

Journées d'étude des 11/12 septembre 2018 à Bienne

« La participation, un gage de qualité – Mettre à profit les marges de manœuvre »

### Atelier 8

## **Conditions cadres juridiques liées à la relation avec les proches**

**Prof. Dr. Roland Fankhauser**, Prof. Dr., LL.M., avocat,  
professeur de droit civil et de droit de la procédure civile à l'Université de Bâle

Selon la loi, les proches des personnes concernées font office d'acteurs dans différents domaines et contextes. Dans de nombreux cas, elles ont le droit de demander l'intervention de l'autorité de protection de l'adulte (p.ex. art. 386 al.1, 373 al. 1, 376 al. 2, 390 al. 3, 399 al. 2 ou 419 CC). Ils peuvent en outre exprimer certains souhaits qui doivent être pris en compte (cf. p.ex. art. 401, al. 2, CC), en appeler au juge contre le placement à des fins d'assistance (art. 439, al. 1 CC) et ont qualité pour recourir contre les décisions de l'autorité de protection de l'adulte (cf. art. 450 al. 2 let. 2 CC).

L'atelier exposera le cadre juridique s'appliquant aux proches. La base de la discussion sera constituée des réflexions sur les motifs poursuivis par le législateur en attribuant un rôle aux proches. Elle s'intéressera également à la question de savoir si ce rôle devrait être modifié. Dans un deuxième temps, la discussion portera d'une part sur les individus regroupés par le terme collectif de proches, et d'autre part, sur les droits de ceux-ci. Enfin, l'atelier fournira un aperçu des conséquences juridiques résultant du fait que des proches (co)agissent comme acteurs dans le cadre d'une procédure. Les répercussions d'une procédure de recours seront également mises en exergue. L'atelier sert aussi à discuter des expériences liées à la relation avec des proches et ses implications juridiques.

*Les présentations et autres documents des Journées d'étude peuvent être téléchargés sur  
[www.copma.ch](http://www.copma.ch) → Actualités → „Journées d'étude 2018“.*

Fachtagung vom 11./12. September 2018 in Biel  
„Partizipation als Qualität – Handlungsspielräume nutzen“

### Workshop 8

## **Rechtliche Rahmenbedingungen im Umgang mit nahestehenden Personen**

**Prof. Dr. Roland Fankhauser**, LL.M., Advokat, Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Universität Basel

---

### **Disposition**

⇒ Diskussion Inputfälle (vgl. Beiblatt)

I. Funktion von nahestehenden Personen

II. Der Begriff der nahestehenden Person

III. Ansprüche der nahestehenden Personen

⇒ Übersichtsmerkblatt wird am Workshop abgegeben

IV. Nahestehende Personen im Rechtsmittelverfahren

V. Ausweitung Rechtsansprüche von nahestehenden Personen? (Diskussion)

*Die Präsentationen und weitere Unterlagen der Fachtagung stehen auf  
[www.kokes.ch](http://www.kokes.ch) → Aktuell → „Tagung 2018“ zum Download bereit.*

Fachtagung vom 11./12. September 2018 in Biel  
„Partizipation als Qualität – Handlungsspielräume nutzen“

### Workshop 8

## **Rechtliche Rahmenbedingungen im Umgang mit nahestehenden Personen**

**Prof. Dr. Roland Fankhauser**, LL.M., Advokat, Professor für Zivilrecht und Zivilprozessrecht an der Universität Basel

---

### **Inputfälle**

#### Fall 1

Rentner Samuel Meyer ist in zweiter Ehe mit der deutlich jüngeren Roswita Meyer verheiratet, welche sich rührend um den 89-Jährigen kümmert. Samuel Meyer hat aus erster Ehe drei erwachsene Kinder. Die Tochter Mia besucht ihn regelmässig, auch wenn das Verhältnis zur Stiefmutter nicht mehr bestens ist. Die beiden Söhne Mario und Markus haben schon seit Jahren kaum mehr Kontakt zum Vater, ausser am jährlichen Zunftessen (der Vater und beide Söhne sind dort Mitglied).

Samuel Meyer ist in den letzten Monaten sehr vergesslich geworden und es zeigen sich vermehrt Artikulationsschwierigkeiten. Bei einem Besuch stellt die Tochter fest, dass Roswita die Post von Samuel öffnet, sämtliche Zahlungen tätigt und auch das nicht unerhebliche Aktienportefeuille von Samuel verwaltet. Roswita stellt sich auf den Standpunkt, sie dürfe wegen der (teilweisen, v.a. auf administrative Belange bezogen) Urteilsunfähigkeit ihren Ehemann vertreten (Art. 374 ZGB ff.).

