

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde

**Insbesondere aus zivilrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher
und steuerrechtlicher Sicht**

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde eines
Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Mathias Mauchle

von

St. Gallen

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser

und

Prof. Dr. Philippe Meier

Dissertation Nr. 4842

Dike Verlag Zürich/St. Gallen 2019

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St. Gallen, den 24. Oktober 2018

Der Rektor:

Prof. Dr. Thomas Bieger

Das gleiche Werk ist im Dike Verlag AG erschienen als Band 27 der Schriftenreihe «Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen», herausgegeben von Prof. Dr. Roland Müller, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser und Prof. Dr. Kurt Pärli.
ISBN 978-3-03751-095-4

Meinen Eltern

Vorwort

Die Ausarbeitung der vorliegenden Dissertation wäre ohne die wertvolle Unterstützung verschiedener Personen nicht möglich gewesen. Mein herzlicher Dank gilt zunächst Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser, der während meiner Assistenzzeit die Freude am akademischen Arbeiten in mir weckte, diese Dissertation anregte und mit Interesse begleitete, mir mit fachlichem Rat zur Seite stand und mich in zahlreichen Gesprächen stets ermutigte. Prof. Dr. Philippe Meier danke ich für die Bereitschaft zur Übernahme des Korreferats sowie für seine hilfreichen inhaltlichen Anregungen.

Meinen Kolleginnen und Kollegen an der Universität St. Gallen und insbesondere am Lehrstuhl danke ich für die angenehme Zusammenarbeit während der Assistenzzeit sowie für den fruchtbaren Gedankenaustausch. Dank gebührt auch meinen Kolleginnen und Kollegen bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Rheintal für die gute Zusammenarbeit sowie für die mir gewährte Freiheit bei der Arbeitseinteilung. Bei Prof. Dr. Roland Müller, Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser und Prof. Dr. Kurt Pärli bedanke ich mich für die Aufnahme dieser Dissertation in die Schriftenreihe «Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen» und bei Caroline Mendelin und Beatrice Fink vom Dike Verlag für die unkomplizierte und beförderliche Betreuung der Drucklegung.

Ein besonderes Dankeschön gilt meinem Bruder Michael, meinen Freunden und Kollegen, die zwischendurch für den notwendigen Ausgleich zur Recherche- und Schreibarbeit gesorgt und mich auch in moralischer Hinsicht unterstützt haben. Ganz besonderer Dank steht meiner Freundin Isabelle zu, die mit mir die Höhen und Tiefen der Dissertationszeit durchlebt und mich stets grossartig unterstützt und ermuntert hat.

Mein grösster Dank geht schliesslich von ganzem Herzen an meine Eltern Hans und Therese. Ohne ihre grenzenlose Unterstützung in jeglicher Hinsicht wäre mein bisheriger Lebensweg nicht möglich gewesen. Sie haben mich (auch) während meiner Ausbildung jederzeit unterstützt und mir den nötigen Rückhalt gegeben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand vom 1. November 2018.

Mörschwil, im November 2018

Mathias Mauchle

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	XXXIX
Erlassverzeichnis.....	XLI
Zusammenfassung	XLV
Résumé.....	XLVI
Abstract.....	XLVII
I. Einleitung	1
§ 1 Gegenstand und Ziel der Arbeit.....	1
§ 2 Aufbau und Vorgehensweise	2
§ 3 Begriffe.....	2
II. Erwachsenenschutzrecht – Grundlagen	5
§ 1 Geschichtliche Entwicklung und Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts	5
§ 2 Rechtsquellen des Erwachsenenschutzrechts	17
§ 3 Rechtsnatur des Erwachsenenschutzrechts	20
§ 4 Grundsätze des Erwachsenenschutzrechts.....	23
III. Organe des Erwachsenenschutzes	31
§ 1 Erwachsenenschutzbehörde	31
§ 2 Aufsichtsbehörde und gerichtliche Beschwerdeinstanz	46
§ 3 Beistand.....	53
§ 4 Weitere Organe des Erwachsenenschutzes.....	82
IV. Beistandschaft	85
§ 1 Allgemeines	85
§ 2 Beistandschaftsarten	87
§ 3 Beginn und Ende der Beistandschaft	99
§ 4 Führung der Beistandschaft.....	120
§ 5 Mitwirkung und Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde.....	141
§ 6 Verantwortlichkeit.....	152
V. Vergleich und Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde	171
§ 1 Vorbemerkungen	171

§ 2	Innenverhältnis und Aussenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft.....	172
§ 3	Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit anderen Rechtsverhältnissen	176
§ 4	Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde.....	244
§ 5	Fürsorgepflicht der Erwachsenenenschutzbehörde gegenüber dem Beistand?	246
VI.	Sozialversicherungsrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde.....	257
§ 1	Vorbemerkungen zum Sozialversicherungsrecht.....	257
§ 2	Die Tätigkeit des (Privat-)Beistands aus sozialversicherungs- rechtlicher Sicht	269
VII.	Steuerrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde	287
§ 1	Einkommen als Steuerobjekt.....	287
§ 2	Die Entschädigung des (Privat-)Beistands aus steuerrechtlicher Sicht.....	292
VIII.	Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	299

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis	XXIX
Materialienverzeichnis	XXXIX
Erlassverzeichnis.....	XLI
Zusammenfassung	XLV
Résumé.....	XLVI
Abstract.....	XLVII
I. Einleitung	1
§ 1 Gegenstand und Ziel der Arbeit.....	1
§ 2 Aufbau und Vorgehensweise	2
§ 3 Begriffe.....	2
II. Erwachsenenschutzrecht – Grundlagen	5
§ 1 Geschichtliche Entwicklung und Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts ..5	
1. Erscheinungsformen vor der Regelung im Schweizerischen Zivilgesetzbuch	5
a) Römisches Recht	5
b) Nachrömische Entwicklung	7
c) Weitere Entwicklung insbesondere in der Schweiz	8
2. Vormundschaftsrecht (1912 bis 2012)	9
a) Einheitliche Kodifikation im ZGB von 1907	9
b) Revisionsbedürftigkeit	10
3. Erwachsenenschutzrecht (seit 2013)	12
a) Überblick über den Entstehungsprozess	12
b) Leitideen und zentrale Revisionsanliegen	12
4. Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts.....	16
§ 2 Rechtsquellen des Erwachsenenschutzrechts	17
1. Bundesrecht	17
a) Bundesverfassung	17
b) Bundesgesetze und VBVV	18
2. Kantonales Recht	18
3. Internationales Recht	19
§ 3 Rechtsnatur des Erwachsenenschutzrechts	20
1. Erwachsenenschutzrecht als Teil des Sozialrechts	20
2. Erwachsenenschutzrecht als Teil des Eingriffssozialrechts	21
3. Erwachsenenschutzrecht als Hybrid zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht	21

§ 4 Grundsätze des Erwachsenenschutzrechts	23
1. Wahrung des Selbstbestimmungsrechts betroffener Personen	23
2. Subsidiarität	24
3. Eingriffssystematik gemäss Art. 36 BV und Verhältnismässigkeit im Besonderen	25
a) Gesetzliche Grundlage	26
b) Öffentliches Interesse oder privates Interesse der betroffenen Person	26
c) Verhältnismässigkeit	26
aa) Eignung	27
bb) Erforderlichkeit	28
cc) Verhältnismässigkeit i.e.S. bzw. Zumutbarkeit	28
dd) Interdisziplinärer Inhalt der Verhältnismässigkeitsprüfung ...	29
4. Beistandschaft nach Mass	29
III. Organe des Erwachsenenschutzes	31
§ 1 Erwachsenenschutzbehörde	31
1. Vorbemerkungen	31
2. Vorgaben des Bundesrechts	32
a) Allgemeines	32
b) Aufgaben und sachliche Zuständigkeit	32
c) Fachbehörde	34
d) Ausgestaltung und Organisation	35
e) Verfahren	37
3. Ausgestaltung in den Kantonen	40
a) Vorbemerkungen	40
b) Modellvorschläge der KOKES	40
aa) Kantonale Verwaltungsbehörde	41
bb) (Über-)Kommunale Verwaltungsbehörde	41
cc) Kantonaes oder regionales Gericht	42
c) Verbreitung des kantonalen, regionalen und (über-)kommunalen Behördenmodells	42
d) Verbreitung des Verwaltungsbehördenmodells und des Gerichtsmodells	43
§ 2 Aufsichtsbehörde und gerichtliche Beschwerdeinstanz	46
1. Allgemeines	46
2. Aufsichtsbehörde	47
a) Aufgaben und sachliche Zuständigkeit	47
b) Ausgestaltung und Organisation	48
3. Gerichtliche Beschwerdeinstanz	49
a) Aufgaben und sachliche Zuständigkeit	49
b) Ausgestaltung und Organisation	50
c) Verfahren	51

§ 3	Beistand	53
1.	Person des Beistands	53
a)	Allgemeines	53
b)	Erfordernis der natürlichen Person	53
c)	Mitglieder und Mitarbeitende der Erwachsenenschutzbehörde als Beistand	56
d)	Abklärungspersonen als Beistand	57
2.	Privat- oder Berufsbeistand	58
a)	Privatpersonen ohne spezifische berufliche Qualifikationen	59
b)	Personen mit spezifischen beruflichen Qualifikationen	60
c)	Mitarbeitende von Berufsbeistandschaften und Sozialdiensten	61
3.	Persönliche und fachliche Eignung	62
a)	Persönliche Eignung	63
b)	Fachliche Eignung	65
4.	Zeitliche Verfügbarkeit und persönliche Wahrnehmung der Aufgaben	66
a)	Zeitliche Verfügbarkeit	66
b)	Persönliche Wahrnehmung der Aufgaben	68
5.	Ernennung mehrerer Personen als Beistände	70
a)	Allgemeines	70
b)	Gemeinsame Führung der Beistandschaft	71
c)	Geteilte Führung der Beistandschaft	72
d)	Einsetzung einer Beistandsperson und Beizug von Fachpersonen bei Bedarf	72
6.	Von der Übernahmepflicht zur Freiwilligkeit	73
7.	Instruktion, Beratung und Unterstützung durch die Erwachsenenschutzbehörde	75
8.	Entschädigung und Spesenersatz	77
a)	Anspruch und Berechtigte	77
b)	Höhe der Entschädigung und kantonale Ausführungsbestimmungen	78
§ 4	Weitere Organe des Erwachsenenschutzes	82
IV.	Beistandschaft	85
§ 1	Allgemeines	85
1.	Voraussetzungen der Errichtung	85
2.	Abklärung, Bestimmung der Massnahme und Umschreibung der Aufgabenbereiche der Beistandsperson	86
§ 2	Beistandschaftsarten	87
1.	Begleitbeistandschaft	87

2. Vertretungsbeistandschaft.....	88
a) Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen	88
b) Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung	91
3. Mitwirkungsbeistandschaft	94
4. Kombinierte Beistandschaft.....	96
5. Umfassende Beistandschaft.....	97
§ 3 Beginn und Ende der Beistandschaft	99
1. Beginn der Beistandschaft	99
2. Beginn des Amtes des Beistands.....	100
3. Ende der Beistandschaft	101
a) Von Gesetzes wegen mit dem Tod der verbeiständeten Person ...	101
b) Durch Aufhebungsentscheid oder Änderung der Massnahme...	102
4. Ende des Amtes des Beistands.....	103
a) Ende des Amtes des Beistands von Gesetzes wegen	103
aa) Ablauf der Amtsdauer	104
bb) Ende der Beistandschaft	105
cc) Ende des Arbeitsverhältnisses des Berufsbeistands	107
dd) Verbeiständung, Urteilsunfähigkeit und Tod des Beistands..	108
b) Entlassung des Beistands	111
aa) Auf Begehren des Beistands	111
bb) Übrige Fälle	113
c) Weiterführung der Geschäfte	116
d) Schlussbericht und Schlussrechnung.....	119
§ 4 Führung der Beistandschaft	120
1. Übernahme des Amtes.....	120
a) Verschaffung der nötigen Kenntnisse zur Erfüllung der Auf-	
gaben und Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person	120
b) Inventaraufnahme	121
2. Verhältnis zur betroffenen Person	122
3. Eigenes Handeln der betroffenen Person	123
4. Vermögensverwaltung	124
a) Begriffe	124
b) Sorgfältige Verwaltung.....	124
c) Aufzählung von Befugnissen des Beistands.....	126
d) Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen	
einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)	127
aa) Regelungsgegenstand und Inhalt.....	127
bb) Bedeutung der Mitwirkung der Erwachsenen-	
schutzbehörde gemäss VBVV.....	130
cc) Zuständigkeiten	130
e) Besondere Geschäfte.....	132

5. Berichterstattung und Rechnungsführung	133
a) Berichterstattung	133
b) Rechnungsführung	134
6. Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht	136
a) Sorgfaltspflicht	136
b) Verschwiegenheitspflicht	139
7. Informationspflicht bei Änderung der Verhältnisse	140
§ 5 Mitwirkung und Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde	141
1. Allgemeines	141
2. Prüfung der Rechnung und des Berichts	142
a) Prüfung der Rechnung	142
b) Prüfung des Berichts	143
c) Genehmigung	143
d) Massnahmen	144
3. Zustimmungsbefürdige Geschäfte	145
a) Allgemeines	145
b) Vertretungsmacht und Rechtsfigur der Zustimmung	146
c) Ablauf	149
d) Entfallen des Zustimmungserfordernisses bei Einverständnis und Handlungsfähigkeit der betroffenen Person	150
e) Verträge zwischen Beistand und betroffener Person	151
§ 6 Verantwortlichkeit	152
1. Allgemeines	152
2. Haftung für behördliche Massnahmen	153
a) Anwendungsbereich	153
b) Haftungsvoraussetzungen	155
aa) Schaden	155
bb) Widerrechtlichkeit	156
cc) Kausalzusammenhang	159
c) Genugtuung	159
d) Anspruchsberechtigte	160
e) Haftungssubjekt	162
aa) Kanton als Haftungssubjekt und Ausschluss der Haftung der fehlbaren Person	162
bb) Regress	163
f) Verfahren	164
g) Verjährung	166
aa) Beginn und Dauer der Verjährungsfrist	167
bb) Verjährungsfrist bei strafbarer Handlung	168
cc) Wahrung der Frist, Stillstand und Unterbrechung (unabhängig von Art. 455 Abs. 3 ZGB)	169

V. Vergleich und Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde.....	171
§ 1 Vorbemerkungen.....	171
§ 2 Innenverhältnis und Aussenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft	172
1. Vorbemerkungen	172
2. Innenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft	173
3. Aussenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft.....	174
§ 3 Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit anderen Rechtsverhältnissen	176
1. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsverhältnisse	176
2. Vergleich mit der Erbschaftsverwaltung.....	177
a) Überblick über die Erbschaftsverwaltung	177
aa) Begriff und Zweck der Erbschaftsverwaltung	177
bb) Anwendungsbereich der Erbschaftsverwaltung.....	178
cc) Rechtliche Natur der Erbschaftsverwaltung, Person und Stellung des Erbschaftsverwalters	179
dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Erbschaftsverwalters.....	181
ee) Aufsicht und Verantwortlichkeit	183
b) Vergleichende Betrachtung	185
aa) Vorbemerkungen	185
bb) Zweck, Anwendungsbereich und Dauer.....	185
cc) Rechtliche Natur, Person und Stellung des Funktionsträgers.....	186
dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Funktionsträgers.....	188
ee) Aufsicht und Verantwortlichkeit	189
c) Folgerungen	190
3. Vergleich mit dem einfachen Auftrag	191
a) Überblick über den einfachen Auftrag	191
aa) Begriff und Zweck des einfachen Auftrags.....	191
bb) Anwendungsbereich des einfachen Auftrags	192
cc) Person sowie Rechte und Pflichten des Beauftragten	193
dd) Verantwortlichkeit.....	197
b) Vergleichende Betrachtung	199
aa) Vorbemerkungen	199
bb) Zweck, Anwendungsbereich und Dauer.....	199
cc) Rechtliche Natur, Person und Stellung des Funktionsträgers.....	201
dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Funktions-trägers.....	202
ee) Aufsicht und Verantwortlichkeit	205
c) Folgerungen	207

4. Vergleich mit dem Arbeitsverhältnis.....	209
a) Überblick über den privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag	209
aa) Begriff und Zweck des Einzelarbeitsvertrags	209
bb) Anwendungsbereich des Einzelarbeitsvertrags.....	209
cc) Person sowie Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers	210
dd) Verantwortlichkeit	221
b) Abgrenzung zum einfachen Auftrag	223
c) Überblick über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis.....	225
aa) Allgemeines	225
bb) Wesentliche Unterschiede zum privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag.....	225
d) Öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutz und Sozialversicherung	227
aa) Allgemeines	227
bb) Arbeitsschutzrecht	228
cc) Sozialversicherung	229
e) Vergleichende Betrachtung.....	230
aa) Vorbemerkungen.....	230
bb) Zweck, Anwendungsbereich und Dauer	230
cc) Rechtliche Natur, Person und Stellung des Funktionsträgers	231
dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Funktionsträgers.....	233
ee) Aufsicht und Verantwortlichkeit.....	239
f) Folgerungen	242
§ 4 Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde	244
§ 5 Fürsorgepflicht der Erwachsenenschutzbehörde gegenüber dem Beistand?.....	246
1. Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Fürsorgepflicht insbesondere im Arbeitsrecht	246
a) Römisches Recht	246
b) Nachrömische Entwicklung.....	247
c) Weitere Entwicklung insbesondere in der Schweiz	247
2. Weisungsrecht als Auslöser der Fürsorgepflicht der Erwachsenenschutzbehörde gegenüber dem Beistand?	249
a) Hierarchieverhältnis und Weisungsrecht.....	249
b) Anwendung von Arbeitsrecht auf Arbeitsleistungsverhältnisse sui generis?	250
c) Wahrnehmung einer Funktion innerhalb des staatlich organisierten Sozialsystems durch den Beistand	250
3. Anwendbare Teilgehalte der Fürsorgepflicht.....	251
a) Schutz des Lebens und der Gesundheit des Beistands?	251
aa) Verantwortlichkeit für Arbeitssicherheit?	251
bb) Gewährung von Freizeit und Ferien?	253

b) Entschädigung bei unverschuldeter Verhinderung des Beistands?	254
VI. Sozialversicherungsrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde	257
§ 1 Vorbemerkungen zum Sozialversicherungsrecht	257
1. Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Selbstständigerwerbende und Nichterwerbstätige im Sozialversicherungsrecht	257
a) Arbeitnehmer	257
b) Arbeitgeber	258
c) Selbstständigerwerbende	258
d) Nichterwerbstätige	259
2. Erwerbstätigkeit als Anknüpfungspunkt	259
a) Allgemeines	259
b) Erwerbstätigkeit und Nichterwerbstätigkeit	261
c) Selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit	262
aa) Kriterien für selbstständige Erwerbstätigkeit	263
bb) Kriterien für unselbstständige Erwerbstätigkeit	264
cc) Qualifikation bei Vorliegen von Kriterien für selbst- ständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit	266
3. Leistung der Beiträge	267
a) Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer	267
b) Beiträge der Selbstständigerwerbenden	267
c) Beiträge der Nichterwerbstätigen	268
§ 2 Die Tätigkeit des (Privat-)Beistands aus sozialversicherungs- rechtlicher Sicht	269
1. Vorbemerkungen	269
2. Bisherige Praxis und Lehre	269
a) Bundesgericht	269
b) Kantonale Entscheide	271
aa) Kantonsgericht Neuenburg	271
bb) Verwaltungsgericht Graubünden	272
cc) Obergericht Bern	272
c) Lehre	273
d) Erwachsenenschutzbehörden	274
3. Untersuchung der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation der Tätigkeit des Privatbeistands	276
a) Die Argumente des Bundesgerichts im Einzelnen	276
b) Angemessenheit im Verhältnis zwischen Privatbeistand und Erwachsenenschutzbehörde?	278
aa) Unternehmerrisiko	278
bb) Wirtschaftliches und arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsverhältnis	279
c) Folgerungen	282

VII. Steuerrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde	287
§ 1 Einkommen als Steuerobjekt	287
1. Bestandteile des Einkommens im Allgemeinen	287
a) Erwerbseinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit	287
b) Erwerbseinkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit	289
2. Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit	289
a) Abgrenzungskriterien	289
b) Bedeutung der Abgrenzung	291
§ 2 Die Entschädigung des (Privat-)Beistands aus steuerrechtlicher Sicht	292
1. Vorbemerkungen	292
2. Bisherige Lehre und Praxis	292
a) Lehre	292
b) Behördenpraxis	293
3. Untersuchung der steuerrechtlichen Qualifikation der Entschädigung des Privatbeistands	294
a) Erfüllung der Kriterien für Erwerbseinkommen aus selbstständiger bzw. unselbstständiger Erwerbstätigkeit	294
b) Harmonisierende Rechtsanwendung	296
c) Folgerungen	296
VIII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	299

Abkürzungsverzeichnis

aArt.	frühere Fassung des betreffenden Artikels
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aargau
AHI-Praxis	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis in den Bereichen AHV, IV usw. (bis 2004), vorher ZAK
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101)
AI	Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794
ALV	Arbeitslosenversicherung
a.M.	anderer Meinung
AmtlBull	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AR	Appenzell Ausserrhoden
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (SR 822.11)
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 (SR 837.0)
BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0)
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BE	Bern
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)

Abkürzungsverzeichnis

BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGS	Bereinigte Gesetzessammlung (Kt. SO), s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
BGSA	Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 17. Juni 2005 (SR 822.41)
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar, s. Literaturverzeichnis
bKESB	Bürgerliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Bern)
BL	Basel-Landschaft
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
BS	Basel-Stadt
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung, s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
BSIG	Bernische Systematische Information Gemeinden
BSK	Basler Kommentar, s. Literaturverzeichnis
Bst.	Buchstabe(n)
BT	Besonderer Teil
bV	berufliche Vorsorge
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BBV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDP	Cour de droit public, öffentlich-rechtliche Abteilung des Kantonsgerichts Neuenburg
CHF	Schweizer Franken
CHK	Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, s. Literaturverzeichnis

CR	Commentaire Romand, s. Literaturverzeichnis
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1)
E.	Erwägung(en)
EG	Einführungsgesetz
EG-KES	kantonales Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
EG KESR	kantonales Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg
EG ZGB	kantonales Einführungsgesetz zum ZGB, s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
Einl.	Einleitung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952 (SR 834.1)
EOV	Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz vom 24. November 2004 (SR 834.11)
ESR	Erwachsenenschutzrecht
evtl.	eventuell
f./ff.	folgende Seite(n), Randziffer(n), Note(n)
FamKomm	Familienrechtskommentar, s. Literaturverzeichnis
FamPra	Die Praxis des Familienrechts
FamZG	Bundesgesetz über die Familienzulagen vom 24. März 2006 (SR 836.2)
FFE	Fürsorgerische Freiheitsentziehung
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FN	Fussnote(n)
FR	Freiburg

FS	Festschrift
FU	Fürsorgerische Unterbringung
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GDB	Systematische Gesetzessammlung (Kt. OW), s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
GE	Genf
gem.	gemäss
GL	Glarus
GR	Graubünden
HEsÜ	Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000 (SR 0.211.232.1)
HLS	Historisches Lexikon der Schweiz, s. Literaturverzeichnis
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin(nen)
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im eng(er)en Sinne
insb.	insbesondere
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (SR 291)
i.S.v.	im Sinne von
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i.V.m.	in Verbindung mit
IVV	Verordnung über die Invalidenversicherung vom 17. Januar 1961 (SR 831.201)
i.w.S.	im weiteren Sinne
JU	Jura
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde(n)
KESG	kantonales Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz, s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
KGer	Kantonsgericht
KOKES	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (seit 1. Januar 2010), vorher VBK
Komm	Kommentar
Kt.	Kanton(e)

KUKO	Kurzkommentar, s. Literaturverzeichnis
KV	Krankenversicherung
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
LIFD	Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, s. DBG
LS	Loseblattsammlung (Kt. ZH)
LU	Luzern
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)
m.H.	mit Hinweis(en)
m.V.	mit Verweis(en)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note(n), Randnummer(n)
NAV	Normalarbeitsvertrag
NE	Neuenburg
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
NW	Nidwalden
OFK	Orell Füssli Kommentar, s. Literaturverzeichnis
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OW	Obwalden
PraxKomm	Praxiskommentar, s. Literaturverzeichnis
PriMa	Private Mandatsträger(innen)
RB	Rechtsbuch (Kt. TG)
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
Rz.	Ranziffer(n)
S.	Seite(n)
s.	siehe
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts, s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung

Abkürzungsverzeichnis

SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, s. Literaturverzeichnis
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
SG	St. Gallen
SGF	Systematische Gesetzessammlung (Kt. FR), s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
SGS	Systematische Gesetzessammlung (Kt. BL, VS), s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
sGS	Systematische Gesetzessammlung (Kt. SG), s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
SH	Schaffhausen
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SO	Solothurn
sog.	so genannt(e/r/s)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts, s. Erlassverzeichnis, Schweizerische Erlasse
SRL	Systematische Gesetzessammlung (Kt. LU), s. Erlassverzeichnis, Kantonale Erlasse
SterG	Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (SR 211.111.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
SVBB	Schweizerische Vereinigung der Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung
SZ	Schwyz
Teilbd.	Teilband
TG	Thurgau
TI	Tessin
UN-BRK	Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (SR 0.109)
UR	Uri

usw.	und so weiter
UV	Unfallversicherung
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UVV	Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202)
v.	vor
VBK	Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (bis 31. Dezember 2009), danach KOKES
VBVV	Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4. Juli 2012 (SR 211.223.11)
v. Chr.	vor Christus
VD	Waadt
VE	Vorentwurf
VG	Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (SR 170.32)
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung(en)
VRK	Verwaltungsrekurskommission
VS	Wallis
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen (bis 1992), danach AHI-Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZG	Zug
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer(n)
zit.	zitiert
ZK	Zürcher Kommentar, s. Literaturverzeichnis
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (seit 2010), vorher ZVW

Abkürzungsverzeichnis

ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
z.T.	zum Teil
ZVW	Zeitschrift für Vormundschafswesen (bis 2009), danach ZKE

Literaturverzeichnis

- ABT DANIEL/WEIBEL THOMAS (Hrsg.), *Erbrecht – Praxiskommentar*, 3. Aufl., Basel 2015 (zit. *PraxKomm Erbrecht BEARBEITER/IN*).
- AEPLI HANS, *Die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe (unter besonderer Berücksichtigung der verantwortlickeitsverdächtigen Tätigkeiten)*, Diss. Freiburg, Frick 1979.
- AFFOLTER KURT, *Das Ende der Beistandschaft und die Vermögenssorge*, ZKE 2013, S. 379–406 (zit. *AFFOLTER, ZKE 2013*).
- AFFOLTER KURT, *Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht*, AJP 2006, S. 1057–1067 (zit. *AFFOLTER, AJP 2006*).
- AFFOLTER KURT, *Doppelunterstellung von professionellen vormundschaftlichen Mandatsträger(inne)n in öffentlichen Verwaltungen am Beispiel der Stadt Luzern*, ZVW 2006, S. 232–241 (zit. *AFFOLTER, ZVW 2006*).
- AFFOLTER KURT, *Mit der Totalrevision des Vormundschaftsrechts zu einer neuen Qualität des Erwachsenenschutzes?*, ZVW 2003, S. 393–408 (zit. *AFFOLTER, ZVW 2003*).
- AFFOLTER KURT, *Rechtsfragen aus dem Alltag der persönlichen Betreuung*, AJP 1998, S. 647–654 (zit. *AFFOLTER, AJP 1998*).
- AUER CHRISTOPH, *Bundeskompetenzen in Verfahren vor vormundschaftlichen Behörden*, ZVW 2003, S. 188–206 (zit. *AUER, ZVW 2003*).
- BALESTRIERI MYRIAM, *Die Vermögensverwaltung im neuen Erwachsenenschutzrecht*, ZKE 2011, S. 201–233 (zit. *BALESTRIERI, ZKE 2011*).
- BIDERBOST YVO, *Beistandschaft nach Mass – das revidierte Handwerkszeug des Erwachsenenschutzes*, AJP 2010, S. 3–13 (zit. *BIDERBOST, AJP 2010*).
- BIDERBOST YVO, *Der neue Erwachsenenschutz im Überblick*, SJZ 2010, S. 309–320 (zit. *BIDERBOST, SJZ 2010*).
- BIDERBOST YVO, *Eine Beistandschaft ist eine Beistandschaft?!?*, ZVW 2003, S. 299–316 (zit. *BIDERBOST, ZVW 2003*).
- BIDERBOST YVO, *Massschneidern im Kindes- und Erwachsenenschutz – Haute Couture? Prêt-à-porter? Oder Masskonfektion?*, Jusletter vom 31. März 2014 (zit. *BIDERBOST, Jusletter 2014*).
- BLESİ ALFRED/PIETRUSZAK THOMAS/WILDHABER ISABELLE (Hrsg.), *Arbeitsgesetz (ArG) – Kurzkommentar*, Basel 2018 (zit. *KUKO ArG BEARBEITER/IN*).
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, *System des schweizerischen Steuerrechts*, 7. Aufl., Zürich 2016.
- BOENTE WALTER, *Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen*, Art. 360–387 ZGB, Zürich 2015 (zit. *ZK ZGB BOENTE*).

- BÖHI RETO, Der unterschiedliche Einkommensbegriff im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragserhebung, Diss. Bern 2000, Bern 2001.
- BOKSTALLER JOSEF, Die mehrfache Vormundschaft (Art. 379 II ZGB), Diss. Freiburg, Zürich 1978.
- BREHM ROLAND, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41–61 OR, 4. Aufl., Bern 2013 (zit. BK OR BREHM).
- BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1–456 ZGB, PartG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB BEARBEITER/IN).
- BREITSCHMID PETER/WITTEWIT CAROLINE, Pflegerecht – eine Standortbestimmung (2. Teil), Pflegerecht 2012, S. 66–80.
- BRÜHWILER JÜRGE, Einzelarbeitsvertrag – Kommentar zu den Art. 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014.
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN-BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005.
- BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz BEARBEITER/IN).
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) – Kurzkommentar, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB BEARBEITER/IN).
- CAVIEZEL CHRISTOPH, Die Vermögensverwaltung durch den Vormund, Diss. Freiburg 1987, Stans 1988.
- DE LUZE ESTELLE, Les proches dans le Code Civil, Jusletter vom 8. Dezember 2014.
- DISCHLER RALPH, Die Wahl des geeigneten Vormunds, Diss. Freiburg, Freiburg 1984.
- DÖRFLINGER PETER, Zusammenarbeit zwischen KESB und den Banken – Art. 9 der Verordnung über die Vermögensverwaltung (VBVV), ZKE 2013, S. 353–378 (zit. DÖRFLINGER, ZKE 2013).
- EBERHARD CHRISTOPH, Die Zustimmung des Vormundes zu Rechtsgeschäften des urteilsfähigen Mündels – Art. 19 Abs. 1 und 410 ZGB – insbesondere die Zustimmung zu Verträgen und zu einseitigen Rechtsgeschäften, Diss. Bern 1989, Bern 1990.
- EGGER AUGUST, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 2, 3. Abteilung, Die Vormundschaft, Art. 360–456, 2. Aufl., Zürich 1948 (zit. ZK ZGB EGGER).
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./ALLENDE KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung – St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER/IN, St. Galler Kommentar).
- ELSENER ALDO, Das Vormundschaftsgeheimnis – Die Schweigepflicht der vormundschaftlichen Organe und Hilfsorgane, Diss. Zürich, Zürich 1993.

