

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Frau Bundesrätin
Elisabeth Baume-Schneider
3003 Bern

17. Mai 2023

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Der Regierungsrat des Kantons Aargau bedankt sich für die Gelegenheit, zur vorgeschlagenen Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich des Erwachsenenschutzes Stellung nehmen zu können.

Der Regierungsrat begrüsst, dass die vorliegende Revisionsvorlage keine grundsätzliche Neuausrichtung des seit 2013 geltenden Kindes- und Erwachsenenschutzes vornimmt, sondern vielmehr die Ziele der damaligen Revision (unter anderem Subsidiarität und Verhältnismässigkeit) weiter stärkt. Mit der vorliegenden Revision soll das geltende Kindes- und Erwachsenenschutzrecht in einzelnen Punkten verbessert werden.

Wirksamere Ausgestaltung des Vorsorgeauftrages: Hinterlegung, Erkundigungspflicht und Validierung

Der Regierungsrat begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen. Gemäss § 23 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB) vom 27. Juni 2017 des Kantons Aargau können Vorsorgeaufträge bereits heute beim Familiengericht im Wohnbezirk gegen eine Gebühr hinterlegt werden.

Die Eintragung des Hinterlegungsorts in Infostar bleibt wie bisher bestehen. Im erläuternden Bericht wird in Ziffer 3.1 zu Art. 361a (Aufbewahrung) vermerkt, dass der Notar ein Formular vorbereite, damit nach Art. 361 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) der Eintrag in Infostar erfolgen könne. Das Eidgenössische Amt für Zivilstandswesen (EAW) hat dazu im September 2022 die Weisung 10.22.09.01 erlassen. Darin ist vermerkt, dass der Antrag um Erfassung des Hinterlegungsorts in Infostar von der betroffenen Person zu erfolgen hat. Der Notar kann dabei Übermittler des Formulars sein. Dies ist zu präzisieren.

Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Vertretung und ihrer Vertretungsrechte

Die Erweiterung des Personenkreises der gesetzlichen Vertretung nach Art. 374 des Vorentwurfs zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (VE-ZGB) auf die faktische Lebenspartnerin beziehungsweise den faktischen Lebenspartner ist zu begrüßen.

Die Konkretisierung, dass nur Handlungen nach Art. 396 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht, [OR]) vom gesetzlichen Vertretungsrecht gemäss Art. 374 Abs. 2 Ziffer 2 VE-ZGB ausgenommen sind, schafft

Rechtsklarheit. Problematisch ist jedoch, dass mit diesem Wortlaut nun auch Gelegenheitsgeschenke nicht mehr ohne Zustimmung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) möglich sein sollen. Nachdem die gesetzlichen Vertretungsrechte ausgebaut werden sollen und Gelegenheitsgeschenke unter dem bisherigen Wortlaut vom Vertretungsrecht der gesetzlichen Vertretung umfasst waren, sollte präzisiert werden, dass solche Gelegenheitsgeschenke weiterhin im Rahmen des gesetzlichen Vertretungsrechts abgedeckt sind.

Besserer Einbezug nahestehender Personen

Der verbesserte Einbezug nahestehender Personen wird im Grundsatz ebenfalls begrüsst. Das Anliegen, im Rahmen der Bestimmung einer Beiständin oder eines Beistandes die Einsetzung einer nahestehenden Person zu prüfen, ist berechtigt und wird in der Praxis auch bereits heute so gehandhabt. Daher braucht es die in Art. 400 Abs. 1bis VE-ZGB neu vorgesehene Prüfungspflicht der KESB nicht, ob eine nahestehende Person mit der Beistandschaft betraut werden kann. Auch werden nach Möglichkeit in der Praxis weitere Personen, die sich freiwillig als Beiständin oder Beistand zur Verfügung stellen – sogenannte private Mandatsträgerinnen oder Mandatsträger im Gegensatz zu den Berufsbeiständinnen oder Berufsbeiständen – bereits heute mit Erwachsenenschutzmandaten betraut. Auch hier ist die neu vorgesehene Prüfungspflicht abzulehnen. Als Beiständin oder Beistand ist eine Person zu ernennen, die fachlich und persönlich für das Mandat geeignet ist. Es kann wie bis anhin den Kantonen überlassen werden, ob sie in gewissen Bereichen auf private Mandatsträgerinnen oder Mandatsträger setzen wollen oder Berufsbeistandschaften vorziehen.

Es ist zudem kein Grund ersichtlich, Dritten, welche keine nahestehenden Personen sind, Parteirechte einzuräumen, wie es in Art. 446a Ziffer 3 VE-ZGB neu vorgesehen werden soll. Es droht dadurch in der konkreten Rechtsanwendung eine erhebliche Unsicherheit betreffend die Frage, welche Personen Verfahrensrechte geltend machen können. Die Bestimmung droht damit – auch bei einer restriktiven Auslegung – ihren Zweck zu verfehlen, gesetzliche Klarheit zu schaffen, wer Verfahrenspartei ist.

Zu streichen ist in der neu in Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB eingeführten Bestimmung, dass die betroffene Person oder nahestehende Personen ihren Wunsch, wer als Beistandsperson eingesetzt werden soll, im Voraus auch mündlich gegenüber der KESB soll formulieren können. Dieser Wunsch sollte schriftlich formuliert werden.

Weiteres

Der Einführung einer gesetzlichen Grundlage für die Erstellung von Statistiken im Kindes- und Erwachsenenschutz (Art. 441a VE-ZGB) wird zugestimmt. Mittel-/langfristig ist zwingend eine Bundesstatistik anzustreben.

Für Rückfragen steht Ihnen Verena Lauber, Generalsekretärin der Gerichte Kanton Aargau, Telefon 062 835 38 24, E-Mail verena.lauber@ag.ch, gerne zur Verfügung.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats

Jean-Pierre Gallati
Landammann

Joana Filippi
Staatsschreiberin

z.K. an

- zz@bj.admin.ch



Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
zz@bj.admin.ch

Appenzell, 25. Mai 2023

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz) zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie unterstützt insgesamt die beabsichtigten Änderungen des Zivilgesetzbuchs. Sie tragen zu mehr Klarheit bei und halten grösstenteils die bereits bestehende Praxis fest. Die Standeskommission begrüsst ausdrücklich, dass der Einbezug der nahestehenden Personen mit der Vorlage gestärkt und die Begrifflichkeiten präzisiert werden. So wird insbesondere das tatsächlich bestehende Näheverhältnis der nahestehenden Personen und nicht der Verwandtschaftsgrad als relevant hervorgehoben. Des Weiteren erachtet die Standeskommission die angestrebte Stärkung der Selbstbestimmung und Solidarität der Familie durch den Vorentwurf als angemessen umgesetzt.

Im Folgenden wird auf einzelne Bestimmungen detailliert eingegangen:

Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

Art. 439 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Die Anpassung wird gutgeheissen. Da der Kanton Appenzell I.Rh. über keine Einrichtungen im Kanton verfügt, bedeutet dies jedoch, dass in den hier genannten «übrigen» Fällen stets ein ausserkantonaes Gericht über die betroffenen Personen mit Wohnsitz im Kanton Appenzell I.Rh. entscheiden wird.

Art. 441a VE-ZGB (neu)

Die gesetzliche Grundlage für die Statistik wird begrüsst. Mittelfristig erachtet es die Standeskommission als angezeigt, dass eine Bundesstatistik angestrebt wird.

Art. 446a VE-ZGB (neu)

Der Vorschlag wird unterstützt. Wie im erläuternden Bericht angeführt, muss es jedoch möglich sein, dass ein solcher formeller Zwischenentscheid auch zusammen mit dem Hauptentscheid gefällt werden könnte.

Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB

Da die KESB in Appenzell I.Rh. zur Erteilung von Auskünften bezüglich Bestehens von Schutzmassnahmen und der Handlungsfähigkeit zuständig ist, benötigt die Wohnsitzgemeinde grundsätzlich keine Informationen zu den Beistandschaften. Daher kann aus der Sicht der Standeskommission auf die Mitteilungspflicht an die Wohnsitzgemeinde verzichtet werden. Es stellt sich hier denn auch die Frage der Vereinbarkeit mit dem Datenschutz und dem generell sorgfältigen Umgang mit persönlichen Informationen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:



Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Gesundheits- und Sozialdepartement Appenzell I.Rh., Hoferbad 2 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierungsrat, 9102 Herisau

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Bundesamt für Justiz
3003 Bern
per E-Mail an zz@bj.admin.ch
(Word- und PDF-Version)

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 12. Mai 2023

Eidg. Vernehmlassung; Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) hat am 22. Februar 2023 das Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) betreffend Erwachsenenschutz eröffnet. Die Kantonsregierungen sind eingeladen bis 31. Mai 2023 Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Allgemeine Bemerkungen

Die vorgeschlagenen Anpassungen des ZGB im Bereich des Erwachsenenschutzes sind sehr divers. Im Vordergrund stehen verfahrens- oder organisationsrechtliche Themen. Rückmeldungen aus der Praxis ergeben jedoch andere Schwerpunkte und Revisionsanliegen, was auch verschiedene Artikel in der Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz zeigen (ZKE 6/2022 und ZKE 2/2023). Neben den verfahrensrechtlichen Bestimmungen im ZGB sind die unterschiedlichen kantonalen Bestimmungen zu beachten: 14 Kantone haben die Verfahren der KESB der Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) unterstellt, die übrigen 12 Kantone erklärten ihre kantonalen Verfahrensrechte für anwendbar. Subsidiär ist aber auch in diesen Kantonen die ZPO sinngemäss als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht anzuwenden (Art. 450f ZGB).

Der vorgelegte Revisionsvorschlag stellt insgesamt hauptsächlich eine bedeutende Ausweitung der verfahrensrechtlichen Bestimmungen im ZGB dar. Die dargelegte übergeordnete Argumentation zu den mehrheitlich verfahrensrechtlichen Revisionsvorschlägen ist aber nicht widerspruchsfrei. So wird im erläuternden Bericht ohne inhaltliche Begründung festgestellt, dass eine Vereinheitlichung des Verfahrens auf Stufe Bundesrecht nicht Teil der Revision sei. An gleicher Stelle wird jedoch auch erläutert, dass im Rahmen dieser Vorlage verfahrensrechtliche Fragestellungen spezifisch (neu) geregelt werden sollen. Zudem führt das EJPD aus, dass für den Bundesgesetzgeber nur ein beschränkter Handlungsbedarf bestehe und der bisher verfolgte Ansatz des Primats des Föderalismus bei der Umsetzung des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts



mehr oder weniger zwangsläufig zu einer unterschiedlichen Umsetzung in den Kantonen führe. An ihnen sei es auch, Massnahmen zu treffen, um die Situation dort, wo allfällige Missstände identifiziert werden, konkret zu verbessern.

Die zunehmende gesellschaftliche Mobilität führt dazu, dass die Zahl der Kantonswechsel und damit auch der Übertragungen von bestehenden (Kindes- und) Erwachsenenschutzmassnahmen von angrenzenden Kantonen zunimmt. Aus Sicht des Regierungsrates ist daher das Bedürfnis nach und die Notwendigkeit von einheitlichen Verfahrensregeln gegeben. Mit der vorgelegten Revision, die in der überwiegenden Mehrheit Organisations- und Verfahrensrecht betrifft, wird dies nur punktuell aufgenommen und nicht in jenen Bereichen, die praxisrelevant sind.

Mit Blick auf den Inhalt der vorgeschlagenen Änderungen besteht daher für Appenzell Ausserrhoden keine besondere Dringlichkeit für die Revision der Normen, die dem materiellen Recht zuzuordnen sind. Es wäre zum gegenwärtigen Zeitpunkt zielführender, die materielle Revision zurückzustellen und vorerst den Erlass eines eigenständigen bundesweiten Verfahrensrechts an die Hand zu nehmen. Darin wären sämtliche bestehenden verfahrensrechtlichen und organisatorischen Bestimmungen des zivilrechtlichen Erwachsenenschutz- und Kindesrechts zusammenzufassen, systematisch zu strukturieren und mit den Anliegen der vorgelegten Revisionsvorlage zu ergänzen.

Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

Unabhängig von den Ausführungen und Feststellungen in Absatz B.1. hat der Regierungsrat folgende Bemerkungen zu einzelnen Artikel der vorgelegten Revision.

Art. 361a und 363 Abs. 1 VE-ZGB

Die Bestimmung ist im Kanton Appenzell Ausserrhoden seit dem 1. Januar 2019 bereits umgesetzt. Gemäss Art. 62 des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (bGS 211.1) ist die KESB Hinterlegungsstelle für Personen mit Wohnsitz im Kanton.

Die Bezeichnung einer Hinterlegungsstelle ist sachlich sinnvoll. Inhaltlich handelt es sich nicht um eine materielle, sondern um eine organisatorische oder verfahrensrechtliche Norm, die im ZGB einen Fremdkörper darstellt.

Art. 374 Abs. 2 Ziff. 1 und 2 VE-ZGB

Die Eliminierung des unscharfen Begriffs der «ordentlichen» Verwaltung des Einkommens und Vermögens ist zu begrüssen.

Faktisch wird der Kreis der Geschäfte, welche zu ihrer Rechtsgültigkeit der Zustimmung der KESB bedürfen, eingeschränkt und nur noch unter handelsrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt. Damit könnte die gesetzlich zur Vertretung ermächtigte Person im Gegensatz zur geltenden Regelung etwa über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, den Abschluss eines Erbteilungsvertrags oder die Prozessführung in eigener Kompetenz entscheiden. Der Schutz der betroffenen urteilsunfähigen Person wird damit gegenüber der geltenden Regelung geschwächt. Der bisherige Umfang der zustimmungsbedürftigen Geschäfte ist daher beizubehalten.

Art. 389a VE-ZGB

Die konsistente Einführung und Definition der «nahestehenden Person» anstelle des bisher verwendeten Begriffs der «Angehörigen» ist im Grundsatz zu begrüßen.

Das Kriterium der «engen Vertrautheit» setzt aber Gegenseitigkeit und ein Verhältnis auf Augenhöhe voraus. Amtliche Funktionen oder berufliche Tätigkeiten, die von ihrer Natur her zunächst formal und hierarchisch oder von fachlicher Abhängigkeit geprägt sind (Arzt- oder Anwaltsperson, Geistliche, Mitarbeitende von Pro-Organisationen etc.), sollten daher nicht als neue Anknüpfungspunkte eingeführt werden.

Die Tragweite oder die Rollenkonfusion, die mit einer solchen Ausweitung verbunden wäre, ergibt sich exemplarisch für Ärztinnen und Ärzte in Kantonen (wie Appenzell Ausserrhoden), die auch zur fürsorgerischen Unterbringung befugt sind (Art. 429 ZGB). Zudem ist vorgesehen, dass diese Personen gemäss Art. 443 VE-ZGB neu auch einer Meldepflicht unterstellt werden, was einen weiteren Aspekt der möglichen Rollenkonfusion beleuchtet. Das Kriterium der engen Vertrautheit (aufgrund einer persönlichen Beziehung) genügt vollauf für die Qualifizierung als nahestehende Person. Die Formulierung «amtlicher Funktion oder beruflicher Tätigkeit» in Abs. 1 ist daher zu streichen.

Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB

Diese verfahrensrechtliche Bestimmung würde eine Selbstverständlichkeit für eine professionell und interdisziplinär arbeitende KESB gesetzlich normieren. Insofern ist diese Norm als überschüssende Gesetzgebung abzulehnen.

Die gemäss erläuterndem Bericht offenbar zu fördernde Aufteilung der Beistandschaft auf mehrere Personen hat sich in der Praxis wegen der inneren Zusammenhänge nicht bewährt. Zudem steigt damit der Aufwand für die beauftragten Beistandspersonen und die Aufsicht über die Beistandspersonen. Ebenfalls wird die Frage der Verantwortlichkeit verwässert. Das geltende Recht lässt die Möglichkeit der Aufteilung einer Beistandschaft auf mehrere Personen bereits zu (Art. 402 ZGB). Insofern besteht kein Änderungsbedarf.

Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB

Die Pflicht zur Entgegennahme von Wünschen, die betroffene Personen und sogar nahestehende Personen im Voraus anbringen können, würde bei den KESB zusätzlichen Aufwand bei fraglichem Nutzen verursachen. Bei der Abgabe solcher schriftlichen oder gar mündlich formulierten Wünsche müsste unter Umständen die Urteilsfähigkeit der betroffenen oder die Stellung als nahestehende Person überprüft und anschliessend ein Dossier eröffnet werden, das unter Umständen über Jahre zu bewirtschaften ist. Im Erwachsenenschutz besteht für solche Anliegen bereits die Möglichkeit eines Vorsorgeauftrags – unter Berücksichtigung der Formvorschriften (Art. 360 ff. ZGB). Die vorgeschlagene niederschwellige Form von «Wünschen im Voraus» schwächt die im geltenden Recht vorgesehene Form der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz.



Hat die betroffene Person seit der Deponierung des Voraus-Wunsches den Wohnort über das Einzugsgebiet einer KESB hinaus gewechselt, kann anders als beim Vorsorgeauftrag nicht ohne Weiteres eruiert werden, ob ein solcher Wunsch gegenüber einer KESB einmal geäussert wurde. Ist zu einem späteren Zeitpunkt eine Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme zu errichten, gehört es bereits zu einer professionellen Abklärung, den derzeitigen (und nicht den hinterlegten) Willen der betroffenen Person zu eruieren und diesen mit den aktuellen Interessen der betroffenen Person oder des Kindes abzugleichen.

Diese Bestimmung befördert das leider verbreitete Misstrauen in weiten Teilen der Bevölkerung gegenüber den KESB und ihrer Arbeit. Sie wird im Bedarfsfall (Prüfung einer aktuellen Gefährdung) die Arbeit der KESB erschweren und verfahrensrechtlich komplizieren, weshalb sie abzulehnen ist.

Art. 420 VE-ZGB

Die Ersetzung der bisher bestehenden Möglichkeit der «gänzlichen Entbindung» von der Rechenschaftspflicht durch nur noch teilweise Erleichterung ist praxisfremd. Wie reagiert eine KESB, wenn sie von der nahestehenden Beistandsperson als Erleichterung – wie in einzelnen Kantonen praktiziert – lediglich die Steuererklärung und/oder Veranlagung der betroffenen Person statt einer Rechnung samt Belegen erhält und sich daraus prima vista ergibt, dass das Vermögen bei gleichbleibendem Einkommen um 10 % oder mehr abgenommen oder trotz eines Erbanfalls nicht zugenommen hat? Die KESB muss mit diesem Wissen der nur summarisch bekanntengegebenen Vermögensentwicklung auf den Grund gehen (Art. 415 Abs. 3 ZGB) und mitunter die gesamten Rechnungen und Belege nachfordern, um die konkrete Erklärung zu finden oder die Erklärung der Beistandsperson überprüfen zu können. Fordert die KESB nach der verfügbaren Erleichterung die Rechnungen und Belege nach, wird sie auf Widerstand und Misstrauen bei den eingesetzten Beistandspersonen stossen und allenfalls damit konfrontiert, dass die Belege nicht mehr vorhanden seien oder sind.

Die gänzliche Entbindung der Rechenschaftspflicht muss weiterhin möglich sein in Fällen, in denen begründetes und überprüftes Vertrauen besteht. Die KESB Appenzell Ausserrhoden hat dazu eine Kriterienliste in einem Merkblatt veröffentlicht, das die KOKES-Empfehlungen konkretisiert. Die Erfahrungen damit in der Praxis sind gut.

Die Anrufung der Behindertenrechtskonvention ist aus zwei Gründen problematisch. Zum einen fokussiert Art. 420 ZGB nicht in erster Linie die betroffene Person mit einer Behinderung, sondern das Näheverhältnis der eingesetzten Beistandsperson zur betroffenen Person. Insofern verstösst die Norm nicht gegen die Konvention. Der Verzicht auf die Rechenschaftsablage kommt den auch bei verbeiständeten Personen zur Anwendung, die nicht von einer Behinderung im Sinne der Konvention betroffen sind. Zum anderen ist über die Staatshaftung im Rahmen eines allfälligen Schadenfalls weiterhin eine staatliche Behörde mit der Aufsicht betraut, sofern die KESB nicht von sich aus von veränderten Verhältnissen erfährt und gegebenenfalls die bestehenden Massnahmen anpasst.

Art. 446 Abs. 2^{bis} und 446a VE-ZGB

Im Rahmen einer professionellen Abklärung wird überprüft, welche Personen einen Beitrag zur Sachverhaltsermittlung leisten können. Dazu braucht es keine verfahrensrechtliche Norm im ZGB.

Die Feststellung, dass eine Person, die sich als nahestehend konstituieren will, nicht die Stellung einer am Verfahren beteiligten Person mit den entsprechenden Parteirechten hat, ist nötigenfalls insbesondere mit Bezug zum Akteneinsichtsrecht bereits unter den geltenden Verfahrensbestimmungen möglich. Die Notwendigkeit einer weiteren verfahrensrechtlichen Norm im ZGB ist daher grundsätzlich fraglich. Zudem würde damit die Zahl von Zwischenverfahren oder -verfügungen voraussichtlich ansteigen, was mit der angestrebten Beschleunigung der Verfahren vor der KESB insbesondere in Kindesschutzverfahren im Widerspruch stehen würde. Gerade die Themenbereiche, die in diesen beiden Artikeln aufgenommen werden, machen nur Sinn in einem umfassenden und schweizweit gültigen Regelwerk zum Verfahren vor der KESB.

Art. 449c VE-ZGB

Der Bundesrat hat bereits bestimmt, dass die revidierte Version von Art. 449c ZGB per 1. Januar 2024 ohne zusätzliche Verordnung in Kraft gesetzt wird.

Der Verzicht der Mitteilungspflicht an die Wohnsitzgemeinde (Einwohnerkontrollen) ist sehr zu begrüßen, da nicht nachvollziehbar ist, welchen Zweck die Information der Einwohnerkontrollen der Wohnsitzgemeinden verfolgt, nachdem sich durchgesetzt hat, dass diese keine «Handlungsfähigkeitszeugnisse» mehr ausstellen können. Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 lit. a ZGB ist daher wieder zu streichen.

Art. 451 Abs. 1^{bis} VE-ZGB

Mit der vorgeschlagenen Verfahrensbestimmung würde die geltende grundsätzliche Rollenaufteilung zwischen der KESB und der eingesetzten Beistandsperson durchbrochen und unterminiert. Im Grundsatz informiert die KESB über ihre Entscheide nur Verfahrensbeteiligte und Dritte, sofern diese unmittelbar zu einer Handlung aufgefordert sind (etwa Banken bei Entzug des Zugriffs auf Vermögen oder Grundbuchämter bei Grundbuchsperren nach Art. 395 Abs. 3 ZGB) oder für deren Information eine ausdrückliche Norm besteht (Betreibungsämter gemäss Art. 68d des Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs [SR 281.1] oder Banken gemäss Art. 9 Abs. 3 der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft [SR 211.223.11]). Die allgemeine Information von (nahestehenden Personen und) Dritten ist genuine Aufgabe der Beistandspersonen, soweit dies für ihre Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Daran ist zur Stärkung der noch nicht überall etablierten Zuständigkeit und den Umfang der Auskunfts- und Informationsrechte in einem sensiblen Rechts- und Lebensbereich unbedingt festzuhalten.

Dritte – und somit auch nahestehende Personen – können sich gestützt auf die geltende Fassung von Art. 451 ZGB weiterhin selbst bei der KESB über das Bestehen und die rechtlichen Wirkungen einer Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme erkundigen. Die vorgeschlagene Änderung von Art. 451 Abs. 1^{bis} wird daher abgelehnt.



Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement

zz@bj.admin.ch

RRB Nr.: 583/2023
Direktion: Direktion für Inneres und Justiz
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

24. Mai 2023

Vernehmlassung des Bundes: Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) Stellungnahme des Kantons Bern

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) zur Teilnahme am Vernehmlassungsverfahren zur obgenannten Vorlage eingeladen. Der Regierungsrat des Kantons Bern dankt Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit der Revision soll das seit 2013 geltende Erwachsenenenschutzrecht punktuell verbessert werden. Insbesondere sollen nahestehende Personen besser in die Verfahren und Entscheide der Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörden (KESB) einbezogen werden. Zudem soll das Selbstbestimmungsrecht betroffener Personen weiter gestärkt werden.

Der Regierungsrat begrüsst die vorgeschlagenen Änderungen und bringt folgende Bemerkungen an.

1. Bemerkungen zu den Gesetzesänderungen

1.1 Zu Art. 368 Abs. 1 und Art. 376 Abs. 1 VE-ZGB

Die Formulierung «von Amtes wegen oder auf Meldung einer nahestehenden Person» ist insofern missverständlich, als dass die Erwachsenenenschutzbehörde selbstverständlich auf jede Meldung (z.B. Polizei, Medizinalpersonal etc.) reagieren muss und nicht nur dann, wenn diese von einer nahestehenden Person stammt. Es wird deshalb beantragt, dass die Bestimmungen wie folgt umformuliert werden:

«[...], so trifft die Erwachsenenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Meldung hin die erforderlichen Massnahmen.»

1.2 Zu Art. 390 Abs. 3 VE-ZGB

Hier besteht dieselbe Gefahr eines Missverständnisses wie in Art. 376 Abs. 1 VE-ZGB, indem die Formulierung vermuten lässt, dass eine Beistandschaft nur auf Meldung einer nahestehenden Person hin (oder von Amtes wegen) errichtet werden kann. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Meldenden ergibt keinen Sinn; ohnehin muss die Erwachsenenschutzbehörde auf Grund der Official- und Untersuchungsmaxime von Amtes wegen tätig werden, wenn Hinweise auf eine mögliche Gefährdung der betroffenen Person eingehen. Es wird deshalb beantragt, dass die Bestimmung wie folgt umformuliert wird:

«Die Beistandschaft wird auf Begehren der betroffenen Person oder von Amtes wegen errichtet.»

1.3 Zu Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB

Es wird beantragt, diesen neuen Abs. 4 zu streichen. Es besteht bereits heute ohne Weiteres die Möglichkeit, den Angehörigen oder der Person, welche die betroffene Person für sich als Beiständin oder Beistand wünscht, diesen Wunsch mitzuteilen. So kann gewährleistet werden, dass die Erwachsenenschutzbehörde vom Willen der betroffenen Person Kenntnis erhält. Wer sicherstellen will, dass eine bestimmte Person dereinst im Fall der Urteilsunfähigkeit ihre bzw. seine Vertretung übernimmt, hat die Möglichkeit, einen Vorsorgeauftrag zu errichten und diesen zu hinterlegen. Sinngemäss dürfte dies gestützt auf Art. 327c Abs. 2 ZGB auch im Kindesrecht zur Anwendung kommen

1.4 Zu Art. 420 VE-ZGB

Es wird beantragt, anstelle von «oder» das Wort «und» einzusetzen mit der Begründung, dass beide Formen der Erleichterung möglich sein müssen, wenn es die Umstände rechtfertigen.

1.5 Zu Art. 431 Abs. 3 VE-ZGB

Es wird beantragt, den Begriff «Verfahren» durch «Massnahme» zu ersetzen. Wenn eine fürsorgliche Unterbringung (FU) einmal angeordnet wurde, ist das Verfahren in der Regel bereits abgeschlossen. Es ist die Massnahme, die dann an die örtlich zuständige Erwachsenenschutzbehörde übertragen wird, nicht das Verfahren.

1.6 Zu Art. 441a VE ZGB

Mit der Vorlage soll auch die gesetzliche Grundlage für schweizweite Statistiken zum Kindes- und Erwachsenenschutz geschaffen werden. Gemäss Artikel 441a Abs. 2 VE-ZGB soll der Bundesrat unter Einbezug der Kantone Grundsätze und Modalitäten für die statistische Erhebung festlegen können. Laut Ziff. 2.1.6 des Erläuternden Berichts sollten dabei aus Sicht des Bundesrates in einem ersten Schritt gewisse Fragen geklärt werden, wie z.B. ob dafür ein neues Informatiksystem zu schaffen sei, oder ob die bereits bestehende Datenbank bzw. das Datenerfassungssystem der KOKES benutzt werden könnte. Auch die Frage der damit verbundenen Kosten bzw. Kostentragung sollte abgeklärt werden.

Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für schweizweite Statistiken ist unbestritten. Für die Weiterentwicklung der bisherigen Datenerfassung ist jedoch auch die Beteiligung und Mitwirkung des Bundes wichtig. Es wird beantragt, dies in Absatz 1 zu berücksichtigen. Dem Kanton Bern ist es zudem ein Anliegen, dass soweit möglich bereits bestehende Strukturen für die Datenerhebung genutzt werden sollen und dass eine möglichst kosteneffiziente Lösung gefunden werden muss, die sich nicht übermässig zu Lasten der Kantone auswirkt.

1.7 Zu Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB

Die Frage der Urteils(un)fähigkeit wird oft erst im Laufe des Verfahrens vor der Erwachsenenschutzbehörde geklärt. Dass die Urteilsunfähigkeit vorausgesetzt wird für das Melderecht von Personen, welche einem Berufsgeheimnis unterstehen, erscheint nicht praktikabel. Aus dem erläuternden Bericht ergibt sich, dass in diesem Zusammenhang an die Urteils(un)fähigkeit keine hohen Anforderungen gestellt werden sollen. Dies sollte auch im Gesetzestext Niederschlag finden. Ansonsten wäre zu befürchten, dass viele Ärztinnen bzw. Ärzte aus Angst vor einer Verletzung des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB davon absehen, eine Meldung an die Erwachsenenschutzbehörde zu machen. Es wird deshalb folgende Formulierung beantragt:

«[...], wenn eine Meldung im Interesse einer hilfsbedürftig erscheinenden Person liegt.»

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates



Christine Häslar
Regierungspräsidentin



Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

- Direktion für Inneres und Justiz
- Finanzdirektion
- Gesundheits-, Sozial- und Integrationsdirektion
- Sicherheitsdirektion
- Datenschutzaufsichtsstelle

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
zz@bj.admin.ch

Liestal, 30. Mai 2023

Vernehmlassung
zur Änderung des Zivilgesetzbuchs ZGB (Erwachsenenschutz)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Besten Dank für die Möglichkeit zur Meinungsäusserung. Wir begrüssen die Stossrichtung des vorliegenden Revisionsentwurfes mit dem keine Neuausrichtung, sondern eine Stärkung der bereits bestehenden Grundwerte, vorwiegend im Bereich der Selbstbestimmung und der Solidarität in der Familie vorgenommen werden soll.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen:

Art. 376 VE-ZGB

Absatz 1 greift unserer Meinung nach zu kurz, da nicht nur nahestehende Personen, sondern auch alle übrigen Personen berechtigt sind, eine Meldung einzureichen. Die Bestimmung sollte entsprechend angepasst werden.

Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB

Wir sind der Auffassung, dass auf die gesetzliche Vermutung, wonach bestimmte Personengruppen der betroffenen Person nahestehen, verzichtet werden sollte. Vom Verfahren her ist es einfacher und auch schneller, wenn eine Person ihre Eigenschaft als nahestehende Person glaubhaft macht, als wenn die KESB die gesetzliche Vermutung im Einzelfall widerlegen muss. Dies dürfte insbesondere bei strittigen Familienverhältnissen sehr aufwändig werden und letztlich der betroffenen Person insofern nicht dienen, als der Errichtung einer Beistandschaft im Extremfall ein Rechtsstreit über die Ungeeignetheit einer nahestehenden Person vorausgehen würde. Deshalb sollte diese Bestimmung gestrichen werden.

Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB

Eine Person, die als Berufsbeiständin oder Berufsbeistand tätig ist, kann durchaus auch als private Beistandsperson für beispielsweise eine ihr nahestehende Person eingesetzt werden. Entsprechend sollte der erwähnte Teilsatz «die nicht als Berufsbeistand oder Berufsbeiständin tätig ist» ersatzlos gestrichen werden.

Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB

Wir beantragen, dass der bisherige Grund für die Information an Dritte, nämlich «erforderlich für die gehörige Erfüllung der Aufgaben» beibehalten wird.

Art. 420 VE-ZGB

Gemäss dem erläuternden Bericht sind mit der neuen Bestimmung für Beistandspersonen nur noch Erleichterungen, aber keine Entbindungen von Pflichten mehr möglich. Damit könnten Beistandspersonen in Zukunft auch nicht mehr von der Berichts- und Rechnungspflicht entbunden werden. Aktuell prüft die KESB in jedem Fall genau, ob eine Entbindung von der Berichts- und Rechnungspflicht in Frage kommt. Nur wenn klarerweise davon ausgegangen werden kann, dass auch bei einer Entbindung die Interessen der verbeiständeten Person einwandfrei gewahrt werden, wird eine solche überhaupt in Betracht gezogen. Der Wegfall dieser Möglichkeit würde in einigen Fällen zu massivem Widerstand seitens der Beistandsperson führen und bei den KESB einen erheblichen Mehraufwand generieren. In diesem Zusammenhang gehen die KESB davon aus, dass es in einer Vielzahl dieser Fälle auch zu Anordnungen von Ersatzvornahmen bei der Rechenschaftspflicht kommen wird und sich ohne die Entbindungsmöglichkeit inskünftig viele Angehörige gegen die Übernahme einer Beistandschaft entscheiden werden. Dies ist letztlich nicht im Interesse der betroffenen Person, welche oftmals in allen Bereichen von der unentgeltlichen Unterstützung ihrer Angehörigen profitiert. Deshalb sollte die ausnahmsweise Möglichkeit der Entbindung von der Berichts- und Rechnungspflicht nicht wegfallen.