Mia ruft die KESB an und ersucht um Feststellung, dass Roswita ihren Vater nicht vertreten dürfe. Zudem stellt sie die Frage, ob allenfalls behördliche Massnahmen notwendig seien. Die KESB übergibt seinem Abklärungsdienst den Auftrag, die Situation abzuklären.

Irgendwann erfährt der Sohn Markus, dass ein Verfahren bei der KESB anhängig gemacht wurde und ersucht um Akteneinsichtsrecht. Er kündigt bereits an, dass er jeden Entscheid der KESB bis ans Bundesgericht anfechten werde, wenn damit die Freiheit des Vaters eingeschränkt werde.

#### Fall 2

Emma Karrer (geb. 1929, verwitwet) ist seit einem bei einer Operation erlittenen Schlaganfall im Jahre 2016 rundum betreuungsbedürftig und kann sich nicht mehr verständlich artikulieren. Ihre beiden, in der Schweiz wohnenden, erwachsenen Töchter wurden von der Mutter vor der Operation mit einer Generalvollmacht ausgestattet, mit denen sie nun sämtliche Belange der (vermögenden) Mutter abwickeln. Ihr Sohn lebt seit 20 Jahren im Ausland und sein Verhältnis zu den Schwestern ist zerrüttet. Bei seinen jährlichen Besuchen in der Schweiz hat er auch die Mutter (welche sich eher auf die Seite der Töchter geschlagen hat) jeweils kurz besucht. Nachdem er vom Schlaganfall der Mutter erfahren hatte, wollte er diese besuchen. Dies wurde ihm (mit der Begründung des fragilen Zustands der Mutter) von den Schwestern verweigert. Der Sohn beantragte bei der KESB mit einer Gefährdungsmeldung die Anordnung von Erwachsenenschutzmassnahmen. Dies wurde mit Entscheid der KESB vom 24. August 2018 verweigert. Auf ein im Anschluss gestelltes Akteneinsichtsbegehren wurde mit Entscheid vom 4. September 2018 nicht eingetreten. Die KESB ist der Auffassung, beim Sohn handle es sich nicht um einen nahestehende Person, weil allein die Verwandtschaft dafür nicht genüge.

### Fall 3

Anna (geb. 2006), Benjamin (geb. 2007) und Casper (geb. 2009) sind die Kinder von Nicole und Christian. Christian verstarb am 19. November 2015. Am 5. Januar 2016 wurde Roman Ruck, Advokat, KESB als Beistand im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB zwecks Wahrung der Erbansprüche der drei Kinder im Nachlass des verstorbenen Kindsvaters eingesetzt. Diese Verfügung blieb unangefochten.

Wegen anhaltender Differenzen bei der erbrechtlichen Auseinandersetzung reichte Anna am 4. Januar 2017 bei der KESB einen Antrag auf Aufhebung der errichteten Beistandschaft und auf Entlassung des Beistands aus dem Amt ein; eventualiter sei die Beistandschaft für ihre drei Kinder mit einem anderen Beistand weiterzuführen.

(siehe dazu KGer BL vom 28. September 2017 [810 17 186])

## Übersicht Bestimmungen im Erwachsenenschutzrecht für nahestehende Personen

Prof. Dr. Roland Fankhauser: KOKES-Tagung vom 11./12. September 2018, Workshop 8 (rechtliche Rahmenbedingungen nahestehender Personen)

Artikel	Regelungsbereich	Stellung der nahestehenden Person	Funktion / Zweck	Rechte der nahestehenden Person
368 I	Vorsorgeauftrag (Einschreiten ESB)	Antragsberechtigung	Interessenwahrung des Betroffenen <sup>1</sup> ; Verwirklichung Willen des Betroffenen <sup>2</sup>	Parteistellung <sup>3</sup> beschwerdeberechtigt <sup>4</sup> mitwirkungspflichtig <sup>5</sup> Akteneinsichtsrecht <sup>6</sup>
373 I	Patientenverfügung (Einschreiten ESB)	Antragsberechtigung	Interessenwahrung / Verwirklichung Willen des Patienten	dito
376 II	Vertretung durch Ehegatten oder eingetragene/-r Partner/-in (Einschreiten ESB)	Antragsberechtigung <sup>7</sup>	Interessenwahrung des Betroffenen, Kontrollfunktion <sup>8</sup>	dito <sup>9</sup>
381 III	Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Einschreiten ESB)	Antragsberechtigung	Interessenwahrung des Betroffenen <sup>10</sup> , Kontrollfunktion	dito
385 I	Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen	Antragsberechtigung	Interessenwahrung des Betroffenen, Kontrollfunktion <sup>11</sup>	dito

<sup>1</sup> BSK ZGB I-JUNGO, Art. 368 N 1; ZK-BOENTE, Art. 368 ZGB N 116.