- FASSBIND PATRICK, Die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach neuem Erwachsenenschutzrecht, FamPra 2011, S. 553–588 (zit. FASSBIND FamPra 2011).
- FASSBIND PATRICK, Erwachsenenschutz, Zürich 2012 (zit. FASSBIND, Erwachsenenschutz).
- FELLMANN WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. BK OR FELLMANN).
- FISCHER WILLI/LUTERBACHER THIERRY (Hrsg.), Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HaftpflichtKomm BEARBEITER/IN).
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, L'obligation d'être tuteur: un principe de subsidiarité à l'épreuve de l'article 4 CEDH, ZKE 2011, S. 263–287 (zit. FLÜCKIGER, ZKE 2011).
- FORSTER PETER, AHV-Beitragsrecht – Materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen; Abgrenzung zwischen selbständig und unselbständig erwerbstätigen Personen, Diss. Freiburg 2006, Zürich 2007.
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/AFFOLTER-FRINGELI KURT/BIDERBOST YVO/STECK DANIEL (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2016 (zit. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BEARBEITER/IN).
- FÜLLEMANN DANIEL, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2008.
- FURRER ANDREAS/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 1–183 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR BEARBEITER/IN).
- GAUCH PETER/AEPLI VIKTOR/STÖCKLI HUBERT (Hrsg.), Präjudizienbuch OR – Die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875–2015), 9. Aufl., Zürich 2016 (zit. Präjudizienbuch OR BEARBEITER/IN).
- GEISER THOMAS, Amtsgeheimnis und Verantwortlichkeit (Art. 448–455 VE), ZSR 2003, S. 385–406 (zit. GEISER, ZSR 2003).
- GEISER THOMAS, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung? in: GAUCH PETER/SCHMID JÖRG/STEINAUER PAUL-HENRI/TERCIER PIERRE/WERRO FRANZ (Hrsg.), Familie und Recht – Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag, Freiburg 1995, S. 289–314 (zit. GEISER in FS Schnyder).
- GEISER THOMAS, Erwachsenenschutzrecht – Die Revision im Überblick, ZVW 2003, S. 227–235 (zit. GEISER, ZVW 2003).
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I BEARBEITER/IN).
- GEISER THOMAS, Haftung bei neuen Arbeitsformen – (Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, Personalverleih), AJP 1997, S. 787–796 (zit. GEISER, AJP 1997).
- GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2015.

- GEISER THOMAS, Vermögenssorge im Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2013, S. 329–352 (zit. GEISER, ZKE 2013).
- GOOD MARTIN, Das Ende des Amtes des Vormundes, Diss. Freiburg 1991, Freiburg 1992.
- GROSS JOST/PRIBNOW VOLKER, Schweizerisches Staatshaftungsrecht – Ergänzungsband zur 2. Auflage, Bern 2013 (zit. Schweizerisches Staatshaftungsrecht Ergänzungsband BEARBEITER/IN).
- GROSS JOST, Schweizerisches Staatshaftungsrecht – Stand und Entwicklungstendenzen, 2. Aufl., Bern 2001.
- GUILLIOD OLIVIER, Droit des personnes, 5. Aufl., Basel 2018 (zit. GUILLIOD, Droit des personnes).
- GUILLIOD OLIVIER, Présentation globale de la réforme, in: GUILLIOD OLIVIER/BOHNET FRANÇOIS (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Basel 2012, S. 1–31 (zit. GUILLIOD, Présentation globale de la réforme).
- HÄFELI CHRISTOPH, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, FamPra 2012, S. 1001–1019 (zit. HÄFELI, FamPra 2012).
- HÄFELI CHRISTOPH, Familiengerichte im Kanton Aargau als optimale Organisationsform der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Der Kanton Aargau als Schrittmacher für eine Innovation im Gerichtswesen?, in: FANKHAUSER ROLAND/REUSSER RUTH E./SCHWANDER IVO (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. HÄFELI in FS Geiser).
- HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2016 (zit. HÄFELI, Grundriss).
- HÄFELI CHRISTOPH, Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand, ZKE 2015, S. 198–214 (zit. HÄFELI, ZKE 2015).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 6. Aufl., Bern 2018.
- HEIDER MIRJAM, Die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung, Diss. Bochum, Baden-Baden 2011.
- HELLE NOÉMIE, Renouveau de la garde-robe du curateur: l'habit fait-il toujours le moine? – Etat des lieux à l'occasion de l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte, in: GUILLIOD OLIVIER/BOHNET FRANÇOIS (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Basel 2012, S. 167–210.
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT, Steuerrecht, Band I/Band II, 9. Aufl., Bern 2001/2002 (zit. HÖHN/WALDBURGER, Bd.).
- HONSELL HEINRICH, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin/Heidelberg 2015 (zit. HONSELL, Römisches Recht).

- HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 10. Aufl., Bern 2017 (zit. HONSELL, OR BT).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. I, Art. 1–456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZGB I BEARBEITER/IN).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Bd. II, Art. 457–977 ZGB, Art. 1–61 SchlT ZGB, 5. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK ZGB II BEARBEITER/IN).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I BEARBEITER/IN).
- HUBER EUGEN, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Bd. I–IV, Basel 1886–1893 (zit. HUBER, Bd.).
- HUGUENIN CLAIRE/MÜLLER-CHEN MARKUS (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 319–529 OR, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK OR BEARBEITER/IN).
- INTERFACE (Hrsg.), Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Analyse der organisatorischen Umsetzung und Kennzahlen zu Leistungen und Kosten – Bericht zuhanden des Bundesamts für Justiz (BJ), Luzern 2016 (zit. INTERFACE, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht).
- KASER MAX/KNÜTEL ROLF/LOHSSE SEBASTIAN, Römisches Privatrecht, 21. Aufl., München 2017.
- KIESER UELI, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2017.
- KOKES (Hrsg.), KESB: Organisation in den Kantonen (Stand: 1.1.2017), ZKE 2017, S. 5 (zit. KOKES, ZKE 2017).
- KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2012 (zit. KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht).
- KOKES (Hrsg.), Zusammenstellung der kantonalen Behördenorganisation (KESB – Aufsichtsbehörden – Rechtsmittelinstanzen) (Stand: 1. Januar 2017), ZKE 2017, S. 1–4 (zit. KOKES, ZKE 2017).
- KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/MÄRKI RAPHAEL, Wir haben ein neues Verjährungsrecht! – Darstellung der neuen Gesetzesnormen mit Anmerkungen, Jusletter vom 2. Juli 2018 (zit. KRAUSKOPF/MÄRKI, Jusletter 2018).
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/ FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar (OFK) – ZGB, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB BEARBEITER/IN).
- LANGENEGGER ERNST, Aspekte des Systems der amtsgebundenen behördlichen Massnahmen des neuen Erwachsenenschutzrechtes erläutert entlang des Übergangs vom geltenden zum neuen Recht, ZVW 2003, S. 317–330 (zit. LANGENEGGER, ZVW 2003).

- LANZ RAPHAEL, Die Abgrenzung der selbständigen von der unselbständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, AJP 1997, S. 1463–1484 (zit. LANZ, AJP 1997).
- LOCHER THOMAS/GÄCHTER THOMAS, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014.
- MARTI ARNOLD, Die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozessrechts, die Revision des Vormundschaftsrechts und das öffentliche Recht, ZBl 2007, S. 237–275 (zit. MARTI, ZBl 2007).
- MAYER-MALY THEO, Österreichisches Arbeitsrecht, Wien 1970.
- MEIER PHILIPPE, Compétences matérielles du juge matrimonial et des autorités de tutelle – Considérations théoriques et quelques cas pratiques, ZVW 2007, S. 109–130 (zit. MEIER, ZVW 2007).
- MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte – Articles 360–456 CC, Genf 2016 (zit. MEIER, Droit de la protection de l'adulte).
- MEIER PHILIPPE, La gestion du patrimoine des personnes sous curatelle, ZKE 2014, S. 394–437 (zit. MEIER, ZKE 2014).
- MEIER PHILIPPE, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur – Théorie générale; commentaire de l'art. 421 ch. 1, ch. 6 et ch. 8, et de l'art. 422 ch. 3 et ch. 5 CC, Diss. Freiburg, Freiburg 1994 (zit. MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur).
- MEIER PHILIPPE, Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale, Jusletter vom 17. November 2008 (zit. MEIER, Jusletter 2008).
- MEIER PHILIPPE, Les curatelles du nouveau droit de la protection de l'adulte: quelques notions/dispositions-pièges pour la pratique, FamPra 2012, S. 927–961 (zit. MEIER, FamPra 2012).
- MEIER PHILIPPE, Les nouvelles curatelles: systématique, conditions et effets, in: GUILLOD OLIVIER/BOHNET FRANÇOIS (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Basel 2012, S. 95–165 (zit. MEIER, Les nouvelles curatelles).
- MEYER ULRICH (Hrsg.), Soziale Sicherheit – Sécurité sociale, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV, 3. Aufl., Basel 2016 (zit. SBVR Soziale Sicherheit BEARBEITER/IN).
- MINGER CHRISTIAN, Die Haftung der Erwachsenenschutzorgane nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2010, S. 21–33 (zit. MINGER, ZKE 2010).
- MOOSER MICHEL, La responsabilité du notaire en relation avec le nouveau droit de la protection de l'adulte, ZBGR 2013, S. 161–180 (zit. MOOSER, ZBGR 2013).
- NOËL YVES/AUBRY GIRARDIN FLORENCE (Hrsg.), Commentaire Romand – Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, 2. Aufl., Basel 2017 (zit. CR LIFD BEARBEITER/IN).
- OBERSON XAVIER, Droit fiscal suisse, 4. Aufl., Basel 2012.
- PICHONNAZ PASCAL, Les fondements romains du droit privé, Genf 2008.

- PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013.
- REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, 2. Aufl., Bern 2010 (zit. BK OR REHBINDER/STÖCKLI).
- REICH MARKUS, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich 2012.
- REUSSER RUTH, Das neue Erwachsenenschutzrecht – eine Herausforderung für die Kantone, ZBl 2013, S. 3–25 (zit. REUSSER, ZBl 2013).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN/MEUTER HANS ULRICH, Handkommentar zum DBG, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG).
- RIEMER HANS MICHAEL, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997.
- ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht – Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. ESR Komm BEARBEITER/IN).
- ROSCH DANIEL, Die Begleitbeistandschaft – Per aspera ad astra?, FamPra 2010, S. 268–293 (zit. ROSCH, FamPra 2010).
- ROSCH DANIEL, Die Begleitbeistandschaft – Unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Diss. Basel, Bern 2017 (zit. ROSCH, Begleitbeistandschaft).
- ROSCH DANIEL, Die Bestimmung der Aufgabenbereiche des Beistandes nach Art. 391 nZGB, ZKE 2010, S. 184–197 (zit. ROSCH, ZKE 2010).
- ROSCH DANIEL/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/HECK CHRISTOPH (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz – Recht und Methodik für Fachleute, 2. Aufl., Bern 2018 (zit. Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz BEARBEITER/IN).
- ROSCH DANIEL/GARIBALDI MANUELO/PREISCH STEPHAN, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Hoffnungsträgerin oder Hemmschuh?, ZKE 2012, S. 416–431 (zit. ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, ZKE 2012).
- ROSCH DANIEL, Neue Aufgaben, Rollen, Disziplinen, Schnitt- und Nahtstellen: Herausforderungen des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, ZKE 2011, S. 31–46 (zit. ROSCH, ZKE 2011).
- RUSCH ARNOLD F./MAISSEN EVA, Fällt das zwingende Kündigungsrecht beim Auftrag?, AJP 2017, S. 26–33 (zit. RUSCH/MAISSEN, AJP 2017).
- SCARTAZZINI GUSTAVO/HÜRZELER MARC, Bundessozialversicherungsrecht, 4. Aufl., Basel 2012.
- SCHAFFHAUSER RENÉ/STAUFFER HANS-ULRICH (Hrsg.), BVG-Tagung 2010 – Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, St. Gallen 2011 (zit. BVG-Tagung 2010 BEARBEITER/IN).

- SCHMID HERMANN, Einführung in die Beistandschaften (Art. 377–384 VE), ZSR 2003, S. 311–329 (zit. SCHMID H., ZSR 2003).
- SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz – Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010 (zit. SCHMID H., Erwachsenenschutz).
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016.
- SCHWENZER INGEBOG, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016.
- SPITZER GERD, Zur Revision des Vormundschaftsrechtes (II. Teil), ZVW 1977, S. 140–150 (zit. SPITZER, ZVW 1977).
- STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilbd. V 2c, Der Arbeitsvertrag – Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, 4. Aufl., Zürich 2014 (zit. ZK OR STAEHELIN).
- STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilbd. V 2c, Der Arbeitsvertrag – Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006 (zit. ZK OR STAEHELIN).
- STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich 2012.
- STECK DANIEL, Der Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, ZVW 2003, S. 236–247 (zit. STECK, ZVW 2003).
- STECK DANIEL, Die fehlende Rechtseinheit im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Schweiz – Gedanken zum Verfahren und zu einzelnen besonderen Aspekten der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: FANKHAUSER ROLAND/REUSSER RUTH E./SCHWANDER IVO (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht – Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. STECK in FS Geiser).
- STECK DANIEL, Die Regelung des Verfahrens im neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, ZBI 2013, S. 26–37 (zit. STECK, ZBI 2013).
- STEIGER-SACKMANN SABINE/MOSIMANN HANS-JAKOB (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit – Sozialversicherungen, Opferhilfe, Sozialhilfe – Beraten und Prozessieren, Basel 2014 (zit. Recht der Sozialen Sicherheit BEARBEITER/IN).
- STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOLAKIS CHRISTIANA, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014.
- STIFTUNG HISTORISCHES LEXIKON DER SCHWEIZ (HLS) (Hrsg.), Historisches Lexikon der Schweiz, Bd. 13, Basel 2014 (zit. HLS, Bd. 13, BEARBEITER/IN).
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.
- THÉVENOZ LUC/WERRO FRANZ (Hrsg.), Commentaire Romand – Code des obligations, Bd. I, Art. 1–529 OR, 2. Aufl., Basel 2012 (zit. CR OR I BEARBEITER/IN).
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.
- UHLMANN FELIX, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Zürich/St. Gallen 2017.

- VAERINI MICAELA, Guide pratique du droit de protection de l'adulte et de l'enfant, Bern 2015.
- VALTERIO MICHEL, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI) – Commentaire thématique, Genf 2011.
- VBK (Hrsg.), Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge) – Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), ZVW 2008, S. 63–101 (zit. VBK, ZVW 2008).
- VBK (Hrsg.), Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: Aufgaben und erforderliche Kompetenzen – Beilage 2 zu den Empfehlungen der VBK «Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge)», ZVW 2008, S. 117 (zit. VBK, ZVW 2008).
- VBK (Hrsg.), Stärken und Schwächen der aktuellen Behördenstrukturen – Beilage 1 zu den Empfehlungen der VBK «Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge)», ZVW 2008, S. 102–116 (zit. VBK, ZVW 2008).
- VISCHER FRANK, Der Arbeitsvertrag, Unveränderter Nachdruck aus «Schweizerisches Privatrecht», Bd. VII/1, Basel 1979.
- VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/4, 4. Aufl., Basel 2014.
- VOGEL URS, Die Person des Beistandes, ZVW 2003, S. 331–337 (zit. VOGEL, ZVW 2003).
- VOGEL URS/WIDER DIANA, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde – Personelle Ressourcen, Ausstattung und Trägerschaftsformen, ZKE 2010, S. 5–20 (zit. VOGEL/WIDER, ZKE 2010).
- VON GIERKE OTTO, Deutsches Privatrecht, Dritter Band, Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 2010 (unveränderter Nachdruck der 1. Aufl. von 1917).
- VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1984.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV BEARBEITER/IN).
- WOLF STEPHAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017.
- WYLER RÉMY/HEINZER BORIS, Droit du travail, 3. Aufl., Bern 2014.
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Stellvertretung, Art. 32–40 OR, 2. Aufl., Bern 2014 (zit. BK OR ZÄCH/KÜNZLER).
- ZUPPINGER FERDINAND, Sozialversicherungsrecht und Steuerrecht – Die Abgrenzung zwischen dem Einkommen aus unselbständiger und dem Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit, in: Sozialversicherungsrecht im Wandel – Festschrift 75 Jahre Eidgenössisches Versicherungsgericht, Bern 1992, S. 385–406.

ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. BE-ARBEITER/IN, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.)).

Materialienverzeichnis

- Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz), Revision des Vormundschaftsrechts, Juni 1998 (zit. Begleitbericht VE ZGB 1998).
- Bericht mit Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden von a.Oberrichter Dr. Daniel Steck, Greifensee, Juni 2003 (zit. VE Erwachsenenschutz/Verfahren).
- Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 28. Juni 2011 an den Kantonsrat des Kantons Schaffhausen betreffend das Gesetz zur Einführung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (zit. Bericht SH).
- Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht), Juni 2003 (zit. Bericht Erwachsenenschutz, VE ZGB 2003).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung, zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das Schweizerische Zivilgesetzbuch. (Vom 28. Mai 1904), BBl 1904 IV vom 15. Juni 1904, S. 1–378 (zit. Botschaft ZGB 1904).
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag) (Vom 25. August 1967), BBl 1967 II vom 5. Oktober 1967, S. 241–467 (zit. Botschaft OR 1967).
- Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (zit. Botschaft Erwachsenenschutz 2006).
- Zur Revision des Schweizerischen Vormundschaftsrechts, Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe vom Juli 1995 (zit. Bericht Expertengruppe 1995).
- Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), Oktober 2004 (zit. Vernehmlassungen VE Erwachsenenschutz).

Erlassverzeichnis

Staatsverträge

- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), abgeschlossen in Rom am 4. November 1950, Inkrafttreten für die Schweiz am 28. November 1974 (SR 0.101).
- Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (HEsÜ), abgeschlossen in Den Haag am 13. Januar 2000, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Juli 2009 (SR 0.211.232.1).
- Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), abgeschlossen in Lugano am 30. Oktober 2007, Inkrafttreten für die Schweiz am 1. Januar 2011 (SR 0.275.12).
- Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention, UN-BRK), abgeschlossen in New York am 13. Dezember 2006, Inkrafttreten für die Schweiz am 15. Mai 2014 (SR 0.109).

Schweizerische Erlasse

- Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911 (SR 220).
- Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).
- Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987 (SR 291).
- Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1).
- Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).
- Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG) vom 25. September 1952 (SR 834.1).
- Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).
- Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 (SR 822.11).
- Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).
- Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982 (SR 831.40).

- Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11).
- Bundesgesetz über die Familienzulagen (Familienzulagengesetz, FamZG) vom 24. März 2006 (SR 836.2).
- Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14).
- Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959 (SR 831.20).
- Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 (SR 832.10).
- Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) vom 25. Juni 1982 (SR 837.0).
- Bundesgesetz über die politischen Rechte (BPR) vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1).
- Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981 (SR 832.20).
- Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG) vom 14. März 1958 (SR 170.32).
- Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA) vom 17. Juni 2005 (SR 822.41).
- Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1).
- Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (Sterilisationsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (SR 211.111.1).
- Bundespersongesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).
- Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).
- Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272).
- Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947 (SR 831.101).
- Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom 18. April 1984 (SR 831.441.1).
- Verordnung über die Invalidenversicherung (IVV) vom 17. Januar 1961 (SR 831.201).
- Verordnung über die Unfallversicherung (UVV) vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202).
- Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV) vom 4. Juli 2012 (SR 211.223.11).
- Verordnung zum Erwerbsersatzgesetz (EOV) vom 24. November 2004 (SR 834.11).

Kantonale Erlasse

- Einführungsgesetz des Kantons Aargau vom 27. Juni 2017 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB AG) (SAR 210.300).
- Einführungsgesetz des Kantons Luzern vom 20. November 2000 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB LU) (SRL 200).
- Einführungsgesetz des Kantons St. Gallen vom 24. April 2012 zur Bundesgesetzgebung über das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG-KES SG) (sGS 912.5).
- Einführungsgesetz des Kantons Thurgau vom 3. Juli 1991 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG ZGB TG) (RB 210.1).
- Einführungsgesetz des Kantons Wallis vom 24. März 1998 zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EGZGB VS) (SGS 211.1).
- Einführungsgesetz des Kantons Zürich vom 25. Juni 2012 zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR ZH) (LS 232.3).
- Gesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 16. November 2006 über die Einführung des Zivilgesetzbuches (EG ZGB BL) (SGS 211).
- Gesetz des Kantons Bern vom 1. Februar 2012 über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG BE) (BSG 213.316).
- Gesetz des Kantons Freiburg vom 15. Juni 2012 über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG FR) (SGF 212.5.1).
- Gesetz des Kantons Obwalden vom 30. April 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB OW) (GDB 210.1).
- Gesetz des Kantons Solothurn vom 4. April 1954 über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB SO) (BGS 211.1).

Zusammenfassung

Das Rechtsverhältnis, welches im Rahmen der Führung einer Beistandschaft zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde besteht, ist seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 lediglich partiell untersucht worden. Die vorliegende Arbeit möchte deshalb neben der Gewährung eines Überblicks über die Grundlagen des Erwachsenenschutzrechts insbesondere die rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde systematisch darstellen und untersuchen. Mittels Vergleichs des zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde bestehenden Rechtsverhältnisses mit anderen vom Gesetzgeber normierten Rechtsverhältnissen wird untersucht, wie sich das Verhältnis in der weiteren Rechtsordnung einordnen lässt. Basierend darauf wird eine Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde vorgenommen. Aus den auf diese Weise gewonnen Erkenntnissen werden sodann weitere Folgerungen im Hinblick auf die jeweiligen Rechte und Pflichten sowie die Zusammenarbeit von Behörden und Beiständen abgeleitet. Ausgehend von der Untersuchung und Charakterisierung des Grundverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde werden schliesslich sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte beleuchtet. Über die Analyse des Rechtsverhältnisses hinaus soll die vorliegende Abhandlung den Erwachsenenschutzbehörden und Beiständen auch Antworten auf Fragen im Zusammenhang mit der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen liefern.

Résumé

Depuis l'entrée en vigueur du droit de la protection de l'adulte au 1^{er} janvier 2013, le rapport juridique entre l'autorité de protection de l'adulte et le curateur dans le cadre de l'exercice d'une curatelle n'a été que partiellement analysé. Le présent travail a ainsi pour vocation de proposer, outre un aperçu des fondements du droit de la protection de l'adulte, une présentation et une analyse systématiques de la nature juridique du rapport entre le curateur et l'autorité de protection de l'adulte. Un examen de la manière dont ce rapport peut être classé dans l'ordre juridique a été effectué grâce à une comparaison du rapport entre le curateur et l'autorité de protection de l'adulte avec d'autres rapports juridiques réglementés par le législateur. Cette base a ensuite permis de procéder à une qualification du rapport juridique entre le curateur et l'autorité de protection de l'adulte et de tirer d'autres conclusions relatives aux droits et devoirs des autorités et des curateurs ainsi qu'à leur collaboration. Finalement, compte tenu de l'analyse et de la qualification du rapport de base entre le curateur et l'autorité de protection de l'adulte, des aspects liés au droit des assurances sociales ainsi qu'au droit fiscal ont été mis en lumière. Au-delà de l'analyse du rapport juridique, le présent mémoire entend également fournir aux autorités de protection de l'adulte et aux curateurs des réponses aux questions en lien avec l'aménagement de leurs relations juridiques.

Abstract

Since the entry into force of the adult protection law on 1 January 2013, the legal relationship between the deputy and the adult protection authority in the context of carrying out a deputyship has only been partially examined. Aside from providing an overview of the foundations of adult protection law, this doctoral thesis therefore aims specifically to systematically present and examine the legal structure of the relationship between the deputy and the adult protection authority. Through comparison of the legal relationship between the deputy and the adult protection authority with other legally regulated relationships, this thesis explores how this relationship fits into the wider legal order. On this basis, a characterization of the legal relationship between the deputy and the adult protection authority is made. From the insights gained in this manner, further conclusions are then drawn with respect to the applicable rights and duties as well as the collaboration of adult protection authorities and deputies. Finally, utilizing the examination and characterization of the basic relationship between the deputy and the adult protection authority as the departure point, social security and tax law aspects are highlighted. Beyond providing an analysis of the legal relationship, this dissertation is also intended to provide adult protection authorities and deputies with answers to questions in connection with the structure of their legal relationships.

I. Einleitung

§ 1 Gegenstand und Ziel der Arbeit

Die Erarbeitung des am 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Erwachsenenschutzrechts (Art. 360–456 ZGB) stellte die letzte Etappe der sich über mehrere Jahrzehnte erstreckenden Totalrevision des Familienrechts dar. Eine wesentliche Veränderung brachte die Einführung der Erwachsenenschutzbehörden als interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden mit sich. Die Umsetzung wirksamer, verhältnismässiger und auf die individuellen Schutzbedürfnisse einzelner Menschen zugeschnittener Massnahmen erfordert eine konstruktive Zusammenarbeit der Erwachsenenschutzbehörden mit den Beistandspersonen. Die vom Gesetzgeber vorgenommene Verteilung der Kompetenzen im Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde legt die Frage nach der Art des zwischen Beistand und Behörde vorliegenden Rechtsverhältnisses nahe. Den Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts lässt sich allerdings keine explizite Einordnung des Verhältnisses in das System der weiteren gesetzlich geregelten Rechtsverhältnisse entnehmen. Eine Annäherung an das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde hat demnach auf dem Wege systematischer Darstellung, Untersuchung sowie mittels Vergleichen mit anderen von der Rechtsordnung geregelten Rechtsverhältnissen zu erfolgen.

Eine systematische Darstellung, Untersuchung und Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde ist aus mehreren Gründen von Interesse. Insbesondere können dadurch die Rechte und Pflichten der Erwachsenenschutzbehörden und der Mandatsträger präziser erfasst und umschrieben werden. Darüber hinaus lassen sich aus der Charakterisierung des Rechtsverhältnisses weitere Folgerungen für die Zusammenarbeit von Behörden und Beiständen ableiten. Schliesslich können basierend auf der Untersuchung und Charakterisierung des Grundverhältnisses zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde Erkenntnisse in Bezug auf sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Fragen, die sich im Kontext stellen, gewonnen werden.

Über die wissenschaftlich-systematische Darstellung, Untersuchung und Charakterisierung des Rechtsverhältnisses hinaus soll die vorliegende Abhandlung den Erwachsenenschutzbehörden und Beiständen auch als Arbeitshilfe bei der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen dienen und Ant-

worten auf bisher von der einschlägigen Literatur nicht oder nicht eingehend behandelte Fragen liefern.

§ 2 Aufbau und Vorgehensweise

- 4 Die Arbeit gliedert sich in acht Teile. Auf die Einleitung folgt im zweiten Teil eine Darstellung der Grundlagen des Erwachsenenschutzrechts. Dabei wird neben einem kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung und die aktuellen Rechtsquellen des Erwachsenenschutzes auf die Rechtsnatur der einschlägigen Rechtsgrundlagen sowie auf die Grundsätze des Erwachsenenschutzrechts eingegangen. Der dritte Teil der Arbeit befasst sich mit den Organen des Erwachsenenschutzes, wobei die Erwachsenenschutzbehörde sowie die Beistandsperson im Fokus stehen. Im vierten Teil wird auf die Beistandschaft und insbesondere auf die Berührungspunkte zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der Beistandsperson bei der Massnahmenführung eingegangen. Im fünften Teil der Arbeit wird mittels Vergleichs des zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde bestehenden Rechtsverhältnisses mit anderen im Schweizer Recht normierten Rechtsverhältnissen untersucht, wie sich das Verhältnis in der weiteren Rechtsordnung einordnen lässt. Darüber hinaus beinhaltet der fünfte Teil eine Charakterisierung des zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde bestehenden Rechtsverhältnisses sowie eine Untersuchung allfälliger weiterer Verpflichtungen, welche der Behörde aufgrund ihrer Stellung gegenüber der Beistandsperson zukommen können. Basierend auf der Analyse und Charakterisierung des zwischen Beistand und Behörde vorliegenden Rechtsverhältnisses behandelt der sechste Teil der Arbeit sozialversicherungsrechtliche Fragen sowie die sich aus ihrer Beantwortung ergebenden Implikationen auf die Praxis. Der siebte Teil bildet mit steuerrechtlichen Ausführungen zur Entschädigung der Beistandsperson den inhaltlichen Abschluss, worauf im achten Teil die wichtigsten Ergebnisse der Arbeit zusammengefasst werden.

§ 3 Begriffe

- 5 Nachfolgend wird für die im Allgemeinen als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) bezeichnete Behörde grundsätzlich der Begriff Erwachsenenschutzbehörde verwendet. Diese Begriffsverwendung entspricht

der in Art. 360–456 ZGB vom Gesetzgeber benutzten Terminologie und rechtfertigt sich mit Blick auf den Inhalt der vorliegenden Arbeit.

Auf die Verwendung von Paarformen und Doppelbezeichnungen wird im Interesse einer einfacheren Lesbarkeit verzichtet. Im Sinne der Gleichstellung sind – wenn nicht explizit nur Personen eines Geschlechts gemeint sein können – stets sowohl Personen männlichen als auch weiblichen Geschlechts angesprochen. Soweit möglich und sinnvoll werden zudem geschlechtsneutrale Bezeichnungen verwendet.

6

II. Erwachsenenschutzrecht – Grundlagen

§ 1 Geschichtliche Entwicklung und Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts

1. Erscheinungsformen vor der Regelung im Schweizerischen Zivilgesetzbuch

a) Römisches Recht

Die Wurzeln dessen, was heute in der Schweiz als Erwachsenenschutzrecht¹ bezeichnet wird, finden sich im römischen Recht. Als erste schriftliche Fixierung aus dem Jahre 450 v. Chr. enthielt das Zwölftafelgesetz bereits Regeln zu den Rechtsinstituten der Vormundschaft (*tutela*) und der Pflegschaft (*cura*).² Das frühe römische Recht unterschied zwischen der Vormundschaft über Unmündige (*tutela impuberum*) und der Vormundschaft über Frauen (*tutela mulierum*). Darunter fielen einerseits eben Unmündige, welche nicht der väterlichen Gewalt unterstanden, und andererseits Frauen, welche weder der väterlichen Gewalt noch derjenigen eines Ehemannes unterstanden. Der Vormund (*tutor*) hatte über sie und ihr Vermögen eine Schutzgewalt, welche der Bezeichnung entsprechend durch den Schutzzweck zugunsten des Mündels gerechtfertigt wurde.³ Die altrömische Vormundschaft hatte damit zugleich fremd- und eigennützigen Charakter, wobei sich der Fremdnutzen im erwähnten Schutzzweck zugunsten des Mündels, welches in seinen Angelegenheiten vom Vormund zu unterstützen war, manifestierte. Einen Eigennutzen aus der Tätigkeit des Vormunds konnte darin erblickt werden, als i.d.R. zum Tutor berufen wurde, wer nächster Erbe des Mündels war. Die Erhaltung des Mündelvermögens durch den Vormund erfolgte demnach zwar in erster Linie für das Mündel, möglicherweise jedoch auch für den Vormund selbst.⁴ Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung traten allmählich das Interesse des Mündels und die Verpflichtung des Vormunds zur Wahrung dieses Interesses stärker in den Vordergrund. Es wurde mehr und mehr üblich, das Mündel seine Rechtsgeschäfte in eigener Person wahrnehmen zu lassen, sofern es hierzu imstande war. Die Tätigkeit des

¹ In Deutschland Betreuungsrecht, in Österreich Sachwalterrecht genannt.

² HEIDER, S. 14.

³ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 62, Rz. 1.

⁴ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 62, Rz. 2.