Art. 441a VE-ZGB

Die KOKES erhebt die statistischen Grundlagen seit 1994 in Absprache und im Auftrag der Kantone. Aktuell liefern 24 Kantone die Daten von den KESB direkt auf die zentrale Statistik-Datenbank (2 Kantone machen eigene Erhebungen). Die publizierten Daten zum Bestand per Stichtag Ende Jahr (Anzahl Kinder und Erwachsene mit Schutzmassnahmen, dargestellt nach Massnahmenart) können für alle 26 Kantone ausgewiesen werden. Die Angaben nach Geschlecht und Alterskategorien können für 24 Kantone ausgewiesen werden. Diese Daten sind unbestritten und von guter Qualität. Bei weitergehenden Erhebungen stösst die KOKES an Grenzen, weil die Kantone selber entscheiden, ob und welche Daten sie liefern. Hier wären bundesrechtliche Vorgaben hilfreich; entsprechend soll die Formulierung (Abs. 2) nicht als «Kann-Bestimmung» formuliert sein (dies wurde schon bei Art. 441 Abs. 2 ZGB kritisiert und soll hier nicht wiederholt werden). Die Beteiligung und Mitwirkung des Bundes ist für die künftige Weiterentwicklung und Optimierung der Statistik wichtig, sei es durch inhaltliche Arbeiten, fachliche Unterstützungen oder finanzielle Beiträge. Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1) wurde von der KOKES explizit gefordert und wird entsprechend begrüsst. Um die statistische Erhebung mit weiteren Daten zu ergänzen (insbesondere mit Daten des Bundesamtes für Statistik sowie der Daten der Zivilgerichte, die ebenfalls Kindesschutzmassnahmen anordnen) wäre eine stärkere Mitverantwortung des Bundes gewünscht (entsprechend soll die Formulierung angepasst werden: «Bund und Kantone sorgen gemeinsam für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu

den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes»). Mittelfristig ist eine Bundesstatistik anzustreben (ähnliche Forderungen nach einer Bundes-statistik bestehen bezüglich nationaler Statistik zu den ausserfamiliär untergebrachten Kindern, zu Kindeswohlgefährdungen allgemein oder zu fürsorgerischen Unterbringungen).

Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB

Die Erleichterung der Melderechte für Personen, die dem strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis unterstehen, wird unterstützt. Die Einschränkung hingegen, dass die Meldung im Interesse einer hilfsbedürftigen *urteilsunfähigen* Person liegt, führt zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten und Ungleichbehandlungen. Der Schutz soll vielmehr allen hilfsbedürftigen Personen zukommen, unabhängig davon, ob sie urteilsfähig sind oder nicht. Das Adjektiv «urteilsunfähig» sollte deshalb aus der Bestimmung gestrichen werden.

Art. 448 Abs. 1bis VE-ZGB

Auch in dieser Bestimmung sollte die Einschränkung auf urteilsunfähige Personen aus denselben Gründen wie in Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB gestrichen werden.

Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 lit. a VE-ZGB

Es ist mehr als fraglich, ob eine Person, der die Handlungsfähigkeit entzogen oder eingeschränkt wird - beispielsweise weil sie unter Kaufzwängen leidet - auch bezüglich der Ausübung des Stimmrechtes urteilsunfähig ist. Deshalb sollte die Mitteilung an die Wohnsitzgemeinde, welche lediglich zur Anpassung im Stimmregister dienen könnte, gestrichen werden. Ein weiterer Zweck, für den die Wohnsitzgemeinde die Informationen zu den Beistandschaften benötigt, ist nicht ersichtlich.

Hochachtungsvoll



Kathrin Schweizer
Regierungspräsidentin



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Bundesamt für Justiz
z.H. Debora Gianinazzi
Bundesrain 20
CH-3003 Bern

Basel, 9. Mai 2023

Regierungsratsbeschluss vom 9. Mai 2023
Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)
Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Baume-Schneider
Sehr geehrter Frau Gianinazzi
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für Ihre Einladung vom 22. Februar 2023, zum Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) Stellung zu beziehen.

Einleitende Bemerkung

Der Kanton Basel-Stadt begrüsst und unterstützt den fachlich weitgehend überzeugenden Vorentwurf, welcher die Stärkung der Selbstbestimmung und der Solidarität der Familie, insbesondere durch einen verbesserten Einbezug der nahestehender Personen, beinhaltet.

Materiell möchten wir einige Änderungen beantragen. Die wichtigsten Änderungsvorschläge betreffen

- die Statistik, welche durch das Bundesamt für Statistik zu erheben ist,
- den Vorsorgeauftrag, der zukünftig durch eine andere Stelle als die KESB validiert werden sollte,
- sowie das Melderecht und die Mitwirkung von Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, bei welchen auf die Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Personen zu verzichten ist.

Darüber hinaus werden zwei weitere für die Praxis zentrale Revisionsanliegen vorgebracht, die in die laufende Revision einbezogen werden sollten, insbesondere zur Umsetzung der UNO Behindertenrechtskonvention die Streichung der in der Praxis überflüssigen umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB, sowie zur Beseitigung von Altersdiskriminierungen, die Anpassung der Voraussetzungen für die Validierung eines Vorsorgeauftrags.

Änderungsanträge

Vorsorgeauftrag

Art. 361a VE-ZGB (neu)

Im Kanton Basel-Stadt ist die Hinterlegung des Vorsorgeauftrags bei der KESB bereits heute möglich, weshalb für unseren Kanton kein Handlungsbedarf besteht. Zur Rechtsvereinheitlichung ist die vorgeschlagene Regelung zu begrüßen.

Art. 363 Abs. 2 ZGB

Eine Validierung dient der Rechtssicherheit und ist deshalb notwendig. Die Validierung sollte aber besser durch eine andere Stelle als die KESB erfolgen. Insbesondere durch kantonale Urkundspersonen bzw. Notarinnen und Notare. So könnte dem grossen Anliegen der Bevölkerung Rechnung getragen werden, die eigene Vorsorge ohne Beteiligung der KESB zu organisieren. Der KESB käme damit nur noch eine Aufsichtsfunktion in gemeldeten Missbrauchsfällen gemäss Art. 368 ZGB zu. Art. 363 ff. ZGB wären dementsprechend anzupassen.

Gesetzliche Vertretung

Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 und Abs. 3 VE-ZGB

Die inhaltliche Erweiterung der Vertretungsbereiche (keine Einschränkung auf „ordentliche“ Verwaltung) wird begrüsst.

Hingegen ist der Vorbehalt von Art. 396 Abs. 3 OR zu streichen. Wie im Bereich des Vorsorgeauftrags sollte auf eine Missbrauchsgesetzgebung umgestellt werden und den vertretungsberechtigten nahestehenden Personen Vertrauen entgegengebracht werden. Aus diesem Grund ist auch auf das Zustimmungserfordernis gemäss Art. 374 Abs. 3 VE-ZGB zu verzichten. Der KESB käme damit nur noch eine Aufsichtsfunktion in gemeldeten Missbrauchsfällen gemäss Art. 376 ZGB zu. Anstelle des vorgeschlagenen Art. 374 Abs. 3 VE-ZGB ist eine entsprechende Gutglaubensklausel Dritter aufzunehmen, welche die Ausübung des Vertretungsrechts in der Praxis erheblich erleichtern würde. Sollte nicht wie vorgeschlagen auf eine Missbrauchsgesetzgebung umgestellt werden, wird die Umformulierung von Art. 374 Abs. 3 VE-ZGB begrüsst.

Art. 374 Abs. 2 Ziff. 3 VE-ZGB

Die Anpassungen (Streichung „nötigenfalls“ in Ziff. 3) wird begrüsst.

Art. 376 VE-ZGB

Die Umstellung auf eine Missbrauchsgesetzgebung, indem Urkunden mit den Vertretungsbefugnissen nur ausnahmsweise ausgestellt werden, wird begrüsst. Die in der Praxis v.a. von Banken standardmässig geforderten Urkunden widersprechen dem Subsidiaritätsprinzip. Im Sinne einer zu folgenden Missbrauchsgesetzgebung sollte die KESB nur dann zuständig werden, wenn eine Person gefährdet ist.

In Art. 376 Abs. 1 VE-ZGB ist die Wendung „einer nahestehenden Person“ zu streichen bzw. durch den Zusatz „oder Dritter“ zu ergänzen.

Behördliche Massnahmen

Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB (neu)

Der Einbezug von nahestehenden Personen in das Verfahren vor der KESB ist wichtig, da diese nicht nur für die Abklärung des Sachverhalts, sondern auch für das Gelingen einer Massnahme entscheidend sind. Die vorgesehene Legaldefinition der „nahestehenden Personen“ trägt dem Rechnung, stärkt deren Stellung und ist auch was deren Einordnung unter die «allgemeinen Grundsätze» betrifft zu unterstützen. Der Verzicht auf den Begriff „Angehörige“ ist zu begrüßen.

Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB (neu)

In der Praxis werden sich um die betroffenen Personen kümmernde nahestehende Personen oder solche, die in das Verfahren involviert werden möchten, bereits heute von der KESB Basel-Stadt ohne weiteres einbezogen. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesgerichts. Auf die gesetzliche Vermutung für bestimmte Personengruppen kann deshalb verzichtet und Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB (neu) damit gestrichen werden.

Beistandschaften

Art. 400 Abs. 1bis VE-ZGB (neu)

Die Förderung der Ernennung von nahestehenden Personen sowie von privaten Beistandspersonen zu Beistandspersonen im Erwachsenenschutz durch deren Erwähnung in der neu eingefügten Bestimmung ist zu begrüssen. Die Wendung „die nicht als Berufsbeistand oder Berufsbeiständin tätig ist“, ist missverständlich und durch die Wendung «eine andere private Person» zu ersetzen, da auch eine Berufsbeiständin oder ein Berufsbeistand für eine ihr oder ihm nahestehende Person als private Beistandsperson eingesetzt werden kann. Die Bestimmung ist auf den Erwachsenenschutz zu begrenzen, da in der Kindesschutzpraxis keine privaten Beistandspersonen eingesetzt werden.

Es wird damit für Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu) folgender Wortlaut vorgeschlagen:

Sie prüft bei den Erwachsenenschutzmassnahmen, ob sie eine nahestehende Person oder eine andere private Person, ~~die nicht als Berufsbeistand oder Berufsbeiständin tätig ist~~, mit den Aufgaben oder einem Teil davon betrauen kann.

Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB (neu)

Der Wunsch, im Bedarfsfall eine bestimmte Vertrauensperson als Beistandsperson einsetzen zu lassen, kann bei der KESB Basel-Stadt als sogenannte «Wunschbeistandsperson» bereits heute hinterlegt werden. Zur Rechtsvereinheitlichung ist die Aufnahme von Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB (neu) deshalb zu begrüssen.

Führung der Beistandschaft

Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB (neu)

Der Einbezug von nahestehenden Personen ist für die Eruiierung des Sachverhalts und für das Gelingen einer Massnahme nicht nur im Verfahren vor der KESB wichtig, sondern auch bei der späteren Mandatsführung. In der Praxis wird dem mehrheitlich bereits nachgelebt. Zur Rechtsvereinheitlichung und zur Stärkung der Stellung der nahestehenden Personen ist die neue Bestimmung trotzdem zu begrüssen.

Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB

Der inhaltlich Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB (neu) entsprechende Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB ist zur Rechtsvereinheitlichung und zur Stärkung der Stellung der nahestehenden Personen zu begrüssen, obwohl das in der Praxis des Erwachsenenschutzes Basel-Stadt bereits so gelebt wird. Einschränkung ist (wie im heutigen Recht) aber der Zusatz aufzunehmen, dass dies im Interesse der betroffenen Person liegen muss. Nur dann rechtfertigt es sich, nahestehende Personen über die Mandatsführung zu informieren. Ungerechtfertigt ist dies insbesondere dann, wenn die betroffene Person dies nicht will. An der im geltenden Recht vorgesehenen Voraussetzung der Erforderlichkeit der Informationserteilung zur Aufgabenerfüllung ist festzuhalten.

Es wird damit für Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB folgender Wortlaut vorgeschlagen:

Soweit dies im Interesse der betroffenen Person oder zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist, informiert der Beistand oder die Beiständin nahestehende Personen und Dritte über die Beistandschaft.

Erleichterungen für nahestehende Personen als Beistandspersonen

Gliederungstitel vor Art. 420 VE-ZGB

Die Anpassung wird grundsätzlich begrüsst, aber es wird folgender Titel vorgeschlagen:

«Besondere Bestimmungen ~~Erleichterungen~~ für nahestehende Personen»

Art. 420 VE-ZGB

Die Erweiterung des Adressatenkreises sowie die Formulierung als „Kann-Bestimmung“ (kein Automatismus, auch nicht bei bestimmten Personengruppen) werden unterstützt. Um das Ermessen der KESB nicht einzuschränken, muss aber in Ausnahmefällen weiterhin eine gänzliche Entbindung möglich sein, weshalb in Anlehnung an die bisherige Bestimmung für Art. 420 VE-ZGB folgender Wortlaut vorgeschlagen wird:

Wird eine nahestehende Person als Beistand oder Beiständin eingesetzt, so kann die Erwachsenenschutzbehörde, wenn die Umstände es rechtfertigen, diese Person von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung einzuholen, ganz oder teilweise entbinden ~~für bestimmte Geschäfte von der Pflicht entbinden, die Zustimmung einzuholen, oder ihr bei der Inventarpflicht sowie der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage Erleichterungen gewähren.~~

Statistik

Art. 441a VE-ZGB (neu)

Die von der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) erhobene Statistik im Kindes- und Erwachsenenschutz stösst an ihre personellen und fachlichen Grenzen. Insbesondere fehlt es an der Verbindlichkeit, weil die Kantone selber entscheiden, ob und welche Daten sie liefern. Die Schaffung einer verbindlichen gesetzlichen Grundlage und die Regelung der Zuständigkeit des Bundes auch für die Statistik im Kindes- und Erwachsenenschutz, welcher eine grosse gesamtgesellschaftliche Bedeutung zukommt, erscheint zwingend erforderlich.

Es wird für Art. 441a VE-ZGB folgender Wortlaut vorgeschlagen:

¹ Bund und Die Kantone sorgen gemeinsam für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes.

² Der Bundesrat überträgt ~~kann unter Einbezug der Kantone Grundsätze und Modalitäten für die statistische Erhebung festlegen. Er kann die Zuständigkeit für die Erhebung der Statistik im Kindes- und Erwachsenenschutz dem Bundesamt für Statistik dem Bundesamt für Justiz übertragen.~~

Verfahren vor der KESB

Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB

In Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB sollte wie im Kindesschutz (Art. 314c Abs. 2 ZGB) auf die Meldevoraussetzung der Urteilsunfähigkeit verzichtet werden. Aufgrund der selbst für Medizinfachpersonen bestehenden komplexen Herausforderung (wenn nicht sogar von einer Unmöglichkeit gesprochen werden muss), die Urteilsunfähigkeit einer Person exakt zu bestimmen, besteht die Gefahr, dass der vorgeschlagene Absatz 2 totor Buchstabe bleibt. Um nicht strafrechtliche Konsequenzen zu befürchten, werden Berufsgeheimnisträgerinnen und Berufsgeheimnisträger im Zweifel keine Meldung an die KESB erstatten, selbst wenn eine solche aufgrund der Umstände im Interesse der betroffenen Person unbedingt notwendig erscheint. Allein schon die Gefahr einer (unberechtigten) Strafanzeige und der damit verbundene Aufwand dürfte dafür ausreichen. Gerade besonders vulnerable betroffene Personen, die mit einer Meldung nicht einverstanden sind, könnten mit diesem Mittel drohen und so eine Meldung an die KESB verhindern.

Die Praxis zeigt, dass die Urteilsunfähigkeit einer betroffenen Person selten einwandfrei bestimmt werden kann – schon gar nicht im medizinischen Alltag. Im Bereich des Vorsorgeauftrags muss in umstrittenen Situationen bereits heute auf fachärztliche Expertise der Memorykliniken zurückgegriffen werden. Sehr häufig liegen auch partielle Urteilsunfähigkeiten vor. Zudem ist unklar, auf

welche Belange sich die Urteilsunfähigkeit gem. Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB beziehen, in welchem Umfang (vollumfänglich oder partiell) und zu welchem Zeitpunkt sie gegeben sein muss. Die Urteilsfähigkeit ist in Bezug auf die konkret zu entscheidende Angelegenheit relativ und kann zudem je nach Tagesform der betroffenen Person zeitlich volatil vorhanden oder eben nicht vorhanden sein. In der Praxis sind sich selbst Medizinfachpersonen nicht selten uneinig darüber, ob eine betroffene Person urteilsfähig ist oder nicht. Damit dürfte der Zweifelsfall in der Praxis der Regel-fall bilden¹ und dazu führen, dass auch in notwendigen Situationen keine Meldung an die KESB erfolgt. Das Melderecht von Berufsheimnisträgerinnen und Berufsheimnisträgern an ein mit diesen grossen Unsicherheiten behaftete Voraussetzung zu knüpfen, ist nicht praxistauglich. Wollte man eine einschränkende Voraussetzung in Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB aufnehmen, was ausdrücklich abzulehnen ist, dann müsste am Schweregrad der Gefährdung angeknüpft werden. Denkbar wäre insbesondere die «schwerwiegende Hilfsbedürftigkeit» anstelle der Urteilsunfähigkeit als Voraussetzung aufzunehmen.

Es wird damit für Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB folgender Wortlaut vorgeschlagen:

Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind ebenfalls meldeberechtigt, wenn eine Meldung im Interesse einer (eventualiter: schwerwiegend) hilfsbedürftigen ~~urteilsunfähigen~~ Person liegt. [...]

Art. 443a Abs. 1 VE-ZGB (neu)

Die Ausweitung der Meldepflichten analog dem Kindesschutz wird ausdrücklich begrüsst und stellt in § 6 KESG BS² für den Kanton Basel-Stadt teilweise bereits geltendes Recht dar. Diese kantonale Bestimmung hat sich bewährt. Die explizite Nennung der beiden Bereiche Personensorge und Vermögenssorge ist stimmig. Der neue Art. 443a Abs. 1 VE-ZGB wird auch aufgrund der damit zu erzielenden Rechtsvereinheitlichung unterstützt.

Verfahrensgrundsätze

Art. 446 Abs. 2bis VE-ZGB (neu)

Der Einbezug von nahestehenden Personen ist nicht nur bei der Mandatsführung, sondern auch im Verfahren der KESB essenziell, weshalb deren Einbezug von der KESB Basel-Stadt bereits heute umfassend praktiziert wird; nicht nur zur Eruiierung des Sachverhalts, sondern auch für das Gelingen einer Massnahme. Die Ergänzung wird trotzdem begrüsst, weil damit eine Rechtsvereinheitlichung erzielt und gleichzeitig die Stellung von nahestehenden Personen gestärkt werden kann. In der neuen Bestimmung dürfen keine bestimmten Personengruppen genannt werden, die zwingend einzubeziehen sind. Es muss im freien Ermessen der KESB liegen, ob die Abklärungen ausreichend durchgeführt worden sind (in diesem Zusammenhang ist der Hinweis „soweit tunlich“ entscheidend).

Mitwirkung und Amtshilfe

Art. 448 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Wie in der Begründung zu Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB (vgl. oben) dargestellt, ist die einschränkende Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit auch für die Mitwirkungspflicht mangels Praxistauglichkeit zu streichen. Die Bestimmung ist analog zum Kindesschutz (vgl. Art. 314e Abs. 2 ZGB) zu formulieren. Wollte man eine einschränkende Voraussetzung in Art. 448 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu) aufnehmen, was auch bei der Mitwirkung ausdrücklich abzulehnen ist, dann müsste wiederum am Schweregrad der Gefährdung angeknüpft werden. Denkbar wäre auch bei der Mitwirkung insbe-

¹ Vgl. zu den grossen Unsicherheiten in der medizinischen Praxis aktuell die Basler Dissertation von Charlotte Wetterauer, Urteils(un)fähigkeit in der Patientenversorgung aus der Perspektive der klinischen Ethikkonsultation, Diss. Basel 2022, wonach sich 52% der befragten Ärztinnen und Ärzte nicht für die Beurteilung der Urteilsfähigkeit zuständig gefühlt und 49.5% der befragten Hausärztinnen und Hausärzte die Beurteilung der Urteilsfähigkeit als schwierig beurteilt haben (S. 52 ff. und S. 56 ff.).

² Kindes- und Erwachsenenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (KESG BS, SG 212.400), welches eine Meldepflicht für alle Personen in amtlicher Tätigkeit sowie für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von subventionierten Betrieben und Institutionen vorsieht, die im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes tätig sind. Diese Bestimmung umfasst auch auf viele Berufsheimnisträgerinnen und Berufsheimnisträger (insbesondere ärztliches Spitalpersonal).

sondere die «schwerwiegende Hilfsbedürftigkeit» anstelle der Urteilsunfähigkeit als Voraussetzung aufzunehmen.

Es wird für Art. 448 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu) folgender Wortlaut vorgeschlagen:

Betrifft das Verfahren eine volljährige ~~urteilsunfähige~~ Person, so sind Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, zur Mitwirkung berechtigt, ohne sich vorgängig vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen (eventualiter: , wenn die betroffene Person schwerwiegend hilfsbedürftig erscheint). [...]

Art. 448 Abs. 3 VE-ZGB (Aufhebung)

Die Aufhebung wird begrüsst (wobei festzuhalten ist, dass der Vorbehalt bezüglich Anwältinnen und Anwälte in Abs. 2 auch für ehemalige Verfahrensbeiständinnen und Verfahrensbestände gilt).

Mitteilungspflicht

Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB

Die Reduktion der Mitteilungspflicht auf handlungsfähigkeitseinschränkende Beistandschaften wird begrüsst und im Kanton Basel-Stadt in Absprache mit den Einwohnerdiensten bereits so umgesetzt (Reduktion auf das erlaubte Mass).

Verschwiegenheitspflicht und Auskunft

Art. 451 Abs 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Die Erweiterung, dass die KESB nahestehende Personen und Dritte informieren darf, soweit dies im Interesse der betroffenen Person liegt, ist zu begrüssen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass dies bereits weitgehend umgesetzt wird. Wichtig ist, dass die nahestehenden Personen keinen Selbstzweck verfolgen, sondern in Bezug auf die betroffenen Personen eine dienende Funktion einnehmen. Nur in diesem Zusammenhang darf eine Information erfolgen.

Art. 451 Abs. 2 VE-ZGB

Die Streichung der Delegationsnorm im Bereich der Auskunft der KESB ist zu begrüssen. Diese Auskünfte erfolgen – auch dank den KOKES-Empfehlungen vom Mai 2012 – sehr unbürokratisch, schnell und schweizweit einheitlich. Auf eine Verordnung des Bundesrates kann deshalb verzichtet werden.

Zusätzliche Revisionsanliegen

Art. 398 ZGB (umfassende Beistandschaft)

Im Licht der UNO Behindertenrechtskonvention ist die umfassende Beistandschaft ersatzlos zu streichen. Sie wird in der Praxis der meisten KESB nicht mehr angeordnet, weil alle Hilfs- und Schutzbedürfnisse von betroffenen Personen mit massgeschneiderten Beistandschaften gedeckt werden können. Zudem würden damit urteilsfähige Personen unter umfassender Beistandschaft (in der Regel Menschen mit einem Handicap bzw. einer Behinderung) in Bezug auf den gesetzlich mit der Errichtung einer umfassenden Beistandschaft unausweichlich einhergehenden Handlungsfähigkeitsentzug (inklusive Stimm- und Wahlrecht) im Vergleich zu anderweitig verbeiständeten Personen nicht mehr weiter diskriminiert.

Art. 360 ff. ZGB (Vorsorgeauftrag)

In der Praxis ist sehr stossend, dass insbesondere bei urteilsunfähigen älteren betroffenen Personen, für die ein Vorsorgeauftrag validiert werden kann, ex lege das Stimm- und Wahlrecht entfällt. Bei nicht selbstvorsorgenden urteilsunfähigen betroffenen Personen hingegen, für die immer eine massgeschneiderte und nie eine umfassende Beistandschaft angeordnet wird, tritt diese sehr schwerwiegende Folge nicht ex lege ein. Aus Rechtsgleichheits- und Diskriminierungsgründen sollte deshalb auch bei der Validierung des Vorsorgeauftrags auf diese Rechtsfolge verzichtet werden. Umso mehr, wenn, wie vorgeschlagen, de lege ferenda die umfassende Beistandschaft entfallen sollte.

Zu Ende gedacht ist deshalb und aufgrund der bestehenden grossen Praxisprobleme in Zusammenhang mit der Beurteilung der Urteilsunfähigkeit als rechtliche Voraussetzung (vgl. dazu die obenstehenden Anmerkungen zu Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB) auch beim Vorsorgeauftrag auf diese zu verzichten. Erschwerend kommt in der Erwachsenenschutzpraxis hinzu, dass sehr häufig betroffene Personen mit einem Vorsorgeauftrag zwar hilfs- und schutzbedürftig sind, aber nicht als urteilsunfähig bezeichnet werden können bzw. von Hausärztinnen und Hausärzten nicht als urteilsunfähig bezeichnet werden möchten. In diesen Situationen muss die Erwachsenenschutzbehörde, wenn keine andere Lösung gefunden werden kann, bis zum Eintritt der Urteilsunfähigkeit entweder eine Beistandschaft errichten, was gerade nicht dem Willen der betroffenen Personen entspricht, oder die Voraussetzung der Urteilsunfähigkeit weit auslegen. Die KESB BS löst das Problem im Einverständnis der betroffenen Person und damit im Sinne der Beachtung des Selbstbestimmungsprinzips so, dass eine Hilfs- und Schutzbedürftigkeit zur Validierung des Vorsorgeauftrags genügt, die in ihren Auswirkungen einer Urteilsunfähigkeit entspricht. Das wird insbesondere dann so praktiziert, wenn die betroffene Person nicht mehr in der Lage oder zu schwach dazu ist, noch Vollmachten auszustellen, oder der Geschäftsverkehr aufgrund des Gesundheitszustands der betroffenen Person dies nicht mehr zulässt oder bestehende Vollmachten nicht mehr akzeptiert. Mit einem Verzicht auf die Validierungsvoraussetzung der Urteilsunfähigkeit würde gleichzeitig der mit der behördlichen Feststellung der Urteilsunfähigkeit zusammenhängende Verlust der Handlungsfähigkeit entfallen, was insbesondere angesichts der hier vorgeschlagenen Streichung der umfassenden Beistandschaft zu begrüssen wäre.

Der ex lege eintretende Verlust des Stimm- und Wahlrechts sowie der mit der behördlichen Feststellung der Urteilsunfähigkeit zusammenhängende Verlust der Handlungsfähigkeit sind überschüssende und deshalb meistens unverhältnismässige Rechtsfolgen. In einer modernen Gesetzgebung sollte auf solche zugunsten einer behördlichen Massschneidung verzichtet werden. Urteilsunfähige betroffene Personen sind bereits gemäss Art. 17 ZGB handlungsunfähig. Ist ein ausdrücklicher Entzug der Handlungsfähigkeit zum Schutz von betroffenen Personen im Geschäftsverkehr, unabhängig davon, ob ein Vorsorgeauftrag besteht oder nicht, erforderlich, kann dieser behördlich durch die Erwachsenenschutzbehörde angeordnet werden (vgl. Art. 368 Abs. 1 ZGB, welcher auch im Bereich des Vorsorgeauftrags auf den behördlichen Erwachsenenschutz verweist).

Aus Gründen der Rechtsgleichheit und des Verbots der Diskriminierung besteht dringender Anpassungsbedarf, welcher in Bezug auf die vorgeschlagene Ersetzung der Urteilsunfähigkeit durch eine praxistauglichere Voraussetzung für die Validierung des Vorsorgeauftrags mit einem Verweis auf die Errichtungsvoraussetzungen der behördlichen Massnahmen gem. Art. 389 und Art. 390 ZGB gelöst werden kann. Es werden damit folgende neue Wortlaute vorgeschlagen:

Art. 360 Abs. 1 ZGB (angepasst):

¹ Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Hilfs- oder Schutzbedürftigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten.
[...]

Art 363 Abs. 1 ZGB (angepasst):

¹ Erfährt die Erwachsenenschutzbehörde, dass für eine Person die Voraussetzungen behördlicher Massnahmen eingetreten sind und ihre Unterstützung nicht anders erfolgen kann, und sind ihr nicht bekannt, ob ein Vorsorgeauftrag vorliegt, so erkundigt sie sich beim Zivilstandsamt.
[...]

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen. Für Rückfragen steht Ihnen gerne die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Dr. Patrick Fassbind, patrick.fassbind@bs.ch, Tel. 061 267 80 90, zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Beat Jans
Regierungspräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

PAR COURRIEL

Département fédéral de justice et police DFJP
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Courriel : zz@bj.admin.ch

Fribourg, le 16 mai 2023

2023-415

Droit de la protection de l'adulte – Modification du code civil

Madame la Conseillère fédérale,

Par courrier du 22 février 2023, vous nous avez consultés sur l'objet cité en titre, et nous vous en remercions. Nous nous déterminons comme suit.

1. En général

A titre préliminaire, nous saluons les améliorations apportées au droit de la protection de l'adulte par l'avant-projet, notamment concernant le renforcement de l'implication des proches. Nous adhérons également à la volonté de consolider le droit à l'autodétermination, en rendant plus efficace l'institution du mandat pour cause d'incapacité.

Après avoir pris connaissance des changements projetés, nous vous adressons les observations ci-dessous.

2. En particulier

2.1. Ad art. 361a / art. 363 al. 1 CC :

Dépôt du mandat pour cause d'incapacité :

L'art. 361a CC nouveau prévoit que les mandats pour cause d'incapacité puissent être remis à une autorité chargée d'en recevoir le dépôt, le soin étant laissé aux cantons de désigner une ou plusieurs autorités compétentes. Cette proposition est soutenue dans la mesure où elle permettra très certainement un meilleur suivi de ces mandats.

Cas échéant, il semblerait préférable de ne désigner qu'une seule autorité cantonale dépositaire, comme le suggère le rapport explicatif en page 53. Avec cette façon de faire, le travail de recherche de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) découlant de l'art. 363 al. 1 nouveau serait lui optimisé. Il s'agit là de la façon la plus simple, pour garantir que la version actuelle du mandat pour cause d'incapacité se trouve dans le canton de domicile de la personne devenue incapable de discernement. Cela éviterait qu'en cas de déménagement de la personne concernée, dans une région relevant de la compétence d'une autre APEA du même canton, elle doive s'assurer de déposer le mandat pour cause d'incapacité auprès de la nouvelle autorité compétente. Instituer plusieurs autorités compliquerait inutilement les démarches à effectuer, alors que la désignation d'une seule autorité cantonale permettrait d'obtenir un processus clair, simple et efficace.

En ce qui concerne la validation du mandat, il est considéré qu'il ne faut rien changer au système actuel.

Inscription de la constitution et du lieu de dépôt du mandat pour cause d'incapacité :

Le code civil actuel, à son art. 361 al. 3, indique que le mandant peut demander à l'Office de l'état civil d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt d'un mandat dans la banque de données centrale Infostar. Il est à préciser qu'il s'agit là d'une tâche purement administrative, car ce faisant, l'état civil ne peut vérifier si le mandat existe réellement, ni s'il est valablement constitué, cette tâche revenant à l'APEA. Le but recherché par cette disposition est simplement celui de faciliter la prise de connaissance par l'APEA de l'existence d'un mandat.

Dans le rapport explicatif, il est souligné que la modification du code civil n'entraîne pas d'obligation de dépôt ; le libre choix de la personne concernée de déposer ou non son mandat, et cas échéant dans quel lieu, est donc maintenu. Toujours dans le but de simplifier la procédure, il serait alors bienvenu que, le cas échéant, le mandant puisse annoncer le lieu du dépôt et/ou déposer le mandat auprès d'une seule et même autorité.

