

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 527 *Claudia M. Mordasini/Diego Stoll*: Die Praxisänderungen im (nach-)ehelichen Unterhaltsrecht auf dem Prüfstand
- 569 *Annette Spycher/Moreno Maier*: Irrungen Wirrungen um den Betreuungsunterhalt
- 583 *Philipp Maier*: Die Berücksichtigung von bereits geleistetem Unterhalt im gerichtlichen Entscheid
- 638 *François Bohnet/Marie-Laure Percassi*: La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (*Prozessstandschaft*) dans les procédures du droit de la famille
- 656 *Cordula Lötscher*: Abstammungsrecht im Wandel: Die Elternschaftsvermutung der Ehefrau gemäss der Vorlage «Ehe für alle»
- 675 *Patrick Fassbind/Joachim Schreiner/Jonas Schweighauser*: Kontaktverweigerung, Kontaktabbruch und Kontaktabahnung bei hochkonflikthaften Trennungen und Scheidungen sowie Elternbeziehungen
- 692 *Daniel Rosch*: Die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB gehört *de lege ferenda* abgeschafft!? – ein Zwischenruf
- 701 *Johanna Dormann*: Die familienbezogene Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts im Jahr 2020

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 721 Gesetzgebung – Législation – Legislazione
- 758 Rezensionen – Recensions – Recensioni

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

online+

Ihre Vorteile auf  
einen Blick: Seite 720

en ligne+

Vos avantages en un  
coup d'œil: Page 720

Stämpfli Verlag

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER  
MICHELLE COTTIER

## Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

## Redaktionsmitglieder

Christine Arndt  
Margareta Baddeley  
Linus Cantieni  
Jeanne DuBois  
Roland Fankhauser  
Christiana Fountoulakis  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Marianne Hammer-Feldges  
Alexandra Jungo  
Daniel Rosch  
David Rüetschi  
Joachim Schreiner  
Jonas Schweighauser  
Rolf Vetterli

www.famptra.ch

## IMPRESSUM

22. Jahrgang – Année – Anno; August – Août – Agosto  
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale  
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch  
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

**Herausgeberinnen** Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: ingeborg.schwenzer@unibas.ch  
**Editrices**  
**Edatrici**

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: lst.buechler@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch

**Schriftleitung** Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen  
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@svwam.ch, fampra-ius@unibas.ch

**Redaktion** lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.

**Verlag** Stämpfli Verlag AG,  
**Editions** Wölflistrasse 1, Postfach,  
**Edizioni** CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com)  
Internet: [www.staempfliverlag.ch](http://www.staempfliverlag.ch)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

**Inserate** Stämpfli AG,  
**Annonces** Inseratemanagement, Wölflistrasse 1,  
**Inserti** Postfach, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 82  
E-Mail: [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)

**Abonnements** Stämpfli Verlag AG,  
**Abbonamenti** Periodika, Wölflistrasse 1,  
Postfach, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: [zeitschriften@staempfli.com](mailto:zeitschriften@staempfli.com)

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 452.– (Print und Online), Online Sfr. 418.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: Sfr. 110.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus € 476.–, Online € 418.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWST.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

## **Die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB gehört *de lege ferenda* abgeschafft!? – ein Zwischenruf**

*Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, dipl. Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Hochschule Luzern Soziale Arbeit. Teilselbständiger Berater, Bern*

---

**Stichwörter:** *Beistandschaft, KESB, Massschneidung, Kombination, Vertretungsbeistandschaft, Mitwirkungsbeistandschaft, umfassende Beistandschaft, Handlungsfähigkeit, Mandatsführung, Selbstbestimmung, UN-Behindertenrechtskonvention, Vollmacht, Stellvertretung, SchKG, Betreuungsfähigkeit, Rechtsvorschlag, Vermögensverwaltung, Verhältnismässigkeit.*