Vormunds beschränkte sich in diesem Fall auf die Erteilung seiner Genehmigung. Eine solche war stets erforderlich, wo das Geschäft nicht ausschliesslich zur Vermehrung des Mündelvermögens beitrug.⁵ Die Vormundschaft über erwachsene Frauen verlor ihre Bedeutung im Laufe der Entwicklung der römischen Gesellschaft insofern, als sie zur reinen Formsache wurde.⁶ Der Vormund hatte lediglich noch beim Abschluss von Geschäften von besonderer Wichtigkeit mitzuwirken.⁷

- 8 Während es sich bei der altrömischen Vormundschaft (*tutela*) um ein die Minderjährigen und Frauen betreffendes Rechtsinstitut handelte, betraf die ähnlich strukturierte Pflegschaft (*cura*) hauptsächlich die Geisteskranken (*cura furiosi*) und die entmündigten Verschwender (*cura prodigi*). Überdies konnte die Pflegschaft aber auch bei nicht unter Vormundschaft stehenden Minderjährigen (*cura minorum*) zur Anwendung gelangen. Ferner wurde zuweilen auch eine Pflegschaft für Stumme, Taube und Gebrechliche erstellt.⁸ Ein bedeutender Unterschied zwischen der Vormundschaft (*tutela*) und der Pflegschaft (*cura*) lag darin, dass erstere regelmässig sowohl die Personen- als auch die Vermögenssorge umfasste, letztere hingegen üblicherweise in ihrem Umfang auf den beabsichtigten Zweck beschränkt wurde.⁹ Die Pflegegewalt über eine geistesranke oder entmündigte verschwenderische Person hatten primär ihre Verwandten im Mannesstamm inne. Bereits im spätrömischen Recht erfolgte die Ernennung zum sog. Kurator grundsätzlich durch eine Behörde. Der Kurator hatte (ähnlich wie der Vormund) für die geistesranke Person zu sorgen und ihr Vermögen zu verwalten. Er war überdies verpflichtet, vom Vermögen der betreuten Person ein Inventar zu erstellen.¹⁰ Die Geisteskrankheit machte den davon betroffenen i.d.R. vollständig geschäftsunfähig. An der Person des Verschwenders hatte der Kurator grundsätzlich keine Rechte. Seine Schutzgewalt beschränkte sich auf die Verwaltung des Vermögens der betreuten Person. Neben dem Kurator behielt der Verschwender jedoch eine beschränkte Geschäftsfähigkeit.¹¹ Er konnte (ähnlich dem Unmündigen) jene Geschäfte in eigener Person vornehmen, welche ihn lediglich bereicherten. Für andere

⁵ HONSELL, Römisches Recht, S. 184 f.

⁶ PICHONNAZ, Rz. 513.

⁷ HONSELL, Römisches Recht, S. 186.

⁸ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 64, Rz. 11.

⁹ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 64, Rz. 1.

¹⁰ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 64, Rz. 7 f.

¹¹ KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 64, Rz. 10.

Geschäfte bedurfte der Verschwender mit beschränkter Geschäftsfähigkeit der Zustimmung des Kurators. Die Funktionen des Kurators von Stummen, Tauben und Gebrechlichen richteten sich nach dem Grund und Zweck seiner Bestellung.

Mit der Fortentwicklung des römischen Rechts kam es zu einer Verschmelzung der Institute der Vormundschaft (tutela) und Pflegschaft (cura). Diese zeigte sich insbesondere in der zunehmenden Annäherung der Ausgestaltung der Schutzgewalt des Vormunds bzw. Kurators über die betroffene Person, der Verantwortlichkeit des Vormunds bzw. Kurators sowie der Sanktionen bei Verletzung seiner Pflichten.¹²

9

b) Nachrömische Entwicklung

Das beschriebene römische Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht ist in der nachrömischen Entwicklung im Wesentlichen rezipiert worden. In den späteren Polizeiordnungen des Heiligen Römischen Reiches aus den Jahren 1548 und 1577 wurde bestimmt, dass allen Vormunden die Verwaltung durch eine Obrigkeit befohlen werden müsse. Zur Aufnahme der Verwaltung des Mündelvermögens bedurfte es eines richterlichen Beschlusses. Der spätabolutistische Leitgedanke, dass die staatliche Verwaltung den Bürger in sämtlichen Lebensbereichen zu leiten und für ihn zu sorgen habe, hatte sodann eine weitreichende Verlagerung der Leitung der Vormundschaft auf das Vormundschaftsgericht zur Folge. Die Vormunde wurden sodann gemäss dem Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 (ALR) zu «Bevollmächtigten des Staates»¹³. Sie hatten sich «bei Führung ihres Amtes nach den Vorschriften der Gesetze und den besonderen Anweisungen des vormundschaftlichen Gerichts»¹⁴ zu verhalten. Das Vormundschaftsgericht war zudem verpflichtet, die Tätigkeit der Vormunde zu beaufsichtigen.¹⁵ Die Vormundschaft, welche im römischen Recht primär als private Schutzgewalt innerhalb der Familie oder Sippe verstanden wurde, hatte sich zu einem öffentlichen Amt entwickelt.¹⁶

10

Die Französische Revolution (1789 bis 1799) gab dann jedoch den Anstoss zur Reduktion des staatspolizeilichen Charakters der Vormundschaft und

11

¹² PICHONNAZ, Rz. 525.

¹³ § 235, Zweiter Teil, 18. Abschnitt ALR.

¹⁴ § 236, Zweiter Teil, 18. Abschnitt ALR.

¹⁵ § 237, Zweiter Teil, 18. Abschnitt ALR.

¹⁶ HEIDER, S. 17.

führte zu einem neuen Ausgleich zwischen Familien- und Öffentlichkeitsinteressen im Zusammenhang mit schutzbedürftigen Personen.¹⁷

c) Weitere Entwicklung insbesondere in der Schweiz

- 12 In der Schweiz waren die kantonalen Bestimmungen zum Vormundschaftsrecht im 19. Jahrhundert einigermaßen detailliert ausgestaltet. Auch die Eingriffsmöglichkeiten der mit der Überwachung der Vormunde betrauten Behörden zeigten sich in den kantonalen Regelungen noch umfassender als im 1912 in Kraft getretenen Schweizerischen Zivilgesetzbuch (ZGB).¹⁸ In den kantonalen Vormundschaftsordnungen erschien der Vormund stets als Organ des Staates und wurde wie ein öffentlich-rechtlicher Beamter behandelt.¹⁹ Bestellt wurden die Vormunde meist mittels Wahl durch eine Behörde, wobei einige Kantone nur diese Art der Einsetzung kannten.²⁰ Der Vormund hatte der Behörde periodisch über seine Führung der Vormundschaft Rechenschaft abzulegen. Dabei existierte in den meisten Kantonen eine untere Instanz, welche die Aufsicht über den Vormund innehatte und eine obere Instanz, welche wiederum die untere Instanz kontrollierte.²¹
- 13 Das Inkrafttreten der preussischen Vormundschaftsordnung im Jahre 1875 brachte wiederum eine Rückkehr zum Prinzip der Selbstständigkeit des Vormunds.²² Dieses wurde alsdann vom deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) sowie vom schweizerischen ZGB im Wesentlichen übernommen, wobei die Vormundschaft zu einem bestimmten Grad staatlich kontrolliert blieb.²³ Es stellte sich demnach bereits in der Entwicklungsgeschichte des Vormundschafts- bzw. Erwachsenenschutzrechts die Frage, ob dieses Teil des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts sei.²⁴ Sämtliche Kodifikationen der Schweizer Kantone im 19. Jahrhundert sowie das 1912 in Kraft getretene ZGB beantworteten die Frage privatrechtlich, indem sie das damalige Vormundschaftsrecht als Bestandteil des Familienrechts regelten.²⁵ Auch

¹⁷ HUBER, Bd. IV, S. 529; MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 10.

¹⁸ MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 11.

¹⁹ HUBER, Bd. I, S. 568.

²⁰ HUBER, Bd. I, S. 599.

²¹ HUBER, Bd. I, S. 714.

²² HEIDER, S. 147 f.

²³ KASER/KNÜTEL/LOHSE, § 64, Rz. 12.

²⁴ Vgl. dazu auch hinten, Rz. 39–41.

²⁵ HLS, Bd. 13, BÜHLER, S. 77.

nach der umfassenden Revision des Vormundschaftsrechts in der Schweiz, welche zwischen 1993 und 2008 erfolgte, ist es als Erwachsenenschutzrecht weiterhin im ZGB kodifiziert und seit dem 1. Januar 2013 in Kraft.²⁶

2. Vormundschaftsrecht (1912 bis 2012)

a) Einheitliche Kodifikation im ZGB von 1907

Die Vereinheitlichung des Vormundschaftsrechts erfolgte in der Schweiz mit Erlass des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) von 1907, welches am 1. Januar 1912 in Kraft getreten ist.²⁷ Auch wenn das Vormundschaftsrecht historisch bedingt eine gewisse Nähe zum öffentlichen Recht aufweist, wurde es im Zivilgesetzbuch kodifiziert, wobei der Bundesgesetzgeber jedoch die Regelung der Behördenorganisation den Kantonen überlassen musste.²⁸ 14

Unter dem Vormundschaftsrecht i.e.S. wurden die Art. 360–456 ZGB a.F., welche unter der Überschrift «Die Vormundschaft» die dritte Abteilung des Familienrechts bildeten, verstanden.²⁹ Ein bedeutender Teil der Regelung des ZGB beschränkte sich darauf, die Grundsätze des Vormundschaftsrechts festzulegen, während die Konkretisierung dem kantonalen Recht zugewiesen wurde.³⁰ Charakteristisch für das Vormundschaftsrecht war auch in seiner ersten bundesrechtlichen Fassung, dass es sich einerseits im Grenzbe- 15
reich von Personen- und Familienrecht, andererseits im Grenzbereich von Privatrecht und öffentlichem Recht bewegte.³¹

Grundgedanke des Vormundschaftsrechts war entsprechend seiner historischen Entwicklung der Schutz von Personen, welche einem Schwächezu- 16
stand unterliegen. Die mit der Vormundschaft einhergehenden Befugnisse sollten nie eigen-, sondern stets fremdnützig, d.h. im Interesse der schutzbedürftigen Person, ausgeübt werden.³²

Das Vormundschaftsrecht des ZGB von 1907 blieb in den rund 100 Jahren, 17
während welchen es in Kraft war, praktisch unverändert. Als wesentliche materielle Änderung auf Bundesebene lässt sich einzig die Einführung der

²⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.04 f.

²⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.01.

²⁸ Botschaft ZGB 1904, S. 11 f. und 43 f.

²⁹ RIEMER, § 1, Rz. 1.

³⁰ RIEMER, § 1, Rz. 13.

³¹ RIEMER, § 2, Rz. 1; Bericht Expertengruppe 1995, S. 40.

³² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.02.

Bestimmungen über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) nennen, welche per 1. Januar 1981 in Kraft getreten waren.³³ Umfassendere Revisionsbestrebungen des Vormundschaftsrechts kamen dennoch bereits Mitte des 20. Jahrhunderts in Gang, da das Recht von 1907 immer weniger den sich wandelnden Vorstellungen der Gesellschaft entsprach.³⁴

b) Revisionsbedürftigkeit

- 18 Im Zuge der bereits im Jahre 1957 auf Bundesebene angestossenen Familienrechtsrevision wurde ab 1962 auch die Revision des Vormundschaftsrechts in die Diskussion einbezogen.³⁵ Die Revisionsbedürftigkeit des schweizerischen Vormundschaftsrechts ergab sich unter anderem aus der Rechtsentwicklung innerhalb Europas, namentlich der EMRK und der sich darauf stützenden Grundrechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts (BGer). Bedeutende Impulse gingen zudem von den nach 1990 erfolgten Revisionen des deutschen, österreichischen und belgischen Vormundschaftsrechts aus.³⁶
- 19 Es zeigten sich innerhalb der Schweiz erhebliche regionale Unterschiede in der Anwendung des alten Vormundschaftsrechts, wobei eine gewisse Weiterentwicklung des Rechts durch neue Kombinationen der vom Bundesrecht grundsätzlich starr vorgegebenen und typengebundenen Massnahmen³⁷ stattgefunden hatte. Lehre und Praxis begrüßten die Differenzierung des Massnahmensystems weitgehend, weil auf diese Weise das Recht besser an gesellschaftliche Veränderungen angepasst werden konnte und insbesondere auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit besser Rechnung getragen werden konnte.³⁸ Die im Vormundschaftsrecht überwiegend mit Laien besetzten Behörden³⁹ waren jedoch zuweilen mit der Betreuung komplexerer

³³ FamKomm Erwachsenenschutz HÄFELI, Entstehung des Gesetzes, N 2.

³⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.03.

³⁵ Bericht Expertengruppe 1995, S. 26 f.

³⁶ FamKomm Erwachsenenschutz HÄFELI, Entstehung des Gesetzes, N 3.

³⁷ Im Vormundschaftsrecht existierten grundsätzlich folgende drei Massnahmen: Beistandschaft (Art. 392–394 ZGB a.F.), Beiratschaft (Art. 395 ZGB a.F.), Vormundschaft (Art. 368–372 ZGB a.F.).

³⁸ FamKomm Erwachsenenschutz HÄFELI, Entstehung des Gesetzes, N 5.

³⁹ Die Vormundschaftsbehörden waren staatlich bzw. kommunal organisiert. Ausnahmsweise konnte sich die Behörde jedoch aus Verwandten der bevormundeten Person zusammensetzen. Namentlich bei der sog. Familienvormundschaft (Art. 362–366 und Art. 382 Abs. 2 ZGB a.F.) ersetzte der Familienrat

vormundschaftlicher Dossiers überfordert⁴⁰ und benötigten entsprechende externe fachliche Unterstützung. Als nicht mehr zeitgemäss wurden zudem die im alten Recht streng ausgestaltete persönliche Haftung der vormundschaftlichen Organe sowie das Fehlen einer angemessenen Regelung im Bereich der medizinischen Zwangsmassnahmen empfunden.⁴¹ Bereits unter dem Vormundschaftsrecht wurde die überwiegende Anzahl aller Massnahmen von Amtsvormunden, d.h. von professionellen Mandatsträgern, geführt. Allerdings wurde diese Art der Mandatsführung vom alten Recht noch nicht explizit geregelt.⁴²

In den rund 100 Jahren, während welchen das Vormundschaftsrecht in Kraft war, haben sich nicht nur die Bedürfnisse von Menschen mit Schwächezuständen sondern auch gesellschaftliche Wertungen verändert. Insbesondere die Spannungsfelder zwischen Selbst- und Fremdbestimmung sowie zwischen Schutz und Eingriff in die persönliche Freiheit werden heute bewusster wahrgenommen und kritischer betrachtet als zur Zeit der Ausarbeitung des alten Vormundschaftsrechts. Überdies hat eine zunehmende Distanzierung von stigmatisierenden Begriffen⁴³, welche im alten Recht noch verwendet wurden, stattgefunden.⁴⁴ 20

(Art. 364 ZGB a.F.) die Vormundschaftsbehörde, d.h. deren Funktionen und Kompetenzen wurden auf ihn übertragen. Die Familienvormundschaft war allerdings nicht verbreitet. Es wurde nur sehr selten Gebrauch von ihr gemacht, so dass ihre praktische Bedeutung marginal blieb. Vgl. für weitere Ausführungen RIEMER, § 3, Rz. 21 sowie SPITZER, ZVW 1977, S. 141. Während im Vormundschaftsrecht von 1907 demnach ein Dualismus von Vormundschaft und Familienvormundschaft vorlag, besteht im seit 2013 geltenden Erwachsenenschutzrecht ein Dualismus von Beistandschaft und Vorsorgeauftrag, wobei letzterer unter anderem spezifisch zur familieninternen Regelung der eigenen Vorsorge dienen kann.

⁴⁰ Bericht Expertengruppe 1995, S. 48.

⁴¹ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 51.

⁴² HÄFELI, Grundriss, Rz. 02.04.

⁴³ Z.B. Geistesschwäche, Trunksucht, lasterhafter Lebenswandel usw.

⁴⁴ FamKomm Erwachsenenschutz HÄFELI, Entstehung des Gesetzes, N 6.

3. Erwachsenenschutzrecht (seit 2013)

a) Überblick über den Entstehungsprozess

- 21 Die konkreten Vorarbeiten zum Erwachsenenschutzrecht begannen im Jahr 1993, als das Bundesamt für Justiz eine Expertengruppe⁴⁵ einsetzte, welche zur Aufgabe hatte, Richtlinien und ein Thesenpapier mit einem erläuternden Begleitbericht für eine grundlegende Reform des schweizerischen Vormundschaftsrechts unter Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Europa zu erarbeiten.⁴⁶ Darauf wurden dieselben Experten im Jahre 1996 beauftragt, einen ersten Vorentwurf zu erarbeiten, welcher 1998 vorgelegt wurde. In der Folge arbeitete eine interdisziplinär zusammengesetzte Expertenkommission einen weiteren Vorentwurf aus, welcher im Jahre 2002 in die Vernehmlassung ging und dort überwiegend wohlwollend aufgenommen wurde. 2004 beauftragte der Bundesrat das EJPD mit der Ausarbeitung einer Botschaft samt Gesetzesentwurf, welche im Jahr 2006 den Eidgenössischen Räten zugestellt wurde.⁴⁷ Ständerat und Nationalrat haben den Entwurf ohne grössere Veränderungen übernommen, wonach das Gesetz am 19. Dezember 2008 verabschiedet wurde. Nachdem kein Referendum ergriffen wurde, ist es am 1. Januar 2013 in Kraft getreten.⁴⁸

b) Leitideen und zentrale Revisionsanliegen

- 22 Als tragender Leitgedanke liegt dem Erwachsenenschutzrecht das Wohl des Schwachen zugrunde. Die Rücksicht auf das Wohlergehen der Schwächeren einer Gesellschaft hängt eng mit der Respektierung der Menschenwürde zusammen, welche von der Unverfügbarkeit des Eigenwertes jedes Menschen ausgeht und ihren Ausdruck in der grundsätzlichen Selbstbestimmung jeder Person findet. Ebenso liegt aber das Angewiesensein auf die Mitmenschen in der Menschenwürde. Sie wird verletzt, wenn über eine Person wie über eine Sache verfügt wird. Gleichermassen wird sie verletzt,

⁴⁵ Bestehend aus den Herren Prof. Christoph Häfeli, Prof. Dr. Bernhard Schnyder und Prof. Dr. Martin Stettler.

⁴⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.04.

⁴⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7001 ff.

⁴⁸ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 52; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.04 f.; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 26 ff.

wenn dem Menschen in seinen grundlegendsten Bedürfnissen Hilfe versagt wird.⁴⁹

Die Sicherstellung des Wohls und der Schutz hilfsbedürftiger Personen werden in Art. 388 Abs. 1 ZGB explizit als Zweck der behördlichen Massnahmen genannt. Die grösstmögliche Erhaltung und Förderung der Selbstbestimmung der betroffenen Person hat mit Art. 388 Abs. 2 ZGB Eingang ins Gesetz gefunden. Im Mittelpunkt des Erwachsenenschutzrechts steht demnach der Mensch als Individuum und soziales Wesen mit dem Recht auf freie Lebensgestaltung sowie dem Anspruch auf Schutz bei Schwächezuständen.⁵⁰ 23

Weitere wichtige Leitideen des Erwachsenenschutzrechts sind der Schutz der Familie, der Schutz der Sicherheit Dritter sowie die Rechtssicherheit. Im Sinne des Schutzes der Familie gilt beispielsweise das Subsidiaritätsprinzip, wonach eine behördliche Massnahme nur angeordnet werden darf, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Art. 390 Abs. 2 ZGB verfolgt dasselbe Ziel, indem er im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Errichtung einer Beistandschaft vorsieht, dass die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten zu berücksichtigen sind. Die gleiche Formulierung verwendet auch Art. 426 Abs. 2 ZGB bei den Voraussetzungen für die Unterbringung einer Person in einer Einrichtung.⁵¹ Dem Schutz und der Sicherheit Dritter sowie der Rechtssicherheit dient das Erwachsenenschutzrecht mit seinen Grundsätzen und Massnahmen im Allgemeinen. So kommt der Schutz Dritter beispielsweise in den oben genannten Bestimmungen zum Ausdruck, wenn zur Unterstützung überforderter Angehöriger eine behördliche Massnahme angeordnet wird. Mittels Anordnung einer Massnahme kann auch – z.B. durch die Einschränkung der Handlungsfähigkeit einer hilfsbedürftigen Person – die Rechtssicherheit erhöht werden. Überdies kommt der Gedanke des Schutzes Dritter in dem die grundsätzliche Verschwiegenheitspflicht der Erwachsenenschutzbehörde relativierenden Recht auf Auskunft über das Vorliegen und die Wirkungen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes zum Ausdruck (Art. 451 Abs. 2 ZGB).⁵² 24

⁴⁹ Bericht Expertengruppe 1995, S. 38 f.

⁵⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 04.01.

⁵¹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 05.01.

⁵² HÄFELI, Grundriss, Rz. 05.02.

25 Die zentralen Revisionsanliegen, welche mit dem im Jahr 2013 in Kraft getretenen Erwachsenenschutzrecht angestrebt wurden, waren die Folgenden:⁵³

- Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge (Vorsorgeauftrag gem. Art. 360 ff. ZGB und Patientenverfügung gem. Art. 370 ff. ZGB);
- Stärkung der Solidarität in der Familie (Vertretungsrechte gem. Art. 374 ZGB, möglicher Verzicht auf Inventarpflicht, Berichterstattung, Rechnungsablage und Zustimmungserfordernisse gem. Art. 420 ZGB) und Entlastung des Staates (z.B. eigene Vorsorge gem. Art. 360 ff. ZGB und Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 389 ZGB);
- Besserer Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen (z.B. bei bewegungseinschränkenden Massnahmen gem. Art. 383 ff. ZGB oder mittels Vorschriften über Mindeststandards für Inhalt und Form von Betreuungsverträgen gem. Art. 382 ZGB);
- Einführung massgeschneiderter behördlicher Massnahmen, d.h. in Abhängigkeit der Schutz- und Unterstützungsbedürftigkeit der betroffenen Person: Der behördliche Eingriff in die Handlungsfähigkeit und Handlungsfreiheit soll optimal dosiert werden können, womit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit behördlicher Massnahmen⁵⁴ besser Rechnung getragen werden kann. Dazu wurde die Massnahme der Beistandschaft in unterschiedlicher Ausprägung⁵⁵ und mit vielen Kombinationsmöglichkeiten⁵⁶ eingeführt. Das Selbstbestimmungsrecht und die Selbstständigkeit der betroffenen Person sollen auch im Rahmen der behördlichen Massnahmen soweit wie möglich gewahrt werden.

⁵³ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7011 ff.; BSK ZGB I REUSSER, Vorbemerkungen zu Art. 360–456, N 7 ff.; ESR Komm RosCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 53; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht REUSSER, N 1.9 ff.; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 55 ff.; GUILLOD, Présentation globale de la réforme, N 7 ff.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 06.02 ff.; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 32 ff.

⁵⁴ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV und Art. 389 Abs. 2 ZGB.

⁵⁵ Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB), Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 f. ZGB), Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB), Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB).

⁵⁶ Die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft können miteinander kombiniert werden (Art. 397 ZGB).

- Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der Gesetzgebung zur fürsorgerischen Unterbringung, indem der ärztliche Unterbringungsentscheid auf eine bestimmte Zeitdauer begrenzt wurde und eine Überprüfungs- bzw. Bestätigungspflicht der Erwachsenenschutzbehörde eingeführt wurde (Art. 429 Abs. 1 und 2 ZGB). Überdies wurden Verfahrensbestimmungen für die ärztliche Einweisung (Art. 430 ZGB) sowie eine Pflicht zur periodischen Überprüfung der Unterbringung durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 431 ZGB) ins ZGB aufgenommen. Auch eine abschliessende Regelung der Behandlung psychischer Störungen (Art. 433 ff. ZGB) im Rahmen fürsorgerischer Unterbringungen wurde bundesrechtlich festgelegt.
- Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden als interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden: Den Kantonen wurde bei der Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden viel Gestaltungsspielraum gelassen, wobei der Bund jedoch in Art. 440 ZGB bestimmte Vorgaben wie beispielsweise die Professionalisierung der Behörden oder die Grösse der Spruchkörper gemacht hat. Die Erwachsenenschutzbehörden sind überdies gemäss Art. 440 Abs. 3 ZGB auch Kindesschutzbehörden.
- Verankerung wesentlicher Verfahrensgrundsätze im Zivilgesetzbuch: Art. 443–449c und Art. 450–450g ZGB stellen die im Sinne eines bundesrechtlich vereinheitlichten gesamtschweizerischen Standards festgelegten Verfahrensgrundsätze dar. Abgesehen davon überlässt es der Bund weiterhin den Kantonen, ob sie kantonales Verwaltungsverfahrenrecht oder ein eigenes Verfahrensgesetz in erwachsenenschutzrechtlichen Verfahren anwenden wollen. Regeln die Kantone nichts, gilt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) sinngemäss (Art. 450f ZGB). Die im ZGB verankerten Verfahrensgrundsätze des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts wurden zum einen im Hinblick auf die Tatsache, dass die Grundrechte in diesem Bereich eine zentrale Rolle spielen, ausgestaltet. Zum anderen war bei ihrer Ausgestaltung auch zu berücksichtigen, dass im Kindes- und Erwachsenenschutz viele Geschäfte auf unbürokratische Art erledigt werden können. Beiden Anliegen sollte mit den Verfahrensnormen Rechnung getragen werden.⁵⁷

⁵⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7022.

4. Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts

- 26 Sofern natürliche Personen urteilsfähig und volljährig sind, handeln sie als Rechtssubjekte im Rahmen der Rechtsordnung grundsätzlich selbstständig.⁵⁸ Dieses selbstständige Handeln sowie die Selbstbestimmung können durch gewisse Schwächezustände, die in der Person liegen oder äusseren Umständen geschuldet sind, beeinträchtigt sein. Ein bei einer Person vorliegender Schwächezustand kann ihr Wohl gefährden, da sie unter Umständen wichtige Angelegenheiten nicht mehr oder nur noch unzureichend selber besorgen kann. Aufgabe des Erwachsenenschutzrechts ist es, behebend, ausgleichend oder zumindest mildernd einzugreifen, um die persönlichen sowie die vermögensrechtlichen Interessen einer betroffenen Person dauerhaft zu sichern. Es soll das Wohl und den Schutz der hilfsbedürftigen Person sicherstellen,⁵⁹ sofern dies nicht anderweitig gewährleistet werden kann.⁶⁰ Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber verschiedene Massnahmen des Erwachsenenschutzes im Zivilgesetzbuch vorgesehen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Massnahmen, welche von Gesetzes wegen eintreten, eigener Vorsorge, die von einer betroffenen Person getroffen wurde und den von einer Behörde im Einzelfall anzuordnenden Massnahmen.⁶¹ Erwachsenenschutzmassnahmen können nur angeordnet werden, wenn ein vom Gesetz umschriebener Schwächezustand vorliegt. Das Gesetz umschreibt auch, welche Massnahmen durch den vorliegenden Schwächezustand ausgelöst werden können. Das Erwachsenenschutzrecht regelt demnach nicht nur, welche Massnahmen zum Schutz hilfsbedürftiger Personen ergriffen werden können und sollen, sondern es legt auch fest, welche Voraussetzungen für die Anordnung bzw. den Eintritt der Massnahmen erforderlich sind.⁶²
- 27 Zudem enthält das Erwachsenenschutzrecht des ZGB Bestimmungen darüber, durch welche behördliche Organisation und in welcher Vorgehensweise die genannten Ziele erreicht werden sollen. Dabei hatte der Bundesgesetzgeber allerdings die Autonomie der Kantone in organisatorischen und

⁵⁸ Vgl. Art. 12 ff. ZGB.

⁵⁹ Vgl. Art. 388 Abs. 1 ZGB.

⁶⁰ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 1; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht REUSSER, N 2.2; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 40; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.10.

⁶¹ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.11.

⁶² FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 50; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.13.

verfahrensrechtlichen Fragen zu beachten, weshalb er diesbezüglich lediglich Grundzüge im ZGB regeln konnte.⁶³

§ 2 Rechtsquellen des Erwachsenenschutzrechts

1. Bundesrecht

a) Bundesverfassung

In Art. 122 BV erteilt die Bundesverfassung dem Bund die umfassende Kompetenz zur Gesetzgebung auf dem gesamten Gebiet des Zivil- und des Zivilprozessrechts. Darin eingeschlossen ist auch das Erwachsenenschutzrecht, welches jedoch nur eine punktuelle Regelung des Erwachsenenschutzverfahrens enthält, da sowohl der Gesetzgeber als auch der Bundesrat der Auffassung waren, dass der öffentlich-rechtliche Charakter des Erwachsenenschutzrechts es dem Bund nicht erlaube, mit Berufung auf seine Erlasskompetenz im Zivilprozessrecht das Verfahren zu vereinheitlichen. Im ZGB kodifiziert und damit auf Bundesebene vereinheitlicht wurden nur Bereiche, in denen die Verwirklichung des materiellen Rechts eine einheitliche bundesrechtliche Regelung dringend erforderte. Für weite Teile des Erwachsenenschutzverfahrens bleibt damit das kantonale Recht massgebend, welches jedoch die minimalen Vorgaben des Bundesgesetzgebers (BV) sowie des internationalen Rechts (EMRK) sowie die dazu ergangene bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beachten hat. Überdies sieht Art. 450f ZGB im Sinne einer gewissen schweizweiten Vereinheitlichung des Verfahrens vor, dass die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) als kantonales Recht ergänzend und sinngemäss anwendbar sind, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen.⁶⁴ 28

Die Organisation der Behörden und der Rechtsprechung in Zivilsachen ist gemäss Art. 122 Abs. 2 BV grundsätzlich Sache der Kantone, wobei im Erwachsenenschutzrecht Art. 440 Abs. 1 und Art. 441 ZGB im Sinne bundesrechtlicher Vorgaben zu beachten sind.⁶⁵ Die Kantone sind damit zuständig für Entscheidungen in Bezug auf die Erwachsenenschutzbehörde, die zuständige Verwaltungsbehörde und das zuständige Gericht. Im Hinblick 29

⁶³ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 50 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.14.

⁶⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7088; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.16.

⁶⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7088; FamKomm Erwachsenenschutz GÄCHTER/KAUFMANN, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, N 4.

auf die Erwachsenenschutzbehörde sind die Kantone überdies frei in der Entscheidung, ob es sich dabei um eine Milizbehörde oder eine hauptberufliche Behörde sowie ob es sich um eine kommunal, regional oder kantonal zuständige Behörde handelt.⁶⁶

b) Bundesgesetze und VBVV

- 30 Das Erwachsenenschutzrecht bildet die dritte Abteilung des Familienrechts und ist unter der Überschrift «Der Erwachsenenschutz» in Art. 360–456 ZGB und in der Art. 408 Abs. 3 ZGB konkretisierenden Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)⁶⁷ geregelt.⁶⁸
- 31 Erwachsenenschutzrechtliche Entscheide können gemäss Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG letztinstanzlich mit Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht weitergezogen werden, womit auch das Bundesgerichtsgesetz eine Rechtsquelle des Erwachsenenschutzrechts darstellt.⁶⁹
- 32 Weitere Rechtsquellen des Erwachsenenschutzrechts auf Bundesebene bilden sodann das SchKG, das IPRG sowie die subsidiär anwendbare ZPO^{70,71}

2. Kantonales Recht

- 33 Das ZGB legt insbesondere im Verfahren bzw. bei den formellrechtlichen Bestimmungen lediglich die Grundsätze fest und überlässt deren Konkretisierung dem kantonalen Recht.⁷² Dem konkretisierenden kantonalen Verfahrens- und Organisationsrecht in Form der jeweiligen Einführungsgesetze zum ZGB (EG ZGB) bzw. den Spezialgesetzen und -verordnungen, dem dazugehörigen Ausführungs- bzw. Vollzugsverordnungsrecht und dem formellrechtlichen kantonalen Verwaltungsverfahren- und Organisationsrecht kommt entsprechend grosse Bedeutung zu. Zu nennen sind insbesondere Bestimmungen über die Behördenorganisation (Grösse des Spruchkörpers,

⁶⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7073; FamKomm Erwachsenenschutz GÄCHTER/KAUFMANN, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, N 4.

⁶⁷ Vgl. für weitere Ausführungen zur VBVV hinten, Rz. 258–270.

⁶⁸ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 34; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.17.

⁶⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.18.

⁷⁰ Vgl. Art. 450f ZGB.

⁷¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 35.