Cela étant, nous tenons à relever que si tous les cantons choisissaient une Autorité de protection « cantonale » comme autorité dépositaire, alors, la possibilité actuelle d'inscrire la constitution et le lieu de dépôt du mandat dans la base de données Infostar deviendrait superflue. Conserver cette option ne ferait même que complexifier le processus en augmentant, sans raison, le nombre d'autorités auxquelles s'adresser. En effet, il semble que le but recherché par l'art. 361 al. 3 soit celui de faciliter les démarches du mandant, à qui il appartient de s'assurer que son mandat pour cause d'incapacité soit connu de l'APEA et du mandataire en cas de besoin. En cas de dépôt auprès de l'autorité cantonale désignée (une APEA cantonale), l'inscription auprès de l'état civil n'est plus nécessaire. Dans le cas d'un dépôt alternatif, nous recommanderions que cette information soit notifiée à la même autorité. L'art. 361 al 3 CC et l'art. 23a OEC devraient donc être supprimés. Cette modification allègerait le travail de recherche de l'APEA et faciliterait l'accès du mandant pour cause d'incapacité grâce à l'adoption d'un processus simple et clair.

La possibilité pour le mandant de faire connaître et/ou déposer son mandat auprès d'une même autorité, sans avoir à contacter d'autres entités, mènera certainement à la consolidation du droit à l'autodétermination.

2.2. Ad art. 374 al. 1 CC

Nous soutenons l'extension du cercle des représentants légaux aux personnes menant de fait une vie de couple avec la personne concernée, ainsi qu'à la nouvelle portée du pouvoir de représentation et l'amélioration de l'implication des proches.

2.3. Ad art. 376 al. 1 CC

Nous adhérons à la proposition d'obligation pour les APEA d'examiner la possibilité de confier la curatelle à un proche ou à un autre curateur privé. Par ailleurs, nous soutenons les allègements prévus dans la loi pour les proches nommés curateurs et le renforcement du rôle des proches dans les procédures (établissement des faits, informations, ...), sans pour autant que leur soit accordée automatiquement la qualité de partie à la procédure.

2.4. Ad art. 389a al.1 CC

Bien qu'il soit judicieux de définir la notion de proches dans la loi, il ne sera pas évident de décider lors des procédures si une personne doit être qualifiée de proche au sens de la loi ou non. Par ailleurs, la définition proposée présente une ambivalence, à savoir : « est considérée comme proche la personne qui, par un lien de parenté, une relation personnelle, sa fonction officielle ou son activité professionnelle, est étroitement liée à la personne concernée et semble apte à protéger ses intérêts ». Est-ce que cela évoque la situation d'un collègue de travail devenu une personne de confiance pouvant être assimilée à un « proche » ou d'un professionnel avec lequel la personne concernée est en lien étroit et qui, de fait, peut être assimilé à un proche ?

2.5. Ad art. 389a al.2 CC

Il serait opportun d'ajouter les neveux et nièces, s'ils fournissent une assistance personnelle régulière, dans la mesure où ils seront ajoutés à l'art. 378 CC.

2.6. Ad art. 400 al. 1bis CC

Il se pose la question de savoir sur quelles bases l'Autorité de protection de l'adulte vérifiera si elle peut confier des tâches de curatelle à un proche. Par ailleurs, le fait que des proches puissent être mandatés pour ces tâches comporte des risques pour la relation entre le proche et la personne concernée.

2.7. Ad art. 401 al. 4 CC

La terminologie « à l'avance » prête à confusion, et le dépôt d'une déclaration orale adressée à l'avance à l'APEA peut s'avérer compliquée dans la pratique.

2.8. Ad art. 406 al. 3 CC

En prévoyant que le curateur associe les proches dans l'accomplissement de ses tâches, cela donne le sentiment que les « proches » sont une entité unique avec un avis partagé. Or dans la réalité, les proches ont souvent un avis non partagé entraînant des conflits, etc. Il se pose dès lors la question s'il ne faudrait-il pas prioriser également le relais vers les proches pour les tâches du curateur.

2.9. Ad art. 413 al. 3 CC

Le fait que le curateur puisse informer les proches ne représente-t-il pas un pas en arrière pour l'autodétermination de la personne concernée (si cette dernière est adulte notamment) ?

2.10. Ad art. 431 al.1 et 439 CC

Il est important que la loi fixe la compétence à raison du lieu en cas d'examen périodique au sens de l'art. 431 CC et en cas de contrôle judiciaire au sens de l'art. 439 CC et que dans ces deux situations, l'APEA compétente à raison du lieu soit celle du domicile de la personne placée à des fins d'assistance. En effet, dans le droit de la protection de l'adulte, la compétence à raison du lieu est basée sur le domicile de la personne concernée. Or, si les propositions du Conseil fédéral devaient être retenues, la personne placée à des fins d'assistance risquerait de se retrouver face à une autorité qui n'est pas de son canton et dont elle ne comprendra peut-être pas la langue officielle. En abandonnant le principe du for au domicile de la personne concernée dans le domaine des placements à des fins d'assistance, le suivi de la personne concernée sur le long terme et le suivi des mesures ambulatoires risquent d'être compromis.

2.11. Ad art. 431 al. 3 CC

Il ne ressort pas de la disposition légale quelles conditions nécessiteraient la reprise de la procédure par une autre APEA.

2.12. Ad art. 443ss CC

C'est avec satisfaction que nous prenons acte des précisions apportées dans la loi quant au droit et à l'obligation d'aviser l'autorité de protection ainsi qu'à l'obligation de collaborer et de fournir une assistance administrative.

L'application de ces dispositions légales par les professionnels sera toutefois exigeante et difficile.

2.13. Ad art. 449c al. 2 ch. 1 CC

Le terme « placement » porte à confusion et doit être remplacé par « instauration d'une curatelle » ou « mise sous curatelle ».

En vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre considération distinguée.

Au nom du Conseil d'Etat :

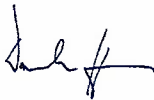
Didier Castella, Président



Didier Castella

Signature électronique qualifiée - Droit suisse

Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat



Danielle Gagnaux-Morel

Signature électronique qualifiée - Droit suisse

L'original de ce document est établi en version électronique

Copie

—
à la Direction de la sécurité, de la justice et du sport, pour elle et le Service de la justice ;
à la Direction des institutions, de l'agriculture et des forêts, pour elle et le Service des affaires institutionnelles et de l'état civil ;
à la Direction de la santé et des affaires sociales ;
à la Chancellerie d'Etat.



Le Conseil d'Etat

2003-2023

Département fédéral de justice et police
Madame Elisabeth Baume-Schneider
Conseillère fédérale
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Concerne : consultation relative à la modification du code civil suisse (protection de l'adulte)

Madame la Conseillère fédérale,

Nous nous référons à la lettre que vous avez adressée le 22 février 2023 aux gouvernements cantonaux concernant la consultation visée en titre.

Le Conseil d'Etat est favorable à la révision projetée qui vise à renforcer le droit à l'autodétermination et la solidarité familiale en impliquant davantage les proches.

Après consultation du Pouvoir judiciaire et plus particulièrement du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, soit l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) à Genève, des observations sur quelques dispositions spécifiques figurent dans le document annexé.

Vous remerciant de nous avoir consultés, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :

Michèle Righetti-El Zayadi

Le président :

Mauro Poggia

Annexe mentionnée

Copie à (format Word et Pdf) : zz@bj.admin.ch

Annexe à la consultation relative à la modification du code civil suisse (protection de l'adulte)

Ad art. 361a

Si une autorité cantonale, chargée de recueillir le dépôt facultatif des mandats pour cause d'incapacité, est instituée, la question de l'articulation de son rôle avec celui de l'office d'état civil, compétent pour en inscrire la constitution et le lieu de dépôt dans son registre fédéral, devrait être réglée. À tout le moins, cette autorité devrait avoir l'obligation d'annoncer à l'état civil le fait qu'elle détient un mandat, sauf à obliger le mandant à accomplir deux actes distincts, le dépôt d'une part et l'annonce d'autre part. Un tel dédoublement des démarches ne semble pas aller dans le sens de la facilitation des mesures personnelles anticipées et alourdit inutilement la charge des autorités de protection (APEA), lesquelles devraient s'adresser à deux autorités distinctes comme la prévoit d'ailleurs l'art. 363 al. 1 de l'avant-projet.

Ad art. 374 à 378

Ces dispositions prévoient de permettre désormais la représentation légale de l'incapable de discernement par la personne menant de fait avec elle une vie de couple (concubin) ; elles étendent aussi les pouvoirs découlant de cette représentation en matière de gestion du patrimoine. Une telle extension devrait s'accompagner de l'introduction d'une disposition analogue à celle de l'art. 403 al. 2 CC, selon lequel l'existence d'un conflit d'intérêt entraîne de plein droit la fin des pouvoirs de représentation pour l'affaire en cause.

Non seulement les conflits d'intérêt abstraits sont plus fréquents lorsque la représentation est assurée par un proche, notamment en raison de la confusion de leur patrimoine en cas de vie commune, mais surtout l'APEA ne dispose, au titre de l'art. 376 CC, que de la faculté de retirer des pouvoirs par hypothèse déjà employés contre les intérêts du représenté, sans pouvoir invalider l'acte matériel correspondant.

Pour le reste, la qualité du concubin n'étant pas aussi aisément démontrable que celle du conjoint ou du partenaire enregistré, l'APEA sera appelée plus régulièrement à constater les pouvoirs de représentation. Cette tâche sera d'autant plus ardue que la notion de « vie de couple » est particulièrement vague et sujette à interprétation, et qu'il est déjà difficile, à ce jour, de déterminer la bienveillance de conjoints mariés, s'agissant de l'assistance régulière.

Enfin, l'on ne peut que regretter la nouvelle formulation de l'art. 376 puisqu'elle laisse entendre, par sa systématique, que la compétence de statuer sur le pouvoir de représentation (al. 2) n'existe que dans les conditions posées par l'alinéa précédent, à savoir si les intérêts du mandant sont compromis ou risquent de l'être (al. 1). Il est donc proposé de maintenir l'ordre actuel des alinéas, le premier étant dévolu à la constatation des pouvoirs sur simple demande, le second à l'intervention disciplinaire de l'APEA.

Ad art. 389a al. 1

Cette disposition définit la notion de proche au sens du droit de la protection de l'adulte et de l'enfant. Le rapport explicatif se réfère à la notion telle qu'elle a été définie par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence relative à l'art. 450 CC, en la restreignant aux parents proches. Or, le texte de l'art. 389a al. 1 étend quant à lui la notion de proche au tiers étroitement lié à la personne concernée de par sa « fonction officielle » – terme vague – ou « son activité professionnelle », ce qui apparaît contraire à la notion même de proche.

Ad art. 400 al. 1bis

Tous les types de curateurs (proches, professionnels, institutionnels) sont, à teneur du droit actuel, placés sur pied d'égalité. Cette nouvelle disposition aboutit à une priorité des curateurs

proches sur les curateurs professionnels, les seconds ne devant pas pouvoir être désignés si les premiers peuvent exercer le mandat.

Le rapport explicatif précise qu'en pratique cette obligation produira surtout des effets dans le domaine de la protection de l'adulte, étant donné que les proches disposent rarement des aptitudes nécessaires pour assurer la curatelle d'un enfant. Pour éviter d'inutiles requêtes et contestations des aptitudes d'un proche (oncle, tante, grand-parent, frère ou sœur majeur, etc.) à revêtir la qualité de curateur d'un mineur, cet alinéa devrait exclure expressément de son champ d'application la protection de l'enfant.

Ad art. 420

Vu l'extension du cercle des personnes pouvant être dispensées, la notion de proche étant élargie de manière significative, la question du maintien de la responsabilité civile causale à hauteur des dispenses ou allègements accordés se pose. Dans ce contexte et compte tenu de la conservation, par l'APAE, de son devoir général de surveillance – qui pourrait s'exercer par sa compétence disciplinaire, sur plainte déposée par tout intéressé contre le curateur (art. 419 CC) – il reste peu compréhensible de faire porter au canton la responsabilité de l'ensemble des acteurs du curateur, si celui-ci n'est pas régulièrement surveillé.

Le principe de subsidiarité, fortement renforcé à l'occasion de cet avant-projet, plaiderait à tout le moins en faveur de la faculté pour l'APEA de déléguer la surveillance du curateur aux autres proches dont l'avant-projet reconnaît la valeur et le soutien, sous la forme, par exemple, d'un conseil de famille connu de l'ancien droit tutélaire (art. 362 à 366 aCC) comme du droit français.

Ad art. 439 al. 1bis

Cette nouvelle disposition clarifie la compétence intercantonale en matière de contrôle judiciaire des placements à des fins d'assistance en reprenant la solution adoptée par le Tribunal fédéral. La compétence du juge du lieu où le placement a été ordonné, et non du lieu où il est exécuté, pose toutefois problème en pratique vu les impératifs d'audition personnelle et de célérité de l'art. 450e al. 4 et 5 CC pour une autorité qui peut se trouver bien loin géographiquement de la personne concernée. Il est donc proposé d'ajouter une disposition instaurant une obligation d'entraide entre les instances d'appel en matière de placement à des fins d'assistance, comme cela est prévu pour les autorités judiciaires aux art. 194ss CPC, en particulier afin de pouvoir déléguer les actes de procédure requis, subsidiairement de permettre des auditions par vidéoconférence.

Ad art. 446a, ch. 2 et 3

À l'instar de ce qui a été relevé pour l'art. 400 al. 1bis de l'avant-projet, le fait d'associer tous les proches à la procédure se prête bien aux procédures de protection de l'adulte mais non aux procédures de protection de l'enfant. L'immixtion des grands-parents, beaux-parents, amis, frère ou sœur majeur, etc. dans la procédure qui oppose les parents ne ferait qu'exacerber un conflit qui, s'il est porté devant l'APEA, emporte certainement déjà des effets délétères sur l'enfant. Cela s'opposerait également à l'absence de principe de publicité prévalant en droit de la famille (art. 54 al. 4 CPC) ainsi qu'au secret de protection prévu par l'art. 451 CC.

La Commission de gestion préconise donc d'exclure les mineurs du champ d'application de l'art. 446a ch. 2 et 3.

Ad art. 449c

La communication des mesures prononcées par l'APEA devrait s'opérer dès que la décision est exécutoire, c'est-à-dire sans attendre qu'elle soit définitive. En ce qui concerne l'état civil, une coordination avec l'art. 43 al. 5 et 6 OEC devra être envisagée, puisque les communications à l'office d'état civil ne peuvent, à ce jour, être adressées que lorsque la décision est entrée en force, autrement dit lorsqu'elle est exécutoire et définitive, moment auquel l'information correspondante est saisie dans le registre informatisé Infostar.

S'agissant de la commune de domicile, il convient de se demander s'il ne paraît pas plus adéquat de prévoir de s'adresser à l'autorité cantonale en charge du registre des habitants au sens de l'art. 6 LHR, voire de la tenue du registre des électeurs selon l'art 4 LDP, en fonction du but poursuivi par une telle communication, les communes genevoises n'étant, à titre d'exemple, chargées ni de l'un ni de l'autre.

Ad art. 451 al. 1bis

L'al. 1 de l'art. 451 CC, consacre le principe du secret qui préside au droit de protection de l'adulte et de l'enfant. Introduire un al. 1bis qui octroie un quasi droit d'information aux proches comme à tout tiers apparaît en contradiction manifeste avec le principe précité. Pour le reste, l'on ne peut que s'opposer à la modification projetée dans la mesure où les droits des tiers sont suffisamment protégés par la possibilité d'être informé, sur simple demande, de l'existence et de l'étendue d'une mesure de protection (al. 2), de même que les droits des proches le sont tout autant par leur réel droit de participation à la procédure (art. 446 al. 2bis et 446 a ch. 2 de l'avant-projet). Enfin, les données contenues dans le dossier de protection étant notoirement sensibles, l'ordre juridique suisse les protège de manière accrue (cf. not. art. 3 lit. c LPD) ; il serait inéquitable qu'une personne, par le seul fait qu'elle soit protégée, puisse voir les informations la concernant être communiquées plus aisément.

Regierungsrat
Rathaus
8750 Glarus

Eidgenössisches Justiz- und Poli-
zeidepartement
3003 Bern
E-Mail an: zz@bj.admin.ch

Glarus, 2. Mai 2023
Unsere Ref: 2023-78

Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)

Hochgeachtete Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

1. Einleitende Bemerkungen

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 luden Sie uns zur Vernehmlassung zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) ein. Wir teilen Ihre Auffassung, dass sich die am 1. Januar 2013 in Kraft getretene Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (KESR) bewährt hat, auch wenn gerade zu Beginn heftige Kritik an den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) und am neuen Recht geäussert wurde. Das neue KESR hatte eine spürbare Professionalisierung zur Folge, wobei dem Subsidiaritätsgedanken konsequent Rechnung getragen wird.

Im Zentrum der vorliegenden Revision stehen die Stärkung der Selbstbestimmung und der Solidarität der Familie, insbesondere durch einen verbesserten Einbezug nahestehender Personen. Auch diese Stossrichtung unterstützt der Regierungsrat des Kantons Glarus. Bei der Änderung des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz) hat der Kanton Glarus diesem Anliegen mit der Einführung des Familienrats bereits im Jahre 2019 Rechnung getragen. So erachtet es der Regierungsrat für angezeigt, dass in Bezug auf das Schweizerische Zivilgesetzbuch entsprechende Möglichkeiten zumindest geprüft werden. Im Weiteren nehmen wir wie folgt zu einzelnen Bestimmungen Stellung:

2. Anmerkungen und Anträge zu den einzelnen Bestimmungen

Art. 374 Abs. 1 und Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 und 8

Es ist zu befürworten, dass zukünftig auch die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner die urteilsunfähige Person vertreten kann. Allerdings stellt sich die Frage der Praktikabilität. Wenn kein gemeinsamer Haushalt und keine Vollmacht, oder ähnliches besteht, inwiefern kann die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner Dritten

(Banken, Versicherungen, Ämtern, etc.) gegenüber belegen, dass das Vertretungsrecht besteht? Es ist aber naheliegend, das gesetzliche Vertretungsrecht relativ eng zu ziehen und auf diejenigen Personen zu beschränken, bei denen aufgrund der Umstände von einem bestehenden Vertrauensverhältnis und einer gelebten Beziehung ausgegangen werden kann.

Art. 376 Abs. 2 Ziff. 2

Wir beantragen eine andere Formulierung. Statt:

(«Sie kann insbesondere über das Vertretungsrecht der von Gesetzes wegen vertretungsberechtigten Person entscheiden und gegebenenfalls: dieser Person die Vertretungsbefugnisse teilweise oder ganz entziehen oder eine Beistandschaft errichten.»). Neu: «...andere behördliche Massnahmen prüfen.»

Die Formulierung gemäss Entwurf lässt ausser Acht, dass wenn einer Person die Vertretungsbefugnisse teilweise oder ganz entzogen wird, im Rahmen der Subsidiarität vorerst zu prüfen ist, ob andere Personen vertretungsberechtigt sind, Vollmachten oder aber ein Vorsorgeauftrag vorliegen. Erst wenn dies nicht der Fall ist, wäre allenfalls eine Beistandschaft zu errichten.

Art. 389a Abs. 1

Grundsätzlich wird die Klärung durch die Definition nahestehender Personen begrüsst. Allerdings wird beantragt, die Passage «amtlicher Funktion oder beruflicher Tätigkeit» zu streichen, da diese unseres Erachtens zu weit geht. Gerade wenn eine Person aufgrund ihrer amtlichen Funktion oder beruflichen Tätigkeit eng vertraut ist mit der betroffenen Person, besteht oftmals ein Abhängigkeitsverhältnis und/oder ein Machtgefälle. Dies würde durch die Wahrnehmung der Interessen der betroffenen Person weiter verstärkt.

Art. 431 Abs. 1

Die vorliegende Änderung bringt eine Klärung bezüglich der örtlichen Zuständigkeit. Es hat diejenige Erwachsenenschutzbehörde den Unterbringungsentscheid zu überprüfen, die diesen gefällt hat. Für die Praxis ist diese Neuerung indessen nur beschränkt hilfreich, weil die wenigsten FU von einer KESB angeordnet werden. In diesen (wenigen) Fällen ist denn auch der Fristbeginn klar. Doch lässt auch die neue Regelung die Frage offen, wie es sich in Bezug auf die ärztlich angeordneten FU verhält und namentlich, wann die 6-monatige Frist in diesen Fällen zu laufen beginnt. Soweit neu die Meinung bestehen sollte, dass bzgl. des Beginns der 6-monatigen Frist, innert welcher eine erste Überprüfung zu erfolgen hat, auf einen Unterbringungsentscheid einer KESB abgestellt werden soll und nicht auf die ärztlich angeordnete Unterbringung, dann kann sich diese 6-monatige Frist nach Massgabe von Art. 429 Abs. 1 ZGB um bis zu 6 Wochen verlängern.

Art. 446 Abs. 2^{bis}

Es wird begrüsst, dass die nahestehenden Personen betreffend die Abklärungen nun explizit erwähnt werden.

Um die Familie und die nahestehenden Personen zu stärken, das System zu aktivieren und allfällige Erwachsenenschutzmassnahmen abwenden zu können, wird zusätzlich beantragt, Abs. 2^{ter} einzufügen, welcher lauten soll (sinngemäss):

Sie kann die von einer bestehenden oder künftigen Erwachsenenschutzmassnahme betroffene Person und ihr nahestehende Personen auffordern, einen Familienrat durchzuführen.

Gestützt auf Art. 70a des Gesetzes über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus steht es der KESB Glarus zu, die Familien zu einem Familienrat aufzufordern. Die KESB Glarus macht mit dem Verfahren des Familienrates sehr gute Erfahrungen, da dadurch das System aktiviert und behördliche Massnahmen gemäss dem Subsidiaritätsprinzip oft verhindert werden können. Beim Familienrat werden Probleme der betroffenen

Person in der Familie und mit nahestehenden Personen und allenfalls weiteren, von der betroffenen Person genannten Personen gelöst. Bei der Erarbeitung von Lösungen sind die Fachpersonen nicht direkt involviert, deren Arbeit konzentriert sich auf die Organisation, Vor- und Nachbearbeitung des Familienrates. Die Teilnehmenden des Familienrates erarbeiten einen Lösungsplan und treffen Vereinbarungen, beispielsweise, welche Person künftig welche Unterstützung übernehmen kann. Nach ein paar Monaten wird ein Folgerat durchgeführt, in welchem die Umsetzung der getroffenen Vereinbarungen überprüft und bei Bedarf angepasst wird.

Mit dem Verfahren des Familienrates können staatliche Interventionen und Massnahmen teilweise verhindert werden. Die Akzeptanz der erarbeiteten Lösungen oder, wenn trotzdem Massnahmen im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes notwendig werden, wird stark gesteigert. Oft werden im Rahmen des Familienrates auch unkonventionelle Interventionen beschlossen, welche dem spezifischen Einzelfall besser gerecht werden können, als dies bei den «professionellen» Interventionen der Fall ist.

Das Verfahren des Familienrates wurde in Neuseeland entwickelt und ist dort ebenfalls gesetzlich verankert. Die vorliegende Gesetzesänderung zielt auf die Stärkung der Familie und von nahestehenden Personen ab. Die Methodik des Familienrates unterstützt genau diesen Ansatz. Weitere Ausführungen dazu finden sich unter: <https://familienratschweiz.ch/forschung/fachartikel/> (Stand 11.04.2023).

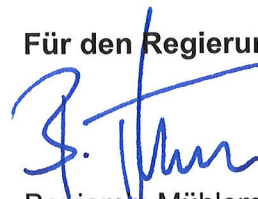
Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2

Die Mitteilung an die Wohnsitzgemeinde, wenn für eine volljährige Person eine Beistandschaft errichtet wurde, welche die Handlungsfähigkeit entzieht oder einschränkt, geht zwar nicht mehr derart weit, wie die am 16.12.2016 beschlossene Fassung, welche per 1.1.2024 in Kraft treten und vorliegend wohl korrigiert werden soll (die Synopse stellt die 2016er-Version dem Entwurf gegenüber), sie geht aber noch immer weit über die heute geltende Regelung hinaus und damit noch immer zu weit. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Wohnsitzgemeinde informiert werden muss, wenn beispielsweise einer Person lediglich die Handlungsfähigkeit im Bereich Gesundheit eingeschränkt wird oder, wenn betreffend den Abschluss von Internetverträgen eine Mitwirkungsbeistandschaft errichtet wird.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat



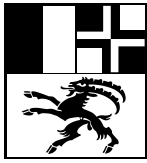
Benjamin Mühlemann
Landammann



Hansjörg Dürst
Ratsschreiber

E-Mail an (PDF- und Word-Version):

- zz@bj.admin.ch



Sitzung vom

30. Mai 2023

Mitgeteilt den

30. Mai 2023

Protokoll Nr.

464/2023

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per E-Mail (PDF- und Word-Version) zustellen an: zz@bj.admin.ch

Vernehmlassung EJPD - Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)

Stellungnahme der Regierung des Kantons Graubünden

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 erhalten die Kantone Gelegenheit, sich zu erwähntem Geschäft zu äussern. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die uns zugesandte Dokumentation haben wir geprüft. Die Regierung des Kantons Graubünden ist mit dem Vorentwurf weitestgehend einverstanden. Zu einzelnen Artikeln erlauben wir uns folgende Hinweise:

1. Bemerkungen zu einzelnen Artikeln

Art. 374 VE-ZGB

Die personelle Erweiterung der vertretungsberechtigten Personen (Ausdehnung auf faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner) wird unterstützt. Eine Definition der "faktischen Lebenspartnerschaft" in den Materialien ist wünschenswert, um Auslegungsschwierigkeiten in der Praxis entgegenzuwirken. Die Materialien sollten entsprechend ergänzt werden.

Antrag: Die Materialien sind mit einer Definition der "faktischen Lebenspartnerschaft" zu ergänzen.

Art. 389a VE-ZGB

Der Einbezug nahestehender Personen in die Arbeit der KESB ist wichtig. Nicht zuletzt auch für die Akzeptanz der angeordneten Massnahmen bei den betroffenen Personen. Die neu eingeführte Legaldefinition in Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB trägt dem Rechnung. Auf die gesetzliche Vermutung gemäss Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB ist hingegen zu verzichten. Es ist davon auszugehen, dass einer effektiv "nahestehenden" Person der Nachweis des "Nahestehens" mühelos gelingt. Ein Widerlegen der gesetzlichen Vermutung durch KESB oder Beistandsperson ist hingegen anspruchsvoll. Bei beiden Möglichkeiten steht den Personen ausserdem der Rechtsmittelweg offen.

Antrag: Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB ist zu streichen.

Art. 441a VE-ZGB

Die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) legt bis anhin statistisches Datenmaterial zur Arbeit der KESB zur Verfügung. Diese Daten fordert die KOKES bei den KESB in der Schweiz ein. Das dadurch gesammelte Datenmaterial ist öffentlich, transparent und von guter Qualität. Es ist unbedingt zu vermeiden, dass der Bundesrat zusätzlich zur KOKES statistische Daten erhebt. Sollte der Bundesrat beabsichtigen, weitergehende Daten zu erheben, ist zu prüfen, ob der Bund auch die Führung der Statistik übernehmen möchte. Mittelfristig wäre eine Bundesstatistik auch für den Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes angezeigt.

Antrag: Die Zuständigkeit zur Führung der Statistik ist dem Bundesamt für Justiz zu übertragen.

2. Kontaktperson

Als Kontaktperson für Rückfragen steht Ihnen Regina Gasser, Aufsicht KESB und juristische Mitarbeiterin Departement für Justiz, Sicherheit und Gesundheit, zur Verfügung (081 257 27 09; regina.gasser@djsq.gr.ch).

Abschliessend danken wir Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.



Namens der Regierung

Der Präsident:

Peter Peyer

Der Kanzleidirektor:

Daniel Spadin

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Département fédéral de justice et police
Madame la Conseillère fédérale
Elisabeth Baume-Schneider

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Par courrier électronique
zz@bj.admin.ch

Delémont, le 6 juin 2023

Consultation fédérale du Département fédéral de justice et police (DFJP). Modification du Code civil suisse (Protection de l'adulte)

Madame la Conseillère fédérale,

Le Gouvernement jurassien remercie le Conseil fédéral de l'avoir consulté. Il peut vous indiquer que concernant l'objet en consultation, il n'a pas de remarques à formuler et y souscrit pleinement.

Tout en vous remerciant de prendre note de sa position, le Gouvernement vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de sa haute considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


Jacques Gerber
Président




Jean-Baptiste Maître
Chancelier d'État



Justiz- und Sicherheitsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 59 17
justiz@lu.ch
www.lu.ch

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

per E-Mail
zz@bj.admin.ch

Luzern, 23. Mai 2023

Protokoll-Nr.: 537

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 22. Februar 2023 haben Sie die Kantonsregierungen im Rahmen eines Vernehmlassungsverfahrens eingeladen, zum Vorentwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches (ZGB) Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns im Namen und Auftrag des Regierungsrates wie folgt:

Wir unterstützen die vorgeschlagene Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz) grundsätzlich und begrüssen insbesondere, dass mit der vorgesehenen Revision das Selbstbestimmungsrecht weiter gefördert, der Einbezug nahestehender Personen verbessert und eine gesetzliche Grundlage für eine schweizweit einheitliche Datenerhebung und Statistik zu den Schutzmassnahmen geschaffen werden soll. Ebenfalls begrüssenswert ist die Klärung hinsichtlich örtlicher Zuständigkeit von Erwachsenenschutzbehörde und Gericht im Bereich der fürsorglichen Unterbringung (FU) durch den Bundesgesetzgeber. Jedoch lehnen wir es ab, dass für die gerichtliche Beurteilung einer ärztlich angeordneten FU eine andere örtliche Zuständigkeit geschaffen wird, als dies in den anderen Fällen gemäss Art. 439 Absatz 1 ZGB der Fall ist.

Zu den einzelnen Bestimmungen gemäss Vorentwurf haben wir folgende Bemerkungen:

zu Art. 361a, 363 Absatz 1 und 368 Absatz 1 VE ZGB

Mit den Änderungen bezüglich Vorsorgeauftrag sind wir einverstanden. Indem die Kantone neu dafür zu sorgen haben, dass Vorsorgeaufträge bei einer Amtsstelle zur Aufbewahrung übergeben werden können, und der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zusätzlich die Pflicht auferlegt wird, sich nebst dem Zivilstandsamt auch bei der vom Kanton bezeichneten Aufbewahrungsstelle nach einem Vorsorgeauftrag zu erkundigen, kann bestmöglich gewährleistet werden, dass der Wille der betroffenen Person durch das rechtzeitige Auffinden des Vorsorgeauftrags tatsächlich berücksichtigt und umgesetzt wird. Das Recht auf Selbstbestimmung wird dadurch weiter gestärkt.

Zu Art. 374, 376 und 378 Absatz 1 VE ZGB

Mit den Anpassungen bei den Vertretungsrechten sind wir ebenfalls einverstanden. Die Ausweitung des Kreises der gesetzlichen Vertreterinnen und Vertreter auf faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner erachten wir als richtig, auch wenn eine klare Definition dazu fehlt und es diesbezüglich zu unklaren Situationen kommen wird. Es lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, weshalb faktische Lebensgemeinschaften anders als Ehen und eingetragene Partnerschaften behandelt werden sollen, sofern es sich dabei ebenfalls um eheähnliche Gemeinschaften handelt. Massgebend muss ein tatsächlich bestehendes Vertrauensverhältnis und eine gelebte Beziehung sein. Zudem wird dem faktischen Lebenspartner bzw. Lebenspartnerin im Bereich von medizinischen Behandlungen bereits heute ein gesetzliches Vertretungsrecht eingeräumt. Weshalb ihm/ihr ein solches für alltägliche Verrichtungen nicht zugestanden werden soll, ist nicht nachvollziehbar.

Art. 389a VE ZGB

Wir finden es richtig, dass für die Definition von nahestehenden Personen auf die tatsächlich gelebte Beziehung abgestellt wird und dass diese mit der betroffenen Person eng vertraut sein und in deren Interesse handeln müssen. Wir würden in Absatz 2 Neffen und Nichten ebenfalls aufführen (oder dann auch bei Art. 378 Absatz 1 Ziffer 8 VE ZGB weglassen).

Art. 400 Absatz 1^{bis} VE ZGB

Diese Bestimmung ist aus unserer Sicht unnötig. Diese Prüfung durch die KESB erfolgt bereits heute.

Art. 401 Absatz 4 VE ZGB

Mit der Ergänzung sind wir einverstanden.

Art. 406 und 413, jeweils Absatz 3 VE ZGB

Für uns ist fraglich, ob es diese Ergänzungen braucht. Der Beistand oder die Beiständin hat grundsätzlich im Interesse der betreuten Person zu handeln. Was dies genau bedeutet, ist im Einzelfall zu beurteilen. Auch wenn wir das Spannungsfeld hinsichtlich Verschwiegenheitspflicht nachvollziehen können, erscheint es uns trotzdem nicht angezeigt, einen Aspekt hier besonders zu betonen.