<sup>2</sup> Botschaft ESR, 7029.

<sup>3</sup> FamKomm ESR-GEISER, Art. 368 ZGB N 19; BSK ZGB I-JUNGO, Art. 368 N 12; ausführlich ZK-BOENTE, Art. 376 ZGB N 18 ff.

<sup>4</sup> OFK-FASSBIND, Art. 368 ZGB N 1.

<sup>5</sup> Vermittelt durch die Verfahrensbeteiligung, Art. 448 Abs. 1 ZGB.

<sup>6</sup> Vermittelt durch die Verfahrensbeteiligung, Art. 449b Abs. 1 ZGB. Das Akteneinsichtsrecht kann durch entgegenstehende überwiegende Interessen begrenzt werden. Es besteht kein absoluter Anspruch, sondern dieser hängt im Umfang von den konkreten Umständen ab (BGer 5A\_750/2015). Akteneinsicht erfolgt grds. nur auf Gesuch hin, BGer 5A\_18/2015 Erw. 3.2.

<sup>7</sup> Zu beachten ist, dass dies nur für Abs. 2 gilt; nach ZK-BOENTE, Art. 376 ZGB N 33 steht im Kontext von Abs. 1 nur den Vertretungsberechtigten ein Antragsrecht zu, nicht aber allgemein nahestehenden Personen; gl.M. BSK ZGB I-REUSSER, Art. 376 N 9; a.A. FamKomm ESR-LEUBA, Art. 376 ZGB N 13. FHB KESR-FOUNTOULAKIS, Rz. 6.67 geht nur von einem Melderecht und nicht einem Antragsrecht aus.

<sup>8</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 376 N 20 ff.

<sup>9</sup> Ausser es würde nur von einem Melde- und nicht Antragsrecht ausgegangen (so FHB KESR-FOUNTOULAKIS, Rz. 6.67).

<sup>10</sup> CHK-FANKHAUSER, Art. 381 ZGB N 1; FamKomm ESR-GUILLOD/HERTIG PEA, Art. 381 ZGB N 15.

<sup>11</sup> CHK-BREITSCHMID, Art. 383-385 ZGB N 2; siehe aber a.A. FH KESR-ANDERER/MÖSCH PAYOT, Rz. 7.75, wonach diese auch aus eigenem Recht (Interesse?) und gegen den Willen des Betroffenen die ESB anrufen können. Soweit eigene rechtlich geschützte Interessen nachgewiesen werden, müssen es nicht «nahestehende Personen» sein, vgl. BGE 137 III 67; BGer 5A\_649/2011 E. 1.2.

	Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Einschreiten ESB)			
389 I 1	Behördliche Massnahmen, Beistandschaft	falls hilfsbedürftige Person ausreichend unterstützt wird, schliesst dies Beistandschaft aus	Subsidiarität; Solidarität in der Familie <sup>12</sup>	
390 II	Errichtung Beistandschaft	Mitberücksichtigung eigener Schutzbedürfnisse und Belastung	Grenze der Familiensolidarität, Mitberücksichtigung Interessen der Familie, gegen Interessen des Betroffenen gerichtet <sup>13</sup>	
390 III	Errichtung Beistandschaft	Antragsberechtigung <sup>14</sup> nahestehender Personen	Interessen des Betroffenen (teilweise auch eigene Interessen, siehe Art. 390 Abs. 2)	
399 II	Aufhebung Beistandschaft	Antragsberechtigung nahestehender Personen	Interessenwahrung des Betroffenen, Kontrollfunktion	
401 II	Ernennung Beistand	tunliche Berücksichtigung der <i>Wünsche</i> Angehöriger für eine geeignete Person als Beistand	Förderung der Selbstbestimmung/Interessen des Betroffenen <sup>15</sup> bzw. öffentliches Interesse <sup>16</sup> , Stärkung des Vertrauens zw. Betroffenen und Beistand <sup>17</sup> , kein Vorrecht <sup>18</sup>	

<sup>12</sup> FHB KESR-REUSSER, Rz. 2.7; Zur Stärkung der familiären Solidarität allgemein, Botschaft ESR, 7013 f.; die Solidarität in der Familie wird insofern «belohnt», als der Staat von behördlichen Massnahmen absieht.

