessen im Zusammenhang mit der Vertretung des Betreuten im Fall von Interessenkollision durchaus auch die persönliche Betreuung im Spiele sein kann, empfiehlt es sich, auch diesen „Amtsinhaber“ Betreuer zu nennen. Allerdings bedarf es dann einer analogen Bestimmung für Fälle von Interessenkollisionen der Eltern oder des Vormunds bzw. Betreuers unmündiger Personen im Verhältnis zu Kindern. Eine solche Bestimmung könnte aber ohne weiteres in das Kindesrecht aufgenommen werden.

Das Gesetz spricht sich heute nicht darüber aus, welches die Rechtswirkung ist, wenn eine Interessenkollision vorliegt, die Behörde es aber unterlässt, für diesen Fall einen Beistand zu ernennen. Die Rechtsprechung hat hier erkannt, dass diesfalls die Vertretungsmacht entfällt (BGE 107 II 105, 118 II 101 und 120 II 9). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn gutgläubige Dritte mit im Spiele sind (mag auch die entsprechende Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht absolut eindeutig sein: vergleiche BGE 120 II 9 und im einzelnen die BGE, auf welche der 120er Entscheid verweist). Es empfiehlt sich, diese Frage im zukünftigen Recht zu regeln. Demnach wäre vorzusehen, dass beim Vorliegen widersprechender Interessen die Vertretungsmacht des Betreuers entfällt, der Schutz gutgläubiger Dritter aber vorbehalten wäre.

Neben dem Fall der Interessenkollision muss in einem zukünftigen Recht auch der Fall berücksichtigt werden, da der Betreuer faktisch daran gehindert ist, für den Betreuten zu handeln. Auch hier drängt sich die Möglichkeit auf, dass diesfalls ein Ersatzbetreuer ernannt wird. Für diesen Fall ist der Name „Betreuer“ mindestens ebenso sinnvoll wie für den Fall der Interessenkollision. Dagegen braucht im Gesetz nicht geregelt zu werden, was gilt, wenn der Betreuer am Handeln verhindert ist und eine Ersatzbetreuung unterbleibt. Solange dies der Fall ist, liegt eine Notstandssituation vor, welche von der Betreuungsbehörde möglichst rasch behoben werden

muss. Aber es besteht kein Risiko, dass der Betreute wie im Fall der Interessenkollision durch ein unangemessenes Verhalten des Betreuers geschädigt wird.

2.5.2. Die Notbetreuung

Nach bisherigem Recht sieht Art. 392 Ziff. 1 ZGB die Ernennung eines Vertretungsbeistandes vor, wenn bei faktischer Verhinderung eine mündige Person in einer dringenden Angelegenheit wegen vorübergehender Schwächen weder selbst zu handeln noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag. Das Bedürfnis, für solche Notfälle eine Lösung zu haben, besteht auch im neuen Recht. Das Gesetz sollte daher vorsehen, dass einer volljährigen Person für dringende Angelegenheiten ein Notbetreuer zu bestellen ist, wenn sie wegen Abwesenheit, vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder dergleichen weder selbst zu handeln noch einen Vertreter zu bezeichnen vermag. Bei den meisten von dieser Norm erfassten Fällen ist allerdings eine persönliche Betreuung unmöglich. Dennoch empfiehlt es sich, diesen „Amtsträger“ nicht als Beistand zu bezeichnen. Erstens einmal gibt es Fälle, bei denen auch hier persönliche Betreuung Sinn macht; sodann übt dieser Amtsträger ja eben Funktionen aus, die sonst Aufgabe eines Betreuers sind.

Was die Schwächezustände betrifft, bei deren Vorliegen ein Notbetreuer zu bestellen ist, ist in erster Linie an drei Fälle zu denken: Zunächst einmal an den Fall der Abwesenheit einer Person (bei längerer Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt kommt die Vermögensbeistandschaft zum Tragen: hierzu siehe hinten Ziff. 4.); sodann an den Fall vorübergehender Urteilsunfähigkeit eines Volljährigen, insbesondere etwa an den Fall, da ein Volljähriger im Koma liegt; schliesslich an den Fall, da eine nicht betreute Person nicht imstande ist, einen ihren persönlichen und wirtschaftlichen Interessen entsprechenden Entscheid zu treffen (siehe den anschaulichen Fall BGE 111 II 11 E. 2, 3b).

Gemäss bisherigem Recht ist der Vertretungsbeistand nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB einer „mündigen“ Person zu bestellen. Das neue Recht wird vermutlich auf den Begriff „Mündigkeit“ verzichten (hierzu siehe im einzelnen nachstehend V, 1.1.). Wohl aber braucht auch nach neuem Recht eine Person dann keinen Notbetreuer, wenn es sich um eine dringende Angelegenheit handelt in einem Bereich, für welchen bereits eine Verwaltungs- oder eine Vertretungsbetreuung besteht. Es wird daher der Ausdruck „mündige Person“ im neuen Recht ersetzt durch „volljährige Person, wo ein Betreuer fehlt“.

2.5.3. Die Führung der Ersatz- und der Notbetreuung

Im bisherigen Recht findet sich im zehnten Titel des ZGB („Die allgemeine Ordnung der Vormundschaft“) die grundsätzliche Bestimmung über die Vertretungsbeistandschaft, während im elften Titel („Die Führung der Vormundschaft“) in Art. 418 festgehalten ist, wie der Vertretungsbeistand sein Amt auszuüben hat: er hat die Anweisungen der Vormundschaftsbehörde genau zu beachten. Im neuen Recht empfiehlt es sich, die Ersatz- und Notbetreuung abschliessend im zehnten Titel des ZGB zu regeln und hierfür nicht mehr eigene Bestimmungen in den elften Titel, der der Durchführung der Betreuung Erwachsener gewidmet ist, aufzunehmen. Es wäre daher im zehnten Titel eine dem bisherigen Art. 418 ZGB entsprechende Bestimmung aufzunehmen, wonach der Ersatz- und der Notbetreuer die Anweisungen der Betreuungsbehörde genau zu beachten haben. Es liesse sich auch denken, für all jene Fälle, bei denen bei besonderer Betreuung eine Zustimmung der Betreuungsbehörde vonnöten ist, auch für den Fall der Ersatz- oder Notbetreuung das Zustimmungserfordernis ausdrücklich vorzusehen. Die Frage sollte auf jeden

Fall vom Gesetzgeber klar geregelt werden, damit nicht hier wie bei der gesamten Zustimmungsproblematik für einzelne vormundschaftliche Massnahmen nach geltendem Recht Rechtsunsicherheit besteht.

3. Die Unterbringung

Vorbemerkung

Neben den „klassischen Betreuungsmassnahmen“ (vgl. II, 2. und III) stellt die neu so genannte „Unterbringung“ in der stationären Einrichtung den zweiten umfassenden Regelungsbereich eines neuen Betreuungsrechts für Erwachsene dar. Im Gegensatz zu den „klassischen Betreuungsmassnahmen“, welche in besonders engem Zusammenhang mit der Handlungsfähigkeit der davon betroffenen Personen stehen, ist die Unterbringung eng verbunden mit der persönlichen Freiheit (der Handlungsfreiheit) der davon Betroffenen: Sie schränkt deren Bewegungsfreiheit ein oder führt zu einer unfreiwilligen Einwirkung auf deren körperliche Integrität. Die Unterbringung äussert sich folglich als Zwangsfreiheitsentziehung (genauer: angeordneter und im Extremfall mit Zwang durchgeführter Freiheitsentziehung) oder als Zwangsbehandlung, wobei das eine mit dem anderen auch verbunden werden kann, ja regelmässig verbunden sein wird.

Als Zwangsbehandlung gilt jede Einwirkung auf die körperliche Integrität eines Betroffenen, die ohne oder gegen dessen Willen erfolgt. Sie muss nicht immer im Zusammenhang mit einer Zwangsfreiheitsentziehung stehen. Die Expertengruppe schlägt jedoch vor, dass Eingang ins neue Betreuungsrecht für Erwachsene nur diejenige Zwangsbehandlung finden soll, die im Rahmen einer Zwangsfreiheitsentziehung durchgeführt wird. Ob und unter welchen Voraussetzungen auch ausserhalb des Betreuungsrechts Zwangsbehandlung geregelt werden soll, gehört in den grösseren Zusammenhang des Persönlichkeitsschutzes schlechthin (hierzu siehe hinten V, 3.).

3.1. Beurteilung der geltenden Regelung

Im geltenden Bundeszivilrecht findet die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE), d.h. die Zwangsfreiheitsentziehung mit fürsorgerischer Zielsetzung, ihre ausdrückliche Regelung in den Art. 397a ff. ZGB. Diese Bestimmungen wurden durch BG vom 6. Oktober 1978 (in Kraft seit 1. Januar 1981) in das ZGB eingefügt. Im Hinblick auf die Übereinstimmung des schweizerischen Rechts mit der EMRK und unter Berücksichtigung der Grundrechtsentwicklung schlechthin wurden die bisherige vormundschaftliche Versorgung in der Anstalt und die kantonale administrative Versorgung durch ein einheitliches Institut des Bundesprivatrechts ersetzt.

Im Verhältnis zum gesamten, 1907 geschaffenen Vormundschaftsrecht stellt die fürsorgerische Freiheitsentziehung im Rahmen des ZGB ein junges Rechtsinstitut dar. Anders als typische Privatrechtsinstitute wie die Heimstätte oder die Gült wird aber die fürsorgerische Freiheitsentziehung von Amtes wegen angewendet. So sind denn auch diese neuen Normen der Art. 397a ff. ZGB in tausenden von Fällen bereits zum Zuge gekommen. Es ist kaum mehr zu glauben, dass man bis 1981, was die vormundschaftsrechtliche Unterbringung angeht, mit Art. 406 ZGB ausgekommen ist. Danach galt: „Steht der Bevormundete im Mündigkeitsalter, so erstreckt sich die Fürsorge auf den Schutz und Beistand in allen persönlichen Angelegenheiten, sowie nötigenfalls auf die Unterbringung in eine Anstalt.“ Anders gesagt: das neue Recht hat sich sehr stark eingelebt. Während in den ersten Jahren seit Inkrafttreten die fürsorgerische Freiheitsentziehung in erster Linie Sozial-

dienste, vormundschaftliche Organe und die Psychiatrie beschäftigt hat, hat dieses Rechtsinstitut in letzter Zeit die Gemüter weit über die Fachkreise hinaus beschäftigt.

Die geltende fürsorgerische Freiheitsentziehung weist nach Ansicht der Expertengruppe zwar einige Schwächen auf. Von diesen ist im folgenden die Rede. Die Expertengruppe glaubt aber, dass die Grundentscheidungen, welche der Gesetzgeber im Jahre 1978 gefällt hat, nicht in Frage gestellt werden sollen. Zu diesen Grundentscheidungen gehört zunächst einmal die Tatsache, dass die fürsorgerische Freiheitsentziehung als Institut des Vormundschaftsrechts geschaffen worden ist. Dabei ging es nicht nur um eine Verbesserung des geltenden Vormundschaftsrechts, sondern um eine Ablösung der kantonalen administrativen Versorgung durch ein einheitliches bundesrechtliches Institut. Während es in Deutschland neben der Unterbringung nach Betreuungsrecht in allen Ländern noch öffentlichrechtliche Unterbringung nach Länderrecht gibt, sieht das schweizerische Recht nur die bundesrechtliche Unterbringung nach den Art. 397a ff. ZGB vor. Eine weitere Grundentscheidung betraf die Umschreibung der Schwächezustände, die zu Freiheitsentziehung führen konnten. Dabei liess sich der Bundesgesetzgeber massgebend von der EMRK inspirieren. Eine Grundentscheidung war auch die grundsätzliche Zuständigkeit einer vormundschaftlichen Behörde für fürsorgerische Freiheitsentziehung, ebenso sehr aber die Möglichkeit des Kantons, hierfür andere Behörden oder Stellen zusätzlich als zuständig zu erklären. Wichtigste Grundentscheidungen betrafen alsdann den Rechtsschutz und das Verfahren. So sind denn auch um der anzustrebenden Verwirklichung des Rechts willen eine ganze Reihe von bedeutsamen Verfahrensvorschriften in das Gesetz aufgenommen worden. Grundentscheidung war auch die Einführung einer direkten Staatshaftung in diesem Bereich des Vormundschaftsrechts.

In neuerer Zeit ist die fürsorgerische Freiheitsentziehung und deren Verwirklichung Gegenstand einer Reihe von Umfragen und Untersuchungen gewesen. In diesem Zusammenhang sei verwiesen auf: BORGHI, Bericht betreffend die Untersuchung über die fürsorgerische Freiheitsentziehung bei allen Kantonsregierungen, in ZVW 45 (1990) 121 ff., 137 ff., BORGHI/BIAGGINI, Evaluation de l'efficacité de la législation sur la privation de liberté à des fins d'assistance, Agno 1991 sowie REZZONICO, Sintesi della ricerca FNSR sulla valutazione dell'efficacia della legislazione sulla privazione della libertà a scopo d'assistenza, in BORGHI (Hrsg.), Die soziopsychiatrische Gesetzgebung. Eine Bilanz, Agno 1992. Ein Mitglied der Expertengruppe hat im soeben zitierten Werk „Die soziopsychiatrische Gesetzgebung. Eine Bilanz“, in einem Aufsatz über „Die Wirksamkeit der Patientenrechte im Bereich der unfreiwilligen psychiatrischen Einweisung: Versuch einer Bilanz“ Hinweise auf mögliche Reformpunkte gegeben. Dabei geht es allerdings zum Teil um Fragen der Rechtsverwirklichung, für die nicht der Gesetzgeber, sondern der Rechtsanwender verantwortlich ist. Auf die einzelnen Schwachpunkte des Gesetzes wird im übrigen nachstehend unter 3.2. und hinten unter IV eingegangen. Das geltende Recht hat aber nach Ansicht der Expertengruppe eine Hauptschwäche, welche eine bedeutsame Korrektur der bisherigen Regelung zur Folge haben sollte. Davon ist im folgenden die Rede.

Bereits bei der Schaffung des neuen Rechts hat ein Nationalrat in der Expertenkommission vorgeschlagen, man möge das neue Rechtsinstitut „Betreuung in einer Anstalt“ nennen (siehe TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 405 Anm. 6). Darauf wurde dann aber bewusst verzichtet. Dies geschah deshalb, weil der Gesetzgeber klar zum Ausdruck bringen wollte, dass es ihm darum gehe, Rechtsschutzgarantien gegen unfreiwillige Freiheitsentziehung zu schaffen. Der Ausdruck „Betreuung in der Anstalt“ hätte die grosse Tragweite des Eingriffs in die persönliche Freiheit stark verbrämt. Inzwischen hat sich aber gezeigt, dass der Name des Rechtsinstituts, welcher nur „fürsorgerische Freiheitsentziehung“ lautet, doch sehr einseitig ist. Geht es doch in der Sache zweifellos um zweierlei: Einmal wird einem Menschen ohne oder gegen seinen Willen die Freiheit entzogen, sich an jenem Orte aufzuhalten, an dem er sich aufhalten will, und wird ihm kraft behördlicher Anordnung befohlen, in einer Anstalt zu leben. Das ist fürsorgerische Freiheitsentziehung. Diese Freiheitsentziehung ist aber nicht Selbstzweck. Vielmehr geht es darum, dass

die betroffene Person alsdann in der Anstalt personengerecht betreut wird. Auch dies und gerade dies ist Inhalt der Massnahme, welche auch schon das bisherige Vormundschaftsrecht umschlossen hat. Es geht ja eben darum, dass der betroffenen Person in der Anstalt die (sonst nicht zu erbringende) nötige Fürsorge zuteil wird. Dieser Aspekt kommt mit der einseitigen bisherigen Umschreibung zu wenig zum Ausdruck. Das soll denn auch in Zukunft geändert werden. Danach wird für die Umschreibung des Ganzen der Ausdruck „Unterbringung“ gewählt. Diese Unterbringung zerfällt dann in die ohne oder gegen den Willen der betroffenen Person angeordnete Freiheitsentziehung einerseits, in die Betreuung in der Anstalt anderseits. Der Oberbegriff „Unterbringung“ umfasst die beiden Unterbegriffe „fürsorgerische Freiheitsentziehung“ und „Betreuung in der stationären Einrichtung“. Mit dieser letzten Aussage ist auch gerade gesagt, dass die Expertengruppe vorschlägt, den Ausdruck „Anstalt“ durch den Ausdruck „stationäre Einrichtung“ zu ersetzen. Das Wort „Anstalt“ hat eine negative Konnotation, wirkt - ob man es will oder nicht - ein Stück weit stigmatisierend. Der Ausdruck „stationäre Einrichtung“ ist zwar weniger griffig, trägt aber dem wichtigen Bedürfnis Rechnung, im neuen Recht nach Möglichkeit auf jede stigmatisierende Bezeichnung zu verzichten.

Im Zusammenhang mit der Betreuung in der stationären Einrichtung steht ein Problem im Vordergrund: Es ist die Zwangsbehandlung. Die Regelung dieser Frage bildet denn auch den rechtlichen Kerninhalt der Betreuung in der stationären Einrichtung. In der Sache handelt es sich hier um die wichtigste Neuerung des neuen Rechts. Von der damit zusammenhängenden Problematik sei nun im folgenden die Rede. In diesem Zusammenhang sei vor allem auf die bedeutsamen Publikation FINZEN/HAUG/BECK/LÜTHY, *Hilfe wider Willen, Zwangsmedikation im psychiatrischen Alltag*, Bonn 1993, sowie auf den Tagungsrückblick auf die Jahrestagung der Pro Mente Sana 1990 „Zwangsbehandlung in der Psychiatrie“ verwiesen.

Wie dies auch der Wortlaut von Art. 397a ZGB („... die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann“) zum Ausdruck bringt, verfolgt die FFE in der Regel einen therapeutischen Zweck. Die FFE wird, gerade auch im Bereich der Psychiatrie, regelmässig mit der Zielsetzung angeordnet, dem Betroffenen die erforderliche Behandlung angedeihen zu lassen. So steht die FFE nicht für sich allein da, sondern ist in aller Regel bloss Mittel zur Verwirklichung einer Behandlung, zu der gegebenenfalls auch Zwangsbehandlung gehört.

Der komplexe Zusammenhang zwischen FFE und anschliessender Zwangsbehandlung wurde vom Bundesgericht in BGE 118 II 254 erörtert. Es hielt dabei fest, dass die direkt mit der Behandlung des Eingewiesenen verbundenen Zwangsmassnahmen, wie beispielsweise die zwangsweise Verabreichung von Medikamenten oder dessen zwangsweises Festbinden am Bett, keine Freiheitsbeschränkungen im Sinne von Art. 429a ZGB oder Art. 5 Ziff. 5 EMRK darstellen. Folglich könnten die Art. 397a ff. ZGB nicht als Rechtsgrundlage für die mit der FFE verbundenen Zwangsmassnahmen herangezogen werden. Die behandelnden Medizinalpersonen wären vielmehr auf die freie Zustimmung des urteilsfähigen Eingewiesenen in voller Kenntnis der Sachlage („consentement libre et éclairé“) angewiesen. In allen übrigen Fällen, d.h. bei Fehlen eines „consentement libre et éclairé“, müsste sich eine Zwangsbehandlung auf kantonales öffentliches Recht abstützen können. Da allerdings im erwähnten BGE die hier behandelte Problematik nur die (für das Gericht immerhin entscheidende) Vorfrage betroffen hat, liegt hier vielleicht nur ein obiter dictum vor und ist das letzte Wort möglicherweise noch nicht gesprochen. Angesichts der in zahlreichen Kantonen äusserst spärlichen Legiferierung in dieser komplexen und schwierigen Materie springt die Schwäche der heutigen Regelung ohne weiteres ins Auge.

De lege ferenda ruft indessen die enge Verbundenheit zwischen FFE und Zwangsbehandlung als Grund oder Folge der FFE zwingend nach einer umfassenden Regelung aller sich in diesem Zusammenhang stellenden materiellen Rechtsfragen auf Bundesebene. Dies stellt den Bundesgesetzgeber vor keine einfache Aufgabe. Es handelt sich aber um eine fundamentale Rechts-

schutzfrage im Zusammenhang mit der FFE, die nicht in 26 allenfalls unterschiedlichen Lösungen geregelt werden darf. Gemäss einem von der Expertengruppe von einem Fachmann des Bundesamtes für Justiz eingeholten Gutachten schliesst die Bundesverfassung denn auch eine solche Lösung nicht aus. Schliesslich liegt es im Interesse sowohl des betroffenen Eingewiesenen als auch der diesen behandelnden Medizinalpersonen, dass das Gesetz in dieser Frage so klar und so verständlich wie nur irgend möglich ist.

Nach dem Wissensstand der Expertengruppe werden heute in psychiatrischen Kliniken vielfach Zwangsbehandlungen durchgeführt, ohne dass die davon Betroffenen mittels einer FFE in die Klinik eingewiesen worden sind. Nach Auffassung der Expertengruppe soll in diesen Fällen im künftigen Recht jedenfalls gemäss Betreuungsrecht eine Zwangsbehandlung nur noch durchgeführt werden können, wenn vorgängig eine FFE angeordnet worden ist: Befindet sich der Betroffene bereits in einer psychiatrischen Klinik, ist folglich vor seiner Zwangsbehandlung über seine Zurückbehaltung zwecks Zwangsbehandlung zu entscheiden. Dieser Entscheid stützt sich materiell auf die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass der Betroffene in den Genuss aller zu seinem Schutze aufgestellter Verfahrensgarantien gelangen kann.

3.2. *Reformvorschläge*

Vom Aufbau des Gesetzes her gesehen bildet den wichtigsten Reformvorschlag die eben erwähnte neue Bezeichnung „Unterbringung“ für das gesamte Rechtsinstitut und deren Aufteilung in „fürsorgerische Freiheitsentziehung“ einerseits und „Betreuung in der stationären Einrichtung“ anderseits.

Was die fürsorgerische Freiheitsentziehung (nachstehend im engeren neurechtlichen Sinn verstanden) betrifft, ist zunächst einmal die Liste der Schwächezustände im Lichte aller Überlegungen zum neuen Recht zu überprüfen. Hat doch seinerzeit die Revision von 1978 teils Ausdrücke aus dem damaligen Entmündigungsrecht entlehnt und übernommen, die sich ja in einem neuen Recht nicht mehr finden würden.

Das bisherige Recht unterscheidet mit Bezug auf die fürsorgerische Freiheitsentziehung kaum oder ungenügend zwischen dringenden Fällen und zwischen dem Anordnen einer Dauer-massnahme. Hier besteht für neues Recht Regelungsbedarf.

Für das neue Betreuungsrecht ist die Schaffung einer materiell sehr kompetenten Betreuungs-behörde vorgesehen. Diese wird im neuen Recht auch im Zusammenhang mit der Unterbringung eine besondere Rolle zu spielen haben.

Von der Möglichkeit der Bezeichnung einer geeigneten Stelle für die Anordnung der fürsorge-rischen Freiheitsentziehung haben die Kantone massiven, allerdings im einzelnen sehr unterschied-lichen Gebrauch gemacht. Hier besteht ein Bedürfnis, von Bundesrechts wegen Zuständigkeits-vorschriften für dringliche Massnahmen vorzusehen.

Besondere Probleme stellt die bisherige Kompetenz der vormundschaftlichen Behörde, die Entlassung auszusprechen, wenn sie die Einweisung angeordnet hat (siehe in diesem Zusammen-hang SCHNYDER, Zur Frage der Entlassungskompetenz bei der fürsorgerischen Freiheits-entziehung [Art. 397b Abs. 3 ZGB], in ZVW 48 [1993] 173 ff.). Das neue Recht hat für diese Problematik eine Lösung anzubieten.

Fürsorgerische Freiheitsentziehungen nach bisherigem Recht scheitern oft daran, dass keine geeignete Anstalt zur Verfügung steht. Hier stellt sich die Frage, ob nicht von Bundesrechts wegen der nach Verfassung zulässige Druck auf die Kantone im Hinblick auf die Schaffung von solchen Anstalten ausgeübt werden soll, ja, ob nicht auch der Bund Beiträge leisten soll.

Bei der Schaffung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Jahre 1978 wurde ein Antrag eines Parlamentariers, in jedem Fall der betroffenen Person einen anstaltsfremden Beistand zuzuordnen, verworfen. Das neue Betreuungsrecht eröffnet hier Möglichkeiten für die Bestellung eines Betreuers, sobald eine Einweisung in eine Dauermassnahme übergeht. Die Expertengruppe legt auch hierzu einen Reformvorschlag vor.

Schliesslich ist generell dafür zu sorgen, dass die neuen Betreuungsarten (persönliche Betreuung und besondere Betreuung) im Einklang stehen mit dem Unterbringungsrecht.

4. Die Vermögensbeistandschaft

Wie vorne unter 1.2.3. aufgezeigt worden ist, regelt der heutige Art. 393 ZGB (vom Ingress abgesehen) zwei völlig verschiedene Gruppen von Fällen: Die Ziff. 2 ist eine Stufe im Rahmen der vormundschaftlichen Massnahmen für hilfsbedürftige Erwachsene. Das ergibt sich sehr schön aus der gesetzlichen Formulierung und ist in Praxis und Lehre unbestritten. Dagegen handeln die Ziff. 1, 3, 4 und 5 von Fällen nicht verwalteter Vermögen, bei denen das Fehlen der Verwaltung nicht auf Schwächezustände Erwachsener zurückgeht. Die Ziff. 1 und 3 betreffen (vom Fall, da eine juristische Person Erbe ist, abgesehen) natürliche Personen, die Ziff. 4 und 5 juristische Personen und Sammelvermögen. Der Fall der Ziff. 2 geht im neuen Recht im Rahmen der besonderen Betreuung (Verwaltungsbetreuung für das ganze Vermögen) auf.

Im Hinblick auf die Schaffung eines neuen (allenfalls anders heissenden) Vormundschaftsrechts stellt sich die Frage, ob die Fälle der Ziff. 1, 3, 4 und 5 nach wie vor durch gesetzliche Regelung abgedeckt sein sollen. Was die Fälle der Ziff. 1 (längere Abwesenheit einer Person mit unbekanntem Aufenthalt) und 3 (Ungewissheit der Erbfolge und Wahrung der Interessen des Kinds vor der Geburt) angeht, weist die Lehre darauf hin, dass hier auch andere, teils im Erbrecht, teils im Kindesrecht angesiedelte Massnahmen zum Zuge kommen, diese Bestimmungen also eine ausgeprägte Lückenbüsserfunktion haben. Ja, was die Wahrung der Interessen des Kinds vor der Geburt betrifft, wird die Frage aufgeworfen, ob diese Bestimmung nicht sogar überflüssig sei (SCHNYDER/MURER Art. 393 N 58). Die Expertengruppe hat denn auch diese Frage nicht besonders vertieft. Immerhin besteht kein Grund, in den Fällen, da diese Normen bis anhin gute Dienste leisten konnten, wegen des neuen Betreuungsrechts in Zukunft darauf zu verzichten. Wohl aber stellt sich die Frage, ob die entsprechende Massnahme auch Teil der besonderen Betreuung sein soll. Das kann doch wohl verneint werden; hier ist von der Natur der Sache her eine persönliche Betreuung schlechthin ausgeschlossen (der nasciturus wird ja auch nicht durch diesen Beistand betreut). Es empfiehlt sich daher, hier den Ausdruck Beistandschaft beizubehalten. Dabei schlägt die Expertengruppe vor, dass das Wort „Verwaltung“ nicht in den Namen des Instituts aufgenommen wird, mithin nicht von Vermögensverwaltung oder Verwaltungsbetandschaft gesprochen werden soll. Vielmehr schlägt die Expertengruppe das Wort „Vermögensbeistandschaft“ vor. Dadurch kommt auch sehr gut zum Ausdruck, dass es hier eben primär um Vermögen und nicht um Menschen geht.

Was die Ziff. 4 und 5 des Art. 393 ZGB betrifft, hat sich die Expertengruppe für Ziff. 4 mit Prof. PIERRE TERCIER und für Ziff. 5 mit Dr. THOMAS JÄGGI vom Bundesamt für Justiz beraten. Beide

Experten finden, dass diese Bestimmungen ihren guten Sinn haben und beibehalten werden sollen. Hierfür ist das Wort „Vermögensbeistandschaft“ nun auch ganz besonders geeignet. Die Expertengruppe schlägt daher vor, auch im zukünftigen Recht diese Fälle im wesentlichen wie im bisherigen zu regeln. Gemäss VE für ein neues Stiftungsrecht wäre die Verbeiständung von Stiftungen auf nicht der Aufsicht unterstellte Stiftungen beschränkt (vgl. RIEMER, Berner Kommentar, Bd I: Einleitung und Personenrecht, 3. Abt.: Die juristischen Personen, 1. Teilbd.: Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52 - 59 ZGB, Bern 1993, Systematischer Teil N 214). Das hätte entsprechende Auswirkungen auf das neue Betreuungsrecht.

Der Ingress des bisherigen Art. 393 ZGB geht vom Grundtatbestand aus, dass einem Vermögen die nötige Verwaltung fehlt. Er deckt damit auch den Fall ab, da es sich um das Vermögen eines schwachen Erwachsenen handelt. Dieser Fall wäre fortan durch die besondere Betreuung oder gegebenenfalls durch vorsorgliche Massnahmen im Hinblick auf besondere Betreuung abgedeckt. Gemäss Vorschlag der Expertengruppe wird sich fortan der Ingress zu dieser Bestimmung nur mehr auf die vier bisher in den Ziff. 1, 3, 4 und 5 geregelten Fälle beziehen. Sie könnte also lauten: „Fehlt einem Vermögen die nötige Verwaltung, so ist in folgenden Fällen ein Beistand zu bestellen.“ Der Hinweis auf das Erforderliche ist wohl nicht nötig. Würde doch auch hier die Möglichkeit einer vorsorglichen Massnahme bestehen. Andererseits sollte auf das „namentlich“ verzichtet werden. Die bisherige Generalklausel hat durch die Stärkung des Vermögensschutzes im neuen Kindesrecht einen wesentlichen Teil ihrer geringen Bedeutung verloren (siehe in diesem Zusammenhang SCHNYDER/MURER Art. 393 N 30).

Im übrigen ist zu dieser Problematik festzuhalten, dass sie nicht im Vordergrund des Interesses der Expertengruppe stand. Für Details sei im Hinblick auf die Gesamtrevision hier auch auf SCHNYDER/MURER Art. 394 N 88 und dort Zitierte verwiesen.