**Mots-clés:** *Curatelle, APEA, curatelles « sur mesure », combinaison, curatelle de représentation, curatelle de coopération, curatelle de portée générale, exercice des droits civils, exécution du mandat, autodétermination, Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, procuration, représentation, LP, capacité d'intenter une poursuite ou d'être poursuivi, opposition, gestion du patrimoine, proportionnalité.*

---

### **I. Ein Zwischenruf**

Der behördliche Erwachsenenschutz ist geprägt von der Idee der Massschneidungen der Beistandschaften. So sind die Aufgabenbereiche nach Art. 391 ZGB, aber auch die Rechtsmacht nach Art. 397 ZGB auf die Hilfsbedürftigkeit hin masszuschneiden. Im Folgenden wird eine These aufgestellt, nämlich dass die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB *de lege ferenda* abgeschafft werden kann, weil es mildere und partizipativere Kombinationen im Sinne von Art. 397 ZGB gibt. Zugleich werden zentrale Folgen für den Erwachsenenschutz, für das Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren und für gewillkürte Vollmachten nach Art. 32 ff. OR aufgezeigt.

### **II. Konstellationen, in denen die Handlungsfähigkeitsbeschränkung angezeigt sein kann**

1. Die Beschränkung der Handlungsfähigkeit oder deren Entzug ist erfahrungsgemäss die Ausnahme. Es kann namentlich in folgenden Konstellationen angezeigt erscheinen, dass die Handlungsfähigkeit einer Person, die aufgrund eines Schwächezustandes schutzbedürftig ist, beschränkt bzw. entzogen wird:

- *Aktives, unkontrollierbares Handeln*: Eine schutzbedürftige Person handelt nicht mehr ausreichend selbstbestimmt, wenn sie z.B. (ggf. auch zeitlich beschränkt) für sich selbst unkontrollierbar Ausgaben tätigt, unkontrollierbar Verpflichtungen eingeht usw., auch wenn sie für die Handlungen durchaus noch urteilsfähig ist bzw. als urteilsfähig angesehen werden kann.
  - *Aktives, durchkreuzendes Verhalten*: Eine Person handelt nicht mehr ausreichend selbstbestimmt und durchkreuzt aufgrund ihres Schwächezustandes aktiv das Handeln des Beistandes in wesentlichen Bereichen, oder solches Verhalten ist anhand von konkreten Anhaltspunkten vorhersehbar.
  - *Handlungsfähigkeitsbeschränkung aufgrund der Beweislage*: Eine Person ist z.B. urteilsunfähig, schafft es jedoch noch, für wesentliche Rechtshandlungen sich so zu repräsentieren, dass sie der Gegenpartei als urteilsfähig erscheint und diese auch nicht Anhaltspunkte haben muss, dass sie nicht auf die Vermutung der Urteilsfähigkeit vertrauen durfte. Zusätzlich finden sich keine ausreichenden Beweise in Form von Gutachten o.Ä., in der die Urteilsunfähigkeit als relativ stabiles Moment festgehalten ist. Folge davon ist, dass die Gegenpartei von Urteilsfähigkeit ausgehen durfte und auch die Beistandin keine ausreichenden Beweise zu deren Entkräftung hat.<sup>1</sup>
2. Das bedeutet zunächst, dass bei eindeutig urteilsunfähigen Personen nie die Handlungsfähigkeit im entsprechenden Bereich beschränkt oder gar entzogen werden muss.

### III. Vier Prämissen zur Abschaffung der Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB

1. Zunächst ist als erste Prämisse davon auszugehen, dass die Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB die – hinsichtlich ihrer Eingriffswirkung – mildere Massnahme ist als die Vertretungsbeistandschaft mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit nach Art. 394 Abs. 2 ZGB.<sup>2</sup> Zwar beschränken bzw. entziehen beide die Handlungsfähigkeit, die Vertretungsbeistandschaft beinhaltet aber zusätzlich Vertretungshandeln der Beistandsperson.<sup>3</sup> Die Mitwirkungsbeistandschaft beschränkt die Handlungsfähig-

1 Vgl. ausf. BernerKomm/BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 ZGB, N 161 ff.; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, Rz. 102; BGE 124 III 5, E. 1b.