⁷² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.19.

genaue Zusammensetzung, Organisationssystem, Einzugsgebiet, Angliederung eines Abklärungsdienstes, Pensum), die funktionale Zuständigkeit (Kollegial- oder Einzelzuständigkeit), die Bezeichnung der Aufsichtsbehörde und Beschwerdeinstanz, spezifische Bestimmungen über die Anforderungen an Beistände⁷³, die Meldepflichten⁷⁴, die Mandatsführung sowie über die Verantwortlichkeit.⁷⁵

Kantonales Recht, welches gegen Verfassungsrecht (BV), Bundesrecht (ZGB) 34 oder internationales Recht (EMRK) verstösst, kann letztinstanzlich gemäss Art. 82 BGG mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht bzw. beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) angefochten werden.⁷⁶

3. Internationales Recht⁷⁷

Bei internationalen Sachverhalten findet grundsätzlich Art. 85 IPRG Anwen- 35 dung. Einschlägige völkerrechtliche Verträge gehen gemäss Art. 1 Abs. 2 IPRG jedoch vor,⁷⁸ wobei im Erwachsenenschutzrecht neben dem Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000 (HEsÜ) auch das Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 (UN-BRK) zu beachten ist.⁷⁹ Nicht anwendbar ist hingegen das Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 30. Oktober 2007 (Lugano-Übereinkommen, LugÜ), da dieses in Art. 1 Ziff. 2 Bst. a seine Anwendung auf das Erwachsenenschutzrecht⁸⁰ ausschliesst.⁸¹

⁷³ Vgl. Art. 400 Abs. 1 ZGB.

⁷⁴ Vgl. Art. 403 Abs. 2 ZGB.

⁷⁵ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 14; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 36.

⁷⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 36; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.20.

⁷⁷ Für eine eingehende Darstellung vgl. FÜLLEMANN, Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes.

⁷⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.22.

⁷⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.22a; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1 ff.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 608.

⁸⁰ Das LugÜ spricht von der «gesetzlichen Vertretung von natürlichen Personen».

⁸¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 37.

§ 3 Rechtsnatur des Erwachsenenschutzrechts

1. Erwachsenenschutzrecht als Teil des Sozialrechts

- 36 Das Erwachsenenschutzrecht ist Teil des Sozialrechts. Unter diesen weit gefassten und nicht exakt abgrenzbaren Begriff lassen sich diejenigen Rechtsnormen subsumieren, welche auf dem verfassungsrechtlich verankerten Sozialstaatlichkeitsprinzip⁸² basieren und auf sozialpolitische Zwecke abzielen.⁸³ Dabei geht es um Zwecke, die den Einsatz des Staates zum Wohle des Einzelnen erfordern, wenn individuelle Defizite und Hilfsbedürftigkeit die eigenverantwortliche und selbstständige Erledigung (lebens-)notwendiger Aufgaben zur Sicherstellung existenzieller Grundbedürfnisse nicht oder nicht mehr zulassen. Die Verwirklichung der entsprechenden Zwecke ist bei Beachtung der Menschenwürde⁸⁴ und im Gesamtinteresse der Gesellschaft unerlässlich.⁸⁵ Das Sozialrecht ist demnach eine Querschnittsmaterie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, die sämtliche Normen umfasst, welche die für die Lebensbewältigung notwendige Teilhabe ermöglichen sollen und zugleich Ausdruck einer besonderen sozialstaatlichen Zielsetzung sind, also auf soziale Absicherung, sozialen Ausgleich, Schutz und Chancengleichheit ausgerichtet sind.⁸⁶ Dazu ist auch das Erwachsenenschutzrecht zu zählen, welches das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherzustellen sowie die eigene Vorsorge und damit die Selbstbestimmung zu ermöglichen hat^{87,88}.
- 37 Zwischen dem Erwachsenenschutzrecht und weiteren Sozialrechtskodifikationen bestehen zudem enge Bezüge. So beispielsweise zur Sozialhilfe, zur Opferhilfe, zum Jugendstrafrecht, zum Bewährungshilferecht, zum Schulsozialarbeitsrecht, zum Bildungsrecht usw. Die zahlreichen Schnittstellen erfordern eine interdisziplinäre, fach- und ämterübergreifende Zusammenar-

⁸² Vgl. z.B. Art. 12, 19, 29 Abs. 3, Art. 41, 111 f. BV.

⁸³ ESR Komm Rosch, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 6; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz Rosch, Rz. 4.

⁸⁴ Vgl. Art. 7 BV.

⁸⁵ Fassbind, Erwachsenenschutz, S. 32.

⁸⁶ ESR Komm Rosch, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 6; Fassbind, Erwachsenenschutz, S. 32 f.; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz Rosch, Rz. 4.

⁸⁷ Vgl. Art. 388 ZGB.

⁸⁸ Fassbind, Erwachsenenschutz, S. 33.

beit der jeweiligen Akteure zum Wohle der betroffenen Personen. Ferner bildet das Erwachsenenschutzrecht mit seinen Bestimmungen zur Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB), den Anordnungen betreffend medizinische Massnahmen (Art. 377 ff. ZGB), den Bestimmungen zum Behandlungsplan (Art. 377 und 433 ZGB), zu den ambulanten Massnahmen (Art. 378 und 437 ZGB), zum Betreuungsvertrag (Art. 382 ZGB), zur fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB), zur Behandlung ohne Zustimmung (Art. 434 ZGB) sowie zur Nachbetreuung (Art. 437 ZGB) auch einen Teil des Gesundheitsrechts.⁸⁹

2. Erwachsenenschutzrecht als Teil des Eingriffssozialrechts

Das Erwachsenenschutzrecht stellt insbesondere im Hinblick auf die Anordnung von Massnahmen durch die Erwachsenenschutzbehörden Eingriffssozialrecht dar.⁹⁰ Die Tätigkeiten im Erwachsenenschutz betreffen existenzielle Bereiche des menschlichen (Zusammen-)Lebens. Berührt werden insbesondere die persönliche und wirtschaftliche Freiheit⁹¹. Damit sind höchstpersönliche Bereiche tangiert, welche von den verfassungsmässigen Grundrechten geschützt sind.⁹² Der Eingriff in die Rechtsstellung betroffener Personen ist somit das typische Element des Eingriffssozialrechts.⁹³ Bei der Einschränkung von Grundrechten sind stets die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV zu beachten.⁹⁴

38

3. Erwachsenenschutzrecht als Hybrid zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Als Eingriffssozialrecht beinhaltet das Erwachsenenschutzrecht materiell zu erheblichen Teilen öffentliches Recht, obschon es im ZGB kodifiziert und damit formal dem Privatrecht zugeordnet ist.⁹⁵ Im Erwachsenenschutzrecht

39

⁸⁹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 33.

⁹⁰ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 8.

⁹¹ Z.B. durch die Einkommensverwaltung durch eine Beistandsperson.

⁹² FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 33.

⁹³ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 8; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 13.

⁹⁴ Vgl. für weitere Ausführungen dazu hinten, Rz. 46–54.

⁹⁵ STECK in FS Geiser, S. 547 m.V. auf BGE 100 Ib 113, E. 1: «Rein theoretisch können Verfügungen im Gebiete des Vormundschaftswesens zum öffentlichen Recht gezählt werden.»; BGE 5A.15/2003 vom 25. August 2003, E. 1, wonach

überschneiden sich das Personen- und das Familienrecht, wobei es seine Regelung zwar im Familienrecht findet, jedoch eng mit dem Personenrecht verknüpft ist, da Massnahmen des Erwachsenenschutzes das grundsätzlich handlungsfähige Rechtssubjekt in seiner Handlungsfähigkeit einschränken können.⁹⁶ Die Kodifizierung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im ZGB ist wohl teilweise historisch begründet. So waren schon im römischen Recht die Vormundschaften und Pflegschaften über Kinder und Erwachsene dem Familienrecht zugeordnet.⁹⁷

- 40 Das Erwachsenenschutzrecht kann als Hybrid im Grenzbereich zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht bezeichnet werden.⁹⁸ So beinhalten die erwachsenenschutzrechtlichen Bestimmungen des ZGB (Art. 360–456 ZGB) einerseits privatrechtliche Normen über die individuelle Personensorge, die eigene Vorsorge sowie die Handlungsfähigkeit, andererseits aber auch Normen öffentlich-rechtlicher Natur über die fürsorgereische Unterbringung oder die Organisation und Tätigkeit der Erwachsenenschutzbehörden.⁹⁹ Insbesondere im Bereich der behördlichen Massnahmen stellt das Erwachsenenschutzrecht öffentliches Recht dar. Der grundrechtliche Schutz der von behördlichen Massnahmen teilweise tangierten höchstpersönlichen Rechte und die entsprechende Abwägung und Rechtfertigung von Eingriffen machen eine besondere Nähe zum Verwaltungsrecht deutlich.¹⁰⁰ Der Staat bzw. die Erwachsenenschutzbehörden haben vom Gesetzgeber die Befugnis erhalten, unter Beachtung öffentlich-rechtlicher Verfahrensgrundsätze wie der Oficial- und der Untersuchungsmaxime hoheitliche Entscheidungen zu

«alles, was mit der Führung der Vormundschaft (bzw. Beistandschaft) zusammenhängt und im ZGB geregelt ist, als Teil des Privatrechts zu betrachten» ist; BGE 142 III 795, E. 2.1: «Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Bestimmungen über den Kindes- und Erwachsenenschutz grundsätzlich als öffentliches Recht zu bezeichnen sind. Ebenso anerkannt ist indes, dass die entsprechenden Normen aufgrund der Zivilrechtskompetenz des Bundes erlassen wurden; sie stehen in engem Zusammenhang mit dem Zivilrecht und dienen seiner Verwirklichung, weshalb sie auch als ergänzendes bzw. formelles Bundeszivilrecht bezeichnet werden und nach traditioneller Betrachtungsweise zur Zivilrechtsgesetzgebung gehören.»

⁹⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 38; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.15.

⁹⁷ Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 8; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 15; vgl. auch vorne, Rz. 7–9.

⁹⁸ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 38.

⁹⁹ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 35.

¹⁰⁰ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 17.

treffen.¹⁰¹ Die Behörden setzen überdies Beistände in ein Amt ein und die Haftung ist im Erwachsenenschutzrecht gemäss Art. 454 ZGB öffentlich-rechtlich ausgestaltet.¹⁰² Die Verfahrensbestimmung in Art. 450f ZGB sieht jedoch subsidiär die sinngemässe Anwendung der Zivilprozessordnung vor, wobei regelmässig primär kantonales Verwaltungsverfahrenrecht zur Anwendung gelangt, soweit die Kantone von der Möglichkeit des Erlasses Gebrauch machen^{103, 104}

Im Ergebnis vermag die formale Kodifizierung des Erwachsenenschutzrechts im Privatrecht nicht über seine grosse Nähe zum öffentlichen Recht hinwegzutäuschen. Dennoch werden Beistände als gesetzliche Vertreter schutzbedürftiger Personen eingesetzt, wobei sie in erster Linie diesen Personen verpflichtet sind und in deren Interesse zu handeln haben. Diese gesetzliche Vertretung deutet wiederum auf eine ausgeprägte Nähe des Erwachsenenschutzrechts zum Privatrecht hin. Es kann also festgehalten werden, dass das Erwachsenenschutzrecht materiell zwar nicht ausschliesslich, aber doch zu erheblichen Teilen öffentliches Recht darstellt.¹⁰⁵

41

§ 4 Grundsätze des Erwachsenenschutzrechts

1. Wahrung des Selbstbestimmungsrechts betroffener Personen

Der Erwachsenenschutz befindet sich in einem steten Spannungsverhältnis zum Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung.¹⁰⁶ Das Selbstbestimmungsrecht fliesst aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV)¹⁰⁷

42

¹⁰¹ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 20.

¹⁰² Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 8; vgl. für Ausführungen zur Verantwortlichkeit auch hinten, Rz. 320–353.

¹⁰³ Vgl. zum Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 66–72 sowie zum Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz hinten, Rz. 95–98.

¹⁰⁴ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 36 und 39.

¹⁰⁵ Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 8.

¹⁰⁶ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.2.

¹⁰⁷ Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Selbstbestimmungsrecht gem. Art. 10 BV vgl. z.B. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 10 BV, Rz. 38 ff.

und ist überdies ein Aspekt der Menschenwürde (Art. 7 BV)¹⁰⁸. Insbesondere bei der Anordnung behördlicher Massnahmen des Erwachsenenschutzes gilt es einen Ausgleich zwischen persönlicher Freiheit und Betreuung als Eingriff in die Freiheit betroffener Personen zu finden und deren Selbstbestimmungsrecht so weit wie möglich zu erhalten und zu fördern (Art. 388 Abs. 2 ZGB).¹⁰⁹ Erwachsenenschutzmassnahmen sind soweit möglich darauf auszurichten, dass sie aufgrund ihrer Umsetzung und Wirkung im Idealfall mit der Zeit überflüssig werden.¹¹⁰

2. Subsidiarität

- 43 Das Subsidiaritätsprinzip ist ein staatspolitischer Grundsatz, welcher sich einerseits auf das Verhältnis zwischen Staat und Individuum und andererseits auf das Verhältnis zwischen verschiedenen Ebenen des Staates bezieht. In letzterer Hinsicht besagt das Subsidiaritätsprinzip, dass die höhere staatliche Ebene eine Aufgabe nur dann übernehmen soll, wenn sie diese besser erfüllen kann als die tiefere Ebene.¹¹¹ Im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen kommt das Subsidiaritätsprinzip im Erwachsenenschutzrecht insofern zum Ausdruck, als den Kantonen erhebliche organisatorische Gestaltungsmöglichkeiten belassen wurden. So ist beispielsweise die Organisation der Erwachsenenschutzbehörden Sache der Kantone.¹¹² Auch das Verfahren richtet sich grundsätzlich nach kantonalem Recht. Fehlen kantonale Verfahrensbestimmungen, gelten die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung als kantonales Recht sinngemäss (Art. 450f ZGB). Allerdings sind bei der Ausgestaltung des kantonalen Verfahrensrechts die bundesrechtlichen Vorgaben von Art. 443–450g ZGB zu beachten.¹¹³
- 44 Im Verhältnis zwischen Staat und Individuum besagt das Subsidiaritätsprinzip, dass der Staat grundsätzlich erst dann eingreifen soll, wenn das Indivi-

¹⁰⁸ Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Inhalten der Menschenwürde gem. Art. 7 BV vgl. z.B. MASTRONARDI, St. Galler Kommentar zu Art. 7 BV, Rz. 31 ff.

¹⁰⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7042; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht REUSSER, N 2.6.

¹¹⁰ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht REUSSER, N 2.6; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 42.

¹¹¹ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 220 f.

¹¹² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.42 und 19.45 ff.

¹¹³ FamKomm Erwachsenenschutz GÄCHTER/KAUFMANN, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, N 13; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.16 und 19.75.

duum seine Aufgaben nicht mehr erfüllen kann.¹¹⁴ Für das Erwachsenenschutzrecht ist das Subsidiaritätsprinzip in Art. 389 Abs. 1 ZGB konkretisiert. Demnach soll eine behördliche Massnahme erst angeordnet werden, wenn die Unterstützung einer hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint (Ziff. 1) oder wenn bei urteilsunfähigen, hilfsbedürftigen Personen keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen wurde und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen (Ziff. 2).¹¹⁵

Das Subsidiaritätsprinzip bezieht sich überdies auf die Stufenfolge der erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen, also darauf, welche der behördlichen Massnahmen im Einzelfall erforderlich ist. Als Teil der Verhältnismässigkeitsprüfung gehört dieser Aspekt zum Kriterium der Erforderlichkeit und ist im Rahmen der Überprüfung der Verhältnismässigkeit einer Massnahme zu berücksichtigen.¹¹⁶

45

3. Eingriffssystematik gemäss Art. 36 BV und Verhältnismässigkeit im Besonderen

Die Interessenabwägung zwischen Selbstbestimmung und fremdbestimmtem Schutz wird durch die grundrechtliche Eingriffssystematik geprägt.¹¹⁷ Denn grundsätzlich wird jede Person durch die Grundrechte vor Eingriffen des Staates in ihre Freiheitsrechte geschützt. Der grundrechtliche Schutz gilt jedoch nicht absolut. Gestützt auf Art. 36 BV kann unter bestimmten Voraussetzungen in die Grundrechte eingegriffen werden. Dazu bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, eines öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit, welche wiederum aus der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit i.e.S. besteht. Bei der Überprüfung der Verhältnismässigkeit i.e.S. bzw. der Zumutbarkeit ist eine Güterabwägung zwischen dem Eingriffszweck und dem Eingriffsmittel vorzunehmen. Überdies

46

¹¹⁴ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 221.

¹¹⁵ FamKomm Erwachsenenschutz GÄCHTER/KAUFMANN, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, N 12.

¹¹⁶ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.15; vgl. auch hinten, Rz. 49–54.

¹¹⁷ Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 13; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.10.

dürfen die verfassungsmässigen Grundrechte durch den Eingriff nicht ihres Kerngehalts entleert werden.¹¹⁸

a) Gesetzliche Grundlage

- 47 Im Erwachsenenschutzrecht ist die gemäss Art. 36 BV für einen Eingriff in die Grundrechte erforderliche gesetzliche Grundlage regelmässig in den Bestimmungen des ZGB über die behördlichen Massnahmen (Art. 388 ff. ZGB) zu finden.¹¹⁹

b) Öffentliches Interesse oder privates Interesse der betroffenen Person

- 48 Der Schutz und das Wohl der hilfsbedürftigen Person stellen im Allgemeinen das den Eingriff rechtfertigende öffentliche Interesse dar.¹²⁰ Dabei liegt es in der Natur des Erwachsenenschutzrechts, dass ein Eingriff in die Grundrechte einer betroffenen Person nicht unbedingt vollständig durch ein öffentliches Interesse gedeckt ist, sondern insbesondere auch im privaten Interesse der betroffenen Person liegt.¹²¹ Insofern muss als Rechtfertigung des Eingriffs im Erwachsenenschutzrecht anstelle eines öffentlichen Interesses auch ein privates Interesse der betroffenen Person genügen. Es scheint aus diesem Grund umso bedeutsamer, auf die demokratische Legitimation der den Eingriff rechtfertigenden gesetzlichen Grundlagen zu achten.¹²²

c) Verhältnismässigkeit

- 49 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt im Allgemeinen, dass die Handlungen des Staates zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich sind und dass der angestrebte

¹¹⁸ Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Einschränkung von Grundrechten gem. Art. 36 BV vgl. z.B. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zu Art. 36 BV.

¹¹⁹ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 9; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 13.

¹²⁰ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 9; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 13.

¹²¹ So z.B. bei Zwangsbehandlungen, welche das zur Wahrung öffentlicher Interessen notwendige Ausmass übersteigen; vgl. zur Frage des öffentlichen bzw. privaten Interesses als Element der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen mittels Fürsorgerischer Freiheitsentziehung nach altem Recht auch GEISER in FS Schnyder, S. 309 ff.

¹²² BSK ZGB I GEISER/ETZENBERGER, Art. 437, N 11.

Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen steht, die den Privaten auferlegt werden.¹²³ Dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz kommt im Erwachsenenschutzrecht eine besondere Bedeutung zu, weshalb er in Art. 389 Abs. 2 ZGB explizit wiederholt wird.¹²⁴ Nicht ausdrücklich erwähnt wird in dieser Bestimmung die Verhältnismässigkeit i.e.S. bzw. die Zumutbarkeit. Begründet wurde dies damit, dass eine nicht erforderliche und ungeeignete Massnahme auch nicht zumutbar sei.¹²⁵ Dennoch ist denkbar, dass eine erforderliche und geeignete Massnahme im Einzelfall unzumutbar ist. Selbst wenn die Zumutbarkeit in Art. 389 Abs. 2 ZGB nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist sie aufgrund ihrer Verankerung in der BV auch in der Anwendung des Erwachsenenschutzrechts zu beachten.¹²⁶

Behördliche Massnahmen werden nach Untersuchung des Sachverhalts (bei 50 der hilfsbedürftigen Person vorliegender Schwächezustand, konkrete Hilfs- und Schutzbedürftigkeit) sowie aufgrund einer aus den Untersuchungsergebnissen ableitbaren Prognose angeordnet.¹²⁷ Die Prognose sollte sich auf die Frage beziehen, was geschehen würde, wenn keine staatliche Hilfe angeordnet würde. Damit konkretisiert sie die Gefährdungssituation. Aus der Prognose und der Gefährdungssituation können sodann die Ziele einer behördlichen Massnahme abgeleitet werden. Sie sollen der Ausgleichung bzw. der Milderung der Hilfs- und Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person dienen.¹²⁸

aa) *Eignung*

Eine behördliche Massnahme muss geeignet sein, um die aufgrund der 51 Prognose und Gefährdungssituation definierten Ziele zu erreichen. Zu beachten ist demnach die Zwecktauglichkeit der Massnahme.¹²⁹

¹²³ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 514.

¹²⁴ Vgl. Begleitbericht VE ZGB 1998, S. 7; ESR Komm Rosch, Art. 389 ZGB, N 2.

¹²⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7043.

¹²⁶ FamKomm Erwachsenenschutz GÄCHTER/KAUFMANN, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, N 9.

¹²⁷ BGE 120 II 384 E. 4d; ESR Komm Rosch, Art. 389 ZGB, N 3.

¹²⁸ Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz Rosch, Rz. 19; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.16.

¹²⁹ ESR Komm Rosch, Art. 389 ZGB, N 4; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz Rosch, Rz. 21; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.18.

bb) Erforderlichkeit

- 52 Weiter muss eine behördliche Massnahme erforderlich sein. Sie darf nur angeordnet werden, wenn nicht eine gleich geeignete mildere Massnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels ausreichend ist. Die Erwachsenenschutzbehörden haben daher im Sinne einer Stufenfolge jeweils die mildeste der vom Gesetzgeber vorgesehenen behördlichen Massnahmen, welche das Erreichen des angestrebten Ziels ermöglicht, zu wählen. Den schwersten behördlichen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Personen bewirkt die umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB), weil sie zur gänzlichen Handlungsunfähigkeit führt. Den mildesten behördlichen Eingriff bewirkt die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB), weil sie die Handlungsfähigkeit nicht berührt. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgestaltungs- und Kombinationsmöglichkeiten der behördlichen Massnahmen lässt sich jedoch die Schwere des mit ihnen verbundenen Eingriffs in die Rechte der betroffenen Personen letztlich nur im Einzelfall bestimmen.¹³⁰ Behördlichen Massnahmen vorgelagert sind die gesetzlichen Vertretungsrechte (Art. 166 und Art. 374 ff. ZGB), Rechtsgeschäfte (z.B. Aufträge i.S.v. Art. 394 ff. OR), Massnahmen der eigenen Vorsorge (Art. 360 ff. ZGB) und die Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).¹³¹

cc) Verhältnismässigkeit i.e.S. bzw. Zumutbarkeit

- 53 Zuletzt ist die behördliche Massnahme auf ihre Zumutbarkeit hin zu überprüfen. Dabei ist im Sinne einer umfassenden wertenden Abwägung zu prüfen, ob die behördliche Massnahme im Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffswirkung angemessen ist bzw. ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Anordnung der behördlichen Massnahme im Vergleich zu den privaten Interessen der betroffenen Person gegeben ist.¹³² Gemäss GEISER/ETZENBERGER muss im Erwachsenenschutzrecht auch ein privates Interesse einer betroffenen Person als Element der Rechtfertigung eines Grund-

¹³⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.29 f.; vgl. auch Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.12, welcher sich differenziert zur Frage äussert, ob es sich bei den Arten von Beistandschaften gemäss Art. 393 ff. ZGB tatsächlich um eine Stufenfolge handle oder nicht. Stufenartig abbildbar seien nämlich nur die – in sich doch flexiblen – Arten als Bausteine, aus welchen eine getroffene Massnahme zusammenzustellen ist.

¹³¹ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.19.

¹³² ESR Komm ROSCH, Art. 389 ZGB, N 6; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 23; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.20.

rechtseingriffs genügen.¹³³ Folgt man dieser Auffassung, so gilt es die öffentlichen und privaten Interessen an der Massnahme dem privaten Interesse, keinen Eingriff in die Freiheitsrechte dulden zu müssen, gegenüberzustellen.¹³⁴

dd) Interdisziplinärer Inhalt der Verhältnismässigkeitsprüfung

Die Verhältnismässigkeitsprüfung gibt den Rechtsanwendenden zwar eine formale Struktur vor, die aufzeigt, worauf bei Grundrechtseingriffen mittels behördlicher Massnahmen zu achten ist, damit ein Eingriff als zulässig erachtet wird. Diese formale Struktur ist jedoch im Einzelfall mit Inhalt zu füllen. Dies ist regelmässig nur mithilfe anderer Disziplinen wie der Medizin, Psychiatrie und Psychologie, Pädagogik und sozialen Arbeit möglich. Die Einschätzung, ob eine behördliche Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist, wird demnach inhaltlich massgeblich durch diese Referenzdisziplinen mitbestimmt. Deshalb ist im Erwachsenenschutz eine interdisziplinäre Herangehensweise notwendig.¹³⁵ 54

4. Beistandschaft nach Mass

Das Prinzip der Errichtung von Beistandschaften nach Mass findet sich nicht ausdrücklich im Gesetz. Es ergibt sich jedoch aus dem Konzept der Beistandschaften gemäss Art. 390 ff. ZGB. Mittels massgeschneiderter Massnahmen soll die Selbstbestimmung der betroffenen Personen so weit wie möglich gewahrt werden und es sollen nur Eingriffe erfolgen, soweit dies notwendig ist.¹³⁶ Die Beistandschaft als Einheitsmassnahme unterschiedlicher Ausprägung ist inhaltlich mit Blick auf den bei der einzelnen Person vorliegenden Schwächezustand zu individualisieren und angemessen auszugestalten. Dabei bleibt die Erwachsenenschutzbehörde an die in Art. 393–398 ZGB vorgesehene Grobtypisierung gebunden. Kombinationen verschiedener Beistandschaftsarten sind gemäss Art. 397 ZGB aber ausdrücklich zulässig.¹³⁷ Die Behörde hat sowohl bei der Wahl der Art der Beistandschaft 55

¹³³ Vgl. auch vorne, Rz. 48.

¹³⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.27.

¹³⁵ ESR Komm ROSCH, Einführung in den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz, N 10; Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ROSCH, Rz. 24; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.21.

¹³⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7016.

¹³⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.37.

als auch bei der Umschreibung der Aufgaben des Beistands genau abzuklären, welche Bedürfnisse durch staatliche Fürsorge abgedeckt werden müssen und inwieweit die Selbstständigkeit der betroffenen Person gewahrt bleibt. Ist bei der Errichtung einer Massnahme jedoch zukünftiger Unterstützungsbedarf bereits ausgewiesen, so ist dieser mitzuberücksichtigen.¹³⁸ Dabei ist jedoch Mass zu halten. Der Aufgabenbereich eines Beistands darf grundsätzlich nicht so umschrieben werden, dass nur allenfalls eintretender zukünftiger Handlungsbedarf bereits davon erfasst wird. Solche Massnahmen würden nämlich das Verhältnismässigkeitsprinzip verletzen.¹³⁹ Für eine Person mit phasenweise stärker ausgeprägter Hilfsbedürftigkeit kann ausnahmsweise aber auch eine Massnahme angemessen sein, welche in Zeiten verminderter Hilfsbedürftigkeit der Person eher übermässig erscheint. Allerdings ist dieser Umstand dann von der Beistandsperson bei der Führung der Beistandschaft zu berücksichtigen.¹⁴⁰

- 56 Auch bei allgemeiner Geltung des Prinzips der Errichtung von Beistandschaften nach Mass darf sich die Praxis auf eine gewisse Standardisierung der Massnahmen stützen. Für wiederkehrende typische Fälle mit gleichem oder weitgehend gleichem Bedarf an Unterstützung kann dieselbe typisierte Massnahme errichtet werden. Wichtig scheint dabei aber, dass im Einzelfall geprüft wird, ob Abweichungen vorliegen, welche eine weitere Individualisierung der Massnahme erforderlich machen.¹⁴¹

¹³⁸ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 391, N 5; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 391 ZGB, N 13.

¹³⁹ BIDERBOST, AJP 2010, S. 11.

¹⁴⁰ BIDERBOST, Jusletter 2014, Rz. 44; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht REUSSER, N 2.12.

¹⁴¹ BIDERBOST, Jusletter 2014, Rz. 42; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht REUSSER, N 2.13; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 51.

III. Organe des Erwachsenenschutzes

§ 1 Erwachsenenschutzbehörde

1. Vorbemerkungen

Bereits vor dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 waren die alten Vormundschaftsbehörden regional unterschiedlich organisiert. In den deutschsprachigen Kantonen der Schweiz handelte es sich meist um politisch gewählte kommunale Miliz- bzw. Laienverwaltungsbehörden, wobei professionelle Vormundschaftsbehörden nur vereinzelt und tendenziell in grösseren Städten existierten. In der italienischsprachigen Schweiz waren die Vormundschaftsbehörden als regionale Verwaltungsbehörden organisiert. In den französischsprachigen Kantonen war der Vollzug des Vormundschaftsrechts meist regionalen Gerichten in der Gestalt von Friedensgerichten, Bezirksgerichten oder kantonalen Spezialgerichten übertragen. Von Fachpersonen wurde über längere Zeit eine Professionalisierung und interdisziplinäre Zusammensetzung der Vormundschaftsbehörden gefordert.¹⁴² 57

Die mit der Ausarbeitung eines Vorentwurfs zum Erwachsenenschutzrecht beauftragte Expertenkommission schlug darauf die Einführung von Erwachsenenschutzbehörden in Form von interdisziplinären Fachgerichten vor. Allerdings wurde der Vorschlag aufgrund der in der Vernehmlassung geäußerten Kritik der Kantone und Gemeinden¹⁴³ fallen gelassen.¹⁴⁴ Anstatt von einem Fachgericht spricht das geltende Recht in Art. 440 Abs. 1 ZGB nun von der Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde, welche von den Kantonen zu bestimmen ist. Den Kantonen wurde auch im Erwachsenenschutzrecht grosse organisatorische Freiheit im Hinblick auf die Erwachsenenschutzbehörde belassen, so dass schweizweit weiterhin unterschiedliche Organisationsmodelle existieren.¹⁴⁵ 58

¹⁴² KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.54; vgl. auch vorne, Rz. 19.

¹⁴³ Vernehmlassungen VE Erwachsenenschutz, S. 381 ff.

¹⁴⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7073; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 88; HÄFELI, Grundriss, Rz. 29.06.

¹⁴⁵ Vgl. für weitere Ausführungen dazu hinten, Rz. 73–84.

2. Vorgaben des Bundesrechts

a) Allgemeines

- 59 Art. 440 Abs. 1 ZGB schreibt vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde auszugestalten ist. Gemäss Art. 440 Abs. 3 ZGB ist die Erwachsenenschutzbehörde gleichzeitig Kindesschutzbehörde. Sie hat ihre Entscheide grundsätzlich mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen, wobei die Kantone Ausnahmen für bestimmte Geschäfte vorsehen können (Art. 440 Abs. 2 ZGB). Art. 440 ZGB bezieht sich allerdings nur auf die Behörde i.e.S., d.h. auf das Entscheidgremium. Für die Erwachsenenschutzbehörde i.w.S., d.h. für die das Entscheidgremium unterstützenden Dienste wie den Rechtsdienst, den internen oder externen Abklärungsdienst, das Revisorat und die Kanzlei hat der Bundesgesetzgeber den Kantonen keine ausdrücklichen gesetzlichen Vorgaben gemacht, womit ihnen eine grosse Organisationsfreiheit zukommt. Die Kantone sind jedoch verpflichtet, die zur Verwirklichung des materiellen Erwachsenenschutzrechts notwendigen organisatorischen Grundlagen sicherzustellen.¹⁴⁶

b) Aufgaben und sachliche Zuständigkeit

- 60 Die Erwachsenenschutzbehörden sind – ausser bei den gesetzlich festgelegten Ausnahmen – für alle Aufgaben des Kindes- und Erwachsenenschutzes zuständig. Im Hinblick auf den Kindesschutz sind überdies die Eingriffsmöglichkeiten der Scheidungs- und Eheschutzgerichte vorzubehalten. Den Erwachsenenschutzbehörden kommen insbesondere folgende Aufgaben zu:¹⁴⁷
- Inkraftsetzung von Vorsorgeaufträgen (Art. 363 ZGB) sowie deren Auslegung und Ergänzung (Art. 364 ZGB); Vornahme ergänzender Massnahmen im Falle von Interessenkollisionen oder sofern zu besorgende Geschäfte nicht vom Vorsorgeauftrag erfasst sind (Art. 365 Abs. 2 ZGB); Festlegung der Entschädigung der vorsorgebeauftragten Person (Art. 366 ZGB); allenfalls Einschreiten bei Interessengefährdung der betroffenen Person (Art. 368 ZGB);

¹⁴⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 90.