Die Vermögensbeistandschaft sollte im neuen Recht abschliessend im zehnten Titel des ZGB geregelt werden. Es wäre daher gerade dort und nicht wie bis anhin im elften Titel zu erwähnen, dass sich der Vermögensbeistand auf die Verwaltung und die Fürsorge für die Erhaltung des Vermögens zu beschränken habe. Für Verfügungen, die darüber hinaus gehen, dürfte er nur aufgrund besonderer Ermächtigung handeln, die ihm die Betreuungsbehörde erteilte (siehe den bisherigen Art. 419 ZGB).

Was die Beschränkung der Handlungsfähigkeit angeht, gilt für die Vermögensbeistandschaft dasselbe wie für die Verwaltungsbetreuung. Die Vermögensbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person nur insofern ein, als sie sich die Handlungen des Beistandes anrechnen lassen muss.

III. Die Durchführung der Betreuung Erwachsener

1. Anordnung, Änderung und Aufhebung der Massnahme

1.1. *Allgemeines*

Der vorliegende Unterabschnitt betrifft nur die Massnahmen mit „ambulanten“ Charakter. Für den speziellen Fall der Unterbringung werden die gleichen Fragen unter Ziff. IV, 1. behandelt.

Anordnung, Änderung und Aufhebung von Massnahmen können nur dann optimal durchgeführt werden, wenn der Gesetzgeber für folgende Bereiche angemessene Lösungen vorsieht:

- Bezeichnung der zuständigen Behörden;
- Verfahrensgarantien;
- vorsorgliche Massnahmen;
- Öffentlichkeit der Entscheidungen;
- Rechtsmittel.

Für die Bevormundung verweist das geltende Recht - mit Ausnahme der Anhörung und des Sachverständigengutachtens (Art. 374 ZGB) sowie der Veröffentlichung (Art. 375 ZGB) - im wesentlichen auf das kantonale Recht. Bezüglich der Beistandschaft und der Beiratschaft ist das Gesetz lückenhaft und die Tragweite der vorhandenen Bestimmungen nicht immer klar.

Die Expertengruppe ist der Meinung, dass alle Bestimmungen über die Anordnung, Änderung und Aufhebung der Massnahmen am besten in einem einzigen Unterabschnitt geregelt werden sollten. Die Vorschrift über die Bezeichnung der zuständigen Behörden ist an den Anfang gestellt worden, weil die Entscheidung darüber einen wesentlichen Einfluss auf die anderen Punkte haben kann. Dies gilt insbesondere für die Verfahrensgarantien, die ihren Niederschlag im Verfahrensrecht und bei der Ausgestaltung der Rechtsmittel finden müssen. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen zur Regelung der allgemeinen Ordnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener verwiesen werden (vgl. oben Ziff. II, 1.5.).

1.2. *Die zuständigen Behörden*

1.2.1. Sachliche Zuständigkeit (ratione materiae)

Der Katalog der vorgeschlagenen Massnahmen zum Schutz von Personen und Vermögen geht davon aus, dass stets die Bedürfnisse und Umstände des Einzelfalles entscheidend sind. Eine sinnvolle Anwendung der gesetzlichen Mittel setzt deshalb notwendigerweise ein interdisziplinäres Vorgehen und einen gewissen Professionalismus voraus.

Die Verwirklichung des materiellen Bundesrechts setzt voraus, dass in allen Kantonen eine erstinstanzliche Behörde vorhanden ist, deren Mitglieder über die Ausbildung und Sachkompetenz verfügen, die erforderlich sind, um die vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziele zu erreichen. Im

Anschluss an vertiefte Abklärungen ist die Expertengruppe zum Schluss gekommen, dass die von Gesetz, Lehre, Rechtsprechung und insbesondere EMRK verlangten qualifizierten Anforderungen für Eingriffe in die Persönlichkeit es erforderlich machen, den Vorsitz der zum Schutz der Erwachsenen eingesetzten Behörde einem Richter oder einer Richterin zu übertragen. Dies ist heute bereits in mehreren Kantonen, namentlich in der Romandie, der Fall. Dem interdisziplinären Aspekt könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass dem Richter oder der Richterin mindestens zwei Personen zur Seite gestellt werden, die über Kenntnisse und wenn möglich über praktische Erfahrung in den Bereichen der Sozialarbeit, der Medizin oder der Psychologie verfügen. Ein solches Konzept würde zwangsläufig eine gewisse Neuorganisation der Vormundschaftsbehörden bedingen, die heute in vielen Kantonen auf Gemeindeebene organisiert sind. Hingegen wären damit grundsätzlich dort keine organisatorischen Auswirkungen verbunden, wo die Vormundschaftsbehörde bereits auf Kreis-, Bezirks- oder Kantonsebene organisiert ist.

Eine interdisziplinäre erstinstanzliche Behörde unter dem Vorsitz eines Richters oder einer Richterin könnte zu einer spürbaren Entlastung der für den Schutz von Erwachsenen vorgesehenen Strukturen führen. In ihrer Eigenschaft als Richter oder Richterin könnte die Person, welche der Betreuungsbehörde vorsteht, gewisse Kompetenzen selbständig ausüben. Dies wäre z.B. für Massnahmen der Vermögenssorge denkbar, die keine dauerhaften Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Person haben. Dasselbe gilt für die Aufsicht über die Personen, die Betreuungsaufgaben wahrnehmen. Schliesslich könnten sich alle Kantone mit der Einsetzung einer einzigen Aufsichtsbehörde begnügen, der als Rechtsmittelinstanz die Kontrolle der Rechtsanwendung grundsätzlich allein zustünde (vgl. unten Ziff. 1.6.).

1.2.2. Örtliche Zuständigkeit (ratione loci)

Der Vorschlag der Expertengruppe, das Kriterium des Wohnsitzes durch dasjenige des gewöhnlichen Aufenthalts zu ersetzen ist nicht revolutionär. Dies wird bereits seit längerer Zeit vorgeschlagen (vgl. SCHNYDER/MURER, Vorbemerkungen zu Art. 376 - 378 N 17 mit weiteren Hinweisen auf das Schrifttum) und entspricht der Lösung, die im allgemeinen von den internationalen Konventionen vorgesehen wird. Zudem hat der Gesetzgeber in Art. 315 und 397b ZGB bereits eine Regelung in diese Richtung getroffen. Die Anerkennung einer subsidiären Zuständigkeit der Heimatbehörde dürfte nicht mehr gerechtfertigt sein, wenn einzig die Wohnsitzgemeinde grundsätzlich für die Festlegung und Ausrichtung von Fürsorgeleistungen zuständig ist, zumal heutzutage die Rückführung einer bedürftigen Person nicht mehr zur Debatte stehen kann.

1.3. *Verfahrensgarantien*

Es versteht sich von selbst, dass das Grundprinzip, wonach das Verfahren von den Kantonen zu regeln ist, nicht geändert wird. Wie bereits heute muss sich das Bundesrecht darauf beschränken, den Mindeststandard festzulegen, der nötig ist, um dem materiellen Recht zum Durchbruch zu verhelfen und um Ungleichbehandlungen zu verhindern, die das materielle Recht vereiteln würden.

1.3.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör

Im geltenden Recht ist der Gehörsanspruch, abgesehen von der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397e f. ZGB), nur für die auf Art. 370 ZGB gestützte Entmündigung ausdrück-

lich vorgeschrieben (vgl. Art. 374 I ZGB). Im Falle von Art. 369 ZGB schreibt das Gesetz lediglich vor, dass sich das Sachverständigengutachten „auch über die Zulässigkeit einer vorgängigen Anhörung des zu Entmündigenden auszusprechen hat“ (Art. 374 II ZGB).

Der völlige Verzicht auf eine ausdrückliche Erwähnung des Gehörsanspruchs mit der Begründung, das Gericht müsse die sich aus Art. 4 BV ergebenden Voraussetzungen kennen (vgl. diesbezüglich die Ausführungen von O. GUILLOD in ZVW 46 [1991] 41 und CH. HÄFELI in ZVW 46 [1991] 56), ist nicht stichhaltig. Die Expertengruppe ist daher der Auffassung, dass im Gesetz eine Verpflichtung der Behörde festzuschreiben ist, jedermann die folgenden Verfahrensgarantien zu gewähren:

- Persönliche Anhörung vor Erlass einer Massnahme, es sei denn, die persönliche Anhörung ist wegen Abwesenheit, Weigerung oder des physischen oder psychischen Zustands der betroffenen Person nicht möglich;
- Angabe der Gründe im Entscheid, welche die Massnahme rechtfertigen, und Rechtsmittelbelehrung;
- Ernennung eines Rechtsanwalts oder einer Rechtsanwältin von Amtes wegen, wenn die Massnahme gegen den Willen der betroffenen Person erfolgen soll.

Sofern die Behörde unter der Leitung eines Richters oder einer Richterin steht, wäre es ohne weiteres zulässig, dass in gewissen Fällen die betreffende Gerichtsperson die persönliche Anhörung allein vornimmt.

Die Expertengruppe bezweifelt, dass es unbedingt nötig ist, im Gesetz ein Recht auf Akteneinsicht ausdrücklich zu verankern. Es ist zwar nicht zu bestreiten, dass ein entsprechendes Recht weitgehend anerkannt werden sollte, allenfalls sogar nach abgeschlossenem Verfahren (vgl. BGE 112 Ia 102 E. 6). Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift würde aber die Gefahr in sich bergen, dass sich in der Praxis eine doppelte Dossierführung entwickelt: In das erste unvollständige Dossier würde dann der betroffenen Person mehr oder weniger von Amtes wegen Einblick gewährt; das zweite vollständige Dossier würde hingegen gewissermassen mit der Begründung unter Verschluss gehalten, dass es Akten enthalte, welche die Interessen von nahestehenden Personen oder von Dritten verletzen oder die Psyche der betroffenen, zu schützenden Person belasteten.

Im Hinblick auf das von der Verfassung gewährleistete Recht auf eine unparteiische Behörde muss das Gesetz zwar kein entsprechendes Recht ausdrücklich vorsehen; doch muss dieser Verfahrensgarantie bei der Festlegung der kantonalen Autonomie hinsichtlich der Organisation und der Zusammensetzung der Behörde Rechnung getragen werden. Die Anforderungen, welche sich aus dem genannten Recht ergeben, wären offensichtlich vollumfänglich erfüllt, wenn eine interdisziplinäre Behörde unter dem Vorsitz eines Richters oder einer Richterin als einheitliche Lösung vorgesehen würde.

1.3.2. Das Recht auf ein Sachverständigengutachten

Im geltenden Recht ist die Einholung eines Sachverständigengutachtens nur für die Bevormundung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche vorgeschrieben (vgl. Art. 374 II ZGB). In der Doktrin sind die Meinungen geteilt, ob die Vorschrift für die Verbeiständung analog anwendbar ist.

Im Hinblick auf die de lege ferenda vorgesehenen Massnahmen ist die Notwendigkeit eines Sachverständigengutachtens für diejenigen Fälle gewiss zu verneinen, wo die Massnahme die Handlungsfähigkeit nicht direkt tangiert. Dies träfe bei der persönlichen Betreuung und bei der Verwaltungsbetreuung zu. Wenn die persönliche Betreuung mit einer gesetzlichen Mitwirkungs- oder Vertretungsbefugnis verbunden ist, müsste ein Gutachten in all den Fällen verlangt werden, in denen die Massnahme wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche erfolgt und gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet wird. Eine Expertise muss zudem auch in allen Fällen verlangt werden, in denen sie als nötig erscheint, um die Art und den Umfang der Massnahme sowie das Mass einer allfälligen Beschränkung der Handlungsfähigkeit festzulegen.

In bestimmten Fällen sollte sich die Behörde auf ein ärztliches Zeugnis beschränken können, so wenn die dauernde Urteilsunfähigkeit der kranken oder behinderten Person feststeht. Gleiches gilt, wenn die Behörde bereits über ein neueres Gutachten einer anderen Behörde verfügt, namentlich ein solches der Invalidenversicherung. Damit könnte der am Symposium „Vormundschaft 2000“ geäusserten Sorge vieler Eltern geistig behinderter Kinder Rechnung getragen werden, die sich darüber beklagt haben, dass oft erhebliche unnötige Kosten entstünden, die von keiner Versicherung übernommen würden.

Immer unter Bezugnahme auf das geltende Recht sollte vorgesehen werden, dass die wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zu erstellende Expertise sich auch über die Form und die Grenzen einer Anhörung der betroffenen Person durch die Behörde aussprechen sollte.

1.4. Die vorsorglichen Massnahmen

Darüber enthält das geltende Recht eine einzige Bestimmung, die eigenartigerweise im Abschnitt über die Bestellung des Vormunds eingeordnet ist (vgl. Art. 386 ZGB), obwohl der provisorische Entzug der Handlungsfähigkeit vor der Bestellung des Vormunds angeordnet wird.

De lege ferenda ist es nicht unbedingt nötig, die vorsorglichen Massnahmen ausführlicher zu regeln. Die Regelung der Einzelheiten sollte dem kantonalen Recht vorbehalten bleiben. Es genügt festzuhalten, dass Massnahmen der Betreuung oder des Beistands auch vorsorglich angeordnet werden können, wenn Gefahr im Verzuge ist, und dass sie so rasch wie möglich durch eine ordentliche Massnahme zu ersetzen oder aufzuheben sind. Bezüglich des Verfahrens hat sich die Behörde unter entsprechender Berücksichtigung der Dringlichkeit an die Grundvorschriften der betreffenden Massnahme anzulehnen.

1.5. Die Veröffentlichung der Entscheide

Im Rahmen der kürzlichen Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreuung und Konkurs ist Art. 375 ZGB geändert worden. Abs. 2 der neuen Bestimmung lautet nun wie folgt: „Mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde kann auf eine Veröffentlichung verzichtet werden, wenn die Handlungsunfähigkeit für Dritte offenkundig ist oder der Geisteskranke, Geistesschwache oder Trunksüchtige in einer Anstalt untergebracht ist; die Bevormundung ist aber dem Betreibungsamt mitzuteilen.“

Die Expertengruppe hat in der Doktrin eine deutliche Entwicklung festgestellt, de lege ferenda auf die Veröffentlichung von Entscheiden, durch welche die Handlungsfähigkeit beschränkt wird, zu verzichten (vgl. namentlich C. HEGNAUER, ZVW 45 [1990] 9 f.). Als Hauptargument für diesen

wichtigen Schritt wird angeführt, dass eine solche Publikation offensichtlich keine konkrete Wirkung mehr zeitige. Dies führe zu einem krassen Missverhältnis zwischen dem sehr hypothetischen Nutzen, den die Publikation für Dritte haben könne, und dem beträchtlichen Nachteil für die bevormundete Person, die dadurch abgestempelt und stigmatisiert werde. Statistisch gesehen erweist sich die Massnahme als reine Fiktion. Die Parömie „Niemand kann sich auf die Unkenntnis der Veröffentlichung berufen“ stammt aus einer anderen Zeit. Zudem haben bei Behördenvertretern eingeholte Auskünfte ergeben, dass die Publikationspraxis in den einzelnen Kantonen, zum Teil sogar innerhalb des gleichen Kantons bei den regionalen Behörden, sehr unterschiedlich gehandhabt wird. Der Verzicht auf die Publikation könnte für den Gesetzgeber auch Anlass sein, den Inhalt von Art. 411 Abs. 2 ZGB zu überdenken (vgl. unten V, 1.6.).

Die Expertengruppe hat auch Überlegungen bezüglich der Praktikabilität eines zentralen Registers angestellt, das über alle die Handlungsfähigkeit einschränkenden Massnahmen Aufschluss gäbe. Bei einem regionalen oder kantonalen Register würden sich nicht nur finanzielle Schwierigkeiten bezüglich der Führung ergeben, sondern auch Schwierigkeiten bezüglich der Zuverlässigkeit der eingetragenen Daten. Diese könnten zu summarisch oder jeweils nicht auf dem neuesten Stand sein. Schliesslich würde sich auch das Problem stellen, ob die Person, welche Auskunft verlangt, überhaupt ein schützenswertes Interesse daran hat. Der Vergleich mit anderen von den Kantonen geführten Registern wie dem Grundbuch und dem Handelsregister ist nicht ohne weiteres am Platz.

Schliesslich wäre es auch denkbar, sowohl auf die Veröffentlichung als auch auf die Einrichtung eines Registers zu verzichten und gleichzeitig vorzusehen, dass die für die Betreuung eingesetzten Personen die betreffende Massnahme interessierten Dritten jeweils im Einzelfall zur Kenntnis bringen dürfen. In Anlehnung an das österreichische Recht wäre zudem vorzusehen, dass die Betreuungsbehörde Auskunftsgesuchen von Behörden und Privaten entsprechen kann, sofern ein entsprechendes schützenswertes Interesse vorliegt.

1.6. Die Rechtsmittel

Wie bereits ausgeführt, würde das Modell einer erstinstanzlichen interdisziplinären Behörde unter dem Vorsitz eines Richters oder einer Richterin die sich im Zusammenhang mit der EMRK hinsichtlich der zweiten Instanz stellenden Probleme wesentlich vereinfachen. Die Anforderungen, die sich aus der EMRK ergeben, wären nämlich bereits im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Intervention erfüllt. Zwar müsste die zweite Instanz auch dann zwingend eine richterliche Behörde sein; dieser müsste allerdings nicht mehr unbedingt eine freie Kognition zustehen. Da die erste Instanz eine interdisziplinär zusammengesetzte Behörde wäre, wäre sogar eine gewisse Kognitionsbeschränkung der zweiten Instanz denkbar, wenn der Kanton nicht auch hier die interdisziplinäre Zusammensetzung vorsieht, was allerdings keinesfalls bundesrechtlich vorgeschrieben werden könnte.

Die Frage, ob die Beschwerde gegen jede freiwillig oder unfreiwillig angeordnete Massnahme, eingeschlossen die einfache persönliche Betreuung, offenstehen soll, ist zu bejahen. Bereits heute kann gegen jede Anordnung einer Vormundschaft, Beistandschaft und Beiratschaft bei einer zweiten kantonalen Instanz Beschwerde (Art. 420 II ZGB) und im Anschluss daran zivilrechtliche Berufung an das Bundesgericht (Art. 44 OG) geführt werden.

Die Expertengruppe ist der Auffassung, dass die Beschwerdelegitimation wie bei der fürsorgeischen Freiheitsentziehung (Art. 397d ZGB) auf nahestehende Personen beschränkt werden kann.

Bundesrechtliche Bestimmungen über den Gegenstand der Beschwerde sollten nicht vorgesehen werden.

1.7. Die Änderung und die Aufhebung von Massnahmen

Diesbezüglich sind keine langen Ausführungen nötig. Es ergibt sich direkt aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, dass eine Massnahme aufgehoben werden muss, sobald sie nicht mehr erforderlich ist. Gleiches gilt, wenn eine Massnahme wegen günstiger Entwicklung des betreffenden „Falls“ durch eine leichtere Massnahme ersetzt werden kann. Weil die vorgeschlagenen Massnahmen viel mehr auf die jeweilige Situation des „Falls“ zugeschnitten sind als im geltenden Recht, kann auch darauf verzichtet werden, eine bestimmte Minimaldauer festzulegen, wie dies heute Art. 437 ZGB für Entmündigungen nach Art. 370 ZGB vorsieht. Die Verfahrensfragen könnten im wesentlichen dadurch gelöst werden, dass auf die Bestimmungen für die Anordnung der Massnahmen verwiesen wird oder dass diese als analog anwendbar erklärt werden.

2. Der Betreuer

2.1. Die Person des Betreuers

2.1.1. Zusammenfassende Darstellung des geltenden Rechts

Das geltende Recht enthält in Art. 379 bis 384 ZGB eine Reihe von Bestimmungen zur Person des Vormunds; laut Art. 367 Abs. 3 ZGB gelten diese Bestimmungen auch für den Beistand und den Beirat. Art. 385 Abs. 3 ZGB über die Erstreckung der elterlichen Gewalt enthält eine indirekte Bestimmung zur Person des Vormunds, und die Regelung der Entschädigung in Art. 416 ZGB gehört auch in diesen Kontext.

- Allgemeine und besondere Eignung als Voraussetzung

Art. 379 Abs. 1 ZGB verpflichtet die Vormundschaftsbehörde, eine mündige Person, die zu diesem Amte geeignet erscheint, zum Vormund zu wählen. Lehre (vgl. namentlich SCHNYDER/MURER, Art. 379 N 1 bis 85 sowie DISCHLER, Die Wahl des geeigneten Vormunds, Diss. Freiburg 1984) und Rechtsprechung haben daraus eine allgemeine Eignung im Sinne des Vorhandenseins bestimmter charakterlicher und persönlicher Eigenschaften und eine besondere Eignung im Sinne der Fähigkeiten, ein bestimmtes Mandat für eine bestimmte Person zu übernehmen, abgeleitet.
- Art. 380 ZGB enthält eine gesetzliche Eignungsvermutung des nahen Verwandten (vgl. SCHNYDER/MURER, Art. 380 N 5).
- Art. 381 ZGB räumt dem Hilfsbedürftigen selber und seinen Eltern ein Vorschlagsrecht ein. Für Verwandte und vorgeschlagene Vertrauenspersonen gilt jedoch die allgemeine Eignungsvoraussetzung.
- Art. 382 ZGB statuiert eine allgemeine Pflicht zur Übernahme des Amtes für die männlichen Verwandten und den Ehemann der zu bevormundenden Person sowie für alle in bürgerlichen Ehren stehenden Männer, die in dem Vormundschaftskreise wohnen.

- Art. 383 ZGB enthält eine Reihe von Ablehnungsgründen: Alter und Behinderung, bereits vorhandene Verpflichtungen sowie bestimmte öffentliche Funktionen können als Ablehnungsgründe geltend gemacht werden.
- Art. 384 ZGB formuliert vier Ausschlussgründe. Zwei davon beziehen sich auf die allgemeine Eignung, einer auf tatsächliche oder potentielle Interessenkollisionen und schliesslich dürfen Mitglieder der beteiligten vormundschaftlichen Behörden nicht ernannt werden, solange andere taugliche Personen vorhanden sind.
- Art. 385 Abs. 3 ZGB sieht vor, mündige Kinder, die entmündigt werden müssen, in der Regel unter der elterlichen Gewalt zu belassen, womit den Eltern dieser Personen eine Sonderstellung eingeräumt wird.
- Art. 379 Abs. 2 ZGB ermöglicht die Ernennung von zwei oder mehreren Personen, die das Amt gemeinsam oder aufgrund einer amtlichen Ausscheidung der Befugnisse ausüben können.
- Keine Bestimmungen enthält das ZGB über den Amtsvormund und zur Frage, ob juristische Personen mit der Führung von vormundschaftlichen Mandaten beauftragt werden können. In Bezug auf den Amtsvormund sind sich Lehre, Rechtsprechung und Praxis einig, dass es rechtlich zulässig ist, einer als Vormund beruflich tätigen Person eine Vielzahl von vormundschaftlichen Mandaten zu übertragen, während juristische Personen als Vormund fast einhellig abgelehnt werden (in bestimmten Fällen befürwortend: SENN [1972]; im Rahmen der Revision prüfenswert: STETTLER [1986]). Gegen die Einsetzung von juristischen Personen spricht schon der Wortlaut in Art. 379 Abs. 1 ZGB: „eine mündige Person“.
- Die Regelung der Entschädigung des Vormundes in Art. 416 ZGB ist unvollständig, da sie sich nicht dazu äussert, ob auch ein Anspruch besteht, wenn die bevormundete Person über kein Vermögen verfügt.

2.1.2. Würdigung im Hinblick auf die Revision

Die eben erläuterten Bestimmungen sind seit dem Inkrafttreten des ZGB nicht revidiert worden. Zu Beginn des Jahrhunderts war das Sozialwesen allgemein und die vormundschaftliche Hilfe im besonderen noch nicht verberuflicht. Zwar hat die Stadt Zürich bereits 1908 den ersten Amtsvormund eingesetzt (vgl. die ausführliche Darstellung in SCHREIBER, Die Amtsvormundschaft Zürich, Diss. Zürich 1993) und die Vereinigung der Schweizerischen Amtsvormünder (VSAV) wurde 1913 gegründet, doch ein eigentlicher Verberuflichungsschub ist im Vormundschaftswesen erst in der zweiten Hälfte unseres Jahrhunderts zu verzeichnen. Die Gründe für diese Entwicklung sind namentlich die zunehmende Komplexität der vormundschaftlichen Aufgaben und die damit verbundenen Anforderungen an die Mandatsträgerinnen und -träger sowie die Schwierigkeiten, genügend freiwillige Personen für diese Aufgaben zu finden.

Dennoch haben nach Auffassung aller Autoren, die sich damit befasst haben, die Institute des Amtsvormunds und des Privatvormunds als zwei sich ergänzende Betreuungskonzepte auch in Zukunft nebeneinander ihre Berechtigung. Das Institut des Privatvormunds bietet geeigneten Personen eine Möglichkeit zu sinnvoller sozialer Tätigkeit und trägt dazu bei, dass soziales Verantwortungsbewusstsein, Verständnis und Rücksicht für sozial Schwache in der Bevölkerung

erhalten bleiben. Es kann dadurch auch verhindert werden, dass zunehmend jede mitmenschliche Hilfe an Institutionen und professionelle Helferinnen und Helfer delegiert wird.

Ebenfalls unbestritten ist die Möglichkeit, mehrere Personen als Vormund einzusetzen, obwohl dieses Institut wohl mangels Bekanntheit eher ein Schattendasein fristet. Namentlich die Aufteilung der Personensorge und der Vermögenssorge auf zwei Personen kann sinnvoll sein.

Die Einsetzung von juristischen Personen zur Führung von vormundschaftlichen Mandaten ist in der Schweiz nie eingehend diskutiert worden, obwohl z.B. komplizierte Vermögensverwaltungen ohne persönliche Betreuung zweckmässig von einem Treuhandbüro oder einer Bank wahrgenommen werden könnten. Die Ernennung von juristischen Personen, vor allem in der Form der Vereinsvormundschaft, hatte im alten deutschen Recht Tradition. Der Entwurf zum neuen Recht wollte aufgrund des Prinzips der persönlichen Betreuung darauf verzichten, was zu grossem Widerstand in den interessierten Kreisen geführt hat. Als Kompromiss ist dann die Lösung getroffen worden, wonach ein anerkannter Betreuungsverein zum Betreuer bestellt werden kann, wenn der Volljährige durch eine oder mehrere natürliche Personen nicht hinreichend betreut werden kann. Der ernannte Verein muss die Wahrnehmung der Betreuung jedoch einzelnen Personen übertragen und dem Gericht davon Mitteilung machen (§ 1900 BGB). Auch Österreich kennt die Vereinsachwalterschaft. Die Expertengruppe verzichtet zur Zeit darauf, konkrete Vorschläge zu machen, die Frage sollte jedoch im weiteren Verlauf der Revision diskutiert werden.

Das „Vorrecht“ der Verwandten wird heute durchwegs kritisch beurteilt (an Stelle vieler: SCHNYDER/MURER, Art. 380 N 26 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung in N 60 bis 70). Bei der Revision des deutschen Vormundschaftsrechts war das Verwandtenprivileg ebenfalls umstritten. Das neue Recht enthält denn auch nur noch einen Restbestand des Verwandten- und Elternprivilegs. Nur wenn der Betreuungsbedürftige keinen oder keinen geeigneten Kandidaten vorschlägt, hat das Vormundschaftsgericht ein Selektionsermessen, das in gewissem Sinne an die nach altem Recht vorhandenen Grundsätze der Verwandtenprivilegierung anknüpft. Es hat bei der Auswahl des Betreuers auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen zu Eltern, Kindern und zum Ehegatten sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen. Nach Vorstellung der Expertengruppe soll im neuen Recht ein relativiertes Vorrecht der Verwandten dennoch Eingang finden (vgl. nachstehend 2.1.2. sowie VI, 3.2.).

Kritisch beurteilt wird auch das Institut der Erstreckung der elterlichen Gewalt. Es sind insbesondere geistig Behinderte, die unter die elterliche Gewalt gestellt werden. Das Hauptdilemma besteht darin, dass einerseits Eltern oft am besten in der Lage sind, ihre erwachsenen, geistig behinderten Kinder zu betreuen und sich so auch für diese am wenigsten verändert. Andererseits sollten sich auch geistig Behinderte ihren Möglichkeiten entsprechend von den Eltern ablösen können, was durch die Erstreckung der elterlichen Gewalt eher erschwert wird. Ein weiteres Problem besteht darin, dass Eltern mit zunehmendem Alter weniger oder gar nicht mehr in der Lage sind, ihre elterliche Aufgabe gegenüber ihrem erwachsenen Kind wahrzunehmen, weshalb sich in den meisten Fällen früher oder später die Frage nach einer vormundschaftlichen Massnahme stellt. Die Expertengruppe ist der Auffassung, dass die Möglichkeit beibehalten werden sollte, wobei das Institut ausführlicher geregelt werden müsste (vgl. die ausführliche Darstellung der ungelösten Fragen bei JULMY, Die elterliche Gewalt über Entmündigte [Art. 385 Abs. 3 ZGB], Diss. Freiburg 1991).

Das Vorschlagsrecht der zu betreuenden Person wird in der Literatur positiver beurteilt als das Vorrecht der Verwandten. Als Ausdruck des grösstmöglichen Selbstbestimmungsrechts soll es auch im neuen Recht seinen Niederschlag finden.

Das neue deutsche Betreuungsrecht räumt dem Volljährigen in § 1897 Abs. 4 ebenfalls ein Vorschlagsrecht ein; dem Vorschlag ist zu entsprechen, wenn er dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Auf die Ablehnung einer bestimmten Person als Betreuer durch den Betreuten ist dagegen nur Rücksicht zu nehmen. Mit diesen beiden Bestimmungen soll das Fundament für eine persönliche Betreuung gelegt werden, die Akzeptanz auf Seiten des Betreuten erhöht und seine Kooperation gewonnen werden.

