

Schnittstellen zum Zivilrecht

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Übersicht

1. Grundsätzliche Überlegungen zur rechtstheoretischen Einordnung
2. Grundsätzliche Überlegungen zum Verhältnis von Erwachsenenschutz und Personenrecht
3. Zuständigkeiten zwischen Scheidungsrichter und KESB
4. Vorsorgeauftrag zwischen OR und ZGB
5. Direktes Handeln der KESB zwischen OR und ZGB
6. Sorgfaltspflichtenmasstab der Beistände/innen
7. Vertretung durch Ehegatten bei Urteilsunfähigkeit
8. Art. 397a OR: Meldepflicht im Auftragsrecht
9. Zusammenarbeit von Zivilrechtsorganen und KESB

Zivilrechtlicher Kindes- und Erwachsenenschutz: Zivilrecht oder öffentliches Recht?

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Materielles Öffentliches Recht

- Eingriffssozialrecht → Grundrechtlicher Aspekt (Art. 36 BV)
- Öffentliches Interesse
- Offizialmaxime
- Untersuchungsmaxime
- Behördliche Verfügung, Entscheid
- Das Amt des Beistandes

- Haftung als Staatshaftung

- Zwingende Bestimmungen

Aber auch Privatrecht

- Typischerweise gesetzliche Vertretung im Erwachsenenschutz bzw. Vertretung der elterlichen Sorge im Kinderschutz
- Fokus auf gesetzlich verordnetes Stellvertretungsrecht

Haftung auf dem zivilrechtlichen Weg, z.B. Kanton Bern

Art. 73 KESG:

«Ansprüche gegen den Kanton nach Art. 454 ZGB sind mittels Klage beim Regionalgericht geltend zu machen. Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Im Übrigen richten sich die örtliche Zuständigkeit und das Verfahren nach ZPO»

Art. 10 Abs. 1 lit. d ZPO

«Sieht dieses Gesetz nichts anderes vor, so ist zuständig: (...)

d. Für Klagen gegen den Kanton: Ein Gericht am Kantonshauptort.»

...allenfalls aber Art. 450f ZGB

Das Verhältnis von Erwachsenenschutz und Personenrecht

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Urteilsunfähigkeit

...als **Schwächezustand**

Aber: nicht jeder Schwächezustand bedarf der
Urteilsunfähigkeit

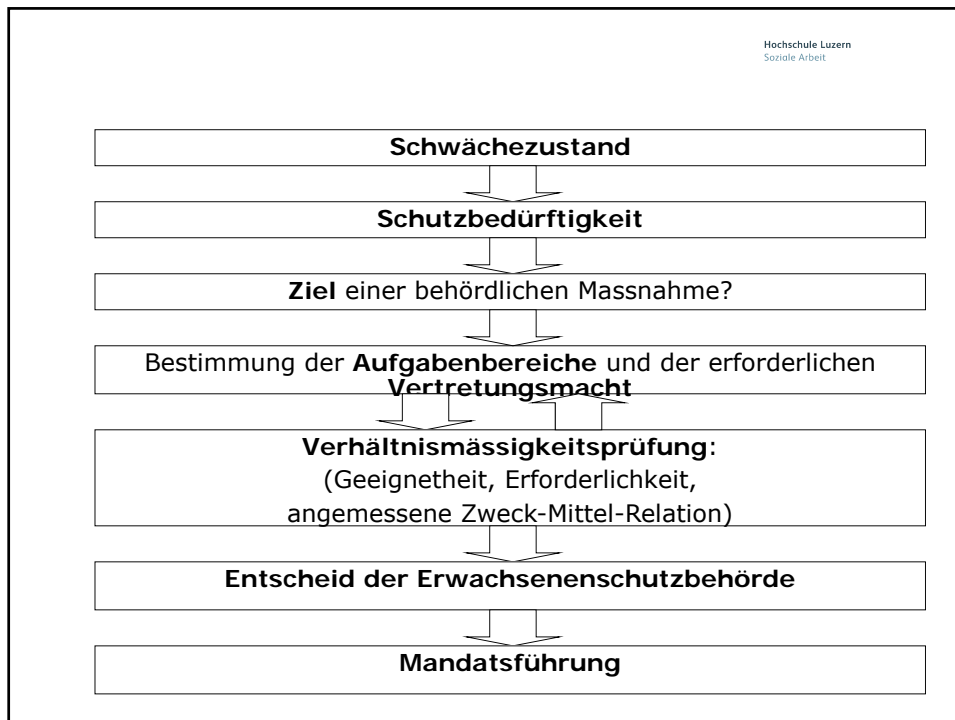
→Anknüpfungspunkt behördliche Massnahmen