Art. 420 VE ZGB

Mit den Anpassungen sind wir grundsätzlich einverstanden. Die Problematik dieser Bestimmung liegt jedoch darin, dass die Haftung der KESB trotzdem weiterbesteht, sie aber weniger Kontrolle über die Mandatsführung hat. Die Erleichterungen müssen im Wohl und Interesse der betroffenen Person stehen, nicht im Wunsch oder Interesse des Beistandes/der Beiständin. Gerade bei Laien, die zudem noch persönlich involviert sind, erscheint eine Kontrolle wichtig. Allenfalls müsste die Formulierung "wenn die Umstände es rechtfertigen" noch konkretisiert werden. Wir begrüssen es, dass eine umfassende, gänzliche Entbindung von der Rechenschaftspflicht gegenüber der KESB, wie sie im geltenden Artikel 420 ZGB noch vorgesehen ist, nicht mehr möglich ist.

Art. 431 Absatz 3 VE ZGB

Wir fragen uns, ob "Verfahren" der richtige Begriff ist. Es wäre aus unserer Sicht besser, von "Massnahme" oder "Zuständigkeit" zu sprechen. (Das Verfahren wird nach unserem Verständnis jeweils mit dem Entscheid abgeschlossen.)

Art. 439 Absatz 1^{bis} VE ZGB

Wir begrüssen, dass durch den Bundesgesetzgeber Klarheit hinsichtlich örtlicher Zuständigkeit im Bereich der FU geschaffen wird. Jedoch lehnen wir es ab, dass für die gerichtliche Beurteilung einer ärztlich angeordneten FU eine andere örtliche Zuständigkeit geschaffen wird, als dies in den anderen Fällen gemäss Art. 439 Absatz 1 ZGB der Fall ist. Bundesrechtlich ist die Zuständigkeit für alle Fälle nach Art. 439 Absatz 1 ZGB am Ort der Einrichtung im

Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde vorzusehen. Damit würde eine einheitliche gerichtliche Zuständigkeit für sämtliche in Art. 439 Absatz 1 ZGB aufgeführten Fälle erreicht.

Diese einheitliche Zuständigkeit am Ort der Einrichtung ist im Kanton Luzern durch das EG-ZGB (§ 54) so vorgesehen. Liegt die Einrichtung ausserhalb des Kantons, wird einer der vier im Kanton Luzern bestehenden Gerichtsbezirke (konkret das Bezirksgericht Luzern) als zuständig erklärt. Im Kanton Luzern sind zwei Bezirksgerichte (von insgesamt vier) mit Beschwerden gegen ärztlich angeordnete FU wie auch alle anderen Fälle von Art. 439 Absatz 1 ZGB befasst. Diese beiden Gerichte sind in diesem Fachbereich spezialisiert und eine Verteilung der Fälle auf weitere Gerichte macht aus prozessökonomischen Gründen keinen Sinn. Die vorgesehene Neuregelung der Zuständigkeit führt – je nach Distanz zwischen dem zuständigen Gericht und der Einrichtung, in der sich die betroffene Partei befindet – auch sonst zu einem deutlichen Mehraufwand bzw. zu zusätzlichen Kosten. Es stellt sich die Frage, wer den Transport der betroffenen Partei von der Einrichtung ans Gericht übernimmt und wer die entsprechenden Kosten trägt. Letztlich werden diese zu Lasten des Staates gehen. Ist die betroffene Person nicht transportfähig, muss die Richterperson in der Praxis mit einer Gerichtsschreiberin oder einem Gerichtsschreiber an den Ort der Einrichtung reisen, was bei grösseren Distanzen mehr Zeit in Anspruch nimmt. Im Kanton Luzern ist es zudem bereits heute schwierig, zeitnah verfügbare sachverständige Personen zur Erstellung des Gutachtens gemäss Art. 450e Absatz 3 ZGB zu finden. Diese Schwierigkeit dürfte sich verstärken, wenn die sachverständige Person für die Begutachtung und für die Verhandlung eine weitere Reise zurücklegen muss.

Art. 429 ZGB stellt den Entscheid, ob neben der Erwachsenenschutzbehörde auch Ärzte und Ärztinnen FU anordnen dürfen, in die Kompetenz der Kantone. Entsprechend überrascht es nicht, dass in der Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches eine örtliche Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Errichtung nur für die Fälle von Art. 439 Absatz 1 Ziffern 2 – 5 ZGB befürwortet wurde (vgl. BGE 146 III 377 E. 6.2), und die Bezeichnung des zuständigen Gerichts im Fall von Art. 439 Absatz 1 Ziffer 1 ZGB den Kantonen überantwortet wurde. Es hat sich in der Folge gezeigt, dass es in interkantonalen Konstellationen mangels einheitlicher gesetzlicher Regelung zu negativen Kompetenzkonflikten kommen kann. Das Bundesgericht hat diesen negativen Kompetenzkonflikt in BGE 146 III 377 dahingehend gelöst, als es entschieden hat, dass für die Beurteilung der Beschwerde gegen die ärztlich angeordnete FU interkantonal das Gericht am Ort zuständig ist, wo die Unterbringung angeordnet wurde. Das Bundesgericht sagt in diesem Urteil jedoch auch, dass eine Zuständigkeit am Ort der Einrichtung, wenn sie denn Gesetz geworden wäre, ebenfalls interkantonal Klarheit geschaffen und sich auf gute Gründe hätte stützen können (BGE 146 III 377 E. 6.2). Mit anderen Worten schliesst das erwähnte Bundesgerichtsurteil eine gesetzliche Regelung, welche für den Fall von Art. 439 Absatz 1 Ziffer 1 ZGB eine örtliche Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Errichtung vorsieht, nicht aus.

Bei der jetzt vorgeschlagenen Regelung kann es zu Doppelspurigkeiten kommen. So ist nicht auszuschliessen, dass im Einzelfall auf eine ärztlich angeordnete Unterbringung zeitnah die Abweisung eines Entlassungsgesuches durch die Einrichtung folgt und im Falle der Anrufung des Gerichts in beiden Fällen sowohl das Gericht am Ort, wo der Arzt oder die Ärztin die Unterbringung angeordnet hat, als auch das Gericht am Ort der Einrichtung (Überprüfung der Abweisung des Entlassungsgesuches) praktisch zeitgleich über die FU zu befinden hätte. Abgesehen von der Beanspruchung doppelter Ressourcen auf Seiten der Justiz kann auch nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die beiden zeitgleich befassten Gerichte zu unterschiedlichen Entscheidungen gelangen. Wird an der Regelung gemäss Vorentwurf festgehalten, sollte wenigstens vorgesehen werden, dass die im Entwurf vorgesehene Regelung nur gilt, wenn es um eine interkantonale Abgrenzung geht, will heissen, dass innerkantonal immer das Gericht am Ort der Einrichtung zuständig ist. Zu regeln wäre zudem, dass für die Beurteilung der entsprechenden Rechtsmittel und die Berechnung der übrigen Fristen die Ausführungsbestimmungen des Kantons am Ort der Einrichtung gelten.

Art. 441a VE ZGB

Wir finden es richtig, dass die nationale Statistik im ZGB verankert wird. In diesem Sinne würden wir Absatz 2 nicht nur als "kann"-Bestimmung formulieren, sondern als Verpflichtung.

Art. 443 und 443a VE ZGB

Mit den neuen Bestimmungen zu den Melderechten und -pflichten sind wir einverstanden. Wir finden die Angleichung an den Kinderschutz angezeigt. Begrüssenswert ist die Ausweitung der gesetzlichen Meldepflichten auf Fachpersonen aus den Bereichen der Personen- und Vermögenssorge, die beruflich regelmässig Kontakt zu hilfsbedürftigen Personen haben. Gerade ältere Menschen sind unter Umständen besonders schutzbedürftig und potentiell gefährdet. Um solche Personen besser zu schützen, erscheint es sinnvoll, die Meldepflichten auszuweiten. Im Bereich des Kinderschutzes wurde auf Bundesebene in Rahmen einer früheren Revision bereits eine entsprechende Anpassung vorgenommen. Der Kanton Luzern kennt bereits eine weitergehende Regelung hinsichtlich der Meldepflicht von Mitarbeitenden des Kantons, der Gemeinden und privater Institutionen in den Bereichen Bildung, Betreuung und Pflege betreffend erwachsener Personen und auch Kinder (§ 46 Absatz 2 EGZGB). Die vorgesehene Bestimmung im Erwachsenenschutzrecht auf Bundesebene im Sinne einer schweizweit einheitlichen Regelung wird als sinnvoll erachtet. Zudem würden neu auch explizit Personen im Bereich der Vermögenssorge der Meldepflicht unterstehen, womit der Schutz hilfsbedürftiger erwachsener Personen weiter verstärkt wird.

Art. 446a VE ZGB

Grundsätzlich begrüssen wir die Präzisierungen zu den am Verfahren beteiligten Personen. Für uns ist jedoch nicht ganz klar, was es dann genau bedeutet, am Verfahren Beteiligter oder Beteiligte zu sein. Und was geschieht, wenn nahestehende oder weitere Personen sich gar nicht ins Verfahren einbinden lassen wollen?

Art. 449c Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a VE ZGB

Die Präzisierung respektive Einschränkung bezüglich der Mitteilung von Beistandschaften an die Wohnsitzgemeinde scheint uns richtig.

Art. 451 VE ZGB

Wir begrüssen, dass zur Auskunftserteilung keine Verordnung erlassen wird. Die Erteilung von Auskünften über Erwachsenenschutzmassnahmen funktioniert in der Praxis.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Paul Winiker
Regierungsrat



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Envoi par courrier électronique

Département fédéral de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

Consultation sur l'avant-projet relatif à la modification du code civil suisse (Protection de l'adulte)

Madame la conseillère fédérale,

Le Conseil d'État vous remercie de l'avoir associé à la procédure de consultation relative à l'avant-projet de modification du code civil suisse (Protection de l'adulte). Le gouvernement neuchâtelois salue les objectifs visés et soutient globalement cet avant-projet.

Le gouvernement neuchâtelois est particulièrement sensible au renforcement du droit à l'autodétermination des individus, par le dépôt du mandat pour cause d'incapacité partout en Suisse. Il adhère aussi pleinement à l'intention de favoriser la solidarité familiale, en intégrant dans le cercle des représentants légaux, la personne menant de fait une vie de couple avec l'intéressé-e.

Cependant, le Conseil d'État saisit l'opportunité d'apporter quelques remarques plus spécifiques sur cet avant-projet.

Tout d'abord sur l'implication des proches dans le cadre de la procédure en mesure de protection, qui renforcera la reconnaissance des personnes qui accompagnent et entourent, voire portent au quotidien, une personne en difficulté.

Cette approche nécessitera une instruction « fine » par l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA), afin de garantir la sécurité des liens familiaux et affectifs. Lorsque la désignation d'un-e proche n'est pas possible, alors la personne mandatée doit bénéficier d'une formation adéquate et spécifique aux difficultés de la personne concernée.

Enfin, il est à relever que si la définition de la notion de proches est bien accueillie, il s'agit d'assurer une distinction claire entre les proches appelé-e-s à gérer une mesure de protection, et celles et ceux qui sont des professionnel-le-s mandaté-e-s par l'APEA, pour leurs compétences spécifiques.

NE

En vous remerciant d'avoir pris connaissance de ce qui précède, nous vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, à l'expression de notre haute considération.

Neuchâtel, le 31 mai 2023

Au nom du Conseil d'État :

Le président,
L. KURTH

La chancelière,
S. DESPLAND





CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidg. Justiz- und Sicherheitsdepartement
EJPD
Bundesrätin Elisabeth Baume-Schneider
Bundeshaus West
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
sekretariat@nw.ch
Stans, 23. Mai 2023

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz). Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Brief vom 22. Februar 2023 unterbreiteten Sie uns den Entwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) mit der Bitte, bis zum 31. Mai 2023 eine Stellungnahme abzugeben.

Wir danken Ihnen für diese Möglichkeit und lassen uns wie folgt vernehmen.

1 Wirksame Ausgestaltung des Vorsorgeauftrages: Hinterlegung, Erkundigungspflicht und Validierung (Art. 361, Art. 361a, Art. 362, Art. 363 Abs. 1, Art. 368 Abs. 1 VE-ZGB)

Wir begrüssen die Änderungen im Zusammenhang mit der wirksameren Ausgestaltung des Vorsorgeauftrages gemäss dieser Vorlage. Es bleibt anzumerken, dass der Kanton Nidwalden bereits über eine Regelung betreffend die Hinterlegung von Vorsorgeaufträgen verfügt.

2 Erweiterung des Kreises der gesetzlichen Vertretung und ihrer Vertretungsrechte (Art. 374, Art. 376, Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 und 8 VE-ZGB)

Gemäss dem erläuternden Bericht vom 22. Februar 2023 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens wird der Anwendungsbereich von Art. 374 in personeller und materieller Hinsicht ausgedehnt. Gemäss Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB soll neuerdings der faktischen Lebenspartnerin oder dem faktischen Lebenspartner, der mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, ebenfalls ein gesetzliches Vertretungsrecht zukommen. Wir begrüssen die Stossrichtung dieser Änderung, die Art. 374 ZGB an die aktuelle Lebensrealität anpasst und die faktische Lebenspartnerschaft der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft gleichstellt.

In materieller Hinsicht kommt den gesetzlichen Vertretern zukünftig eine erheblich grössere Vertretungskompetenz zu. Gemäss Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 VE-ZGB soll auf die Unterscheidung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Verwaltung verzichtet werden. Die Kontrolle über die Vermögensverwaltung beschränkt sich dabei ausschliesslich auf die Geschäfte nach Art. 396 Abs. 3 OR (d. h. den Abschluss eines Vergleiches, die Annahme eines

Schiedsgerichts, das Eingehen wechselrechtlicher Verbindlichkeiten und Grundstück-veräusserungen). Der Schutz der betroffenen urteilsunfähigen Person wird damit im Vergleich zum geltenden Recht geschwächt. Eventuell wäre es daher sinnvoll, wenn gewisse in Art. 416 Abs. 1 ZGB genannte Geschäfte ebenfalls der Zustimmung der KESB unterstellt würden, um den Schutz der urteilsunfähigen Personen zu verbessern.

Gerade unter Berücksichtigung dieser Erweiterung der Kompetenzen einer gesetzlich zur Vertretung ermächtigten Person ist unseres Erachtens von grosser Bedeutung, dass dem Gesetzestext und den Materialien differenzierte Kriterien zu entnehmen sind, wann eine Person als faktischer Lebenspartner im Sinne von Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB zu qualifizieren ist und ihr damit gesetzliche Vertretungsbefugnisse zukommen.

Der Gesetzestext hält in Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB lediglich fest:

"Wer [...] als faktische Lebenspartnerin oder faktischer Lebenspartner mit einer Person, die urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet, hat von Gesetzes wegen ein Vertretungsrecht [...]"

Der erläuternde Bericht vom 22. Februar 2023, S. 32, ergänzt:

*"[...] Entsprechendes gilt aber auch für faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner, **insbesondere**, wenn es sich dabei um eine eheähnliche Gemeinschaft handelt, d. h. eine Verbindung, die eheähnlich gelebt wird, ohne dass das Paar miteinander verheiratet ist."* (S. 32)

Das "insbesondere" lässt die Frage aufkommen, welche anderen, nicht eheähnlichen Lebensgemeinschaften hier noch mitgemeint sein könnten. Dies lässt aus unserer Sicht zu viel Interpretationsspielraum offen, besonders in Anbetracht des Umstands, dass der erläuternde Bericht zugleich erwähnt, das gesetzliche Vertretungsrecht sei "relativ eng zu ziehen" (erläuternder Bericht vom 22. Februar 2023, S. 33). Da den Materialien in der Praxis bei der Auslegung dieser Bestimmung ein grosses Gewicht zukommen wird, ist hier inhaltliche und sprachliche Klärung vorzunehmen.

Weiter hält der erläuternde Bericht vom 22. Februar 2023 (S. 33) fest:

*"Es ist daher naheliegend, das gesetzliche Vertretungsrecht relativ eng zu ziehen und auf diejenigen Personen zu beschränken, **bei denen aufgrund der Umstände von einem bestehenden Vertrauensverhältnis und einer gelebten Beziehung ausgegangen werden kann.**"*

Anhaltspunkte, unter welchen Umständen ein "bestehendes Vertrauensverhältnis" und "eine gelebte Beziehung" anzunehmen sind, lassen sich weder dem Wortlaut von Art. 374 VE-ZGB noch dem erläuternden Bericht vom 22. Februar 2023 entnehmen.

Wir fordern, dass Art. 374 VE-ZGB im Sinne einer Legaldefinition festhält, wann von einer faktischen Lebenspartnerschaft im Sinne von Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB auszugehen ist respektive welche Anforderungen an den "persönlichen Beistand" zu stellen sind (insbesondere wenn die potenzielle Lebenspartnerin gerade keinen gemeinsamen Haushalt mit der hilfsbedürftigen Person teilt). Nur so kann eine schweizweite einheitliche Handhabung dieser doch sehr zentralen Frage gewährleistet werden. Die Auslegung des Begriffes des faktischen Lebenspartners ist von grosser Tragweite, da mit der Vorlage nicht nur der Kreis der gesetzlich zur Vertretung ermächtigten Personen erweitert wird, sondern diesen, wie erwähnt, zukünftig ebenfalls umfassendere Vertretungsrechte zukommen (Art. 374 Abs. 2 VE-ZGB).

Ungelöst sind unseres Erachtens zudem folgende Konstellationen:

- Die Partner A und B teilen sich keinen gemeinsamen Haushalt, sondern leben in verschiedenen Städten (denkbar auch in verschiedenen Ländern). Nun wird der Partner B urteilsunfähig. Der Partner A macht geltend, er habe seinem Partner B jeweils persönlichen Beistand geleistet. Die KESB wird von Partner A gestützt auf Art. 376 Abs. 2 Ziff. 1 VE-ZGB angerufen, weil sein Vertretungsrecht bestritten wird. Er ersucht nun darum, dass ihm eine Urkunde zur Wiedergabe seines Vertretungsrechtes ausgestellt werde. Nach welchen Kriterien und gestützt auf welche Beweiserhebungen soll nun die KESB die Frage

beurteilen, ob der Lebenspartner A dem Partner B jeweils "persönlichen Beistand" im Sinne von Art. 376 Abs. 1 VE-ZGB geleistet hat?

- Wie ist diese Frage bei polyamoren Beziehungen zu beurteilen, bei denen sich naturgemäss mehrere Personen gegenseitig persönlichen Beistand im Sinne einer eheähnlichen Beziehung leisten? Nehmen wir an, die Partner A, B und C leisten sich gegenseitig persönlichen Beistand und führen eine eheähnliche Beziehung. Kann die KESB im Falle der Urteilsunfähigkeit von B, dem Partner A und C eine Urkunde im Sinne von Art. 376 Abs. 2 Ziff. 1 ausstellen? Mit anderen Worten ist es möglich, gestützt auf Art. 374 Abs. 1 ZGB mehrere vertretungsberechtigte Personen zu haben?

Die Ausführungen des erläuternden Berichts vom 22. Februar 2023 (S. 56) wonach bewusst auf eine gesetzliche Definition der faktischen Lebensgemeinschaft verzichtet wurde, überzeugen nicht. Der Hinweis, dass schon unter geltendem Recht der faktischen Lebenspartnerin das Vertretungsrecht in medizinischen Fragen nach Art. 378 ZGB zukommt (S. 57 des erläuternden Berichts), entschärft das genannte Problem nicht. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB setzt ganz im Gegensatz zu Art. 374 VE-ZGB voraus, dass die vertretungsberechtigte Person mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet. Denkbar wäre unseres Erachtens auch, das Vertretungsrecht nach Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB einzuschränken und analog zum medizinischen Vertretungsrecht nach Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB für den faktischen Lebenspartner persönlichen Beistand und einen gemeinsamen Haushalt vorauszusetzen.

3 Besserer Einbezug nahestehender Personen

3.1 Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB: Äusserung eines Wunsches betreffend einzusetzende Beistandsperson

Schon gemäss Art. 401 Abs. 2 ZGB des geltenden Rechts werden die Wünsche der Angehörigen (neu: nahestehende Personen) bei der Ernennung einer Beistandsperson berücksichtigt. Gemäss der Vorlage soll zukünftig jedoch die betroffene oder nahestehende Person diesen Wunsch mündlich oder schriftlich auch im Voraus gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde äussern können (Art. 401 Abs. 3 VE-ZGB).

→ Die Änderung gemäss Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB ist aus materiellen und organisatorischen Gründen abzulehnen:

In materieller Hinsicht fügt sich die Abgabe eines "Wunsches im Voraus" nur schlecht in die bereits bestehende Systematik des Erwachsenenschutzes ein. Grundsätzlich besteht für das Bedürfnis zur selbständigen Bestimmung, wer im Falle der eigenen Urteilsunfähigkeit vertretungsberechtigt sein soll, das Institut des Vorsorgeauftrages. In diesem Sinne ist die Äusserung eines Voraus-Wunsches obsolet. Das Argument, dass es sich um eine niederschwellige und im Gegensatz zur Errichtung eines Vorsorgeauftrages einfachere Handhabung handelt, ist denn auch gerade die Schwäche an diesem Institut. Grundsätzlich sind an die Äusserung eines Voraus-Wunsches ähnliche Anforderungen wie an die Erstellung eines Vorsorgeauftrages zu stellen (unter Umständen Prüfung der Urteilsfähigkeit der Person im Zeitpunkt der Abgabe ihres Wunsches zu prüfen; Prüfung der Stellung der nahestehenden Person). Wird dann tatsächlich nach einer gewissen Zeit eine Beistandschaft errichtet, ist für die KESB ohnehin der aktuelle mutmassliche (und nicht der hinterlegte) Wille der betroffenen Person massgebend.

In organisatorischer Hinsicht fehlen zudem Strukturen, die es ermöglichen, ohne vorgängige Geschäftseröffnung Voraus-Wünsche entgegenzunehmen. Zudem ist deren Umsetzung bei der heutigen Mobilität nicht praktikabel. Es fehlt ein Mechanismus, der sicherstellt, dass bei einem Wohnsitzwechsel der vorgängig geäusserte Wunsch der neu zuständigen KESB weitergeleitet würde. Der Hinweis des erläuternden Berichts, Seite 61, wonach bewusst von der Eintragung eines solchen Wunsches im Zivilstandsregister und einer Erkundigungspflicht der KESB abgesehen worden sei, da im Sinne der Selbstverantwortung die betroffene Person

selber dafür sorgen solle, dass die zuständige Erwachsenenschutzbehörde von ihrem Wunsch Kenntnis erhält, hilft hier auch nicht weiter. In letzter Konsequenz wird Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB toter Buchstabe bleiben und im ungünstigsten Fall Missmut bei der Bevölkerung gegenüber der KESB schüren, wenn die KESB von ihren vorgängig geäusserten Wünschen keine Kenntnis hat.

→ Aus all diesen Gründen ist Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB ersatzlos zu streichen.

3.2 Art. 420 VE-ZGB: Erleichterungen für nahestehende Personen als Beiständin oder Beistand

Wird die Beistandschaft durch eine nahestehende Person geführt, so besteht gemäss Art. 420 VE-ZGB die Möglichkeit, dass die Erwachsenenschutzbehörde, wenn die Umstände es rechtfertigen, ihr bei der Inventarpflicht sowie der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage Erleichterungen gewährt.

Wir begrüssen die in Art. 420 VE-ZGB vorgenommenen Anpassungen, wonach insbesondere keine Entbindung von der Inventarpflicht sowie keine gänzliche Entbindung von der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage mehr möglich ist. Von Bedeutung ist aus unserer Sicht jedoch, dass der Gesetzgeber genauere Anhaltspunkte dafür erarbeitet, welche konkreten Erleichterungen bei der Inventarpflicht sowie der Pflicht zur periodischen Rechnungsablage nahestehenden Personen als Beiständin oder Beistand gewährt werden können.

Der erläuternde Bericht vom 22. Februar 2023 (S. 42) verweist hierzu auf das Merkblatt vom November 2016 der KOKES und führt aus:

"[...] Sowohl die Befreiung von den Pflichten gegenüber der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als auch die in Frage kommenden konkreten Erleichterungen werden im Merkblatt ausführlich behandelt und es gilt folgende Empfehlung:

«Für Angehörige sind – sofern sie das wollen und einfache Verhältnisse vorliegen – im Regelfall Erleichterungen vorzusehen. Ausschlaggebend bei der Frage, ob und von welchen Pflichten entbunden resp. Erleichterungen gewährt werden können, ist das Interesse der verbeiständeten Person.»

Das Merkblatt äussert sich unter Ziff. 3.2.1. konkret zur Umsetzung in Bezug auf das Inventar und unter Ziff. 3.2.3. auf die Rechnungsablage. Die KESB NW macht in ihrem praktischen Alltag trotzdem die Erfahrung, dass sich der Umgang mit den Erleichterungen, welchen Angehörigen im Sinne von Art. 420 ZGB gewährt werden können, äusserst anspruchsvoll gestaltet. Die zwar sehr geschätzten, hinsichtlich der Erleichterung der Inventarpflicht und der Pflicht zur Rechnungsablage jedoch eher rudimentär gehaltenen Hinweise der KOKES gemäss Merkblatt vom November 2016 vermögen dabei nicht hinreichend Klarheit zu schaffen.

3.3 Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB, Art. 446a Ziff. 3 VE-ZGB: Stärkung der Verfahrensstellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Grundsätzlich begrüssen wir die Stossrichtung der mit der Stärkung der verfahrensrechtlichen Stellung von nahestehenden Personen einhergehenden Änderungen. Jedoch sehen wir in der Umsetzung dieser Anpassungen grosse praktische Herausforderungen, die gewisse Anpassungen der Vorlage erfordern.

Der erläuternde Bericht vom 22. Februar 2023 (S. 67) umschreibt die Aufgabe der KESB bei der Klärung der Frage, ob eine Person als nahestehende Person in das Verfahren einzubeziehen ist, wie folgt:

"Sind in einem Verfahren nahestehende Personen in Erscheinung getreten beziehungsweise bekannt, so trifft die KESB einen (Zwischen-)Entscheid über deren Verfahrensbeteiligung. Sie trifft diesen Entscheid entweder von Amtes wegen, wenn sie die Einräumung der Parteistellung an eine bestimmte nahestehende Person als im Interesse der betroffenen Person erforderlich erachtet. Sie hat aber auch auf Antrag einer nahestehenden Person über deren Verfahrensbeteiligung zu entscheiden. Dabei prüft die KESB, ob die antragstellende Person als nahestehend gemäss Artikel 389a VE-ZGB zu qualifizieren ist."

Das heisst, die KESB hat zu klären, ob einer bestimmten Person infolge Verwandtschaft, persönlicher Beziehung, amtlicher Funktion oder beruflicher Tätigkeit mit der betroffenen Person eng vertraut ist und als geeignet erscheint, deren Interesse wahrzunehmen (Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB). Wir befürchten, dass mit der vorgeschlagenen Regelung die Klärung, wer als nahestehende Person zu qualifizieren ist, unnötig aufgebauscht wird und dadurch die KESB ihre Ressourcen auf Nebenschauplätzen verliert, anstatt dass sie sich um ihren Kernauftrag, das heisst die Wahrung der Interessen der betroffenen Person, kümmern kann. Unseres Erachtens werden mit der derzeit geltenden Regelung die Interessen der nahestehenden Personen hinreichend gewahrt, ohne dass die Umsetzung in der Praxis unnötig verkompliziert und wertvolle Ressourcen auf Nebenschauplätzen verloren gehen.

Gemäss Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB können neuerdings explizit auch Personen, die in "amtlicher Funktion oder beruflicher Tätigkeit" mit der betroffenen Person eng vertraut sind, unter Umständen als nahestehende Personen qualifiziert werden. Das Kriterium der "engen Vertrautheit" setzt Gegenseitigkeit und ein Verhältnis auf Augenhöhe voraus. Amtliche Funktionen oder berufliche Tätigkeiten, die von ihrer Natur her formal und hierarchisch oder von fachlicher Abhängigkeit geprägt sind, eignen sich nicht als neuer Anknüpfungspunkte für eine nahestehende Person.

→ Daher ist der Hinweis auf Personen in "amtlicher oder beruflicher Tätigkeit" aus dem Wortlaut von Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB zu streichen.

4 Gesetzliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit von KESB und Gericht im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung

Wir begrüssen die Änderungen im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit von KESB und Gericht im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung.

5 Melderechte und Meldepflichten im Erwachsenenschutz

5.1 Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB

Gemäss Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB sollen Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, ebenfalls meldeberechtigt sein, wenn eine Meldung im Interesse einer hilfsbedürftigen urteilsunfähigen Person liegt.

Diese Änderung ist zu begrüssen. Für die Praxis von grosser Bedeutung wäre zudem, dass bei meldeberechtigten Personen im Sinne von Art. 443 Abs. VE-ZGB, die gegenüber der KESB eine Meldung eingereicht haben, für weiterführende Informationen gegenüber der KESB keine Entbindung von der Schweigepflicht mehr notwendig wäre.

Wenn beispielsweise eine Ärztin im Sinne von Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB der KESB eine Meldung macht und diese im Rahmen der Abklärungen zudem auf einen Arztbericht angewiesen ist, so wäre es sinnvoll, wenn die KESB die Ärztin nicht noch von der beruflichen Schweigepflicht entbinden lassen müsste, damit diese zur Berichterstattung befugt ist. Dies ist insbesondere in Fällen mit hoher zeitlicher Dringlichkeit von grosser Bedeutung.

Falls dies seitens des Gesetzgebers ohnehin schon so angedacht ist, dass meldeberichtigte Personen der KESB im Anschluss an das Einreichen einer Gefährdungsmeldung weitergehende Informationen zukommen lassen können, ohne Entbindung von der beruflichen Schweigepflicht, so wäre es hilfreich, wenn die Materialien explizit auf diesen Mechanismus hinweisen.

5.2 Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB:

Der Wortlaut von Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB soll gemäss Revision so angepasst werden, dass zukünftig der Wohnsitzgemeinde nur mitgeteilt wird, wenn die Erwachsenenschutzbehörde eine volljährige Person "unter eine Beistandschaft gestellt hat, welche die Handlungsfähigkeit entzieht oder einschränkt".

Unseres Erachtens handelt es sich dabei um eine falsche Einschränkung der Mitteilungspflicht.

Für die Gemeinde ist es nicht von grosser Relevanz zu wissen, ob die Handlungsfähigkeit einer Person entzogen oder eingeschränkt wurde, ist doch die Gemeinde nicht in Rechtsgeschäfte der betroffenen Person involviert. Viel relevanter ist es für die Gemeinde als auch für den Schutz der betroffenen Person, dass die Gemeinde Kenntnis einer Vertretungsbeistandschaft insbesondere in den Bereichen Administration und Finanzen hat, und zwar unabhängig von der Frage der Einschränkung der Handlungsfähigkeit. Auf diese Weise kann die Gemeinde bei Personen, die sich ihr gegenüber in diesen Bereichen auffällig verhalten, die Beistandsperson informieren, damit die Betroffenen möglichst schnell durch ihren Beistand unterstützt werden können.

→ Damit schlagen wir vor, dass die Gemeinde stets über die Errichtung einer Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 ZGB zu informieren ist.

6 Nicht behandeltes Geschäft: Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB

"Der Bundesrat hat in seinem Bericht vom 29. März 2017 die Forderung nach einer Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB noch einmal aufgenommen. Nach erneuter Prüfung ist er aber zum Ergebnis gelangt, dass es heute keine Gründe gibt, auf den Entscheid des Gesetzgebers aus dem Jahr 2006, d.h. auf die Schaffung eines Bundesverfahrens zu verzichten, zurückzukommen. Eine Vereinheitlichung des Verfahrens auf Stufe Bundesrecht steht damit heute nicht zur Diskussion", so der erläuternde Bericht vom 22. Februar 2023 (S. 53 f.).

Aus unserer Sicht sollte die Forderung nach einer Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB noch einmal aufgenommen werden. Mit dem vorgelegten Revisionsentwurf wird die Diskussion jedoch gerade nicht geführt. Für eine schweizweite verfahrensrechtliche Regelung spricht schon alleine der Umstand, dass der Inhalt der vorliegenden Revision stark von verfahrensrechtlichen Fragestellungen geprägt ist, wie die Stärkung der Verfahrensstellung von nahestehenden Personen oder die gesetzliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung. Zudem ist ebenfalls fraglich, ob es sinnvoll ist, wenn bei der heutigen Mobilität jeder Kanton das Verfahren im Rahmen seiner Kompetenzen im Sinne von Art. 450 f. ZGB unterschiedlich regelt. Zur weiteren Begründung verweisen wir auf den Aufsatz von Dörflinger, Wanderung im Gebirge – Zwischenhalt mit Routenplanung, ZKE 2/2023, S. 99 ff.