Die Bestimmungen über die allgemeine Amtspflicht sind in erster Linie auf dem Hintergrund des nicht-professionalisierten Vormundschaftswesens zu verstehen. Sie werden mehrheitlich abgelehnt, weil es als problematisch und mit dem Mündelwohl kaum vereinbar erscheint, jemandem das Amt des Vormunds zu übertragen, der sich dagegen wehrt. Wenn eine Amtspflicht beibehalten wird, müsste sie allerdings auf Frauen ausgedehnt werden, und falls das Alter als Ablehnungsgrund beibehalten wird, könnte die Grenze wohl von 60 auf 65 Jahre hinaufgesetzt werden. Denkbar wäre eine Lösung entsprechend § 1898 BGB: „Der vom Vormundschaftsgericht Ausgewählte ist verpflichtet, die Betreuung zu übernehmen, wenn er zur Betreuung geeignet ist und ihm die Übernahme unter Berücksichtigung seiner familiären, beruflichen und sonstigen Verhältnisse zugemutet werden kann. - Der Ausgewählte darf erst dann zum Betreuer bestellt werden, wenn er sich zur Übernahme der Betreuung bereit erklärt hat.“

Die Entschädigung des Vormunds ist in Art. 416 ZGB unvollständig geregelt. Vor allem wenn kein Mündelvermögen vorhanden ist, sollte eine Entschädigung durch das Gemeinwesen ausgerichtet werden. Bestimmungen über die konkrete Ausgestaltung gehören aber wohl eher ins kantonale Recht, wobei eine künftige Regelung die folgenden Elemente enthalten müsste:

- Entschädigung für Vermögensverwaltung und für persönliche Betreuung;
- Bemessung nach Aufwand;
- Festlegung durch die Betreuungsbehörde;
- Entschädigung durch das Gemeinwesen;
- bei entsprechender Vermögenslage der betreuten Person wird die Entschädigung ganz oder teilweise ihrem Vermögen belastet.

Die allgemeine und besondere Eignung wird, wie dargestellt, als Voraussetzung für die Übernahme von vormundschaftlichen Mandaten postuliert, auch die Ausschlussgründe in Art. 384 ZGB sind indirekt ein Beitrag zum Anforderungsprofil. Bestimmungen zur Aus- und Weiterbildung von Vormund/innen fehlen jedoch vollständig im geltenden Recht. In der Literatur werden jedoch allgemein die hohen Anforderungen beschrieben und entsprechende Fortbildungsmöglichkeiten gefordert. Die Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder und die Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK) haben sich ebenfalls an mehreren Tagungen mit diesen Fragen beschäftigt. Die VBK unternimmt zur Zeit im Rahmen des neu errichteten Fachsekretariats erhebliche Anstrengungen zur Behördenschulung und zur Schulung von Privatvormund/innen, und an der HFS Zentralschweiz, Höhere Fachschule im Sozialbereich, läuft seit September 1994 der erste Nachdiplomstudiengang für Amtsvormund/innen (vgl. ausführlich dazu HÄFELI, Ausbildung von Amts- und Privatvormunden - Organisation der Amtsvormundschaft, in ZVW 50 [1995] 4 ff.). Die Expertengruppe ist der Auffassung, dass die Kantone im neuen Recht verpflichtet werden sollen, Aus- und Weiterbildung von Vormund/innen sicherzustellen. Eine geeignete Einführung und Begleitung von freiwilligen Vormund/innen erhöhen vermutlich die Attraktivität dieser Aufgaben und tragen zusammen mit einer angemessenen Entschädigung dazu

bei, dass leichter Freiwillige zu rekrutieren sind und auf die Statuierung einer Amtspflicht verzichtet werden kann.

Zusammenfassend erweisen sich die Bestimmungen über die Person des Vormunds in mannigfacher Hinsicht als revisionsbedürftig. Die Expertengruppe hat sich denn mit diesem Thema auch eingehend befasst und ausgehend von den nachstehenden Leitideen konkrete Vorschläge erarbeitet, die bereits in ausformulierten Gesetzesvorschlägen ihren Niederschlag gefunden haben (vgl. Ziff. VI, 3.2.).

2.1.3. Leitideen in Bezug auf die Person des Betreuers in einem künftigen Recht

- a) Erstes Hauptprinzip bzw. Hauptvoraussetzung für die Bestellung zum Betreuer ist die allgemeine und besondere (für den jeweiligen Einzelfall) Eignung.
- b) Zweites Hauptprinzip ist die grösstmögliche Selbstbestimmung des Betreuungsbedürftigen in Anlehnung an das deutsche Recht. Sie findet ihre Grenze an der Eignung des Vorgeschlagenen.
- c) Relativer Vorrang von Angehörigen (Verwandte und andere nahe Bezugspersonen) unter den folgenden Voraussetzungen:
 - mindestens gleiche Eignung wie allfällige andere Anwärter/innen;
 - der Betreuungsbedürftige muss mit der Ernennung einverstanden sein.
- d) Verzicht auf eine allgemeine Amtspflicht, dafür Schaffung von Rahmenbedingungen, die eine freiwillige Übernahme von Betreuungen attraktiv machen (Einführung, Fortbildung, Begleitung, angemessene Entschädigung).
- e) Professionalität und Freiwilligkeit als zwei sich ergänzende Betreuungskonzepte.

2.1.4. Vorschläge in Bezug auf die Person des Betreuers im künftigen Recht

- a) *Voraussetzungen:*
 - allgemeine und besondere Eignung;
 - die Eignung muss von Amtes wegen geprüft werden;
 - Möglichkeit, die Betreuung persönlich wahrzunehmen (was den Beizug von Hilfskräften nicht ausschliesst);
 - Aufteilung des Mandats auf zwei oder mehr Personen ist möglich.

b) *Selbstbestimmungsrecht:*

Diesem wird Rechnung getragen, indem der Vorschlag einer Vertrauensperson respektiert werden muss, sofern diese Person geeignet und bereit ist, die Betreuung zu übernehmen. Falls die zu betreuende Person eine bestimmte Person als Betreuer/in ablehnt, muss dies respektiert werden, sofern dadurch nicht die Ernennung eines Betreuers vereitelt wird. Wünsche des Ehepartners und der Eltern sind nur zu berücksichtigen, wenn die zu betreuende Person urteilsunfähig ist und keinen Betreuer vorschlagen kann.

c) *Angehörige:*

Es wird bewusst ein weiter Begriff gewählt: Neben nahen Verwandten kommen auch andere nahe Bezugspersonen als Betreuer/in in Frage, wenn die zu betreuende Person niemanden vorschlägt. Die Behörde hat dabei der Qualität der Beziehung und der Gefahr von Interessenkollisionen besondere Beachtung zu schenken.

d) *Freiwillige und Berufsbetreuer:*

Es gibt keinen prinzipiellen Vorrang des einen vor dem anderen. Es ist im Einzelfall unter Beachtung der nachfolgenden Kriterien zu entscheiden, ob ein Freiwilliger oder ein Berufsbetreuer eingesetzt werden soll:

- Art der Aufgabe und die sich daraus ergebenden Anforderungen;
- verfügbare Betreuer/innen.

Die Kantone sind zu verpflichten, für entsprechend ausgebaute Dienststellen mit ausgebildetem Personal zu sorgen und auch die Einführung, Fortbildung und Begleitung von Freiwilligen sicherzustellen.

e) *Ausschlussgründe:*

Die Interessenkollision ist als Spezialfall der mangelnden Eignung speziell zu erwähnen. Behördemitglieder und Sekretär/innen von Behörden sind im Interesse einer klaren Trennung von Behörde und Mandatsträger/in auszuschliessen.

2.2. *Die Bestellung des Betreuers*

2.2.1. Zusammenfassende Darstellung und Würdigung des geltenden Rechts

Nach Art. 379 ZGB hat die Vormundschaftsbehörde den Vormund zu bestellen. Art. 385 Abs. 1 ZGB verpflichtet die Behörde, den Vormund mit aller Beförderung zu bestellen. Falls es vor der Wahl notwendig wird, vormundschaftliche Geschäfte zu besorgen, trifft die Vormundschaftsbehörde von sich aus die erforderlichen Massregeln (Art. 386 I ZGB). Die Ernennung muss dem Gewählten (Art. 387 ZGB) und dem Hilfsbedürftigen schriftlich mitgeteilt werden; der Gewählte kann die Wahl unter Geltendmachung eines Ablehnungsgrundes binnen zehn Tagen nach

Mitteilung ablehnen (Art. 388 I ZGB); der Hilfsbedürftige sowie jedermann, der ein Interesse hat, kann die Wahl ebenfalls binnen zehn Tagen anfechten (Art. 388 II ZGB).

Der Gewählte ist trotz Ablehnung seiner Wahl verpflichtet, die Vormundschaft zu führen bis er des Amtes enthoben wird (Art. 389 ZGB).

Die geltenden Bestimmungen sind zweckmässig und rufen nach keiner grundlegenden Änderung; es ist namentlich richtig, dass die Behörde, welche die Massnahme anordnet, auch den Betreuer bestellt.

2.2.2. Vorschläge in Bezug auf die Bestellung des Betreuers im neuen Recht

Es geht im wesentlichen um eine terminologische Anpassung. Die Bestimmungen über die Erstreckung der elterlichen Gewalt sollen neu im zehnten Titel „Allgemeine Ordnung des Betreuungsrechts“ im zweiten Abschnitt unter lit. C und die vorsorglichen Massnahmen im ersten Abschnitt des elften Titels unter lit. A „Anordnung“ geregelt werden.

2.3. Entlassung des Betreuers

In diesem Zusammenhang sei verwiesen auf die gründliche Dissertation von MARTIN GOOD über „Das Ende des Amtes des Vormundes“ (Freiburg 1992, AISUF 112) und hier insbesondere auf die Seiten 216 f.

3. Die Führung der Betreuung

3.1. Allgemeines

Vorn unter II, 2. sind die konzeptionellen Grundlagen der Betreuung Erwachsener in einem kommenden Recht erläutert worden. Die Expertengruppe hat es dabei nicht damit bewenden lassen, ihre Überlegungen darzustellen. Vielmehr hat sie sich zur Formulierung eines Teilentwurfs durchgerungen, der in diesem Bericht hinten unter VI, 3.1., erscheint. In Analogie zum bisherigen Recht sollte oder müsste das neue Recht indessen unter dem Titel „Die Führung der Betreuung“ über die im Konzept enthaltenen Aussagen hinaus eine ganze Reihe von Bestimmungen enthalten, welche das Konzept konkretisieren. Der Bericht legt nachstehend dar, welche Probleme in welchen möglichen Formen gesetzlich geregelt werden könnten. Die Autoren sind sich allerdings bewusst, dass hier oder dort (namentlich unter III, 3.4.) gelegentlich mehr Probleme aufgeworfen als pfannenfertige Lösungen angeboten werden können. Hier wie häufig im Recht und sonstwo sitzt der Teufel im Detail.

3.2. Die Aufgaben des Betreuers im allgemeinen

Das deutsche Recht widmet den grossen § 1901 BGB den „Betreuerpflichten“. Es stellt sich die Frage, ob man analog im neuen schweizerischen Recht eine Vorschrift schaffen will, die sich auf

alle Betreuungsfälle bezieht. Ein Teil des § 1901 BGB ist allerdings schon im Expertenentwurf ins Konzept aufgenommen worden. Danach gilt für die persönliche Betreuung und, weil die persönliche Betreuung in jeder Betreuung mitenthalten ist, für jede Form der Betreuung schlechthin: „Der Betreuer/die Betreuerin steht der betreuten Person mit Rat und Tat zur Seite und kümmert sich um ihr Wohl; er/sie achtet den Willen der betreuten Person, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.“ Es ist eine Frage der Gewichtung, ob man eine solche Bestimmung schon ins Konzept aufnimmt oder erst bei der Führung der Betreuung erwähnt. Angesichts der fundamentalen Bedeutung der Selbstbestimmung ist es aber sicher sinnvoll, diese Regel nicht erst bei den Konkretisierungen zu bringen.

Gemäss § 1901 Abs. 2 in fine BGB gilt: „Ehe der Betreuer wichtige Angelegenheiten erledigt, bespricht er sie mit dem Betreuten, sofern dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft.“ Dieser Gedanke ist ja auch schon im heutigen ZGB in den Art. 409 und 413 Abs. 3 sowie in Art. 398 Abs. 2 enthalten. Es empfiehlt sich, eine solche generelle Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen. Auch hier geht es um die Rücksichtnahme auf das Selbstbestimmungsrecht. Ob man dabei das leicht antiquierte, wenn auch schön schweizerische „tunlich“ durch „sofern dies dessen Wohl nicht zuwiderläuft“ ersetzen will, ist Ermessensfrage. Vielleicht gibt die deutsche Formulierung das Gewollte konzipier (damit aber auch weniger offen) wieder. Fraglich ist auch, ob man die erwähnte Betreuerpflicht nur für wichtige Angelegenheiten vorbehalten soll.

Wichtig erscheint eine Bestimmung im Sinne von § 1901 Abs. 3 BGB. Diese Norm sieht vor: „Innerhalb seines Aufgabenkreises hat der Betreuer dazu beizutragen, dass Möglichkeiten genutzt werden, die Krankheit oder Behinderung des Betreuten zu beseitigen, zu bessern, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder ihre Folgen zu mildern.“ Gemäss dem vorliegenden Bericht würde man statt von Krankheit oder Behinderung vom Schwächezustand sprechen. Im übrigen ist die Formulierung der vier möglichen Einwirkungen auf den Schwächezustand zwar sehr anschaulich, aber für schweizerische Gesetzgebung vielleicht doch zu perfektionistisch. Man könnte zum Beispiel formulieren: „... den Schwächezustand und dessen Auswirkungen (Folgen) ganz oder teilweise zu beseitigen.“

Schliesslich sieht der vierte Absatz des § 1901 BGB vor: „Werden dem Betreuer Umstände bekannt, die eine Aufhebung der Betreuung ermöglichen, so hat er dies dem Vormundschaftsgericht mitzuteilen. Gleiches gilt für Umstände, die eine Einschränkung des Aufgabenkreises ermöglichen oder dessen Erweiterung, die Bestellung eines weiteren Betreuers oder die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts ... erfordern.“ Eine analoge Bestimmung fehlt heute im ZGB. Was die Aufhebung der Entmündigung anbetrifft, ist sie allerdings mittelbar in Art. 433 ZGB enthalten. Ein ähnliches Anliegen verfolgt ja auch im Kindesschutzrecht Art. 309 Abs. 3 ZGB. Das neue Recht müsste doch wohl eine diesem vierten Absatz des § 1901 BGB entsprechende Bestimmung aufnehmen. Diese Bestimmung hängt ja auch sehr stark mit dem Konzept der massgeschneiderten Massnahme zusammen. Sobald sich der Betreuer darüber Rechenschaft gibt, dass die Massnahme eben nicht mehr massgeschneidert (das Kleid zu eng oder zu weit) ist, soll er verpflichtet sein, die Betreuungsbehörde auf diese Lage aufmerksam zu machen.

3.3. *Die Verwaltung*

Art. 3 des Teilentwurfs der Expertengruppe (hierzu vorn II, 2.3.2. und hinten VI, 3.1.) sieht als unterste Stufe der besonderen Betreuung „Die Verwaltung“ vor. Im Teil über die Führung der Betreuung müsste nun genauer umschrieben werden, welche Kompetenzen dem Verwaltungs-

betreuer mit Bezug auf das Einkommen oder Einkommensteile einerseits, mit Bezug auf das Vermögen oder Vermögensteile andererseits zukommen.

Was die Einkommensverwaltung angeht, müsste der Betreuungsbeschluss darüber Aufschluss geben, auf welche Einkommensteile sich die Verwaltung bezieht. Häufige Fälle dürften hier die Lohnverwaltung (ganz oder teilweise) oder die Rentenverwaltung sein. Denkbar wäre aber auch, dass sich die Einkommensverwaltung auf Erträge eines bestimmten Grundstücks oder aller Grundstücke oder auf Erträge von bestimmten oder allen Wertpapieren beziehen würde. Der Betreuer hätte zunächst einmal das Recht, die von Dritten der betreuten Person geschuldete Leistung in Empfang zu nehmen (allenfalls gar so, dass der Dritte nur ihm gegenüber „erfüllen“ könnte); er hätte alsdann in einem weiten Ermessensrahmen das Recht und die Pflicht, der betreuten Person jeweils soviel Geld auszuhändigen, als ihm angemessen erscheint; ferner sollte der Betreuer ermächtigt sein, Schulden der betreuten Person zu bezahlen. Schliesslich sollte er in der Höhe des (erhaltenen und zu erwartenden) Einkommens zu Lasten des Hilfsbedürftigen für dessen laufende Bedürfnisse die betreute Person verpflichten können. Für den letzten Bereich bestünde mithin Doppelzuständigkeit. Dies wiederum ist der Grund dafür, dass diese Art der Betreuung nicht gegen den Willen der betreuten Person angeordnet werden kann.

Ähnlich wie bei der Einkommensverwaltung müsste bei der Vermögensverwaltung im Betreuungsbeschluss das Vermögen genau umschrieben sein, auf welches sich die Vermögensverwaltung bezieht. Im einzelnen hätte der Betreuer folgende Rechte und Pflichten: Er hätte zunächst einmal das Vermögen „tatsächlich“ sachgerecht zu betreuen (einen Acker zu bestellen, Dividenden einzuziehen, Äpfel zu lesen, Scheiben zu flicken); er dürfte die damit (sinnvollerweise) zusammenhängenden Verträge (mit Wirkung für den Hilfsbedürftigen) abschliessen (so insbesondere Mietverträge mit Bezug auf verwaltete Häuser); er dürfte im Rahmen der Verwaltung Verfügungen vornehmen (also etwa Früchte verkaufen und an diesen dem Käufer Eigentum verschaffen); er hätte das Vermögen mündelsicher anzulegen; schliesslich hätte er auch die Erträge mündelsicher anzulegen oder aber (soweit in deren wohlverstandenen Interesse liegend) analog dem Einkommensverwalter der betreuten Person auszuhändigen. Auch hier dürften sich gewisse Doppelzuständigkeiten ergeben. Es ist jedoch noch einmal darauf hinzuweisen, dass die besondere Betreuung in Form der Verwaltung nicht gegen den Willen der betreuten Person angeordnet werden kann.

Die betreute Person würde durch Einkommens- und Vermögensverwaltung in ihrer Handlungsfähigkeit nur, aber eben insofern betroffen, als sie sich Handlungen des Betreuers anrechnen lassen müsste. Die Handlungsfreiheit als solche wäre von diesen Massnahmen nicht betroffen. Es würde keine Handlung geben, die die betreute Person nur aufgrund der Erlaubnis des Betreuers vornehmen könnte. Faktisch würden allerdings schon Schranken der Handlungsfreiheit vorliegen. Der Betreuer wäre vielleicht nicht dazu bereit, mit Geld für eine Auslandsreise herauszurücken. Dann könnte die betreute Person zwar immer noch einen entsprechenden Reisevertrag abschliessen, praktisch würde sie aber oft darauf verzichten müssen.

3.4. Mitwirkung und Vertretung

3.4.1. Die Rechtslage - unter besonderer Berücksichtigung der höchstpersönlichen Rechte

Mitwirkung und Vertretung unterscheiden sich von der Verwaltung als besonderer Betreuung dadurch, dass die Handlungsfähigkeit und die Handlungsfreiheit der betreuten Person in aller Form beschränkt würden. Im Bereich der der Betreuung unterstehenden Aufgaben oder Aufgabenkreise könnte bei der Mitwirkungsbetreuung die betreute Person nur mit Zustimmung

des Betreuers handeln. Bei der Vertretungsbetreuung könnte die betreute Person im Rahmen der Aufgabe oder des Aufgabenkreises nicht mehr selber die allenfalls nötigen oder erwünschten Entscheide treffen. Für sie würde der Vertreter handeln. Soweit die betreute Person urteilsfähig ist, könnte sie sich allerdings (wie dies schon bis anhin für entmündigte und unmündige Personen gilt) im Sinne des bisherigen Art. 19 Abs. 1 ZGB unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Betreuer verpflichten (vergleiche hierzu hinten V, 1.5.1.).

Besondere Probleme stellen sich hier mit Bezug auf die höchstpersönlichen Rechte. Wie verhalten sich Mitwirkung und Vertretung dazu? Schicken wir voraus, dass der Begriff der höchstpersönlichen Rechte im ZGB ja jetzt nicht definiert ist. Im folgenden gehen wir davon aus, dass ein absolut höchstpersönliches Recht dann vorliegt, wenn das jemandem um seiner Persönlichkeit willen zustehende Recht (siehe Art. 19 II ZGB in fine) vertretungsfeindlich ist. Nachstehend wird erläutert, in welchem Verhältnis höchstpersönliche Rechte zum Konzept der Mitwirkung und Vertretung stehen. Wo im einzelnen überhaupt Mitwirkung oder Vertretung angebracht sein kann, wird hier nicht untersucht. Das wird in der weiteren Reformdiskussion zu behandeln sein. In der Sache enthält hierfür BGE 114 Ia 350 höchst wichtige Aussagen *de lege lata* und wohl auch *de lege ferenda*.

Beginnen wir mit der Mitwirkung: Dem Begriff des absolut höchstpersönlichen Rechts ist inhärent, dass die betroffene Person hier nur handeln kann, wenn sie urteilsfähig ist. Fehlt die Urteilsfähigkeit, würde auch nicht über den Weg der Mitwirkung eines Betreuers etwas geändert werden können (siehe zum Testament hinten V, 1.8.2.). Das Gesetz kennt allerdings Fälle, in welchen absolut höchstpersönliche Rechte vorliegen (mithin die betroffene Person notwendigerweise handeln muss), aber eine Zustimmung vonnöten ist (siehe Art. 90 II, Art. 98 und Art. 260 II ZGB). Es liesse sich also denken, dass trotz Vorliegen eines absolut höchstpersönlichen Rechts der Mitwirkungsbetreuer mitwirken müsste. Für welche Fälle dies angezeigt sein kann, ist allerdings eine andere Frage. Soweit es sich um ein relativ höchstpersönliches Recht handelt, könnte allerdings der Mitwirkungsbetreuer deshalb nicht handeln, weil er nur zustimmungsberechtigt, nicht aber handlungsberechtigt ist. Mit andern Worten: Der Mitwirkung wäre der Bereich der relativ höchstpersönlichen Rechte verschlossen. Das wird sich auf die Aufgaben und Aufgabenbereiche auswirken, für welche eine Mitwirkung in Frage kommt. In Einzelfällen könnte natürlich der bestellte Mitwirkungsbetreuer als Notbetreuer eingesetzt werden.

Was die Vertretung angeht, ergäbe diese im Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte keinen Sinn. Bei der Vertretung würde ja der Betreuer und nur er an Stelle der betreuten Person mit Wirkung für diese handeln. Wie verhält es sich aber für Bereiche, in welchen sinnvollerweise trotz Vorliegen eines absolut höchstpersönlichen Rechtes eine Mitwirkung sinnvoll wäre? Hier müsste doch wohl der Vertretungsbetreuer *a fortiori* mitwirken. Allerdings ist dieses Problem wohl so subtil, dass nicht notwendigerweise eine eigene gesetzliche Bestimmung dafür bestehen müsste. Im übrigen wird es sich bei der Vertretung aber sehr oft, bei der Vertretung für alle Angelegenheiten sogar fast immer um betreute Personen handeln, welche urteilsunfähig sind. Da eröffnet sich dem Vertreter ein sehr grosser Bereich im Rahmen von relativ höchstpersönlichen Rechten (siehe in diesem Zusammenhang namentlich auch hinten IV, 2. betreffend Notbehandlung und V, 3. zum Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger). Die hier dargestellte Problematik der höchstpersönlichen Rechte im Zusammenhang mit vormundschaftsrechtlichen oder ähnlichen Rechtsbehelfen ist nicht neu. Wohl aber besteht offensichtlich eine Scheu des Gesetzgebers, diese Fragen anzugehen. So ist im geltenden schweizerischen Vormundschaftsrecht diese Problematik beinahe nicht aufgegriffen. Im deutschen Betreuungsrecht ist mit Bezug auf einzelne Bereiche, aber eben auch nur mit Bezug auf wenige Bereiche, dieses Problem behandelt worden (siehe etwa die Regelung der risikoreichen Gesundheitsmassnahmen, der Sterilisation, der Unterbringung und der unterbringungsähnlichen Massnahmen). Im übrigen herrscht aber in Deutschland offensichtlich noch keine Klarheit darüber, inwiefern gewisse den Betreuern verliehene Befugnisse nur bei

Geschäftsunfähigkeit der betreuten Person gegeben seien oder auch eine Fremdbestimmung gegen den Willen der betreuten Person zulassen.

3.4.2. Die Aufgaben und die Aufgabenkreise

Während nach heutigem Recht die Mitwirkung ein vorgegebenes Bündel von Rechtshandlungen (die neun Fälle von Art. 395 I ZGB) umfasst und die Vertretung durch den Vormund „in allen rechtlichen Angelegenheiten“ (Art. 407 ZGB) vorgesehen ist, würde nach dem Vorschlag der Expertengruppe in Zukunft der Aufgabenbereich des Betreuers im Einzelfall massgeschneidert umschrieben. Es handelt sich hier um eine der grundlegenden Neuerungen im zukünftigen Recht (siehe vorn II, 2.1.2.).

Die jeweilige Kompetenz des Betreuers würde sich nur, aber eben auf jene Bereiche erstrecken, welche im Betreuungsbeschluss für den vorliegenden Fall aufgenommen worden wären. Dabei schlägt die Expertengruppe vor, dass zwischen Aufgabe einerseits und Aufgabenkreis andererseits unterschieden wird. Diese Unterscheidung hat aber mehr klassifikatorische als normative Bedeutung. Zweifellos gibt es Umschreibungen, die einen „Aufgabenkreis“ beinhalten (z.B. die Sorge für das gesundheitliche Wohl). Zweifellos gibt es andererseits Umschreibungen, die nur eine „Aufgabe“ vorsehen (z.B. das Rechtsverhältnis zum Pflegeheim X). Wie immer im Recht würde es aber hier fließende Übergänge geben, bei denen man sich darüber streiten kann, ob nur noch eine Aufgabe oder schon ein Aufgabenkreis vorliege. Grundsätzlich würden dem Betreuer Aufgaben und Aufgabenkreise auf Dauer, und zwar regelmässig nicht auf zum vornherein begrenzte Dauer, zugewiesen. Doch lässt es sich ohne weiteres denken, dass die Betreuerbestellung nur gerade für eine punktuelle Aufgabe vorgesehen wird (z.B. für den Abschluss eines Pflegevertrages; siehe in diesem Zusammenhang Kommentar SCHWAB N 52 zu § 1896 wonach „eine Betreuung in vielen Fällen auf sehr konkrete Felder und Anlässe beschränkt werden kann.“). Eine solche Kompetenz würde sich indessen vom bisherigen Fall des Art. 392 Ziff. 1 ZGB und von der zukünftigen Notbetreuung dadurch unterscheiden, dass Grund für die Anordnung der Massnahme nicht eine vorübergehende Urteilsunfähigkeit und dergleichen, sondern der generelle Schwächezustand der betreuten Person ist.

Was die Umschreibung der Aufgabenkreise angeht, sei hier im Hinblick auf das neue Recht der Schweiz festgehalten, was SCHWAB in N 35 zu § 1896 für die Umschreibung der Aufgabenkreise im deutschen Recht vorsieht: „Der Betreuungsbereich soll so eng gehalten werden wie erforderlich - zugleich ist aber vorausschauend zu denken. Die Betreuung darf nicht auf einzelne akut zu erledigende Besorgungen beschränkt werden, wenn weitere Betreuungsbedürfnisse absehbar sind. - Schliesslich muss der Aufgabenkreis auch in einer nach aussen verständlichen und klaren Weise formuliert sein; denn er umschreibt auch die Grenzen der gesetzlichen Vertretungsmacht.“

Was nun die einzelnen Aufgaben und Aufgabenkreise angeht, erscheint es der Expertengruppe sinnvoll, dass das Gesetz solche Aufgaben und Aufgabenkreise exemplifikativ aufzählt (also Beispiele solcher Aufgaben oder Aufgabenkreise erwähnt). Dadurch würde sich das schweizerische Recht von den Lösungen in den zwei andern Ländern mit massgeschneiderten Massnahmen (Österreich und Deutschland) unterscheiden. In Frage kämen dabei naturgemäss ähnliche Umschreibungen wie sie in der Praxis und Lehre dieser ausländischen Rechtsordnung aufscheinen. So sind etwa nach BIENWALD, N 218 zu § 1896 Aufgabenbereiche: Aufenthaltsbestimmung, Sorge um das persönliche, insbesondere gesundheitliche Wohl, Sicherstellung der ärztlichen Heilbehandlung, Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung, Vertretung gegenüber Behörden und Versicherungen, Vertretung gegenüber Heim- und Klinikleitung, Vertretung in gerichtlichen Verfahren und Verwaltungsverfahren, Beantragung von Personalpapieren, Wohnungsauflösung.

Das neue schweizerische Recht sollte es aber nicht bei einer exemplifikativen Aufzählung bewenden lassen. Vielmehr dürfte für eine ganze Gruppe von Aufgabenkreisen jeweils genau umschrieben werden, was damit gemeint ist. Die Betreuungsbehörde wäre dabei aber selbstverständlich immer berechtigt, durch ihren Beschluss den jeweiligen Aufgabenkreis auszuweiten oder einzuengen.

Im übrigen stellen sich bei der Umschreibung von möglichen Aufgabenkreisen zweifellos auch Probleme im Zusammenhang mit der Berücksichtigung höchstpersönlicher Rechte (siehe hierzu soeben vorn 3.4.1.). Denken wir zum Beispiel an den Bereich der Aufenthaltsbetreuung oder der Sorge für das gesundheitliche Wohl. Zwar könnte hier der Gesetzgeber wohl nicht vorausschauend sämtliche unter der Rücksicht der höchstpersönlichen Rechte relevanten Fälle vorentscheiden, wohl aber sollte er sich wenigstens hier und dort zur Grenzziehung durchringen. Gegebenenfalls wäre dann allerdings noch die Zustimmung der Behörde vorzusehen (hierzu nachstehend III, 4.).

Ob nun im Einzelfall Mitwirkung oder Vertretung angeordnet werden, hängt naturgemäss von der Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person und von der jeweiligen Aufgabe ab. Mitwirkung macht allerdings dann keinen Sinn und ist schlechterdings ausgeschlossen, wenn die betroffene Person (generell) urteilsunfähig ist. Bei der Mitwirkung handelt ja der Betreuer nie allein. Vielmehr stellt das Handeln des Betreuers eine (für die Rechtsgültigkeit notwendige) Zustimmung zu einer Rechtshandlung der betreuten Person dar.

Wie vorn (II, 2.3.) erwähnt, könnten für die gleiche betreute Person Mitwirkung und Vertretung, ja sogar Verwaltung, Mitwirkung und Vertretung gekoppelt werden. Dabei müsste genau umschrieben werden, auf welche Einkommens- oder Vermögensteile sich die Verwaltung, auf welche Angelegenheiten sich die Mitwirkung oder die Vertretung bezieht.

