

Nouveau droit de protection des mineurs et des adultes. Questions concrètes de mise en oeuvre
Journées d'étude des 11/12 septembre 2012 à Fribourg

Atelier 6

Gestion des mesures personnelles anticipées par l'APEA

Prof. Dr. iur. Thomas Geiser, professeur ordinaire en droit privé et droit commercial à l'Université de Saint-Gall, juge à titre accessoire au Tribunal fédéral, président de la Commission permanente de la COPMA.

Etudes de droit à l'Université de Bâle, brevet soleurois d'avocat et de notaire. Longue activité à l'Office fédéral de justice et police et au Tribunal fédéral. Professeur à l'Université de Saint-Gall depuis 1995. Membre de la Commission d'experts pour la révision du droit de la tutelle.

Indications quant au contenu de l'atelier

Le nouveau droit offre la possibilité de prendre des mesures personnelles anticipées, qui rendent l'institution d'une curatelle inutile si les personnes concernées se trouvent dans l'incapacité d'exercer leurs droits civils. Mais l'APEA n'en porte pas moins la responsabilité de veiller à ce qu'une protection suffisante de la personne concernée soit garantie. C'est pourquoi, à l'avenir, l'autorité devra développer une pratique de gestion des mesures personnelles anticipées. Dans ce contexte, le mandat pour cause d'inaptitude (art. 360 à 369 nCC) est déterminant, mais l'extension du droit de représentation des proches se répercute également sur l'intervention de l'APEA (art. 374 à 376 nCC).

L'atelier permettra de discuter les points suivants :

- comment l'APEA peut et doit clarifier, dans le cas d'espèce, si la personne concernée a établi un mandat pour cause d'inaptitude et
- si ces dispositions sont suffisantes,
- quelles autres tâches l'APEA doit assumer en lien avec les mesures personnelles anticipées,
- comment elle peut avoir la future évolution du cas sous contrôle de manière à être informée en temps utile si une intervention de sa part est requise.

Un concept achevé ne saurait être proposé aux participants à ce sujet. Il s'agira plutôt, pour ceux-ci, de discuter ensemble comment accomplir au mieux les tâches en question.

*Les présentations et d'autres documents des Journées d'étude seront à disposition après la conférence sous :
www.copma.ch → Actualités → Journées d'étude 2012.*



Universität St.Gallen

Fachtagung der KOKES 2012 11./12. September 2012 in Fribourg
6. Arbeitskreis

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge (D)

12. September 2012

Prof. Dr. Thomas Geiser, FAA-HSG

1



Universität St.Gallen

Verhältnismässigkeitsprinzip

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

- 1. Subsidiarität staatlichen Eingreifens**
Die eigene Vorsorge geht in den staatlichen Schutzmassnahmen vor
- 2. Stufenleiter der Erwachsenenschutzmassnahmen**
Wie bis anhin muss die mildestmögliche, aber noch immer wirksame Massnahme ergriffen werden.

2



Universität St. Gallen

1. Massnahmen von Gesetzeswegen

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 374 ZGB A. Voraussetzungen und Umfang des Vertretungsrechts

¹ Wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, hat von Gesetzes wegen ein Vertretungsrecht, wenn weder ein Vorsorgeauftrag noch eine entsprechende Beistandschaft besteht.

3



Universität St. Gallen

1. Massnahmen von Gesetzeswegen

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

² Das Vertretungsrecht umfasst:

1. alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind;
2. die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte; und
3. nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen.

³ Für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung muss der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einholen.

4



Universität St.Gallen

1. Massnahmen von Gesetzeswegen

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 376 ZGB C. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

1 Bestehen Zweifel, ob die Voraussetzungen für eine Vertretung erfüllt sind, so entscheidet die Erwachsenenschutzbehörde über das Vertretungsrecht und händigt gegebenenfalls dem Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner eine Urkunde aus, welche die Befugnisse wiedergibt.

2 Sind die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so entzieht die Erwachsenenschutzbehörde dem Ehegatten, der eingetragenen Partnerin oder dem eingetragenen Partner auf Antrag einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen die Vertretungsbefugnisse teilweise oder ganz oder errichtet eine Beistandschaft.

5



Universität St.Gallen

2. Vorsorgeauftrag

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 360 ZGB A. Grundsatz

1 Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten.

2 Sie muss die Aufgaben, die sie der beauftragten Person übertragen will, umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilen.

3 Sie kann für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen treffen.

6



Universität St.Gallen

2. Vorsorgeauftrag

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 363 ZGB C. Feststellung der Wirksamkeit und Annahme

¹ Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass eine Person urteilsunfähig geworden ist, und ist ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt.

² Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob:

1. dieser gültig errichtet worden ist;
2. die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind;
3. die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist; und
4. weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind.