→Anknüpfungspunkt Eigene Vorsorge und
Vertretungsrechte



Handlungsfähigkeitsbeschränkung als erwachsenenschutzrechtliche Problemlösung

- Bei Schwächezustand und Schutzbedarf kann in die Handlungsfähigkeit eingegriffen werden mit dem Ziel der Hilfe und Fürsorge → «Hilfe durch Eingriff»



Hochschule Luzern
Soziale Arbeit

Definitionen Schwächezustand

- **Geistige Behinderung:** angeborene oder erworbene Intelligenzdefekte unterschiedlichen Schweregrades
- **Psychische Störung:** anerkannte Krankheitsbilder der Psychiatrie inkl. Demenz; ebenso Suchterkrankungen
- **Ähnliche in der Person liegende Zustände:** Defizite bei betagten Personen, Unerfahrenheit, Misswirtschaft, schwere körperliche Behinderungen

Massnahmen gegen Urteilsfähige?

- Im alten Recht bereits: Art. 419 aZGB, Art. 397a aZGB
- Fürsorgerische Unterbringung
- Grenze zu Gesinnungsrecht bzw. Umerziehung?
- Verantwortungsvoller Umgang mit der gebotenen Zurückhaltung

Zuständigkeit zwischen KESB und Scheidungsgericht

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Die örtliche Zuständigkeit im Kinderschutz

Art. 315 ZGB

«1 Die Kinderschutzmassnahmen werden von der Kinderschutzbehörde am **Wohnsitz** des Kindes angeordnet.

2 Lebt das Kind bei **Pflegeeltern** oder sonst **ausserhalb der häuslichen Gemeinschaft** der Eltern oder liegt **Gefahr** im Verzug, so sind **auch** die Behörden am Ort zuständig, wo sich das Kind aufhält.

3 Trifft die Behörde am Aufenthaltsort eine Kinderschutzmassnahme, so benachrichtigt sie die Wohnsitzbehörde.»

- Vgl. auch Art. 275 ZGB, Art. 23 ZPO (Scheidung)

Minderjährige und Wohnsitz

Art. 25 Abs. 1 ZGB:

- Abgeleiteter Wohnsitz:

- Wohnsitz richtet sich nach jenem der Sorgeberechtigten
- Gemeinsame elterliche Sorge, aber getrennte Wohnsitze → Obhut bzw. wenn auch Obhut nicht zugeteilt → Aufenthaltsort
- Alleinige elterliche Sorge und Obhutsrecht bei anderem (nichtsorgeberechtigten) Elternteil (nicht geregelt): nach Wohnsitz sorgeberechtigten Elternteil (BGE 133 III 305 E. 3.3.4).

Art. 25 Abs. 2: ZGB:

«Bevormundete Kinder haben ihren Wohnsitz am Sitz der Kinderschutzbehörde.»

Sonderfragen I

- Wohnsitzwechsel während des Verfahrens:
Art. 314 i.V.m. Art. 442 Abs. 1 2. Satz ZGB: «Ist ein Verfahren rechtshängig, so bleibt die Zuständigkeit bis zu dessen Abschluss auf jeden Fall erhalten.»
(≠ internat. Recht)
- Wohnsitz versus Aufenthalt (Art. 315 Abs. 2 ZGB):
 - Lehre gleichwertig → sachlich am sinnvollsten
 - BGer: Vorrang habe Wohnsitz im Streitfalle (BGE 129 I 419 E. 2).
- Beschwerdeinstanz:
 - Grundsatz: kant. Recht
 - Bewegungseinschränkende Massnahmen: Sitz (Ort) der Einrichtung (Art. 385 Abs. 1 ZGB).