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES


Joe Christen
Landammann




lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:
-zz@bj.admin.ch



CH-6060 Sarnen, Enetriederstrasse 1, SSD

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

per Mail an:
zz@bj.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.4599
Unser Zeichen: ks

Sarnen, 17. Mai 2023

**Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz);
Stellungnahme.**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Für die Einladung zur Vernehmlassung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) danken wir Ihnen.

Wir unterstützen die eingeschlagene Stossrichtung der Revision, insbesondere die Stärkung des Vorsorgeauftrags und der gesetzlichen Vertretungsrechte. Die Regelung des Einbezugs von nahestehenden Personen erachten wir als sinnvoll, da dieser für das Gelingen von zivilrechtlichen Schutzmassnahmen für hilfsbedürftige Personen von grosser Bedeutung ist.

Der Kanton Obwalden verzichtet in diesem Vernehmlassungsverfahren auf eigene Ausführungen. Stattdessen verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) vom 10. Mai 2023, welche wir vollumfänglich unterstützen. Besonders hervorheben möchten wir hierbei die Ausführungen zu Art. 441a. Im Bereich der Statistik sind bundesrechtliche Vorgaben notwendig, um eine einheitliche und sinnvoll einsetzbare Datengrundlage zu haben. Wir regen an, mindestens mittelfristig eine Bundesstatistik anzustreben.

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse



Christoph Amstad
Landammann

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder der Bundesversammlung
- Amt für Justiz
- Kantonspolizei
- Sozialamt
- Gerichte
- Staatskanzlei (Kommunikation)

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
Frau Bundesrätin Elisabeth Baume-Schneider
Bundeshaus West
3003 Bern

(per E-Mail zugestellt an: zz@bj.admin.ch)

Luzern, 10. Mai 2023

**Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) /
Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf vom 22. Februar 2023**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die KOKES (Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz) dankt Ihnen für die Möglichkeit, zur rubrizierten Vorlage Stellung nehmen zu können. Einleitend erlauben wir uns einige grundsätzliche Überlegungen zum Reformvorhaben. Anschliessend äussern wir uns zu den einzelnen Bestimmungen (die Anpassungen, die wir anregen, sind in einem Kasten dargestellt). Am Schluss erlauben wir uns zwei Hinweise zu weiterem Revisionsbedarf.

1. Grundsätzliche Rückmeldung

Vorab ist – in Übereinstimmung mit dem Bundesrat – festzuhalten, dass sich die am 1.1.2013 in Kraft getretene Neuregelung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts bewährt hat. Die Umsetzung der gesetzlichen Bestimmungen erfolgt in weiten Teilen problemlos. Bei Unklarheiten hat die Praxis Lösungen gefunden oder die KOKES hat Empfehlungen formuliert – im Fokus aller Bestrebungen ist das Wohl der hilfsbedürftigen Kinder und Erwachsenen.

Mit dem vorliegenden Vorentwurf soll keine Neuausrichtung gemacht werden, sondern die ursprünglich formulierten Ziele werden gestärkt. Die KOKES unterstützt die Stossrichtung des Vorentwurfs. Der Einbezug von nahestehenden Personen ist für das Gelingen von zivilrechtlichen Schutzmassnahmen für hilfsbedürftige Kinder und Erwachsene von grosser Bedeutung.

Die Verbesserungen beziehen sich auf die rechtlichen Grundlagen, was nicht zwingend bedeutet, dass auch die Praxis angepasst werden muss. Der vorliegende Vorentwurf entspricht in weiten Teilen der bereits gelebten Praxis: Wo der Einbezug von nahestehenden Personen dem Interesse der hilfsbedürftigen Person dient, wird dies von den KESB und Beistandspersonen bereits heute gemacht¹. Mit den gesetzlichen Anpassungen wird diese Praxis untermauert und als gesamtschweizerischer Standard festgesetzt. Punktuell werden durch die Nachjustierung des Bundesrechts neue Möglichkeiten geschaffen, die die Selbstbestimmung und Solidarität der Familie stärken.

Die KOKES ist mit dem Vorentwurf weitgehend einverstanden. Vereinzelt werden marginale Anpassungen vorgeschlagen. Den wichtigsten Vorbehalt haben wir bezüglich der Statistik: mittel-/langfristig scheint eine Bundesstatistik angemessen.

¹ Vgl. dazu auch die Feststellungen im Gutachten von Roland Fankhauser vom 26. Februar 2019 «Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht», Download unter: www.bj.admin.ch > Gesellschaft > laufende Rechtsetzungsprojekte > Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Vorsorgeauftrag

Art. 361a VE-ZGB (neu)

In vielen Kantonen ist die Hinterlegung des Vorsorgeauftrags bei einer zentralen Stelle bereits heute möglich, in diesen Kantonen besteht kein Handlungsbedarf. Damit die Hinterlegungsmöglichkeit in allen Kantonen besteht, ist eine schweizweite Regelung sinnvoll. Die Ergänzung von Art. 361a VE-ZGB betreffend eine Amtsstelle zur Aufbewahrung des Vorsorgeauftrags wird ohne Weiteres unterstützt.

Art. 361/362 VE-ZGB Randtitel

Die Anpassungen hängen mit der Ergänzung von Art. 361a VE-ZGB zusammen und werden ohne Weiteres unterstützt.

Art. 363 Abs. 1 VE-ZGB

Die angepasste Formulierung (allgemeine Prüfungspflicht der KESB, ob ein Vorsorgeauftrag besteht, konkret insbesondere Erkundigung beim Zivilstandsamt und bei der Aufbewahrungsstelle) ist sachlogisch und wird unterstützt.

Art. 363 Abs. 2 ZGB

Ebenfalls unterstützt wird, dass am bestehenden und in der Praxis bewährten System der Validierung des Vorsorgeauftrags festgehalten wird. Eine Validierung des Vorsorgeauftrags ist wegen der Rechtssicherheit notwendig.

Art. 368 Abs. 1 VE-ZGB

Die Begriffsanpassung „Meldung“ statt „Antrag“ wird unterstützt.

Gesetzliche Vertretung

Gliederungstitel vor Art. 374 VE-ZGB

Die Anpassung wird unterstützt.

Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB

Die personelle Erweiterung der vertretungsberechtigten Personen (Ausdehnung auf faktische Lebenspartner*innen) wird unterstützt. Damit das Institut in der Praxis greift, wäre in den Materialien die „faktische Lebenspartnerschaft“ näher zu definieren.

Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 VE-ZGB

Die inhaltliche Erweiterung der Vertretungsbereiche (keine Einschränkung auf „ordentliche“ Verwaltung sowie Vorbehalt von Art. 396 Abs 3 OR) wird unterstützt.

Art. 374 Abs. 2 Ziff. 3 und Abs. 3 VE-ZGB

Die Anpassungen (Streichung „nötigenfalls“ in Ziff. 3 und Umformulierung in Abs. 3) werden unterstützt.

Art. 376 VE-ZGB

Der Paradigmenwechsel, dass die Urkunde mit den Vertretungsbefugnissen nur ausnahmsweise ausgestellt wird, wird unterstützt. Die heute oft standardmässig geforderten Urkunden stehen im Widerspruch zum Subsidiaritätsprinzip; die KESB soll nur angegangen werden, wenn die Interessen einer Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind.

Bei der Formulierung in Art. 376 Abs. 1 VE-ZGB ist der Zusatz „einer nahestehenden Person“ zu streichen, weil auch Meldungen von Dritten (Amtsstellen, Banken etc.) möglich sind. *Eventualiter* ist die Formulierung zu belassen und „oder Dritter“ zu ergänzen.

- „... so trifft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Meldung ~~einer nahestehenden Person~~ die erforderlichen Massnahmen.“
- eventualiter: „... so trifft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Meldung einer nahestehenden Person oder Dritter die erforderlichen Massnahmen.“

Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 VE-ZGB

Die Ergänzung der faktischen Lebenspartner*innen in der dritten Kaskadenstufe wird unterstützt (im geltenden Recht sind sie in der vierten Kaskadenstufe). Die Verschiebung ist eine konsequente Folge der qualitativen Erweiterung des gesetzlichen Vertretungsrechts in Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB.

Art. 378 Abs. 1 Ziff. 8 VE-ZGB (neu)

Die Ergänzung von Nichten und Neffen in einer achten Kaskadenstufe wird unterstützt. Weitere Personen sollten nicht ergänzt werden.

Art. 381 Abs. 3 VE-ZGB

Die Begriffsanpassung „Meldung“ statt „Antrag“ wird unterstützt.

Behördliche Massnahmen – allgemeine Grundsätze

Legaldefinition „nahestehende Personen“

Art. 389a Abs. 1 VE-ZGB (neu)

Ausgangs- und Zielbereich im Kindes- und Erwachsenenschutz sind die Interessen der schutzbedürftigen Person. Nahestehende Personen sind im Verfahren der KESB und in der Mandatsführung durch die Beistandsperson wegen ihrer dienenden Funktion einzubeziehen. Ein allfälliger Selbstzweck ist dabei nicht von Belang. Die neu eingefügte Legaldefinition der „nahestehenden Personen“ berücksichtigt diese Aspekte und fokussiert tatsächlich gelebte Näheverhältnisse (insb. mit den Formulierungen „eng vertraut“ und „geeignet erscheint, deren Interessen wahrzunehmen“) und ist zu begrüssen. Die Einfügung bei den „allgemeinen Grundsätzen“ – neben „Zweck“ und „Subsidiarität und Verhältnismässigkeit“ – ist stimmig. Auf den Begriff „Angehörige“ ist zu verzichten.

Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB (neu)

Auf die gesetzliche Vermutung von bestimmten Personengruppen ist zu verzichten. Diesbezüglich gilt die bundesgerichtliche Rechtsprechung, auf eine Aufzählung im ZGB kann und soll verzichtet werden. In der Praxis ist es einfacher, wenn die nahestehenden Personen ihre Eigenschaft als nahestehende Person glaubhaft machen (wenn sie wirklich nahestehend sind, wird dies ohne weiteres gelingen). Wenn die KESB oder eine Beistandsperson im Einzelfall die gesetzliche Vermutung widerlegen muss, wäre das viel aufwändiger und für den konkreten Fall nicht dienlich (insbesondere bei bestehenden familiären Konflikten).

➤ Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB ist zu streichen.

Beistandschaften

Voraussetzungen einer Beistandschaft

Art. 390 Abs 2 und Abs. 3 VE-ZGB

Die terminologischen Anpassungen werden unterstützt.

Ernennung der Beistandsperson

Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Als Beistandsperson kann eine private Beistandsperson, eine Fachbeistandsperson oder eine Berufsbeistandsperson eingesetzt werden. Mit der neu eingefügten Bestimmung soll die Einsetzung von privaten Beistandspersonen gefördert werden. Dieses Anliegen wird unterstützt. Zu beachten ist, dass in vielen Kantonen der Anteil der privaten Beistandspersonen bereits in gewünschtem Umfang umgesetzt wird². Mit einer bundesrechtlichen Prüfungspflicht

² Vgl. dazu die Studie von Ecoplan vom 28. August 2019 «Erhebungen zum Einbezug nahestehender Personen allgemein und zum Umgang mit privaten Beiständen im Besonderen», Download unter: www.bj.admin.ch > Gesellschaft > laufende Rechtsetzungsprojekte > Kindes- und Erwachsenenschutzrecht.

werden diese Praktiken untermauert und zum Standard für die gesamte Schweiz gemacht – Handlungsbedarf besteht bei den Kantonen, die noch keine Pools von privaten Beistandspersonen pflegen oder selten private Beistandspersonen einsetzen. Damit die Mandatsführung durch private Beistandspersonen gelingt, sind diese Privatpersonen fachlich zu begleiten und zu unterstützen (individuelle Beratungsgespräche, Weiterbildungen, etc.)

Der Teilsatz „die nicht als Berufsbeistand oder Berufsbeiständin tätig ist“, ist missverständlich und zu streichen. Denn: Eine Person, die als Berufsbeiständin tätig ist, kann durchaus als nahestehende Person für ihre Mutter als private Beistandsperson eingesetzt werden. Überdies soll „private“ („...eine andere private Person“) ergänzt werden.

Der Hinweis, dass sich die Prüfungspflicht primär auf die Beistandschaften im Erwachsenenschutz bezieht (und nicht auf die Fälle im Kinderschutz), soll im Gesetz explizit erwähnt werden („Insbesondere bei volljährigen Personen prüft sie, ...“).

- ^{1bis} Insbesondere bei volljährigen Personen Sie prüft sie, ob sie eine nahestehende Person oder eine andere private Person, ~~die nicht als Berufsbeistand oder Berufsbeiständin tätig ist~~, mit den Aufgaben oder einem Teil davon betrauen kann.

Eventualiter wäre im Kinderschutz (bspw. in Art. 327c Abs. 2 ZGB oder in einer separaten neuen Bestimmung) festzuhalten, welche Bestimmungen des Erwachsenenschutzes im Kinderschutz sinngemäss anwendbar sind.

Art. 401 Abs. 2 VE-ZGB

Einverstanden mit der Begriffsanpassung („nahestehende Personen“ statt „Angehörige oder andere nahestehende Personen“).

Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB (*neu*)

Der Wunsch, im Bedarfsfall eine bestimmte Vertrauensperson als Beistandsperson einsetzen zu lassen, kann bereits heute bei vielen KESB hinterlegt werden. Damit diese Möglichkeit in allen Kantonen besteht, ist eine schweizweite Regelung sinnvoll. Die Ergänzung um Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB wird unterstützt. Aus Beweisgründen und zur Vermeidung von Missverständnissen ist es hingegen abzulehnen, dass der Wunsch auch mündlich deponiert werden kann.

- ⁴ Die betroffene Person oder nahestehende Personen können ihren Wunsch ~~mündlich~~ oder schriftlich auch im Voraus gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde äussern.

Eventualiter wäre zu prüfen, ob der Wunsch – analog zum Vorsorgeauftrag (Art. 361 Abs. 3 ZGB) in der zentralen Datenbank Infostar vorgemerkt werden kann.

Führung der Beistandschaft

Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB (*neu*)

Der Einbezug von nahestehenden Personen ist nicht nur im Verfahren der KESB wichtig, sondern auch bei der späteren Mandatsführung. Die Ergänzung ist konsequent und wird unterstützt. Auch hier ist festzuhalten, dass dieser Einbezug in der Praxis grossmehrheitlich bereits gemacht wird. Die Unterstützung von nahestehenden Personen bei der Mandatsführung ist insbesondere bei den Berufsbeistandspersonen eine wichtige Ergänzung. Die nahestehenden Personen sind näher am Lebensalltag der hilfsbedürftigen Person und können wichtige Aufgaben übernehmen, die einer Berufsbeistandsperson mangels Nähe und/oder zeitlicher Ressourcen nur erschwert möglich sind.

Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB

Die Anpassung in Art. 413 Abs. 3 VE-ZGB hat inhaltlich einen Zusammenhang mit der Ergänzung in Art. 406 Abs. 3 VE-ZGB (*neu*). Nahestehende Personen sind über die Mandatsführung zu informieren – jedoch nur unter dem Vorbehalt, dass die Information im Interesse der betroffenen Person ist. Der bisherige Grund für die Information an Dritte („erforderlich für die gehörige Erfüllung der Aufgaben“), ist zu belassen.

- Soweit diese im Interesse der betroffenen Person oder zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben erforderlich ist, informiert der Beistand oder die Beiständin nahestehende Personen und Dritte über die Beistandschaft.

Erleichterungen für nahestehende Personen als Beistandspersonen

Art. 420 VE-ZGB

Wenn nahestehende Personen als Beistandsperson eingesetzt werden, können – je nach Umständen – Erleichterungen in Bezug auf gewisse Pflichten als Beistandsperson gewährt werden. Die Erweiterung des Adressatenkreises (als nicht abschliessende Aufzählung der Personen, für die Erleichterungen gewährt werden können), sowie die Formulierung als „Kann-Bestimmung“ (kein Automatismus, auch nicht bei bestimmten Personengruppen), werden begrüsst. In dieser Form ist es ein gutes Abbild von Good-Practice in den Kantonen sowie der Empfehlungen der KOKES von November 2016³.

Fürsorgerische Unterbringung

Art. 426 Abs. 2 VE-ZGB

Die terminologische Anpassung wird unterstützt.

Art. 431 Abs. 1 und neuer Abs. 3 VE-ZGB

Unseres Erachtens macht bei der periodischen Überprüfung eine Anknüpfung an den Wohnsitz mehr Sinn, weshalb wir vorschlagen, die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz mit der Überprüfung zu beauftragen. Die Behörde am Wohnsitz ist mit der Gesamtsituation der betroffenen Person besser vertraut und kennt die konkret vorhandenen ambulanten Behandlungsmöglichkeiten und Unterstützungsangebote. Falls für die betroffene Person eine Beistandschaft besteht, können Synergien genutzt und unterschiedlichen Zuständigkeiten vorgebeugt werden.

Und: Der Begriff „Verfahren“ ist mit „Massnahme“ zu ersetzen. Wenn eine FU angeordnet wurde, ist das Verfahren in der Regel abgeschlossen.

- ¹ Die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz der betroffenen Person, die den Unterbringungsentscheid gefällt hat, überprüft (...)
- ³ Wird die Massnahme das Verfahren von einer anderen Behörde übernommen, so ist diese für die periodische Überprüfung zuständig.

Art. 439 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Die Ergänzung bringt eine wichtige Präzisierung und löst die Praxisprobleme betreffend die örtliche Zuständigkeit. Die Anpassung wird unterstützt.

Statistik

Art. 441a VE-ZGB (neu)

Die KOKES erhebt die statistischen Grundlagen seit 1994 in Absprache und im Auftrag der Kantone. Aktuell liefern 24 Kantone die Daten von den KESB direkt auf die zentrale Statistik-Datenbank (2 Kantone machen eigene Erhebungen). Die publizierten Daten zum Bestand per Stichdatum Ende Jahr (Anzahl Kinder und Erwachsene mit Schutzmassnahmen, dargestellt nach Massnahmenart) können für alle 26 Kantone ausgewiesen werden. Die Angaben nach Geschlecht und Alterskategorien können für 24 Kantone ausgewiesen werden. Diese Daten sind unbestritten und von guter Qualität.

Bei weitergehenden Erhebungen stösst die KOKES an Grenzen, weil die Kantone selber entscheiden, ob und welche Daten sie liefern. Hier wären bundesrechtliche Vorgaben hilfreich; entsprechend soll die Formulierung (Abs. 2) nicht als «Kann-Bestimmung» formuliert sein (dies wurde schon bei Art. 441 Abs. 2 ZGB kritisiert und soll hier nicht wiederholt werden). Die Beteiligung und Mitwirkung des Bundes ist für die künftige Weiterentwicklung und Optimierung der Statistik wichtig, sei es durch inhaltliche Arbeiten, fachliche Unterstützungen oder finanzielle Beiträge.

³ «Angehörige als Beistand – Kriterien zur Umsetzung von Art. 420 ZGB», Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016, Download unter www.kokes.ch > Dokumentation > Empfehlungen, Direktlink: https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen_Angehoerige_als_Beistand_d.pdf.

Die Schaffung einer gesetzlichen Grundlage (Abs. 1) wurde von der KOKES explizit gefordert und wird entsprechend begrüsst. Um die statistische Erhebung mit weiteren Daten zu ergänzen (insbesondere mit Daten des Bundesamtes für Statistik sowie der Daten der Zivilgerichte, die ebenfalls Kindesschutzmassnahmen anordnen) wäre eine stärkere Mitverantwortung des Bundes gewünscht (entsprechend soll die Formulierung angepasst werden: «Bund und Kantone sorgen gemeinsam...»).

- ¹ ~~Bund und Die~~ Kantone sorgen gemeinsam für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes.
- ² Der Bundesrat ~~legt kann~~ unter Einbezug der Kantone Grundsätze und Modalitäten für die statistische Erhebung ~~festlegen~~. Er kann (...)

Mittelfristig ist eine *Bundesstatistik* anzustreben (ähnliche Forderungen nach einer Bundesstatistik bestehen bezüglich nationaler Statistik zu den ausserfamiliär untergebrachten Kindern, zu Kindeswohlgefährdungen allgemein oder zu fürsorgerischen Unterbringungen).

Verfahren vor der KESB

Melderechte

Art. 443 Abs. 1 VE-ZGB

Die Bestimmung wird unterstützt, keine weiteren Bemerkungen.

Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB

Für Personen, die einem strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnis unterstehen, ist das Melderecht - analog zur Regelung im Kindesschutz (Art. 314c ZGB) - zu erleichtern, so dass sie im Einzelfall eine Interessensabwägung vornehmen und in Ausübung von pflichtgemässen Ermessen eine Meldung erstatten können und kein Berufsgeheimnis „vorschieben“ können oder müssen. Die Erleichterung der Melderechte für Berufsgeheimnisträger*innen wird ausdrücklich begrüsst.

Hingegen ist die Einschränkung, dass die Meldung im Interesse einer hilfsbedürftigen urteilsunfähigen Person liegt, weder nötig noch zweckmässig. Die Unterscheidung zwischen urteilsfähigen und urteilsunfähigen Personen würde in der Praxis zu unnötigen Abgrenzungsschwierigkeiten und Ungleichbehandlung führen, weshalb die Einschränkung wegzulassen ist. Im Kindesschutz wird diesbezüglich auch kein Unterschied gemacht. Der Schutz soll allen Personen, die hilfsbedürftig sind, zukommen, unabhängig von der Frage, ob sie urteilsfähig sind oder nicht. Die Bestimmung ist analog der Bestimmung im Kindesschutz zu formulieren.

- ² ~~Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind ebenfalls meldeberechtigt, wenn~~ Liegt eine Meldung im Interesse einer hilfsbedürftigen urteilsfähigen Person liegt, so sind auch Personen meldeberechtigt, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen. Diese Bestimmung (...).

Um Missverständnissen in der Praxis vorzubeugen, ist das Verhältnis der neuen Bestimmung zu Art. 453 Abs. 2 ZGB und Art. 397a OR zu klären.

Meldepflichten

Art. 443a Abs. 1 VE-ZGB (neu)

Die Ausweitung der Meldepflichten analog dem Kindesschutz wird ausdrücklich begrüsst. Die explizite Nennung der beiden Bereiche Personensorge und Vermögenssorge ist stimmig.

Art. 443a Abs. 2 VE-ZGB

Die Bestimmung wird unterstützt, keine weiteren Bemerkungen.

Art. 443a Abs. 3 VE-ZGB

Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit ist die Meldepflicht im Bundesrecht abschliessend zu regeln (auch wenn das für einzelne Kantone eine Einschränkung bedeutet).

Die Kompetenz der Kantone, weitere Meldepflichten vorzusehen, ist weder im Kindesschutz noch im Erwachsenenschutz zweckmässig, und ist entsprechend zu streichen.

- Streichung von Art. 443a Abs. 3 VE-ZGB. (*Erwachsenenschutz*)
- Streichung von Art. 314d Abs. 3 ZGB. (*Kindesschutz*)

Verfahrensgrundsätze

Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB (neu)

Der Einbezug von nahestehenden Personen ist nicht nur bei der Mandatsführung, sondern auch im Verfahren der KESB wichtig. Die Ergänzung wird unterstützt. Es ist dabei festzuhalten, dass dieser Einbezug in der Praxis grossmehrheitlich bereits gemacht wird. Wichtig ist, dass in der Bestimmung keine bestimmten Personengruppen genannt werden, die zwingend einzubeziehen sind. Die KESB entscheidet frei, ob die Abklärungen ausreichend gemacht sind (in diesem Zusammenhang ist der Hinweis „soweit tunlich“ wichtig).

Verfahrensbeteiligte

Art. 446a VE-ZGB (neu)

Die Bestimmung scheint in der aktuellen Version wenig ausgereift. Zentral ist der Einbezug von nahestehenden Personen in die Sachverhaltsabklärung – dies wird mit der neuen Bestimmung in Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB sichergestellt. Ob darüber hinaus eine Stellung als Verfahrensbeteiligte sinnvoll und im Interesse der betroffenen Person ist, sollte nochmals überdacht werden. Viele verfahrensrechtliche Fragen sind ungeklärt (Rechte und Pflichten sowie Grenzen des Einbezugs, konkret: Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, umfassende Akteneinsicht, Replikrechte, Kostenauflegung, analoge Anwendung für gerichtliche Kindesschutzverfahren, u.a.). Ob die ggf. aufgeblähten Verfahren, die zeitlichen Verzögerungen sowie die Kostenfolgen für den Staat und die verfahrensbeteiligten Personen tatsächlich sinnvoll und im Interesse der betroffenen Person sind, ist nochmals eingehend zu klären.

Falls an der Ergänzung festgehalten werden soll, müsste zumindest Ziff. 3 der Bestimmung gestrichen werden. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb nicht nahestehenden Personen Parteirechte eingeräumt werden sollen. Aus Gründen der Rechtssicherheit soll – wenn überhaupt – nur nahestehenden Personen eine Verfahrensbeteiligung zukommen, und auch diesen nur auf Antrag.

- Am Verfahren beteiligte Personen sind:
 1. die betroffene Person;
 2. nahestehende Personen auf Antrag, ~~oder wenn die Erwachsenenschutzbehörde~~ wenn dies als im Interesse der betroffenen Person erforderlich erscheint erachtet;
 3. ~~weitere Personen, wenn die Erwachsenenschutzbehörde dies als im Interesse der betroffenen Person erforderlich erachtet.~~

Mitwirkung und Amtshilfe

Art. 448 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Entsprechend der Begründung zu Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB (s. oben) soll die Einschränkung auf die urteilsunfähigen Personen gestrichen werden. Die Bestimmung ist analog der Formulierung im Kindesschutz (Art. 314e Abs. 2 ZGB) zu formulieren:

- ~~Betrifft das Verfahren eine volljährige urteilsunfähige Person, so sind~~ Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind zur Mitwirkung berechtigt, ohne sich vorgängig (...).

Art. 448 Abs. 2 VE-ZGB

Einverstanden mit der Anpassung.

Art. 448 Abs. 3 VE-ZGB (Aufhebung)

Die Aufhebung wird unterstützt (wobei festzuhalten ist, dass der Vorbehalt bezüglich Anwält*innen in Abs. 2 auch für ehemalige Verfahrensbeistand*innen gilt).

Mitteilungspflicht

Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB

Die Mitteilungspflicht an die Wohnsitzgemeinde ist gänzlich zu streichen. Es ist nicht ersichtlich, zu welchem Zweck die Wohnsitzgemeinde die Informationen zu den Beistandschaften benötigt, auch nicht die eingeschränkte Formulierung bezüglich der Beistandschaften mit Handlungsfähigkeitseinschränkung/-entzug. Entsprechend stellen sich datenschutzrechtliche Probleme. Auskünfte zu Schutzmassnahmen resp. zum Nicht-Bestehen von Schutzmassnahmen sind ausschliesslich von der KESB zu erteilen (vgl. dazu unten die Hinweise zu Art. 451 Abs. 2 VE-ZGB).

➤ Streichung der Mitteilungspflicht an die Wohnsitzgemeinde (Ziff. 2 der Bestimmung)

Generell sind die Mitteilungspflichten zu überdenken resp. es ist genau zu eruieren, welche Stelle welche Information zu welchem Zweck benötigt.

Verschwiegenheitspflicht und Auskunft

Art. 451 Abs 1^{bis} VE-ZGB (neu)

Die Information der KESB an nahestehende Personen (und Dritte) erfolgt, soweit dies im Interesse der betroffenen Person ist. Diese Ergänzung ist sinnvoll und wird unterstützt. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass dies bereits weitgehend umgesetzt wird. Wichtig ist, dass die nahestehenden Personen keinen Selbstzweck verfolgen, sondern in Bezug auf die betroffenen Personen eine dienende Funktion einnehmen – in diesem Zusammenhang erfolgt die Information.

Art. 451 Abs. 2 VE-ZGB

Dritte, die ein Interesse glaubhaft machen, können sich im Einzelfall an die KESB wenden und Auskunft über das Vorliegen und die Wirkung einer Massnahme verlangen. Noch bevor das neue Recht am 1.1.2013 in Kraft getreten ist, wurde im Juni 2011 eine Gesetzesänderung beantragt. Die Praxis hat die Befürchtungen antizipiert. Mit dem Ziel des möglichst unbürokratischen und schweizweit einheitlichen Umgangs mit solchen Auskunftsbegehren hat die KOKES im Mai 2012 Empfehlungen⁴ verabschiedet. Die seit Januar 2013 gemachten Erfahrungen zeigten, dass die Anfragen keinerlei Probleme bieten. Eine Verordnung des Bundesrats war und ist nicht erforderlich (entsprechend können der zweite und dritte Satz von Art. 451 Abs. 2 ZGB aufgehoben werden).

Schluss-/Übergangsbestimmungen

Art. 14b VE-ZGB-SchIT

Die vorgeschlagenen Anpassungen werden unterstützt, keine weiteren Bemerkungen.

Art. 14 SchIT

Infolge der materiellen Anpassung in Art. 420 VE-ZGB ist auch Art. 14 SchIT anzupassen.

Änderung übrige Erlasse

Art. 76 Abs. 1^{bis} und Art. 132b VE-BGG

Die vorgeschlagenen Anpassungen werden unterstützt, keine weiteren Bemerkungen.

⁴ «Auskunft über das Vorliegen und die Wirkungen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes (nArt. 451 Abs. 2 ZGB)», Empfehlungen des Arbeitsausschusses KOKES vom Mai 2012, publiziert in: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, Nr. 4/2012, S. 278-281 [d], 282-285 [f] und 286-289 [i]).

3. Hinweise auf weiteren Revisionsbedarf

Schliesslich erlauben wir uns noch zwei Hinweise zu weiterem Revisionsbedarf:

- Zum einen scheint die Prüfung der Aufhebung der umfassenden Beistandschaft (Art. 398 ZGB) angezeigt. Diese Forderung ergibt sich nicht nur aufgrund der UN-BRK. Auch die Zahlen der Praxis (insbesondere der Deutschschweizer Kantone) zeigen, dass der Schutz von dauernd urteilsunfähigen und besonders hilfsbedürftigen Personen mittels der mildereren massgeschneiderten Beistandschaften möglich ist.
- Zum anderen regen wir an, zu prüfen, ob die Validierungsvoraussetzung beim Vorsorgeauftrag – analog den Beistandschaften – an die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit zu knüpfen wäre (statt an die Urteilsunfähigkeit).

Beide Anliegen bedürfen vertieftere Abklärungen (inkl. Koordinationsüberlegungen innerhalb des ZGB und mit anderen Gesetzesbestimmungen), weshalb sie nicht in der vorliegenden Revision aufgenommen werden können, sondern separat bearbeitet werden sollen.

Wir danken für Ihr Interesse und die wohlwollende Aufnahme unserer Stellungnahme bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage. Bei Rückfragen steht die Generalsekretärin, Diana Wider (diana.wider@kokes.ch; Tel. 041 367 48 87), gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

**Konferenz für Kindes- und
Erwachsenenschutz KOKES**

Kathrin Schweizer,
Präsidentin

Diana Wider,
Generalsekretärin



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 89 42
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 22. Mai 2023

**Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutzrecht); Vernehmlassungs-
antwort**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 laden Sie uns zur Vernehmlassung zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (SR 210; abgekürzt ZGB) im Erwachsenenenschutzrecht ein. Wir danken für diese Gelegenheit und nehmen gern in Abstimmung mit den kommunal getragenen Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörden in unserem Kanton wie folgt Stellung.

Die vorgeschlagenen Anpassungen des ZGB im Bereich Erwachsenenenschutzrecht sind zu begrüßen. Sie erscheinen sinnvoll und zweckmässig, um das Selbstbestimmungsrecht von betroffenen (urteilsunfähigen) Personen zu stärken. Zudem werden mit den Anpassungen Familienangehörige sowie nahestehende Personen besser in die Verfahren sowie Entscheide der KESB einbezogen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Im Namen der Regierung


Fredy Fässler
Präsident


Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär



Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
zz@bj.admin.ch

Telefon +41 (0)52 632 71 11
Fax +41 (0)52 632 72 00
staatskanzlei@sh.ch

Regierungsrat

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD

per E-Mail an zz@bj.admin.ch

Schaffhausen, 23. Mai 2023

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 haben Sie uns den Entwurf in obgenannter Angelegenheit zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir bedanken uns für diese Möglichkeit und nehmen dazu gerne Stellung.

Grundsätzlich begrüssen wir die vorgeschlagenen Änderungen. Im Einzelnen haben wir folgende Bemerkungen:

Art. 361 ff. VE-ZGB

Wir begrüssen, dass das Institut des Vorsorgeauftrags wirksamer ausgestaltet werden soll, namentlich durch die schweizweite Möglichkeit der Hinterlegung bei einer vom Kanton bezeichneten Aufbewahrungsstelle.

Art. 374 Abs. 1 und 2 Ziff. 2 VE-ZGB

Die Einräumung eines gesetzlichen Vertretungsrechts für faktische Lebenspartnerinnen und -partner (Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB) sowie der Verzicht auf die schwierige Abgrenzung zwischen ordentlichen und ausserordentlichen Vermögenswerten (Art. 374 Abs. 2 Ziff. 2 VE-ZGB) werden ausdrücklich begrüsst.