Ein letzter Hinweis: In der Stufenordnung des neuen Rechts wäre zwar theoretisch die Verwaltung die unterste Stufe, die Mitwirkung die zweite und die Vertretung die dritte Stufe. Es kann aber durchaus sein, dass die Verwaltung (je nach Umfang des verwalteten Einkommens oder Vermögens), obwohl sie formell die Handlungsfähigkeit der betreuten Person nicht einschränkt, tatsächlich einen viel schärferen Eingriff darstellt als die Mitwirkung. Denn bei der Verwaltung kann in gewissen Bereichen der Betreuer allein handeln, bei der Mitwirkung ist das Handeln des Betreuers immer nur die Zustimmung zum Handeln der betreuten Person.

3.5. Die bisherigen Art. 398 bis 403 ZGB

Es ist unbestritten, dass - von der Inventaraufnahme abgesehen (et encore?) - die Bestimmungen des ZGB für die „Übernahme des Amtes“ nicht nur für die Übernahme der Vormundschaft, sondern für deren ganze Dauer gelten. Das dürfte auch für analoge Bestimmungen des neuen Rechts so sein. Da aber in Zukunft nicht mehr ein einheitliches Rechtsinstitut, sondern ein nach Aufgabenkreisen und Aufgaben gegliedertes Betreuungssystem vorliegt, stellt sich die Frage, welche der jetzt in den Art. 398 bis 403 ZGB erwähnten Massnahmen - wenn überhaupt - im neuen Recht zum Zuge kommen. Man könnte es sich einfach machen und vorsehen, dass dort, wo es der Natur der Sache entspricht, auch auf die neuen Massnahmen die alten Bestimmungen Anwendung finden. Man könnte auch nur auf die Pflicht zu einer sorgfältigen Verwaltung hinweisen. Doch wäre dies wohl zu einfach. Vermutlich müsste ausgeführt werden, für welche Kompetenzen des Betreuers und für welche Aufgabenkreise solche Bestimmungen gelten. Dabei stünden doch wohl im Vordergrund die Verwaltung von Vermögensteilen oder Vermögen und die Vertretung, welche sich auf Vermögen oder Vermögensteile bezieht. Allerdings müsste man wohl

nicht alle bisherigen Bestimmungen in das neue Recht aufnehmen. Insbesondere wäre doch wohl die bisherige Tendenz des Gesetzgebers, vorerst einmal möglichst viel zu liquidieren, wohl nicht mehr ganz up to date.

Nach wie vor aktuell wäre indessen die „Mündelsicherheit“ im neuen Recht. Das Gesetz müsste eine solche Bestimmung enthalten, welche allerdings der Entwicklung im ausserrechtlichen Bereich genügend Rechnung tragen sollte. In den Arbeitspapieren der Expertengruppe liegt eine entsprechende Studie eines Mitarbeiters (YVO BIDERBOST) eines Experten vor.

Eine andere Frage ist, ob man nicht generell für den Beginn einer Betreuung „Startverpflichtungen“ für den Betreuer vorsehen sollte. In der Sache steht sicher fest, dass der Betreuer die Pflicht hat, sich so rasch als möglich die nötige Kenntnis der Person, Kenntnis der Sache (der Angelegenheiten), womöglich Fachkenntnis (z.B. betreffend Geldanlagen) und Rechtskenntnis zu verschaffen. Sicher wird darauf bei der Betreuer-Bestellung schon zu achten sein. Allerdings kann auch diese „Startverpflichtung“ teilweise durch entsprechende Tätigkeit der Betreuungsbehörde erfüllt werden.

3.6. *Verbotene Geschäfte und geringfügige Angelegenheiten*

3.6.1. Verbotene Geschäfte

Das geltende Recht sieht in Art. 408 ZGB und in Art. 340 Abs. 1 OR sogenannte „verbotene Geschäfte“ vor. Diese Geschäfte bleiben Bevormundeten (und über Art. 305 I ZGB auch Kindern unter elterlicher Gewalt) schlechthin verschlossen. In der Lehre wird darüber diskutiert, ob das Wohl der betreuten Person verlange, dass es verbotene Geschäfte gebe. So vertritt MEIER (AISUF 140, 559) die Meinung, das Wohl der betreuten Person könne durch die Zustimmungsbedürftigkeit genügend gewahrt werden. In seiner Dissertation über die verbotenen Geschäfte behandelt KÖPPEL diese Frage de lege ferenda nicht, bringt aber immerhin einen interessanten rechtsvergleichenden Teil (19 ff.). Zweifellos handelt es sich nicht um eine fundamentale Frage des zukünftigen Betreuungsrechts. Immerhin muss sie beantwortet werden. Dabei könnte allenfalls die (heute umstrittene) Frage der Rechtsfolge der Verletzung des Verbots auch gesetzlich geregelt werden. Wenn verbotene Geschäfte beibehalten werden sollen, erscheint die Trias erhebliche Schenkung, Stiftung und Bürgschaft durchaus sinnvoll. Mehr Bedenken bestehen doch wohl mit Bezug auf das Konkurrenzverbot des Art. 340 Abs. 1 OR.

Zu lösen ist indessen in einem neuen Recht für den Fall, dass es nach wie vor verbotene Geschäfte gibt, bei welcher Art von Betreuung solche bestehen. In Frage kämen wohl nur Fälle der besonderen Betreuung in der Form der Vertretung. Dabei stünde im Vordergrund der Fall der Vertretung in allen Angelegenheiten. Man könnte aber auch vorsehen, dass im Betreuungsentscheid „verbotene Geschäfte“ ausdrücklich vorgesehen werden müssen oder aber bei der Vertretung in allen Angelegenheiten ausnahmsweise zugelassen werden dürften. Es handelt sich um eine nicht unwichtige Nebenfrage bei der Betreuer-Bestellung und der Umschreibung des Aufgabenkreises.

3.6.2. Geringfügige Angelegenheiten

Das Gegenstück zu den verbotenen Geschäften bilden geringfügige Angelegenheiten. Wenn auch das schweizerische Recht diesbezüglich nichts vorsieht, so ist doch wohl anzunehmen, dass für

den Abschluss von Geschäften im Zusammenhang mit solchen geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens Art. 407 ZGB zum Trotz ein Bevormundeter selbständig handeln kann (für die meisten Fälle dürfte wohl Art. 414 ZGB hier die nötige Rechtsgrundlage bilden). Das deutsche Recht enthält im Zusammenhang mit dem Einwilligungsvorbehalt in § 1903 BGB die Regel, dass der Betreute nicht der Einwilligung seines Betreuers bedarf, wenn die Willenserklärung eine geringfügige Angelegenheit des täglichen Lebens betrifft. Diese Lösung ist sinnvoll. Sie drängt sich auch für ein zukünftiges schweizerisches Recht auf. Es stellt sich lediglich die Frage, ob das in aller Form im Gesetz festgehalten werden muss. Immerhin gibt es vielleicht weniger wichtige Dinge, die auch Eingang ins Gesetz finden.

4. Die Tätigkeit der Behörden

Unter dem Titel „Die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden“ regelt das geltende Recht in den Art. 420 bis 425 ZGB die Vormundschaftsbeschwerde (Art. 420), die Zustimmung der Behörden (Art. 421, 422 und 424), die Prüfung von Berichten und Rechnungen (Art. 423) und kantonale Verordnungen (Art. 425). Ähnliche Regeln dürften auch in einem neuen Betreuungsrecht stehen.

Was den Inhalt des Art. 425 ZGB (die Kompetenz des Kantons für kantonale Verordnungen für bestimmte Bereiche) angeht, mag man sich die Frage stellen, ob in einem neuen Betreuungsrecht diese Probleme nicht richtigerweise auf Bundesebene gelöst werden. Allerdings wäre es denkbar, auf Bundesebene solche Details in Verordnungen unterzubringen. Auch heute bedürfen ja diese kantonalen Erlasse zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes (Art. 425 III ZGB).

4.1. Die Zustimmung von Behörden

Vorausgeschickt sei, dass für den Fall, da man im neuen Recht auf verbotene Geschäfte verzichten würde, diese bis anhin verbotenen Geschäfte im Falle der Vertretung doch wohl zustimmungsbedürftig wären. Man müsste dann allerdings noch eine Lösung finden für allfällige verbotene Geschäfte von Kindern unter elterlicher Gewalt (hierzu siehe hinten V, 1.7.).

Wenn auch davon ausgegangen werden kann, dass insgesamt die Betreuer im neuen Recht eher besser qualifiziert sind als die vormundschaftlichen Amtsträger im geltenden Recht, so kommt man doch angesichts der Wichtigkeit gewisser Geschäfte und Handlungen nicht darum herum, die Zustimmung einer Behörde zu verlangen. Allerdings kann und soll hier nun der Tatsache Rechnung getragen werden, dass die neue Betreuungsbehörde generell besser qualifiziert ist als die bisherige Vormundschaftsbehörde. Es erscheint daher angezeigt, die Zustimmung nur noch von der Betreuungsbehörde zu verlangen und auf die bisherige Unterscheidung der zwei in den Art. 421 und 422 ZGB geregelten Fälle zu verzichten. Selbstverständlich könnte gegen den Entscheid der Betreuungsbehörde eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde eingereicht werden.

Zu entscheiden wäre, für welche Geschäfte weiterhin sinnvollerweise die Zustimmung der Betreuungsbehörde vonnöten wäre. Hier ist hinzuweisen auf die entsprechenden Ausführungen in der Dissertation MEIER a.a.O. 556 ff. im Anschluss an seine umfassenden Ausführungen über die Art. 421 und 422 ZGB. Diese Dissertation enthält eine Reihe von beherzigenswerten Vorschlägen, die aber von der Expertengruppe nicht besonders vertieft worden sind. Wohl aber käme ein wichtiger Punkt hinzu. Im gegenwärtigen Recht betreffen die meisten Zustimmungen nicht die

Personensorge (etwa von der Wohnsitzverlegung abgesehen). Immerhin gibt es Fälle, bei welchen Personen- und Vermögenssorge ineinander übergehen (denken wir an Mietverträge). Angesichts der stärkeren Betonung der persönlichen Fürsorge im neuen Recht dürfte es sich ergeben, dass neue Zustimmungsfälle im Bereich der Personensorge ins Gesetz aufgenommen werden. Man denke etwa an den in § 1904 BGB geregelten Fall der risikoreichen Gesundheitsmassnahmen. Solche Zustimmungen könnten generell im Bereich höchstpersönlicher Rechte vonnöten sein. Schliesst doch begrifflich das Vorliegen eines absolut höchstpersönlichen Rechts das Erfordernis einer Zustimmung nicht aus. Wäre doch gerade bei relativ höchstpersönlichen Rechten gegebenenfalls Zustimmung einer Behörde sinnvoll. Die Fälle, welche hier unter „Zustimmung der Behörde“ geregelt würden, müssten doch wohl zunächst im Teil „Führung der Betreuung“ im Zusammenhang mit einzelnen Aufgaben namhaft gemacht werden.

Verhältnismässig einfach ist die Frage zu beantworten, für welche Art von besonderer Betreuung Zustimmungen der Betreuungsbehörde in Frage kommen: Dies dürfte in erster Linie bei der besonderen Betreuung in der Form der Vertretung der Fall sein. Für die Mitwirkungsbeiratschaft ist nach heute herrschender Lehre ja keine Zustimmung einer vormundschaftlichen Behörde nötig (MURER/SCHNYDER Art. 395 N 105). Es sieht so aus, dass dies auch für die besondere Betreuung in der Form der Mitwirkung im neuen Recht gelten sollte; immerhin könnte hier im Gegensatz zum bisherigen Recht durch eine ausdrückliche gesetzliche Formulierung Klarheit geschaffen werden. Was die Verwaltung angeht, sollte doch wohl eine Zustimmung dort verlangt werden, wo der Verwaltungsbetreuer mit Wirkung für die betreute Person ein Geschäft abschliesst, das bei der besonderen Betreuung in der Form der Vertretung zustimmungsbedürftig wäre.

Zum bisherigen Art. 424 ZGB siehe hinten V, 1.6.

4.2. Die Betreuungsbeschwerde

Analog der Vormundschaftsbeschwerde des heutigen Rechts dürfte es auch im neuen Recht eine Doppelbeschwerdemöglichkeit geben: eine Beschwerde an die Betreuungsbehörde gegen die Handlungen oder Unterlassungen des Betreuers und eine Beschwerde gegen die Behörde an die Aufsichtsbehörde.

Was die Legitimation zu diesen Beschwerden angeht, könnte in Übereinstimmung mit dem bisherigen Art. 397d Abs. 1 ZGB der nahestehenden Person eine Beschwerdemöglichkeit gegen Handlungen und Unterlassungen des Vormunds eingeräumt werden. Zudem stellt sich die Frage, ob nicht für beide Stufen von Beschwerden auch Personen, die berechnigte eigene Interessen geltend machen, als beschwerdeberechtigt anerkannt werden dürften.

Nicht geregelt ist im gegenwärtigen Recht von Bundesrechts wegen die Frage des Suspensiv-effektes der Vormundschaftsbeschwerde. Es empfiehlt sich, ins ganze Betreuungsrecht den Grundgedanken aufzunehmen, der heute schon in den Art. 314 Ziff. 2 ZGB und 397e Ziff. 4 ZGB enthalten ist. Angesichts der Gefahr, welche gelegentlich im Aufschub einer Betreuungsmassnahme liegt, müsste der anordnenden Behörde oder der angerufenen Instanz die Möglichkeit gewahrt sein, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen oder gerade nicht zu erteilen.

Zu prüfen wäre auch, ob nicht für wichtige, namentlich die betreute Person betreffende Tätigkeiten des Betreuers oder Beschlüsse der Behörde schliesslich die Berufung ans Bundesgericht gegeben sein müsste.

4.3. *Die Prüfung von Berichten und Rechnungen*

Es besteht kein Zweifel, dass auch im neuen Recht Rechenschaftspflichten für Amtsträger und damit verbunden Prüfungskompetenzen der Betreuungsbehörde bestehen sollen. Regeln im Sinne der bisherigen Abs. 1 und 2 des Art. 423 ZGB drängen sich auf. Wohl aber könnte angesichts der materiellen Kompetenz der zukünftigen Betreuungsbehörde auf eine Regel gemäss bisherigem Art. 423 Abs. 3 ZGB verzichtet werden (vgl. zum Ganzen I, 4.4.).

IV. Die Durchführung der Unterbringung

1. Anordnung und Aufhebung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung

1.1. Anordnung einer FFE

1.1.1. Voraussetzungen zur Anordnung einer FFE

Die Tatbestandsmerkmale, die im Hinblick auf die Rechtsfolge „fürsorgerische Freiheitsentziehung“ erfüllt sein müssen, sind heute in den Abs. 1 und 2 des Art. 397a ZGB umschrieben. Zu diesen Tatbestandsmerkmalen siehe insbesondere BARBARA CAVIEZEL-JOST, Die materiellen Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 397a Abs. 1 und 2 ZGB), Diss. Freiburg 1988. Nach Ansicht der Expertengruppe hat sich die Umschreibung der Tatbestandsvoraussetzungen im bisherigen Recht im wesentlichen bewährt. Sie schlägt daher vorderhand nur leichte Korrekturen vor, welche nachstehend im einzelnen begründet werden. Dabei geht es primär um die Neuumschreibung der Schwächezustände.

Das Wort „Geisteskrankheit“ wurde seinerzeit in die Regelung der FFE nicht zuletzt deshalb in dieser Formulierung aufgenommen, weil es sich auch in Art. 369 ZGB fand. Wenn nun aber im neuen Betreuungsrecht bei den Betreuungsvoraussetzungen nicht mehr von „Geisteskrankheit“, sondern von „psychischer Krankheit“ die Rede ist, so drängt sich diese Lösung auch für die FFE auf. Die Expertengruppe hat sich einmal mehr mit der Frage beschäftigt, ob im Zusammenhang mit psychischer Krankheit als Einweisungsvoraussetzung die Fremd- oder Selbstgefährdung aufgenommen werden solle. Dabei hat sie allerdings von Ergebnissen der Wissenschaft Kenntnis genommen, wonach die Fremdgefährdung durch psychische Krankheiten im Verhältnis zur Fremdgefährdung durch nicht davon betroffene Leute nur marginal anders ist. Im übrigen empfiehlt es sich aber, nach wie vor auf die ausdrückliche Erwähnung von Selbstgefährdung oder Fremdgefährdung zu verzichten. Würde man doch sonst die einweisende Behörde zwingen, den Hilfsbedürftigen als Suizidgefährdeten oder potentiellen Straftäter zu bezeichnen.

Ähnliches ist in Bezug auf die „Geistesschwäche“ zu sagen. Auch dieser Ausdruck in Art. 397a ZGB geht auf die Formulierung in Art. 369 Abs. 1 ZGB zurück. In Übereinstimmung mit der Umschreibung des Schwächezustandes für Betreuungsmassnahmen im allgemeinen wäre hier fortan statt von „Geistesschwäche“ von „geistiger Behinderung“ zu sprechen.

Das bisherige Recht spricht von „Trunksucht“ und „anderen Suchterkrankungen“. Das Wort „Trunksucht“ wurde in Analogie zu Art. 370 ZGB formuliert. Es besteht kein Grund, diese Bezeichnung auch in Zukunft bestehen zu lassen. Vielmehr soll, was bis anhin „Trunksucht“ und „andere Suchterkrankungen“ ausdrückten, in Zukunft durch das einzige Wort „Suchtkrankheiten“ abgedeckt werden. Der Einweisungsgrund „Suchtkrankheit“ hat in den letzten Jahren namentlich im Zusammenhang mit der Drogensucht erhöhte Bedeutung erlangt. Siehe hier statt vieler CHRISTIANA SUHR-BRUNNER, Fürsorgerische Freiheitsentziehung und Suchterkrankung, insbesondere Drogensucht, Diss. Zürich 1994, Zürcher Studien zum Privatrecht 113. Nach Ansicht der Expertengruppe ist die FFE für Drogenabhängige nicht ein Allheilmittel für das riesige Drogenproblem, wohl aber eine rechtsstaatlich sauber geregelte Hilfsmassnahme für bestimmte Drogenabhängige.

Beizubehalten ist der Schwächezustand „schwere Verwahrlosung“. Nach dem Kenntnisstand der Expertengruppe hat die Aufnahme dieses Schwächezustandes in das Gesetz nicht etwa dazu geführt, über eine Hintertür noch die alte administrative Versorgung beizubehalten. Die Fälle der

Einweisung aufgrund dieses Schwächezustandes sind - so sieht es aus - selten. Nach wie vor wäre unter schwerer Verwahrlosung ein (nicht schon durch die andern Schwächezustände abgedeckter) Zustand zu verstehen, bei dessen Vorliegen es der Menschenwürde der hilfsbedürftigen Person schlechthin widersprechen würde, ihr nicht die nötige Fürsorge in einer stationären Einrichtung zukommen zu lassen.

Wie im bisherigen Recht genügt jedoch das Vorliegen eines Schwächezustands für sich allein noch nicht zur Anordnung einer FFE. Vielmehr soll auch nach neuem Recht eine FFE nur dann angeordnet werden können, wenn dem Betroffenen „die nötige persönliche Fürsorge nicht anders erwiesen werden kann“ (Art. 397a I in fine ZGB). Damit soll das Verhältnismässigkeitsprinzip bzw. der Grundsatz der Zwecktauglichkeit auch Eingang ins neue Betreuungsrecht finden.

Beizubehalten ist nach Ansicht der Expertengruppe auch die Regelung gemäss Art. 397a Abs. 2 ZGB, wonach die Belastung zu berücksichtigen ist, welche die Person für ihre Umgebung bedeutet.

Auch Abs. 3 des Art. 397a ZGB, wonach die betroffene Person entlassen werden muss, sobald ihr Zustand es erlaubt, bedarf keiner Abänderung. Immerhin stellt sich die Frage, ob nicht eine regelmässige Überprüfung der Angemessenheit der seinerzeit angeordneten Massnahme stattfinden soll. Angesichts der Tatsache, dass im neuen Recht eine kompetente Betreuungsbehörde tätig wird und sich bei länger dauernden Unterbringungen auf jeden Fall mit dieser Person beschäftigen muss, könnte in das Gesetz eine Vorschrift aufgenommen werden, wonach nach bestimmter Frist von Amtes wegen eine Überprüfung stattzufinden hat. Allerdings sollte dies nicht dazu führen, dass vor dem Ablauf dieser Frist notwendige Entlassungen nicht durchgeführt werden.

Die FFE soll auch im neuen Recht gegenüber urteilsfähigen und urteilsunfähigen Personen angeordnet werden können. Diese Unterscheidung spielt in Bezug auf die materielle Grundnorm der FFE keine Rolle, geht es bei dieser doch um Schwächezustände, unter denen Urteilsfähige und Urteilsunfähige gleichermassen leiden können. Gerade im Fall der psychischen Krankheit wird es dabei nicht immer leicht fallen, eine Person als urteilsfähig oder urteilsunfähig einzustufen. Diese Einstufung ist jedoch für die mit der FFE verbundene Notbehandlung von einiger Bedeutung (vgl. nachstehend Ziff. 2.).

Wegfallen kann im neuen Recht auch der Passus, wonach eine mündige oder entmündigte Person in die Anstalt eingewiesen werden kann. Gemäss den Vorschlägen der Expertengruppe (hierzu hinten V, 2.2.) wäre ganz einfach von Volljährigen oder Erwachsenen zu sprechen.

1.1.2. Zuständigkeit zur Anordnung einer FFE

1.1.2.1. Sachliche Zuständigkeit

Die ordentliche Kompetenz zur Anordnung einer FFE sollte nicht mehr wie bis anhin einer „vormundschaftlichen Behörde“ zustehen, sondern eindeutig der Betreuungsbehörde. Diese garantiert dank ihrer Interdisziplinarität ein Höchstmass an sachlich und fachlich dem Einzelfall angepassten Lösungen.

Die Lösung des ZGB, wonach in gewissen Fällen auch eine vom Kanton bezeichnete, geeignete Stelle die FFE anordnen kann, hat sich zweifellos bewährt. Wird doch in den Kantonen, in denen eine solche Zuständigkeit von Ärzten eingeführt worden ist, meistens von dieser Zuständigkeit Gebrauch gemacht. Es empfiehlt sich daher, zumindest für den Fall, da Gefahr im Verzuge liegt,

neben der Betreuungsbehörde auch andere Stellen als für die Anordnung der FFE zuständig zu erklären. Ja man könnte für psychisch Kranke den Kanton geradezu verpflichten, die von ihm bezeichneten Ärzte als hierfür zuständig zu bezeichnen.

Nach bisherigem Recht kann der Vormund, wenn Gefahr im Verzuge liegt, gemäss Art. 406 Abs. 2 ZGB die Unterbringung oder Zurückbehaltung in einer Anstalt anordnen. Eine entsprechende Kompetenz müsste man im zukünftigen Recht demjenigen Betreuer geben, der die Vertretung für die Aufenthaltsbetreuung hat.

1.1.2.2. Örtliche Zuständigkeit

Im Gegensatz zur heutigen Regelung im ZGB, wo für die primäre örtliche Zuständigkeit im Vormundschaftsrecht durchwegs auf den Wohnsitz der betroffenen Person abgestellt wird (vgl. etwa Art. 397b I ZGB), besteht gemäss MSA eine primäre örtliche Zuständigkeit der Behörden am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der betroffenen Person (Art. 1 MSA). Der gewöhnliche Aufenthalt gemäss MSA bestimmt sich nach dem Mittelpunkt der Lebensführung, wobei nicht die Dauer der Anwesenheit, sondern die Qualität der Lebensbeziehungen entscheidend ist (Kommentar SIEHR, Art. 85 IPRG N 15).

Es ist zweckmässig, im neuen Betreuungsrecht in Entsprechung zur Regelung im MSA wie für die Anordnung der Betreuung so auch für die FFE eine primäre örtliche Zuständigkeit am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts der Person vorzusehen.

Wie im bisherigen Recht (Art. 397b I ZGB) soll jedoch auch im neuen Betreuungsrecht eine FFE bei Gefahr im Verzuge ebenso durch die Behörde am Ort, wo sich die betroffene Person gerade befindet, angeordnet werden können.

1.1.3. Verfahren der Anordnung einer FFE

Nach Ansicht der Expertengruppe drängen sich im Vergleich zu den heutigen Art. 397d bis f ZGB keine wesentlichen Änderungen im Verfahren der Anordnung einer Unterbringung auf. Wie bisher soll der Bundesgesetzgeber die Regelung des Verfahrens den Kantonen anheimstellen, ohne jedoch darauf zu verzichten, im Bundesprivatrecht unabdingbare Mindestanforderungen an das Verfahren festzuschreiben.

Ein Problem ist in der heutigen Gesetzgebung nicht oder höchst summarisch geregelt: die Frage, ob und inwiefern und durch welche Entscheidungen eine bei Gefahr im Verzuge angeordnete FFE in eine Dauermassnahme übergehen soll. Insbesondere ist umstritten, ob der Vormund gemäss Art. 406 Abs. 2 ZGB im Resultat eine Dauereinweisung anordnen kann. Hier sollte das neue Recht Klarheit bringen. Dabei lässt sich folgende Lösung denken: Wenn eine FFE nicht durch eine Betreuungsbehörde angeordnet worden ist, hat die Betreuungsbehörde über die Fortführung der Unterbringung zu entscheiden, sobald diese länger als zehn Tage dauert. Dieser Entscheid könnte selbstverständlich auch an den zweitinstanzlichen Richter weitergezogen werden. Immerhin stellt sich hier die Frage, ob durch die vorgeschlagene Lösung nicht die gerichtliche Überprüfung der Dringlichkeitseinweisung überspielt wird. Da aber anzunehmen ist, dass mit der neuen Behördenorganisation im Betreuungsrecht in solchen Fällen die Betreuungsbehörde regelmässig auch erstinstanzlicher Richter im Sinne des heutigen Art. 397d ZGB bildet, sollten hier keine unüberwindlichen Probleme bestehen.

1.2. *Aufhebung einer FFE*

Wie bis anhin müsste auch nach neuem Recht die betroffene Person entlassen werden, sobald ihr Zustand es erlaubt (Art. 397a III ZGB). Es versteht sich von selbst, dass die zuständige Behörde oder Stelle dabei sowohl den Gehalt des bisherigen Abs. 1 wie auch denjenigen des bisherigen Abs. 2 des Art. 397a ZGB zu berücksichtigen hat.

Wie vorne (II, 3.1.) angetönt worden ist, kann allenfalls der Gedanke in das Gesetz Eingang finden, dass die Betreuungsbehörde die Notwendigkeit der Unterbringung in bestimmten Zeitabständen überprüft. Dies muss selbstverständlich im Dauerkontakt mit der stationären Einrichtung geschehen.

Was die Entlassungskompetenz angeht, läge diese sinnvollerweise bei der Betreuungsbehörde. Im Rahmen einer Einweisung bei Gefahr im Verzuge könnte die stationäre Einrichtung für die Entlassung zuständig sein. Im übrigen fragt es sich aber, ob nicht in begründeten Einzelfällen die Behörde bereits bei der Einweisung oder (vornehmlich) in einem späteren Zeitpunkt ihre Entlassungskompetenz mit jederzeitigem Widerrufsrecht durch die stationäre Einrichtung ausüben lassen könnte (siehe in diesem Zusammenhang SCHNYDER, Zur Frage der Entlassungskompetenz bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ..., in ZVW 48 [1993] 173 ff.; dieses Gutachten geht allerdings von der Rechtslage gemäss bisherigem Art. 397b II in fine ZGB aus).

Im übrigen wären die bisherigen Bestimmungen über das Aufhebungsverfahren (so namentlich auch die wichtige Regel von Art. 397d II ZGB) in das neue Recht aufzunehmen.

2. Die Betreuung in der stationären Einrichtung

Vorbemerkung

Bei den Beratungen im Hinblick auf die fürsorgerische Freiheitsentziehung stand seinerzeit in der Expertenkommission eine gesetzliche Formulierung zur Diskussion, die den mit dem Aufenthalt in der Anstalt verfolgten Zweck umschreiben sollte. Man hat dann aber auf eine entsprechende Formulierung verzichtet. Aus dem Gesetzestext ergibt sich allerdings, dass es darum geht, der betroffenen Person in der Anstalt „die nötige persönliche Fürsorge“ zu schenken, die ihr „nicht anders erwiesen werden kann“. Die Erfahrungen mit der FFE haben aber gezeigt, dass sinnvollerweise mindestens das Problem der Zwangsbehandlung, namentlich für psychisch Kranke, bei der Revision des Vormundschaftsrechts gesetzlich geregelt werden sollte (hierzu siehe vorn II, 3.1.). Der Regelung dieses dornigen Problems im neuen Recht ist denn auch nachstehend Ziff. 2.1. gewidmet. Dabei geht die Expertengruppe davon aus, dass es im Rahmen dieser Revision nur, aber eben um Zwangsbehandlung im Rahmen der FFE geht (hierzu II, 3. Vorbemerkung). Ziff. 2.2. handelt vom Betreuer im Zusammenhang mit der Unterbringung. Ziff. 2.3. schliesslich enthält Ausführungen über die sachlich zuständige Behörde.

2.1. *Die Behandlung im Rahmen einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung*

2.1.1. Allgemeines

Die Expertengruppe hat sich intensiv mit der Frage der Regelung der Zwangsbehandlung im Rahmen der Unterbringung nach den Regeln der FFE befasst. Sie hat die Experten Prof. ASMUS FINZEN und Prof. MARCO BORCHI in dieser Frage herbeigezogen. Sie konnte aus der auch im Ausland stark beachteten Publikation FINZEN/HAUG/BECK/LÜTHY, *Hilfe wider Willen - Zwangsmedikation im psychiatrischen Alltag*, Bonn 1993, Nutzen ziehen. Sie musste sich indessen Rechenschaft geben, dass es ausserordentlich schwer hält, eine Regelung zu finden, welche in dieser Sache Rechtsschutz und Hilfe für psychisch Kranke uneingeschränkt sicherstellen will. Geht es doch darum, durch Rechtsnormen im Rahmen des hier überhaupt Möglichen dafür zu sorgen, dass einerseits jede nicht gerechtfertigte Zwangsbehandlung unterbleibt und andererseits eine im Einzelfall gerade nötige Zwangsbehandlung auch tatsächlich stattfindet. Die Expertengruppe ist sich bewusst, dass nur schon der Gedanke an eine überhaupt mögliche Zwangsbehandlung auf grundsätzliche Ablehnung stossen kann und auch stösst. Sie folgt aber der Ansicht der doch wohl überwiegenden Zahl von Fachleuten, die sich mit dieser Frage beschäftigen, wonach die Zwangsbehandlung im Interesse der betroffenen Person nicht schlechthin auszuschliessen ist.