Sachliche Zuständigkeit

Kindesschutz:

- 315 ff. ZGB betr. Anordnung/Abänderung Massnahme:
 - Grundsatz KESB (Art. 315 Abs. 1 ZGB)
 - Ausnahme Gericht (Art. 315a/b ZGB);
Ausnahme davon KESB (Art. 315a Abs. 3 ZGB)
- für Vollzug Massnahme: KESB (Art. 315a Abs. 1 ZGB)
- Für Abänderung der Massnahme: Gericht/KESB (Art. 315b/134 ZGB)

Sonderfragen II: Negativer Kompetenzkonflikt

Art. 314 Abs. 1 i.V.m. Art. 444 ZGB (für örtliche & sachliche Zuständigkeit):

«1 Der Erwachsenenschutzbehörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen.

2 Hält sie sich nicht für zuständig, so überweist sie die Sache unverzüglich der Behörde, die sie als zuständig erachtet.

3 Zweifelt sie an ihrer Zuständigkeit, so pflegt sie einen Meinungsaustausch mit der Behörde, deren Zuständigkeit in Frage steht.

4 Kann im Meinungsaustausch keine Einigung erzielt werden, so unterbreitet die zuerst befasste Behörde die Frage der Zuständigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz.»

Vorsorgeauftrag und Auftrags- bzw. Stellvertretungsrecht nach OR

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Vorsorgeauftrag (VA)

Handlungsfähige Person **beauftragt**

- für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit
- eine **natürliche/juristische Person**
- zur **Übernahme:**
 - Personensorge oder/und
 - Vermögenssorge oder/und
 - Vertretung im Rechtsverkehr
(Umschreibung Aufgaben und ggf. Weisungen;
allenfalls Ersatzverfügungen)

Form: Eigenhändige, handschriftliche Errichtung
oder öffentliche Beurkundung

(Vorsorge-)Vollmacht

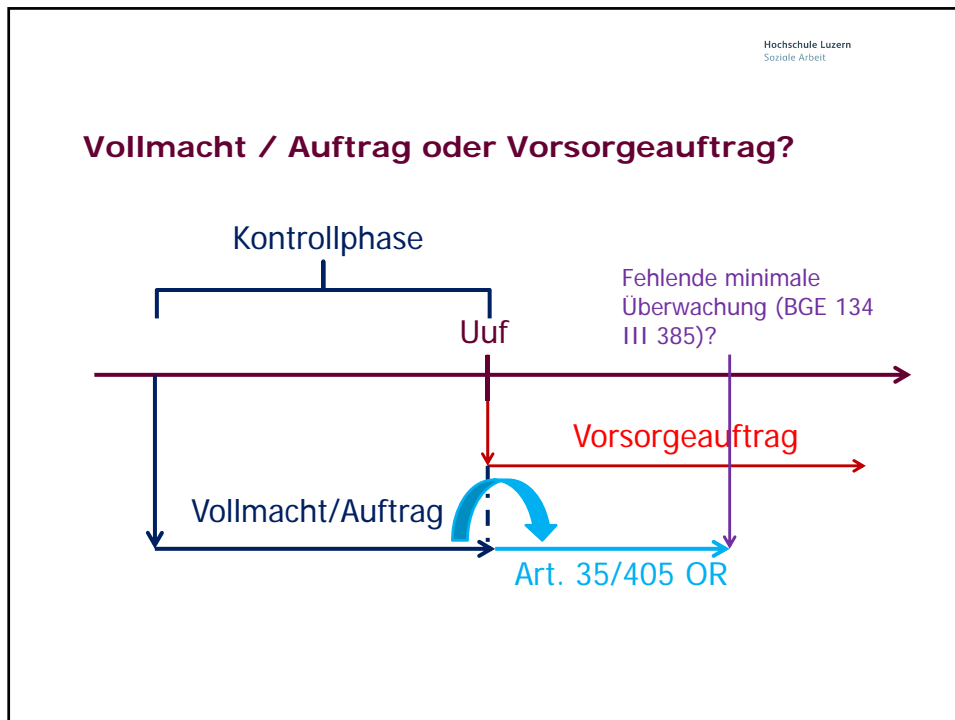
- Stellvertretung in Art. 32 ff. OR geregelt
- Verhältnis Stellvertretung – Auftragsrecht (OR):
 - Stellvertretung: Aussenverhältnis
 - Auftrag: Innenverhältnis
 - Vermutung Art. 396 Abs. 2 OR (Vollmachtsauftrag)
- Art. 35/405 je Abs. 1 OR:
Die durch Rechtsgeschäft erteilte Ermächtigung bzw. der Auftrag «erlischt, sofern **nicht das Gegenteil** bestimmt ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem **Verlust** der entsprechenden **Handlungsfähigkeit**, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.»