2 Vgl. bereits zum vorrevidierten Recht hinsichtlich der Mitwirkungsbeistandschaft: ZürcherKomm/EGGER, Art. 369 aZGB, N 24; RIEMER, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997, § 7 N 2 ff. Fürs revidierte Recht: ESR Komm/Rosch, Art. 394/395 ZGB, N 1.

3 Die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB beinhaltet zudem bereits Mitwirkungshandeln im Rahmen von Art. 407 ZGB i. V.m. Art. 19 Abs. 1 ZGB geht aber mit der Möglichkeit zur Vertretung darüber hinaus.

- keit, entzieht sie aber nicht. Damit ist sie aus Sicht der Verhältnismässigkeit die mildere Massnahme.
2. Als zweite Prämisse ist davon auszugehen, dass ausnahmsweise identische Aufgabenbereiche bei einer Kombination von einer Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394/395 ZGB mit einer Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB zugelassen sind.<sup>4</sup>
  3. Die dritte Prämisse betrifft die «bestimmten Handlungen» gemäss Art. 396 Abs. 1 ZGB. Hier ist mit dem Bundesgericht davon auszugehen, dass diese im Einzelfall auch weiter verstanden werden dürfen. So hat das Bundesgericht sogar schon «alle Geschäfte betreffend Verwaltung von Einkünften und Vermögen» zugelassen.<sup>5</sup>
  4. Zu guter Letzt ist als Prämisse festzuhalten, dass die Mitwirkungsbeistandschaft die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person nicht als Tatbestandsmerkmal von Art. 396 ZGB vorsieht, sondern Voraussetzung für das Mitwirkungshandeln der Beistandin ist. Für die Mitwirkungsbeistandschaft ist es ausreichend, dass die betroffene Person nicht vollkommen urteilsunfähig ist. Schwankende, volatile Urteils(un)fähigkeit ist ebenso ausreichend, wie die «realen Fähigkeiten» hinsichtlich der Urteilsfähigkeit «schwer abschätzbar» sind.<sup>6</sup>

#### **IV. Schlussfolgerung 1: Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit kombiniert mit einer Mitwirkungsbeistandschaft nach Art. 396 ZGB**

1. Soweit es bei einer Person aufgrund des Schwächezustandes und der sich daraus ergebenden Schutzbedürftigkeit keiner Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB bedarf, wird häufig eine Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 (i. V. m. Art. 395) ZGB in den entsprechenden Aufgabenbereichen angeordnet und auch ausreichend sein.<sup>7</sup> Das Vertretungsbedürfnis ermöglicht in der Regel ausreichend Ausgleich, damit die betroffene Person wiederum am Rechtsverkehr oder auch im sozialen Bereich teilhaben kann.

4 BaslerKomm/BIDERBOST/HENKEL, Art. 397 ZGB, N 11; ESR Komm/ROSCHE, Art. 393 ZGB, N 2; ebenso das Bundesgericht in: BGer, 15.5.2018, 5A\_844/2017, E. 5.3.1.