401 Abs. 4 VE-ZGB

Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB, wonach betroffene als auch nahestehende Personen bei der KESB bereits im Voraus Wünsche deponieren können, wenn sie im Falle einer künftigen Urteilsunfähigkeit als Beistand oder Beiständin haben möchten, geht unserer Ansicht nach zu weit: Bei jeder Meldung müsste die KESB bereits vorsorglich ein Dossier mit den entsprechenden Informationen anlegen. Dies würde nicht nur zu einem unverhältnismässig grossen Aufwand führen, sondern wohl auch datenschutzrechtliche Fragen aufwerfen, insbesondere wenn aufgrund des Wunsches einer nahestehenden Person bei der KESB ein Dossier über eine urteilsfähige Person angelegt werden müsste. Daher stehen wir dieser Änderung ablehnend gegenüber.

Art. 420 VE-ZGB

Die Änderung, wonach eine gänzliche Entbindung von der periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage nicht mehr möglich ist, in diesem Bereich hingegen Erleichterungen vorgesehen werden können, wird begrüsst. Dadurch wird eine Anpassung an die Fähigkeiten der Beistandsperson ermöglicht.

Art. 441a VE-ZGB

Im Kanton Schaffhausen erhebt die KESB bereits verschiedene Daten, einerseits für die Statistik der KOKES und andererseits für eine kantonsinterne Statistik. Dies führt bereits jetzt zu einem erheblichen Zeitaufwand. Es ist daher wichtig, dass durch eine eidgenössische Statistik nicht noch eine dritte Statistik hinzukommt, sondern die eidgenössische Statistik die Statistik der KOKES ersetzt.

Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB

In der Praxis werden bereits heute nahestehende Personen von der KESB in die Sachverhaltsermittlung miteinbezogen, wenn dies tunlich ist. Hierzu besteht auch bereits eine ausreichende gesetzliche Grundlage in Art. 446 Abs. 1 ZGB. Demgemäss scheint der neue Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB überflüssig zu sein.

Art. 446a VE-ZGB

Art. 446a VE-ZGB würde zu einem zusätzlichen Aufwand seitens der KESB führen und zwar ohne erkennbaren Mehrwert für die betroffenen Personen. Insbesondere Ziff. 2 würde dazu führen, dass die KESB künftig auf Antrag hin einen formellen Zwischenentscheid darüber fällen muss, ob jemand als "nahestehende Person" im Sinne von Art. 446a Ziff. 2 VE-ZGB zu qualifizieren ist. Dies ist unnötig, denn bereits jetzt bezieht die KESB von Amtes wegen nahestehende Personen soweit nötig ins Verfahren mit ein und es besteht auch nach geltendem Recht die Möglichkeit, dass "nahestehende Personen" im Interesse der betroffenen Personen gegen Entscheidung der KESB Beschwerde führen können. Art. 446a VE-ZGB wird deshalb abgelehnt.

Weitere Bemerkungen

Die Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB durch Schaffung eines Verfahrensrechts auf Bundesebene wurde bereits verschiedentlich vom Bundesrat geprüft und verworfen. Da es in der vorliegenden Vorlage um eine Nachjustierung des Bundesrechts geht, ist nachvollziehbar, dass die Einführung eines einheitlichen Verfahrensrechts explizit aus der Aufgabenstellung des Vorentwurfs ausgenommen wurde. Dennoch sollte diese Fragestellung nicht aus den Augen verloren werden. Die derzeitige Regelung im Zivilgesetzbuch führt dazu, dass die KESB-Fälle in den einzelnen Kantonen unterschiedlich gehandhabt werden. Durch eine Vereinheitlichung des Verfahrensrechts würde die Arbeit in der Praxis erleichtert, etwa bei der Übernahme bzw. Übertragung von bestehenden Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen zwischen den Kantonen.

Für die Kenntnisnahme und Berücksichtigung unserer Anträge danken wir Ihnen.



Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Dino Tamagni

Der Staatsschreiber:

Dr. Stefan Bilger

Regierungsrat

Rathaus
Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
so.ch

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

23. Mai 2023

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

Wir begrüssen die Stossrichtung der Vorlage, die Grundzüge der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit behördlicher Massnahmen weiter zu stärken, das Selbstbestimmungsrecht in der Form des Vorsorgeauftrags zu fördern, die Solidarität der Familie zu stärken sowie nahestehende Personen besser einzubeziehen. Die geplante Stärkung dieser Grundsätze dient der Erhöhung der Akzeptanz und des Vertrauens der Bevölkerung gegenüber behördlichen Handlungen und Massnahmen im Bereich des Erwachsenenschutzes.

Besonders hervorheben möchten wir die geplante Verbesserung des Einbezugs von nahestehenden Personen, mit welcher einem berechtigten Anliegen der betroffenen Personen in angemessener Weise Rechnung getragen wird. Mitunter dienen die vorgeschlagene gesetzliche Definition des Begriffs «nahestehende Personen» und die Klärung der Verfahrensstellung der Stärkung der Position der nahestehenden Personen. Gemäss Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB soll künftig geprüft werden, ob eine nahestehende Person oder eine andere Person, die nicht als Berufsbeistand oder -beiständin tätig ist, mit den entsprechenden Aufgaben oder einem Teil einer Beistandschaft betraut werden kann. Obwohl die Prüfung der Einsetzung von privaten Mandatsträgerinnen und -trägern grundsätzlich bereits der aktuellen Praxis entspricht, wird die gesetzliche Verankerung dieser Prüfungspflicht begrüsst. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass das Wohl der betroffenen Person stets im Vordergrund stehen und die Sicherstellung der Qualität bei der Führung einer Beistandschaft immer Vorrang haben muss. Wir erachten die Möglichkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), im Einzelfall sachgerechte Erleichterungen für nahestehende, als Beiständinnen und Beistände fungierende Personen anzuordnen, als zweckmässig. Die KESB muss jeweils situationsspezifisch vorgehen bzw. entscheiden können. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Verantwortlichkeit des Kantons für behördliche Massnahmen des Erwachsenenschutzes gemäss Art. 454 ZGB.

Wir befürworten ferner die vorgesehene Erweiterung und die Präzisierung des Umfangs des gesetzlichen Vertretungsrechts. Die geplante Neuregelung berücksichtigt den gesellschaftlichen Wandel und bildet damit die Realität ab. Ausserdem soll dadurch die Schwelle für das Einschreiten der Behörde angehoben und folglich ebenfalls zur Entlastung der KESB beigetragen werden.

Ob sich die angestrebte Wirkung aufgrund des Bedürfnisses nach Rechtssicherheit verschiedener Akteure im Arbeitsalltag der KESB niederschlagen kann, wird sich zeigen müssen.

Überdies erachten wir die Neuregelung der dem Schutz hilfsbedürftiger erwachsener Personen dienenden Melderechte und -pflichten als sinnvoll. Sie trägt massgeblich zur Prävention und Bekämpfung von Gewalt und Vernachlässigung im Alter bei.

Zu begrüßen ist zudem die geplante Schaffung einer Hinterlegungsstelle für Vorsorgeaufträge. Dies ermöglicht es der KESB, bei Eintreten der Urteilsunfähigkeit von einem allfälligen Vorsorgeauftrag Kenntnis zu erhalten. Damit werden der Wille der betroffenen Personen stärker berücksichtigt und die Selbstbestimmung wirksamer ausgestaltet. Da im Kanton Solothurn derzeit noch keine Hinterlegungsstelle für Vorsorgeaufträge existiert, wird eine entsprechende Stelle neu zu bezeichnen sein.

Für die Möglichkeit, eine Stellungnahme abgeben zu dürfen, bedanken wir uns bestens.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Brigit Wyss
Frau Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber



6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
3003 bern
zz@bj.admin.ch
(PDF- und Word-Version)

Schwyz, 23. Mai 2023

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)

Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) den Kantonsregierungen die Unterlagen zur Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich des Erwachsenenschutzes zur Vernehmlassung bis 31. Mai 2023 unterbreitet.

Der Regierungsrat ist mit dem Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches im Bereich des Erwachsenenschutzes weitgehend einverstanden. Vereinzelt bedarf es gewisser Anpassungen.

Der Vorstand der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) hat dem EJPD mit Schreiben vom 10. Mai 2023 eine Stellungnahme eingereicht. **Abgesehen von zwei Ausnahmen schliesst sich der Regierungsrat der Stellungnahme des KOKES-Vorstandes an und bittet, die geäusserten Anliegen aufzunehmen.**

Bei den folgenden beiden Bestimmungen hat der Regierungsrat eine andere Meinung als der KOKES-Vorstand:

- Art. 401 Abs. 4 VE-ZGB: Es besteht bereits heute ohne Weiteres die Möglichkeit, den Angehörigen oder der Person, welche die betroffene Person für sich als Beistand wünscht, diesen Wunsch mitzuteilen. So kann gewährleistet werden, dass die Erwachsenenschutzbehörde vom Willen der betroffenen Person Kenntnis erhält. Sinngemäss dürfte dies gestützt auf Art. 327c Abs. 2 ZGB auch im Kindesrecht zur Anwendung kommen. Wer sicherstellen will, dass eine bestimmte Person dereinst im Fall der Urteilsunfähigkeit ihre bzw. seine Vertretung übernimmt, hat die Möglichkeit, einen Vorsorgeauftrag zu errichten und diesen zu hinterlegen. **Der Regierungsrat beantragt deshalb, diese Bestimmung aus der Vorlage zu streichen.**

- Art. 443a Abs. 3 VE-ZGB: Im Gegensatz zum KOKES-Vorstand ist der Regierungsrat in diesem Punkt mit dem Vorentwurf einverstanden. Die Meldepflicht soll im Bundesrecht nicht abschliessend geregelt werden. Die Kantone sollen weiterhin weitere Meldepflichten vorsehen können.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und versichern Sie, Frau Bundesrätin, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:



André Rüegsegger
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber

Kopie an:

- die Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Frau Elisabeth Baume-Schneider
Bundesrätin
Bundeshaus West
3003 Bern

Frauenfeld, 16. Mai 2023
278

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) im Bereich des Erwachsenenschutzes und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Vorlage grundsätzlich einverstanden sind.

Der Entwurf ändert Art. 439 ZGB. Wir beantragen eine zusätzliche Änderung dieser Bestimmung. In der geltenden Fassung sieht Art. 439 Abs. 1 ZGB vor, dass die betroffene oder eine ihr nahestehende Person in fünf definierten Fällen, darunter bei ärztlich angeordneter Unterbringung (Ziff. 1), bei Zurückbehaltung durch die Einrichtung (Ziff. 2) oder bei der Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung (Ziff. 3) das zuständige Gericht anrufen kann. In der Praxis stellt sich oftmals die Frage, ob die Verlegung einer Person im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung von einer Institution in eine andere Institution anfechtbar ist. Sofern die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) eine Entscheidung trifft, dürfte die Anfechtbarkeit zu bejahen sein. Probleme ergeben sich jedoch dann, wenn die KESB die Verlegungskompetenz an die Institution delegiert hat. Es wäre daher sinnvoll, wenn der Gesetzgeber zu dieser Frage eine bundesrechtliche Klarstellung vorsehen würde.

2/2

Mit freundlichen Grüßen

Die Präsidentin des Regierungsrates



Der Staatsschreiber





Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 41 11
fax +41 91 814 44 35
e-mail can@ti.ch
web www.ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Signora Consiglieria federale
Elisabeth Baume-Schneider
Direttrice del Dipartimento federale
di giustizia e polizia
Palazzo federale ovest
3003 Berna

Invio per posta elettronica (word e pdf):
zz@bj.admin.ch

Procedura di consultazione concernente la modifica del Codice civile – Diritto della protezione degli adulti

Stimata Consiglieria federale,
gentili Signore ed egregi Signori,

abbiamo ricevuto la summenzionata procedura di consultazione e, ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro avviso, formuliamo le considerazioni seguenti.

Il Governo cantonale condivide in generale la nuova regolamentazione proposta che mira al rafforzamento dell'autodeterminazione e della solidarietà della famiglia, segnatamente attraverso un miglior coinvolgimento delle persone vicine all'interessato e al consolidamento dell'istituto del mandato precauzionale. Salutiamo in generale positivamente le modifiche proposte, compresa la nuova normativa sui diritti e obblighi di avvisare l'Autorità nell'ambito della protezione degli adulti, il nuovo disciplinamento legale sui rilevamenti statistici come pure la nuova regolamentazione sulla competenza territoriale delle Autorità di protezione e del giudice nell'ambito del ricovero a scopo di assistenza oltre che le precisazioni sulle disposizioni riguardanti la comunicazione e le informazioni sulle misure di protezione degli adulti.

Lo scrivente Governo ha avviato una importante riforma organizzativa delle attuali Autorità di protezione che ha visto lo scorso anno anche il Popolo ticinese esprimersi, auspicando un cambiamento di queste Autorità amministrative oggi comunali, in Autorità giudiziarie cantonali. Un cambiamento organizzativo e di funzionamento che il Parlamento cantonale deve ora analizzare e approvare, un cambiamento importante che potrà certo recepire in maniera più efficace le normative derivanti dalla modifica del Codice civile afferente il diritto di protezione posta in consultazione.

In merito alle singole disposizioni ci esprimiamo qui di seguito e per quanto non espressamente osservato approviamo le singole proposte.

- **Nuovo art. 361a AP-CC II. Custodia**

Si condivide l'importanza della diffusione del mandato precauzionale quale strumento di autodeterminazione e misura precauzionale personale. Lo scrivente Consiglio nutre tuttavia dei dubbi in merito all'effettiva efficacia della misura proposta ai fini dello scopo perseguito dalla mozione 19.4072 Dobler ritenuto che il deposito presso un pubblico ufficio resterebbe unicamente un'opzione e di conseguenza la persona potrebbe decidere di custodire tali disposizioni in qualunque luogo e presso chiunque lo desideri senza che questi siano poi informati di un'eventuale incapacità di discernimento. Secondo l'esperienza del nostro Cantone, solitamente, l'utenza che intende allestire un mandato precauzionale si rivolge a professionisti quali i notai presso i quali poi depositano in custodia il documento dopo averlo fatto iscrivere in infostar. Alla luce di quanto precede, si propone un emendamento all'articolo 361a – tramutando il suo carattere imperativo in potestativo, e meglio: “Cantoni possono provvedere” in luogo di “i Cantoni provvedono” – così da lasciare come oggi ai Cantoni libertà di scelta circa la necessità di provvedere o meno all'istituzione di un ufficio pubblico presso il quale depositare il mandato precauzionale.

Qualora tuttavia si volesse andare nella direzione di cui all'avamprogetto, riteniamo che per favorire la celerità di intervento delle Autorità di protezione e considerata la grande mobilità della società moderna, è auspicabile trovare una soluzione unica a livello nazionale così da rendere più chiare le formalità per gli utenti e in modo da evitare inutili dispendi di tempo in ricerche. Si ravvedono due opzioni in tal senso. La prima è quella di riprendere in analogia quanto avviene con gli atti d'origine per i cittadini svizzeri, e meglio i Comuni di domicilio potrebbero essere designati quale Autorità per la custodia facoltativa di un eventuale mandato precauzionale. Essi in caso di cambiamento di domicilio trasmetteranno d'ufficio il mandato precauzionale depositato al nuovo Comune. In questo modo le Autorità di protezione di tutta la Svizzera sapranno con certezza a chi rivolgersi. La seconda è quella di prevedere la possibilità di inserire da parte dell'interessato stesso nella propria cartella informatizzata del paziente le informazioni accessibili all'Autorità di protezione in caso di necessità in merito all'esistenza di un mandato precauzionale e del luogo in cui esso è custodito. A questo punto non sarebbe più necessaria l'iscrizione in infostar e tale facoltà sarebbe da abrogare.

Infine, essendo ancora ridotto il numero di persone che fanno capo al mandato precauzionale, nell'ottica di incentivarle a predisporre le misure necessarie per garantire l'autodeterminazione in caso di perdita della capacità di discernimento, reputiamo opportuno programmare delle campagne informative mirate e facilitarne l'accesso alla consulenza a costi moderati.

- **Modifica art. 374 AP-CC A. Condizioni ed estensione del diritto di rappresentanza**

Il progetto estende il diritto legale di rappresentanza escludendo espressamente gli atti di cui all'art. 396 cpv. 3 CO. In questo senso, si ritiene importante che il vincolo dei fondi debba rientrare nelle operazioni previste dall'art. 416 cpv. 1 cifra 4 CC. Tali operazioni concernono per l'appunto i diritti reali e possono avere una notevole

rilevanza patrimoniale, per cui è importante che venga garantito il controllo da parte dell'Autorità di protezione. Pertanto, si propone di inserire nella norma un riferimento esplicito

all'art. 416 CC relativo agli atti e negozi sottoposti al consenso dell'Autorità di protezione.

- **Nuovo art. 389a AP-CC C. Persone vicine**

Lo scrivente Consiglio accoglie la proposta di introduzione della norma in quanto rafforza il principio di sussidiarietà e l'autodeterminazione, riconoscendo il ruolo prioritario della famiglia e delle persone vicine nell'ambito del diritto della protezione dei minori e degli adulti. Si condivide in particolare l'importanza di sancire nella legge la definizione di "persona vicina" e di rinunciare quindi alla nozione attuale di "congiunto" che risulta poco precisa dal punto di vista linguistico.

- **Nuovo art. 439 cpv. 1bis AP-CC**

La nuova norma proposta, seppur codifichi la giurisprudenza del Tribunale federale, è estremamente problematica, soprattutto per il Cantone Ticino, poiché nel caso in cui un medico attivo in Ticino ordini il ricovero di un paziente in una Clinica d'oltralpe, la competenza per decidere un ricorso rimarrebbe e rimane oggi (in base alla giurisprudenza del Tribunale federale) della Commissione giuridica in materia di assistenza sociopsichiatrica, rispettivamente, in seconda istanza, della Camera di protezione del Tribunale di appello. Ciò crea non pochi problemi per lo svolgimento dell'audizione del ricorrente. Un trasferimento dei membri delle Autorità ticinesi nelle varie Cliniche della Svizzera per procedere all'audizione del ricorrente è, per ovvie ragioni geografiche e linguistiche, gravoso in termini di dispendio temporale e peraltro contrario al principio dell'economicità che dovrebbe regolare l'attività statale. Ciò a maggior ragione vista la composizione e il funzionamento della citata Commissione, i cui membri sono tutti attivi professionalmente anche in altre funzioni. Attualmente la Commissione giuridica in materia di assistenza sociopsichiatrica cita i ricorrenti ricoverati oltre Gottardo a comparire in Ticino, di norma nei locali della Clinica psichiatrica cantonale. Anche tale soluzione è però chiaramente insoddisfacente, visti i costi di trasporto e gli inconvenienti per lo stesso paziente (es. in caso di sedazione, occorre far capo a un'ambulanza).

Per tutte queste ragioni, l'unica soluzione praticabile sarebbe quella di prevedere, anche per i ricorsi contro i ricoveri ordinati dal medico, la competenza del luogo dell'istituto in cui il paziente è ricoverato. Ciò permetterebbe, non da ultimo, di meglio coinvolgere i medici curanti in istituto, che spesso hanno preziose informazioni sull'evoluzione dello stato di salute del ricorrente.

- **Modifica art. 443a AP-CC Abis. Obblighi di avviso**

Dall'esperienza si constata la grande reticenza e anche timore sia verso gli interessati sia per le eventuali conseguenze temute dalla segnalazione. In questo senso occorre che sia chiaro chi è tenuto alla segnalazione. Anche con i minori, nonostante le precise norme, vi sono talvolta difficoltà. Da qui la richiesta di voler precisare chi è tenuto alla segnalazione nel commento di cui al Messaggio di modifica di legge.

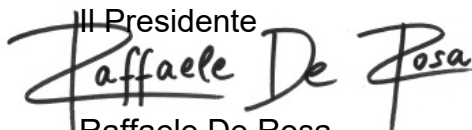
- **Nuovo art. 446a AP-CC X. Persone che partecipano al procedimento**

La nuova disposizione proposta risulta di particolare importanza in quanto definisce espressamente la partecipazione al procedimento di primo grado delle persone vicine

e delle altre persone ai sensi dell'art. 446a cifre 2 e 3 AP-CC. La norma renderà necessaria in futuro l'emanazione di una decisione formale sulla base di una corrispondente richiesta, soprattutto nel caso in cui la qualità di parte venga rifiutata. Si rileva tuttavia che per la partecipazione è fondamentale lasciare il margine all'Autorità di protezione di decidere se includere le persone vicine, dato che talvolta esse sono addirittura nocive.

Ringraziandovi per l'attenzione che vorrete dedicare alle nostre osservazioni, vogliate gradire l'espressione della nostra massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente

Raffaele De Rosa

Il Cancelliere

Arnoldo Coduri

Copia:

- Dipartimento delle istituzioni (di-dir@ti.ch)
- Dipartimento della sanità e della socialità (dss-dir@ti.ch)
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg.ap@ti.ch)
- Divisione della giustizia (di-dg@ti.ch)
- Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch)
- Pubblicazione in Internet



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
3003 Bern

Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 haben Sie den Kanton Uri eingeladen, bis zum 31. Mai 2023 zu den vorgeschlagenen Änderungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB; SR 210) Stellung zu nehmen.

Grundsätzlich unterstützt der Regierungsrat des Kantons Uri die mit der Revisionsvorlage verfolgten Ziele voll und ganz. Allerdings erscheint die konkrete Umsetzung mit der unterbreiteten Revisionsvorlage wenig geglückt. Zum einen, weil die betreffenden Regelungsgegenstände systematisch nicht ins ZGB gehören und zum anderen, weil sie teilweise überflüssig sind, da die betreffenden Anliegen in den Kantonen bereits umgesetzt sind.

Im Einzelnen möchten wir uns zur Vorlage wie folgt äussern:

Vorbemerkung

Verantwortlich für den Vollzug der bundesrechtlichen Regelungen zum Erwachsenenschutz sind in den Kantonen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB). Die KESB Uri besteht aus drei Behördenmitgliedern und ist als kantonale Behörde für das ganze Kantonsgebiet zuständig. Organisation und Verfahren im Kanton Uri richten sich nach den massgebenden bundesrechtlichen Bestimmungen und nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (EG/KESR; RB 9.2113) und des zugehörigen Vollzugsreglements (Reglement über die

Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts; RB 9.2117) sowie der Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege (VRPV; RB 2.2345). Diese kantonalen Regelungen haben sich in den letzten zehn Jahren bewährt. Die KESB Uri kann ihre Kernaufgabe - den Vollzug des bunderechtlich geregelten Kindes- und Erwachsenenschutzrechts - jederzeit erfüllen und die entsprechenden Verfahren zeitgerecht und rechtsstaatlich korrekt durchführen. Überdies sind viele der Revisionsvorschläge im Kanton Uri bereits inhaltlich umgesetzt (Einbezug von nahestehenden Personen, systematische Förderung und Stärkung der privaten Beistandspersonen, zentrale Hinterlegungsmöglichkeit für Vorsorgeaufträge).

Der Regierungsrat des Kantons Uri sieht deshalb - unter Vorbehalt der Ausführungen in Ziffer 2 nachfolgend - keine zwingende Notwendigkeit zu einer Revision des ZGB im Bereich Erwachsenenschutz.

Genereller Vorbehalt

Die meisten vorgeschlagenen Anpassungen des ZGB betreffen verfahrens- oder organisationsrechtliche Themen. Diese gehören jedoch aus Gründen der Gesetzssystematik nicht ins ZGB.

Das ZGB regelt grundsätzlich das materielle Zivilrecht, demgegenüber sind Organisation und Verfahren der Vollzugsbehörden in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung [ZPO]; SR 272) bzw. in den jeweiligen kantonalen Verfahrensgesetzen geregelt. Dass es bereits heute zahlreiche Organisations- und Verfahrensbestimmungen im ZGB gibt, ist wohl zutreffend, ändert jedoch nichts am Grundsatz.

Diesem Grundsatz wurde mit dem im Jahr 2003 ausgearbeiteten Entwurf zu einem eidgenössischen Verfahrensrecht für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auch nachgelebt. Die Vorlage wurde jedoch nach der Vernehmlassung bei den Kantonen im Jahr 2004 nicht weiterverfolgt. Ebenso wenig die entsprechende Anpassung der ZPO. Stattdessen flossen die zentralen verfahrensrechtlichen Bestimmungen in das ZGB ein.

Das hat dazu geführt, dass das ZGB an zahlreichen Stellen Bestimmungen enthält, die verfahrensrechtlichen Charakter haben (z. B. Art. 300 Abs. 2, Art. 314 ff., Art. 364, Art. 376 Abs. 1, Art. 404, Art. 414, Art. 419 ff., Art. 428 ff., Art. 440 ff.). Das ist, wie bereits erwähnt, systematisch falsch. Trotzdem sollen nun mit der vorgeschlagenen Revision ohne Not zahlreiche weitere Verfahrensbestimmungen ins ZGB aufgenommen werden.

Der Bundesrat nimmt im erläuternden Bericht zur Revisionsvorlage vom 22. März 2023 zwar auf eine mögliche bundesrechtliche Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB Bezug (Ziff. 2.7), verwirft diese Möglichkeit jedoch, mit dem lapidaren Hinweis, dass es *«keine Gründe dafür gäbe, auf den Entscheidung des Gesetzgebers aus dem Jahr 2006 zurückzukommen»*. Das überzeugt nicht. Der Bundesrat bleibt die Begründung dafür schuldig, weshalb die - systematisch eigentlich falsche - Aufnahme von Organisations- und Verfahrensbestimmungen ins ZGB besser sei als die Regelung in einem separaten Bundesgesetz, wie es im Jahr 2003 vorgeschlagen wurde. Immerhin sind seit dem damaligen Entscheid des Gesetzgebers, auf den der Bundesrat verweist, 17 Jahre vergangen.

Der Kanton Uri hat in der im Jahr 2004 durchgeführten Vernehmlassung einer bundesrechtlichen

Vereinheitlichung des Verfahrens vor der KESB zugestimmt (*«Das Verfahren des Erwachsenen- und Kinderschutzes ausserhalb des ZGB in einem separaten Rechtserlass zu regeln, erachten wir als glücklich. [...] Schliesslich erweist sich die vorgeschlagene Ausgestaltung des Verfahrens im Grossen und Ganzen als zweckmässig.»*). Daran hat sich grundsätzlich nichts geändert. Würden die Revisionsvorschläge umgesetzt, würde das ZGB ohne erkennbares System mit einer weiteren Vielzahl von verfahrensrechtlichen oder organisatorischen Normen durchsetzt und sein eigentlicher Zweck einer Kodifizierung des materiellen Rechts weiter verwässert.

Die Themenbereiche, die mit der geplanten Revision des ZGB geregelt werden sollen, sind zwar wichtig und absolut zu unterstützen. Es handelt sich jedoch nicht um Themen, bei denen in den Kantonen ein Missstand oder ein Vollzugsnotstand herrscht und die deshalb unmittelbar zwingend neu geregelt werden müssten. Auf der anderen Seite wäre es, wie oben ausgeführt, aus Gründen der Gesetzessystematik sinnvoller, die Themenbereiche, die verfahrens- oder organisationsrechtlicher Natur sind - und das sind in der unterbreiteten Revisionsvorlage die meisten -, in einem umfassenden und schweizweit gültigen Regelwerk zum Verfahren vor der KESB zu regeln.

Aus diesem Grund schlägt der Regierungsrat des Kantons Uri vor, einen Marschhalt einzulegen und die vorgelegte Teilrevision des ZGB zugunsten einer bundesrechtlich einheitlichen Verfahrensordnung für den zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz zurückzustellen.

Antrag

Die vorgelegte Revision der Bestimmungen des Erwachsenenschutzrecht gemäss Vorentwurf vom 22. Februar 2023 sei zurückzustellen. Stattdessen sei eine bundesweit kodifizierte Verfahrensordnung für den zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz zu erarbeiten.

Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Sollte der Bundesrat unserem oben gestellten Antrag nicht folgen, möchten wir folgende Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen anbringen:

Artikel 361a und 363 Absatz 1 revZGB

Einverstanden. Diese Bestimmung ist im Kanton Uri bereits umgesetzt. Die KESB Uri ist zentrale Hinterlegungsstelle für Vorsorgeaufträge von Personen mit Wohnsitz im Kanton Uri.

Artikel 368 Absatz 1 revZGB

Einverstanden. Marginale Änderung ohne grosse Praxisrelevanz.

Artikel 374 revZGB

Die Streichung des unscharfen Begriffs der «ordentlichen» Verwaltung des Einkommens und Vermögens ist zu begrüssen.

Faktisch wird mit der vorgeschlagenen Änderung der Kreis der Geschäfte, die zu ihrer Rechtsgültigkeit der Zustimmung der KESB bedürfen, eingeschränkt. Damit könnte die gesetzlich zur Vertretung ermächtigte Person im Gegensatz zur geltenden Regelung z. B. über die Annahme oder Ausschlagung oder einer Erbschaft, den Abschluss eines Erbteilungsvertrags oder die Prozessführung in eigener Kompetenz entscheiden. Der Schutz der betroffenen urteilsunfähigen Person wird damit gegenüber der geltenden Regelung geschwächt. Der bisherige Umfang der zustimmungsbedürftigen Geschäfte ist daher allenfalls in einer anderen Formulierung beizubehalten.

Artikel 376 revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Artikel 38 Absatz 1 Ziffer 3 und neue Ziffer 8 revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Artikel 381 Absatz 3 revZGB

Einverstanden. Marginale Änderung ohne grosse Praxisrelevanz.

Neuer Artikel 389a revZGB

Einverstanden. Die Legaldefinition des Begriffs «nahestehende Person» beseitigt Unsicherheiten in der Rechtsanwendung und ist deshalb ist zu begrüßen.

Artikel 390 Absatz 2 und 3 revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Artikel 400 neuer Absatz 1^{bis} revZGB

Ablehnung, weil überflüssig. Diese verfahrensrechtliche Bestimmung regelt eine Selbstverständlichkeit für eine professionell und interdisziplinär arbeitende KESB.

Im Kanton Uri existiert seit zwei Jahren ein «Kompetenzzentrum Private Beistandspersonen (KPB)». Hauptaufgaben dieses Kompetenzzentrums sind die Aus- und Weiterbildung der bereits aktiven Privaten Beistandspersonen sowie die Gewinnung von neuen Privaten Beistandspersonen, seien das Personen aus dem sozialen Umfeld von Betroffenen oder interessierte Drittpersonen, die sich sozial engagieren möchten. Hauptziele, die damit verfolgt werden sollen, sind (i) die stärkere Verankerung der KESB im Bewusstsein der Bevölkerung, indem interessierte Personen aktiv aufgerufen werden, beim Vollzug des Erwachsenenschutzrechts mitzuwirken und (ii) die Entlastung der Berufsbeistandschaft von weniger komplexen Mandaten, die genauso gut von Privaten Beistandspersonen übernommen werden können. Das KPB wurde auf Initiative der KESB Uri aufgebaut und steht auch unter deren Leitung. Eine gesetzliche Bestimmung im ZGB hat es dazu nicht gebraucht.

Artikel 401 Absatz 2 und neuer Absatz 4 revZGB

Ablehnung. Die Pflicht zur Entgegennahme von Wünschen, die betroffene Personen und sogar nahestehende Personen im Voraus anbringen können, würde bei den KESB zusätzlichen Aufwand bei höchst fraglichem Nutzen verursachen.

Bei der Abgabe solcher schriftlichen oder gar mündlich formulierten Wünsche müsste unter Umständen die Urteilsfähigkeit der betroffenen oder die Stellung als nahestehende Person überprüft und anschliessend ein Dossier eröffnet werden, das unter Umständen über Jahre zu bewirtschaften ist.

Im Erwachsenenschutz besteht genau für solche Anliegen die Möglichkeit eines Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff. ZGB). Ein Vorsorgeauftrag ist aber unter Berücksichtigung der Formvorschriften (handschriftlich oder öffentlich beurkundet, Art. 361 Abs. 1 ZGB) zu verfassen und muss im Vorsorgefall durch die KESB validiert werden (Art. 363 ZGB). Die vorgeschlagene niederschwellige Form von «Wünschen im Voraus» erreicht letztlich das Gegenteil dessen, was beabsichtigt ist: Sie schwächt die im Gesetz bereits vorgesehene Form der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz (Vorsorgeauftrag) und schafft dafür zahlreiche neue Anwendungsprobleme in der Praxis.

Artikel 406 neuer Absatz 3 revZGB

Ablehnung, weil überflüssig. Diese verfahrensrechtliche Bestimmung regelt wiederum etwas, was für eine professionell arbeitende Beistandsperson selbstverständlich ist (Berufsbeistände und Private Beistandspersonen). Im Übrigen ergibt sich diese Pflicht schon aus dem gesetzlichen Grundsatz, wonach die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich zu erhalten und zu fördern ist (Art. 388 Abs. 2 ZGB).