Die Expertengruppe ist sich auch bewusst, dass der Regelung der Zwangsbehandlung im Gesetz die Gefahr des sogenannten „effet pervers“ inhärent ist, wonach, wenn überhaupt eine rechtliche Möglichkeit für Zwangsbehandlung besteht, noch so viele Kautelen deren Missbrauch nicht ausschliessen können. Das gilt indessen für das ganze bisherige Vormundschaftsrecht und zukünftige Betreuungsrecht, wenn auch bei der Zwangsbehandlung vielleicht greifbarer als anderwärts. Die Expertengruppe vertraut aber hier zurecht auf das Berufsethos der Ärzte und deren Hilfspersonen sowie der im zu schaffenden Verfahren involvierten Behörden und Experten. Man mag einwenden, das Berufsethos der Beteiligten mache jede rechtliche Regelung überflüssig. Das entspricht indessen nicht dem Rechtszustand, wie er sich in Bezug auf den Schutz von Grundrechten im allgemeinen herausgebildet hat.

Ihren Bemühungen zum Trotz legt aber die Expertengruppe nachstehend keine Patentlösung vor, sondern nur den Stand der Dinge, wie er im letzten in dieser Sache durch ein Mitglied der Expertengruppe geschriebenen Papier aufscheint. Hilfreich waren dabei auch ausländische Regelungen und namentlich das schon mehrfach erwähnte Buch von FINZEN, HAUG, BECK und LÜTHY. Bei der Suche nach der guten Lösung im kommenden Recht ist interdisziplinäre Zusammenarbeit gefragt; verwiesen sei hier auch auf die in dieser Sache von Pro Mente Sana gemachten Vorschläge (zit. bei FINZEN/HAUG/BECK/LÜTHY a.a.O. 22 ff.). Siehe aber zu diesen Fragen auch hinten V, 3., „Der Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger“.

Die nachfolgenden Überlegungen und Vorschläge beziehen sich hauptsächlich auf psychisch Kranke; die auf diese anwendbaren Prinzipien der Behandlung dürften jedoch mutatis mutandis auf Personen übertragbar sein, die aufgrund von Suchterkrankungen wie Alkoholismus oder Drogenabhängigkeit untergebracht werden.

Die folgenden Vorschläge basieren auf der Voraussetzung, dass der Entscheid der fürsorgerischen Freiheitsentziehung die ihn rechtfertigende Behandlung - unabhängig von der Frage der Dringlichkeit - nicht direkt oder indirekt abdeckt (vgl. insbesondere BGE 118 II 254). Daher muss das Gesetz spezifische Bestimmungen sowohl für den Fall der Dringlichkeit als auch für jenen des geplanten Eingriffs vorsehen: „Der massive Eingriff in fundamentale Grundrechte des Patienten (körperliche Unversehrtheit; allgemeine Handlungsfreiheit) ist nur mit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung zulässig“ (vgl. Kommentar SAAGE/GÖPPINGER, *Freiheitsentziehung*

und Unterbringung, 3. Auflage., 319, N 317). Natürlich gibt es bereits in mehreren Kantonen Bestimmungen, die in der Sache anwendbar sind. Werden jedoch die Voraussetzungen der mit einer Freiheitsentziehung verbundenen Behandlung vom Bundesrecht geregelt, scheint es unverzichtbar, dass dieses auch den gesetzlichen Rahmen des medizinischen Eingriffs regelt. In der Sache wird unterschieden zwischen Notbehandlung einerseits (nachstehend 2.1.2.) und Behandlung nach Behandlungsplan (2.1.3.).

2.1.2. Unterbringung und Notbehandlung

Auf psychiatrischem Gebiet scheinen diese Fälle mit Abstand die häufigsten zu sein. Zu beachten ist ebenfalls die Tatsache, dass bei psychisch Kranken die unfreiwilligen Hospitalisierungen einen zyklischen Charakter aufweisen können, was heisst, dass sie oft Patienten betreffen, die der Anstalt bereits bekannt sind.

2.1.2.1. Die freie und in voller Kenntnis der Sachlage abgegebene Zustimmung des Patienten (das „consentement libre et éclairé“)

Der Gesetzestext sollte die Grundvoraussetzung des „consentement libre et éclairé“ vielleicht ausdrücklich erwähnen, auch wenn sich dies heute als zwingender Inhalt des Persönlichkeitsschutzrechts von selbst versteht. Der Gesetzgeber muss sich aber auch bezüglich der in jenem Fall anwendbaren Bestimmungen festlegen, wo der Patient im Moment der Hospitalisierung nicht in der Lage ist, seine freie Zustimmung zu geben oder zu verweigern. Die Lehre und die Rechtsprechung stützen sich generell auf den Begriff der Urteilsfähigkeit oder der Urteilsunfähigkeit, um die Frage zu beantworten, ob die Fähigkeit vorliegt, in voller Kenntnis der Sachlage die Zustimmung zu erteilen. Zahlreiche Ärzte sind jedoch der Ansicht, die Handhabung dieses Begriffs sei im Zusammenhang mit einem Eingriff bei unter psychischen Störungen leidenden Kranken schwierig. Man kann sich auch fragen, ob es wirklich unerlässlich ist, ausdrücklich auf die Urteilsfähigkeit hinzuweisen. So ist es denkbar, dass ein Widersetzen gegen eine Behandlung, gegen die der Patient eine besondere Abneigung hegt, sich lediglich durch Gesten oder verbale Kundgebungen äussert, deren wirklicher Sinn um so schwieriger erfasst werden kann, als es sich um eine Interpretation eines Verhaltens handelt, bei welchem die Äusserung eines überlegten Willens nicht immer einfach von neurovegetativen oder instinktiven Reaktionen unterschieden werden kann. Betrachtet man die konkreten Situationen, mit denen die Ärzte in der Praxis konfrontiert werden, muss man sich wahrscheinlich der Tatsache beugen, dass die Beantwortung der Frage nach der vorliegenden oder nicht vorliegenden Zustimmung manchmal eine gewisse Unsicherheit beinhaltet, weshalb eine Notwendigkeit besteht, diesbezüglich eine gesetzliche Vermutung aufzustellen und den vorgängigen Entschluss zu favorisieren.

2.1.2.2. Die vorgängige oder vermutete Zustimmung des Patienten

Kann sich der Patient nicht äussern, wurde der therapeutische Eingriff aber als notwendig betrachtet, um seine Interessen zu schützen, sollte das Gesetz dem Arzt erlauben, von einer vorgängigen oder vermuteten Zustimmung auszugehen. Gerade auch angesichts des repetitiven Charakters gewisser Hospitalisierungen könnte eine vorgängige Zustimmung zu einer bestimmten Behandlung wohl oft angenommen werden. Was die Vermutung der Zustimmung betrifft, kann diese nur durch eine klar ausgedrückte, vorgängige Weigerung des Betroffenen oder seines

gesetzlichen Vertreters umgestossen werden. Dies wäre dann der Fall, wenn beispielsweise eine Patientin vorgängig ausdrücklich die Verabreichung von Neuroleptika verweigerte und die Zwangsisolierung bevorzugte, ja sogar die körperliche Gewalt für den Fall, wo nur so die Verletzung ihrer körperlichen Integrität verhindert werden kann. So präzisiert der Entscheid vom 7. März 1995 des Genfer Verwaltungsgerichts (Übersetzung vom Verfasser): „Da Frau X klar äusserte, sie bevorzuge physischen Zwang gegenüber der Verabreichung von Neuroleptika, erlaubt es die Vermutung von Art. 5 Abs. 3 des Genfer Gesetzes über die Beziehungen zwischen den Mitgliedern der Gesundheitsberufe und den Patienten (LRMPS) nicht, ihr die zweite Lösung aufzuzwingen, wenn ihr die erste das Leben retten kann. Zweck dieser Bestimmung ist es denn auch, das Leben des Patienten, der nicht in der Lage ist, seine Zustimmung auszudrücken, zu retten. Kann dieses Ziel im Einklang mit dem ausgedrückten Willen des Patienten erreicht werden, und wurde dieser vorgängig ausgedrückt, wäre die Wahl einer andern Lösung ein Verstoss gegen den Sinn des Gesetzes.“

Liegt Gefahr im Verzug, kann die systematische Konsultation der Angehörigen oder das Erfordernis der Zustimmung eines möglichen gesetzlichen Vertreters oder das Bewilligungsgesuch an eine zu diesem Zweck bezeichnete Behörde dem Arzt nur schwerlich vorgeschrieben werden. Die Sorge, das Schicksal des psychisch Kranken ja nicht der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Arztes zu überlassen, könnte sich schliesslich in Verzögerungen des therapeutischen Eingriffs äussern, zum Nachteil des wohlverstandenen Interesses des Patienten.

2.1.2.3. Die Weigerung oder der Rückzug der Zustimmung des Patienten

Art. 5 Abs. 4 LRMPS sieht vor (Übersetzung vom Verfasser): „Im Falle einer Weigerung oder eines Rückzugs der Zustimmung, die für den Patienten schwere Folgen nach sich ziehen könnte, informiert der Arzt letzteren eingehend. Weigert sich der Patient weiterhin, kann der Arzt eine schriftliche Bestätigung verlangen“. Man kann daran zweifeln, ob eine eingehende Information des Patienten mit der Notwendigkeit eines Noteingriffs vereinbar ist. Auch sollte das Gesetz vorsehen, dass im Falle von Gefahr im Verzuge der Ausdruck eines eigenen Willens höheren ethischen Anforderungen hinsichtlich der Dringlichkeit des Eingriffs nachgeht, sofern unmittelbare lebenswichtige Interessen des Patienten auf dem Spiel stehen. Ein solcher Vorbehalt gegenüber dem Prinzip der Berücksichtigung des vom Patienten ausgedrückten Willens rechtfertigt sich umso mehr, da neuere Studien gezeigt haben, dass ein hoher Anteil der Patienten, die sich zuerst einer Therapie widersetzt haben, im Moment ihrer Entlassung aus dem Spital zugegeben haben, der Entscheid über die Zwangsbehandlung sei gerechtfertigt gewesen (vgl. M. BORGHI, *Les limites posées par l'Etat de droit au traitement forcé psychiatrique*, RDT 1991 [3], 85, N 17). Dazu kommt, dass der Arzt bei psychischen Erkrankungen meistens Zweifel bezüglich der „freien und in voller Kenntnis der Sachlage“ abgegebenen Zustimmungsverweigerung hat, die offensichtlich den lebenswichtigen Interessen des Patienten zuwiderläuft (vgl. in diesem Zusammenhang FINZEN/HAUG/BECK/LÜTHY a.a.O. 156 f., wonach Behandlung gegen den Willen des Betroffenen möglich sein soll, wenn wegen der psychischen Krankheit und nur deswegen die Urteilsfähigkeit stark eingeschränkt ist).

2.1.2.4. Der die unfreiwillige Notbehandlung begleitende Bericht

Der notbehandelnde Arzt erstellt einen Bericht mit den hauptsächlich beobachteten psychiatrischen Anzeichen, der mutmasslichen Diagnose, der vorzunehmenden Pflege und der

anzuwendenden Behandlung. Dieser Bericht wird in die Krankengeschichte integriert, die die Anstalt für jeden zugelassenen Kranken selbst verwaltet.

Die Frage der Bedingungen und des Adressaten der Weiterleitung des Berichts ist heikler zu beantworten, als dies auf den ersten Blick hin erscheint. Das Interesse des Patienten an der Wahrung des Arztgeheimnisses verdient ebensolche Beachtung wie der Gewinn, den er aus der Tatsache ziehen kann, dass die Informationen den Angehörigen, einem Betreuer, einem gesetzlichen Vertreter oder einer Behörde zukommen, die aufgrund ihrer Unabhängigkeit gegenüber der Anstalt in der Lage sein sollten, die Rechte des Patienten in aller Selbständigkeit wahren zu können.

Aufgrund dieser Tatsache sollte jede Übergabe von Informationen betreffend den Eingriff der Zustimmung des Patienten unterstellt sein, wenn dieser die Fähigkeit, selbst zu entscheiden, schnell wieder erlangt hat. Die Übergabe des Berichts von Amtes wegen an die zuständige Behörde scheint sich nur in dem Fall zu rechtfertigen, wo der Kranke während mehreren Tagen diese Fähigkeit nicht hat. Dieses Vorgehen ist umso mehr gerechtfertigt, als es letzterer Behörde obliegt, das Vorliegen einer Betreuung des Patienten zu überprüfen. Die Informationen, die den Angehörigen oder dem allfälligen Betreuer oder dem gesetzlichen Vertreter gegeben werden, sollten mündlich sein und Angelegenheit des Arztes bleiben.

2.1.2.5. Die Betreuung des Patienten

Bei dringlichen und sich oft wiederholenden Hospitalisierungen sind es in der Regel die Angehörigen, die die Begleitung der betroffenen Person gewährleisten. Genügt die Freiheitsentziehung nicht, um die Bestellung eines Betreuers von Amtes wegen nach sich zu ziehen, ist nicht ersichtlich, warum diese automatisch vorgenommen werden soll, wenn zur Unterbringung eine unfreiwillige Behandlung dazukommt.

Der Patient, der nicht auf Angehörige zählen kann, muss natürlich von der Möglichkeit einer Massnahme der persönlichen oder besonderen Betreuung informiert werden. Die von Amtes wegen vorgenommene und unverzügliche Einsetzung sollte für die Fälle der dauernden Unfähigkeit des Patienten zur Willensäußerung und für jene Fälle vorbehalten werden, wo es von Anfang an möglich ist vorauszusehen, dass die Hospitalisierung und die unfreiwillige Behandlung eine bestimmte Dauer überschreiten (vgl. dazu nachstehend 2.1.3.).

2.1.3. Unterbringung und Behandlungsplan

Wo keine Gefahr im Verzuge besteht, rechtfertigt es sich, eine bestimmte Anzahl von Garantien vorzusehen, um dem Patienten eine optimale Autonomie hinsichtlich der Behandlung in der stationären Einrichtung zu sichern.

2.1.3.1. Die freie und in voller Kenntnis der Sachlage gegebene Zustimmung

Im Hinblick auf den Behandlungsplan erhält das „consentement libre et éclairé“ sein volles Gewicht angesichts der Tatsache, dass der Arzt über den notwendigen Spielraum verfügt, um den Patienten ausführlich nicht nur über alle Implikationen der Behandlung, sondern auch über das

Unterbleiben einer solchen zu informieren. Hält man sich an die neuere Entwicklung der Lehre und der Rechtsprechung, muss für den Behandlungsplan die freie und in voller Kenntnis der Sachlage abgegebene Weigerung oder der Rückzug der Zustimmung beachtet werden, mindestens solange, als nicht die unmittelbar lebenswichtigen Interessen des Patienten auf dem Spiel stehen. Handelt es sich um die Frage des Überlebens, kommt man wieder auf die Hypothese der Gefahr im Verzug, welche bereits oben behandelt wurde (vgl. vorne 2.1.2.).

Muss auf eine Behandlung mangels Zustimmung verzichtet werden, ist damit nicht gesagt, dass die FFE automatisch wegfällt; wohl aber hat diesfalls die Behörde zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für eine FFE im Sinne der bisherigen Abs. 1 und 2 des Art. 397a ZGB noch gegeben sind.

2.1.3.2. Die Bezeichnung eines gesetzlichen Vertreters

Kann der Patient nicht selbst zustimmen oder sich der vorgesehenen Behandlung widersetzen, sollte für ihn ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden. Dieser muss sich anstelle des Kranken äussern, innerhalb folgender Schranken und unter folgenden Bedingungen:

- der gesetzliche Vertreter ist prinzipiell durch die Anweisungen des Patienten gebunden, die ihm jener geben konnte, bevor er die Fähigkeit verlor, sich selbst festzulegen, dies vorbehältlich neuer wichtiger Tatsachen;
- die Verweigerung der Zustimmung durch den gesetzlichen Vertreter, welche den Interessen des Patienten zuwiderläuft, muss durch den betroffenen Arzt oder durch einen Angehörigen derjenigen Behörde zum Entscheid vorgelegt werden können, die die Freiheitsentziehung im Hinblick auf die Vornahme der Behandlung ausgesprochen hat;
- der gesetzliche Vertreter muss der Behörde, die ihn bezeichnet hat, Bericht erstatten, wenn der medizinische Eingriff heikel ist, wenn er von gefährlichen Nebenwirkungen begleitet wird, wenn er gewichtige Einschränkungen der persönlichen Freiheit nach sich zieht oder wenn dessen Folgen ungewiss sind;
- die Entscheidungen der Behörde basieren in all jenen Fällen auf einer Expertise, in denen Zweifel über das wirkliche Interesse des Patienten bestehen.

2.2. *Die Betreuung des Patienten*

Wie bereits weiter oben im Rahmen der Unterbringung und der Behandlung in Dringlichkeitsfällen erwähnt wurde, ist nicht ersichtlich, warum sogar für die Fälle von kurzandauernder Hospitalisation systematisch ein Betreuer bezeichnet werden soll.

Kann sich der Patient jedoch nicht selbst bezüglich der beabsichtigten Behandlung festlegen, muss ihm die Behörde einen gesetzlichen Vertreter ernennen (vgl. vorne 2.1.3.2.). In diesem Fall ist die persönliche Betreuung (wie bei jeder Betreuung) integrierender Bestandteil des Mandats. Verfügt der Patient über die Fähigkeit, selbst zu entscheiden, muss die Frage der Betreuung seiner eigenen Einschätzung überlassen werden. Um zu garantieren, dass die hospitalisierten Personen nicht zu lange sich selbst überlassen bleiben, wäre es denkbar, von der stationären Einrichtung zu verlangen, dass sie der Betreuungsbehörde jegliche Hospitalisation, deren Dauer einen Monat

überschreitet, mitteilt, damit diese von Amtes wegen die Notwendigkeit einer Massnahme abklärt. Im Falle einer dauerhaften Hospitalisierung müsste eine periodische Überprüfung der Frage stattfinden.

2.3. *Die sachlich zuständige Behörde*

Zuständig für alle Fragen, die sich betreffend Betreuung oder Vertretung des Patienten stellen, ist natürlich ausschliesslich die Betreuungsbehörde. Die Frage nach der Zuständigkeit für behördliches Einschreiten für den Fall, da der Patient sich nicht selbst entscheiden kann, ist schwieriger zu beantworten. Die Überprüfung des Berichts des Arztes, der die Notbehandlung vornimmt, die Beurteilung der durch den Arzt oder durch die Angehörigen gemachten Feststellung, dass sich ein gesetzlicher Vertreter weigert, einer Behandlung zuzustimmen, oder der Entscheid, eine Einwilligung in den Fällen, wo der gesetzliche Vertreter die Behörde benachrichtigen muss, zu erteilen oder zu verweigern, sind Fragen, um derentwillen sich die Schaffung einer speziellen Behörde durch den Kanton rechtfertigen würde. In Frage käme vor allem eine Aufsichtsbehörde für psychiatrische Anstalten oder ein psychiatrischer Rat mit Repräsentanten aus dem medizinischen, psychosozialen und rechtlichen Bereich. Soweit aber die Betreuungsbehörde selbst ein interdisziplinäres Organ ist und einen Richter als Präsidenten hat, ist nicht ersichtlich, warum ihr nicht auch die Gesamtheit dieser Aufgaben zugeteilt wird, wobei diese in allen Fällen eine psychiatrische Expertise anordnen müsste, wo ein Zweifel über das wirkliche Interesse des Patienten an einer unfreiwilligen Behandlung besteht.

V. Die Revision anderer Rechtsgebiete

1. Das Handlungsfähigkeitsrecht

1.1. *Vom Zusammenhang zwischen dem bisherigen Vormundschaftsrecht und dem zukünftigen Betreuungsrecht mit dem Handlungsfähigkeitsrecht*

Zwischen bisherigem Vormundschaftsrecht und zukünftigem Betreuungsrecht einerseits und Handlungsfähigkeitsrecht im allgemeinen andererseits bestehen sehr enge Zusammenhänge. Schon im bisherigen Recht war es so, dass die generellen Bestimmungen über das Handlungsfähigkeitsrecht in den Art. 12 ff. ZGB der Sache nach sehr oft Bezug genommen haben auf das Vormundschaftsrecht. Vormundschaftsrecht andererseits enthält eine ganze Reihe handlungsfähigkeitsrechtlicher Bestimmungen. Dieser Zusammenhang bleibt auch in einem zukünftigen Recht bestehen. Hier soll versucht werden, Antwort zu geben auf die Frage, wie sich das nunmehr vorgeschlagene neue Betreuungsrecht auf die bisherigen Art. 12 ff. ZGB auswirken könnte.

Im heutigen Recht ist der Teil Handlungsfähigkeitsrecht im Rahmen des Personenrechts - um nicht mehr zu sagen - lückenhaft. Zunächst einmal ist der Fall der beschränkten Handlungsfähigkeit, welchen das Vormundschaftsrecht in Art. 395 ZGB vorsieht, die Beiratschaft, im Personenrecht überhaupt nicht berücksichtigt. Das hängt vermutlich damit zusammen, dass die Beiratschaft erst bei den Verhandlungen in den Eidgenössischen Räten in das ZGB aufgenommen worden ist. Im übrigen ist das Handlungsfähigkeitsrecht schlechthin auf Bestimmungen angewiesen, die sich im Vormundschaftsrecht finden, aber eben über das Vormundschaftsrecht hinausgehen. Zu denken ist hier an die Art. 410 und 411 ZGB, welche ja für Unmündige unter elterlicher Gewalt ebenso wichtig sind wie für Bevormundete. Zu denken ist auch an die verbotenen Geschäfte des Art. 408 ZGB. Es ist unbestritten, dass diese Bestimmung auch auf Unmündige unter elterlicher Gewalt Anwendung findet. Im folgenden ist nun zu untersuchen, ob und inwiefern im Zusammenhang mit der Schaffung des neuen Betreuungsrechts die Art. 12 ff. ZGB abgeändert werden müssen einerseits und abgeändert werden könnten andererseits.

1.2. *Der Begriff der Mündigkeit und der Handlungsfähigkeit*

Nach neuem Recht sollte es keine Entmündigung mehr geben. Damit verliert das Wort „Mündigkeit“ einen wesentlichen Teil seiner Bedeutung. Mündig könnte nur mehr den Sinn von erwachsen oder volljährig haben. Dafür ist indessen dieser Ausdruck nicht gut geeignet. Wenn alle erwachsenen Personen mündig sind, hat das Wort „Mündigkeit“ doch wohl seinen Ursinn verloren. Der Verzicht auf das Wort „mündig“ hat allerdings noch eine weitere Konsequenz: Es müsste dann richtigerweise auch der Ausdruck „Unmündige“ aus dem Sprachgebrauch des ZGB verbannt werden. Das könnte aber doch wohl in Kauf genommen werden. Abgesehen davon, dass der Ausdruck „unmündig“ bei Fehlen des Ausdrucks „mündig“ keinen Sinn mehr ergibt, seien hier zwei weitere Argumente angeführt. Zunächst einmal kennt die heutige Rechtssprache weder im Französischen noch im Italienischen einen dem Wort „mündig“ oder dem Wort „unmündig“ entsprechenden Ausdruck. Schon heute spricht man nur von Minderjährigen, d.h. „mineurs“ beziehungsweise „minorenni“. Auch das Minderjährigenschutzabkommen von 1961 verwendet nirgends den Ausdruck „unmündig“. Dort ist immer nur, aber eben von Minderjährigen die Rede.

So wird denn vorgeschlagen, mit der Revision des Vormundschaftsrechts den Ausdruck „mündig“ und damit auch die Ausdrücke „entmündigt“ und „unmündig“ fallen zu lassen. Es sei ohne weiteres zugegeben, dass darin eine gewisse sprachliche Verarmung liegt. Es war bis anhin zweifellos ein Vorteil, dass man in der deutschen Sprache mit dem einen Wort „mündig“ den Gegensatz sowohl zu „unmündig“ wie „entmündigt“ ausdrücken konnte. Die Abschaffung des Ausdrucks „mündig“ liegt aber in der Logik der Dinge.

Im Zusammenhang damit stellt sich allerdings die Frage, wie denn fortan der Art. 13 ZGB zu formulieren sei. Einleitend sei darauf hingewiesen, dass sich dieses Problem schon heute für die französische Sprache stellt. Im heutigen Gesetz ist das Problem in französischer Sprache aus diesem Grunde denn auch nicht gut gelöst. So widersprechen sich im heutigen französischen Text die Art. 13 und Art. 17 ZGB. Nach Art. 13 hat „toute personne majeure“, die urteilsfähig ist, die Handlungsfähigkeit. Nach Art. 17 fehlt die Handlungsfähigkeit sowohl den „mineurs“ wie den „interdits“.

In einem zukünftigen Recht könnte oder müsste dann der neue Art. 13 etwa wie folgt lauten: „Die Handlungsfähigkeit besitzt jedermann insoweit, als er nicht durch eine gesetzliche Vertretung oder eine Mitwirkungsbetreuung (in dieser) eingeschränkt und urteilsfähig ist.“ Durch die Aufnahme des Wortes „insoweit“ in die Begriffsbestimmung käme im Gegensatz zum heutigen Art. 13 ZGB zum Ausdruck, dass die Handlungsfähigkeit ja immer nur relativ ist, weil die Urteilsfähigkeit ja auch relativ ist.

Heikler ist die Frage, ob man im Gesetz auf die Kategorien von Personen im Sinne von Handlungsfähigen, beschränkt Handlungsfähigen, beschränkt Handlungsunfähigen und völlig Handlungsunfähigen verzichten kann oder soll. Als eine, allenfalls vertretbare Extremlösung liesse sich denken, dass diese Gruppen als im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Kategorien entfallen. Art. 17 ZGB müsste dann ersatzlos gestrichen werden. Die heutige Lösung ist auch nicht voll befriedigend. So fällt heute eine beinahe 18 Jahre alte Person, die völlig urteilsfähig ist, gestützt auf Art. 17 ZGB immer noch unter den Begriff des Handlungsunfähigen, während jemand, der unter kombinierter Beiratschaft steht, handlungsfähig (allerdings nur beschränkt handlungsfähig) ist. Im Hinblick auf die Schaffung des neuen Rechts wären die Vor- und Nachteile einer Kategorisierung von Menschen unter der Rücksicht der Handlungsfähigkeit auf jeden Fall neu abzuwägen.

1.3. Die Urteilsfähigkeit

Eine fundamentale Bestimmung des Handlungsfähigkeitsrechts ist Art. 16 ZGB, der die Urteilsfähigkeit definiert. Im Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts stellen sich hier insbesondere zwei Fragen. Es geht einerseits um die Umschreibung der Schwächezustände, anderseits um die Frage der Schaffung einer Kategorie von solchen Personen, deren Urteilsfähigkeit zwar nicht völlig aufgehoben, aber stark eingeschränkt ist.

Aus den Vorschlägen zum neuen Betreuungsrecht ergibt sich, dass Ausdrücke wie „Geisteskrankheit“, „Geistesschwäche“ und „Trunksucht“ aus dem Betreuungsrecht verschwinden würden. Hier stellt sich die Frage, ob nicht auch Art. 16 ZGB in der Umschreibung der Schwächezustände auf die bisherigen, doch wohl antiquierten und eben auch stigmatisierenden oder etikettierenden Ausdrücke verzichten solle. Das Bedürfnis auf den Verzicht auf diese Ausdrücke ist insofern kleiner als im Betreuungsrecht, weil Art. 16 ZGB ja nicht in aller Form im Rahmen der Anordnung einer Massnahme verwendet wird, sondern primär dazu dient, eine klare Antwort mit Bezug auf die Lösung von (streitigen) Rechtsfragen zu geben. Von Art. 16 ZGB

geht mit andern Worten weniger stigmatisierende Wirkung aus als etwa von den heutigen Art. 369 und Art. 397a ZGB. Es bleibt aber auf jeden Fall dabei, dass die Ausdrücke antiquiert sind. So erscheint es denn angezeigt, im Rahmen der Verwirklichung des vorliegenden Revisionsvorhabens die Abänderung dieser Ausdrücke zu überprüfen.

Im Zusammenhang mit dem neuen Betreuungsrecht stellt sich aber eine weitere, bedeutend wichtigere Frage. In diesem Bericht ist bereits mehrfach darauf hingewiesen worden, dass sich betreuungsrechtliche Fragen insbesondere für Personen stellen, deren Urteilsfähigkeit zwar nicht ganz aufgehoben, aber stark eingeschränkt ist. Es stellt sich die Frage, ob nicht zwischen Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit eine Kategorie eingeschoben werden kann oder soll für Personen, die in irgendeiner Weise noch ihren Willen äussern können. Man lese etwa in diesem Zusammenhang § 1905 Abs. 1 Ziff. 1 BGB, wonach eine Sterilisation nur möglich ist, wenn sie „dem Willen des Betreuten nicht widerspricht“. Dabei darf es sich bei diesem Betreuten ja nur um jemanden handeln, der in die Sterilisation „nicht einwilligen kann“. Ähnliche Fragen stellen sich für unser zukünftiges Recht namentlich mit Bezug auf die Zwangsbehandlung im Rahmen der Unterbringung. Auch hier sind ja in besonderer Weise Leute betroffen, deren Urteilsfähigkeit stark eingeschränkt ist (siehe vorn IV, 2.). Mögen auch diese „Zwischenfälle“ im Betreuungsrecht eine grosse Rolle spielen, so wäre doch mit der Schaffung einer eigenen Zwischenkategorie, die ja dann auch immer nach oben und nach unten abgegrenzt werden müsste, wenig gewonnen. Wohl aber verwendet das Betreuungsrecht hier und dort Ausdrücke, welche der Sache nach die erwähnte Zwischenkategorie betreffen oder zum mindesten betreffen können (z.B. „nicht gegen den Willen“).

1.4. Fehlen der Urteilsfähigkeit

Gemäss Art. 18 ZGB vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, wer nicht urteilsfähig ist, durch seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeizuführen. Seine Handlungen haben „pas d'effets juridiques“. Diese Regel gilt völlig unabhängig davon, ob der Urteilsfähige unmündig oder entmündigt ist. Sie kommt auch zum Zuge, wenn ein Mündiger im Zustand der Urteilsunfähigkeit handelt (ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Basel 1992, N 170). Für die Anrufung des Art. 18 ZGB bedarf es also keiner vorgängigen autoritativen Feststellung der wegen Urteilsunfähigkeit vorliegenden Handlungsunfähigkeit. Vielmehr kann jeweils noch post festum festgestellt werden, dass der, der hier gehandelt hat, im entscheidenden Moment urteilsunfähig gewesen ist. Art. 18 ZGB ist demnach eine generelle Handlungsfähigkeitsbestimmung, die nicht auf vorgängiges vormundschaftliches Geschehen abstellt.