5 BGer, 15.5.2018, 5A\_844/2017, E. 5.2 f.

6 HÄFELI, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2016, Rz. 19.42.

7 Vgl. Statistik KOKES auf: <https://www.kokes.ch/de/dokumentation/statistik/aktuellste-zahlen> (15.6.2021).

2. Wird es aufgrund der unter Ziff. I. 1. genannten Konstellationen notwendig, dass die Handlungsfähigkeit beschränkt werden muss, weil sich z. B. die betroffene Person aktiv selbst schädigt und dies Ausdruck der mangelnden Selbstbestimmung ist, dann ist es ausreichend, dass in diesen Bereichen – punktuell oder nach Bedarf im Einzelfall auch ein bisschen umfangreicher – eine Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB angeordnet wird. Dabei wird die Mitwirkungsbeistandschaft zusätzlich zur – in der Regel weiter umschriebenen – Vertretungsbeistandschaft hinsichtlich sich teilweise oder ganz überschneidenden Aufgaben(bereichen) angeordnet. Folge dieser Kombination ist, dass dort Schutz ermöglicht wird, wo es notwendig ist, und Vertretungshandeln dennoch weiterhin möglich ist. Diese Kombination soll selbstredend auch bei nicht eindeutiger Urteilsfähigkeit möglich sein. Sie stellt die mildere Form dar zu einer Vertretungsbeistandschaft mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB.<sup>8</sup> Diese Kombination findet sich auch im deutschen und im österreichischen Recht, in denen Vertretungshandeln mit dem sog. Einwilligungsvorbehalt nach § 1903 BGB bzw. § 242 Abs. 2 ABGB kombiniert werden kann.<sup>9</sup>
3. Diese Kombination ist wie üblich nur möglich, soweit sie nicht höchstpersönliche Rechte betreffen, die stellvertretungsfeindlich sind, oder unentgeltliche Vorteile und geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB und 19c ZGB.

## V. Auswirkungen dieser Kombination

1. Soweit die Beiständin als Mitwirkungsbeiständin handelt, bedarf es zunächst keiner Mitwirkung der KESB im Rahmen von Art. 416 f. ZGB.<sup>10</sup> Zudem finden die verbotenen Geschäfte nach Art. 412 ZGB keine Anwendung.<sup>11</sup> Dies ergibt sich bereits aus dem Gesetzestext, der jeweils zur Voraussetzung hat, dass die Beiständin «in Vertretung» handelt.

8 Ebenso: BaslerKomm/ BIDERBOST/HENKEL, Art. 397 ZGB, N 11.

9 Das österreichische Recht kennt zudem auch die umgekehrte Variante nach § 265 Abs. 2 ABGB. Demnach kann der gewählte Erwachsenenvertreter in einem Aufgabenbereich dazu verpflichtet werden, nur mit Zustimmung der schutzbedürftigen Person zu handeln.

10 FamKomm ESR/MEIER, Art. 396 ZGB, N 35; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, ZGB, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, § 53 N 55; BaslerKomm/BIDERBOST/HENKEL, Art. 396 ZGB, N 23; BIDERBOST, in: FOUNTOLAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDERBOST/STECK (Hrsg.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Basel/Zürich/Genf 2016, Rz. 8.53.

11 Explizit vom Bundesgericht für diese Kombinationsmöglichkeit zugelassen: BGer, 15.5.2018, 5A\_844/2017, E. 5.3.1; ebenso: MEIER, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360–456 CC, Genf/Zürich/Basel 2016, N 877 ff.; FamKomm ESR/MEIER, Art. 396 ZGB, N 33; ESR Komm/Rosch, Art. 396, N 3c.

2. Hinsichtlich von *vorbestehenden Vollmachten* sieht Art. 35 Abs. 1 OR vor, dass diese grundsätzlich mit Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit dahinfallen, es sei denn, es wäre etwas anderes vereinbart worden. Damit bedürfen die Geschäfte des Bevollmächtigten ebenfalls der Zustimmung des Mitwirkungsbeistandes;<sup>12</sup> inwiefern mit Errichtung einer behördlichen Massnahme auch eine Weitergültigkeitsklausel dahinfällt, hat das Bundesgericht offengelassen.<sup>13</sup> Der Beistand kann als Vertretungsbeistand in jedem Falle die Vollmachten widerrufen.<sup>14</sup>
3. In Bezug auf das *Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren* hat die KESB mit dem revidierten Art. 449c ZGB<sup>15</sup> das Betreibungsamt auch über eine Mitwirkungsbeistandschaft zu informieren. Damit ist dieses in Kenntnis der mangelnden Handlungs- und Betreibungsfähigkeit.<sup>16</sup> Wer nicht handlungsfähig ist, ist nicht betreibungsfähig.<sup>17</sup> Folglich wird das Betreibungsamt in Anlehnung an Art. 68d SchKG dem Mitwirkungsbeistand die Betreibungen im entsprechenden Aufgabenbereich zustellen. Da der Mitwirkungsbei-