Artikel 413 Absatz 3 revZGB

Einverstanden, aber marginal.

Artikel 420 revZGB

Ablehnung. Neu soll nur noch eine teilweise Entbindung von der Rechenschaftspflicht möglich sein. Die heute bestehende Möglichkeit zur gänzlichen Entbindung soll entfallen. Das erscheint praxisfremd und ist nicht zu Ende gedacht. Was ist zu tun, wenn die KESB von der nahestehenden Beistandsperson als Erleichterung - wie es z. B. auch im Kanton Uri praktiziert wird - lediglich die Steuererklärung und/oder Veranlagung der betroffenen Person statt einer Rechnung samt Belegen erhält und sich daraus prima vista ergibt, dass das Vermögen bei gleichbleibendem Einkommen um 10 oder mehr Prozent abgenommen oder trotz eines Erbanfalls nicht zugenommen hat? Die KESB muss mit diesem Wissen der nur summarisch bekannten Vermögensentwicklung auf den Grund gehen (Art. 415 Abs. 3 ZGB) und mitunter die gesamte Rechnung und Belege nachfordern, um die konkrete Erklärung zu finden oder die Erklärung der Beistandsperson überprüfen zu können. Fordert die KESB nach der verfügbaren Erleichterung die Rechnung und Belege nach, wird sie auf Widerstand und Misstrauen bei den eingesetzten Beistandspersonen stossen und allenfalls damit konfrontiert, dass die Belege nicht mehr vorhanden seien oder tatsächlich nicht mehr sind.

Die gänzliche Entbindung von der Rechenschaftspflicht muss deshalb in Fällen, in denen begründetes und überprüftes Vertrauen besteht, weiterhin möglich sein. Die KESB Uri hat dazu eine Kriterienliste in einem Merkblatt veröffentlicht, das die betreffenden Empfehlungen der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) konkretisiert. Die Erfahrungen in der Praxis damit sind gut.

Artikel 426 Absatz 2 revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkung.

Artikel 431 Absatz 1 und neuer Absatz 3 revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkung.

Artikel 439 neuer Absatz 1^{bis} revZGB

Einverstanden. Gesetzliche Verankerung der bestehenden bundesgerichtlichen Praxis.

Artikel 441a revZGB

Ablehnung. Die KOKES erhebt bereits heute die relevanten statistischen Zahlen bei den Kantonen und veröffentlicht diese. Aus Sicht des Kantons Uri genügt die heute vorhandene Statistik vollauf. Ein weiterer Ausbau erscheint überflüssig. Ein Mehrwert ist nicht erkennbar.

Zudem bestünde mit der vorgeschlagenen bundesrechtlichen Kompetenzregelung bei der Statistik im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz und der Kompetenz des Bundesrats, die Modalitäten selbst festlegen zu dürfen oder dem Bundesamt für Justiz übertragen zu können, die Gefahr eines unbremsten Ausbaus des Statistikapparats unter Verweis auf ebendiese bundesrechtliche Regelung. Jeder Ausbau der Statistik führt bei den Kantonen, welche die Zahlen zu erheben haben, zu höheren Kosten (Personalaufwand und Implementierung der jeweiligen neuen Anforderungen in den elektronischen Fallführungssystemen).

Artikel 443 revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Neuer Artikel 443a revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Artikel 446 neuer Absatz 2^{bis} revZGB

Ablehnung, da überflüssig. Auch hier gilt: Im Rahmen einer professionellen Abklärung wird selbstverständlich überprüft, welche Personen einen Beitrag zur Sachverhaltsermittlung leisten können. Dazu braucht es keine verfahrensrechtliche Norm im ZGB.

Artikel 446a revZGB

Ablehnung. Zur Klärung der Parteistellung führt der erläuternde Bericht auf Seite 67 aus: «*Im Interesse der Klarstellung und Rechtssicherheit sollen sie nicht unmittelbar von Gesetzes wegen Parteistellung erhalten, sondern gestützt auf eine entsprechende Entscheidung der KESB.*» Die Feststellung, dass eine Person, die sich als nahestehend konstituieren will, nicht die Stellung einer am Verfahren beteiligten Person mit den entsprechenden Parteirechten hat, ist nötigenfalls insbesondere mit Bezug zum Akteneinsichtsrecht bereits unter den geltenden Verfahrensbestimmungen (ZPO oder kantonales Verfahrensrecht) möglich. Die Notwendigkeit einer weiteren verfahrensrechtlichen Norm im ZGB ist daher grundsätzlich fraglich. Zudem würde damit die Zahl von Zwischenverfahren oder -verfügungen voraussichtlich ansteigen, was mit der allseits monierten Beschleunigung der Verfahren vor der KESB im Widerspruch stehen würde.

Gerade die Themenbereiche, die hier aufgenommen werden, sollten in einem umfassenden und schweizweit gültigen Regelwerk zum Verfahren vor der KESB geregelt werden (siehe genereller Vorbehalt unter Ziff. 2).

Artikel 448 neuer Absatz 1^{bis} und Absatz 2 revZGB (Aufhebung Abs. 3)

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Artikel 449c Absatz 1 Ziffer 2 Buchstabe a revZGB

Einverstanden. Keine Bemerkungen.

Artikel 451 neuer Absatz 1^{bis} und Absatz 2 revZGB

Ablehnung. Mit der vorgeschlagenen Verfahrensbestimmung würde die geltende grundsätzliche Rollenaufteilung zwischen der KESB und der eingesetzten Beistandsperson durchbrochen und unterminiert.

Im Grundsatz informiert die KESB über ihre Entscheide nur Verfahrensbeteiligte und Dritte, sofern diese unmittelbar zu einer Handlung aufgefordert sind (z. B. Banken bei Entzug oder Zugriff auf Vermögen oder Grundbuchämter bei Grundbuchsperrungen nach Art. 395 Abs. 3 ZGB) oder für deren Information eine ausdrückliche Norm besteht (z. B. Betreibungsämter gemäss Art. 68d des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs [SchKG]; SR 281.1 oder Banken gemäss Art. 9 Abs. 3 der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft [VBVV]; SR 211.223.11). Die allgemeine Information von nahestehenden Personen und/oder Dritten ist genuine Aufgabe der Beistandspersonen (Art. 413 Abs. 3 ZGB), soweit dies für ihre Aufgabenerfüllung erforderlich ist. Daran ist zur Stärkung der noch nicht überall etablierten Zuständigkeit und den Umfang der Auskunft- und Informationsrechte in einem sensiblen Rechts- und Lebensbereich unbedingt festzuhalten.

Dritte - und somit auch nahestehende Personen - können sich gestützt auf die geltende Fassung von Artikel 451 ZGB weiterhin selbst bei der KESB über das Bestehen und die rechtlichen Wirkungen einer

Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme erkundigen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme und hoffen, dass unsere Anliegen bei der weiteren Bearbeitung der Vorlage Berücksichtigung finden.

Altdorf, 26. Mai 2023



Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann

Der Kanzleidirektor

Urs Janett

Roman Balli

CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Madame la Conseillère fédérale
Elisabeth Baume-Schneider
Département fédéral de justice et police
DFJP
3003 Berne

*Par courrier électronique à zz@bj.admin.ch
(une version Word et une version PDF)*

Lausanne, le 24 mai 2023

Modification du code civil suisse – Protection de l'adulte / Procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie d'avoir sollicité son avis sur le projet.

Après avoir mené une consultation auprès des organismes concernés du Canton, il a l'honneur de vous faire part de ses déterminations.

1. Contexte de l'avant-projet fédéral

Le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2013, a fait ses preuves. Dans ce contexte, la présente révision vise avant tout à renforcer le droit à l'autodétermination et la solidarité familiale.

Le droit à l'autodétermination serait facilité par une gestion plus efficace du mandat pour cause d'incapacité, par lequel une personne émet des instructions pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement. Ce mandat pourrait être déposé auprès d'une autorité désignée par le canton – et ce partout en Suisse.

La solidarité familiale serait renforcée par deux mesures : l'extension du pouvoir légal de représentation, d'une part, l'implication systématique des proches lors de l'établissement des faits ainsi que la consolidation de leur position dans la procédure, d'autre part. En particulier, les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) seraient à l'avenir tenues d'examiner systématiquement si des proches peuvent être nommés curateurs, le cas échéant en les dispensant de certaines tâches inhérentes à la fonction.

L'avant-projet prévoit également de nouvelles règles en matière de droit et d'obligation d'aviser l'autorité s'agissant de la protection de l'adulte et une nouvelle disposition permettrait de collecter des données à des fins statistiques de façon uniforme dans toute la Suisse.

Enfin, la compétence à raison du lieu de l'APEA et du tribunal dans le contexte du placement à des fins d'assistance serait clarifiée et les règles concernant la communication d'informations relatives aux mesures de protection de l'adulte seraient précisées.

2. Remarques générales

Le Conseil d'Etat soutient l'essentiel des modifications proposées, qui paraissent aptes à améliorer le système actuel.

Il préférerait toutefois que le dépôt du mandat pour cause d'incapacité se fasse auprès d'une seule autorité par canton. Permettre d'en désigner plusieurs risquerait en effet de compliquer les démarches à effectuer, notamment en cas de déménagement de la personne concernée.

Le Conseil d'Etat note par ailleurs que l'implication renforcée des proches dans la procédure pourrait provoquer certaines difficultés pratiques. Dans le canton de Vaud, aujourd'hui, les proches qui le souhaitent sont déjà associés à l'instruction. L'expérience montre que ceux qui ne s'annoncent pas spontanément ne désirent souvent pas s'impliquer. Obliger l'autorité à solliciter systématiquement l'avis de chacun d'eux risquerait d'occasionner une surcharge de travail peu utile, d'autant que l'art. 389a al. 1 CC définirait le cercle de ces proches d'une façon large et relativement peu précise. Il arrive aussi que les proches ne soient pas d'accord entre eux, ou avec le curateur, qui, surtout lorsqu'il n'est pas un professionnel, peut alors se trouver en difficulté, d'autant que le devoir de discrétion auquel il est soumis l'empêche d'expliquer toutes ses actions en détail. A ces problèmes potentiels, le projet ne propose guère de solutions.

3. Commentaires par articles

Article 374, al. 1 AP-CC

Art. 374, al. 1

1 Lorsqu'une personne frappée d'une incapacité de discernement n'a pas constitué de mandat pour cause d'incapacité et que sa représentation n'est pas assurée par une curatelle, celui qui, en qualité de conjoint, de partenaire enregistré ou de personne menant de fait une vie de couple avec elle, fait ménage commun avec elle ou lui fournit une assistance personnelle régulière dispose de par la loi d'un pouvoir de représentation.

Les termes « personne menant de fait une vie de couple avec elle » ne sont pas très clairs et pourraient être remplacés par les termes « personne en concubinage » ou « personne en union libre ».

De plus, il serait opportun de préciser, à tout le moins dans le rapport explicatif, que la vie de couple doit avoir commencé avant le début du besoin de protection, afin d'éviter autant que possible de conférer un pouvoir de représentation à une personne avec laquelle la personne concernée n'aurait pas véritablement choisi de se mettre en couple.

Article 376, al. 2 AP-CC

Art. 376, al. 2

2 Elle peut notamment statuer sur le pouvoir de représentation de la personne habilitée de par la loi à représenter la personne incapable de discernement et, le cas échéant :

- 1. lui remettre un document faisant état de ses compétences ;*
- 2. lui retirer ses compétences en tout ou en partie, ou instituer une curatelle.*

Il est suggéré de remplacer le terme « compétences » par le terme « pouvoirs ».

Article 378, al. 1, ch. 3 AP-CC

Art. 378, al. 1, ch. 3

1 Sont habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer ambulatoirement ou en milieu institutionnel, dans l'ordre :

- 3. celui qui, en qualité de conjoint, de partenaire enregistré ou de personne menant de fait une vie de couple avec elle, fait ménage commun avec elle ou lui fournit une assistance personnelle régulière ;*

Il est fait la même remarque s'agissant des termes « personne menant de fait une vie de couple avec elle » que concernant l'art. 374 al. 1 AP-CC ci-dessus, qu'il conviendrait de remplacer par les termes « personne en concubinage » ou « une personne en union libre ».

Article 420 AP-CC

Art. 420

Lorsque la curatelle est confiée à un proche, l'autorité de protection de l'adulte peut, en fonction des circonstances, le dispenser de l'obligation de requérir son consentement pour certains actes ou alléger son obligation de remettre un inventaire et d'établir des rapports et des comptes périodiques.

Le Conseil d'Etat n'est pas favorable au principe d'une dispense et d'un allègement. Il relève que l'autorité de protection de l'adulte ne peut pas lister à l'avance les situations pouvant faire l'objet d'un allègement ou d'une dispense. La disposition ne précise en outre pas les circonstances permettant de dispenser le proche nommé curateur. Il se pose encore la question de la limite avec les mandats privés.

4. Conclusions

Dans l'ensemble, le Conseil d'Etat salue les motifs de la présente révision et soutient les modifications proposées, sous réserve exprimées ci-avant.

En vous remerciant de l'accueil que vous réserverez aux observations du Canton de Vaud, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Christelle Luisier Brodard

LE CHANCELIER



Aurélien Buffat

Copies

- Office des affaires extérieures
- Direction des affaires institutionnelles et des communes, Direction des affaires juridiques



2023.01752



Madame
Elisabeth Baume-Schneider
Conseillère fédérale
Cheffe du Département fédéral de justice
et police
Palais fédéral
3003 Berne



Notre réf. SH

Date 17 MAI 2023

Consultation sur la modification du code civil suisse (Protection de l'adulte)

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat valaisan vous remercie de l'avoir consulté sur le dossier cité en exergue et vous communique, ci-après, sa détermination.

Du dépôt des mandats pour cause d'incapacité

Le canton du Valais n'a, à ce jour, aucune autorité centrale où il est possible de déposer un mandat pour cause d'incapacité et devra ainsi adapter sa législation cantonale pour la création d'une telle autorité.

Cependant et dans la mesure où le dépôt d'un mandat pour cause d'incapacité restera facultatif, l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) devra continuer à se renseigner sur l'existence d'un tel mandat, tant auprès de la nouvelle autorité de dépôt qu'auprès de l'office de l'état civil ainsi que cela ressort du nouvel article 363 al. 1 CC.

Pour ce faire, il paraît indispensable de compléter l'article 43a al. 4 CC en insérant un ch. 9 qui prévoit un accès en ligne par les APEA aux données des personnes ayant déposé un mandat pour cause d'incapacité.

Du pouvoir légal de représentation

Le Conseil d'Etat soutient l'élargissement du champ des personnes habilitées à représenter la personne incapable de discernement des nouveaux articles 374 et 378 al. 1 CC.

Par ailleurs, le nouvel article 374 al. 2 ch. 2 CC a l'avantage de mieux définir les tâches pouvant être effectuées par le représentant légal sans l'accord de l'autorité de protection.

Cependant, le texte du nouvel article 376 al. 1 CC mérite d'être corrigé dans le sens où l'APEA devrait prendre en considération tout avis émis par un tiers et non uniquement ceux émis par un proche.

De la définition de proches

Il convient de renoncer à la présomption légale que le nouvel article 389a al. 2 CC prévoit pour les membres du cercle familial et le partenaire de fait. En pratique, il devrait être aisé pour ces personnes de rendre leur qualité de proche vraisemblable en démontrant l'existence d'un lien étroit avec la personne concernée. Cela aura notamment pour but d'éviter que la tâche, parfois lourde, de renverser cette présomption légale ne revienne à la personne sous curatelle ou à l'APEA, en particulier lors de l'existence de conflits familiaux. Dès lors, l'al. 2 de la disposition précitée devrait, à notre sens, être supprimé du projet.

Du curateur

Le nouvel article 400 al. 1^{bis} a pour but de confier la curatelle à un proche ou à un curateur privé afin notamment de décharger les curateurs professionnels. Par souci de clarté, il semblerait plus judicieux d'indiquer la mention de « curateur privé » au lieu de celle de « curateur non professionnel ».

Des statistiques

Le Conseil d'Etat soutient la création d'une base légale spécifique afin d'assurer que les statistiques et les données sur les mesures de protection de l'enfant et de l'adulte soient rendues disponibles par l'ensemble des cantons.

Il semble toutefois indispensable que la Confédération collabore pleinement avec les cantons pour définir les principes et les modalités d'établissement de ces statistiques.

Du signalement

Comme cela est relevé à juste titre dans le rapport explicatif de l'avant-projet, notre société est vieillissante, ce qui a pour effet d'augmenter le nombre de personnes ayant besoin d'aide et, par corrélation, les risques de maltraitance. Il est ainsi important que, dans de tels cas, l'autorité de protection puisse clarifier la situation afin de pouvoir protéger les intérêts de la personne concernée.

Pour ce faire, les nouvelles règles des article 443 ss CC, inspirées de ce qui vaut en matière de protection de l'enfant sont les bienvenues. Toutefois, le Conseil d'Etat est d'avis que le fait de limiter le nouvel article 443 al. 2 CC aux personnes incapables de discernement uniquement, empêche cette norme de déployer l'effet protecteur souhaité.

Dès lors, le Conseil d'Etat suggère de modifier ledit texte comme suit :

² Les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal ont elles aussi le droit d'aviser l'autorité lorsque l'intérêt de la personne ayant besoin d'aide le justifie.

De la collaboration et l'assistance administrative

Le Conseil d'Etat, pour les mêmes motifs qu'exposés ci-dessus, estime que la limitation de l'article 448 al. 1^{bis} aux personnes incapable de discernement n'est pas opportune.

Dès lors, le Conseil d'Etat suggère de modifier ledit texte comme suit :

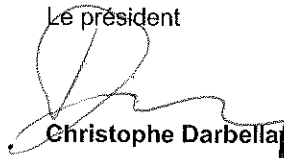
^{1bis} Lorsque la procédure concerne une personne majeure, les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal ont le droit de collaborer sans se faire délier au préalable du secret professionnel. Cette disposition ne s'applique pas aux auxiliaires soumis au secret professionnel en vertu du code pénal.

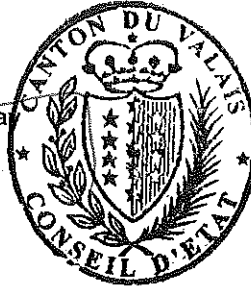
Pour le surplus, le Conseil d'Etat valaisan salue et soutient l'objet de la présente consultation, en intégrant une modification de l'article 43a al. 4 CC.

Nous vous remercions par avance de l'attention que vous porterez à notre prise de position et vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre haute considération.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président


Christophe Darbellay



La chancelière


Monique Albrecht

Copie à zz@bj.admin.ch



Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Generalsekretariat EJPD
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement
Bundeshaus West
3003 Bern

Zug, 2. Mai 2023 rv

**Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)
Vernehmlassung des Kantons Zug**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrter Herr Generalsekretär
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 haben Sie uns eingeladen, bis zum 31. Mai 2023 eine Vernehmlassung einzureichen. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns gerne wie folgt:

I. Anträge

1. Art. 361a nZGB sei wie folgt zu ergänzen:
«Die Kantone sorgen dafür, dass Vorsorgeaufträge einer Amtsstelle zur Aufbewahrung übergeben werden können. Es ist eine Amtsstelle pro Kanton zu bestimmen.»
2. Art. 361 Abs. 3 ZGB sei zu streichen.
3. Bei Art. 363 Abs. 1 nZGB sei «beim Zivilstandsamt» ersatzlos zu streichen.
4. Bei Art. 401 Abs. 4 nZGB sei ersatzlos zu streichen.
5. Art. 446 Abs. 2^{bis} nZGB sei ersatzlos zu streichen.

II. Begründung der einzelnen Anträge

Zu Antrag 1

Aus dem Wortlaut «einer Amtsstelle» geht nicht klar hervor, dass damit eine Amtsstelle pro Kanton gemeint ist. Falls die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) als Amtsstelle bezeichnet wird, kann dies in Kantonen mit mehreren Behörden zu mehreren Aufbewahrungsstellen führen. Aus Praktikabilitätsgründen ist deshalb eine einzige Amtsstelle pro Kanton zu bestimmen.

Zu Antrag 2

Aus Sicht des Kantons Zug macht es wenig Sinn, die Information über die Errichtung eines Vorsorgeauftrages und dessen Hinterlegungsort gemäss Art. 361 Abs. 3 ZGB in der zentralen Datenbank Infostar einzutragen und parallel dazu, mittels Art. 361a nZGB den Kantonen die Kompetenz zu übertragen, dafür zu sorgen, dass Vorsorgeaufträge einer Amtsstelle zur Aufbewahrung übergeben werden können. Aus diesem Grund ist anlässlich der vorliegenden Teilrevision Art. 361 ZGB Abs. 3 des geltenden Rechts zu streichen. Vorsorgeaufträge sollen in Analogie zu Art. 504 ZGB und Art. 505 ZGB nur bei einer Amtsstelle hinterlegt werden können. Die zusätzliche Information betreffend Errichtung eines Vorsorgeauftrages und dessen Hinterlegungsort im Infostar ist somit nicht erforderlich. Die Streichung der Eintragungsmöglichkeit im Infostar würde zudem den Erkundigungs- und Prüfungsaufwand der Erwachsenenschutzbehörde reduzieren.

Zu Antrag 3

Aufgrund der obigen Ausführungen ist «beim Zivilstandsamt» folgerichtig zu streichen.

Zu Antrag 4

Der vorgeschlagene Gesetzestext enthält einige Unklarheiten:

- a. Es ist nicht nachvollziehbar, was mit «auch im Voraus» gemeint ist? Aufgrund dieses Begriffes scheinen der betroffenen Person und den nahestehenden Personen alle Möglichkeiten offen zu stehen, der Erwachsenenschutzbehörde Wünsche einzugeben. Dies kann zu Begehrlichkeiten führen, welche schlussendlich nicht erfüllt werden können. Festzuhalten ist, dass die Wünsche der betroffenen Person und der nahestehenden Personen während des laufenden Verfahrens ohnehin eingebracht werden können, so z.B. während des Abklärungsverfahrens oder anlässlich der Anhörung. Deshalb ist unklar, was mit «auch im Voraus» gemeint bzw. was damit eben gerade nicht gemeint ist.
- b. Der Bestimmung entsprechend, können die Wünsche «mündlich oder schriftlich auch im Voraus gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde» geäußert werden. Dem erläuternden Bericht zufolge geht es dabei häufig um den Wunsch der Eltern für ihre Kinder, wer bei ihrem Tod als Vormund des Kindes bestimmt werden soll. Unklar ist jedoch, wie die Erwachsenenschutzbehörde mit diesen Äusserungen zu verfahren hat? Hat sie diese festzuhalten und aufzubewahren oder lediglich zur Kenntnis nehmen? Es ist weder die Eintragung eines solchen Wunsches im Zivilstandsregister noch eine Erkundigungspflicht der KESB vorgesehen. Gemäss dem erläuternden Bericht soll die betroffene Person im Sinne der Selbstverantwortung selber dafür sorgen, dass die zuständige Erwachsenenschutzbehörde vom Wunsch Kenntnis erhält. Entsprechend ist nicht nur unklar, was mit «auch im Voraus» gemeint ist, sondern auch was der Sinn einer Kenntnisnahme im Voraus ist.

Die Kindesschutzbehörde ist häufig mit dieser Frage konfrontiert und empfiehlt jeweils, den Wunsch schriftlich festzuhalten. Sie klärt auch darüber auf, dass eine solche Absichtserklärung (sog. Sorgerechtsverfügung bzw. Sorgerechtstestament) rechtlich zwar nicht verbindlich ist, jedoch viel Gewicht bei der Beurteilung durch die Kindesschutzbehörde hat und nicht ohne wichtigen Grund davon abgewichen wird. Es stellt sich sodann zusätzlich die Frage, wo eine solche

Absichtserklärung hinterlegt werden kann. In der Praxis wird sie in der Regel bei der Person aufbewahrt, die nach dem Versterben von beiden Elternteilen die Verantwortung für das Kind übernehmen soll. Die Äusserung des Wunsches der Eltern für ihre Kinder wird von der Kinderschutzbehörde des Kantons Zug als eine Beratung der Eltern angesehen.

Im Erwachsenenschutz wird die betroffene Person im Rahmen des Abklärungsverfahrens sowie der Gewährung des rechtlichen Gehörs nach dem Wunsch einer spezifischen Person als Beistandsperson gefragt, worauf sich diese entsprechend äussern kann (vgl. Vorschlagsrecht). Ebenso können Angehörige und/oder nahestehende Personen im Rahmen des Abklärungsverfahrens den Wunsch zur Übernahme der Beistandschaft äussern. Es ist auch in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, was mit «auch im Voraus» gemeint sein soll. Ist darunter zu verstehen, dass Wünsche unabhängig von einem Abklärungsverfahren bei der Erwachsenenschutzbehörde geäussert werden können? Dies kann selbstverantwortlich gemacht und im Rahmen des laufenden Verfahrens eingebracht werden, was jedoch voraussetzt, dass z.B. bei Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person die als Beiständin bzw. Beistand in Frage kommende Person darüber informiert ist oder die zuständige Erwachsenenschutzbehörde vom Wunsch auf anderem Weg Kenntnis erhält. Unklar bleibt somit, was der Sinn ist, diesen Wunsch im Voraus mündlich oder schriftlich gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde zu äussern, da der Erwachsenenschutzbehörde keine Aufbewahrungspflicht dieser Äusserung und auch keine Erkundigungspflicht zukommt. Zudem liegt es in der Autonomie jeder urteilsfähigen Person, vorgängig – sei dies durch eine Patientenverfügung und/oder einen Vorsorgeauftrag – vorzusorgen.

Art. 401 Abs. 4 nZGB ist aufgrund der gemachten Ausführungen ersatzlos zu streichen.

Zu Antrag 5

Aus Sicht des Kantons Zug braucht es keine weitere Konkretisierung, wie die Erwachsenenschutzbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären hat. Wie bereits in Art. 446 Abs. 2 ZGB ausgeführt, zieht sie die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise – dies beinhaltet unter anderem der Einbezug von nahestehenden Personen. Es ist nicht nachvollziehbar, wieso der Einbezug von nahestehenden Personen in Art. 446 Abs. 2^{bis} nZGB explizit aufgeführt werden soll. Im erläuternden Bericht wird ausgeführt, dass bei Verzicht der Erwachsenenschutzbehörde auf Einbezug von bekannten nahestehenden Personen in das Verfahren, es angebracht sei, dies im Entscheid über die Massnahme kurz zu begründen. Es erscheint praxisfern in einem Entscheid begründen zu müssen, wieso bekannte nahestehende Personen nicht in das Abklärungsverfahren miteinbezogen wurden. Die Behörde hat von Amtes wegen den Sachverhalt vollständig abzuklären und die nötigen Personen in die Abklärung miteinbeziehen, um einen begründeten Entscheid treffen zu können. Wenn bekannte nahestehende Personen nun explizit nicht ins Verfahren einbezogen wurden und dies im Entscheid über die Massnahme «kurz» begründen werden soll, wird dies einer Prüfungspflicht gleichgestellt, was abzulehnen ist. Im Entscheid betreffend Errichtung einer Erwachsenenschutzmassnahme sind deren rechtlichen Voraussetzungen zu prüfen und abzuhandeln. Auch mit Blick auf die adressatengerechte Verfassung eines Entscheides ist nicht ersichtlich, wieso im selben Entscheid begründet werden soll, weshalb eine bekannte nahestehende Person nicht ins Abklärungsverfahren miteinbezogen wurde.

Aus diesen Gründen ist Art. 446 Abs. 2^{bis} nZGB ersatzlos zu streichen. Sollte an dieser Bestimmung jedoch festgehalten werden, wäre zu präzisieren, unter welchen Umständen auf einen Einbezug verzichtet werden könnte.

Wir bitten um Berücksichtigung unserer Anträge.

Zug, 2. Mai 2023

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'S. Thalmann-Gut'.

Silvia Thalmann-Gut
Frau Landammann

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'T. Moser'.

Tobias Moser
Landschreiber

Versand per E-Mail an:

- Generalsekretariat EJPD, Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
(zz@bj.admin.ch; als PDF- und Word-Version)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung
- Direktion des Innern (info.dis@zg.ch)
- Amt für Kindes- und Erwachsenenschutz (info.kes@zg.ch)



Eidgenössisches Justiz-
und Polizeidepartement
3003 Bern

24. Mai 2023 (RRB Nr. 652/2023)

**Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Erwachsenenschutz
(Vernehmlassung)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 22. Februar 2023 haben Sie uns die Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutzrecht) zur Vernehmlassung unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt:

Der Stossrichtung der vorgesehenen Gesetzesanpassungen, die vorab der Stärkung der Selbstbestimmung dient, begrüssen wir im Grundsatz. Wir weisen jedoch darauf hin, dass sowohl bei den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) als auch den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen mit Mehrkosten zu rechnen ist, falls die Bestimmungen gemäss Vernehmlassungsentwurf erlassen werden. Insbesondere die Möglichkeit weiterer Verfahrensbeteiligungen (Art. 446 a VE-ZGB) wird zu zusätzlichem Abklärungsbedarf bei den KESB und zu Streitigkeiten über die Legitimation führen. Dies wird, da Prozesse im Kindes- und Erwachsenenschutz häufig unentgeltlich geführt werden, überdies Mehrkosten für die Kantone zur Folge haben. Eine entsprechende Bestimmung würde sodann zu einer zusätzlichen Verrechtlichung der Verfahren führen. Auch die Regelung der örtlichen Zuständigkeit zur Überprüfung einer ärztlich angeordneten Fürsorgerischen Unterbringung (FU) am Ort, wo die Unterbringung angeordnet wurde (Art. 439 Abs. 1^{bis} VE-ZGB), würde aufgrund der komplizierten Abläufe und wechselnden Zuständigkeiten bei Kliniken und Gerichten Mehrkosten nach sich ziehen.

Zu den Bestimmungen im Einzelnen verweisen wir auf die nachfolgenden Ausführungen. Kritisch beurteilen wir insbesondere die folgenden Regelungen:

- Vertretungsrecht für faktische Lebenspartnerinnen und -partner (Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB),
- gesetzliche Vermutung, dass die aufgezählten Personen der betroffenen Person nahe stehen (Art. 389a Abs. 2 VE-ZGB),
- örtliche Zuständigkeit zur Überprüfung einer ärztlich angeordneten FU am Ort, wo die Unterbringung angeordnet wurde (Art. 439 Abs. 1^{bis} VE-ZGB),
- am Verfahren beteiligte Personen (Art. 446a VE-ZGB).

Zu Art. 361a VE-ZGB

Mit Art. 361a VE-ZGB sollen die Kantone verpflichtet werden, für die Hinterlegung der Vorsorgeaufträge eine kantonale Hinterlegungsstelle zu schaffen. Diese Verpflichtung wird begrüsst. Der Kanton Zürich hat bereits mit dem am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR, LS 232.3) die KESB als Hinterlegungsort für dieses wichtige Instrument der eigenen Vorsorge bestimmt (§ 75 EG KESR). Allerdings ist zu beachten, dass die Mobilität der Bevölkerung zunimmt und bei einer Wohnsitzverlegung die Übertragung des Vorsorgeauftrages an die Hinterlegungsstelle des neuen Wohnsitzkantons vergessen gehen kann. Wir regen an, die notwendigen Bestimmungen dafür zu schaffen, dass in der zentralen Datenbank Infostar bei jeder Person eingetragen wird, ob ein Vorsorgeauftrag hinterlegt ist. Zudem ist den KESB eine Zugriffsberechtigung auf diese Daten von Infostar zu erteilen, damit sie einfach in Erfahrung bringen können, ob eine betroffene Person einen Vorsorgeauftrag hinterlegt hat.

Zu Art. 363 Abs. 1 VE-ZGB

Diese Präzisierung folgt aus der Änderung von Art. 361a ZGB. Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die KESB mittels Zugriff auf Infostar das Vorhandensein von Vorsorgeaufträgen einfach abklären können sollten (vgl. Bemerkungen zu Art. 361a VE-ZGB). Im neu eingefügten zweiten Satz wird die erweiterte Erkundungspflicht der KESB zum Ausdruck gebracht. Die KESB darf sich künftig also nicht mehr mit einer Erkundung beim Zivilstandsamt und der kantonalen Aufbewahrungsstelle begnügen (bzw. künftig allenfalls bei einer Anfrage bei Infostar). Zu weitgehend sind jedoch die Ausführungen im Erläuternden Bericht (S. 26), wonach die KESB «bei allen möglichen Ansprechpartnern» Erkundungen einholen muss. Die KESB muss ihre Nachforschungen auf diejenigen Ansprechpersonen beschränken dürfen, von denen Hinweise erwartet werden können. Wir ersuchen diesbezüglich um eine Anpassung der Erläuterungen in der Botschaft.