Gemäss Art. 18 ZGB kommt schlechthin keine rechtliche Wirkung zustande, wenn eine Vertragspartei urteilsunfähig ist. Mithin kann sich auch die urteilsfähige Vertragspartei auf diese Bestimmung berufen. Während also die Bestimmung doch wohl zum Schutz von Schwachen geschaffen worden ist, kann sich auch der Starke darauf berufen. Das Bundesgericht hat dann allerdings unter Berücksichtigung der Lehre festgestellt, dass es rechtsmissbräuchlich sein kann, wenn der Urteilsfähige sich auf Art. 18 ZGB beruft (BGE 117 II 18). Der Autor, der sich am intensivsten mit dieser Frage beschäftigt hat, ist EUGEN BUCHER (siehe etwa Art. 17/18 ZGB N 165 ff.). Auf ihn beruft sich denn auch das Bundesgericht im erwähnten BGE. BUCHER ist von der jetzigen gesetzlichen Lösung nicht befriedigt (siehe Art. 17/18 ZGB N 171). Während indessen seiner Ansicht nach im Kernbereich des Art. 27 Abs. 2 ZGB das geltende Recht nicht Nichtigkeit, sondern Kündbarkeit vorsieht (BUCHER, Art. 27 ZGB N 131), ist dies für den Fall der Urteilsunfähigkeit wegen der klaren gesetzlichen Regelung nicht möglich. So handelt es sich denn bei BUCHERS Postulat um ein solches *de lege ferenda*.

Es fragt sich daher, ob nicht im Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts Art. 18 ZGB überprüft werden sollte. Könnte nicht bei Beibehaltung des in der Bestimmung festgehaltenen Grundsatzes in einem zweiten Absatz vorgesehen werden, dass der Urteilsfähige sich dann nicht auf die Urteilsunfähigkeit des Vertragspartners berufen kann, wenn das Geschäft im Interesse des Urteilsunfähigen liegt? Dies wäre dann eine der schon jetzt in Art. 18 ZGB vorbehaltenen gesetzlichen Ausnahmen. Man mag dogmatische Bedenken gegen eine solche Lösung haben (wie soll etwas rechtsgültig entstehen, wenn ein Beteiligter gar nicht weiss, was er tut?). Ist das aber nicht geradezu Dogmatismus? Das Bundesgericht hat ja auch jetzt schon bei Rechtsmissbrauchsfällen keine solchen dogmatischen Skrupel. Auch bei der Schaffung des französischen Rechts hatte man offensichtlich keine entsprechenden Skrupel (siehe I, 2.4.).

Die Frage einer Abänderung des Art. 18 ZGB muss allerdings gründlich untersucht werden. Das kann namentlich nicht geschehen ohne Einbezug von im Allgemeinen Teil des Obligationenrechts geregelten Grundfragen. Die Expertenkommission schlägt vor, dass im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts Art. 18 ZGB überprüft wird.

1.5. Der bisherige Art. 19 ZGB

Schon vom Wortlaut her ist der bisherige Art. 19 ZGB (Randtitel und Abs. 1) durch die Revision des Vormundschaftsrechts insofern betroffen, als es aufgrund dieser Revision keine unmündigen oder entmündigten Personen mehr geben würde. Während aber unmündige Personen ganz einfach durch Minderjährige ersetzt werden könnten, gibt es im neuen Recht ja keinen Ausdruck, der an die Stelle von entmündigt treten könnte. Im übrigen aber geht es im folgenden nicht nur um den Wortlaut, sondern auch um die Sache.

1.5.1. Art. 19 Abs. 1 ZGB

Nach Art. 19 Abs. 1 ZGB können sich urteilsfähige Unmündige und Entmündigte nur, aber immerhin mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten. Beide Teile des Absatzes sind fundamental: Die Verpflichtungsfähigkeit ist eingeschränkt; ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters kann sich selbst der Urteilsfähige nicht verpflichten. Wohl aber kann der Urteilsfähige ein sogenannt hinkendes Rechtsgeschäft abschliessen; der Partner bleibt daran vorerst gebunden.

Soll das auch im zukünftigen Recht so sein? Es besteht kein Grund, hier für Minderjährige etwas zu ändern. Wie aber liegen die Dinge bei Volljährigen? Ist es nicht paradox, wenn alle möglichen Arten besonderer Betreuung bestehen (Verwaltung, Mitwirkung, Vertretung) und dann doch der Betreute noch unter Vorbehalt der Zustimmung des Betreuers selber handeln kann? Dazu ist zu sagen, dass das auch heute schon weitestgehend so ist. Art. 19 Abs. 1 ZGB ist ja seinem Wortlaut nach zur Hälfte für den Fall des massivsten Eingriffs in die Handlungsfähigkeit Erwachsener, für die Entmündigung, vorgesehen. Was im heutigen Recht für alle Entmündigten Recht ist, darf und soll doch auch in Zukunft für alle betreuten Personen gelten. Ist dann aber Art. 19 Abs. 1 ZGB nicht einfach identisch mit der Mitwirkungsbetreuung? Das ist nicht der Fall, so wenig bis anhin Art. 19 Abs. 1 ZGB identisch war mit der Mitwirkungsbeiratschaft gemäss Art. 395 Abs. 1 ZGB. Bei Fällen der Mitwirkungsbetreuung braucht es immer sowohl das „Ja“ des Betreuers wie das „Ja“ des Betreuten. In den dem Art. 19 Abs. 1 ZGB unterliegenden Fällen geht es aber um jenen Bereich, der durch die Vertretungsbetreuung abgedeckt ist. Der Betreuer kann hier allein handeln. Der Betreute kann an sich nicht handeln. Ist er aber urteilsfähig, kann er das hinkende

Rechtsgeschäft abschliessen. Da ja das neue Recht das Selbstbestimmungsrecht sicher nicht weniger berücksichtigen will als das bisherige, muss hier keine Änderung eintreten.

Wie aber soll der neue Art. 19 Abs. 1 ZGB formuliert werden? Es genügt ganz einfach der Satz: „Urteilsfähige Personen unter gesetzlicher Vertretung können sich nur mit Zustimmung ihrer (gesetzlichen) Vertreter durch ihre Handlungen verpflichten.“ Damit wären dann alle Unmündigen und die unter Vertretungsbetreuung stehenden Betreuten abgedeckt.

1.5.2. Art. 19 Abs. 2 ZGB

Gemäss dem zweiten Absatz des Art. 19 ZGB können urteilsfähige unmündige oder entmündigte Personen heute Vorteile erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte ausüben, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen. Hier besteht kein Grund, etwas zu ändern. Das Wort „sie“ im Text des bisherigen Art. 19 Abs. 2 ZGB verweist dann ganz einfach auf die urteilsfähigen unter gesetzlicher Vertretung. Allenfalls kann die im Verhältnis zu Art. 19 Abs. 2 ZGB bestehende, nicht unüberwindbare (hierzu BUCHER, Art. 19 ZGB N 161 ff.) Problematik des Art. 241 Abs. 2 OR in diesem Zusammenhang erörtert werden. Was die höchstpersönlichen Rechte angeht, siehe im einzelnen vorn III, 3.4.1. und nachstehend V, 3.

1.5.3. Art. 19 Abs. 3 ZGB

Der dritte Absatz des Art. 19 ZGB spricht sich aus über die (grundsätzlich bestehende) Deliktsfähigkeit urteilsfähiger unmündiger oder entmündigter Personen. An dieser Regelung soll sich im Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts nichts ändern. Es sei immerhin darauf hingewiesen, dass sich in diesem Zusammenhang mit Bezug auf das Vorliegen oder Nichtmehrvorliegen der Urteilsfähigkeit teils ähnliche Probleme stellen wie die, welche vorn in 1.3. behandelt worden sind (siehe in diesem Kontext EUGEN BUCHER, Verschuldensfähigkeit und Verschulden in FS MARIO N. PEDRAZZINI, Bern 1990, 287 ff.).

1.6. *Art. 410/411 und 424 ZGB*

Die Durchführung von Art. 19 Abs. 1 ZGB (das Spiel dieses Artikels) ist in den Art. 410 und 424 ZGB, die Rechtsfolge bei Ausbleiben der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters in Art. 411 ZGB geregelt (zu diesen Artikeln siehe insbesondere die zwei neuen Dissertationen EBERHARD, Die Zustimmung des Vormundes zu Rechtsgeschäften des urteilsfähigen Mündels ..., Bern 1990 und MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, Diss. Freiburg 1994, AISUF 140). Art. 410 und 411 ZGB beziehen sich auf unmündige und entmündigte Personen, Art. 424 ZGB bezieht sich nur auf Un- oder Entmündigte unter Vormundschaft.

Die Beibehaltung der Regelung des Art. 19 Abs. 1 ZGB verlangt, dass sich nach wie vor im Gesetz Bestimmungen im Sinne von Art. 410/424 und 411 ZGB befinden. Es stellt sich aber die Frage, ob diese nicht nach vorn ins Handlungsfähigkeitsrecht aufgenommen werden sollten. So werden denn auch die Art. 410 und 411 ZGB im Rahmen eines Kommentars, der sich sonst strikt an die gesetzliche Einteilung hält, ausführlich behandelt (BUCHER, Art. 17/18 ZGB N 195 ff. sowie Art. 19 ZGB N 144 ff. und 410 ff.). Es erscheint daher sinnvoll, die Art. 410 und 411 ZGB in den allgemeinen Teil des Handlungsfähigkeitsrechts einzubauen.

Art. 424 des bisherigen Rechts käme dann der Sache nach hinten in den vierten Abschnitt des elften Titels (siehe hierzu in diesem Bericht III, 4. und VI, 2.).

Materiell drängt sich mit Bezug auf die Art. 410, 411 Abs. 1 und 424 ZGB keine Änderung auf. Die ausführlichen Abhandlungen über Art. 410 und 424 ZGB enthalten keine entsprechenden Vorschläge de lege ferenda. Man kann sich indessen die Frage stellen, ob nicht Art. 411 Abs. 2 ZGB der Tatsache Rechnung tragen sollte, dass fortan keine Publikation mehr stattfindet. Soll nicht ein Dritter mit Bezug auf sein negatives Vertragsinteresse deswegen in Zukunft besser geschützt sein als bis anhin? Das ist sicher insofern nicht nötig, als ja auch jetzt schon trotz Publikation in sehr vielen Fällen die Kenntnis des Dritten eine reine Fiktion war. Soll aber für das Entstehenmüssen für das negative Vertragsinteresse des Vertragspartners der Urteilsfähige unter gesetzlicher Vertretung nach wie vor nur dann verhalten sein, wenn er den andern Teil zur irrtümlichen Annahme seiner Handlungsfähigkeit verleitet hat (si il s'est fausement donné pour capable)? Oder genügt es nicht, wenn der Dritte im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB die nach den Umständen nötige Aufmerksamkeit angewendet hat? Die Frage soll hier nicht abschliessend geklärt werden. Vielleicht liegt die Lösung auch irgendwo in der (in welcher?) Mitte. Im Zusammenhang mit der Gesamtrevision ist sie aber doch wohl zu überprüfen.

1.7. *Verbotene Geschäfte*

Gegenwärtig handelt Art. 408 ZGB von Geschäften, die für einen Bevormundeten „verboten“ sind (hierzu siehe Dissertation KÖPPEL, Verbotene Geschäfte [insbesondere Art. 408 ZGB]. - Ein Beitrag zum Handlungsfähigkeitsrecht, Diss. Freiburg 1989). Diese Regel findet auch Anwendung auf jene Personen, die unter Verwaltungsbeiratschaft stehen, sowie namentlich auch auf Kinder unter elterlicher Gewalt. Es stellt sich daher hier, von der Sache abgesehen (hierzu vorne III, 3.) die Frage, ob nicht auch diese Regelung nach vorn ins Handlungsfähigkeitsrecht verpflanzt werden könnte.

1.8. *Handlungsfähigkeit im weiteren Sinn*

In der Lehre werden gelegentlich Ehe- und Testierfähigkeit zur Handlungsfähigkeit gerechnet (siehe TUOR/SCHNYDER/SCHMID, 71 Anm. 3). Man mag darüber streiten, ob hier nicht eine Beschränkung der Rechtsfähigkeit vorliegt, die ihren Grund aber in einer vom Gesetz unwiderlegbar vermuteten Handlungsunfähigkeit hat (TUOR/SCHNYDER/SCHMID a.a.O.). Hier mag die Zuordnung offen bleiben. Es geht um die Sache.

1.8.1. Ehefähigkeit

Über die Frage der zukünftigen Regelung der Ehefähigkeit spricht sich der VE 1992 aus (VE 1992, 10 f. und Art. 95). Es ist anzunehmen, dass Botschaft und Entwurf zum Eheschliessungs- und scheidungsrecht wieder davon handeln werden. Gemäss VE wäre die Zustimmung des Vormunds zur Eheschliessung noch vonnöten. Dagegen könnte allerdings bereits im Kanton Beschwerde erhoben werden. Es ist naheliegend, dass diese Problematik im Zusammenhang mit dem neuen Eheschliessungsrecht behandelt wird. Sollte dort die Zustimmungsnotwendigkeit beibehalten werden, könnte dies vom Konzept her problemlos in das neue Vormundschafts- bzw.

Betreuungsrecht eingebaut werden. Es würde sich dann um einen Fall der Mitwirkungsbetreuung handeln. Da aber die Entmündigung im neuen Recht wegfällt, müsste der Gesetzgeber die Voraussetzungen dieser Betreuung besonders umschreiben.

1.8.2. Testierfähigkeit

Gemäss geltendem Recht können urteilsfähige 18-jährige Personen testieren. Eine allfällige Urteilsunfähigkeit müsste grundsätzlich gemäss Art. 519 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB gerügt werden.

Im Zusammenhang mit den Arbeiten der Expertengruppe hat sich die Frage gestellt, ob nicht bei der Anordnung einer Vertretung für alle Angelegenheiten (hierzu vorne II, 2.3.3.) die Urteilsunfähigkeit des Betreuten zu vermuten wäre. Wenn das vorgeschlagen worden wäre, so hätte dies wahrscheinlich auch auf die Testierfähigkeit Auswirkungen gehabt. Da nun aber nirgends vorgeschlagen wird, dass autoritativ zum vornherein Urteilsunfähigkeit (auch nicht vermutungsweise) festgestellt wird, besteht kein Grund, für das Testament etwas anderes vorzusehen. Da es sich im übrigen beim Testament um einen höchstpersönlichen Akt handelt, kommt hier - anders als bei der Ehefähigkeit - auch keine Mitwirkung in Frage.

Was den Abschluss eines Erbvertrages angeht, siehe vorn bei der Mitwirkungsbetreuung in III, 3.

2. Die Vormundschaft für Minderjährige

2.1. *Das Problem*

Hauptziel der vorgesehenen Revision ist die Reform des Vormundschaftsrechts für Erwachsene (siehe vorn I, 4.1.2.). Nun aber ist das schweizerische Vormundschaftsrecht (anders als etwa das deutsche es war) nicht so konzipiert, dass die Vormundschaft für Minderjährige in eigenen Bestimmungen geregelt ist. Vielmehr findet das Gros der sich mit dem Inhalt der Massnahme Vormundschaft und mit dem Amtsträger beschäftigenden Normen Anwendung sowohl auf Erwachsene wie auf Minderjährige. Zu denken ist etwa an die Bestimmungen über die Bestellung des Vormundes (Art. 379 ff. ZGB), an das Amt des Vormundes (Art. 398 ff. ZGB), an die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 420 ff. ZGB), an die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe (Art. 426 ff. ZGB), an das Ende des vormundschaftlichen Amtes (Art. 441 ff. ZGB) und an die Folgen der Beendigung (Art. 451 ff. ZGB). Nur ausnahmsweise ist dort nur von Minderjährigen (etwa Art. 385 II, Art. 405 und 405a ZGB) oder nur von Erwachsenen (etwa Art. 406 ZGB) die Rede. Änderungen des Vormundschaftsrechts für Erwachsene haben daher notwendigerweise Auswirkungen auf das Vormundschaftsrecht für Minderjährige. Ob man es will oder nicht, ist mithin das Vormundschaftsrecht für Minderjährige durch die Revision des Erwachsenenvormundschaftsrechts betroffen.

Der innere Grund für die Lösung, bei der weitgehend die gleichen Bestimmungen für das Volljährigen- wie für das Minderjährigenvormundschaftsrecht gelten, liegt im grundsätzlich einheitlichen Institut der Vormundschaft bzw. des Vormunds. Der Vormund hat gemäss Art. 367 Abs. 1 ZGB die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des unmündigen oder entmündigten Bevormundeten zu wahren und ist dessen Vertreter. Nun aber fällt im neuen Recht für Erwachsene dieses Grundinstitut des bisherigen Rechts weg und wird durch massgeschneiderte Massnahmen ersetzt, die der je eigenen Hilfsbedürftigkeit Rechnung tragen. Für den Minderjährigen liegen aber die Dinge anders. Hier beruht die Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person nicht in einer besonderen Schwäche, sondern ganz einfach darin, dass diese

Person einerseits noch nicht 18 Jahre alt ist, andererseits keine Eltern oder keine für die Ausübung der elterlichen Gewalt taugliche Eltern besitzt. Es geht ganz einfach um den Elternersatz für Minderjährige (Kleinkinder, Kinder und Jugendliche). Das neue Recht kann daher nicht einfach wie das bisherige von einem Einheitsinstitut Vormundschaft bzw. Vormund ausgehen. Zugegeben sei, dass der massivste Eingriff in die Handlungsfähigkeit Erwachsener, die Betreuung für alle Angelegenheiten, der bisherigen Vormundschaft ähnlich kommt. Diese ultima ratio des Erwachsenenbetreuungsrechts erhalte aber zu Unrecht eine nicht anzustrebende Bedeutung, wenn sie analog der bisherigen Vormundschaft gewissermassen als allgemeiner Teil eines zukünftigen Vormundschaftsrechts für Volljährige und Minderjährige dienen sollte.

Im übrigen ist es denkbar und naheliegend, dass eine Reihe von Neuerungen im Vormundschaftsrecht für Erwachsene sinnvollerweise auch auf die Vormundschaft für Minderjährige übertragen werden (z.B. die Behördenorganisation oder die Verantwortlichkeit).

Alles in allem gilt: Die Neuregelung des Vormundschaftsrechts für Erwachsene hat zur Folge, dass die Vormundschaft für Minderjährige einen neuen Stellenwert erhält. Dem ist durch eine entsprechende gesetzliche Regelung Rechnung zu tragen.

2.2. *Die Terminologie*

Es stellt sich die Frage, ob die grosse terminologische Änderung, welche die Expertengruppe für das Erwachsenenvormundschaftsrecht vorschlägt (die Umwandlung in ein Betreuungsrecht) auch auf die Vormundschaft für Minderjährige durchschlagen soll.

Mehrere Gründe sprechen dafür. Zunächst ist nicht zu leugnen, dass auch gegenüber Minderjährigen das Wort Vormund eine stigmatisierende und etikettierende Wirkung hat. Sodann böte diese Lösung gewisse klassifikatorische Vorteile: es gäbe dann ganz einfach ein gesetzlich einheitliches Betreuungsrecht, das zerfallen würde in das Betreuungsrecht für Volljährige einerseits, für Minderjährige andererseits. Durch die Änderung käme auch schön zum Ausdruck, dass Grundgedanken des neuen Betreuungsrechts für Erwachsene in das Betreuungsrecht für Minderjährige eingeflossen sind. Auch kommt das MSA, von einer uneigentlichen Ausnahme abgesehen, ohne den Ausdruck Vormund und Vormundschaft für Jugendliche aus.

Es gibt aber auch Gründe dafür, für die Betreuung der Minderjährigen die Namen Vormundschaft und Vormund beizubehalten. Einmal wirkt der Ausdruck gegenüber einem Kind immerhin weniger stigmatisierend und etikettierend als gegenüber einem Erwachsenen. Für das Kind kommt durch dieses Wort primär zum Ausdruck, dass es elternlos ist bzw. keine für die Ausübung der elterlichen Gewalt tauglichen Eltern hat. Wenn ein Kind „bevormundet“ wird, so deshalb, weil die Eltern fehlen; wenn ein Erwachsener „bevormundet“ wird, so deshalb, weil ihm sonst etwas fehlt. Sodann hat das ausländische deutschsprachige Recht den Schritt für Jugendliche nicht getan. Weder wurde in Österreich die Sachwalterschaft, noch in Deutschland die Betreuung auf die Minderjährigen übertragen. Es sieht auch so aus, dass weltweit im Sprachgebrauch der gesetzliche Vertreter von Minderjährigen den Namen Vormund trägt. Während (wie vorher erwähnt) das MSA auf den Ausdruck „Vormund“ verzichten kann, ist er in der UN-Kinderkonvention an vielen Orten noch anzutreffen. Das Wort „Vormund“ gibt auch - so sieht es aus - viel besser die Funktion dieses Amtsträgers wieder als der rechtstechnisch weniger eindeutige Ausdruck „Betreuer“. Man kann sich auch denken, dass mit der Zeit das Wort „Vormund“ einen Teil seiner bisherigen stigmatisierenden Wirkung verliert, weil es nur mehr für den gesetzlichen Vertreter Minderjähriger verwendet wird.

Denkbar wäre auch, dass man weder von Betreuer, noch von Vormund, sondern ganz einfach von gesetzlichem Vertreter spricht. Es würde dann aber die Notwendigkeit bestehen, diesen gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen von den Eltern abzuheben. Das ist gesetzestechnisch auch nicht völlig problemlos.

Die Expertengruppe ist in dieser Frage geteilter Ansicht. Ein Mitglied möchte, wenn irgendwie möglich, auf den Ausdruck „Vormund“ für Minderjährige verzichten, ein anderes zieht diese Lösung jeder anderen Lösung vor. Ein Mitglied ist eher für die Beibehaltung des bisherigen Ausdrucks. Im folgenden wird bald der eine, bald der andere Ausdruck gebraucht (bald auch der Ausdruck gesetzlicher Vertreter). Die Verwendung des einen oder andern Ausdrucks soll hier lediglich deshalb geschehen, weil sie im Kontext vorteilhafter ist. Wenn auch die Expertengruppe geteilter Meinung ist für die Beantwortung der Frage, ob das Wort „Vormundschaft“ für Minderjährige beibehalten werden soll, ist sie sich doch einig darüber, dass das Wort „Mündel“ (französisch „pupille“) nicht mehr verwendet werden sollte. Immerhin ist schon heute im ZGB nicht von Mündel, sondern von Bevormundeten die Rede. Die Ansicht der Expertengruppe hat daher primär Auswirkung auf die französische und italienische Gesetzessprache.

2.3. Die grundsätzliche Lösung

Fast noch wichtiger als die Terminologie ist die grundsätzliche gesetzgeberische Lösung des Einbaus des zukünftigen Vormundschaftsrechts für Minderjährige in das neue Recht. Die Expertengruppe schlägt hier vor, das Vormundschaftsrecht für Minderjährige grundsätzlich aus der dritten Abteilung des Familienrechts („Die Vormundschaft“) auszugliedern und als letzten Abschnitt des achten Titels des ZGB in die zweite Abteilung des Familienrechts („Die Verwandtschaft“) einzugliedern. „Minderjährige unter Vormundschaft“ (oder wie immer dies genau heissen mag) wäre dann der neue, zusätzliche fünfte Abschnitt des achten Titels des ZGB über „Die Wirkungen des Kindesverhältnisses“. Dieser Abschnitt würde dann all jene Bestimmungen aufweisen, die explizit von der Vormundschaft oder Betreuung für Minderjährige handeln (nachstehend 2.4.). Im übrigen fänden sich aber in diesem Teil sehr viele Verweisungen auf das Eltern-/Kindesrecht einerseits, auf das Betreuungsrecht für Erwachsene andererseits (nachstehend 2.5.). In der dritten Abteilung des Familienrechts wäre dann aber nur mehr die gesetzliche Vertretung und der Schutz Erwachsener geregelt (siehe hinten VI, 2., möglicher Aufbau des zukünftigen Rechts).

Durch diesen Einbau zwischen das Eltern-/Kindesrecht einerseits und das Betreuungsrecht für Erwachsene andererseits kommt der Inhalt des Ganzen sehr schön zum Ausdruck: das Grundlegende der Elternähnlichkeit einerseits, das „Vormundschaftsrechtliche“ der Bestellung eines Elternersatzes andererseits. Dieser neue Abschnitt ist auch die logische Folge der schärfsten Kindesschutzmassnahme, der Entziehung der elterlichen Gewalt, die ja jetzt schon in den Wirkungen des Kindesverhältnisses und nicht im Vormundschaftsrecht quasi als Pendant zur Entmündigung geregelt ist. Teils aus diesem Grunde kann auch der Schönheitsfehler in Kauf genommen werden, dass die Vormundschaft für Minderjährige den letzten Abschnitt der „Wirkungen des Kindesverhältnisses“ bildet. EUGEN HUBER hat aus Gründen der Anschaulichkeit und Praktikabilität im ZGB auch sonst nicht hundertprozentig logische Lösungen gewählt. So ist etwa im siebzehnten Titel unter der Überschrift „Die Teilung der Erbschaft“ der erste Abschnitt gerade der Gemeinschaft vor der Teilung gewidmet. So finden sich alle Regeln über die Ausgleichung, obwohl die Ausgleichungsanordnung eine Verfügung von Todes wegen ist, im Titel über die Teilung der Erbschaft und nicht im Titel über die Verfügungen von Todes wegen. So ist der Allerweltstitel „Die Verwandtschaft“ für die zweite Abteilung des Familienrechts derart nichtssagend, dass in der Rechtslehre teils auf diese Überschrift weitgehend verzichtet wird (siehe

Bücher über das Kindesrecht). So wird in den Überschriften der dritten Abteilung des Familienrechts immer nur das Wort „Vormundschaft“ gebraucht, obwohl darunter so vollständig andere Dinge wie die fürsorgerrische Freiheitsentziehung fallen.

2.4. *Der Kerninhalt des Abschnitts „Minderjährige unter Vormundschaft“*

Zunächst einmal würde der bisherige Art. 368 ZGB durch einen Eingangsartikel dieses neuen Abschnitts ersetzt und aus dem Vormundschaftsrecht ausgegliedert. Die Bestimmung umschreibt diejenigen Personen, die der „Vormundschaft“ bzw. „Betreuung“ für Minderjährige unterstehen. Der Artikel könnte wohl im wesentlichen in der bisherigen Formulierung beibehalten werden. Die uneigentlichen Ausnahmefälle, die von der Doktrin behandelt werden (SCHNYDER/MURER Art. 368 N 101) rufen nicht nach einer anderen Regelung. Auch der Absatz mit der Meldepflicht könnte und sollte grundsätzlich beibehalten werden (hierzu siehe SCHNYDER/MURER Art. 368 N 110 ff.).

Alsdann käme ein grundlegender Artikel, der die Elternähnlichkeit des Vormunds oder Betreuers für Minderjährige zum Ausdruck bringt. Es geht hier um die Aufgaben, welche den Eltern gemäss Art. 301 bis 303 ZGB zustehen (siehe in diesem Zusammenhang die Dissertation TSCHÜMPERLIN, Die elterliche Gewalt in bezug auf die Person des Kindes [Art. 301 bis 303 ZGB], Freiburg 1989, AISUF 92). Hier wäre wohl auch eine dem Art. 409 ZGB entsprechende Bestimmung über die Mitwirkung des Jugendlichen aufzunehmen. Es ist besser, wenn diese Bestimmung nicht nur im Rahmen der formellen gesetzlichen Vertretung angeführt wird, sondern bei allen Aufgaben des zukünftigen Vormunds oder Betreuers gilt.

Eine eigene Bestimmung wäre alsdann der Handlungsfähigkeit des Unmündigen unter Vormundschaft oder Betreuung zu widmen. Dabei würde sinnvollerweise diese Handlungsfähigkeit völlig derjenigen des Unmündigen unter elterlicher Gewalt gleichgestellt. Damit fiel die Streitfrage weg, ob Art. 323 Abs. 1 ZGB oder Art. 414 ZGB auf Unmündige unter Vormundschaft Anwendung finde. Mit Fug könnte dann auch auf Art. 412 ZGB verzichtet werden (für Erwachsene ist dieser Artikel im neuen Recht sowieso nicht mehr nötig).

Im Anschluss daran würde eine grundlegende Bestimmung analog Art. 407 ZGB stehen, wonach der Vormund oder Betreuer den Unmündigen in allen rechtlichen Angelegenheiten vertritt. Hier müsste wohl auch ein Hinweis auf die analoge Anwendung des Betreuungsrechts für die Mitwirkung der Betreuungsbehörde stehen.

Schliesslich gehört in diesen grundsätzlichen Teil eine Bestimmung, welche die Verwaltung des Kindesvermögens durch den Vormund oder Betreuer vorsieht. Dabei könnte hier als selbständige Bestimmung oder als Verweisung das Nötige über die regelmässige Rechenschaftspflicht des Vormunds oder Betreuers gegenüber der Betreuungsbehörde stehen.

2.5. *Verweisungen*

Bereits anhin war von einer Reihe von Verweisungen im neuen Abschnitt der „Vormundschaft für Minderjährige“, namentlich auf das Eltern-/Kindesrecht die Rede. Im einzelnen ist diesbezüglich noch folgendes zu sagen:

Im Artikel über die Personensorge des Vormunds oder Betreuers für Minderjährige wäre auch die Unterbringung integriert. Wie bis anhin könnte mit Bezug auf Zuständigkeit und Verfahren auf die Unterbringung für Erwachsene verwiesen werden.

Was die „verbotenen Geschäfte“ angeht, schlägt die Expertengruppe vor, dass eine entsprechende Norm ins Personenrecht aufgenommen wird. Würde eine solche Norm nicht ins Personenrecht aufgenommen, so müsste sie sich für Minderjährige im Eltern-/Kindesrecht finden. Das Vormundschaftsrecht über Minderjährige würde dann auf diese Bestimmung verweisen.

Was die Art. 410 und 411 ZGB angeht, würde sich deren Inhalt im Personenrecht und nicht mehr im Vormundschaftsrecht befinden (siehe vorn 1.6.).

Für die Minderjährigen unter Vormundschaft müsste eine Zuständigkeitsregel geschaffen werden. Hier wäre wohl eine Verweisung auf das Betreuungsrecht für Erwachsene am Platz.

Besonders wichtig wäre alsdann die Bezeichnung der für die Durchführung des Vormundschafts- oder Betreuungsrechts für Minderjährige verantwortlichen Behörden. Hier müsste in erster Linie ein Hinweis auf die Betreuungsbehörde stehen. Selbst wenn das Wort „Vormund“ für die Betreuung Minderjähriger beibehalten würde, stünde nichts im Wege, hier von Betreuungsbehörde zu sprechen.