12 Im Ergebnis gleich BaslerKomm/BIDERBOST/HENKEL, Art. 396 ZGB, N 19; KÜNZLER, Verhältnis der Information Dritter nach Art. 452 ZGB zum Zeitpunkt der Wirkung des Erlöschens der Vollmacht nach Art. 37 OR, ZKE 2015, 359 ff., 361; FREY/PETER/ROSCH, in: ROSCH/FOUNTOLAKIS/HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, 2. Aufl., Bern 2018, N 1419; BernerKomm/ZÄCH/KÜNZLER, Art. 35 OR, N 13; Ungenau: ESR Komm/Rosch, Art. 396 ZGB, N 3b; a. M. FamKomm ESR/MEIER, Art. 396 ZGB, N 33.

13 BGE 132 III 222, E. 2.1.

14 BaslerKomm/BIDERBOST/HENKEL, Art. 394 ZGB, N 34a; KurzKomm/Rosch, Art. 394/395 ZGB, N 4c.

15 Art. 449c ZGB ist noch nicht in Kraft und wird frühestens 2023 in Kraft gesetzt werden (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 28.4.2021 auf: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83279.html> [15.6.2021]). Die Praxis meldet unabhängig davon unterdessen bereits weitgehend die erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen dem zuständigen Betreibungsamt.

16 Die im geltenden Recht von einem Teil der Lehre vertretene Auffassung, dass die Zustellung ausschliesslich an die verbeiständete Person bei einer Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit trotz Meldung der KESB gültig sein soll (BaslerKomm/KOFMEL-EHRENZELLER, Art. 68d SchKG, N 30, 38; RÜETSCHI, Das neue Erwachsenenschutzrecht – Auswirkungen auf das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen, AJP 2012, 1718 ff., 1724), scheint auf einem Missverständnis zu beruhen: Die Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit setzt nicht voraus, dass die verbeiständete Person handlungsfähig ist, sondern bloss, dass ein entsprechendes Vertretungsbedürfnis besteht (vgl. explizit BaslerKomm/KOFMEL-EHRENZELLER, Art. 68d SchKG, N 28). Das ist namentlich auch vorhanden, wenn die betroffene Person urteilsunfähig ist. Damit riskiert das Betreibungsamt, dass Betreibungen regelmässig einer betreibungsunfähigen Person zugestellt werden, obwohl das Amt weiss, dass die Person an einem Schwächezustand leidet, und infolgedessen von Amtes wegen die Betreibungsfähigkeit zu prüfen hat; hier gilt nach hier vertretener Auffassung die Vermutung der Betreibungsfähigkeit nicht mehr (BGE 105 III 111, E. 2; AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern 2013, § 8 N 6).

17 AMONN/WALTHER (Fn. 16), § 8 N 5; HESS-HAEBERLI, Berührungspunkte des Vormundschaftsrechts mit dem Betreibungsrecht, ZVW 1976, 41 ff., 48; BGer, 24.6.2013, 5A\_280/2013, E. 3.1.