7



Universität St.Gallen

2. Vorsorgeauftrag

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

³ Nimmt die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag an, so weist die Behörde sie auf ihre Pflichten nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag hin und händigt ihr eine Urkunde aus, die ihre Befugnisse wiedergibt.

Art. 364 ZGB D. Auslegung und Ergänzung

Die beauftragte Person kann die Erwachsenenschutzbehörde um Auslegung des Vorsorgeauftrags und dessen Ergänzung in Nebenpunkten ersuchen.

8



Universität St. Gallen

2. Vorsorgeauftrag

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 368 ZGB H. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

¹ Sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person die erforderlichen Massnahmen.

² Sie kann insbesondere der beauftragten Person Weisungen erteilen, diese zur Einreichung eines Inventars, zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten oder ihr die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen.

9



Universität St. Gallen

3. Vertretung bei medizinischen Massnahmen

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 378 ZGB B. Vertretungsberechtigte Personen

¹ Die folgenden Personen sind der Reihe nach berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten und den vorgesehenen ambulanten oder stationären Massnahmen die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern:

1. die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;
2. der Beistand oder die Beiständin mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;
3. wer als Ehegatte, einget. Partnerin oder einget. Partner einen gem. Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
4. die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen Gem. Haushalt führt und ihr regelmässig und pers. Beistand leistet;

10



Universität St. Gallen

3. Vertretung bei medizinischen Massnahmen

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

5. die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und pers. Beistand leisten;
 6. die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und pers. Beistand leisten;
 7. die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und pers. Beistand leisten.

² Sind mehrere Personen vertretungsberechtigt, so dürfen die gutgläubige Ärztin oder der gutgläubige Arzt voraussetzen, dass jede im Einverständnis mit den anderen handelt.

³ Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.

11



Universität St. Gallen

3. Vertretung bei medizinischen Massnahmen

Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge

Art. 381 ZGB E. Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

¹ Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet eine Vertretungsbeistandschaft, wenn keine vertretungsberechtigte Person vorhanden ist oder das Vertretungsrecht ausüben will.

² Sie bestimmt die vertretungsberechtigte Person oder errichtet eine Vertretungsbeistandschaft, wenn:

1. unklar ist, wer vertretungsberechtigt ist;
2. die vertretungsberechtigten Personen unterschiedliche Auffassungen haben; oder
3. die Interessen der urteilsunfähigen Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind.

³ Sie handelt auf Antrag der Ärztin oder des Arztes oder einer anderen nahestehenden Person oder von Amtes wegen.

12



Universität St.Gallen

4 . Aufgaben der KESB

Umgang der KESB mit
der eigenen Vorsorge

- 1. Bei den Massnahmen von Gesetzeswegen:**
 - Feststellen des Vertretungsrechts
 - Einschreiten bei Gefährdungen
- 2. Beim Vorsorgeauftrag:**
 - Feststellen der Wirksamkeit
 - Auslegung und Ergänzung
 - Einschreiten bei Gefährdung
- 3. Bei medizinischen Massnahmen:**
 - Bestimmen des Vertretungsberechtigten oder
 - Ernennung eines Beistandes

13

Fachtagung der KOKES 2012
11./12. September 2012 in Fribourg
Arbeitskreis 6:
Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge (D)
Leitung: Thomas Geiser

Was muss die KESB abklären, wenn es um die in Funktionssetzung eines Vorsorgebeauftragten geht? Wie geht man vor, wenn der Ehegatte etc. die nötigen Vertretungen machen kann? Im Arbeitskreis soll diskutiert werden, wie die KESB klären kann, ob die getroffenen Massnahmen der eigenen Vorsorge genügend sind und welche zusätzlichen Massnahmen gegebenenfalls ergriffen werden können.

Sachverhalte:

1 Gefährdungsmeldung und Eigene Vorsorge

a. Die KESB erhält von der Poststelle in B. die Meldung, Frau X habe an drei Tagen hinter einander am Postschalter je Fr. 1'000.- abgehoben. Als die Schalterbeamte die ihr seit Jahren bekannte Frau X beim dritten Mal darauf angesprochen habe, dass sie schon an den beiden Vortagen je den gleichen Betrag abgehoben habe, habe sie sehr unwirsch reagiert und sich offensichtlich nicht daran erinnert. Frau X ist 95-jährig und lebt alleine.