¹⁴⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 93 ff.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.48; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 141 ff.; vgl. für eine detaillierte Übersicht über die Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde auch VBK, ZVW 2008, S. 117.

- Aufsicht, Qualitätssicherung und Einschreiten bei Interessengefährdungen im Zusammenhang mit Patientenverfügungen (Art. 373 ZGB);
- Einschreiten bei den gesetzlichen Vertretungsrechten bei Urteilsunfähigkeit im Allgemeinen (Art. 376 ZGB);
- Einschreiten bei den gesetzlichen Vertretungsrechten bei Urteilsunfähigkeit in medizinischen Angelegenheiten (Art. 381 ZGB);
- Einschreiten gegen bewegungseinschränkende Massnahmen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen (Art. 385 ZGB);
- Anordnung bzw. Aufhebung von Beistandschaften (Prüfung der Voraussetzungen, Durchführung der entsprechenden Verfahren und Festlegung der Massnahme, Umschreibung der Aufgaben des Beistands, allenfalls Einschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person) (Art. 389 ff. ZGB); direktes / eigenes Handeln der Erwachsenenschutzbehörde mangels Notwendigkeit der Errichtung einer Beistandschaft (Art. 392 ZGB);
- Ernennung, Entlassung und Festlegung der Entschädigung von Beiständen (Art. 400 ff. und 422 f. ZGB) und deren Instruktion, Beratung und Unterstützung (Art. 400 Abs. 3 ZGB);
- Mitwirkung bei der Führung der Beistandschaft, namentlich bei der Aufnahme eines Inventars (Art. 405 ZGB); Zustimmung zu bestimmten Rechtsgeschäften des Beistands (Art. 416 f. ZGB) oder des gesetzlichen Vertreters bei Urteilsunfähigen (Art. 374 Abs. 3 ZGB); Abnahme der Rechnungen und Berichte der Beistände (Art. 410 f. ZGB) einschliesslich der Schlussberichte und Schlussrechnungen (Art. 425 ZGB);
- allenfalls Entbindung bestimmter als Beistände eingesetzter, der verbeiständeten Person nahestehender Personen von der Inventarpflicht, der Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechnungsablage und der Pflicht, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Behörde einzuholen (Art. 420 ZGB);
- Anordnung eines öffentlichen Inventars über das Vermögen der verbeiständeten Person (Art. 405 Abs. 3 ZGB);
- Anordnungen und Bewilligungen gemäss Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV) (Art. 4 Abs. 2 f., 6 Abs. 2, 7 Abs. 2 f., 8 Abs. 3 und 9 VBVV);
- allenfalls Ernennung eines Ersatzbeistands oder selbstständiges Handeln der Behörde bei Verhinderung oder Interessenkollision des Beistands (Art. 403 ZGB); Überwachung der Beistände sowie Behandlung von Beschwerden gegen Amtsträger (Art. 419 ZGB);

- Anordnung fürsorglicher Unterbringungen, Bestätigungen von Zurückbehaltungen, Entlassungen aus und periodische Überprüfungen fürsorglicher Unterbringungen (Art. 426 ff. ZGB);
- (Ein-)Leitung von Verfahren (Art. 443 ff. ZGB);
- Anordnung von Begutachtungen betroffener Personen in Einrichtungen (Art. 449 ZGB);
- Anordnung von Vertretungen betroffener Personen (Art. 449a ZGB);
- Mitteilungspflichten (z.B. Art. 449c ZGB);
- Vollstreckung von Entscheidungen (Art. 450g ZGB);
- Auskunftspflichten (Art. 451 Abs. 2 ZGB);
- Zusammenarbeit mit anderen Behörden (Art. 453 ZGB);
- Zuständigkeiten und Pflichten aus anderen gesetzlichen Grundlagen (z.B. Art. 8 StGG; Art. 30 Abs. 2 StGB).

c) Fachbehörde

- 61 Art. 440 Abs. 1 ZGB definiert die Fachbehörde nicht näher. Zu verstehen ist darunter eine interdisziplinäre Behörde, deren Mitglieder sich durch Professionalität und den für ihre Aufgabe notwendigen Sachverstand auszeichnen. Ihre Eignung haben die Behördenmitglieder durch entsprechende Ausbildungen oder Weiterbildungen sowie Praxiserfahrung nachzuweisen. Zur Sicherstellung der korrekten Rechtsanwendung bedarf die Behörde mindestens eines Juristen.¹⁴⁸ Die weiteren Mitarbeitenden sollten abhängig von den konkreten Umständen, welche es zu beurteilen gilt, über psychologische, psychiatrische, pädagogische, sozialarbeiterische, medizinische, (sozial-)versicherungsrechtliche, treuhänderische, vermögensverwaltungsrechtliche, revisionsrechtliche oder buchhalterische Kenntnisse und Erfahrung verfügen. Die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) empfiehlt, dass die Kernkompetenzen Recht, Sozialarbeit und Pädagogik oder Psychologie in der Erwachsenenschutzbehörde i.e.S. vertreten sein sollten. Die anderen Kompetenzen können auch in der Behörde i.w.S., also den die Behörde i.e.S. unterstützenden Diensten oder von extern verfügbar sein.¹⁴⁹ Ange-

¹⁴⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7073; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.43.

¹⁴⁹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 91; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.64 ff.; vgl. auch VBK, ZVW 2008, S. 75 ff. und VOGEL/WIDER, ZKE 2010, S. 7 ff.

sichts dieser Anforderungen ist eine interdisziplinäre Zusammensetzung sowohl der Behörde i.w.S. als auch der Behörde i.e.S. notwendig. Sinnvollerweise ist die Behörde i.e.S. so zu konzipieren, dass sie – in Abhängigkeit des zu entscheidenden Falles – in unterschiedlicher Zusammensetzung entscheiden kann.¹⁵⁰

Für eine kontinuierliche Erfüllung des an die Erwachsenenschutzbehörde gestellten Fachlichkeitsanspruchs wird eine gewisse Anzahl von ihr zu entscheidender Fälle vorausgesetzt. Denn nur eine regelmässig tagende und eng in das Erwachsenenschutzverfahren eingebundene Behörde ermöglicht den einzelnen Mitgliedern den Aufbau und die Weiterentwicklung des notwendigen praktischen Fachwissens, um im Einzelfall sachkundig entscheiden zu können.¹⁵¹ Die KOKES empfiehlt deshalb, dass eine Behörde für ein Einzugsgebiet von ungefähr 50'000–100'000 Personen zuständig sein sollte. Dies entspricht ca. 1'000 laufenden bzw. jährlich ca. 250 neu angeordneten Massnahmen.¹⁵² Die einzelnen Mitglieder der Behörde i.e.S. sollten ihre Tätigkeit hauptberuflich und in einem minimalen Arbeitspensum von 50 % ausüben, um die erforderliche Fachlichkeit erreichen und erhalten zu können.¹⁵³

d) Ausgestaltung und Organisation

Das Bundesrecht schreibt in Art. 440 Abs. 2 ZGB vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde ihre Entscheide grundsätzlich mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen hat. Ausnahmsweise soll ein Entscheid auch von einem einzelnen Mitglied gefällt werden können, da die Behörde sonst in dringlichen Fällen nicht handlungsfähig wäre. Überdies obliegt es den Kantonen, die konkrete Grösse des Spruchkörpers bzw. Entscheidungsgremiums zu bestimmen, wobei sie an die Mindestanzahl von drei Mitgliedern gebunden bleiben. Sie sind aber frei, einen grösseren Spruchkörper vorzusehen.¹⁵⁴ Es erscheint zudem sinnvoll, dass die Erwachsenenschutzbehörde insgesamt aus mehr als drei Mitgliedern besteht und somit in unterschiedlicher Zusammensetzung

¹⁵⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.43.

¹⁵¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 91 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.44.

¹⁵² KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.66.

¹⁵³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 440/441, N 14; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 92; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.44; VOGEL/WIDER, ZKE 2010, S. 13 f.; a.M. AmtlBull NR 2008, S. 1537.

¹⁵⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7004.

zung entscheiden kann. Die Kantone können ferner auch von ihrer Befugnis Gebrauch machen, gewisse Entscheidungen der Einzelkompetenz von Behördenmitgliedern zuzuweisen. Abgesehen von Fällen mit hoher Dringlichkeit kann die Einzelkompetenz auch bei typischerweise einfacheren Entscheidungen mit beschränktem Ermessensspielraum sinnvoll sein.¹⁵⁵ Dadurch darf jedoch der vom Gesetzgeber in Art. 440 Abs. 2 ZGB angestrebte Grundsatz der Kollegialzuständigkeit nicht vereitelt werden.¹⁵⁶ Entscheide, welche die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person einschränken oder auf andere Weise schwerwiegend in die persönliche Freiheit eingreifen, sind deshalb stets von der Kollegialbehörde zu fällen, soweit es sich nicht um superprovisorische Massnahmen gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB handelt.¹⁵⁷

- 64 Weiter sind die Kantone frei, die Erwachsenenschutzbehörden auf kantonaler, regionaler oder kommunaler Ebene zu organisieren.
- 65 Gemäss Art. 440 Abs. 3 ZGB hat die Erwachsenenschutzbehörde auch die Aufgaben der Kindesschutzbehörde. Zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der Kindesschutzbehörde besteht demnach Personalunion und die entsprechenden Kompetenzen sind bei einer Behörde versammelt.¹⁵⁸ Eine inhaltliche Aufteilung auf verschiedene Behörden oder auf die Behörde und ein Gericht scheint nicht möglich.¹⁵⁹ Die Erwachsenenschutz- und die Kindesschutzbehörde bilden eine Einheit und sollten denselben Verfahren unterstehen. Jedoch ist es möglich und unter Umständen auch sinnvoll, dass sich innerhalb derselben Behörde eine Kammer vorwiegend mit Erwachsenenschutz und eine andere Kammer vorwiegend mit Kindesschutz be-

¹⁵⁵ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 93; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.45.

¹⁵⁶ Seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts besteht in einigen Kantonen die Tendenz, die in die Einzelzuständigkeit von Behördenmitgliedern fallenden Geschäfte zu erweitern. Hauptgrund dafür dürfte wohl sein, dass sich die Kantone bzw. Behörden davon eine effizientere Erledigung der anfallenden Arbeit erhoffen. Bei der Ausweitung der Einzelzuständigkeitsgeschäfte ist allerdings Zurückhaltung angebracht, da ansonsten die Interdisziplinarität der Arbeitsweise der Erwachsenenschutzbehörden geschwächt werden kann. Vgl. für weitere Ausführungen ESR Komm WIDER, Art. 440 ZGB, N 14; HÄFELI, Grundriss, Rz. 29.12.

¹⁵⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7078; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 92.

¹⁵⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074; BSK ZGB I VOGEL, Art. 440/441, N 4; KUKO ZGB WIDER, Art. 440, N 5; OFK ZGB FASSBIND, Art. 440, N 5; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 440 ZGB, N 20.

¹⁵⁹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 29.07a.

fasst.¹⁶⁰ Voraussetzung für eine solche Ausgestaltung wird in der Praxis jedoch eine gewisse Grösse der Gesamtbehörde sein.

e) Verfahren

Im Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde kommen von Bundesrechts wegen Art. 443–449c ZGB zur Anwendung. Normiert hat der Bundesgesetzgeber in diesen Bestimmungen lediglich diejenigen Bereiche, in welchen die Verwirklichung des materiellen Rechts eine einheitliche bundesrechtliche Regelung des Verfahrens erfordert. Es handelt sich dabei allerdings um eine punktuelle und entsprechend unvollständige Regelung des Verfahrens vor der Erwachsenenschutzbehörde. Weite Teile des Verfahrens sind deshalb durch das kantonale Recht geregelt.¹⁶¹ Soweit das kantonale Recht keine Regelung vorsieht, sind gemäss Art. 450f ZGB subsidiär die Bestimmungen der ZPO sinngemäss anwendbar. Demnach ist – unter Vorbehalt der im ZGB enthaltenen bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen sowie der sich aus übergeordnetem Recht (BV, EMRK) ergebenden Grundsätze – das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde grundsätzlich kantonalrechtlich geregelt.¹⁶² Der kantonale Gesetzgeber bestimmt, inwieweit die ZPO zur Anwendung gelangt. Kommen Bestimmungen der ZPO sinngemäss zur Anwendung, erfolgt dies als ergänzendes kantonales Recht.¹⁶³ Für die Anwendung des materiellen Erwachsenenschutzrechts gilt demnach kein umfassendes gesamtschweizerisches Verfahrensrecht.¹⁶⁴

66

¹⁶⁰ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 93; HÄFELI, Grundriss, Rz. 29.07a.

¹⁶¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7088; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 18.47.

¹⁶² Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 18.48.

¹⁶³ BSK ZGB I MARANTA/AUER/MARTI, Art. 450f, N 3 m.w.H.; BGE 140 III 385, E. 2.3; BGE 140 III 167, E. 2.3; BGer 5A_765/2015 vom 23. November 2015, E. 2.2; BGer 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014, E. 2.2.

¹⁶⁴ Der Versuch, für den Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ein einheitliches Verfahrensgesetz für die gesamte Schweiz zu erlassen, scheiterte bereits im Vernehmlassungsverfahren. Vgl. dazu Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7010 f. Gemäss AUER, ZVW 2003, S. 201 f. hätte die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung es dem Bund jedoch grundsätzlich erlaubt, eine umfassende Verfahrensordnung für den Vollzug des materiellen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu erlassen. A.M. MARTI, ZBl 2007, S. 249, FN 66, der vertritt, dass dem Bund die nötige Gesetzgebungskompetenz für eine umfassende Bundesregelung des Verfahrens fehle, da auch Verwaltungsbehörden als

Vielmehr existiert in jedem Kanton eine eigenständige, aus mehreren Rechtsquellen zusammengesetzte Verfahrensordnung.¹⁶⁵ Es bestehen deshalb beträchtliche Unterschiede zwischen den Kantonen im Hinblick auf die Regelung des Verfahrens.¹⁶⁶ Die Kantone haben dieses in eigenen Einführungsgesetzen zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht sowie in Einführungsgesetzen zum Zivilgesetzbuch mit Verweisen auf kantonales Verwaltungsverfahren, kantonale Gerichtsorganisationsgesetze und die schweizerische ZPO geregelt.¹⁶⁷

- 67 Zur Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme wird die zuständige Behörde von Amtes wegen oder auf Meldung hin tätig. Grundsätzlich kann jede Person der Erwachsenenschutzbehörde eine Meldung erstatten, wenn eine Person hilfsbedürftig erscheint (Art. 443 Abs. 1 ZGB). Erfährt eine Person in amtlicher Tätigkeit von einer hilfsbedürftigen Person, so trifft sie eine Meldepflicht (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Vorbehalten bleiben allerdings Berufsgeheimnisse. Erscheint eine Person nicht nur hilfsbedürftig, sondern besteht die ernsthafte Gefahr, dass sie sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemanden körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt, sind Personen mit amtlichen Aufgaben ebenso zu einer Meldung verpflichtet (Art. 443 Abs. 1 i.V.m. Art. 453 Abs. 1 ZGB). Auch Personen, die einem Amts- oder Berufsgeheimnis unterstehen, haben in einem solchen Fall der Erwachsenenschutzbehörde Mitteilung zu machen (Art. 453 Abs. 2 ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde ist auf entsprechende Hinweise angewiesen, um den Anspruch hilfsbedürftiger Personen auf Schutz realisieren und das materielle Recht zur Geltung bringen zu können.¹⁶⁸
- 68 Bei der Prüfung ihrer Zuständigkeit sowie der gesetzlichen Voraussetzungen einer vorgesehenen Massnahme hat die Erwachsenenschutzbehörde den Untersuchungsgrundsatz und die Oficialmaxime zu beachten. Sie prüft

zuständige Fachbehörden im Kindes- und Erwachsenenschutz eingesetzt werden können.

¹⁶⁵ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 18.49.

¹⁶⁶ Vgl. für einen Überblick über die im Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde in den einzelnen Kantonen anwendbaren Verfahrensordnungen Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 18.50.

¹⁶⁷ HÄFELI, Grundriss, Rz. 32.07; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 174; STECK, ZBI 2013, S. 34 f.

¹⁶⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7076; HÄFELI, Grundriss, Rz. 33.01; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.76.

demnach von Amtes wegen ihre Zuständigkeit (Art. 444 ZGB) und ob die Anordnung einer Massnahme im Lichte der von Amtes wegen erfolgten behördlichen Sachverhaltsabklärungen angezeigt ist oder nicht. Dabei ist sie nicht an die Anträge der am Verfahren beteiligten Personen gebunden (Art. 446 ZGB).¹⁶⁹

Die betroffene Person hat Anspruch auf rechtliches Gehör, sobald das Verfahren bei der Erwachsenenschutzbehörde rechtshängig ist. Demnach ist die Person im Laufe des Verfahrens persönlich anzuhören, soweit dies nicht als unverhältnismässig erscheint (Art. 447 ZGB).¹⁷⁰ Dazu gehört auch der Anspruch der betroffenen Person auf Akteneinsicht (Art. 449b ZGB und Art. 29 Abs. 2 BV).¹⁷¹

Unabhängig vom Willen der betroffenen Person kann die Erwachsenenschutzbehörde deren Vertretung anordnen, sofern dies notwendig ist. Dazu bezeichnet sie eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person als Beiständin oder Beistand (Art. 449a ZGB). Notwendig ist eine Vertretung, wenn die betroffene Person urteilsunfähig ist oder ihre Interessen nicht selbstständig wahrnehmen kann und zudem ausserstande ist, sich selbst um eine Vertretung zu kümmern.¹⁷²

Die am Verfahren Beteiligten sowie Dritte sind grundsätzlich zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhalts verpflichtet (Art. 448 Abs. 1 ZGB). Sofern notwendig kann die Mitwirkung unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch mittels Zwang durchgesetzt werden (Art. 450g ZGB).¹⁷³ Art. 448 Abs. 2 und 3 ZGB sehen vor, welche Geheimnisträger sich unter welchen Voraussetzungen auf ihr Berufsgeheimnis berufen können bzw. nicht zur Mitwirkung verpflichtet sind.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7078; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 18.84; HÄFELI, Grundriss, Rz. 31.12, Rz. 33.08, Rz. 33.15 und Rz. 33.18; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.77.

¹⁷⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 33.20.

¹⁷¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.78.

¹⁷² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7081; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.79; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 233.

¹⁷³ HÄFELI, Grundriss, Rz. 33.33 f.; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 223 f.

¹⁷⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.80.

- 72 Bereits während der Dauer des Verfahrens trifft die Erwachsenenschutzbehörde vorsorgliche oder superprovisorische Massnahmen, sofern diese notwendig sind, um die hilfsbedürftige Person zu schützen (Art. 445 ZGB).¹⁷⁵

3. Ausgestaltung in den Kantonen¹⁷⁶

a) Vorbemerkungen

- 73 Die Ausgangslage der Kantone bei der Schaffung der Erwachsenenschutzbehörden war nicht einheitlich.¹⁷⁷ Während die Deutschschweizer Kantone die Behörden auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Erwachsenenschutzrechts (1. Januar 2013) grösstenteils neu organisieren mussten, waren die Westschweizer Kantone bereits unter dem Vormundschaftsrecht professionell organisiert. In der Romandie musste deshalb hauptsächlich noch die vom Bundesrecht vorgegebene Interdisziplinarität der Behörden umgesetzt werden. Die grosse organisatorische Freiheit, welche der Bundesgesetzgeber den Kantonen bei der Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden gewährte, wurde aktiv genutzt und es entstanden unterschiedliche Organisationsmodelle.¹⁷⁸

b) Modellvorschläge der KOKES

- 74 Die VBK bzw. KOKES hatte vor dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts Modellvorschläge für den Aufbau der Behörden zuhanden der Kantone erarbeitet. Im Wesentlichen hatte sie drei Modelle vorgeschlagen.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Vgl. für weitere Ausführungen dazu z.B. FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 111 ff.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 33.10 ff.; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 196 ff.

¹⁷⁶ Für eine detailliertere Übersicht über die Behördenlandschaft und die Zusammensetzung der Spruchkörper in den Kantonen sowie weitere Informationen vgl. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, S. 706–716; INTERFACE, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, insb. S. 8 ff. und 34 ff.; KOKES, ZKE 2017, S. 1–4; KOKES, ZKE 2017, S. 5; REUSSER, ZBl 2013, S. 15–20.

¹⁷⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 57.

¹⁷⁸ ESR Komm WIDER, Art. 440 ZGB, N 9a.

¹⁷⁹ Vgl. VBK, ZVW 2008, S. 97 ff.

aa) *Kantonale Verwaltungsbehörde*¹⁸⁰

Als erster Modellvorschlag wurden von der KOKES kantonale Verwaltungsbehörden mit kantonaler Trägerschaft skizziert. In Kantonen mit weniger als 100'000 Einwohnern könne die Behörde i.e.S. aus einem Spruchkörper mit drei Mitgliedern bestehen. Habe die Behörde ein Einzugsgebiet von mehr als 100'000 Einwohnern, so seien zur Bewältigung der Fälle fünf bis sieben Mitglieder der Behörde i.e.S. vorzusehen, welche sich auf zwei Spruchkörper aufteilen. In bevölkerungsreichen oder grossflächigen Kantonen können in einer dritten Ausgestaltungsvariante regionale Kreise mit eigenen Spruchkörpern unter kantonaler Trägerschaft gebildet werden. Bereits bestehende Strukturen im Zusammenhang mit dem Einzugsgebiet von Kreisgerichten, Grundbuch-, Betreibungs- und Zivilstandsämtern können dabei berücksichtigt und weiter genutzt werden.

75

bb) *(Über-)Kommunale Verwaltungsbehörde*¹⁸¹

Der zweite Modellvorschlag der KOKES sah Verwaltungsbehörden mit kommunaler oder regionaler Trägerschaft vor. Dabei könne die Behörde in grösseren Gemeinden mit mehr als 50'000 Einwohnern rein kommunal und analog zur kantonalen Verwaltungsbehörde mit einem oder zwei Spruchkörpern ausgestaltet werden. Für kleinere und mittlere Gemeinden mit weniger als 50'000 Einwohnern biete sich das sog. Sitzgemeindemodell an. Dabei stellt eine grössere Gemeinde die nötige Behördenorganisation zur Verfügung, während die umliegenden Gemeinden bei ihr die benötigten Dienstleistungen basierend auf einer öffentlich-rechtlichen Leistungsvereinbarung beziehen.¹⁸² Alternativ können sich Gemeinden zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben auch zusammenschliessen und eine überkommunale exekutive Behörde in der Form eines Zweckverbands bzw. eines Gemeindeverbands¹⁸³ bilden. Dabei entsteht eine eigene Körperschaft, während beim Sitzgemeindemodell die Kooperation vielmehr durch Delegation der Aufgaben an die Sitzgemeinde zustande kommt.¹⁸⁴ Auch die im Sitzgemeindemodell oder als Zweckverband organisierten Behörden sollen abhängig von der Grösse ihres Einzugsgebiets mit einem oder zwei Spruchkörpern arbei-

76

¹⁸⁰ Vgl. VBK, ZVW 2008, S. 98 f.

¹⁸¹ Vgl. VBK, ZVW 2008, S. 99.

¹⁸² VBK, ZVW 2008, S. 91.

¹⁸³ Die Bezeichnung als Zweckverband oder Gemeindeverband variiert je nach Kanton.

¹⁸⁴ VBK, ZVW 2008, S. 91.

ten. In bevölkerungsreichen oder grossflächigen Kantonen können regionale Kreise mit eigener Trägerschaft gebildet werden, wobei sich die Finanzierung der Trägerschaften nach kantonalem Recht richtet. Bereits bestehende Strukturen im Zusammenhang mit dem Einzugsgebiet von Kreisgerichten, Grundbuch-, Betreibungs- und Zivilstandsämtern können bei dieser Ausgestaltungsvariante berücksichtigt und weiter genutzt werden.

cc) *Kantonales oder regionales Gericht*¹⁸⁵

- 77 Als dritter Modellvorschlag für die Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden skizzierte die KOKES kantonale oder regionale Fachgerichte. Die Trägerschaft dieser Gerichte soll beim jeweiligen Kanton liegen. In Kantonen mit weniger als 100'000 Einwohnern könne ein Fachgericht mit drei Fachrichtern in einem Spruchkörper vorgesehen werden. In Einzugsgebieten mit mehr als 100'000 Einwohnern sollen fünf bis sieben Fachrichter in zwei Spruchkörpern die Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde wahrnehmen. In grösseren Kantonen können Gerichtskreise und entsprechend mehrere Spruchkörper gebildet werden und allenfalls bereits bestehende Strukturen erstinstanzlicher Zivilgerichte berücksichtigt und genutzt werden.

c) Verbreitung des kantonalen, regionalen und (über-) kommunalen Behördenmodells

- 78 Schweizweit existieren 142 Erwachsenenschutzbehörden.¹⁸⁶ Eine Mehrzahl der Kantone hat entweder kantonale Behörden geschaffen (AG, AR, BE, GR, JU, NW, OW, SH, SO, SZ, TG, UR, ZG) bzw. bestätigt (AI, BS, FR, GE, GL, NE, VD) oder den Gemeinden relativ starke Vorgaben gemacht (ZH). Vereinzelt haben Kantone die Hauptverantwortung für die Organisation der Erwachsenenschutzbehörden den Gemeinden übertragen und eher schwache Vorgaben gemacht, wobei die Gemeinden bei der Ausgestaltung den Empfehlungen der KOKES¹⁸⁷ mehr (BL, LU, SG) oder weniger (TI, VS) gefolgt sind.¹⁸⁸
- 79 Insgesamt 20 Schweizer Kantone (AG, AI, AR, BE, BS, FR, GE, GL, GR, JU, NE, NW, OW, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, ZG) haben sich demnach für kanto-

¹⁸⁵ Vgl. VBK, ZVW 2008, S. 100.

¹⁸⁶ Vgl. für eine Zusammenstellung der Anzahl, der Organisationsform und des Einzugsgebiets der Erwachsenenschutzbehörden in den Kantonen per 1.1.2017 KOKES, ZKE 2017, S. 5.

¹⁸⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 61 f. und Rz. 74–77 bzw. umfassender VBK, ZVW 2008, S. 75 ff.

¹⁸⁸ ESR Komm WIDER, Art. 440 ZGB, N 9c.

nale Behördenmodelle, d.h. eine Erwachsenenschutzbehörde für den ganzen Kanton oder mehrere regional organisierte kantonale Behörden entschieden. 6 Kantone haben hingegen (über-)kommunale Behördenmodelle (BL, LU, SG, TI, VS, ZH sowie die burgerliche KESB (bKESB) BE¹⁸⁹) eingerichtet.¹⁹⁰

Wahlorgan bzw. Anstellungsinstanz für Mitarbeitende der Behörden ist in 15 Kantonen der Regierungsrat (AG, AI, AR, BE, BS, GL, GR, JU, NW, OW, SO, SZ, TG, UR, ZG), in 4 Kantonen der Kantonsrat (FR, GE, SH, NE: Präsidium, übrige Mitglieder: Conseil de la Magistrature), in VD das Kantonsgericht und in 6 Kantonen der Gemeinderat, Gemeindeverband oder die Sitzgemeinde (BL, LU, SG, TI, VS, ZH).¹⁹¹

d) Verbreitung des Verwaltungsbehördenmodells und des Gerichtsmodells

In 20 Kantonen der Schweiz (AI, AR, BE, BL, BS, GL, GR, JU, LU, NW, OW, SG, SO, SZ, TG, TI, UR, VS, ZG, ZH) sind die Erwachsenenschutzbehörden als Verwaltungsbehörden ausgestaltet. In 6 Kantonen (AG, FR, GE, NE, SH, VD) sind sie als kantonale oder regionale Gerichte im formellen Sinn konstituiert.¹⁹²

Die Vor- und Nachteile der Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden als Verwaltungsbehörden oder als Gerichte wurden im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts bzw. des Erlasses des Erwachsenenschutzrechts auf unterschiedlichen Ebenen diskutiert. Während die vom Bundesamt für Justiz im Zusammenhang mit der Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzte Expertengruppe eine interdisziplinär zusammengesetzte richterliche Behörde im Sinne eines Fachgerichts empfohlen hatte,¹⁹³ zeigte sich im Vernehmlassungsverfahren, dass die Idee der Schaffung eines Gerichts bei

¹⁸⁹ Die sog. burgerliche Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (bKESB) ist zuständig für die fünf Burgergemeinden im Kanton Bern, die Sozialhilfe ausrichten (Bern, Biel, Bözingen, Burgdorf, Thun). Ebenso ist die bKESB zuständig für die 13 Gesellschaften und Zünfte von Bern. Vgl. für weitere Informationen: <<https://www.bgbern.ch/burgergemeinde/behoerden/burgerliche-kindes-und-erwachsenenschutzbehoerde>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹⁹⁰ Für Ausführungen betreffend die Chancen und Risiken der unterschiedlichen Trägerschaftsvarianten vgl. VOGEL/WIDER, ZKE 2010, S. 18 ff.

¹⁹¹ ESR Komm WIDER, Art. 440 ZGB, N 9d.

¹⁹² ESR Komm WIDER, Art. 440 ZGB, N 9d.

¹⁹³ Bericht Expertengruppe 1995, S. 62.

den Kantonen auf breite Ablehnung stiess.¹⁹⁴ Als Argumente für eine Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörde als Gericht wurden zwar die Unabhängigkeit der Justiz, deren Akzeptanz und Vertrauen in der Bevölkerung, die Konzentration familienrechtlicher Angelegenheiten an einer Stelle sowie die Nutzung des juristischen Fachwissens angeführt.¹⁹⁵ Als Nachteile wurden jedoch die Distanz der Gerichte zu den Bürgern, das fehlende spezialisierte Fachwissen ausserhalb der Rechtswissenschaft sowie die den Gerichten fehlenden internen Fachdienste genannt. Überdies wurde teilweise konstatiert, dass die Erwachsenenschutzbehörden aufgrund ihrer interdisziplinären Zusammensetzung im Vergleich mit angestammten Gerichtsbehörden atypische Justizorgane seien.¹⁹⁶ Für die Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden als Verwaltungsbehörden sprach in der Deutschschweiz unter anderem die damit verbundene Möglichkeit, die Behörden weiterhin der Exekutive angliedern zu können, womit grössere Umstrukturierungen der bestehenden erstinstanzlichen Gerichte ausbleiben konnten.¹⁹⁷ Überdies ging man davon aus, dass die Erwachsenenschutzbehörden in Form von Verwaltungsbehörden geringere Personalkosten generieren als dies bei Gerichten der Fall wäre.¹⁹⁸ Als Nachteil des Verwaltungsbehördenmodells wurde insbesondere die mit dieser Ausgestaltung fortdauernde Zersplitterung der Zuständigkeiten zwischen Erwachsenenschutzbehörden und Zivilgerichten¹⁹⁹ im Bereich des Kindesschutzes angesehen, da für zivilrechtliche Kindesschutzverfahren grundsätzlich die KESB zuständig sind, im Rahmen von eherechtlichen Verfahren aber auch die Zivilgerichte Kindeschutzmassnahmen anordnen.²⁰⁰

- 83 Trotz kontrovers geführter Diskussionen über die staatsrechtliche Eingliederung und den rechtlichen Status der Erwachsenenschutzbehörden behielt die grosse Mehrheit der Kantone im Grundsatz ihr Modell bei. So entschied

¹⁹⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7010 f.; Vernehmlassungen VE Erwachsenenschutz, S. 381 ff.