Zu Art. 368 Abs. 1 VE-ZGB

Die KESB soll einerseits «von Amtes wegen» und andererseits «auf Meldung einer nahestehenden Person» die erforderlichen Massnahmen treffen. Da mit der Verwendung des Begriffs «Meldung» keine direkten verfahrensrechtlichen Konsequenzen mehr verbunden sein sollen, stellt sich die Frage, weshalb die Meldung einer nahestehenden Person überhaupt noch erwähnt wird. Auch eine Meldung einer anderen Person kann zu einer Abklärungspflicht und zur Anordnung von Massnahmen führen. Es lässt sich deshalb vertreten, nur noch von «Meldung» zu sprechen.

Zu Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB

Die Erweiterung des gesetzlichen Vertretungsrechts auf faktische Lebenspartnerinnen und Lebenspartner verdient grundsätzlich Unterstützung. Was darunter zu verstehen ist bzw. in welchen Fällen von einer faktischen Lebensgemeinschaft ausgegangen werden kann, lässt das Gesetz jedoch offen. Dies dürfte in der Praxis zu Auslegungsproblemen führen, insbesondere dann, wenn im Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person die Lebensgemeinschaft noch nicht lange gedauert hat oder die beteiligten Personen sich bereits wieder in der Trennung befinden. Diese Unsicherheiten dürften auch bei Vertragspartnerinnen und -partnern der urteilsunfähigen Personen, die vertreten werden sollen, zu Problemen führen. So verfügen Medizinalpersonen, die bei einer Einlieferung

der betroffenen Person in ein Spital schnell entscheiden können sollten, kaum über die notwendigen Entscheidungskriterien. Zudem ist fraglich, ob insbesondere Banken diese Art der gesetzlichen Vertretung akzeptieren werden. Es ist zu befürchten, dass angesichts der Unsicherheiten das gesetzliche Vertretungsrecht in der Praxis nicht greifen wird und die KESB über das Vertretungsrecht entscheiden muss (Art. 376 Abs. 2 VE-ZGB). Um die Bestimmung tragfähig zu machen, müssen Kriterien in das Gesetz aufgenommen werden, anhand deren sich in der Praxis einigermaßen leicht bestimmen lässt, ob es sich bei der Person, die als gesetzliche Vertreterin oder gesetzlicher Vertreter auftritt, tatsächlich um eine faktische Lebenspartnerin oder einen faktischen Lebenspartner der urteilsunfähigen Person handelt.

Zu Art. 376 VE-ZGB

Neu soll die KESB nur noch ausnahmsweise eine Urkunde mit Vertretungsbefugnissen ausstellen. Die KESB soll, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechend, nur noch zuständig sein, sofern tatsächlich eine Gefährdung der Interessen der betroffenen Person vorliegt. Wir unterstützen diese Änderung, regen aber an, den Zusatz «einer nahestehenden Person» wegzulassen, da auch Meldungen von Drittpersonen möglich sind.

Zu Art. 378 VE-ZGB

Bezüglich der faktischen Lebenspartnerin bzw. des faktischen Lebenspartners verweisen wir auf die Bemerkungen zu Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB.

Zu Art. 381 Abs. 3 VE-ZGB

Wir weisen darauf hin, dass sich für die KESB durch die Änderung des Begriffs («Meldung» anstelle von «Antrag») nichts ändern kann: Sie muss innert angemessener Frist über die medizinische Vertretung entscheiden, sind doch insbesondere Ärztinnen und Ärzte darauf angewiesen.

Zu Art. 389a VE-ZGB

Abs. 1: Die neu eingefügte Legaldefinition für «nahestehende Personen» entsprechend der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird begrüsst. Sie sorgt bei strittigen Verhältnissen für eine bessere Rechtssicherheit. Festzuhalten ist allerdings, dass die Schwierigkeit bei der Subsumtion im konkreten Einzelfall besteht, wenn also zu entscheiden ist, ob eine Person die vorausgesetzten Qualifikationsmerkmale (enge Vertrautheit mit der betroffenen Person und Eignung, die Interessen dieser Person wahrzunehmen) erfüllt oder nicht. Dass die Glaubhaftmachung dieser Kriterien im Normalfall nicht allzu schwierig sein dürfte (Erläuternder Bericht, S. 5), stimmt mit der Wahrnehmung in der Praxis nicht überein. Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Personen, die sich für ihre Verwandten an die KESB wenden, ausschliesslich in deren Interesse handeln. Der Entscheid darüber wird durch die Legaldefinition nicht erleichtert.

Abs. 2: Eine gesetzliche Vermutung zugunsten des vorgesehenen Personenkreises, dass diese Personen der betroffenen Person nahestehen, lehnen wir ab. Bei einer gesetzlichen Vermutung könnte die KESB nicht mehr verlangen, dass diese Personen eine nahe Beziehung glaubhaft machen müssen, was sich im Ergebnis zuungunsten der betroffenen Personen auswirken kann. Die gesetzliche Vermutung entspricht leider einer Idealvorstellung, wogegen die Erfahrung lehrt, dass gerade im engeren familiären Umfeld nicht stets nur

friedvolle, von Selbstlosigkeit und Fürsorge geprägte Verhältnisse herrschen (und wenn dem so ist, reichen die gesetzlichen Vertretungsrechte in Verbindung mit der Unterstützung aus der Familie vielfach aus, sodass die KESB gar nicht angerufen werden muss). Wir beantragen deshalb, Abs. 2 wegzulassen. Die KESB soll weiterhin jeden Einzelfall nach den bewährten und allgemein gültigen Kriterien prüfen und entscheiden, ob einer Person die Stellung einer nahestehenden Person zukommt oder nicht.

Ergänzend weisen wir darauf hin, in Abs. 1 zuerst die einzelnen Tatbestandsmerkmale genannt werden sollten, die eine Person erfüllen muss, damit sie als nahestehende Person gilt. In welcher Nähe bzw. in welchem amtlichen oder beruflichen Zusammenhang zur betroffenen Person dies der Fall sein kann, sollte erst anschliessend und vor allem lediglich mit einer Kann-Formulierung zum Ausdruck gebracht werden.

Zu Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB

Die gesetzliche Prüfpflicht der KESB entspricht im Erwachsenenschutz geltender Praxis. Festzuhalten ist, dass die Prüfpflicht nichts daran ändert, dass die KESB stets eine für das betreffende Mandat geeignete Beistandsperson ernennen muss. Dies gilt auch, wenn die betroffene Person von ihrem Vorschlagsrecht Gebrauch gemacht hat. Da der Kanton auch für private Beistandspersonen haftet, hat dies seine Berechtigung. Nicht zuletzt auch aus Haftungsgründen werden – auch unter der Geltung der neuen Bestimmung – private Mandatsträgerinnen und -träger in aller Regel eher für einfachere Mandate infrage kommen und bei gewissen Konstellationen nicht zur Diskussion stehen (vgl. dazu BSK ZGB I-Reusser, Art. 400 N. 17, wonach angesichts der Komplexität vieler Betreuungsaufgaben der Einsatz von Privatpersonen beschränkt bleibt; ebenso BSK ZGB I-Hausheer/Wey, Art. 454 N. 22, wonach ein Privatbeistand nur für einfachere Aufgaben infrage kommen dürfte, die von jedermann mit Lebenserfahrung erfüllt werden können).

Aus der Verweisung in Art. 314 Abs. 1 ZGB könnte geschlossen werden, dass die erwähnte Kaskade auch im Kinderschutz zum Tragen kommen muss. Dass Private in diesem Kontext in aller Regel nicht infrage kommen, scheint unbestritten. Dieser Umstand sollte der Klarheit halber im Gesetz zum Ausdruck gebracht werden (z. B. bei Art. 308 ZGB). Mindestens die Erläuterungen müssen aber entsprechend ergänzt werden.

Zu Art. 401 VE-ZGB

Abs. 1 soll gemäss Entwurf nicht geändert werden. Das Obergericht des Kantons Zürich hatte 2017 entschieden, dass die KESB die betroffene Person auf das Vorschlagsrecht hinweisen müsse (vgl. dazu Entscheid des Obergerichts PQ170074 vom 11. Oktober 2017, E. II/5, S. 7 f.). Diese Rechtsprechung überzeugt, weshalb wir vorschlagen, Abs. 1 mit einem zweiten Satz wie folgt zu ergänzen:

«¹ ... Die Erwachsenenschutzbehörde weist die betroffene Person auf ihr Vorschlagsrecht hin.»

Abs. 4: Die Möglichkeit, dass die betroffene Person oder nahestehende Personen ihren Wunsch der KESB im Voraus mitteilen können, ist zu begrüssen. Auch in diesem Fall besteht die Gefahr, dass bei einem Wohnsitzwechsel der geäusserte Wunsch verloren geht. Wir regen an, auch diesbezüglich einen Eintrag in Infostar zu ermöglichen. Zudem ersuchen wir darum, mindestens in den Erläuterungen Ausführungen betreffend die Geltung der Bestimmung im Kinderschutz (Verweisung in Art. 327c Abs. 2 ZGB) zu machen.

Zu Art. 420 VE-ZGB

Die Gesetzesbestimmung entspricht der gelebten Praxis der KESB sowie den Empfehlungen der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz. Die Formulierung als Kann-Bestimmung wird ebenso begrüsst. Dass von einer vollständigen Entbindung der nahestehenden Person in Bezug auf Rechenschaftsbericht, Inventar und zustimmungsbedürftige Geschäfte abgesehen wird, erachten wir als sinnvoll. Auch beim fraglichen Personenkreis ist eine minimale Kontrolle angebracht und erforderlich, nicht zuletzt, weil die Kausalhaftung gemäss Art. 454 ZGB auch bei teilweiser Pflichtentbindung greift und in der Praxis leider verhältnismässig oft Haftpflichtfälle eintreten. Gemäss Studien sind 60% der Personen, die finanziellen Missbrauch begehen, Nahestehende, insbesondere erwachsene Kinder und Grosskinder (BSK ZGB I-Rosch, Art. 420 N. 6).

Die Ausdehnung des Personenkreises, der in den Genuss von Erleichterungen kommen kann (wenn die Ausweitung auf sämtliche nahestehenden Personen im Sinne der Legaldefinition gemäss Art. 389a VE-ZGB umgesetzt werden sollte), führt zu einem erheblichen Mehraufwand für die KESB. Die KESB wird vorab entscheiden müssen, ob eine mögliche private Mandatsperson eine nahestehende Person im Sinne des Gesetzes ist, und anschliessend prüfen und entscheiden müssen, ob und gegebenenfalls inwiefern die Anforderungen an diese privaten Mandatsträgerinnen und -träger vereinfacht werden können.

Zu Art. 431 VE-ZGB

Abs. 1: Wir unterstützen die Absicht, Unklarheiten im Zusammenhang mit der örtlichen Zuständigkeit im Zusammenhang mit der Anordnung einer FU zu beseitigen. Allerdings erscheint es uns zweckmässiger, wenn die KESB am Wohnsitz der betroffenen Person die FU überprüft: Diese ist mit den Verhältnissen der betroffenen Person besser vertraut, als die Unterbringungsbehörde. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die KESB am Aufenthaltsort der betroffenen Person notfallmässig gehandelt hat.

Abs. 3: Die Formulierung von Abs. 3 ist unklar, da vom «Verfahren» die Rede ist, das von einer anderen Behörde übernommen wurde. Mit der Anordnung einer FU ist das Verfahren erledigt. In Abs. 3 sollte festgehalten werden, dass die KESB, die den Unterbringungsentcheid gefällt hat, die Überprüfung übernimmt, falls die Umstände dies rechtfertigen und die KESB am Wohnsitz der betroffenen Person dies beantragt.

Zu Art. 439 VE-ZGB

Art. 439 ZGB soll um einen Abs. 1^{bis} über die örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden gegen die ärztlich angeordnete FU ergänzt werden. Wir stimmen dem in den Erläuterungen dargestellten Anliegen, negative Kompetenzkonflikte vorab bei interkantonalen Verhältnissen bei der Beurteilung solcher Beschwerden zu vermeiden, zu. Eine bundesrechtliche Vereinheitlichung der örtlichen Zuständigkeit zur Beurteilung ist deshalb zu begrüessen. Allerdings erachten wir die vorgeschlagene Regelung (Zuständigkeit des Gerichts am Ort der Anordnung der Unterbringung) nicht als sachgerecht.

Das Bundesgericht hielt in BGE 146 III 377 für das interkantonale Verhältnis zwar fest, für die Beurteilung solcher Beschwerden seien die Behörden des Kantons zuständig, in dem die Anordnung erfolgt sei. Dazu ist anzumerken, dass jener Entscheid eine Zuständigkeit am Ort der Einrichtung zwar de lege lata ablehnte, aber sich grundsätzlich – und mithin de lege ferenda – durchaus positiv über eine solche Regelung äusserte (vgl. BGE 146 III 377

E. 6.2. mit Hinweis auf BGE 122 I 18 E. 2b/aa sowie E. 3.1. mit Hinweis auf Art. 8 des Vorentwurfs vom Juni 2003 der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts). Dies entspricht der Lösung im Kanton Zürich, in dem das Gericht am Ort der Einrichtung zuständig zur Behandlung von Beschwerden über ärztliche Unterbringungsentscheide und über Entscheide von Einrichtungen gemäss Art. 439 Abs. 1 ZGB ist (§ 62 Abs. 2 EG KESR). Diese Lösung erachten wir aus den folgenden Überlegungen als sachgerecht:

Einrichtungen, die fürsorgerisch untergebrachte Personen betreuen und behandeln, erbringen in erster Linie medizinische Leistungen zum Wohle ihrer Patientinnen und Patienten. Es ist allgemein bekannt, dass administrative Aufgaben im Gesundheitswesen eine grosse Belastung insbesondere von Ärztinnen und Ärzten, aber auch des Pflegepersonals darstellen. Im Bereich der FU, der sich an einer schwierigen Schnittstelle von Recht und Gesundheit befindet, ist das ganz besonders der Fall. Die Zusammenarbeit zwischen dem Personal solcher Einrichtungen und den Gerichten ist in diesem Bereich auch im besten Fall anspruchsvoll. Unnötige Verkomplizierungen der Verfahren sollten vermieden werden. In der Praxis ist es deshalb äusserst hilfreich, wenn eine Einrichtung in diesen Verfahren nach Möglichkeit stets mit demselben Gericht (und allenfalls mit derselben Rechtsmittelinstanz) zusammenarbeiten kann. Das ist mit der erwähnten zürcherischen Regelung für alle Beurteilungen von ärztlichen Einweisungen und Entscheidungen der Einrichtung sichergestellt.

Bei behördlichen Einweisungsentscheiden richtet sich die Zuständigkeit nach Art. 442 ZGB (§ 62 Abs. 2 EG KESR). Danach sind die KESB (und für den Weiterzug die Gerichte) am Wohnort der betroffenen Person zuständig. Die Einrichtungen arbeiten in diesen Fällen je nach Wohnsitz der betroffenen Person mit verschiedenen Erwachsenenschutzbehörden und (als Rechtsmittelinstanzen nach § 62 Abs. 1 Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess [LS 211.1]) mit verschiedenen Gerichten zusammen. Auch das ist nicht ohne Herausforderungen. Allerdings gibt es in diesen Fällen in der Regel bereits eine dokumentierte Vorgeschichte, und die Dringlichkeit ist nicht dieselbe wie bei ärztlichen Anordnungen, die regelmässig in besonderen Ausnahmesituationen erfolgen. Ferner kann die Erwachsenenschutzbehörde den Entlassungsentscheid der Einrichtung übertragen (Art. 428 Abs. 2 ZGB), was nach der erwähnten zürcherischen Regelung zu einer begrüssenswerten Bündelung der Zuständigkeiten am Ort der Einrichtung führt.

Die vorgeschlagene Zuständigkeitsregelung führt zu besonderen Schwierigkeiten, wenn eine gerichtliche Beurteilung sowohl einer FU als auch einer Zwangsmedikation verlangt wurde. Gemäss dem auf der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung beruhenden Vorentwurf würden in einem solchen Fall die örtlichen Zuständigkeiten auseinanderfallen. Dabei ist zu betonen, dass entgegen der Auffassung des Bundesgerichts die Beurteilungsgrundlagen der ärztlich angeordneten FU und der im Rahmen desselben Klinikaufenthalts angeordneten Zwangsmedikation in zeitlicher und sachlicher Hinsicht eng miteinander verknüpft sind. Insbesondere setzt die Zwangsmedikation im Sinne von Art. 434 f. ZGB zwingend die FU der betroffenen Person voraus, wobei es sich hierbei um eine behördliche (Art. 428 ZGB) oder um eine ärztliche Einweisung (Art. 429 ZGB) oder gar um eine Zurückbehaltung durch die Einrichtung (Art. 427 ZGB) handeln kann. Mit unterschiedlichen Zuständigkeiten geht die Gefahr von widersprüchlichen Entscheidungen einher, die es zu vermeiden gilt.

Eine Anknüpfung der örtlichen Zuständigkeit am Ort der ärztlichen Anordnung der FU erkennt sodann, dass sobald sich eine Person in einer Klinik befindet, das Schicksal der FU nur noch bei der Klinik liegt und absolut nichts mehr mit der ursprünglichen ärztlichen Anordnung zu tun hat. Es ist die Klinik, die über eine Entlassung, eine Rückbehaltung oder eine Abweisung eines Entlassungsgesuches entscheidet. Für einen gerichtlichen Entscheid betreffend die FU sind sodann die Gegebenheiten im Urteilszeitpunkt massgebend, folglich im Zeitpunkt, in dem sich die betroffene Person in der Klinik befindet. Dabei ist die Nähe des Gerichts zur Institution von entscheidender Bedeutung. Das Gericht kennt die Gegebenheiten in seiner Umgebung, steht mit den Kliniken in seinem Einzugsgebiet im Austausch und weiss, was in diesen Kliniken möglich ist und wie gearbeitet wird. Sodann darf nicht verkannt werden, dass die Klinik jede betroffene Person klar und verständlich über das Auseinanderfallen des Rechtsmittelweges aufklären müsste, was eine zusätzliche Schwierigkeit bieten dürfte. Das alles spricht klarerweise für eine Zuständigkeit am Ort der Institution, in der die FU vollzogen wird, auch bei einer ursprünglich ärztlichen Anordnung und einem interkantonalen Sachverhalt.

Sowohl die Vorbereitung der Verhandlungen wird vereinfacht, wenn stets die gleichen Stellen mit Unterlagen wie Krankengeschichten, Behandlungsplänen usw. zu dokumentieren sind, als auch die Durchführung der Verhandlungen selbst. Die Richterinnen und Richter des Gerichts am Ort der Einrichtung kennen die Einrichtung, die sie oft an bestimmten Wochentagen für die Durchführung der jeweils anstehenden Verhandlungen besuchen. Sie verfügen regelmässig über Listen von Sachverständigen, die sie zeitnah für die Begutachtung der betroffenen Personen beiziehen und die über Erfahrung in der Zusammenarbeit mit der jeweiligen Einrichtung verfügen. Entsprechend eingespielte, reibungslose Verfahrensabläufe vereinfachen dem Gericht die Einhaltung der Fünftagefrist gemäss Art. 450e Abs. 5 ZGB, und sie ermöglichen es dem Personal der Einrichtung, möglichst wenig Zeit für die Verfahrensadministration aufzuwenden. Dies ist zum Vorteil der Patientinnen und Patienten, für deren Betreuung entsprechend mehr Zeit zur Verfügung steht. Die Zuständigkeit zur Überprüfung ärztlicher Einweisungsentscheide am Ort der Anordnung führte demgegenüber unnötigerweise zu wesentlich komplizierteren Abläufen, wobei dies insbesondere auch bei rein kantonal gelagerten Fällen der Fall ist. Dies lässt sich mit folgendem Beispiel darlegen: Wird eine in Dübendorf im Bezirk Uster wohnhafte Person in der Stadt Zürich in desolatem Zustand angetroffen und mittels ärztlicher FU in die Integrierte Psychiatrie Winterthur – Zürcher Unterland (ipw) eingewiesen, wäre mit der vorgeschlagenen Regelung für die Überprüfung der ärztlichen FU das Einzelgericht in Zürich zuständig. Nach Ablauf der Beschwerdefrist wäre bei Abweisung eines Entlassungsgesuches durch die ipw das für Winterthur zuständige Einzelgericht zuständig. Bei einer Anfechtung der «Verlängerung» bzw. der Anordnung der FU durch die KESB am Wohnsitz der betroffenen Person (Dübendorf) wäre schliesslich das Bezirksgericht Uster zuständig. Innerhalb von sechs Wochen würde sich die örtliche Zuständigkeit somit dreimal ändern. Beim geschilderten Fall müsste immer wieder ein anderes Gericht die Unterlagen von der Einrichtung beziehen, die Verhandlung vorbereiten, Sachverständige beiziehen und sich für die Verhandlung mit Anhörung der betroffenen Person – allenfalls mit längerer Anfahrt – in die Einrichtung begeben. Alternativ könnte die betroffene Person an den jeweiligen Gerichtsort gebracht werden, wo sich auch die Medizinalpersonen der Einrichtung einzufinden hätten. Angesichts der oft schwerwiegenden Symptome und der Ausnahmezustände, in denen sich die betroffenen Personen regelmässig befinden, wäre dies sowohl

für die Patientinnen und Patienten als auch für das Personal der Kliniken unzumutbar. Videokonferenzlösungen, welche die Wege im Allgemeinen verkürzen können, erachten wir in diesem Bereich als ungeeignet.

Wir beantragen deshalb, die örtliche Zuständigkeit zur Beurteilung von Beschwerden gegen ärztliche Unterbringungsentscheide an den Ort der Einrichtung anzuknüpfen, entsprechend der gut funktionierenden Lösung des Kantons Zürich.

Zu Art. 441a VE-ZGB

Die Erhebung von verlässlichen Daten ist auch im Kindes- und Erwachsenenschutz eine wichtige Grundlage für das Monitoring und die Steuerung, aber auch für die Versachlichung der politischen Diskussion (z. B. kann gezeigt werden, dass die in der Öffentlichkeit immer wieder kritisierte Anzahl an fremdplatzierten Kindern seit der Einführung der KESB stabil geblieben ist). Wir unterstützen deshalb das Vorhaben, für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu schaffen. Es erscheint zweckmässig, dass der Bundesrat unter Einbezug der Kantone die Grundsätze und Modalitäten für die statistische Erhebung festlegen kann, da nur so eine einheitliche Erhebung der Daten gewährleistet werden kann.

Zu bedenken ist dabei, dass im Kinderschutz auch den Gerichten eine wesentliche Rolle zukommt (Kompetenzattraktion bei strittiger Betreuung in Kombination von strittigem Unterhalt bei unverheirateten Eltern gemäss Art. 298b Abs. 2 ZGB und Kinderschutzverfahren gemäss Art. 315a ZGB). Die Gerichte müssen deshalb in die Umsetzungsarbeiten einbezogen werden.

Zu Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB

Die Einführung eines gesetzlichen Melderechts von Medizinalpersonen erscheint grundsätzlich sinnvoll und entlastet unter Umständen die kantonalen Entbindungsbehörden. Allerdings wird die berufliche Schweigepflicht durch die zunehmende Einführung von Melderechten und Meldepflichten immer mehr ausgehöhlt, was nicht im Interesse der Patientinnen und Patienten liegt. Das Kriterium der Urteilsunfähigkeit als Voraussetzung für eine Meldung einer hilfsbedürftigen Person an die KESB unterstützen wir. Bei urteilsfähigen Patientinnen oder Patienten soll eine Meldung nur mit Entbindung durch die zuständige Behörde möglich sein. Das förmliche Entbindungsverfahren ist Garant dafür, dass die für die Meldung erforderliche Interessenabwägung auch tatsächlich vorgenommen wird.

Zu Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB

Der Einbezug von nahestehenden Personen in die Sachverhaltsabklärung entspricht geltender Praxis der KESB (vgl. dazu auch Erläuternder Bericht, S. 66).

Zu weit gehen nach unserer Beurteilung die Erläuterungen dazu (Erläuternder Bericht, S. 67). Gemäss diesen soll die KESB im Endentscheid begründen müssen, wenn sie eine ihr bekannte nahestehende Person nicht in das Verfahren einbezieht (gemeint ist wohl in die Sachverhaltsabklärung, handelt es sich doch um Erläuterungen zur Sachverhaltsabklärung und nicht zur Verfahrensbeteiligung). Wenn die fragliche Person eine Verfahrensbeteiligung wünscht, kann sie einen Antrag gestützt auf Art. 446a Ziff. 2 VE-ZGB stellen (vgl. dazu nachfolgend Eventualantrag zu Art. 446a VE-ZGB). Andernfalls wird sie in die Sachverhaltsabklärung einbezogen. Eine ausdrückliche Begründung, weshalb die KESB im Einzelfall diesen Einbezug nicht als sinnvoll erachtet, würde die Begründungspflicht überdehnen und wäre zu aufwendig. Die Erläuterungen sind in diesem Punkt anzupassen.

Zu Art. 446a VE-ZGB

Ziff. 1 von Art. 446a VE-ZGB ist unproblematisch, da die betroffene Person unbestrittenermassen am Verfahren beteiligt ist. Im Kindesschutz sind dies die Eltern.

Ziff. 2 und 3 erscheinen demgegenüber in verschiedener Hinsicht unklar:

- Die Stellung der Personen, die mit diesen beiden Ziffern als Verfahrensbeteiligte einbezogen werden können, im Verfahren ist nicht klar. Weder wird etwas zu den mit der Stellung verbundenen Rechten und Pflichten noch zu den Grenzen eines solchen Einbezugs gesagt. So stellt sich etwa die Frage, ob diese Verfahrensbeteiligten Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung haben, sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind. Zu klären wäre sodann auch der allfällige Anspruch auf Akteneinsicht dieser Verfahrensbeteiligten. Eine umfassende Akteneinsicht liegt nicht in jedem Verfahren im Interesse der Person, für die eine Massnahme geprüft wird. Dies kann mit folgendem Beispiel verdeutlicht werden: Soll die Freundin des Kindsvaters, als Verfahrensbeteiligte im Verfahren betreffend die Festlegung der Betreuung der Kinder von Kindsvater und Kindsmutter, in das Gutachten der Kindsmutter Einblick erhalten?
- Unklar bleibt, wie nahestehende Personen die Stellung als «am Verfahren beteiligte Person» erlangen können. Im Erläuternden Bericht (S. 67 f.) wird ausgeführt, dass ein formeller Zwischenentscheid erforderlich sei. Gleichzeitig wird ausgeführt, dass ein formeller Zwischenentscheid nur dann erforderlich sei, wenn ein Antrag gestellt und insbesondere abgelehnt werde. Daraus ist zu schliessen, dass die KESB einer nahestehenden Person auch ohne formellen Zwischenentscheid Parteistellung einräumen kann. Um Rechtssicherheit zu schaffen, ist es unerlässlich, dass die Verfahrensbeteiligung gemäss Ziff. 2 und 3 nur gestützt auf einen formellen Zwischenentscheid der KESB erlangt werden kann, wobei die betroffene Person gemäss Ziff. 1 in die Entscheidung einzubeziehen ist.
- Festzuhalten ist dabei, dass Streitigkeiten über die Gewährung oder Nichtgewährung der Verfahrensbeteiligung absehbar sind: So ist es durchaus denkbar, dass sich mehrere nahestehende Personen bezüglich des Einbezugs uneinig sind oder insbesondere in Kindesschutzverfahren eine Person einem Elternteil nahesteht, während der andere Elternteil einen Einbezug ablehnt.
- Offenbar nicht vorgesehen ist, dass nahestehende Personen in gerichtlichen Kindesschutzverfahren die Stellung von Verfahrensbeteiligten erhalten können. Dies ist nicht nachvollziehbar. Gerichte führen im Rahmen von Ehescheidungen gemäss Art. 315a ZGB sowie bei nicht verheirateten Eltern gemäss Art. 298b Abs. 2 ZGB ebenso Kindesschutzverfahren, die im Zunehmen begriffen sind. Insofern müsste sich konsequenterweise auch in diesem Kontext die Frage nach dem Einbezug nahestehender Personen in das Verfahren stellen. Eine Begründung für die Ungleichbehandlung zwischen Verfahren vor der KESB und vor den Gerichten trotz gleicher Interessenlage fehlt.
- Der Kreis der Personen gemäss Ziff. 3 ist völlig offen. Insbesondere wird keinerlei Beziehung zur betroffenen Person verlangt. Es ist nicht einzusehen, weshalb es im Interesse der betroffenen Person sein sollte, dass irgendwelche Personen, die ihr nicht einmal nahestehen, an ihrem Verfahren beteiligt werden. Ziff. 3 erscheint deshalb von vornherein verzichtbar.



- Es leuchtet nicht ein, weshalb nahestehende (oder allenfalls auch andere Personen gemäss Ziff. 3) von Amtes wegen in das Verfahren einbezogen werden sollten. Die zuständigen Behörden ermitteln den Sachverhalt von Amtes wegen. Weshalb zusätzlich ein Einbezug Dritter in das Verfahren von Amtes wegen notwendig sein sollte, leuchtet nicht ein. Zudem: Was wären die Folgen, wenn die angesprochenen Personen (nahestehend oder nicht) gar nicht in das Verfahren einbezogen werden wollen?

Abschliessend halten wir fest, dass die Verfahren durch den Einbezug weiterer Personen erheblich aufwendiger würden: Es ist mit zusätzlichem Abklärungsaufwand und damit verbundenen Zeitverzögerungen und Kostenfolgen für Staat und betroffene Person zu rechnen. Zudem führt Art. 446a VE-ZGB zu einer weiteren Verrechtlichung des bereits heute komplizierten Verfahrens. Wir bezweifeln, dass dies im Interesse der betroffenen Personen liegt. Deshalb lehnen wir den Einbezug der nahestehenden Personen als Verfahrensbeteiligte ab. Die Stellung der nahestehenden Personen soll durch deren vermehrten Einbezug in die Sachverhaltsabklärung (Art. 446 Abs. 2^{bis} VE-ZGB) gestärkt werden. Falls an der Verfahrensbeteiligung nahestehender Personen festgehalten sollte, sind die verfahrensrechtlichen Fragen zu klären und gesetzlich zu regeln. Die entsprechende Klärung kann, angesichts des sensiblen Bereichs, den die Regelungen betreffen, nicht der Praxis bzw. Lehre und Rechtsprechung überlassen werden. Zudem wäre Ziff. 2 wie folgt zu formulieren:

«2. nahestehende Personen auf Antrag, wenn dies im Interesse der betroffenen Person erforderlich ist.»

Zu Art. 448 VE-ZGB

Wir haben bereits in der Vernehmlassung zur geltenden Fassung von Art. 448 Abs. 2 ZGB darauf hingewiesen, dass diese Bestimmung dem Wortlaut von Art. 321 Ziff. 2 des Strafgesetzbuchs (SR 311.0) und Art. 171 Abs. 2 der Strafprozessordnung (SR 312.0) widerspricht. Es kann unseres Erachtens nicht Sache einer Entbindungsbehörde sein, Medizinalpersonen möglicherweise gegen ihren erklärten Willen von der Schweigepflicht zu entbinden, weil dies die KESB wünscht. Wir ersuchen Sie, diese Systemwidrigkeit zu beheben.

Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 VE-ZGB

Die Revision dieser Bestimmung stimmen wir ausdrücklich zu: Der Wohnsitzgemeinde sollen nur volljährige Personen gemeldet werden müssen, wenn ihnen mit der Beistandschaft die Handlungsfähigkeit eingeschränkt oder entzogen worden ist.

Am 1. Januar 2024 wird Art. 449c Abs. 1 Ziff. 2 ZGB in der am 16. Dezember 2016 beschlossenen Fassung in Kraft treten («a. sie eine Person unter eine Beistandschaft gestellt hat»). Wie der Erläuternde Bericht (S. 22) überzeugend darlegt, ist dieser Wortlaut zu weitgehend.

Zum Übergangsrecht

Der Entwurf sieht lediglich eine Änderung von Art. 14a Schlusstitel ZGB vor, der die hängigen Verfahren betrifft. Im Zuge der Änderung von Art. 420 VE-ZGB müssen bestehende Beistandschaften, bei denen die privaten Mandatsträgerinnen und -träger von allen Pflichten entbunden worden sind, an das neue Recht angepasst werden. Bei laufenden Mass-



nahmen handelt es nicht um Verfahren. Deshalb muss für die Anpassung in Anlehnung an Art. 14 Abs. 2 Schlusstitel ZGB eine entsprechende Übergangsbestimmung geschaffen werden. Damit ist auch klar, innert welcher Frist die KESB die erforderlichen Anpassungen an das neue Recht vornehmen muss.

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin,
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Die Staatsschreiberin:

Mario Fehr

Dr. Kathrin Arioli