Wie reagiert die KESB auf die Meldung?

b. Nun hat die KES eine Mitarbeiterin beauftragt, mit Frau X Kontakt aufzunehmen. Abklärungen der KESB haben ergeben, dass sie ihren Haushalt noch immer selber besorgt, regelmässig einkauft und kocht. Der Haushalt macht einen geordneten Eindruck. Der Sozialarbeiterin, welche die alte Dame besucht hat, stellte allerdings fest, dass eine Vielzahl von Rechnungen mit Einzahlungsscheinen auf dem Schreibtisch lag und zwischen diesen Rechnungen hin und wieder 100-Franken-Noten hervorsahen. Auf dem Schreibtisch lag auch ein Zahlungsbefehl, bei dem die Frist für den Rechtsvorschlag und die Zahlung bereits abgelaufen war. Darauf angesprochen erklärte Frau X, sie kümmere sich um alles und erledige die Rechnungen, wenn es an der Zeit sei.

Was macht die KESB?

c. Die KESB erhält nun folgendes von Frau X vollständig handschriftlich verfasste Dokument:

„Für den Fall, dass ich, Greta X., geb. 3. Januar 1917, von Bern, XXX-Str. 9, in Zürich, nicht mehr urteilsfähig sein sollte, beauftrage ich meinen Sohn, Anton X, (*Adresse*) mit meiner Vermögensvorsorge. Er soll mein Vermögen in der bisherigen Weise verwalten und für mich alle administrativen Angelegenheiten erledigen, die ich nicht mehr selber besorgen kann.

Zürich, 10. Juli 2012

sig. Greta X.“

Was macht die KESB?

d. Die KESB kommt zum Ergebnis, dass mit dem Vorsorgeauftrag die Interessen von Frau X ausreichend gesichert sind.

Was muss die KESB nun vorkehren?

e. Inzwischen kommt auch Anton X. in die Jahre. Er erleidet einen Schlaganfall und bedarf dauernd der Pflege, welche seine Ehefrau ihm erbringt. Er ist aber nicht mehr in der Lage, sich um seine Mutter zu kümmern.

Wie erfährt die KESB davon und was macht sie bezüglich der Interessen von Frau X.?

2 Vertretung durch den Ehegatten und weitere Vorkehren

a. Nachdem nun Anton X. seinen Schlaganfall erlitten hat, erfährt die KESB an seinem Wohnort davon. Die Ehefrau von Anton X. erklärt der KESB, ihr Mann sei sehr wohl noch immer Urteilsfähig. Er habe nur Kommunikationsschwierigkeiten. Sie verstehe ihn aber nach wie vor sehr gut. Soweit er Hilfe brauche, sei sie in der Lage für ihren Mann zu sorgen, und ihr Mann und sie verbitten sich jegliche behördliche Einmischung.

Was kehrt die KESB vor?

b. Der Gesundheitszustand von Anton X. verschlechtert sich, so dass er in einem Pflegeheim untergebracht werden muss.

*Wie kann diese Unterbringung vorgenommen werden?
Ändert sich dadurch etwas an der Vertretung?*

c. Das Pflegeheim ist teuer und das Geld wird knapp. Die Frau von Anton X. will deshalb eine Wohnung, die im Eigentum von Anton X. steht und vermietet ist, verkaufen.

Kann sie das?

d. Es stellt sich nun heraus, dass auch Anton X einen Vorsorgeauftrag errichtet und dort seine Frau als Vorsorgebeauftragte bezeichnet hat.

Ändert dies etwas an der Vertretungsmacht der Ehefrau?

*

Minusio, 26.7.2012

Fachtagung der KOKES 2012
11./12. September 2012 in Fribourg
Arbeitskreis 6:
Umgang der KESB mit der eigenen Vorsorge (D)
Lösungsskizze
Leitung: Thomas Geiser

Überlegungen zu den Fällen

Zu Fall 1: Gefährdungsmeldung und Eigene Vorsorge

- a. [Reaktion auf die Meldung der Posthalterin](#)
- Es sind wohl weitere Abklärungen notwendig?
 - Formelle Eröffnung eines Verfahrens oder nur informelle Abklärungen?
- b. Handeln der KESB nach Erhalt der weiteren Abklärungen
- Ist eine Massnahme Notwendig?
 - Offensichtlich braucht Frau X jemand der sich um die finanziellen Belange kümmert. Weitere Abklärungen ergeben, dass Frau X in der Tat seit einiger Zeit alles administrative liegen lässt und nicht mehr weiss, was sie diesbezüglich gemacht hat und was nicht.
 - Welche Massnahme ist angezeigt?
 - Wohl Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 ZGB.
 - Zu prüfen wäre allenfalls, ob eine blosser Begleitbeistandschaft genügt (Art. 392 ZGB). Gehen wir im Folgenden aber davon aus, dass dies nicht der Fall ist, weil sich Frau X als zu wenig kooperativ zeigt.
 - Es ist beim Zivilstandsamt abzuklären, ob ein Vorsorgeauftrag besteht.
 - Die Abklärungen ergeben, dass bei Herrn Anton X. ein Vorsorgeauftrag hinterlegt ist. Herr Anton X ist der älteste Sohn von Frau X.
 - Die KESB lässt vom Sohn den Vorsorgeauftrag kommen. Wie macht sie das?
 - Die KESB erhält folgendes vollständig handschriftlich verfasstes Dokument:

„Für den Fall, dass ich, Greta X., geb. 3. Januar 1917, von Bern, XXX-Str. 9, in Zürich, nicht mehr urteilsfähig sein sollte, beauftrage ich meinen Sohn, Anton X, (*Adresse*) mit meiner Vermögensvorsorge. Er soll mein Vermögen in der bisherigen Weise verwalten und für mich alle administrativen Angelegenheiten erledigen, die ich nicht mehr selber besorgen kann.

Zürich, 10. Juli 2012

sig. Greta X.“

c. Beurteilung des Vorsorgeauftrages

- Prüfen, ob der Vorsorgeauftrag gültig ist.
Das ist er formell sicher. Fraglich ist demgegenüber, ob Frau X noch Urteilsfähig war.
- Prüfen ob der Vorsorgeauftrag die Gefährdung abwendet.
 - Ist er geeignet der aufgetretenen Gefahr zu begegnen?
 - Ist er genügend oder sind weitere bzw. andere Massnahmen notwendig?
- Prüfen ob der Sohn Anton X geeignet ist.
 - Was für Informationen sind über Anton X einzuholen?
 - Weitere Personalien und Lebenslauf?
 - Strafregisterauszug/Betreibungsregisterauszug?
 - Sonstige Informationen bei Dritten?
 - Angaben über die familiären Verhältnisse von Frau X. Hat sie weitere Kinder?
 - Wie stehen gegebenenfalls diese zu Frau X und zu Anton X?
 - Was ist das Verhältnis zwischen Frau X und ihrem Sohn?
 -
 -
 - Nimmt Anton X den Vorsorgeauftrag an?

d. Vorkehren der KESB bezüglich Vorsorgeauftrag

- Urkunde über Vorsorgeauftrag für Anton X ausstellen.
- Prüfen ob Auslegungsfragen offen oder Ergänzungen notwendig sind.
- Regeln der Entschädigungsfrage.
- Instruktion von Anton X. über seine Aufgaben.
- Wann tritt der Vorsorgeauftrag in Kraft?
 - Schon mit der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person?
 - Erst mit der Feststellung der KESB?

e. Überwachung des Vorsorgebeauftragten?

- Es gibt keine Überwachung. Die KESB erfährt von der Unfähigkeit des Vorsorgebeauftragten nur durch Zufall.
Sollte sie hin und wieder Nachprüfen, wie es geht? Register führen?

Zu Fall 2: Vertretung durch den Ehegatten und weitere Vorkehren

- a. **Abklärungen der KESB**
- Muss abgeklärt werden, ob Anton X. noch Urteilsfähig ist?
Sie muss sicher klären, ob Vorkehren notwendig sind.
 - Wenn er urteilsfähig ist, kann er seine Frau mit der Vertretung beauftragen, soweit dies notwendig ist.
 - Wenn er nicht mehr urteilsfähig ist, kann sie ihn gemäss Art. 374 ZGB vertreten.
 - Die KESB muss in jedem Fall nach Art. 376 Abs. 2 ZGB klären, ob weitere Massnahmen notwendig sind.
 - Ist sichergestellt, dass eine Gefährdungsmeldung an die KESB käme, wenn eine solche vorläge?
 - Wie sieht das familiäre Umfeld aus?
- b. **Unterbringung im Pflegeheim**
- Ist Anton X. nicht mehr Urteilsfähig, kann die Ehefrau die Unterbringung selbständig vornehmen (Art. 382 Abs. 3 in Verb. mit Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB), sofern sich Anton X der Unterbringung nicht widersetzt (vgl. dazu und zur Problematik bei einem passiven Verhalten BSK-Steck, Art. 382 ZGB N 46 ff.).
 - Widersetzt sich Anton X der Unterbringung, so ist eine fürsorgliche Unterbringung durch die KESB notwendig (vgl. Botschaft, 7015, 7039).
 - An der Vertretungsmacht der Ehefrau für die laufenden Geschäfte ändert die Unterbringung aber nichts, weil sie ihm weiterhin persönlichen Beistand leistet.
- c. **Verkauf der Wohnung**
- Es handelt sich um eine Rechtshandlung der ausserordentlichen Vermögensverwaltung. Die Ehefrau braucht deshalb die Zustimmung der KESB.
- d. **Wenn ein Vorsorgeauftrag vorliegt**
- Dann kann die Ehefrau den Verkauf grundsätzlich selber tätigen.

*