¹⁹⁵ HÄFELI, FamPra 2012, S. 1002 f.; VBK, ZVW 2008, S. 92 f. und 112 f.

¹⁹⁶ Vgl. HÄFELI, FamPra 2012, S. 1003; VBK, ZVW 2008, S. 92 und 112 f.

¹⁹⁷ Vgl. FASSBIND FamPra 2011, S. 578 ff.

¹⁹⁸ FASSBIND FamPra 2011, S. 578 und 583 f.

¹⁹⁹ Für Ausführungen zu dieser Problematik unter dem Vormundschaftsrecht sowie zur Tatsache, dass sie auch im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht noch nicht gelöst wurde vgl. MEIER, ZVW 2007, S. 109 ff.

²⁰⁰ FASSBIND FamPra 2011, S. 563 f., FN 62; HÄFELI, FamPra 2012, S. 1002 und 1016.

den sich die meisten Kantone, welche schon die Vormundschaftsbehörden in die Exekutive eingegliedert hatten, für das Verwaltungsbehördenmodell. Die Kantone, welche ihre Vormundschaftsbehörden als Gerichte ausgestaltet hatten, blieben beim Gerichtsmodell. Ausnahmen bilden die Kantone Aargau und Schaffhausen, welche sich für einen Wechsel ihres Behördenmodells entschieden haben.²⁰¹ Mit der Schaffung von Familiengerichten und der einheitlichen Zuständigkeit für sämtliche familienrechtlichen Belange einschliesslich des Kindes- und Erwachsenenschutzes hat der Kanton Aargau als erster und bisher einziger Kanton seine erstinstanzlichen Gerichte mit Blick auf das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht neu organisiert.²⁰² Im Kanton Schaffhausen wurde zur Erfüllung der spezifischen Aufgaben im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ein kantonales Spezialgericht geschaffen, womit auf grössere Veränderungen der bestehenden Gerichtsorganisation verzichtet werden konnte.²⁰³

Fraglich erscheint, ob nicht auch die als Verwaltungsbehörden ausgestalteten Erwachsenenschutzbehörden die Anforderungen an ein Gericht im Sinne der EMRK und der BV erfüllen und demnach zumindest als Gerichte im materiellen Sinn bezeichnet werden können.²⁰⁴ Entscheidend für die Qualifikation als Gericht i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 30 Abs. 1 BV ist nämlich nicht die Bezeichnung, sondern die tatsächliche Ausgestaltung einer Behörde. Als Gericht im Sinne der genannten Bestimmungen gilt im Allgemeinen eine Behörde, die nach Gesetz und Recht in einem justizförmigen, fairen Verfahren begründete und bindende Entscheidungen über Streitfragen trifft.²⁰⁵ Sie muss unabhängig und unparteiisch sein sowie auf einer gesetzlichen Grundlage basieren. Das Verfahren vor der Behörde muss so organisiert sein, dass sie die rechtserheblichen Tatsachen selber ermittelt, die einschlägigen Rechtsnormen auf den festgestellten Sachverhalt anwendet und einen verbindlichen Entscheid fällt.²⁰⁶ Nicht verlangt wird, dass das materielle Gericht ausschliesslich aus Berufsrichtern besteht.²⁰⁷ Verschiedene

84

²⁰¹ HÄFELI, FamPra 2012, S. 1005; REUSSER, ZBI 2013, S. 21.

²⁰² HÄFELI, Grundriss, Rz. 29.11; vgl. für weitere Ausführungen zur Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton Aargau HÄFELI in FS Geiser, S. 296 ff.

²⁰³ Bericht SH, S. 27.

²⁰⁴ REUSSER, ZBI 2013, S. 21.

²⁰⁵ BSK BV REICH, Art. 30, N 11 m.w.H.

²⁰⁶ BGE 139 III 98, E. 4.2; BGE 124 II 58, E. 1c; BGE 118 Ia 473, E. 5a.

²⁰⁷ Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7010 f. und 7074.

kantonale Ausführungserlasse legen ausdrücklich fest, dass die Erwachsenenschutzbehörden in ihren Entscheiden unabhängig sind.²⁰⁸ Dass die Behörden unparteiisch sein sollten, kann nach heutigen Erwartungen als Selbstverständlichkeit angesehen werden.²⁰⁹ Abgesichert wird die Unparteilichkeit regelmässig über Ausstandsregeln. Überdies sehen bereits die Verfahrensbestimmungen des ZGB vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde rechtserhebliche Tatsachen selber ermittelt, die Rechtsnormen in einem rechtsstaatlichen Verfahren auf den erhobenen Sachverhalt anwendet und für die Parteien bindende Entscheidungen in der Sache fällt. Daraus wird erkennbar, dass die Erwachsenenschutzbehörden keine typischen Verwaltungsbehörden sind,²¹⁰ sondern sowohl in ihrer Ausgestaltung als auch in ihrer Tätigkeit der Definition des materiellen Gerichts zumindest sehr nahekommen.²¹¹

§ 2 Aufsichtsbehörde und gerichtliche Beschwerdeinstanz

1. Allgemeines

- 85 Die Umsetzung des Erwachsenenschutzes ist grundsätzlich Sache der Kantone, wobei diese im Zusammenhang mit den Aufsichtsbehörden Art. 441 ZGB zu beachten haben. Den Kantonen obliegt demnach unabhängig vom gewählten Behördenmodell²¹² die Aufsicht über die Erwachsenenschutzbehörden. Diese Aufsicht ist doppelt ausgestaltet. Im Rechtsmittelverfahren (Art. 450 ff. ZGB) wird eine gerichtliche Beschwerdeinstanz auf Beschwerde hin tätig und beurteilt die formelle und materielle Richtigkeit der Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall. Im Rahmen der administrativen Aufsicht handelt eine Aufsichtsbehörde von Amtes wegen oder auf

²⁰⁸ So z.B. § 16 Abs. 1 EG ZGB TG, welcher vorsieht, dass der KESB gerichtliche Unabhängigkeit i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zukommt.

²⁰⁹ So REUSSER, ZBI 2013, S. 21.

²¹⁰ REUSSER, ZBI 2013, S. 21.

²¹¹ In BGE 142 III 732, E. 3.4 hat das Bundesgericht eine KESB im Kanton Thurgau als materielles Gericht i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV, Art. 6 Ziff. 1 bzw. Art. 5 Ziff. 4 EMRK und Art. 439 Abs. 1 ZGB qualifiziert. Demgegenüber hat es in BGE 143 III 193, E. 5.1 ff. der KESB Bern, welche als dezentrale Verwaltungseinheit ausgestaltet ist, die Gleichstellung mit einem unabhängigen Gericht i.S.v. Art. 30 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK abgesprochen.

²¹² Vgl. vorne, Rz. 74–84.

Anzeige hin und steuert die Geschäftsführung der Erwachsenenschutzbehörde in administrativer, organisatorischer und fachlicher Hinsicht.²¹³

2. Aufsichtsbehörde

a) Aufgaben und sachliche Zuständigkeit

Die Tätigkeit der administrativen Aufsichtsbehörde konzentriert sich auf die allgemeine Aufsicht über die Erwachsenenschutzbehörden und indirekt auch über die Mandatsträger mit dem Ziel, die Qualität im Erwachsenenschutz zu entwickeln und zu sichern. Dabei soll die Aufsichtsbehörde eine korrekte und einheitliche Rechtsanwendung sicherstellen.²¹⁴ Sie kann präventiv Weisungen (z.B. in Form von Richtlinien oder Kreisschreiben) erlassen oder repressiv einschreiten, wenn sie von fehlerhaftem Tun oder rechtswidrigem Unterlassen einer unter ihrer Aufsicht stehenden Erwachsenenschutzbehörde erfährt.²¹⁵ Dabei soll die Aufsichtsbehörde nicht nur Missstände verhindern, sondern die Erwachsenenschutzbehörden auch mittels Förderung einheitlicher und guter Vorgehensweisen unterstützen.²¹⁶ Zu beachten ist allerdings das Verhältnis der administrativen Aufsichtsbehörde zur gerichtlichen Beschwerdeinstanz. Die Aufsichtsbehörde vermag die Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall nicht umzustossen. Dies kann nur die zuständige gerichtliche Beschwerdeinstanz im Rechtsmittelverfahren gemäss Art. 450 ff. ZGB.²¹⁷ Die Aufsichtsbehörde kann die Erwachsenenschutzbehörde aber auf die Möglichkeit einer Wiedererwägung eines Entscheids hinweisen.²¹⁸ 86

Zur allgemeinen Aufsicht gehört auch die Sicherstellung einer effizienten Organisation der Erwachsenenschutzbehörden. Dies setzt voraus, dass die 87

²¹³ ESR Komm WIDER, Art. 441 ZGB, N 1; HÄFELI, Grundriss, Rz. 30.01.

²¹⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074; BSK ZGB I VOGEL, Art. 440/441, N 21; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 154 f.

²¹⁵ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.50; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.75.

²¹⁶ ESR Komm WIDER, Art. 441 ZGB, N 1.

²¹⁷ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 156.

²¹⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.50; a.M. FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 96, FN 109, der Anweisungen an die KESB nur für deren zukünftiges Tun, Unterlassen oder Dulden zulassen will; REUSSER, ZBI 2013, S. 23 vertritt die Meinung, dass sich die Aufsichtsbehörde als Nichtfachbehörde im Einzelfall nicht in die Rechtsanwendung der Erwachsenenschutzbehörde einmischen dürfe.

Behördenmitglieder fachkundig und instruiert sind sowie dass eine Qualitätskontrolle ihrer Arbeit und sofern notwendig eine Qualitätsverbesserung erfolgt. Zu diesem Zweck hat die Aufsichtsbehörde eine kontinuierliche Aus- und Weiterbildung der Mitarbeitenden der Erwachsenenschutzbehörden sicherzustellen. Ihre Aufgaben erfüllt die administrative Aufsichtsbehörde unter anderem mittels Einholen von Rechenschaftsberichten und regelmässiger Durchführung von Inspektionen.²¹⁹

- 88 Ferner ist es Aufgabe der administrativen Aufsichtsbehörde, Aufsichtsbeschwerden ausserhalb hängiger Verfahren zu bearbeiten. Mit diesem formlosen Rechtsbehelf können sich Betroffene jederzeit an die Aufsichtsbehörde wenden und sie bei der Feststellung von rechtswidrigem, fehlerhaftem oder sonst zu beanstandendem Tun, Unterlassen oder Dulden dazu aufrufen, ihre Aufsichtsbefugnisse gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde wahrzunehmen.²²⁰ In einem aufsichtsrechtlichen Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin bzw. der Beschwerdeführer aber weder Parteistellung noch Anspruch auf einen Entscheid. Die administrative Aufsichtsbehörde ist dennoch verpflichtet, sich der Sache anzunehmen.²²¹

b) Ausgestaltung und Organisation

- 89 In der Ausgestaltung der administrativen Aufsichtsbehörden sind die Kantone frei. Sie können ein Gericht oder eine Administrativbehörde als Aufsichtsbehörde einsetzen.²²² Überdies können die Kantone auch ein zweistufiges Verfahren mit einer unteren und einer oberen Aufsichtsbehörde vorsehen.²²³ In der Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht wurde festgehalten, dass es zulässig sei, die gerichtliche Beschwerdeinstanz²²⁴ mit der Aufsicht zu betrauen.²²⁵ Anders als im Hinblick auf die Erwachsenenschutzbehörde als interdisziplinäre Fachbehörde enthält das Bundesrecht keine besonderen

²¹⁹ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.75.

²²⁰ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 97.

²²¹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 30.01.

²²² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074; BSK ZGB I VOGEL, Art. 440/441, N 24; Für eine Übersicht über die Aufsichtsbehörden sämtlicher Kantone s. KOKES, ZKE 2017, S. 1–4.

²²³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.49; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 151.

²²⁴ Für Ausführungen zur gerichtlichen Beschwerdeinstanz vgl. hinten, Rz. 92–98.

²²⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074.

Anforderungen an die Ausgestaltung der administrativen Aufsichtsbehörde.²²⁶

Gemäss Art. 441 Abs. 2 ZGB hat der Bundesrat die Kompetenz, Bestimmungen über die Aufsicht zu erlassen. Jedoch hat er davon bisher keinen Gebrauch gemacht. Eine Konkretisierung der Aufgaben der Aufsichtsbehörde wäre zu begrüßen, um eine kohärente Qualitätsentwicklung und eine gewisse Einheit in der administrativen Aufsicht zu erreichen.²²⁷ 90

Ist die administrative Aufsichtsbehörde organisatorisch nicht bei der gerichtlichen Beschwerdeinstanz angesiedelt, kommt dem Austausch zwischen diesen Stellen umso grössere Bedeutung zu. Denn allfällige Verfahrensmängel oder eine unterschiedliche Praxis verschiedener Erwachsenenschutzbehörden im Kanton treten vor allem bei der gerichtlichen Beschwerdeinstanz zutage. Deshalb kann es sinnvoll sein, diese auch mit der administrativen Aufsicht zu betrauen. MEIER erachtet es als im Sinne der Logik, dass die Aufsichtsbehörde und die gerichtliche Beschwerdeinstanz von ein und derselben Behörde verkörpert werden, obschon dies in zahlreichen Kantonen der Schweiz nicht so gehandhabt werde.²²⁸ Im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit ist in einer solchen Konstellation jedoch die Aufgabenteilung zwischen den beiden Stellen sowie ihre Organisation reglementarisch abzugrenzen.²²⁹ 91

3. Gerichtliche Beschwerdeinstanz

a) Aufgaben und sachliche Zuständigkeit

Wie vorne erwähnt,²³⁰ ist die Aufsicht im Erwachsenenschutz zweigeteilt bzw. doppelt ausgestaltet. Während die administrative Aufsicht der Aufsichtsbehörde zukommt, schreibt das Bundesrecht in Art. 450 Abs. 1 ZGB den Kantonen für Beschwerden im Einzelfall eine gerichtliche Beschwerdeinstanz vor. Da erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen regelmässig in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 BV) der Betroffenen ein- 92

²²⁶ BSK ZGB I VOGEL, Art. 440/441, N 24.

²²⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074; HÄFELI, Grundriss, Rz. 30.08; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.51.

²²⁸ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 152.

²²⁹ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 18.29; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.79.

²³⁰ Vgl. vorne, Rz. 85.

greifen, muss aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit eine gerichtliche Beurteilung der Eingriffe möglich sein (Art. 29 BV und Art. 6 Abs. 1 EMRK).²³¹ Betroffene können deshalb gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erheben (Art. 450 Abs. 1 ZGB).²³²

- 93 Die Beschwerde nach Art. 450 ff. ZGB ist ein devolutes, d.h. ein die Zuständigkeit auf die Rechtsmittelinstanz überwälzendes, und damit vollkommenes Rechtsmittel. Die gerichtliche Beschwerdeinstanz überprüft und beurteilt in Anwendung der Untersuchungs- und Officialmaxime den angefochtenen Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht auf seine formelle und materielle Richtigkeit. Dem Schutzzweck des Erwachsenenschutzrechts entsprechend kann die gerichtliche Beschwerdeinstanz den Entscheid aufheben oder ändern, ohne dass sich der Sachverhalt verändert haben muss.²³³ Anfechtbar sind alle Endentscheide der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 450 Abs. 1 ZGB)²³⁴ sowie Entscheide über vorsorgliche Massnahmen (Art. 445 Abs. 3 ZGB).²³⁵

b) Ausgestaltung und Organisation

- 94 Welches Gericht zuständig ist, legt das kantonale Recht fest.²³⁶ Verlangt wird mit dem Begriff «Gericht» in Art. 450 Abs. 1 ZGB nicht zwingend ein formelles Gericht. Allerdings muss das Organ die Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllen, d.h. es muss unabhängig und unparteiisch sein. Überdies gehört gemäss Rechtsprechung des EGMR zum Wesen eines Gerichts, dass es die rechtserheblichen Tatsachen selber ermittelt, die einschlägigen Rechtsnormen auf den ermittelten Sachverhalt anwendet und verbindliche Entscheidungen fällt. Nicht verlangt wird, dass das Gericht aus-

²³¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.59.

²³² MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 158.

²³³ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7083 f.; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 19.4; HÄFELI, Grundriss, Rz. 34.04.

²³⁴ Für eine Aufzählung der bei der gerichtlichen Beschwerdeinstanz anfechtbaren Endentscheidungen der Erwachsenenschutzbehörde s. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 19.12.

²³⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7084.

²³⁶ Für eine Übersicht über die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen und massgeblichen Verfahrensbestimmungen sämtlicher Kantone s. Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 19.8; KOKES, ZKE 2017, S. 1–4; REUSSER, ZBI 2013, S. 24 f.

schliesslich aus Berufsrichtern zusammengesetzt ist.²³⁷ Weiter steht es den Kantonen frei, eine oder zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorzusehen.²³⁸ Als (letzte) kantonale Instanz ist jedenfalls ein oberes Gericht einzusetzen (Art. 75 Abs. 2 BGG), weil kantonale Entscheide mit Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht angefochten werden können.²³⁹

c) Verfahren

Von Bundesrechts wegen kommen im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz Art. 450–450e ZGB zur Anwendung.²⁴⁰ Die bundesrechtliche Regelung ist allerdings nur punktuell ausgestaltet und entsprechend unvollständig.²⁴¹ Für allfällige Ergänzungen des Verfahrensrechts sind gemäss Art. 450f ZGB die Kantone zuständig. Sofern das kantonale Recht keine oder eine lückenhafte Verfahrensordnung vorsieht, kommen die Be-

95

²³⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.60; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.82 f.

²³⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7074; BGer 5A_112/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 2.1; Lediglich die Kantone SG und ZH haben zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorgesehen. Im Kanton SG entscheidet erstinstanzlich die Verwaltungsrekurskommission (VRK) und zweitinstanzlich das Kantonsgericht (KGer) (Art. 27 f. EG-KES SG) über Beschwerden gemäss Art. 450 ZGB. Im Kanton ZH entscheidet erstinstanzlich der Bezirksrat (bzw. das Einzelgericht in FU-Angelegenheiten) und zweitinstanzlich das Obergericht (OGer) (§ 63 f. EG KESR ZH). Das BGer hat in BGer 5C_2/2012 vom 17. Dezember 2012 sowie in BGer 5C_1/2012 vom 18. Januar 2013, E. 4.3 ff. dem Bezirksrat des Kt. ZH als politischer Behörde materielle Gerichtsqualität attestiert.

²³⁹ BSK ZGB I DROESE/STECK, Art. 450, N 14 f.; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 19.2.

²⁴⁰ Bei zweistufiger Ausgestaltung der gerichtlichen Beschwerdeinstanz durch einen Kanton zumindest vor der ersten kantonalen Beschwerdeinstanz, wobei für das Verfahren vor der zweiten Beschwerdeinstanz mangels ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung gemäss Art. 450f ZGB das kantonale Recht massgeblich sein soll. Vgl. BGer 5A_112/2015 vom 7. Dezember 2015, E. 2.1; BGer 5A_478/2014 vom 15. Juli 2014, E. 2.2; BGer 5A_327/2013 vom 17. Juli 2013, E. 3.2; a.M. STECK in FS Geiser, S. 552 f., der eine überzeugende Begründung des Bundesgerichts für diese Auslegung vermisst und Art. 450–450e ZGB für das Verfahren vor beiden kantonalen Beschwerdeinstanzen anwenden will.

²⁴¹ BSK ZGB I DROESE/STECK, Art. 450, N 3.

stimmungen der ZPO sinngemäss als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung.²⁴²

- 96 Zur Beschwerde befugt sind die am Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde beteiligten Personen, die der betroffenen Person nahestehenden Personen²⁴³ sowie Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben (Art. 450 Abs. 2 ZGB).
- 97 Die Beschwerde ist schriftlich und begründet bei der gerichtlichen Beschwerdeinstanz einzureichen (Art. 450 Abs. 3 ZGB). An die Begründung sollen jedoch keine hohen Anforderungen gestellt werden, um den Zugang zum Rechtsmittel nicht zu erschweren. Vorauszusetzen ist lediglich, dass die Person in Bezug auf die Beschwerde urteilsfähig ist, dass das Beschwerdeobjekt ersichtlich wird und dass aus der Eingabe hervorgeht, weshalb die Person mit der Anordnung der Erwachsenenschutzbehörde nicht einverstanden ist. Für die Behebung allfälliger Formmängel der Eingabe ist eine angemessene Nachfrist zu gewähren.²⁴⁴
- 98 Die Beschwerdegründe werden in Art. 450a ZGB abschliessend aufgezählt und umfassen Rechtsverletzung, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Unangemessenheit (Abs. 1). Ebenso kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden (Abs. 2).²⁴⁵

²⁴² Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht MURPHY/STECK, N 19.7; BGE 140 III 385, E. 2.3; vgl. auch vorne, Rz. 66.

²⁴³ Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt jedoch die Beschwerdelegitimation von der betroffenen Person nahestehenden Personen nur für das Verfahren vor den kantonalen Instanzen. Die Beschwerdebefugnis vor Bundesgericht richtet sich indessen nicht nach dem ZGB, sondern nach Art. 76 Abs. 1 BGG. Danach wird ein eigenes schutzwürdiges Interesse der Beschwerde führenden Person vorausgesetzt, wobei der Begriff des eigenen Interesses eng ausgelegt wird. Vgl. dazu die kritische Auseinandersetzung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei STECK in FS Geiser, S. 554 f. m.w.H.

²⁴⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7085; BGer 5A_922/2015 vom 4. Februar 2016; HÄFELI, Grundriss, Rz. 34.13 f.

²⁴⁵ HÄFELI, Grundriss, Rz. 34.14 f.

§ 3 Beistand

1. Person des Beistands

a) Allgemeines

Gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB ernennt die Erwachsenenschutzbehörde als Beistand eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt. Als Beistände können demnach ausschliesslich natürliche Personen eingesetzt werden. Juristische Personen des Privatrechts, Vereine oder rechtsfähige Personengesellschaften kommen ebenso wenig in Betracht wie öffentlich-rechtlich organisierte Berufsbeistandschaften.²⁴⁶ Der Beistand muss überdies volljährig und urteilsfähig sein und darf nicht selbst verbeiständet sein. Denn gemäss Art. 421 Ziff. 4 ZGB endet das Amt des Beistands von Gesetzes wegen im Zeitpunkt, in dem der Beistand selbst verbeiständet oder urteilsunfähig wird.²⁴⁷ Ferner darf bei der Einsetzung der Beistandsperson keine konkrete oder abstrakte Kollision zwischen ihren Interessen und denjenigen der betroffenen Person vorliegen (Art. 403 Abs. 2 ZGB).²⁴⁸ 99

Eine im Ausland wohnhafte oder von der verbeiständeten Person entfernt in der Schweiz lebende natürliche Person kann eine Beistandschaft grundsätzlich übernehmen,²⁴⁹ sofern die räumliche und zeitliche Distanz die Wahrung der Interessen der betroffenen Person nicht gefährdet und sofern die Erfüllung der übertragenen Aufgaben aus der Distanz überhaupt möglich ist.²⁵⁰ 100

b) Erfordernis der natürlichen Person

FASSBIND und HÄFELI kritisieren das Erfordernis der natürlichen Person als Beistand mit der Begründung, dass dies den heutigen Bedürfnissen der Praxis mit einer ausgeprägten Fluktuation der mandatsführenden Beistände bei den mit Berufsbeistandschaften befassten Sozialbehörden und Organisationen nicht mehr entspreche. Mit dem Wechsel natürlicher Personen als 101

²⁴⁶ Vgl. für Ausführungen zum Erfordernis der natürlichen Person hinten, Rz. 101–107.

²⁴⁷ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.06; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1161.

²⁴⁸ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1164 m.w.H.; VAERINI, S. 101.

²⁴⁹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 18 m.w.H.

²⁵⁰ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 251.

Mandatsträger gehe ein gewisser Aufwand einher, welcher durch die zusätzlich erforderlichen Anhörungen, Schlussberichts- und Schlussrechnungserstattungen ausgelöst werde. FASSBIND vertritt sodann, dass die Interessen der verbeiständeten Personen bei der Einsetzung juristischer Personen oder Sozialbehörden als Beistände durch eine interne Zuordnung der Beistandschaft an eine natürliche Person und ein Widerspruchsrecht bei einer Neuordnung gewahrt werden könnten. Die Verantwortung würden in dieser Konstellation allein die juristischen Personen bzw. die mit den Berufsbeistandschaften befassten Sozialbehörden tragen. Sie wäre somit nicht mehr zwischen den Mandatsträgern und den juristischen Personen bzw. Sozialbehörden, denen sie angehören, verteilt. Mit einem solchen Modell würde gemäss FASSBIND Raum für die Entstehung professioneller und effizient arbeitender privater Beistandsgesellschaften geschaffen und die mit den Berufsbeistandschaften befassten Sozialbehörden würden entlastet. FASSBIND räumt jedoch ein, dass bei der Einführung eines entsprechenden Modells eine Qualitätskontrolle im Sinne einer Bewilligungs- und Aufsichtspflicht für die privaten Beistandsgesellschaften vorzusehen wäre.

- 102 FASSBIND und HÄFELI ziehen bei ihrer Argumentation zudem eine Parallele zum Vorsorgeauftrag gem. Art. 360 ff. ZGB, für dessen Wahrnehmung auch eine juristische Person eingesetzt werden kann, obwohl die der vorsorgebeauftragten Person zugewiesenen Aufgaben ebenfalls alle drei Sorgebereiche (Personensorge, Vermögenssorge, Vertretung im Rechtsverkehr) umfassen können und der Charakter des Vorsorgeauftrags nicht unbedingt weniger persönlich erscheine als derjenige der Beistandschaft.²⁵¹ Eine Andersbehandlung der Beistandschaft könne – so FASSBIND – nur mit dem beim Vorsorgeauftrag hinzukommenden Aspekt des Selbstbestimmungsrechts erklärt werden. Dieses Argument habe allerdings nur solange Bestand, wie sich die betroffene Person nicht gem. Art. 401 Abs. 1 ZGB eine juristische Person als Vertrauensperson wünsche. Deshalb sieht FASSBIND insgesamt keine überzeugenden Gründe dafür, dass juristischen Personen das Führen von Beistandschaften de lege ferenda nicht ermöglicht werden soll.²⁵²
- 103 Diese Auffassung unterstützend und mit den Argumenten der Kontinuität und Professionalität der Massnahmenführung ergänzend vertritt auch HÄFE-

²⁵¹ Im Hinblick auf die in der Patientenverfügung gem. Art. 370 ff. ZGB zu bezeichnende Person folgen FASSBIND und HÄFELI jedoch der Sicht des Gesetzgebers, wonach dieser besonders persönliche Auftrag nur einer natürlichen Person zukommen kann (Art. 370 Abs. 2 ZGB).

²⁵² OFK ZGB FASSBIND, Art. 400, N 2.

LI, dass bei der Beistandschaft die Einsetzung juristischer Personen zur Mandatsführung zwar *de lege lata* nicht möglich, *de lege ferenda* aber denkbar sei.²⁵³

Anders sieht dies REUSSER, die weder juristische Personen noch öffentliche Institutionen als Beistand zulassen will.²⁵⁴ Im Unterschied zur Beistandschaft werde nämlich ein Vorsorgeauftrag unter Umständen Jahre zum Voraus erteilt, weshalb bei ihm im Sinne einer Ausnahmeregelung auch eine juristische Person beauftragt werden dürfe. Damit könne sichergestellt werden, dass im Zeitpunkt, in welchem die Vorsorgeauftraggeberin urteilsunfähig werde, tatsächlich eine oder mehrere Personen vorhanden seien, welche die vorgesehenen Aufgaben erledigen. Die zuständigen Personen würden sodann von der juristischen Person, die mit dem Vorsorgeauftrag ermächtigt wurde, bezeichnet. Dabei vertraue die Vorsorgeauftraggeberin der juristischen Person, dass diese eine für den Auftrag geeignete Person beauftrage. Bei der Beistandschaft sei es hingegen die Erwachsenenschutzbehörde, die dafür verantwortlich sei, dass im Einzelfall eine für die hilfsbedürftige Person geeignete Beistandsperson eingesetzt werde. Auch wenn damit Umtriebe verbunden seien, dürfe diese Aufgabe nicht an eine juristische Person delegiert werden.²⁵⁵ 104

Mit ähnlicher Argumentation hinsichtlich der unterschiedlichen Behandlung des Vorsorgeauftrags und der Beistandschaft vertreten auch STEINAUER/FOUNTOULAKIS die Auffassung, dass nur natürliche Personen als Beistände eingesetzt werden können. Das Schweizer Recht kenne die Führung von Beistandschaften durch juristische Personen nicht. Im Unterschied zum Vorsorgeauftrag sei es bei der Beistandschaft der Staat, der den Schutz und die Unterstützung der betroffenen Person gewährleiste und für die zu leistende Hilfe gegenüber der hilfsbedürftigen Person die Verantwortung trage. Aus diesem Grund solle auch der Staat die mit den entsprechenden Aufgaben zu betrauende Beistandsperson selber bezeichnen können.²⁵⁶ 105

²⁵³ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.04.

²⁵⁴ Vgl. zum Vormundschaftsrecht DISCHLER, Rz. 56 f. m.w.H., der für das System des Vormundschaftsrechts festgehalten hat, dass ebenfalls nur natürliche Personen als Vormund wählbar seien. Auch unter dem Vormundschaftsrecht wurde aber überlegt, ob *de lege ferenda* nicht von diesem Grundsatz abgewichen werden sollte. DISCHLER selbst stand einer Änderung des Grundsatzes der ausschliesslichen Wählbarkeit natürlicher Personen kritisch gegenüber.

²⁵⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 21.

²⁵⁶ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1158, FN 4.

- 106 Auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER führen aus, dass als Beistände nur natürliche Personen, welche diese Aufgabe persönlich wahrnehmen, ernannt werden können. Die Ernennung juristischer Personen oder staatlicher Stellen schliessen sie hingegen aus. Die ernannten Personen könnten jedoch durchaus bei einer staatlichen Stelle oder einer privaten Organisation angestellt sein.²⁵⁷ Gemäss JUNGO soll der hilfsbedürftigen Person mit der Errichtung einer Beistandschaft jemand zur Seite gestellt werden, der sich persönlich und vollverantwortlich um sie und ihr Wohl kümmere. Dies sei bei der Ernennung einer juristischen Person nicht gewährleistet, weshalb auch JUNGO die Auffassung vertritt, dass nur natürliche Personen als Beistände eingesetzt werden können.²⁵⁸ MEIER vertritt ebenfalls, dass ausschliesslich natürliche Personen als Beistände eingesetzt werden können.²⁵⁹ In der Schweiz habe der Gesetzgeber – im Unterschied zu Deutschland²⁶⁰ – darauf verzichtet, dass eine juristische Person als Beiständin ernannt werden kann. Ebenso sei die Einsetzung einer amtlichen Stelle als Beistand nicht möglich.²⁶¹
- 107 Nach hier vertretener Auffassung besteht diesbezüglich beim geltenden Erwachsenenschutzrecht kein Anpassungsbedarf und es sind in Übereinstimmung mit der wohl überwiegenderen Lehre ausschliesslich natürliche Personen als Beistände einzusetzen. Von den dargelegten Gründen der zitierten Autorinnen und Autoren, die für die Beibehaltung des geltenden Systems sprechen, ist insbesondere zu wiederholen bzw. zu betonen, dass im Rahmen behördlicher Massnahmen der Staat den Schutz betroffener Personen zu gewährleisten hat und für die zu leistende Unterstützung die Verantwortung trägt. Da sich der Staat seiner primären Verantwortung für Handlungen und Unterlassungen im Rahmen behördlicher Massnahmen nicht entziehen kann, soll er auch die Möglichkeit zur unmittelbaren Bestimmung der Beistandsperson haben.

c) Mitglieder und Mitarbeitende der Erwachsenenschutzbehörde als Beistand

- 108 Mitglieder und Mitarbeitende der Erwachsenenschutzbehörde sind aufgrund ihrer Aufsichtsaufgaben grundsätzlich nicht als Beistandspersonen

²⁵⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.119.