stand jedoch nicht vertretungsweise handeln kann, sind die Urkunden neben der zwingenden Zustellung an den Mitwirkungsbeistand im Sinne einer Ordnungspflicht ebenfalls der verbeiständeten Schuldnerin zuzustellen.<sup>18</sup> Für den Vertretungsbeistand findet sich die Regelung in Art. 68d SchKG für diejenigen Aufgabenbereiche, die der Vertretungsbeistandschaft zugeordnet sind: Die Urkunden sind dem Beistand und dem Schuldner zuzustellen. Der Rechtsvorschlag als prozessuale Handlung kann bei einer Mitwirkungsbeistandschaft folglich auch nur mit Zustimmung des Mitwirkungsbeistandes erhoben werden.<sup>19</sup> Ist er gleichzeitig Vertretungsbeistand, kann er demgegenüber den Rechtsvorschlag als gesetzlicher Vertreter direkt erheben. Im Unterschied zum vorrevidierten Vormundschaftsrecht betrifft die «Vermögensverwaltung» nicht auch sämtliche mit dem Vermögen verbundenen Rechtsgeschäfte, die Auswirkungen auf das Vermögen zeitigen.<sup>20</sup> Diese Rechtslage hat sich durch die Revision und die flexibilisierten Beistandschaftsarten verändert. Der Verwaltungsbegriff ist enger geworden, weil es ansonsten auch keiner Massschneidung der Aufgabenbereiche nach Art. 391 ZGB mehr bedürfte.<sup>21</sup> Es gilt diesbezüglich Folgendes: Ist die verbeiständete Person in einem Aufgabenbereich aufgrund der Mitwirkungsbeistandschaft beschränkt handlungsfähig, so kann sie auch nicht selbstständig Rechtshandlungen vornehmen. Ein Vertrag bedürfte somit der Zustimmung des Beistandes. Wird diese nicht erteilt, fehlt es an einer rechtsgültigen Grundlage, und die Gegenpartei kann sich auch nicht ohne Weiteres aus dem Vermögen befriedigen. Bei einer erfolgten Zustimmung hingegen schon, selbst dann, wenn die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person im Bereich Einkommens- und Vermögensverwaltung eingeschränkt oder entzogen sein sollte.<sup>22</sup>

- 
- 18 Zur abweichenden h. L. im vorrevidierten Recht, siehe BernerKomm/SCHNYDER/MURER, Art. 395 aZGB, N 80 m. w. H.
- 19 A. M. zum vorrevidierten Recht: ZürcherKomm/EGGER, Art. 395 aZGB, N 56, der die Zustimmung erst für das Rechtsöffnungsverfahren vorsah.
- 20 Vgl. zur vorrevidierten Mitwirkungsbeiratschaft nach Art. 395 Abs. 2 aZGB: BernerKomm/BUCHER, 1. Aufl., Bern 1993, Art. 14 ZGB, N 114; BGer, 28. 6. 2005, 7B.82/2005, E. 4.1; BGE 56 II 239, E. 3; BGE 58 II 85, E. 1; BernerKomm/SCHNYDER/MURER, Art. 395 aZGB, N 117 ff., wonach sich die verbeiratete Person zwar verpflichten konnte, aber nicht in die Vermögenssubstanz vollstreckt werden durfte (N 120; mit Verweis auf BernerKomm/BUCHER [Fn. 20], Art. 14 ZGB, N 115 ff.).
- 21 Vgl. ESR Komm/Rosch, Art. 394/395 ZGB, N 3a, und Rosch, Die Begleitbeistandschaft unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Bern 2017, N 87 mit Verweis auf die üblichen Vermögensverwaltungsgeschäfte der Beiständin nach Art. 408 Abs. 2 ZGB, die als Anhaltspunkte dienen für die Reichweite der Vermögensverwaltung nach Art. 395 ZGB.
- 22 Eine Ausnahme wäre nur dann zu sehen, wenn die unter Mitwirkungsbeistandschaft stehende Person im Aufgabenbereich Vermögensverwaltung selbst mit Zustimmung der Beiständin handeln würde, z. B. eine neue Vermögensanlage tätigen würde. Dann könnte selbstredend auf das Vermögen zugegriffen werden.