Problemstellung

- Stellvertretung, Auftrag über Handlungsfähigkeit hinaus nicht an Form gebunden
- Vorsorgeauftrag an Form gebunden
- Kommt der Vorsorgeauftrag überhaupt zur Anwendung?

Lösungsmöglichkeiten

- Klassisch/dogmatisch: Vollmacht/Aussenverhältnis – Auftrag/Innenverhältnis
 - Hat VA nicht bereits Vollmacht integriert? (Vollmachtsauftrag/«Auftrag sui generis»)
- Dauernde Uuf: VA; begrenzte: 35 / 405 OR?; Abgrenzung? / Art. 369 ZGB
- Vollmacht zunächst unabhängig der UUF → Kontrollphase besteht / auf Zeitpunkt UUF: nur VA möglich
- 35 / 405 OR gilt, solange die Handlungen des/r Vollmachtnehmers/in grundsätzlich kontrolliert und überwacht werden können (134 III 385) (**Grenze Selbstbestimmung**)



Lucerne University of Applied Sciences and Arts
**HOCHSCHULE
LUZERN**
Soziale Arbeit

Verzicht auf eine Beistandschaft und Auftragserteilung (Art. 392 Ziff. 2 ZGB)

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

FH Zentralschweiz

Voraussetzung allgemein

- «**offensichtlich unverhältnismässig**» wegen des Umfangs der Aufgaben:
 - Aufgabenumfang: klare, überblickbare, sog. liquide Aufgaben
 - «offensichtlich» kein eigenständiges Kriterium
- Keine Umgehung der Kompetenzen von Beiständen/innen

Rechtsfolge

- Direktes Handeln der Behörde (Ziff. 1)
- **Auftragserteilung an Dritte (Ziff. 2)**
- Aufsichtsperson/-stelle (Ziff. 3)

Aus der **Botschaft** (S. 7045) zu Ziff. 2:
«Es geht dabei nicht um einen Auftrag im Sinn eines Amtes, sondern um einen Auftrag nach Obligationenrecht für eine bestimmte, genau umschriebene Aufgabe.»

Auftragserteilung an Dritte (Ziff. 2)

- Für einzelne Aufgaben (→ eindeutig und klar)
- Gemäss Auftragsrecht (OR 394 ff.)
- **Dritte:** natürliche oder juristische Personen (≠Beistand)
- KESB handelt in Vertretung der betr. Person
oder als Vertragspartei?
- Drittperson als Organ des Erwachsenenschutzes?
- Entschädigung? → Art. 404 ZGB oder Art. 402 OR?
- Beendigung ohne behördlichen Akt nach OR?
- Schlussberichterstattung? (Art. 400 OR)
- Beschwerde gemäss Art. 419 ZGB (explizit!)
- Haftung KESB nach Art. 454 ZGB und Beauftragte nach
398 OR? (a.A.: Art. 454 ZGB)

Sorgfaltspflichtmassstab der Beistände/innen

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Art. 413 Abs. 1 ZGB

«Der Beistand oder die Beiständin hat bei der Erfüllung der Aufgaben die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person nach den Bestimmungen des Obligationenrechts.»

Stellung der Mandatsträger/innen

Bisher: «selbstverantwortlich Tätige mit eigenem Wirkungskreis» (Schnyder/Murer)

Neu: Art. 398 OR i.V.m. Art. 321e OR, d.h.?

- Behördlicher Auftrag ist trotz Massschneidung konkretisierungsbedürftig (Operationalisierung, zeitliche Strukturierung)
- Art. 388 und Art. 405 ff. ZGB sind beizuziehen.

Massstab Sorgfaltspflicht

- **Zentral:** gesetzliche Vertretung, d.h. Verpflichtung primär für das Wohle der schutzbedürftigen Person bzw. dem Kinde.
 - sog. doppeltes Mandat
 - *kann* Auftrag KESB übersteuern: Widerstandspflicht bzw. im Minimum Hinterfragungspflicht.
- **Folge:** Keine «blinde Unterordnung» unter KESB. Haftung nicht nach OR bzw. Art. 456 ZGB, sondern nach Art. 454 ZGB (behördliches Tun) → auftragsähnliches Verhältnis zwischen Mandatsträger/in und KESB

Vertretung durch Ehegatten bzw. eingetragene Partner/in bei Urteilsunfähigkeit

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Voraussetzungen

- Ehegatte bzw. eingetragene Partner/in
- Urteilsunfähigkeit des einen oder der anderen
- Gemeinsamer Haushalt oder
- Regelmässig persönlich Beistand leistet
- Vorbehalt: Vorsorgeauftrag bzw. Beistandschaft.