²⁵⁸ TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 2.

²⁵⁹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 109.

²⁶⁰ Vgl. § 1900 BGB.

²⁶¹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 938.

geeignet.²⁶² Dies dürfte zumindest insofern gelten, als die Mitarbeitenden einer Erwachsenenschutzbehörde nicht von derselben Behörde als Beistandspersonen eingesetzt werden sollten. Wird hingegen ein Mitarbeiter einer Erwachsenenschutzbehörde von einer anderen Behörde als Beistand eingesetzt, wobei er entsprechend dieser Behörde gegenüber rechen-schaftspflichtig ist, so ist dies nicht per se problematisch.

d) Abklärungspersonen als Beistand

Weiter stellt sich die Frage, ob externe Abklärungspersonen für die Über- 109
nahme des Beistandsmandats geeignet sind, wenn sie bereits in die Abklä-
rung involviert waren. Für eine Übernahme des Beistandsmandats durch die
Abklärungsperson kann ein allfälliges bereits während des Abklärungspro-
zesses aufgebautes Vertrauensverhältnis zwischen Abklärungsperson und
betroffener Person sprechen. Wenig sinnvoll erscheint die Einsetzung der
Abklärungsperson als Beiständin aber jedenfalls dann, wenn sich die be-
troffene Person gegen die Verbeiständung wehrt.²⁶³ Generell gegen die
Einsetzung der Abklärungsperson als Beiständin spricht gemäss anderer
Auffassung zudem die erhöhte Gefahr einer Interessenkollision, wenn Ab-
klärungs- und Betreuungskompetenzen miteinander verbunden bzw. ver-
mischt werden.²⁶⁴ Zu beachten sind in diesem Zusammenhang wohl tat-
sächlich die teilweise unterschiedlichen Rollen der Abklärungsperson, die
unter Anweisung und zuhänden der Erwachsenenschutzbehörde (z.T. uner-
freuliche) Abklärungsergebnisse über die betroffene Person zu liefern hat
und der Beiständin, welche – ohne in die vorgängigen Abklärungen invol-
viert gewesen zu sein – ihre unterstützende Funktion gemäss den ihr von
der Erwachsenenschutzbehörde zugewiesenen Aufgaben optimal wahr-
nehmen können soll. Um einen fortgesetzten Einfluss der Abklärungsperson
als Beiständin sowie eine entsprechende Funktions- und Kompetenzkumula-
tion zu vermeiden, wird es demnach oft sinnvoll sein, die Rollen der Abklä-
rungsperson und der Beiständin zu trennen und dafür nicht dieselbe Person
einzusetzen.²⁶⁵

²⁶² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7050; ESR Komm HÄFELI, Art. 400 ZGB, N 8; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 252; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.121; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 400 ZGB, N 7.

²⁶³ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.07.

²⁶⁴ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 20.

²⁶⁵ Auch ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, ZKE 2012, S. 426 f. konstatieren, dass die unter-
schiedlichen Rollen und Perspektiven von Abklärungsperson und Beistandsper-

2. Privat- oder Berufsbeistand

- 110 Grundsätzlich können drei Kategorien von Beiständen unterschieden werden: Erstens können die Beistandsaufgaben von einer Privatperson ohne spezifische berufliche Qualifikationen wahrgenommen werden. Zweitens kann eine Person mit spezifischen beruflichen Qualifikationen als Beistand eingesetzt werden und drittens können Mitarbeitende von Sozialdiensten oder Berufsbeistandschaften als Beistände amten.²⁶⁶ Das Gesetz enthält keine Hierarchie oder grundsätzliche Unterscheidung dieser ohnehin nicht klar voneinander abgrenzbaren Kategorien von Beiständen.²⁶⁷ Der Vorentwurf für eine Revision des ZGB von 2003 unterschied noch zwischen Privat-, Fach- und Berufsbeistand (Art. 387 Abs. 1 VE ZGB 2003).²⁶⁸ Faktisch existieren diese drei Kategorien von Beiständen, während das Gesetz lediglich den Berufsbeistand explizit erwähnt^{269, 270} Der Gesetzgeber unterscheidet demnach hinsichtlich bestimmter Modalitäten zumindest zwischen Privatbeiständen und Berufsbeiständen.
- 111 Im Jahr 2015 waren schweizweit ca. 7'900 Berufsbeistände und ca. 28'000 Privatbeistände eingesetzt. Rund 54 % der Erwachsenenschutzmassnahmen und 88,5 % der Kindesschutzmassnahmen wurden von Berufsbeiständen und rund 46 % der Erwachsenenschutzmassnahmen respektive 11,5 % der Kindesschutzmassnahmen von privaten Mandatsträgern geführt. Obwohl bei dieser Verteilung der Mandate davon ausgegangen werden kann, dass die Berufsbeistände im Vergleich zu den privaten Mandatsträgern im Durchschnitt jeweils deutlich mehr Mandate führen, ist die Tätigkeit der Privatbeistände vor allem bei den Erwachsenenschutzmassnahmen bedeutsam. Im Kindesschutz wird hingegen der überwiegende Teil der Mandate von Be-

son Hinweis dafür sein könnten, dass Abklärung und Mandatsführung voneinander zu trennen sind.

²⁶⁶ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.159.

²⁶⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7049; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.08.

²⁶⁸ Vgl. auch Bericht Erwachsenenschutz, VE ZGB 2003, S. 43.

²⁶⁹ In den Bestimmungen über die Entschädigung und Spesen (Art. 404 Abs. 1 ZGB) sowie in den Bestimmungen über das Ende des Amtes des Beistands (Art. 421 Ziff. 3 ZGB zum Ende des Arbeitsverhältnisses, Art. 424 ZGB zur Weiterführung der Geschäfte, Art. 425 Abs. 1 ZGB zur Schlussberichterstattung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses).

²⁷⁰ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.30.

rufsbeiständen geführt, während Privatbeistände eine kleinere Rolle spielen.²⁷¹

Gegenüber den verbeiständeten Personen haben Berufsbeistände und Privatbeistände die gleiche Rechtsstellung.²⁷² Die unterschiedliche Rechtsstellung des Berufsbeistands gegenüber dem Gemeinwesen oder dem Dienst, bei dem er als Arbeitnehmer nach öffentlichem Recht oder Privatrecht angestellt ist, hat keinen Einfluss auf sein Mandat als Beistand. Im Hinblick auf die Führung der Beistandschaft (Art. 405–414 ZGB) haben Berufsbeistände und Privatbeistände dieselben Rechte und Pflichten. Insbesondere unterstehen sie grundsätzlich derselben Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht (Art. 413 ZGB).²⁷³ Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 454 f. ZGB), welche eine primäre Staatshaftung vorsehen, gelten sowohl bei der Einsetzung von Berufsbeiständen als auch von privaten Mandatsträgern.²⁷⁴ Ferner unterstehen sämtliche Beistände gleichermaßen der Aufsicht und den Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde.²⁷⁵ Die Berufsbeistände unterstehen allerdings zusätzlich der hierarchischen Aufsicht des Dienstes, bei dem sie angestellt sind, was unter Umständen zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann.²⁷⁶

a) **Privatpersonen ohne spezifische berufliche Qualifikationen**

Werden Privatpersonen ohne spezifische berufliche Qualifikationen mit Bezug auf den Erwachsenenschutz als Beistände eingesetzt, handelt es sich dabei regelmässig um Angehörige und Personen aus dem Umfeld der Verbeiständeten oder um Personen aus der Freiwilligenarbeit. Diese Beistände werden auch als private Mandatsträger (PriMa) bezeichnet.²⁷⁷ Das Amt des Privatbeistands bietet geeigneten Personen eine Möglichkeit zu sinnvoller sozialer Tätigkeit und trägt dazu bei, dass soziales Verantwortungsbewusstsein, Verständnis und Rücksicht für unterstützungsbedürftige Mitglieder der

²⁷¹ INTERFACE, Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 58.

²⁷² BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 17.

²⁷³ ESR Komm HÄFELI, Art. 400 ZGB, N 7.

²⁷⁴ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.10.

²⁷⁵ Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz HECK, Rz. 180; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 947.

²⁷⁶ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 947, FN 1518 m.V. auf AFFOLTER, ZWW 2006.

²⁷⁷ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.159.

Gesellschaft bei der Bevölkerung erhalten bleiben.²⁷⁸ Überdies wird damit verhindert, dass jede mitmenschliche Hilfe an Institutionen und professionelle Dienste delegiert wird. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass aufgrund der Komplexität vieler Betreuungsaufgaben der Einsatz von Privatbeiständen ohne spezifische berufliche Qualifikationen nicht immer möglich ist und deshalb beschränkt bleibt.²⁷⁹ Die Anforderungen an Beistände von Personen mit mannigfachen Schwierigkeiten sind hoch. Insbesondere Suchtkranke, Menschen mit psychischen Störungen, grossen Schulden, schwierigen innerfamiliären Konflikten oder hilfsbedürftige Personen, die aktiv Widerstand gegen die Betreuung leisten, überfordern Beistände ohne einschlägige Ausbildung zuweilen.²⁸⁰

b) Personen mit spezifischen beruflichen Qualifikationen

- 114 Für Personen mit spezifischen beruflichen Qualifikationen, welche neben anderen Aufgaben auch Beistandsmandate führen, wird z.T. der Begriff des Fachbeistands verwendet.²⁸¹ Darunter fallen namentlich Mitarbeitende öffentlicher Sozialdienste, der Pro-Werke (Pro Infirmis, Pro Senectute, Procap), von privaten Firmen, welche Sozialarbeit anbieten sowie von Treuhandfirmen, Notariaten oder Anwaltskanzleien. Auf gesetzlicher Ebene wurde nicht geregelt, wie eine lückenlose Betreuung der Verbeiständeten über solche Firmen sichergestellt werden kann. Denn im Unterschied zu den Mandaten von Berufsbeiständen enden die Beistandsmandate von Mitarbeitenden privater Firmen grundsätzlich nicht mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses (Art. 421 Ziff. 3 ZGB). Somit müssten Fachbeistände als Mitarbeitende privater Firmen ihre Mandate nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses weiterführen, was faktisch kaum funktioniert, wenn sie nicht mehr auf die Firmeninfrastruktur zugreifen können. Führt eine Privatfirma über ihre Mitarbeitenden eine Vielzahl von Beistandsmandaten, wird sie deshalb gleich einer Berufsbeistandschaft sicherstellen müssen, dass während der Abwesenheit und beim Ausscheiden von Mitarbeitern firmeninterne Vertretungslösungen greifen, bis die Erwachsenenschutzbehörde jeweils eine Nachfolge ernannt hat. Sofern Fachbeistände in einem Arbeitsverhältnis zu einer Institution stehen, müssen für sie grundsätzlich die gleichen Regeln wie für Be-

²⁷⁸ Bericht Erwachsenenschutz, VE ZGB 2003, S. 43; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.09.

²⁷⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7050.

²⁸⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.09.

²⁸¹ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.30.

rufsbeistände gelten. Dies bedeutet insbesondere auch, dass die Entschädigung und der Spesenersatz wie bei den Berufsbeiständen an die Arbeitgeberin fallen (Art. 404 Abs. 1 ZGB).²⁸²

Freiberuflich tätige Fachbeistände, die für eine oder mehrere Erwachsenenschutzbehörden eine Mehrzahl von Mandaten führen, sowie Personen, die aufgrund ihres spezifischen Sachverstands (z.B. Anwälte oder Treuhänder) als Beistände ernannt werden, sind privaten Mandatsträgern gleichgestellt. Für sie gelten demnach die Weiterführungspflicht gemäss Art. 424 ZGB sowie die Bestimmungen über Schlussbericht und Schlussrechnung gemäss Art. 425 Abs. 1 ZGB.²⁸³ Offen und je nach Art der Beistandsmandate zu berücksichtigen ist auch in dieser Konstellation das Erfordernis der lückenlosen Mandatsführung. Damit bei Bedarf eine Vertretungsregelung sichergestellt ist, haben sich freiberuflich tätige Fachbeistände ausreichend (vertraglich) zu vernetzen. Ein Ausfall des Mandatsträgers sollte im Interesse der verbeiständeten Personen nicht in Kauf genommen werden.²⁸⁴ 115

c) Mitarbeitende von Berufsbeistandschaften und Sozialdiensten

Mitarbeitende von Berufsbeistandschaften oder Sozialdiensten, die hauptsächlich Beistandsmandate führen, werden als Berufsbeistände bezeichnet. Um als Berufsbeistand tätig zu sein, müssen diese Personen über bestimmte Kompetenzen verfügen.²⁸⁵ Neben den beruflichen Grundvoraussetzungen sind auch persönliche Eigenschaften von Bedeutung, um als Berufsbeistand tätig zu sein. Überdies werden Berufsbeistände durch eine professionelle Organisation unterstützt, wodurch notwendiges Fachwissen, fachliche und methodische Unterstützung und eine lückenlose Mandatsführung über Stellvertretungsregelungen abgedeckt werden können.²⁸⁶ 116

²⁸² KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.31.

²⁸³ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.32.

²⁸⁴ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.159.

²⁸⁵ Vgl. das «Anforderungsprofil Berufsbeistände» der SVBB, zu finden unter: <https://svbb-ascp.ch/fileadmin/user_upload/dokumente/aktuell/Anforderungsprofil%20SVBB_Deutsch_def.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

²⁸⁶ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.159; vgl. zur Thematik unter dem Vormundschaftsrecht auch AFFOLTER, ZVW 2006, S. 232 ff.

- 117 Im Wesentlichen können gemäss HÄFELI vier Organisationsmodelle von Berufsbeistandschaften unterschieden werden:²⁸⁷
- Kommunale und regionale, meist öffentlich-rechtlich organisierte Dienste, die Mandate für alle Altersstufen führen (z.B. AG, FR, GE, LU, SG, VD);
 - kommunale und regionale Berufsbeistandschaften für Erwachsene, z.T. kombiniert mit Sozialhilfearbeiten nach Sozialhilfegesetz (z.B. ZH);
 - kommunale und regionale Jugendsekretariate, Berufsbeistandschaften für Kinder- und Jugendliche, die gleichzeitig freiwillige Erziehungs- und Familienberatung anbieten (z.B. ZH);
 - kommunale und regionale polyvalente Sozialdienste, die wirtschaftliche Hilfe und freiwillige persönliche Sozialhilfe im Rahmen von Sozialhilfegesetzen und evtl. Spezialgesetzen leisten und Mandate für alle Altersstufen führen (z.B. regionale Sozialdienste im Kanton Bern und Gemeindefamiliensozialdienste im Kanton Aargau).
- 118 Es ist mehrheitlich Sache der Kantone, die Dienste des Sozialwesens bereitzustellen. Allerdings haben nur einige Kantone die Berufsbeistandschaften kantonalisiert (z.B. SZ, UR, ZG). In vielen Kantonen sind weiterhin die Gemeinden für die Führung entsprechender Dienststellen zuständig (z.B. AG, LU, SG, SO, TG, ZH). Die Vielfalt von Formen und Strukturen ist das Resultat einer kantonal und regional unterschiedlichen Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des privaten und öffentlichen Sozialwesens.²⁸⁸

3. Persönliche und fachliche Eignung

- 119 Art. 400 Abs. 1 ZGB sieht unter anderem vor, dass die von der Erwachsenenschutzbehörde als Beistand ernannte natürliche Person für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet sein muss. Unter persönlicher und fachlicher Eignung wird professionelle Handlungskompetenz verstanden, die sich aus Fach-, Methoden-, Sozial- und Selbstkompetenz ergibt.²⁸⁹ Über welche Kompetenzen und Fähigkeiten eine Beistandsperson im Einzelfall verfügen muss, um für die Übernahme eines Beistandsmandats

²⁸⁷ ESR Komm HÄFELI, Art. 400 ZGB, N 5.

²⁸⁸ ESR Komm HÄFELI, Art. 400 ZGB, N 5.

²⁸⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7049; BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 15a; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.11; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.118.

geeignet zu sein, ist von der hilfsbedürftigen Person sowie der Art und den Aufgaben der zu errichtenden Beistandschaft abhängig.

a) Persönliche Eignung

Das Gesetz unterscheidet in seinem Wortlaut zwischen persönlicher und fachlicher Eignung des Beistands. Bei der persönlichen Eignung geht es um die grundsätzliche Eignung, ohne deren Vorhandensein eine Person als Beistand ausser Betracht fällt.²⁹⁰ Die Beistandsperson muss volljährig und urteilsfähig sein und darf nicht selbst verbeiständet sein (Art. 421 Ziff. 4 ZGB).²⁹¹ Zur Führung eines Beistandsmandats ausser Betracht fallen auch Personen, die wegen schwerwiegender Delikte und insbesondere wegen Vermögensdelikten verurteilt worden sind oder die sonst ihre Finanzen nicht in Ordnung halten. Grundsätzlich sind demnach ein guter Leumund bzw. ein einwandfreies Straf- und Betreibungsregister gefordert.²⁹² Einer Person, welche diese Voraussetzungen selbst nicht erfüllt, eine hilfsbedürftige Person und namentlich eine Vermögensverwaltungsbeistandschaft anzuvertrauen, ist grundsätzlich nicht verantwortbar, ausser die Erwachsenenschutzbehörde kommt ausnahmsweise zum Schluss, dass es sich um eine einmalige Verfehlung gehandelt habe oder dass nicht damit zu rechnen ist, dass begangene Delikte sich negativ auf die konkrete Mandatsführung auswirken. Ferner kann eine Person als nicht geeignet betrachtet werden, wenn sie körperlich oder psychisch nicht belastbar ist, ihr die notwendige charakterliche Reife oder Zuverlässigkeit fehlt, wenn sie kein ausreichend sicheres Auftreten hat oder wenn sie nicht bereit ist, für eine andere Person zu sorgen.²⁹³

Abgesehen von Personen, die grundsätzlich nicht geeignet sind, gibt es auch Personen, die aus persönlichen Gründen im Einzelfall nicht als Beistand oder Beistandin in Frage kommen, unabhängig davon, welche Aufgaben zu erledigen sind. Darunter fallen z.B. Personen, bei welchen wiederholte Interessenkollisionen absehbar sind²⁹⁴ und Personen, die zu Streit in der Familie

²⁹⁰ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 22 m.w.H.

²⁹¹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.06; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1161.

²⁹² FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 251.

²⁹³ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 22 m.V. auf DISCHLER, Rz. 133 ff.

²⁹⁴ Vgl. für Beispiele dazu STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1164, FN 18.

der verbeiständeten Person führen können oder die mit der verbeiständeten Person verfeindet sind.²⁹⁵

- 122 Sofern keine Ausschlussgründe vorliegen, ist zu prüfen, wer im konkreten Fall am besten geeignet ist, um das Beistandsmandat zu erfüllen. Gemäss Art. 406 Abs. 2 ZGB soll der Beistand danach streben, ein Vertrauensverhältnis zur betroffenen Person aufzubauen. Zur Erreichung dieses Ziels ist es von Vorteil, wenn die hilfsbedürftige Person und der Beistand möglichst zueinander passen. Dies gilt sowohl bei einem Privatbeistand als auch bei einem Berufsbeistand.²⁹⁶ Trotz guter Beziehung zur hilfsbedürftigen Person hat der Beistand oder die Beistandin dennoch genügend objektiv und unabhängig zu sein und eine gewisse emotionale Distanz zu wahren,²⁹⁷ um das Beistandsmandat einwandfrei erfüllen zu können.²⁹⁸
- 123 Im Rahmen der persönlichen Eignung einer Beistandsperson spielt ihre Sozialkompetenz eine Rolle. Diese beinhaltet im Allgemeinen Fähigkeiten, mit denen soziale Beziehungen zu hilfsbedürftigen Personen bewusst gestaltet werden. Dazu gehört insbesondere die Beziehungsfähigkeit als Fähigkeit, (berufliche) Beziehungen einzugehen, motivierend und sachbezogen zu gestalten und aufrecht zu erhalten. Ferner gehört auch die Fähigkeit dazu, unterschiedliche Rollen einnehmen zu können sowie die Fähigkeit zur Zusammenarbeit. Schliesslich hilft auch Kritik- und Konfliktfähigkeit als Fähigkeit, Konflikte wahrzunehmen, anzusprechen und zu konstruktiven Lösungen beizutragen.²⁹⁹
- 124 Ebenfalls von Bedeutung im Hinblick auf die persönliche Eignung einer Person als Beistand ist deren Selbstkompetenz. Selbstkompetenz wird als Fähigkeit verstanden, die eigene Person als Werkzeug in die (berufliche) Beistandstätigkeit einzubringen, wobei bestimmte für die Tätigkeit förderliche persönliche Einstellungen und Wertvorstellungen hilfreich sein können. Dazu gehören z.B. Achtung und Respekt vor dem Menschen als Individuum, die Fähigkeit und Bereitschaft, eigene Wertvorstellungen zu reflektieren und eigene Machtausübung (über hilfsbedürftige Personen) zu kontrollieren.

²⁹⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 23 mit weiteren Beispielen.

²⁹⁶ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 24.

²⁹⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 252.

²⁹⁸ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 24 mit weiteren Ausführungen und Beispielen.

²⁹⁹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.15 m.w.H.

Ferner sind Flexibilität und Belastbarkeit sowie die Fähigkeit und Bereitschaft, aus Erfahrungen zu lernen, hilfreich.³⁰⁰

b) Fachliche Eignung

Die fachliche Eignung bezieht sich auf die für die Ausübung des konkreten Mandats notwendigen Fachkompetenzen. Der Gesetzgeber ging bei der Schaffung des Erwachsenenschutzrechts davon aus, dass es einfachere Beistandsmandate gibt, für welche auch Privatpersonen ohne spezifisches Fachwissen, jedoch mit Lebenserfahrung, gesundem Menschenverstand, Sozialkompetenz und gutem Willen als Beistände in Frage kommen. Viele Beistandsmandate sind aber in psychologischer, sozialer sowie medizinischer Hinsicht und/oder aufgrund der Art eines zu verwaltenden Vermögens so komplex, dass besonderes Fachwissen zu deren Führung notwendig ist und deshalb ein Berufsbeistand mit dem Mandat zu betrauen ist. Zu bedenken ist allerdings, dass abgesehen von Berufsbeiständen zuweilen auch andere Personen über das im konkreten Fall notwendige Fachwissen verfügen und als sog. Fachbeistände eingesetzt werden können.³⁰¹ 125

Abhängig von der hilfsbedürftigen Person, ihrem Schwächezustand und ihren Bedürfnissen hat die Erwachsenenschutzbehörde im Einzelfall ein fachliches Anforderungsprofil für die Beistandsperson zu erstellen und ihre Aufgaben zu umschreiben (Art. 391 Abs. 1 ZGB). Ziel der Tätigkeit des Beistands ist nach Möglichkeit die Linderung oder die Verhütung einer Verschlimmerung des Schwächezustands der betroffenen Person (Art. 406 Abs. 2 ZGB). Als Beistand zu ernennen ist jeweils eine das Anforderungsprofil möglichst gut erfüllende Person.³⁰² 126

Fachkompetenzen, die im Zusammenhang mit der Führung von (anspruchsvollen) Beistandsmandaten regelmässig erforderlich sind, betreffen z.B. fundiertes Wissen über die Erscheinungsformen von Problemen im Zusammenhang mit unterschiedlichen Schwächezuständen und Zielgruppen. Fachwissen in den Bereichen der Medizin, Sozial- und Humanwissenschaften zu individuellen und gesellschaftlichen Problemen sowie Kenntnisse der einschlägigen Rechtsgrundlagen und organisatorischen sowie institutionellen Rahmenbedingungen der Beistandstätigkeit sind ebenfalls hilfreich. Im Rahmen der Fachkompetenz ist nicht nur die Akkumulation von Wissen 127

³⁰⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.16 m.w.H.

³⁰¹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 25.

³⁰² BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 26.

gefragt, sondern auch die Fähigkeit, das fachliche Wissen bei der Anwendung kritisch zu prüfen, zu gewichten und selbstständig sowie durch gezielte Weiterbildung zu vertiefen und zu erweitern.³⁰³

- 128 Im Zusammenhang mit der fachlichen Eignung einer Beistandsperson ist auch ihre Methodenkompetenz von Bedeutung. Diese umfasst insbesondere die Fähigkeit, Fachwissen zielgerichtet bei der Erfüllung der Beistandsaufgaben einzusetzen. Zumindest professionelle Mandatsträger müssen fach- und berufsspezifische Verfahren und Problemlösungsmethoden kennen sowie situationsgerecht anwenden können. Professionelles Handeln geschieht dabei planmässig, beruht auf erkenntnisbasierter Grundlage und unter Einsatz erprobter Methoden und Techniken. Bei der Führung von Beistandsmandaten sind insbesondere Methoden der Beratung, Verhandlung, Ressourcenerschliessung und des Sozialmanagements hilfreich.³⁰⁴

4. Zeitliche Verfügbarkeit und persönliche Wahrnehmung der Aufgaben

a) Zeitliche Verfügbarkeit

- 129 Art. 400 Abs. 1 ZGB verlangt ausdrücklich, dass der Beistand oder die Beiständin die zur Wahrnehmung der vorgesehenen Aufgaben erforderliche Zeit einsetzen können muss. Bei privaten Beiständen soll mit dieser Vorschrift sichergestellt werden, dass nicht Personen eingesetzt werden, die beruflich und/oder privat derart belastet sind, dass sie nicht in der Lage sind, die für das konkrete Beistandsmandat notwendige Zeit aufwenden zu können.³⁰⁵ Allein die persönlichen und fachlichen Fähigkeiten einer Person genügen nicht, um ein Mandat im wohlverstandenen Interesse der hilfsbedürftigen Person wahrzunehmen.³⁰⁶ Die Tätigkeit als Beistand erfordert regelmässig auch ein erhebliches Engagement in zeitlicher Hinsicht. Art. 405 Abs. 1 ZGB verpflichtet den Beistand oder die Beiständin zur persönlichen Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person. Gehört die Vermögensverwaltung zu den Aufgaben der Beistandsperson, so hat sie gemäss Art. 405 Abs. 2 ZGB in Zusammenarbeit mit der Erwachsenenschutzbehörde unverzüglich ein Inventar der zu verwaltenden Vermögenswerte aufzunehmen.

³⁰³ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.13 m.w.H.

³⁰⁴ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.14 m.w.H.

³⁰⁵ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.18.

³⁰⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7050.

Weiter hat der Beistand oder die Beiständin die hilfsbedürftige Person in Entscheidungen einzubeziehen und ihren Willen, das Leben nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten, zu achten (Art. 406 Abs. 1 ZGB). Insgesamt hat der Beistand oder die Beiständin danach zu streben, ein Vertrauensverhältnis zur hilfsbedürftigen Person aufzubauen (Art. 406 Abs. 2 ZGB), was i.d.R. nur unter Einsatz gewisser zeitlicher Ressourcen möglich ist.³⁰⁷

Auch für Berufsbeistände gilt Art. 400 Abs. 1 ZGB und ihre Arbeit bzw. Mandatzuteilung ist so zu planen, dass sie für die Wahrnehmung der Mandate im Interesse der betroffenen Personen genügend Zeit einsetzen können. Mit der Bestimmung sind der Anzahl der von einem Berufsbeistand zu übernehmenden Mandate rechtliche Grenzen gesetzt.³⁰⁸ Im Unterschied zu privaten Mandatsträgern haben Berufsbeistände regelmässig administrative Unterstützung des Dienstes, bei welchem sie angestellt sind. Aufgrund der kantonal und regional unterschiedlichen Organisationsformen der Berufsbeistandschaften und Sozialdienste ist es jedoch schwierig, Standards betreffend die Anzahl der von einem im Vollzeitpensum tätigen Berufsbeistand zu führenden Mandate festzulegen.³⁰⁹ Überdies ist auch der pro Mandat notwendige zeitliche Aufwand sehr unterschiedlich.³¹⁰ Denkbar ist aber, dass Anforderungen an die Qualität der Mandatsführung im Hinblick auf Strukturen, Prozesse und Ergebnisqualität formuliert werden, womit das gesetzliche Erfordernis des Einsatzes der «erforderlichen Zeit» konkretisiert werden kann.³¹¹

Gemäss REUSSER hat die Erwachsenenschutzbehörde eine Person als Beistand einzusetzen, die zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben genügend Zeit zur Verfügung hat. Achte die Erwachsenenschutzbehörde bei der Einsetzung der

³⁰⁷ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.18; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.12.

³⁰⁸ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 253.

³⁰⁹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 27.

³¹⁰ Vgl. KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.17 ff. für weitere Ausführungen sowie ein Beispiel einer Ressourcenberechnung für Berufsbeistandschaften. Im Sinne eines Erfahrungswerts, der jedoch nicht ohne Vorbehalt verallgemeinert werden kann, wird in der Literatur davon ausgegangen, dass ein im Vollzeitpensum tätiger Berufsbeistand zwischen 60 und 100 Mandate führen kann. Diese Zahl ist allerdings stark von der Art und den Aufgaben der einzelnen Mandate sowie von der dem Beistand zur Verfügung stehenden administrativen Unterstützung abhängig.

³¹¹ VOGEL, ZVW 2003, S. 335.

Beistandsperson nicht darauf, begehe sie eine Pflichtverletzung.³¹² Sofern Berufsbeistandschaften überlastet oder überfordert sind, hat die Erwachsenenschutzbehörde auf andere geeignete Ressourcen, namentlich private Sozialdienste, Treuhandfirmen oder geeignete Fachpersonen zurückzugreifen.³¹³

b) Persönliche Wahrnehmung der Aufgaben

- 132 Mit dem Erfordernis der zeitlichen Verfügbarkeit verknüpft ist die Verpflichtung der Beistandsperson, die Aufgaben grundsätzlich selber wahrzunehmen (Art. 400 Abs. 1 ZGB). Die Pflicht zur persönlichen Wahrnehmung der Aufgaben entspricht gemäss REUSSER dem Auftragsrecht des Obligationenrechts (Art. 394 ff. OR).³¹⁴ Nicht ausgeschlossen ist demnach der Beizug von Hilfspersonen für Aufgaben, die dem Wesen der Beistandschaft nach nicht unbedingt die spezifischen Fähigkeiten der Beistandsperson erfordern und deshalb nicht zwingend von ihr persönlich zu erledigen sind (z.B. administrative Tätigkeiten). Bei der Beistandsperson nicht (genügend) vorhandene Fähigkeiten können die Übertragung einer spezifischen Teilaufgabe (z.B. komplexe Vermögensverwaltungsaufgaben, Fachschätzungen usw.) auf eine Fachperson sinnvoll oder gar im Interesse der betroffenen Person notwendig werden lassen.³¹⁵ Auch die persönliche Betreuung der betroffenen Person kann beispielsweise bei deren Unterbringung in einer Einrichtung auf die zuständigen Fachpersonen übertragen werden.³¹⁶ Soweit ersichtlich spricht sich die juristische Lehre bei entsprechenden Konstellationen für eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Obligationenrechts (insb. Art. 68 und Art. 101 OR) sowie der Bestimmungen des Auftragsrechts (insb. Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 OR) im Innenverhältnis aus.³¹⁷

³¹² BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 28.

³¹³ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.160.

³¹⁴ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 30 m.w.H.

³¹⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 30; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 253 f.; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.13.

³¹⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7050.