Allenfalls drängen sich hier auch Verweisungen auf Verfahrensregeln im Betreuungsrecht für Erwachsene auf (sei es auf generelle Verfahrensregeln, wie sie im neuen ersten Abschnitt des zehnten Titels unter lit. D stehen, sei es auf spezielle Verfahrensregeln, wie sie für die Durchführung der Betreuung Erwachsener und für die Durchführung der Unterbringung vorgesehen sind).

Was die bisherigen Art. 398 bis 403 ZGB angeht, würde deren Inhalt im Betreuungsrecht ja bei einer ganzen Reihe von Betreuungen nach wie vor aktuell sein. Hier müsste sich im Vormundschafts- oder Betreuungsrecht für Minderjährige auch eine Verweisung auf diese Bestimmungen finden.

Durch Verweisungen zu regeln wären vermutlich auch die Fragen mit Bezug auf die Person des Amtsträgers, auf dessen Bestellung und auf dessen Entlassung.

Wie bereits in der vorhergehenden Ziff. erwähnt, wäre für die Tätigkeit der Behörden auf das Betreuungsrecht zu verweisen. Gleiches gilt wohl auch mit Bezug auf die Beschwerden gegen den Amtsträger und gegen Behörden.

Selbstverständlich würden auf die Amtsträger für Minderjährige auch die Verantwortlichkeitsbestimmungen des Betreuungsrechts Anwendung finden. Auch hier ist gegebenenfalls eine Verweisung vonnöten.

Schliesslich wäre auch die eine oder andere Verweisung im Hinblick auf das Ende der Vormundschaft oder der Betreuung für Minderjährige angebracht.

Alles in allem stellt sich die Frage, ob diese verschiedenen Verweisungen nicht in eine Globalverweisung aufgenommen werden können. Die Bestimmung würde dann etwa lauten: „Auf die Vormundschaft (bzw. Betreuung) für Minderjährige finden die Bestimmungen des Betreuungsrechts (für Erwachsene) über Zuständigkeit, Verfahren ... sinngemässe Anwendung.“

Keine Verweisung fände sich in diesem Recht auf die Kindesschutzmassnahmen. Kindesschutzmassnahmen schränken die elterliche Gewalt ein oder führen zur Entziehung dieser Gewalt. Mit Bezug auf Vormünder oder Betreuer für Minderjährige gelten hier dieselben Grundsätze wie für die Betreuung Erwachsener.

2.6. Auswirkungen auf das übrige Kindesrecht

Die Abschaffung der Wörter „entmündigt“, „mündig“ und „unmündig“ hätte Auswirkungen auf das übrige Kindesrecht. Art. 296 Abs. 2 ZGB müsste neu formuliert werden. Auch Art. 298 Abs. 2 ZGB müsste umformuliert werden.

Wichtiger als diese formellen Bestimmungen wäre allerdings die Regelung eines materiellen Problems. Es geht um die Frage, aufgrund welcher Betreuungsmassnahmen gegenüber Erwachsenen, wenn überhaupt, die Entziehung der elterlichen Gewalt stattfinden müsste. Untersuchungen haben gezeigt, dass der Verlust der elterlichen Gewalt wegen einer Entmündigung als besonders einschneidend empfunden wird (siehe QUELOZ, Nationalfondsstudie Vormundschaftsrecht „Armut unter Vormundschaft“, 99, 123). Mit Bezug auf diesen Verlust böte die besondere Betreuung die Möglichkeit einer subtileren Lösung (siehe vorn III, 3.4.).

Wie vorn unter Ziff. 2.3. angedeutet, würde das zukünftige Vormundschafts- oder Betreuungsrecht für Minderjährige in einer Reihe von wichtigen Punkten auf das Eltern-/Kindesrecht verweisen. Dabei erscheint es sinnvoll, die grundlegenden Aussagen in das Eltern-/Kindesrecht aufzunehmen und im Vormundschafts- oder Betreuungsrecht für Jugendliche darauf zu verweisen und nicht umgekehrt vorzugehen. Die Abs. 3 des Art. 304 und 1 des Art. 305 ZGB müssten demnach teils gestrichen, teils entsprechend umformuliert werden.

Im übrigen stellt sich die Frage, ob nicht im Zusammenhang mit der neuen Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthaltsort für die Betreuung im allgemeinen und für die Betreuung bzw. Vormundschaft für Minderjährige die Zuständigkeit für Kindesschutzmassnahmen auch neu geregelt werden sollte. Es wäre dann in Art. 315 Abs. 1 ZGB als grundlegender Zuständigkeitsort nicht mehr der Wohnsitz des Kindes, sondern dessen gewöhnlicher Aufenthalt vorzusehen.

Wenn fortan die Vormundschaftsbehörde durch eine Betreuungsbehörde ersetzt würde, so hätte dies zur Folge, dass die Kindesschutzmassnahmen ebenfalls dieser Betreuungsbehörde zufallen dürften. Wegen der besonderen Qualifikation dieser Behörde dürfte denn auch in Art. 311 ZGB die Zuständigkeit der Betreuungsbehörde und nicht der Aufsichtsbehörde vorgesehen werden.

Aufgrund der generellen Regelung der Behördenorganisation und des Verfahrens der Betreuung für Erwachsene würde vermutlich der bisherige Art. 314 ZGB weitestgehend seinen Sinn verlieren und könnte gestrichen werden. Gegebenenfalls wären Verweisungen auf das Betreuungsrecht am Platze.

Leicht umformuliert werden müsste fortan auch Art. 317 ZGB. Neben dem zivilrechtlichen Kindesschutz sollte hier doch wohl auch die Vormundschaft oder Betreuung für Minderjährige Aufnahme finden.

3. Der Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger

Die Privatrechtsregeln über den Schutz der Persönlichkeit beziehen sich auf alle Menschen, ja in gewisser Weise sogar vor allem auf solche, die besonders schutzbedürftig sind, mithin auf Menschen, mit denen es auch das Betreuungsrecht zu tun hat. Von besonderer Bedeutung ist hier der Schutz der Persönlichkeit „gegen Verletzungen“ (siehe den Randtitel zu Art. 28 ff. ZGB). Sind doch Schwache und Hilfsbedürftige in besonderer Weise solchen Gefahren ausgesetzt. Auch und gerade die Verletzung der Persönlichkeit solcher Menschen ist widerrechtlich.

Nun aber kennt das Gesetz sogenannte Rechtfertigungsgründe, bei deren Vorliegen eine an sich widerrechtliche Verletzung als rechtmässig erscheint bzw. rechtmässig ist (Art. 28 II ZGB). Vom Resultat her gesehen gibt es dabei allerdings nicht widerrechtliche Verletzungen, die durch Rechtfertigung rechtmässig werden, sondern eben nur entweder widerrechtliche oder rechtmässige Verletzungen (zu dieser dogmatischen Problematik siehe PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich 1984, N 594). Die zwei wichtigsten Rechtfertigungsgründe für unsern Bereich sind die Einwilligung des Verletzten und das überwiegende private Interesse (siehe diese neben andern in Art. 28 II ZGB aufgezählten Gründe). Die Möglichkeit der Einwilligung hängt aber grundsätzlich davon ab, ob die betroffene Person einwilligungsfähig ist (siehe in diesem Zusammenhang den bedeutsamen BGE 114 Ia 350). Nun aber kennt das schweizerische Recht keine zwischen Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit angesiedelte Zwischenstufe der Einwilligungsfähigkeit. Vielmehr wird in der Lehre und Rechtsprechung die Einwilligungsfähigkeit als ein Aspekt der Urteilsfähigkeit betrachtet (siehe für unsern Zusammenhang TERCIER a.a.O. N 629 und WIEGAND, in HONSELL [Hrsg.], *Handbuch des Arztrechts*, Zürich 1994, 171 ff.). Da mithin in casu Urteilsunfähige nicht einwilligen können, bleibt für sie aus rein privatrechtlicher Sicht nur mehr die Möglichkeit, dass ein überwiegendes privates Interesse am Eingriff besteht (siehe TERCIER a.a.O. N 675, wo die Rede ist vom Fall, da eine Verletzung stattfindet „sans l'avis de la victime“, sich aber ein Eingriff aufdrängt). Es stellt sich allerdings die Frage, wer rechtens über das Vorliegen eines solchen überwiegenden privaten Interesses entscheide. Dabei geht es für uns nicht um den Fall, da nach geschehenem Eingriff ein Richter diese Frage beurteilt. Vielmehr besteht ein Bedürfnis danach, dass zum vornherein durch Zustimmung der entsprechende an sich widerrechtliche Eingriff rechtmässig wird. Der Sache nach handelt es sich hier weitestgehend um ärztliche Eingriffe. WIEGAND (a.a.O. 172 ff.) unterscheidet hier zwischen kasuell Urteilsunfähigen und habituell Urteilsunfähigen. Bei letzteren gibt, ausser in Dringlichkeitsfällen, der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung. Im neuen Betreuungsrecht müsste mithin ein Betreuer die in vorwiegendem Interesse liegende Einwilligung vertretungsweise geben, allenfalls mit Zustimmung der Betreuungsbehörde. Aus der jeweiligen Betreuer-Bestellung müsste sich ergeben, ob zu den Aufgaben des bestimmten Betreuers eine solche an Stelle der betroffenen Person zu erteilende Einwilligung gehört. In Frage kommt dabei doch wohl nur entweder die besondere Betreuung in der Form der „Vertretungsbetreuung“ oder eine Notbetreuung. Selbstverständlich wäre die betreffende Kompetenz in der Vertretung für alle andern Angelegenheiten oder für die gesamte Person- und Vermögenssorge enthalten. Weil dem so ist, wird auf diese Problematik vorne unter III, 3. hingewiesen.

Nun aber gibt es Bereiche, in welchen die fehlende Einwilligung zu einer an sich widerrechtlichen Verletzung durch nichts, namentlich auch nicht durch ein überwiegendes privates Interesse zu ersetzen ist. Dies gilt für den Bereich der absolut höchstpersönlichen Rechte. Nur der Urteilsfähige ist zur entsprechenden Einwilligung kompetent. In diesen Bereichen kommt mithin eine ersatzweise Einwilligung durch einen Betreuer nicht in Frage.

Die Frage, ob und inwieweit ein absolut höchstpersönliches Recht vorliegt, ist mithin zunächst einmal nicht eine Frage des Betreuungsrechts, sondern eine Frage des Persönlichkeitsschutzrechts im allgemeinen. Dies würde allerdings dem Gesetzgeber nicht verbieten, zu diesen Fragen im

Zusammenhang mit dem Betreuungsrecht Stellung zu nehmen (wie dies im deutschen Betreuungsrecht zum Beispiel für risikoreiche Gesundheitsmassnahmen im § 1904, für die Sterilisation im § 1905 und für die Unterbringung oder unterbringungsähnliche Massnahmen im § 1906 BGB geschieht). So schlägt denn auch die Expertengruppe vor, dass die Frage der Zwangsbehandlung im Zusammenhang mit der Unterbringung und der Betreuung in einer stationären Einrichtung im Betreuungsrecht geregelt wird.

In der Sache geht es hier um den fundamentalen Bereich der gesamten medizinischen Betreuung und Hilfe im weitem Sinne, insoweit damit Eingriffe in die Persönlichkeit verbunden sind oder sein können. Überall dort stellt sich die Frage, ob der betreffende Eingriff den absolut höchstpersönlichen Bereich der betroffenen Person tangiert und mithin eine Vertretung schlechthin nicht in Frage kommt oder ob allenfalls, vielleicht in gewissen Schranken, der Eingriff bei Zustimmung durch einen Betreuer oder die Betreuungsbehörde geschehen darf und soll. Soll für diesen Bereich zum Beispiel zwischen ausserordentlichen und ordentlichen medizinischen Massnahmen unterschieden werden, allenfalls für dringende oder nicht dringende Fälle eine je andere Lösung gewählt werden? Wie steht es mit der Sterilisation? Wie verhält es sich mit der Organtransplantation? Mit dem Bereich der medizinischen Forschung? Was ist in diesem Kontext von der Sterbehilfe zu halten? Diese kurze Auflistung zeigt, dass hier fundamentale Fragen unseres Rechtsstaates aufgeworfen werden, deren auch nur einigermaßen befriedigende Beantwortung ganz einfach nicht in der materiellen und formellen Kompetenz der Expertengruppe lag. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass diese Problematik in der vormundschaftsrechtlichen Literatur alles andere als ausdiskutiert ist. Erwähnt seien hier immerhin BERNHARD SCHNYDER, Vormundschaft und Menschenrechte, in ZVW 27 (1972) 41 ff. und vor allem der Aufsatz „Grundrechte und Vormundschaft - Historische und dogmatische Überlegungen“ von PETER SALADIN in der ZVW 44 (1989) 1 ff.

Dem Gesetzgeber stehen zur Beantwortung dieser Fragen im Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts und dem geplanten Ersatz des Vormundschaftsrechts durch das Betreuungsrecht grundsätzlich drei Möglichkeiten offen: Die erste mögliche Lösung, die sich weitestgehend mit der bisherigen deckt, bestünde darin, dass zu diesen Problemen im Gesetz überhaupt nicht Stellung genommen wird und die Beurteilung der einzelnen Fragen der Praxis, insbesondere der (höchststrichterlichen) Rechtsprechung zu generellen Aussagen (wie Art. 28 oder Art. 367 I oder 406 ZGB) überlassen wird. Die zweite mögliche Lösung bestünde darin, dass ausserhalb des Betreuungsrechts solche Problemkreise ihre Regelung fänden, sei es im Persönlichkeitsschutzrecht des ZGB, sei es in eigenen Erlassen. Schliesslich könnten als dritte mögliche Lösung einzelne Bereiche im Zusammenhang mit dem Betreuungsrecht und dort mit den Kompetenzen von Betreuern und Betreuungsbehörden geregelt werden, wie dies im deutschen Betreuungsrecht geschehen ist (und immerhin schon im heutigen Recht namentlich im Rahmen der fürsorglichen Freiheitsentziehung geschieht). Vermutlich drängt sich aber eine Zwischenlösung auf: Danach sollten bestimmte Bereiche ausserhalb des Betreuungsrechts geregelt werden (allerdings naturgemäss mit Auswirkungen auf das Betreuungsrecht); es bestehen denn auch Bestrebungen, solche Teilfragen in eigenen Erlassen zu regeln (z.B. Organtransplantationen). Sodann wäre zu bestimmten Fragen analog dem deutschen Recht innerhalb des Betreuungsrechts Stellung zu nehmen (zum Beispiel zu den unterbringungsähnlichen Massnahmen im Sinne von § 1906 IV BGB). Schliesslich muss doch wohl ein Teil der Problematik der Rechtsprechung überlassen werden. Die Antwort auf die Frage, welche der drei Lösungen dabei jeweils sachgerecht ist, wäre zwar auch, aber sicher nicht nur aus der Optik des Betreuungsrechts zu geben, mithin zwar von jenen zu prüfen, die das Vormundschaftsrecht revidieren, wohl aber nicht im elfenbeinernen Turm des Betreuungsrechts allein.

Im übrigen versteht es sich von selbst, dass bei der Beantwortung dieser Fragen (wie übrigens aller grundlegenden Fragen des Betreuungsrechts) nicht nur Juristinnen und Juristen zu Worte

kommen sollen. Die sachgerechten Lösungen können nur in interdisziplinärem Vorgehen gefunden werden.

4. Das Stellvertretungsrecht

Zwischen Vormundschaftsrecht und Stellvertretungsrecht und mithin zwischen (neuem) Betreuungsrecht und Stellvertretungsrecht bestehen mannigfache Beziehungen. Im folgenden seien in diesem Zusammenhang vier Problemkreise dargestellt.

4.1. *Betreuungsrecht als Stellvertretungsrecht*

Wie das frühere Vormundschaftsrecht enthält auch das zukünftige Betreuungsrecht im Rahmen der Betreuungsmassnahmen gesetzliche Vertretung erwachsener Personen. Bei der Verwaltungsbetreuung kann der Betreuer die betreute Person in gewissen Bereichen vertreten; allerdings besteht dort Doppelzuständigkeit (im einzelnen siehe hierzu II, 2.3.2. und III, 3.3.). Im Rahmen der Vertretungsbetreuung handelt der Betreuer für die betreute Person mit Wirkung für diese Person (im einzelnen siehe hierzu II, 2.3.3. und III, 3.4.). Als gesetzlicher Vertreter handelt auch der Notbetreuer (hierzu II, 2.5.2.) und je nach Fall der Ersatzbetreuer (hierzu II, 2.5.1.).

Wie im bisherigen Recht die Vertretungsnormen des Vormundschaftsrechts ihre selbständige Bedeutung neben der Stellvertretung der Art. 32 ff. OR gehabt haben, so wird dies auch in Zukunft beim Betreuungsrecht sein. Es wird aber auch in Zukunft Bestimmungen des Stellvertretungsrechts des Obligationenrechts geben, die auf die gesetzliche Vertretung direkt oder analog zur Anwendung kommen (hierzu ZÄCH N 9 ff., insbesondere N 12 und N 13 der Vorbemerkungen zu Art. 32 - 40 OR). Dabei ist es durchaus möglich, dass diese oder jene Norm des Stellvertretungsrechts angesichts der vollständigen Neuregelung des Betreuungsrechts eine andere Bedeutung erhält. Man denke zum Beispiel an das Wegfallen der Publikation gemäss Vorschlag der Expertengruppe.

4.2. *Vollmachterteilung vor Anordnung von Betreuungsmassnahmen*

Das geltende Recht sieht in Art. 35 Abs. 1 OR vor, dass die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit erlischt. Die Interpretation dieser an sich wichtigen Bestimmung ist nicht immer eindeutig. Offensichtlich besteht kein Zweifel, dass „Verlust der Handlungsfähigkeit“ im Sinne des Gesetzes dann eintritt, wenn die betroffene Person entmündigt worden ist. In der Lehre wird dabei auch festgehalten, dass eine Verbeiratung gleiche Folgen haben könnte. Man könnte sich aber die Frage stellen, ob nicht dauernde Urteilsunfähigkeit ohne Entmündigung auch Verlust der Handlungsfähigkeit im Sinne des Art. 35 OR bedeutet. Umstritten ist die Frage, ob und inwiefern eine urteilsfähige Person im Hinblick auf den Zeitpunkt, da sie urteilsunfähig ist, Vollmachten erteilen kann, ob mithin Art. 35 Abs. 1 OR diesbezüglich zwingenden oder bloss dispositiven Rechts sei.

Hier werden Fragen aufgeworfen, die für das neue Recht von grosser Bedeutung sind. Zunächst einmal kennt ja das neue Recht nicht als eine vormundschaftliche Hauptmassnahme die bisherige Entmündigung, welche den einzigen oder den Musterfall des Verlusts der Handlungsfähigkeit im

Sinne von Art. 35 OR darstellt. Der Gesetzgeber müsste sich mithin die Frage stellen, ob die je unterschiedliche Einschränkung der Handlungsfähigkeit durch diese oder jene Betreuungsmassnahme von Art. 35 OR abgedeckt sein soll oder nicht. Dies liesse sich wohl noch durch Interpretation bewerkstelligen.

Viel wichtiger aber ist heute die Frage, ob und inwiefern jemand im Hinblick auf den Zustand seiner Urteilsunfähigkeit Anordnungen treffen kann. Das Problem übersteigt an sich die Aufgabe, welche mit dem Betreuungsrecht zu lösen ist. Man denke nur an die schwierige Frage der Patientenverfügung (siehe in diesem Zusammenhang KATRIN REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand, Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Zürcher Studien zum Privatrecht Nr. 112, Zürich 1994). Es besteht aber ein Bedürfnis, dass im Hinblick auf das Inkrafttreten eines neuen Betreuungsrechts hier grössere Klarheit herrscht als bis anhin (mag diese durch Gesetz, Rechtsprechung oder mehr oder weniger übereinstimmende Lehre zustandegekommen sein). Auch bei der nachstehend unter Ziff. 4.3. zu behandelnden Frage der Auswirkungen einer Bevollmächtigung auf die Ernennung eines Betreuers kommt es entscheidend darauf an, ob im Hinblick auf zukünftige Urteilsunfähigkeit ein Bevollmächtigter bestellt werden kann. Die Expertengruppe meldet daher hier das Interesse daran an, dass das wichtige Problem der Altersvorsorge-Vollmachten soweit als möglich gelöst ist, wenn das neue Betreuungsrecht in Kraft tritt (siehe in diesem Zusammenhang auch den Aufsatz von WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht, in FS MAX KELLER, Zürich 1989, 35 ff.). Sonst müsste wohl die Lösung im Zusammenhang mit der Schaffung des Betreuungsrechts gefunden werden.

Im Betreuungsrecht stellt sich diesbezüglich auch noch eine Sonderfrage: Soll jemand im Hinblick auf den Tag, an dem er betreut werden wird, bereits seinen Vertrauensbetreuer bezeichnen können? Dieses Problem ist im Zusammenhang mit der Betreuer-Bestellung zu lösen. Es besteht zweifellos ein Bedürfnis, dass die Möglichkeit einer frühzeitigen Bezeichnung des zukünftigen Betreuers bejaht wird. Wenn allerdings die Person, die betreut werden soll, noch urteilsfähig ist, muss zweifelsohne ihre Meinung im Rahmen des Betreuungsverfahrens noch eingeholt werden. Auch ist es wohl nicht auszuschliessen, dass die Betreuungsbehörde (wie bei Vorschlägen im Zeitpunkt der Betreuung) zum Ergebnis kommt, dass die vorgesehene Person eben kein geeigneter Betreuer ist.

4.3. *Bevollmächtigung und besondere Betreuung*

Vorn unter II, 2.3.1. ist auf folgendes Problem hingewiesen worden: Gemäss der Formulierung des Erforderlichkeitsgrundsatzes im Hinblick auf die Anordnung einer besonderen Betreuung steht im Vorentwurf der Expertengruppe, dass eine besondere Betreuung dann nicht angeordnet werden kann, wenn die Angelegenheiten der betroffenen Person durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen besonderen Betreuer besorgt werden können. Diese Bestimmung ist, wie die Literatur zum gleichlautenden deutschen Text zeigt, auslegungsbedürftig. Wann kann ein Bevollmächtigter die Angelegenheiten der betroffenen Person ebenso gut wie ein besonderer Betreuer besorgen? Es geht hier nicht darum, die vorn aufgeworfene Frage zu beantworten. Wohl aber sei hier darauf hingewiesen, dass das deutsche Recht diese Problematik zum Teil dadurch berücksichtigt, dass gemäss § 1896 Abs. 3 BGB als Aufgabenkreis auch die „Geltendmachung von Rechten des Betreuten gegenüber seinem Bevollmächtigten bestimmt werden“ kann. Im jetzigen Stadium der Reformdiskussion soll zu diesem Problem nicht Stellung genommen werden. Man könnte immerhin sagen, dass durch die generelle Formulierung des Expertenvorentwurfes diese Möglichkeit auch offen steht.

4.4. *Bevollmächtigung des Betreuers durch die betreute Person*

Es stellt sich die Frage, ob die betreute Person über die Aufgabe oder den Aufgabenkreis des Betreuers hinaus den Betreuer für die Vornahme irgendwelcher Rechtshandlungen bevollmächtigen kann. Für den persönlichen Betreuer dürfte dies wohl ohne weiteres zu bejahen sein. Es wäre doch wohl paradox, wenn die betreute Person, deren Handlungsfähigkeit überhaupt nicht eingeschränkt worden ist, ausgerechnet jenen Menschen, der sie persönlich betreuen soll, nicht bevollmächtigen könnte. Wenn allerdings eine solche Bevollmächtigung sehr häufig und in starkem Masse vorgenommen würde, läge hier eine Art freiwillige Zwischenstufe zwischen der persönlichen Betreuung und der besonderen Betreuung vor. Man kann sich aber fragen, ob dies ein Übel ist.

Etwas anders liegen die Dinge im Rahmen der besonderen Betreuung. Auch hier kann ein Bedürfnis bestehen, dass die betreute Person dem besonderen Betreuer Aufgaben und Aufgabenkreise zuschanzen will, die ihm von der Behörde gerade nicht aufgegeben worden sind. Die Frage ist von der Expertengruppe nicht vertieft worden. Sie wäre vermutlich auch nicht im Gesetz zu lösen. Wohl aber müsste sich die Botschaft zum neuen Recht über diese Problematik aussprechen. In der Sache selbst kann man einerseits dafür Verständnis aufbringen, dass die betreute Person ihrem besonderen Betreuer auch besonders grosses Vertrauen entgegenbringt. Andererseits kommt dieser Betreuer infolge der Bevollmächtigung durch die betreute Person in eine gewisse, vielleicht nicht unproblematische Zwitterstellung.

VI. Ergebnisse

1. Thesen

1.1. *Die Ausgangslage*

1.1.1. Im allgemeinen

- 1) Das schweizerische Vormundschaftsrecht ist revisionsbedürftig.
- 2) Das Ganze ist neu zu überdenken.
- 3) Bewährtes ist in das neue Ganze einzuordnen.

1.1.2. Im einzelnen

- 1) Geltendes Recht (le pays légal) und Rechtswirklichkeit (le pays réel) klaffen auseinander.
- 2) Die Bedürfnisse haben sich geändert.
- 3) Die Wertungen haben sich geändert.
- 4) Das Gesetz ist unnötig stigmatisierend.

1.2. *Der Gegenstand der Revision*

1.2.1. Im allgemeinen

- 1) Das neue Recht hat es wie das bisherige primär mit natürlichen Personen zu tun.
- 2) Nebenbei soll sich das neue Recht auch um juristische Personen kümmern.
- 3) Bei der Revision geht es primär um das Erwachsenen-Vormundschaftsrecht.
- 4) Im Minderjährigen-Vormundschaftsrecht sind mindestens die Konsequenzen aus der Neuregelung des Erwachsenen-Vormundschaftsrechts zu ziehen.

1.2.2. Im einzelnen

- 1) Durch das neue Recht sind vor allem zu schützen:
 - psychisch Kranke,
 - geistig Behinderte,
 - Betagte,
 - Suchtkranke (sofern nicht durch psychisch Kranke erfasst).

- 2) Für die einzelnen Gruppen sind in der Regel nicht je eigene Bestimmungen zu erlassen.
- 3) Zwar liegen alle Massnahmen primär im Interesse der von Schwächezuständen betroffenen Personen. Doch können Massnahmen sekundär dienen:
 - der Familie (der Umgebung),
 - der Sicherheit Dritter,
 - der Verkehrssicherheit,
 - dem öffentlichen Interesse.
- 4) Unabdingbarer Kern eines jeden Vormundschaftsrechts ist das Handlungsfähigkeitsrecht.
- 5) Das neue Recht umfasst der Sache nach neben dem Vermögensschutz in besonderer Weise den Personenschutz.
- 6) Die Verantwortlichkeit ist neu zu regeln.
- 7) Ins Bundesrecht sind die zur Verwirklichung des materiellen Rechts nötigen
 - organisatorischen Bestimmungen und
 - Verfahrensbestimmungen
 aufzunehmen.
- 8) Vom neuen Recht betroffen sind auch:
 - das ganze Handlungsfähigkeitsrecht,
 - der Persönlichkeitsschutz,
 - das Stellvertretungsrecht.
 Diese Bereiche sind soweit nötig dem neuen Recht anzupassen.

1.3. Die Orientierungshilfen

- 1) Auszugehen ist von einem der Würde eines jeden Menschen verpflichteten Menschenbild und damit vom hohen Wert des Selbstbestimmungsrechts, aber auch von der um der Menschenwürde willen notwendigen teilweisen Fremdbestimmung für besonders hilfsbedürftige Menschen.
- 2) Neues Vormundschaftsrecht steht im engen Zusammenhang mit der modernen Grundrechtsentwicklung und damit auch mit der Europäischen Menschenrechtskonvention.
- 3) Der Rechtsentwicklung in Europa ist in besonderer Weise Rechnung zu tragen.
- 4) Die Ergebnisse der Rechtslehre im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts sind angemessen zu berücksichtigen.
- 5) Die Erkenntnisse ausserjuristischer Wissenschaften geben wichtige Teilantworten auf Fragen der Vormundschaftsrechtsrevision.
- 6) Der Familie kommt auch in einem neuen Vormundschaftsrecht erhebliche Bedeutung zu.
- 7) Das kantonale Sozialhilferecht und damit die Sozialdienste spielen auch in Zukunft eine bedeutende Rolle für den Schutz schwacher Personen. Wohl aber sind gesetzlich angeordnete Betreuungsmassnahmen abschliessend im Bundesprivatrecht zu regeln.

1.4. *Die Reformziele*

Die Analyse der Ausgangslage, des möglichen Gegenstands der Revision und der Orientierungshilfen mündet in die im Grundlagenteil I, 6. aufgeführten Reformziele (vgl. daselbst).

1.5. *Die allgemeine Ordnung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener*

1.5.1. Terminologisches

- 1) Der Ausdruck „Vormundschaft“ als Oberbegriff zur Umschreibung des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener fällt weg.
- 2) Der Ausdruck „Vormund“ für den Amtsträger umfassenden Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener fällt weg.
- 3) Der generelle Ausdruck zur Umschreibung des Personen- und Vermögensschutzes für Erwachsene lautet „Betreuung“.
- 4) Der Amtsträger für Personen- und Vermögensschutz Erwachsener heisst „Betreuer“.
- 5) Als Ersatzlösungen für „Vormundschaft“ und „Vormund“ werden
 - sowohl Sachwalterschaft/Sachwalter
 - wie Beistandschaft/Beistand
 abgelehnt.
- 6) Der Ausdruck „Vermögensbeistandschaft“ wird zur Umschreibung der Schutzmassnahme für unabhängig von natürlichen Schwächezuständen nicht verwaltete Vermögen verwendet.
- 7) Der neue Oberbegriff für fürsorgerische Freiheitsentziehung und Betreuung in der stationären Einrichtung lautet „Unterbringung“.

1.5.2. Die Massnahmen/Übersicht

- 1) Der Personen- und Vermögensschutz anderer als Minderjähriger zerfällt in
 - Betreuung Erwachsener,
 - Unterbringung,
 - Vermögensbeistandschaft.
- 2) Die Betreuung Erwachsener ist das Kernstück des neuen Rechts des Personen- und Vermögensschutzes Erwachsener. Dieses ist gekennzeichnet durch den hohen Stellenwert der persönlichen Betreuung, durch eine rechtstechnisch saubere Stufenfolge mit Bezug auf das Betroffensein der Handlungsfähigkeit und der Handlungsfreiheit und durch ein flexibles System der massgeschneiderten Massnahme.
- 3) Die Unterbringung tritt an die Stelle der bisherigen fürsorgerischen Freiheitsentziehung. Sie ist nunmehr dadurch gekennzeichnet, dass zwischen fürsorgerischer

Freiheitsentziehung (im Sinne von Einweisung) und Betreuung in der stationären Einrichtung unterschieden wird.