Vertretung Ehegatten (Art. 374)

- Alle Rechtshandlung , die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind
 - Ordentliche Verwaltung des Einkommens und der Vermögenswerte
 - Nötigenfalls Befugnis Post zu öffnen und zu erledigen
- ...im Zweifelsfalle entscheidet KESB
- Ausserordentliche Vermögensverwaltung:
Zustimmung der KESB

Diskussionspunkte

- Vertretungsrecht oder -pflicht? (vgl. 159 ZGB/12 PartG)
- Verhältnis zu Art. 166 ZGB/15 PartG:
 - «laufende Bedürfnisse»
 - «während des Zusammenlebens»
 - «Vertretung der Gemeinschaft»
- Verhältnis zu Art. 195 ZGB/21 PartG:
 - Art. 405 OR gilt
 - Konkurrierende Anwendbarkeit möglich
 - Verhältnis VA?
- Teilweise, sporadische Urteilsunfähigkeit?
- Urkunde für den Geschäftsverkehr?

Art. 397a OR: Meldepflicht an die KESB

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Sinn und Zweck der Meldepflichten/-rechte

KESB ist auf Meldungen von (unbeteiligten) Dritten angewiesen; dienen der Verwirklichung des materiellen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht .

Art. 397a OR

«Wird der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig, so muss der Beauftragte die Erwachsenenschutzbehörde am Wohnsitz des Auftraggebers benachrichtigen, wenn eine solche Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint»

«bedingte» Meldepflicht

- Meldepflicht im Auftragsrecht.
- Zweck?
- Dispositives Recht? (vgl. Uneinheitlichkeit bei Art. 397 OR)
- Personen unter Berufsgeheimnis nach Art. 321 StGB:
Im Lichte von Art. 443 ZGB zu beurteilen

Zusammenarbeit von KESB und Zivilrechtsorganen

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Meldepflicht der Zivilrechtsorgane

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Melderechte und Meldepflichten (Art. 443 ZGB)

«1 Jede Person kann der Erwachsenenschutzbehörde Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint. Vorbehalten bleiben die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis.» (**Melderecht**)

«2 Wer in amtlicher Tätigkeit von einer solchen Person erfährt, ist meldepflichtig. Die Kantone können weitere Meldepflichten vorsehen.» (**Meldepflicht**)

Meldepflicht durch Zivilrechtsorgane

- **«hilfsbedürftig erscheint»:**
 - Keine Überprüfung; Situation aber derart, dass Person gefährdet wirkt und Hilfe durch die KESB bedarf («bedingte Meldepflicht»).
- **«in amtlicher Tätigkeit»**
- Andere **Schweigepflichten:**
 - Keine Amtsgeheimnisverletzung (Art. 14 StGB)
 - Geht kantonalen Schweigepflichten vor.
 - Vorbehalten: Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB)

Amtshilfe durch Zivilrechtsorgane (Art. 448 Abs. 4 ZGB)

Daniel Rosch
lic. iur. / dipl. Sozialarbeiter FH /
MAS in Nonprofit-Management
Tel. 079/313 90 09
sozialrecht@danielrosch.ch

Amtshilfe gemäss Art. 448 Abs. 4 ZGB

«Verwaltungsbehörden und **Gerichte** geben die notwendigen Akten heraus, erstatten Bericht und erteilen Auskünfte, soweit nicht **schutzwürdige Interessen** entgegenstehen.»

- Allgemeine Amtshilfenorm; evtl. spezielle in Spezialgesetzen (KESG, Sozialversicherungsgesetze)
- Amtsgeheimnis wird durchbrochen
- Besondere Schweigepflichten gehen vor (z.B. Art. 11 OHG)
- Aktenbestandteile → Akteneinsicht (Art. 449b ZGB)
- Schriftlich, begründet