<sup>13</sup> Botschaft ESR, 7043 f.; die Interessen (ob dazu auch der Wunsch nach «klaren» Verhältnissen zu zählen ist, erscheint fraglich; siehe OGer ZH 28.6.2017 (PQ170036) Erw. 6.8.2; anders im Ergebnis KGer LU 13.11.2015, LGVE 2015 II Nr. 12) müssen gewichtig sein und das Schutzbedürfnis der Angehörigen kann alleine kein Grund für eine Beistandschaft sein, FamKomm ESR-MEIER, Art. 390 ZGB N 27 ff.; BGer 5A\_614/2017 Erw. 5.3.2; BGer 5A\_795/2014 Erw. 4.2.1.

<sup>14</sup> Die Antragsstellung führt zu einer Parteistellung im entsprechenden Verfahren, nicht hingegen eine Gefährdungsmeldung nach Art. 443 ZGB, FamKomm ESR-MEIER, Art. 390 ZGB N 39; s. auch BSK ZGB I-JUNGO, Art. 368 N 12.

<sup>15</sup> Botschaft ESR, 7050.

<sup>16</sup> Vgl. BGer 5A\_729/2015 Erw. 2.2.3, wonach sich aus Art. 401 Abs. 2 ZGB «kein eigenes schutzwürdiges Interesse der Angehörigen» ergebe, sondern die betreffenden Vorschläge «dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Erwachsenenschutz und dem individuellen Interesse der zu verbeiständenden Person, einen geeigneten Beistand zu erhalten» diene.

<sup>17</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 6.

<sup>18</sup> CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 401 ZGB N 4;

419	Einschreiten ESB gegen Handlungen/Unterlassungen eines Beistands	Antragsberechtigung nahestehender Personen	Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>19</sup>	dito
423 II	Entlassung Beistand	Antragsberechtigung nahestehender Personen	Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen	dito
426 II	Anordnung Fürsorgerische Unterbringung	vgl. 390 II	vgl. Art. 390 II	
426 IV	Fürsorgerische Unterbringung (Gesuch um Entlassung)	Antragsberechtigung nahestehender Personen	Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>20</sup>	dito
430 V	Fürsorgerische Unterbringung durch Ärzte	Informationspflicht und Rechtsmittelbelehrung gegenüber nahestehenden Personen	Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>21</sup>	
439 I	Fürsorgerische Unterbringung (Anrufung Gericht)	Beschwerdelegitimation vor gerichtlicher Beschwerdeinstanz	Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>22</sup>	dito
450 II 2	Allg. Verfahrensbestimmung, Beschwerdelegitimation gegenüber Entscheide der ESB	Beschwerdelegitimation	Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>23</sup>	Parteistellung Akteneinsichtsrecht <sup>24</sup>

### Leitsätze

- ⇒ Die nahestehende Person nimmt Interessen der betroffenen Person wahr.
- ⇒ Antragsrechte nahestehender Personen kommen diesen nicht per se zu, sondern müssen im Gesetz vorgesehen sein.
- ⇒ Diesfalls kommt nahestehenden Personen Parteistellung zu und sie besitzen die damit verbundenen Verfahrensrechte.
- ⇒ Werden nahestehende Personen in eigenem Interesse tätig, kommen nur (durch das KES) rechtlich geschützte Interessen in direktem Zusammenhang der Massnahme in Frage (wirkt sich namentlich bei der Beschwerdeberechtigung nach Art. 450 Abs. 2 ZGB aus).
- ⇒ Dritte haben keinen Anspruch, sich für Betroffeneninteressen einzusetzen.
- ⇒ Nahestehende Personen besitzen per se ein kantonales Beschwerderecht, nicht aber vor Bundesgericht.

<sup>19</sup> Botschaft ESR, 7059; BSK ZGB I-ROSCHE, Art. 419 N 6.

<sup>20</sup> BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 N 50.

<sup>21</sup> FamKomm ESR-GUILLOD, Art. 430 ZGB N 20.

<sup>22</sup> BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 439 N 20 (siehe auch N 21 mit Hinweis auf Kontroverse, ob auch eigene Interessen geltend gemacht werden können).

<sup>23</sup> Vgl. BGer 5A\_112/2015 Erw. 2.5.2.1.

<sup>24</sup> MATHIAS KUHN, Das Verfahren von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, recht 2014, 218, 228.