- 4) Die Vermögensbeistandschaft umfasst den Gehalt des bisherigen Art. 393 mit Ausnahme von dessen Ziff. 2 ZGB.

1.5.3. Die Grundsätze

- 1) Das Betreuungsrecht wird von einer Reihe von Grundsätzen (Prinzipien) beherrscht. Es ist zu prüfen, ob angesichts der Eigenart der Materie nicht diese Grundsätze oder einige von ihnen ins Gesetz aufgenommen werden sollten.
- 2) Das Betreuungsrecht dient zuerst und vor allem den Hilfsbedürftigen. Primärer Zweck ist das Wohl des Schwachen. Erst, aber immerhin in zweiter, dritter oder vierter Linie sind der Schutz der Familie, der Schutz der Sicherheit Dritter und die Rechtssicherheit zu berücksichtigen.
- 3) Das Betreuungsrecht geht zwar vom Selbstbestimmungsrecht aus, umschliesst aber um der Betroffenen willen auch Fremdbestimmung.
- 4) Das Betreuungsrecht ist subsidiär im Verhältnis zur Familie und zur Sozialhilfe.
- 5) Jeder betreuungsrechtliche Eingriff ist beherrscht vom Grundsatz der Verhältnismässigkeit in dessen dreifacher Ausprägung von erforderlich, geeignet und zumutbar.
- 6) Der Hilfsbedürftige hat Anspruch auf angemessene Betreuung.

1.5.4. Organisation von Diensten und Betreuungsbehörden

- 1) Leitlinien für die Organisation von Diensten zur Durchführung von Betreuungsmassnahmen sind Regionalisierung, Polyvalenz, Professionalität, Interdisziplinarität, Einheit von formeller Mandatsführung und effektiver Wahrnehmung der Betreuungsaufgabe.
- 2) Leitlinien für die Organisation von Behörden sind: Regionalisierung, interdisziplinäre Zusammensetzung und Professionalität der Betreuungsbehörde, Straffung der Aufsichtsbehörden sowie EMRK-konformer Rechtsschutz.
- 3) Betreuungsbehörde ist mithin eine regionale, interdisziplinäre, richterliche Behörde.
- 4) Dringende Angelegenheiten und Eingriffe von geringer Tragweite könnten in der Zuständigkeit des Einzelrichters stehen; für Aufsichts- und Instruktionsaufgaben könnten Inspektorate eingerichtet werden.
- 5) Es besteht nur eine (richterliche) Aufsichtsbehörde.

1.5.5. Zum Verfahren

- 1) Weit mehr als im sonstigen Privatrecht wird die Kompetenz des Kantons zur Regelung der Verfahren im Recht des Personen- und Vermögensschutzes eingeschränkt durch:
 - die Bundesverfassung,
 - die EMRK und
 - die Notwendigkeit bundesrechtlicher Verfahrensregeln zur Verwirklichung des materiellen Rechts.
- 2) Zu berücksichtigen sind namentlich folgende Bestimmungen der EMRK:
 - Art. 5 (Recht auf Freiheit und Sicherheit),
 - Art. 6 (angemessenes Verfahren),
 - Art. 8 (Beachtung des Privat- und Familienlebens) und
 - Art. 13 (Recht auf wirksame Beschwerde).

1.5.6. Verantwortlichkeit

- 1) Im neuen Recht ist auf das Verschulden als Voraussetzung der Verantwortlichkeit zu verzichten.
- 2) Anspruchsberechtigt ist primär die von Schwächezuständen betroffene Person. Denkbar ist, dass andere Personen anspruchsberechtigt sind.
- 3) Es gilt direkte Staatshaftung des Kantons; Regress ist möglich gegen Personen, welche eine Verletzung absichtlich oder grobfahrlässig verursacht haben.
- 4) Zehn Jahre nach Abschluss einer Betreuungsmassnahme tritt absolute Verjährung ein.
- 5) Bei der Unterbringung tritt neben die Verantwortlichkeit wegen widerrechtlicher Freiheitsentziehung die Verantwortlichkeit wegen widerrechtlicher Zwangsbehandlung.

1.6. *Die Durchführung der Betreuung Erwachsener*

1.6.1. Grundlegendes zur Betreuung Erwachsener

- 1) Drei Schwächen des bisherigen Rechts sind im neuen Recht zu eliminieren:
 - das häufige Fehlen der Möglichkeit, nur die gerade geeignete Massnahme anzuordnen,
 - der geringe Stellenwert des Personenschutzes,
 - die Unklarheit der Auswirkungen der Massnahmen auf Handlungsfähigkeit und Handlungsfreiheit.
- 2) Die erste materielle Grundentscheidung im Hinblick auf das neue Recht ist die Abkehr von den bisherigen (allzu) starren Kategorien und deren Ersetzung durch massgeschneiderte Massnahmen.
- 3) Die zweite materielle Grundentscheidung ist der erhöhte Stellenwert des Personenschutzes.

- 4) Die dritte materielle Grundentscheidung betrifft die zwar subtile, aber klare Regelung der jeweils mit der Betreuungsmassnahme verbundenen Einschränkung der Handlungsfähigkeit und der Handlungsfreiheit der betreuten Person.
- 5) Die Garanten für die Verwirklichung der Grundentscheidungen sind:
 - die neue Behördenorganisation,
 - die Person des Betreuers und
 - das Verfahren.
- 6) Betreuungsmassnahmen können angeordnet werden bei Vorliegen von:
 - psychischer Krankheit,
 - Suchtkrankheit,
 - geistiger Behinderung oder
 - anderen in der Person liegenden Schwächezuständen.
- 7) Neben dem Schwächezustand setzt die Anordnung von Betreuungsmassnahmen das Unvermögen der betroffenen Person voraus, ihre eigenen Angelegenheiten zu erledigen.
- 8) Arten der Betreuung sind:
 - die (nur) persönliche Betreuung,
 - die besondere Betreuung in den Formen der
 - Verwaltungs-,
 - Mitwirkungs- und
 - Vertretungsbetreuung,
 - die Ersatz- und die Notbetreuung.
- 9) Die Betreuungsmassnahmen werden auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen angeordnet; die Verwaltungsbetreuung kann nicht gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet werden.
- 10) Personen- und Vermögensschutz Erwachsener bietet auch die erstreckte elterliche Gewalt.

1.6.2. Die persönliche Betreuung

- 1) Die erste Stufe der Betreuungsmassnahmen ist die nur persönliche Betreuung.
- 2) Der persönliche Betreuer steht dem Betreuten mit Rat und Tat zur Seite. Die Handlungsfreiheit und die Handlungsfähigkeit der betreuten Person werden nicht berührt.
- 3) Die jeweils angemessene persönliche Betreuung ist in allen Betreuungsmassnahmen mitenthalten.

1.6.3. Die besondere Betreuung

1.6.3.1. Im allgemeinen

- 1) Die besondere Betreuung erfolgt zusätzlich zur persönlichen Betreuung.

- 2) Dem Erforderlichkeitsgrundsatz für die Anordnung der je geeigneten Massnahme kommt hier als Eingriffsschwelle besondere Bedeutung zu.
- 3) Die besondere Betreuung besteht in Verwaltung, Mitwirkung oder Vertretung.
- 4) Der von Verwaltung, Mitwirkung oder Vertretung betroffene Bereich ist im Betreuungsbeschluss so genau als möglich zu umschreiben.
- 5) Verwaltung, Mitwirkung und Vertretung für je unterschiedliche Bereiche können für die gleiche betreute Person kombiniert werden.

1.6.3.2. Verwaltung

- 1) Die Verwaltung bezieht sich auf Teile des Einkommens oder das ganze Einkommen, auf Teile des Vermögens oder das ganze Vermögen, jedoch nicht auf das ganze Einkommen und das ganze Vermögen.
- 2) Von der Verwaltung ist die Handlungsfähigkeit der betreuten Person nur insofern betroffen, als sich die betreute Person die Handlungen des Betreuers anrechnen lassen muss.
- 3) Die mit der Verwaltung verbundenen einzelnen Kompetenzen des Betreuers werden im Gesetz abschliessend umschrieben.

1.6.3.3. Mitwirkung und Vertretung

- 1) Im Rahmen der Mitwirkung handelt die betreute Person mit der Zustimmung des Betreuers; im Rahmen der Vertretung handelt der Betreuer für die betreute Person.
- 2) Die Handlungsfähigkeit und die Handlungsfreiheit der betreuten Person werden entsprechend eingeschränkt.
- 3) Mitwirkung und Vertretung beziehen sich auf einzelne Aufgaben oder Aufgabenkreise.
- 4) Das Gesetz umschreibt beispielhaft Aufgaben und Aufgabenkreise.

1.6.3.4. Verbotene Geschäfte und geringfügige Angelegenheiten

- 1) Verbotene Geschäfte soll es, wenn überhaupt, nur im Rahmen der Vertretungsbetreuung und hier primär der Vertretung für alle Angelegenheiten geben.
- 2) Für geringfügige Geschäfte bleibt die Handlungsfähigkeit für alle betreuten Personen vorbehalten.

1.6.4. Organisation und Verfahren

- 1) Alle Massnahmen werden durch die neue Betreuungsbehörde (für untergeordnete Entscheide durch den Vorsitzenden) angeordnet.
- 2) Für die örtliche Zuständigkeit ist der gewöhnliche Aufenthalt der zu betreuenden Person massgebend.
- 3) Verfahrensgarantien stellen dar:
 - der Anspruch auf rechtliches Gehör und
 - das Recht auf ein Sachverständigengutachten.
- 4) Die Anordnung der Massnahmen wird nicht veröffentlicht; jedermann, der ein rechtliches Interesse hat, kann von der Betreuungsbehörde Auskunft verlangen.
- 5) Bei Veränderung der Verhältnisse sind die Massnahmen aufzuheben oder abzuändern.

1.6.5. Der Betreuer/Die Betreuerin

- 1) Leitideen für die Person des Betreuers sind:
 - die allgemeine und die besondere Eignung,
 - grösstmögliche Selbstbestimmung der betreuten Person,
 - relativer Vorrang von Angehörigen,
 - Rahmenbedingungen, welche die freiwillige Übernahme von Betreuungen attraktiv machen,
 - Professionalität und Freiwilligkeit als zwei sich ergänzende Betreuungskonzepte.
- 2) Das Gesetz umschreibt neben den Kompetenzen des Betreuers die Aufgaben des Betreuers im allgemeinen.
- 3) Der Betreuer hat Anspruch auf Entschädigung.
- 4) Der Kanton sorgt für die Aus- und Weiterbildung der Betreuer.

1.6.6. Die Tätigkeit der Behörden

- 1) Namentlich angeführte wichtige Entscheidungen des Betreuers bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Betreuungsbehörde; die Mitwirkungsbetreuung ist davon ausgenommen.
- 2) Der bisherigen Vormundschaftsbeschwerde entspricht die Betreuungsbeschwerde gegen den Betreuer oder die Betreuungsbehörde; die Beschwerde hat fakultativen Suspensiveffekt.
- 3) Der Betreuungsbehörde obliegt die Prüfung von Berichten und Rechnungen.

1.7. Die Unterbringung

1.7.1. Im allgemeinen

- 1) Folgende Grundentscheidungen bei der Einführung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung in den Jahren 1978/1981 werden nicht in Frage gestellt:
 - der Einbau dieses Bereichs in das Vormundschaftsrecht,
 - die Ablösung der kantonalen administrativen Versorgung durch ein einheitliches bundesrechtliches Institut,
 - die abschliessende Umschreibung der Schwächezustände,
 - die Möglichkeit, neben vormundschaftlichen Behörden anderen geeigneten Stellen Einweisungskompetenzen zu geben,
 - die weitreichende bundesrechtliche Regelung von Rechtsschutz und Verfahren,
 - die direkte Staatshaftung für widerrechtliche Freiheitsentziehungen.
- 2) Die Unterbringung umfasst die fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) einerseits, die Betreuung in der stationären Einrichtung anderseits.

1.7.2. Die fürsorgerische Freiheitsentziehung

- 1) Die Schwächezustände, welche zu einer FFE führen können, sind:
 - psychische Krankheit,
 - geistige Behinderung,
 - Suchtkrankheit und
 - schwere Verwahrlosung.
- 2) Die ordentliche Zuständigkeit für die Anordnung der FFE liegt bei der Betreuungsbehörde am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts.
- 3) Bei Gefahr im Verzuge bestehen mehrere andere Zuständigkeiten.
- 4) Die Betreuungsbehörde ist zuständig für die Umwandlung einer kurzfristigen FFE in eine Dauereinweisung.
- 5) Die Betreuungsbehörde kann die Entlassungskompetenz durch die stationäre Einrichtung ausüben lassen.
- 6) Soweit Vor- und Nachmassnahmen zur FFE behördlich angeordnet werden sollen, geschieht dies nach den Regeln der Betreuung Erwachsener.

1.7.3. Die Betreuung in der stationären Einrichtung

- 1) Die Kantone sind verpflichtet, für genügend geeignete stationäre Einrichtungen zu sorgen; der Bund unterstützt entsprechende Vorhaben.
- 2) Das Bundesrecht enthält die Grundsätze für die ohne oder gegen den Willen Betroffener durchgeführte Behandlung (Zwangsbehandlung) im Rahmen der FFE.

- 3) Für die Fragen der Zwangsbehandlung wird unterschieden zwischen Notbehandlung und Behandlung nach Behandlungsplan.
- 4) Bei völliger Urteilsunfähigkeit des Patienten ist dessen Zustimmung zur Notbehandlung zu vermuten; ausnahmsweise ist Notbehandlung gegen den Willen des Patienten möglich.
- 5) Über jede Notbehandlung ist ein Bericht (ein Protokoll) zu verfassen; dieser bildet die Grundlage für eine behördliche Kontrolle.
- 6) Eine Behandlung gemäss Behandlungsplan findet bei fehlender Einwilligungsfähigkeit des Patienten unter Vorbehalt der Notbehandlung nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters statt; bei Weigerung des gesetzlichen Vertreters kann die Behörde angerufen werden.
- 7) Der Kanton kann die behördliche Kontrolle in Sachen Behandlung einem Fachorgan übertragen; es ist denkbar, dass die erhöhte materielle Kompetenz der neuen Betreuungsbehörde unter dem Vorbehalt des Beizugs von Sachverständigen die Schaffung eines solchen Organs überflüssig macht.

1.8. Die Revision anderer Rechtsgebiete

1.8.1. Das Handlungsfähigkeitsrecht

- 1) Zwischen Betreuungsrecht und Handlungsfähigkeitsrecht im allgemeinen besteht ein sehr enger Zusammenhang.
- 2) Teils haben Neuerungen im Betreuungsrecht notwendigerweise Auswirkungen auf das Handlungsfähigkeitsrecht; teils ist darüber hinaus die Anpassung des Handlungsfähigkeitsrechts an das Betreuungsrecht zu prüfen.
- 3) Im einzelnen könnten betroffen sein:
 - der Begriff der Mündigkeit und der Handlungsfähigkeit,
 - der Begriff der Urteilsfähigkeit,
 - der bisherige Art. 19 ZGB,
 - die bisherigen Art. 410/411 und 424 ZGB,
 - die Ehefähigkeit und
 - die Testierfähigkeit.

1.8.2. Die Vormundschaft für Minderjährige

- 1) Das Recht der Vormundschaft für Minderjährige ist durch das Betreuungsrecht stark betroffen; Anpassungen drängen sich auf oder sind sonst sinnvollerweise vorzunehmen.
- 2) Zur Terminologie:

Variante 1: Die Wörter „Vormund“ und „Vormundschaft“ werden auch mit Bezug auf Minderjährige durch „Betreuer“ und „Betreuung“ ersetzt.

Variante 2: Für die Minderjährigen werden die Ausdrücke „Vormund“ und „Vormundschaft“ beibehalten.

- 3) Das Vormundschaftsrecht für Minderjährige ist als letzter Abschnitt in den Titel über „Die Wirkungen des Kindesverhältnisses“ einzubauen.
- 4) In der Sache sollte dabei die Rechtsstellung der Minderjährigen unter Betreuung bzw. Vormundschaft möglichst stark der Rechtsstellung der Minderjährigen unter elterlicher Gewalt angeglichen werden.
- 5) Die gesamte Revision hätte auch Auswirkungen auf das übrige Kindesrecht; so wäre namentlich die neue Betreuungsbehörde für Kindesschutzmassnahmen zuständig.

1.8.3. Der Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger

- 1) Zwischen Betreuungsrecht und Schutz der Persönlichkeit Urteilsunfähiger besteht ein enger Zusammenhang.
- 2) Zu denken ist dabei an folgende Sachbereiche:
 - die medizinische Betreuung im allgemeinen,
 - die Sterilisation,
 - die Organtransplantation,
 - die Sterbehilfe und
 - die medizinische Forschung.
- 3) Der Gesetzgeber kann diese Fragen jeweils ganz oder teilweise wie folgt lösen:
 - Einbau in das Persönlichkeitsschutzrecht (Art. 28 ff. ZGB),
 - Schaffung von Spezialgesetzen,
 - Einbau in das Betreuungsrecht oder
 - Verzicht auf Regelung und damit materiell Verweisung auf Rechtsprechung.

Es erweckt den Anschein, dass sich für die einzelnen Sachgebiete hier unterschiedliche Lösungen aufdrängen.

1.8.4. Das Stellvertretungsrecht

- 1) Betreuungsrecht ist in hohem Masse Stellvertretungsrecht.
- 2) Das neue Recht sollte Antwort geben auf die Frage der Auswirkungen von Betreuungsmassnahmen auf Vollmachten.
- 3) Im Hinblick auf das neue Recht ist nach Lösungen für Altersvorsorge-Vollmachten zu suchen.

2. Möglicher Aufbau des zukünftigen Rechts

Schweizerisches Zivilgesetzbuch

Zweiter Teil Das Familienrecht

Dritte Abteilung Das Betreuungsrecht (Gesetzliche Vertretung und Schutz Erwachsener)

10. Titel Die allgemeine Ordnung des Betreuungsrechts

1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen

- A. Massnahmen
- B. Grundsätze
- C. Organisation
- D. Verfahren
- E. Verantwortlichkeit

2. Abschnitt Die Betreuung Erwachsener

- A. Persönliche Betreuung
- B. Besondere Betreuung
 - I. Im allgemeinen
 - II. Verwaltung
 - III. Mitwirkung und Vertretung
 - 1. Im allgemeinen
 - 2. Aufgaben und Aufgabenkreise
- C. Erstreckte elterliche Gewalt
- D. Ersatz- und Notbetreuung
 - I. Ersatzbetreuung
 - II. Notbetreuung
 - III. Gemeinsame Bestimmungen

3. Abschnitt Die Unterbringung

- A. Die fürsorgliche Freiheitsentziehung
- B. Die Betreuung in der stationären Einrichtung

4. Abschnitt Die Vermögensbeistandschaft

- A. Die Massnahme
- B. Das Verfahren
- C. Die Durchführung

11. Titel Die Durchführung der Betreuung Erwachsener

1. Abschnitt Anordnung und Aufhebung der Massnahme

- A. Anordnung
- B. Aufhebung

2. Abschnitt Der Betreuer/Die Betreuerin

- A. Die Person des Betreuers
 - I. Allgemeine Voraussetzungen
 - II. Wünsche der zu betreuenden Person, deren Eltern und Ehepartner
 - III. Angehörige
 - IV. Freiwillige Betreuer/Betreuerinnen und Berufsbetreuer/-betreuerinnen
 - V. Ausschlussgründe
 - VI. Aus- und Fortbildung der Betreuer/Betreuerinnen
 - VII. Entschädigung des Betreuers/der Betreuerin
- B. Die Bestellung des Betreuers
 - I. Ablehnung und Anfechtung der Wahl
 - II. Übergabe des Amtes
- C. Die Entlassung des Betreuers

3. Abschnitt Die Führung der Betreuung

4. Abschnitt Die Tätigkeit der Behörden

12. Titel Die Durchführung der Unterbringung

1. Abschnitt Anordnung und Aufhebung der fürsorglichen Freiheitsentziehung

- A. Zuständigkeit
- B. Verfahren
- C. Überprüfung

2. Abschnitt Die Betreuung in der stationären Einrichtung

- A. Die geeignete Einrichtung
- B. Die Behandlung
- C. Der Betreuer

3. Teilentwürfe

3.1. *Die Betreuung Erwachsener*

10. Titel **Die allgemeine Ordnung des Betreuungsrechts**

2. Abschnitt *Die Betreuung Erwachsener*

A. *Persönliche Betreuung*

Art. 1

¹Einer volljährigen Person, die wegen psychischer Krankheit, geistiger Behinderung, Suchtkrankheit oder anderer in der Person liegender Schwächezustände ihre Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen kann, wird auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen ein Betreuer/eine Betreuerin bestellt.

²Dabei sind auch die Betroffenheit der Familie und der Schutz Dritter angemessen zu berücksichtigen.

³Der Betreuer/die Betreuerin steht der betreuten Person mit Rat und Tat zur Seite und kümmert sich um ihr Wohl; er/sie achtet den Willen der betreuten Person, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.

⁴Die persönliche Betreuung hat keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit und die Handlungsfreiheit der betreuten Person.

B. *Besondere Betreuung*

I. Im allgemeinen

Art. 2

¹Soweit erforderlich, wird zusätzlich zur persönlichen Betreuung auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen eine besondere Betreuung angeordnet; diese besteht in Verwaltung, Mitwirkung oder Vertretung.

²Eine besondere Betreuung ist nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten der betroffenen Person durch einen Bevollmächtigten/eine Bevollmächtigte oder durch andere Hilfen ebenso gut wie durch einen besonderen Betreuer/eine besondere Betreuerin besorgt werden können.

II. Verwaltung

Art. 3

¹Die Verwaltung bezieht sich auf das Einkommen oder Teile desselben beziehungsweise auf das Vermögen oder Teile desselben; die Anordnung einer das ganze Einkommen und Vermögen erfassenden Verwaltung ist ausgeschlossen.

²Die Verwaltung schränkt die Handlungsfähigkeit der betreuten Person nur insofern ein, als sie sich die Handlungen des Betreuers/der Betreuerin im Rahmen der Verwaltung anrechnen lassen muss.

³Die Verwaltung kann nicht gegen den Willen der betreuten Person angeordnet werden.

III. Mitwirkung und Vertretung

1. Im allgemeinen

Art. 4

¹Im Rahmen der Mitwirkung handelt die betreute Person mit der Zustimmung des Betreuers/der Betreuerin; im Rahmen der Vertretung handelt der Betreuer/die Betreuerin für die betreute Person.

²Die Handlungsfähigkeit und die Handlungsfreiheit der betreuten Person werden entsprechend eingeschränkt.

2. Aufgaben und Aufgabenkreise

Art. 5

¹Mitwirkung und Vertretung beziehen sich auf einzelne Aufgaben oder Aufgabenkreise.

²Mitwirkung und Vertretung können gleichzeitig für je bestimmte Aufgaben und Aufgabenkreise angeordnet werden; Mitwirkung und Vertretung können auf diese Weise auch mit Verwaltung verbunden werden.

³Bei besonders ausgeprägter Hilfsbedürftigkeit, namentlich bei dauernder Urteilsunfähigkeit, kann sich die Vertretung auch auf alle Angelegenheiten (Variante: auf die gesamte Personen- und Vermögenssorge) beziehen.

C. *Erstreckte elterliche Gewalt*

Art. 6

¹Die elterliche Gewalt kann durch die Betreuungsbehörde über die Minderjährigkeit hinaus erstreckt werden, wenn und solange das Wohl der betroffenen Person dies erheischt.

D. *Ersatz- und Notbetreuung*

I. Ersatzbetreuung

Art. 7

¹Hat bei der besonderen Betreuung der Betreuer/die Betreuerin in einer Angelegenheit Interessen, die denen des/der Vertretenen widersprechen oder ist er/sie am Handeln verhindert, so ist, wo die Umstände es erfordern, ein Ersatzbetreuer/eine Ersatzbetreuerin zu bestellen.

²Beim Vorliegen widersprechender Interessen entfällt die Vertretungsmacht des Betreuers/der Betreuerin; vorbehalten bleibt der Schutz gutgläubiger Dritter.

II. Notbetreuung

Art. 8

¹Einer volljährigen Person ist, wo ein Betreuer/eine Betreuerin fehlt, für dringende Angelegenheiten ein Notbetreuer/eine Notbetreuerin zu bestellen, wenn sie wegen Abwesenheit, vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder dergleichen weder selbst zu handeln noch einen Vertreter/eine Vertreterin zu bezeichnen vermag.

III. Gemeinsame Bestimmungen

Art. 9

¹ Ersatz- und Notbetreuer/Ersatz- und Notbetreuerin haben die Anweisungen der Betreuungsbehörde zu beachten.

² Wo bei der besonderen Betreuung die Handlung des Betreuers/der Betreuerin zu ihrer Gültigkeit der Zustimmung der Betreuungsbehörde bedarf, ist die Zustimmung auch bei der Ersatz- und der Notbetreuung erforderlich.

3.2. *Die Durchführung der Betreuung Erwachsener*

11. Titel Die Durchführung der Betreuung Erwachsener

2. Abschnitt Der Betreuer/Die Betreuerin

A. Die Person des Betreuers

I. Allgemeine Voraussetzungen

Art. 1

¹ Als Betreuer/Betreuerin oder Beistand ernennt die Betreuungsbehörde eine natürliche Person, die persönlich und fachlich geeignet ist, die ihr im Beschluss übertragenen Aufgaben persönlich wahrzunehmen.

² Die Betreuungsbehörde hat die allgemeine und besondere Eignung der vorgeschlagenen oder von ihr in Betracht gezogenen Personen von Amtes wegen zu prüfen.

³ Bei besonderen Umständen können mehrere Personen ernannt werden, welche die Betreuung aufgrund einer von der Betreuungsbehörde vorgenommenen Ausscheidung der Befugnisse wahrnehmen.

II. Wünsche der zu betreuenden Person, deren Eltern und Ehepartner

Art. 2

¹ Schlägt die zu betreuende Person eine geeignete Vertrauensperson als Betreuer/Betreuerin vor, so ist diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn der/die Vorgeschlagene bereit ist, die Betreuung zu übernehmen.

² Lehnt die zu betreuende Person eine bestimmte Person als Betreuer/Betreuerin ab, soll dieser Willensäußerung entsprochen werden, wenn dadurch nicht die Ernennung eines geeigneten Betreuers/einer geeigneten Betreuerin verunmöglicht wird.

³ Ist die zu betreuende Person urteilsunfähig und kann keinen Betreuer/keine Betreuerin vorschlagen, ist auf die Wünsche ihres Ehepartners und ihrer Eltern in geeigneter Weise Rücksicht zu nehmen.

III. Angehörige

Art. 3

¹ Schlägt die zu betreuende Person niemanden als Betreuer/Betreuerin vor, können geeignete Angehörige, namentlich der Ehegatte, Kinder und Geschwister als Betreuer/Betreuerin ernannt werden; dabei ist der Gefahr von Interessenkollisionen besondere Beachtung zu schenken.

IV. Freiwillige Betreuer/Betreuerinnen und Berufsbetreuer/-betreuerinnen

Art. 4

¹ Schlägt die zu betreuende Person niemanden als Betreuer/Betreuerin vor und kann kein geeigneter Angehöriger zum Betreuer/zur Betreuerin bestellt werden, ernennt die Betreuungsbehörde einen geeigneten freiwilligen Betreuer/eine geeignete freiwillige Betreuerin oder eine für diese Funktion ausgebildete und für die konkrete Betreuungsaufgabe geeignete Fachperson eines privaten oder öffentlichen Sozialdienstes.

² Die Kantone sorgen dafür, dass entsprechend ausgebaute Dienststellen mit ausgebildetem Fachpersonal zur Verfügung stehen.

V. Ausschlussgründe

Art. 5

¹ Als Betreuer/Betreuerin nicht wählbar sind insbesondere Personen, die Interessen haben, die denjenigen der zu betreuenden Person widersprechen sowie Mitglieder der anordnenden Behörde und dessen Sekretär/Sekretärin.

VI. Aus- und Fortbildung der Betreuer/Betreuerinnen

Art. 6

¹ Die Kantone sorgen für geeignete Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten der freiwilligen und beruflich tätigen Betreuer/Betreuerinnen.

² Der Bund beteiligt sich an den Kosten für die Ausbildung.

VII. Entschädigung des Betreuers/der Betreuerin

Art. 7

¹ Der Betreuer/die Betreuerin hat Anspruch auf eine Entschädigung für seine/ihre Bemühungen im Rahmen der persönlichen Betreuung und der übrigen Verrichtungen.

² Die Entschädigung wird durch das Gemeinwesen ausgerichtet; bei entsprechender Vermögenslage der betreuten Person wird die Entschädigung ganz oder teilweise dem Vermögen der betreuten Person belastet.

³ Die Kantone erlassen ergänzende Bestimmungen.

B. Die Bestellung des Betreuers/der Betreuerin

I. Ablehnung und Anfechtung der Wahl

Art. 8

¹ Wird eine Vertrauensperson oder ein Angehöriger/eine Angehörige ohne eigene Zustimmung zum Betreuer/zur Betreuerin ernannt, kann der/die Gewählte die Wahl binnen zehn Tagen nach Mitteilung der Wahl ablehnen.

² Ausserdem kann der/die Betroffene und jedermann, der Interessen des/der Betreuten geltend macht, die Wahl binnen zehn Tagen nach erfolgter Wahl bei der Betreuungsbehörde als gesetzeswidrig anfechten.

³ Im Falle der Ablehnung durch den Gewählten/die Gewählte und bei begründeter Anfechtung muss die Betreuungsbehörde eine neue Wahl treffen; hält die Betreuungsbehörde die Anfechtung für unbegründet, unterbreitet sie die Angelegenheit mit ihrem Bericht der Aufsichtsbehörde zur Entscheidung.

Art. 9

¹ Bis zur rechtskräftigen Erledigung des Anfechtungsverfahrens setzt die Betreuungsbehörde einen geeigneten beruflichen Betreuer/eine geeignete berufliche Betreuerin ein.

Art. 10

¹ Die Aufsichtsbehörde teilt dem/der Gewählten und der Betreuungsbehörde ihre Entscheidung mit.

² Wird die Anfechtung gutgeheissen, trifft die Betreuungsbehörde eine neue Wahl.

II. Übergabe des Amtes

Art. 11

¹ Ist die Wahl rechtskräftig geworden, erfolgt die Übergabe des Amtes an den Betreuer/die Betreuerin durch die Betreuungsbehörde.