4. Die vorgängige Ermächtigung, gleichzeitige Zustimmung oder nachträgliche Genehmigung ist im Rahmen des Mitwirkungshandelns der Beiständigen für einzelne Handlungen und – unter Beachtung der Schutzbedürftigkeit – auch für grössere Bereiche möglich (mit Ausnahme der Blankogenehmigung).<sup>23</sup> Dies erlaubt der Beiständin ein relativ flexibles Instrument, um im Sinne der Selbstbestimmung stehende Rechtshandlungen (auch im Nachhinein) zu ermöglichen bzw. als nicht gültig zustande gekommen gemäss Art. 19b Abs. 2 ZGB rückabzuwickeln. Diese Rückabwicklung im Rahmen der Vindikation bzw. nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR<sup>24</sup> unterscheidet sich in der täglichen Arbeit notabene nicht von derjenigen im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB.<sup>25</sup>

## **VI. Schlussfolgerung 2: Die Beistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB und Art. 398 ZGB wird obsolet**

1. Mit dieser Kombination einer in der Regel weiter gefassten Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 (i. V. m. Art. 395) ZGB mit einer Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB in den notwendigen Bereichen ist keine Konstellation mehr ersichtlich, die eines Entzugs der entsprechenden Handlungsfähigkeit und des Vertretungshandelns nach Art. 394 Abs. 2 ZGB bedarf. Art. 394 Abs. 2 ZGB wird obsolet.
2. Wenn bereits die Vertretungsbeistandschaft mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit obsolet wird, dann muss das auch für die umfassende Beistandschaft nach Art. 398 ZGB gelten. Das würde aber bedeuten, dass in solchen Fällen relativ umfangreiche und weit umschriebene Aufgabenbereiche im Rahmen der Mitwirkungsbeistandschaft möglich sind. Dies scheint aufgrund der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht unmöglich zu sein. Andernfalls können die Aufgabenbereiche auch in mehrere kleinere Aufgabenbereiche aufgeteilt werden mit derselben Wirkung wie bei einem weit umschriebenen Aufgabenbereich.

23 BernerKomm/BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19–19c ZGB, N 125 f.; BGB Komm Jürgens/LOER, § 1903 BGB N 14; EBERHARD, Die Zustimmung des Vormundes zu Rechtsgeschäften des urteilsfähigen Mündels, Diss. Bern 1990, 51 ff.

24 Zum Vorrang der Vindikation: BGE 135 III 474, E. 3.3.1; ebenso STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 1), Rz. 241; BernerKomm/BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 19–19c ZGB, N 164; zur Rückabwicklung: BaslerKomm/FANKHAUSER, Art. 19b ZGB, N 3; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 1), Rz. 243; KuKo/HOTZ, Art. 19b ZGB, N 1.

25 Zurückhaltender hier offenbar das Bundesgericht in BGer, 1.3.2018, 5A\_456/2017, E. 3.4. Nach hier vertretener Auffassung wird in diesem Urteil der Erforderlichkeitsgrundsatz als Aspekt der Verhältnismässigkeitsprüfung zu wenig beachtet.

3. Diese faktische Abschaffung des Vertretungshandelns mit gleichzeitigem Entzug der Handlungsfähigkeit ist zu guter Letzt durchaus im Sinne der Bestrebungen der UN-Behindertenrechtskonvention zu lesen. In diesem Rahmen wird die umfassende Beistandschaft als konventionswidrig betrachtet.<sup>26</sup> Das wird teilweise *mutatis mutandis* auch für Art. 394 Abs. 2 ZGB so gesehen.<sup>27</sup> Unabhängig von dieser Diskussion ist aber die Mitwirkungsbeistandschaft als *Handlung mit* der verbeiständeten Person der mildere, partizipativere und selbstbestimmtere Weg als die Vertretung als *Handeln anstelle* derselben.

## VII. Ein Zwischenruf – und jetzt?

Ein Zwischenruf ist ein Störmanöver; vorliegend soll er zu anderen Lösungen anregen. Diese Diskussion führe ich gerne weiter. Daher freue ich mich über alle Rückmeldungen, Anregungen und Rück-Rufe auf sozialrecht@danielrosch.ch.

---

**Zusammenfassung:** *Im vorliegenden Beitrag werden typische Konstellationen aufgezeigt, bei denen eine Beschränkung oder ein Entzug der Handlungsfähigkeit zu diskutieren ist. Im Rahmen der Kombinationsmöglichkeit der Rechtsmacht nach Art. 397 ZGB ist die Mitwirkungsbeistandschaft die mildere Massnahme als die Vertretungsbeistandschaft mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit nach Art. 394 Abs. 2 ZGB. Folglich ist eine Kombination einer in der Regel weiter gefassten Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 (i. V. m. Art. 395) ZGB mit einer punktuellen handlungsfähigkeitsbeschränkenden Mitwirkungsbeistandschaft nach Art. 396 ZGB die mildere Massnahme zu einer Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit nach Art. 394 Abs. 2 ZGB. Die Folgen dieser Kombination werden hinsichtlich weiterer erwachsenenschutzrechtlicher*

- 
- 26 LIPP, Selbstbestimmung 2.0 – Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für das deutsche Betreuungsrecht, in: ROSCH/MARANTA (Hrsg.): Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, 1 ff., 31; ROSCH, Die Beistandschaft, die Selbstbestimmung und die UN-Behindertenrechtskonvention im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 12 BRK, in: ROSCH/MARANTA (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0, 67 ff., 90; a.M. BaslerKomm/BIDERBOST/HENKEL, Art. 398 ZGB, N 35; AEBI-MÜLLER, Handlungsfähigkeit und Erwachsenenenschutz. Versuch einer Klärung, in: FANKHAUSER/REUSSER/SCHWANDER, Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, 1 ff., 16 ff.
- 27 Vgl. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES, 19.5.2014, General Comment No. 1, <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en)> (15.6.2021), Rz. 24 ff.; vgl. auch ausf. hierzu BRK Komm/Rosch zu Art. 12 ZGB (erscheint Ende Jahr).

*Bestimmungen, aber auch mit Blick auf vorbestehende Vollmachten nach Art. 32 ff. OR und in Bezug auf das Schuldbetreibungs- und Konkursverfahren aufgezeigt. Daraus wird die These abgeleitet, dass es de lege ferenda keiner Vertretungsbeistandschaft mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB und damit auch keiner umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB bedarf, weil es aus Sicht der Erforderlichkeit als Teil des Verhältnismässigkeitsprinzips partizipativere und selbstbestimmtere Kombinationsmöglichkeiten gibt. Gleichzeitig werden die Leser\*innen eingeladen, die Diskussion weiterzuführen.*

**Résumé:** *Cet article présente des situations types dans lesquelles une restriction ou un retrait de l'exercice des droits civils doit être envisagé. Dans le cadre des combinaisons possibles en matière de pouvoir juridique telles que prévues à l'art. 397 CC, la curatelle de coopération est une mesure moins restrictive que la curatelle de représentation avec limitation de l'exercice des droits civils telle que prévue à l'art. 394, al. 2 CC. Par conséquent, la combinaison d'une curatelle de représentation sans limitation de l'exercice des droits civils, généralement plus large, en application de l'art. 394 (en lien avec l'art. 395) CC avec une curatelle de coopération ponctuelle limitant l'exercice des droits civils selon l'art. 396 CC est une mesure moins restrictive que la curatelle de représentation avec retrait de l'exercice des droits civils telle que prévue à l'art. 394, al. 2 CC. Les conséquences de cette combinaison sont examinées au regard des autres dispositions sur la protection de l'adulte, mais aussi en relation avec des procurations préexistantes selon les art. 32 ss CO et dans le cadre de la procédure en matière de poursuite pour dettes et faillite. L'auteur en déduit que la curatelle de représentation avec limitation de l'exercice des droits civils selon l'art. 394, al. 2 CC n'est pas nécessaire de lege ferenda, tout comme la curatelle de portée générale prévue à l'art. 398 CC, dès lors qu'il existe des combinaisons offrant plus de latitude en termes de participation et d'autodétermination au regard du critère de nécessité tel qu'il ressort du principe de proportionnalité. Les lecteurs et lectrices sont également invités à poursuivre ce débat.*