³¹⁷ BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 213; BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 30; ESR Komm HÄFELI, Art. 408 ZGB, N 2, der von einem auftragsähnlichen Verhältnis zwischen der betroffenen Person und dem Beistand spricht; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 253 f.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.20; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.13; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 949; OFK ZGB

Der Beistand haftet bei rechtmässiger Delegation von Aufgaben bzw. beim rechtmässigen Beizug von Hilfspersonen grundsätzlich für die gehörige Sorgfalt bei deren Wahl und Instruktion (vgl. Art. 399 Abs. 2 OR).³¹⁸ Überdies soll er in gewissen Fällen auch für die erforderliche Überwachung der Hilfspersonen haften.³¹⁹ 133

Richtigerweise basiert beim rechtmässigen Beizug einer Hilfsperson durch den Beistand seine Verantwortlichkeit für die Handlungen der Hilfsperson abhängig von der Bedeutung, welche die Hilfsperson hat, auf unterschiedlicher Grundlage: Ein Beistand, der eine Hilfsperson beizieht, welche ihm Tätigkeiten abnimmt, die er auch selbst erledigen könnte, ist für die Handlungen dieser Hilfsperson verantwortlich wie für seine eigenen (Art. 101 OR). Zieht ein Beistand jedoch eine Hilfsperson bei, welche Arbeit für ihn erledigt, für die er selbst nicht genügend qualifiziert ist,³²⁰ so ist die Verantwortlichkeit des Beistands nach Art. 399 Abs. 2 OR analog zu beurteilen. Zu unterscheiden ist demnach der Beizug einer Hilfsperson, der zwar zulässig aber nicht unbedingt notwendig ist und der Beizug einer Hilfsperson, der nicht nur zulässig, sondern im Interesse der betroffenen Person geradezu notwendig ist. In der ersten Konstellation ist der Beistand für die Handlungen der Hilfsperson wie für seine eigenen verantwortlich,³²¹ während er in der zweiten Konstellation für die Wahrung der gehörigen Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion, nicht aber für die Überwachung der Hilfsperson verantwortlich ist.³²² Diese differenzierte Handhabung ist sinnvoll, da es einem Beistand, der eine Hilfsperson mangels eigener Kompetenzen in einer spezifischen Angelegenheit beizieht, regelmässig kaum möglich sein wird, die Tätigkeit der beigezogenen Hilfsperson fachlich zu überwachen. Im Falle einer Verantwortlichkeit wird allerdings im Aussenverhältnis nicht der Bei- 134

FASSBIND, Art. 400, N 1 a.E.; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 413 ZGB, N 2; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1163.

³¹⁸ Vgl. z.B. BGer 5A_687/2014 vom 16. Dezember 2014, E. 3.2.2.

³¹⁹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 30 m.V. auf die Ausführungen zum Vormundschaftsrecht von BOKSTALLER, S. 39 und CAVIEZEL, S. 183 ff. sowie ZK ZGB EGGER, aArt. 413, N 9; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1018.

³²⁰ In diesem Fall ist der Beistand analog dem Beauftragten durch die Umstände genötigt, die Besorgung der Aufgabe an einen Dritten zu übertragen (Art. 398 Abs. 3 OR).

³²¹ Und sollte entsprechend sowohl bei der Wahl und Instruktion als auch bei der Überwachung der Hilfsperson die gebührende Sorgfalt walten lassen.

³²² MEIER, ZKE 2014, S. 432 f. m.w.H.

stand persönlich, sondern gemäss Art. 454 Abs. 3 ZGB primär der Kanton haftbar.

- 135 Bei unzulässiger Delegation von Aufgaben ist der Beistand bzw. der Kanton grundsätzlich für die Handlungen der Hilfsperson verantwortlich wie für seine eigenen.³²³
- 136 Diese Grundsätze sind gemäss MEIER allerdings zu mildern, sofern der Beistand als Vertreter der betroffenen Person vertraglich einen Dritten beizieht. In diesem Fall habe die betroffene Person nicht mittels analoger Anwendung von Art. 399 Abs. 3 OR diejenigen Ansprüche gegen den Dritten geltend zu machen, welche dem Beistand gegen ihn zustehen würden. Vielmehr sei in dieser Konstellation die betroffene Person ebenfalls Vertragspartnerin des beigezogenen Dritten und könne deshalb vertraglich (Art. 398 OR) oder ausservertraglich (Art. 41 OR) gegen ihn vorgehen.³²⁴ Parallel dazu kann die betroffene Person gemäss Art. 454 ZGB gegen den Kanton vorgehen. Bei Anspruchskonkurrenz geht schliesslich gemäss Art. 51 Abs. 2 OR die vertragliche der ausservertraglichen Haftung vor.³²⁵

5. Ernennung mehrerer Personen als Beistände

a) Allgemeines

- 137 Im zweiten Satz von Art. 400 Abs. 1 ZGB hat der Gesetzgeber festgehalten, dass bei besonderen Umständen mehrere Personen als Beistände ernannt werden können. Besondere Umstände in diesem Sinn liegen vor, wenn die Interessen und das Wohl der betroffenen Person durch eine sog. Mehrfachbeistandschaft besser gewahrt werden können als durch eine Einzelbeistandschaft.³²⁶ Ob sich die Einsetzung mehrerer Beistände rechtfertigt, lässt sich unter Berücksichtigung des Umfangs und der Komplexität der zu bewältigenden Beistandsaufgaben sowie aufgrund der gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der betroffenen Person einschätzen. Mit zu berücksichtigen sind die Wünsche der betroffenen Person und ihrer Angehörigen oder anderer nahestehender Personen (Art. 401 ZGB) sowie die Kapazitäten und Fähigkeiten der Personen, die als Beistände zur Verfü-

³²³ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 408, N 15; MEIER, ZKE 2014, S. 433.

³²⁴ MEIER, ZKE 2014, S. 433 m.V. auf CAVIEZEL, S. 193 und AEPLI, S. 36.

³²⁵ MEIER, ZKE 2014, S. 434.

³²⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 254; zum Vormundschaftsrecht: DISCHLER, Rz. 75.

gung stehen.³²⁷ Bei der Ernennung mehrerer Personen als Beistände hat die Erwachsenenschutzbehörde festzulegen, ob das Amt von ihnen in allen Bereichen gemeinsam auszuüben ist oder ob sie unterschiedliche Zuständigkeiten haben (Art. 402 Abs. 1 ZGB). Mit einer gemeinsamen bzw. geteilten Mandatsführung können sowohl Privatbeistände als auch Berufsbeistände beauftragt werden. Auch eine Kombination von Privat- und Berufsbeiständen ist möglich.³²⁸

b) Gemeinsame Führung der Beistandschaft

Die gemeinsame Führung der Beistandschaft ist nur möglich, wenn die als Beistände eingesetzten Personen auch tatsächlich zusammenarbeiten können. Deshalb kann sie den vorgesehenen Beistandspersonen nur mit deren Einverständnis übertragen werden (Art. 402 Abs. 2 ZGB).³²⁹ Bei der gemeinsamen Führung der Beistandschaft haben die Beistände grundsätzlich kollektiv (nach dem Vorbild von Art. 403 Abs. 2 OR) oder mittels Vollmachten zu handeln. Das Modell der gemeinsamen Führung der Beistandschaft ist gemäss AFFOLTER-FRINGELI zwar mit der gemeinsamen elterlichen Sorge wesenstverwand, unterscheidet sich davon allerdings im rechtsgeschäftlichen Umgang mit Dritten. Während Dritte bei Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge voraussetzen dürfen, dass jeder Elternteil im Einverständnis mit dem anderen handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB), kann dies für die Beistandsgemeinschaft nicht gelten. Deren Sinn ist vielmehr die tatsächliche gemeinsame Amtsführung sowie eine gegenseitige Kontrolle, was durch eine analoge Anwendung von Art. 304 Abs. 2 ZGB in sämtlichen drei Sorgebereichen (Personensorge, Vermögenssorge, Rechtsverkehr) unterlaufen würde.³³⁰ Anerkannt ist indessen auch bei der gemeinsamen Führung einer Beistandschaft, dass jede Beistandsperson bei Dringlichkeit eines Geschäfts ohne die

³²⁷ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 35.

³²⁸ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 31.

³²⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.122.

³³⁰ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.274; vgl. auch BSK ZGB I REUSSER, Art. 402, N 6 ff., welche die Delegation oder Aufteilung von Aufgaben nach dem Vorbild der elterlichen Sorge im Bereich der Personensorge grundsätzlich für statthaft hält, jedoch darauf hinweist, dass wichtige Entscheidungen, welche die Personensorge betreffen, dennoch von den Beiständen gemeinsam zu fassen seien.

Zustimmung oder Genehmigung der anderen Beistände allein handeln darf.³³¹

c) Geteilte Führung der Beistandschaft

- 139 Bei geteilter Führung der Beistandschaft ist es im Interesse und zum Wohl der betroffenen Person von Bedeutung, dass die Erwachsenenschutzbehörde eine möglichst exakte Festlegung und Zuordnung der Aufgaben und Kompetenzen der einzelnen Beistandspersonen vornimmt.³³² Es sind zahlreiche Varianten der Aufteilung der Beistandsaufgaben möglich. Eine Aufteilung auf mehrere Personen kann z.B. in Fällen sinnvoll sein, in welchen eine private Vertrauensperson zwar für die persönliche Betreuung der betroffenen Person geeignet ist, nicht aber für die Verwaltung eines grossen Vermögens. In dieser Konstellation könnte die Vermögensverwaltung einem Berufsbeistand übertragen werden. Denkbar ist weiter, dass eine Angehörige der betroffenen Person für die Übernahme der persönlichen Betreuung geeignet und bereit ist, die Vermögensverwaltung aus persönlichen Gründen jedoch nicht übernehmen möchte.³³³ Bei der geteilten Mandatsführung ist jede Beistandsperson für den ihr von der Erwachsenenschutzbehörde zugewiesenen Aufgabenbereich selbstständig zuständig und hat der Behörde für ihren Wirkungskreis Bericht zu erstatten und Rechnung abzulegen. Eine gegenseitige Kontrolle der Beistände findet grundsätzlich nicht statt.³³⁴

d) Einsetzung einer Beistandsperson und Beizug von Fachpersonen bei Bedarf

- 140 Wenn mehrere Beistände für dieselbe betroffene Person tätig sind, ergeben sich regelmässig Berührungspunkte und allfällige damit verbundene Überschneidungen ihrer Tätigkeit. Als Alternative zur Ernennung mehrerer Beistandspersonen hat die Erwachsenenschutzbehörde deshalb auch die Einsetzung eines einzigen Beistands mit der Funktion eines Koordinators und Entscheidungsträgers in Erwägung zu ziehen und nach Möglichkeit zu bevorzugen. Der Beistand kann dann mittels Vergabe von Aufträgen die benö-

³³¹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 402, N 11 m.w.H.

³³² FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 261.

³³³ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.23.

³³⁴ BSK ZGB I REUSSER, Art. 402, N 15 und 17.

tigte Unterstützung durch Fachpersonen sicherstellen.³³⁵ Beispielsweise könnte er in dieser Konstellation das Vermögen der betroffenen Person durch eine Bank verwalten und allfällige Liegenschaften von einer Liegenschaftsverwaltung bewirtschaften lassen.³³⁶

6. Von der Übernahmespflicht zur Freiwilligkeit

Art. 400 Abs. 2 ZGB sieht noch bis am 31. Dezember 2018 eine grundsätzliche Pflicht der von der Erwachsenenschutzbehörde als Beistand vorgesehene Person zur Übernahme der Beistandschaft vor, sofern nicht wichtige Gründe dagegensprechen. Die Bestimmung kann als symbolische Rechtsetzung betrachtet werden und soll zum Ausdruck bringen, dass auch unter veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen Solidarität und Mitmenschlichkeit keine leeren Worte sein dürfen.³³⁷ Zu den wichtigen Gründen, aus welchen die Übernahme einer Beistandschaft abgelehnt werden kann, gehören insbesondere persönliche Gründe wie starke aktuelle oder bevorstehende berufliche oder familiäre Belastung oder bereits übernommene öffentliche Aufgaben.³³⁸ Die Übernahmespflicht gemäss Art. 400 Abs. 2 ZGB richtet sich primär an Privatpersonen als Beistände. Berufsbeistände sind dagegen zur Führung von Beistandschaften angestellt, weshalb für sie die Geltendmachung wichtiger Gründe zur Ablehnung eines Mandats ohnehin nur eingeschränkt möglich ist.³³⁹ Aus rechtsdogmatischer Sicht handelt es sich bei der Übernahmespflicht um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die im formalen Bundeszivilrecht normiert ist.³⁴⁰ 141

Im Hinblick auf die Sinnhaftigkeit der Verankerung einer Übernahmepflicht im Gesetz war sich die juristische Lehre lange uneinig. Unabhängig von der Bewertung der Sinnhaftigkeit ist betreffend Art. 400 Abs. 2 ZGB festzuhal- 142

³³⁵ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.162 und 8.274a; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 968.

³³⁶ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 37.

³³⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7050; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 254; OFK ZGB FASSBIND, Art. 400, N 3; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 400 ZGB, N 13; der Übernahmepflicht kritisch gegenüberstehend: CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 400, N 8; ESR Komm HÄFELI, Art. 400 ZGB, N 15; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.29.

³³⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7050.

³³⁹ CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 400, N 8; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.29a.

³⁴⁰ So bereits zum Vormundschaftsrecht: DISCHLER, Rz. 80.

ten, dass die Bestimmung in liberaler Art und Weise angewendet werden sollte bzw. die wichtigen Gründe für eine Ablehnung der Übernahme weit auszulegen sind.³⁴¹ Evident dürfte immerhin auch sein, dass die erzwungene Führung einer Beistandschaft durch eine Privatperson kaum im wohlverstandenen Interesse der verbeiständeten Person liegen kann.³⁴² Auch für die Zusammenarbeit von Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde verheisst eine (bereits anfängliche) Anwendung einseitigen Zwangs durch die Behörde wohl nicht viel Gutes. Sodann fehlt es einer vorgesehenen Beistandsperson, welche die Übernahme einer Beistandschaft entschieden und beständig ablehnt, bereits an der von Art. 400 Abs. 1 ZGB vorausgesetzten persönlichen Eignung.³⁴³

- 143 Insbesondere aufgrund der Verberuflichung des Sozialwesens hat die Übernahmepflicht im Laufe der Zeit an Bedeutung verloren.³⁴⁴ Gemäss einer Umfrage aus dem Jahr 2010 wurde die Übernahmepflicht (gem. aArt. 382 ZGB) lediglich in einem Kanton der Schweiz (VD) noch tatsächlich durchgesetzt.³⁴⁵ FLÜCKIGER hielt die Übernahmepflicht jedoch insgesamt für überholt und eine Revision von Art. 400 Abs. 2 ZGB für erforderlich.³⁴⁶ Diese Ansicht wurde sodann von Nationalrat Jean-Christophe Schwaab im Bundesparlament vertreten. In der parlamentarischen Initiative 12.413 vom 14. März 2012 forderte er die Änderung von Art. 400 Abs. 2 ZGB dahin gehend, dass eine Person nur mit ihrem Einverständnis als Beistand ernannt werden darf.
- 144 Unabhängig vom Bestand der Übernahmepflicht darf nicht vergessen werden, dass Privatbeistände eine wichtige Rolle insbesondere im Erwachsenenschutz spielen. Oft verfügen sie über wertvolles Wissen sowie vorbestehende soziale Beziehungen zu den betroffenen Personen. Überdies verfügen Privatbeistände nicht selten auch über mehr zeitliche Ressourcen zur Wahrnehmung eines einzelnen Mandats als Berufsbeistände, welche zahlreiche Mandate parallel wahrzunehmen haben. Dass gewisse anspruchsvolle Beistandsmandate spezifische Kompetenzen von den Beistandspersonen erfor-

³⁴¹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 951 m.V. auf STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1177.

³⁴² FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 254; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.29; so bereits zum Vormundschaftsrecht: DISCHLER, Rz. 145.

³⁴³ Vgl. auch vorne, Rz. 120.

³⁴⁴ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.29; so bereits zum Vormundschaftsrecht: DISCHLER, Rz. 79.

³⁴⁵ FLÜCKIGER, ZKE 2011, S. 277 f.

³⁴⁶ FLÜCKIGER, ZKE 2011, S. 286.

dern und entsprechend nicht unbedingt von Privatbeiständen, sondern eher von Berufsbeiständen wahrzunehmen sind,³⁴⁷ ist der Sache bzw. den entsprechenden Lebenssituationen und Schwierigkeiten der unterstützungsbedürftigen Personen geschuldet, schmälert die Bedeutung der Privatbeistände im Allgemeinen aber keineswegs.³⁴⁸

In der Herbstsession 2017 hat die Bundesversammlung beschlossen, dass Art. 400 Abs. 2 ZGB dahin gehend geändert werden soll, dass eine Person nur mit ihrem Einverständnis zum Beistand ernannt werden darf.³⁴⁹ Damit wird die Pflicht zur Übernahme des Beistandsamtes abgeschafft und die Erwachsenenschutzbehörde bedarf künftig zur Übertragung des Amtes der Zustimmung der vorgesehenen Beistandsperson. Das Inkrafttreten des revidierten Art. 400 Abs. 2 ZGB wurde vom Bundesrat – nachdem innert Frist kein Referendum ergriffen wurde – auf den 1. Januar 2019 festgelegt.³⁵⁰

7. Instruktion, Beratung und Unterstützung durch die Erwachsenenschutzbehörde

In Art. 400 Abs. 3 ZGB hat der Gesetzgeber bestimmt, dass die Erwachsenenschutzbehörde dafür zu sorgen hat, dass die Beistandsperson die erforderliche Instruktion, Beratung und Unterstützung erhält.

Die Bestimmung ist wohl in erster Linie für Privatbeistände und insbesondere für diejenigen ohne spezifische Fachkenntnisse im Hinblick auf das von ihnen zu führende Mandat von Bedeutung.³⁵¹ Denn soweit die Beistandsperson nicht durch gesetzliche Bestimmungen (z.B. Art. 412 und 416 ZGB) oder durch Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde (z.B. Art. 417 ZGB, Art. 9 Abs. 2 VBVV) in ihrer Handlungskompetenz eingeschränkt wird, hat

³⁴⁷ Z.B. Beistandschaften für Personen mit schweren Suchterkrankungen, chronischen psychischen Störungen oder schwierigen innerfamiliären Konflikten.

³⁴⁸ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 954.

³⁴⁹ Vgl. Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 29. September 2017, zu finden unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20120413>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

³⁵⁰ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamtes für Justiz vom 27. Juni 2018, zu finden unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2018/ref_2018-06-271.html> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

³⁵¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 255; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 955.

sie weitgehende Autonomie in der Mandatsführung.³⁵² Für die Erreichung der Ziele einer Massnahme sowie zur Förderung der Bereitschaft von Privaten zur freiwilligen Übernahme einer Beistandschaft ist es deshalb wichtig, dass Privatbeistände bei der Führung ihres Mandats nicht völlig auf sich gestellt sind. Vielmehr sollen Privatbeistände bereits bei der Übernahme des Mandats die notwendigen Informationen und Instruktionen für die Erledigung der ihnen übertragenen Aufgaben erhalten und sich auch während der Führung des Mandats an jemanden wenden können, wenn Unsicherheiten oder Unklarheiten auftauchen. Auch wenn von Privatbeiständen, die hauptsächlich einfachere Mandate führen, nicht erwartet werden kann, dass sie vor der Mandatsübernahme eine darauf ausgerichtete Ausbildung durchlaufen, sind sie über die wesentlichen Rechte und Pflichten als Beistand zu informieren.^{353, 354} Im Sinne der Qualitätsförderung wäre ein Angebot von Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten auch für Privatbeistände sinnvoll. Dies gilt umso mehr, wenn sie umfangreichere Mandate führen oder wiederholt Mandate übernehmen.³⁵⁵

- 148 Bei Berufsbeiständen sind eine entsprechende Ausbildung sowie stetige Weiterbildung von besonderer Bedeutung, damit sie die teilweise äusserst anspruchsvollen Aufgaben im Rahmen schwieriger Beistandschaften erfüllen können. Beratung und Unterstützung von Berufsbeiständen können in vielfältiger Art und Weise innerhalb oder ausserhalb des Dienstes, bei dem sie angestellt sind, organisiert werden.³⁵⁶ Bei Bedarf hat die Erwachsenenschutzbehörde auch für die Unterstützung der Berufsbeistände besorgt zu sein.³⁵⁷
- 149 Die Erwachsenenschutzbehörden tragen die Verantwortung dafür, dass entsprechende Hilfsangebote für die Beistandspersonen bestehen. Wie sie diese organisieren, liegt in ihrem Ermessen, sofern nicht der Kanton oder die Aufsichtsbehörde Grundsätze dazu aufgestellt haben. Sie können die Verantwortung wahrnehmen, indem die Mitarbeitenden der Behörde selber

³⁵² Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.192.

³⁵³ Die KOKES stellt Unterlagen zur Einführung von Beiständen in die Mandatsführung sowie ein Handbuch für private Mandatsträger zur Verfügung: <<https://www.kokes.ch/de/publikationen/prima-modell-handbuch>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

³⁵⁴ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 49; HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.35.

³⁵⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 49.

³⁵⁶ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 50.

³⁵⁷ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.36; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 14.

instruieren, beraten und unterstützen oder aber, indem sie Informationsmaterial zur Verfügung stellen, Aus- und Weiterbildungskurse organisieren oder die Beistände dazu anhalten, Angebote von Dritten wahrzunehmen. Fehlt einem (Berufs- oder Privat-)Beistand das nötige Fachwissen zur Erfüllung seiner spezifischen Aufgaben, so muss er entweder die notwendige Unterstützung erhalten oder eine Hilfsperson, welche über das erforderliche Fachwissen verfügt, beiziehen können.³⁵⁸ Die Kantone sind grundsätzlich dafür verantwortlich, dass den Erwachsenenschutzbehörden die finanziellen und personellen Mittel für die Erfüllung der von Art. 400 Abs. 3 ZGB umschriebenen Aufgaben zur Verfügung stehen.³⁵⁹

8. Entschädigung und Spesenersatz

a) Anspruch und Berechtigte

Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZGB hat der Beistand Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen aus dem Vermögen der betroffenen Person. Der Begriff des Vermögens ist in einem umfassenden Sinn zu verstehen. Gemeint sind in diesem Zusammenhang auch das Einkommen der verbeiständeten Person sowie Unterhaltsleistungen Angehöriger oder Ansprüche aus familienrechtlicher Unterstützungspflicht. Zum Vermögen gehören allerdings nicht nur die Aktiven, sondern auch die Passiven. Relevant ist demnach stets der Nettowert des Vermögens der verbeiständeten Person.³⁶⁰ Reichen diese Mittel nicht aus, wird das Gemeinwesen leistungspflichtig.³⁶¹ 150

Die Bestimmung gilt sowohl für Privatbeistände als auch für Berufsbeistände.³⁶² Der zweite Satz von Art. 404 Abs. 1 ZGB sieht bei Berufsbeiständen vor, dass die Entschädigung und der Spesenersatz an den Arbeitgeber fallen. Dies gilt allerdings nicht nur für Berufsbeistände, sondern grundsätzlich, wenn die Beistandsperson ihr Amt im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses zum Gemeinwesen oder zu einer privaten Institution ausübt.³⁶³ Dabei 151

³⁵⁸ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 52.

³⁵⁹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 400, N 53; CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 400, N 10.

³⁶⁰ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 29.

³⁶¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.130.

³⁶² STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 1183c.

³⁶³ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.221; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.31 und 6.42.

muss es sich beim Arbeitgeber nicht um eine soziale Institution handeln.³⁶⁴ Die Regel kann beispielsweise auch zur Anwendung kommen, wenn eine Mitarbeiterin einer Bank als Beiständin ernannt wurde (z.B. im Rahmen einer Vermögensverwaltungsbeistandschaft).³⁶⁵

- 152 Art. 404 ZGB erfasst die Entschädigung und den Spesenersatz für alle Tätigkeiten, welche die Beistandsperson zur Erfüllung der ihr von der Erwachsenenschutzbehörde bzw. vom Gesetz übertragenen Aufgaben wahrzunehmen hat.³⁶⁶ Die Tätigkeiten können dabei der Erfüllung von Aufgaben im Bereich der Personensorge, der Vermögenssorge, des Rechtsverkehrs oder aller drei Bereiche zusammen dienen.³⁶⁷ Tätigkeiten, welche die Beistandsperson unabhängig vom Mandat der Erwachsenenschutzbehörde für die betroffene Person wahrnimmt, fallen nicht unter Art. 404 ZGB. Vielmehr ist auf entsprechende Vereinbarungen zwischen Beistand und betroffener Person, sofern es sich nicht um eine blosser Gefälligkeit handelt, z.B. das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) oder das Werkvertragsrecht (Art. 363 ff. OR) anwendbar, wobei ein gültiger Vertrag nur zustande kommen kann, soweit die betroffene Person urteilsfähig bzw. handlungsfähig ist. Soll dem eingesetzten Beistand für Tätigkeiten ausserhalb des Erwachsenenschutzmandats eine Entschädigung von der betroffenen Person geleistet werden, bedarf der entsprechende Vertrag der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 416 Abs. 3 ZGB).³⁶⁸
- 153 Nicht in den Anwendungsbereich von Art. 404 ZGB fällt ferner, wenn ein Beistand, welchem die Vermögensverwaltung übertragen war, nach dem Tod der verbeiständeten Person die Erbschaftsverwaltung übernimmt (vgl. Art. 554 Abs. 3 ZGB). Der Beistand nimmt in diesem Fall erbrechtliche und nicht mehr erwachsenenschutzrechtliche Aufgaben wahr.³⁶⁹

b) Höhe der Entschädigung und kantonale Ausführungsbestimmungen

- 154 Die Höhe der Entschädigung ist grundsätzlich unabhängig davon, ob es sich bei der eingesetzten Beistandsperson um einen Berufsbeistand oder einen

³⁶⁴ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 267 f.

³⁶⁵ BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 229; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.129.

³⁶⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 267.

³⁶⁷ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 8.

³⁶⁸ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 10; CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 404, N 3.

³⁶⁹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 11.

Privatbeistand handelt.³⁷⁰ Vielmehr hat die Erwachsenenschutzbehörde die Entschädigung unter Berücksichtigung des Umfangs und der Komplexität der dem Beistand übertragenen Aufgaben festzulegen (Art. 404 Abs. 2 ZGB). Sie tut dies in einer förmlichen Entscheidung, welche nach Eintritt der Rechtskraft einen definitiven Rechtsöffnungstitel (Art. 80 SchKG) darstellt.³⁷¹

Die nicht abschliessende Aufzählung der Bemessungskriterien in Art. 404 Abs. 2 ZGB sowie der in Art. 404 Abs. 1 ZGB vorgesehene Anspruch des Beistands auf eine «angemessene» Entschädigung belassen der Erwachsenenschutzbehörde Ermessensspielraum bei der Festlegung.³⁷² Sie hat jedoch die gesamten Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die dabei massgeblichen Kriterien wurden von der Rechtsprechung umschrieben. Relevant sind demnach die Art und Komplexität der geleisteten Tätigkeit, die wirtschaftliche Lage der verbeiständeten Person, der konkrete Aufwand im Einzelfall und die besonderen beruflichen Fähigkeiten, welche die Aufgabe erfordert.³⁷³ Auch die Beziehung zwischen verbeiständeter Person und Beistand (Verwandtschaft oder andere nahe Beziehung) kann bei der Bemessung der Entschädigung berücksichtigt werden.³⁷⁴ Sind für die Erfüllung der Aufgaben besondere berufliche Kenntnisse erforderlich (z.B. Prozessführung, Verwaltung eines komplexen Vermögens, Verwaltung von Liegenschaften usw.) und wird deshalb eine Person mit den entsprechenden Fachkenntnissen als Beistand eingesetzt, so ist die Entschädigung grundsätzlich gestützt auf die geltenden Berufstarife (z.B. kantonale Anwaltstarife, Honoraransätze für professionelle Verwalter usw.) zu berechnen. Die Erwachsenenschutzbehörden bzw. Kantone haben jedoch bei der Anwendung der Tarife ein gewisses Ermessen und können unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Mandats sowie der Vermögenssituation der verbeiständeten

³⁷⁰ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 17; ESR Komm HÄFELI, Art. 404 ZGB, N 2.

³⁷¹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 41; CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 404, N 6; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.222; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 981, FN 1588; OFK ZGB FASSBIND, Art. 404, N 2; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 404 ZGB, N 6.

³⁷² FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 268; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 981.

³⁷³ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 18; CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 404, N 2; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 981 f.; BGer 5D_148/2009 vom 15. Dezember 2009, E. 3.1.

³⁷⁴ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 18; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 268; OFK ZGB FASSBIND, Art. 404, N 2.

ten Person von ihnen abweichen.³⁷⁵ Umfasst ein Mandat unterschiedliche Aufgaben, so kommen die beruflichen Honoraransätze nur für diejenigen Aufgaben zur Anwendung, bei welchen die spezifischen Berufskenntnisse tatsächlich erforderlich sind. Für die übrigen Aufgaben gelten die gewöhnlichen Ansätze.³⁷⁶

- 156 Die Kantone sind gemäss Art. 404 Abs. 3 ZGB verpflichtet, Entschädigungs- und Spesenregelungen für Mandatsträger zu erlassen. Mangels bundesrechtlicher Richtlinien sind die kantonalen Ausführungsbestimmungen allerdings sehr heterogen ausgefallen.³⁷⁷ In der Praxis sind zwei Entschädigungsmodelle verbreitet: die Pauschalentschädigung pro Berichtsperiode und die Entschädigung im Stundenansatz. Beide Modelle unterscheiden i.d.R. Mandate von unterschiedlicher Komplexität. Die kantonalen Ansätze variieren stark.³⁷⁸ Sowohl bei der Pauschalentschädigung als auch bei der Entschädigung im Stundenansatz empfiehlt es sich, bei der Übertragung des Mandats und der damit verbundenen Instruktion der Beistandsperson die konkrete Betreuungstätigkeit und bei Einkommens- und Vermögensverwaltung die voraussichtlich anfallende Verwaltungstätigkeit zu planen und den mutmasslichen Aufwand abzuschätzen, um so die Entschädigung im Voraus vereinbaren zu können.³⁷⁹ Stellt sich diese Aufwandseinschätzung im Nachhinein als zu hoch oder zu tief heraus, ist sie bei der Berichtsabnahme von der Erwachsenenschutzbehörde anzupassen.³⁸⁰
- 157 Von der Beistandsperson im Zusammenhang mit der Führung der Beistandschaft getätigte Ausgaben wie Porti, Telefonkosten, Fahrspesen und Verpflegungsausgaben sind nicht in den Pauschalentschädigungen oder im Stundenansatz enthalten, sondern werden separat gemäss Abrechnung mit

³⁷⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 19 m.V. auf diverse Urteile, darunter BGer 5A_279/2009 vom 14. Juli 2009, E. 4.1; BGer 5D_148/2009 vom 15. Dezember 2009, E. 3.1; BGer 5A_319/2008 vom 23. Juni 2008, E. 4; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 982.

³⁷⁶ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 19.

³⁷⁷ ESR Komm HÄFELI, Art. 404 ZGB, N 5.

³⁷⁸ Vgl. die Zusammenstellung kantonalen Bestimmungen zu Entschädigung und Spesen in ESR Komm HÄFELI, Art. 404 ZGB, N 6.

³⁷⁹ In KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.47 und 6.48 finden sich Mustertabellen zur Einschätzung eines Stundenbudgets sowie der entsprechenden Entschädigung.

³⁸⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 21.41.

Belegen oder ebenfalls als Pauschale vergütet.³⁸¹ Die Auslagen müssen im Rahmen des konkreten Auftrags, der dem Beistand von der Erwachsenenschutzbehörde erteilt worden ist, entstanden sein. Zu ersetzen sind der Beistandsperson nur die notwendigen Spesen. Sie hat demnach ein zweckmässiges Vorgehen zu wählen und unnötige Kosten zu vermeiden.³⁸²

Die Entschädigung ist periodisch an die Beistandsperson zu bezahlen. In 158
welchen Zeitabständen die Auszahlung zu erfolgen hat, unterliegt der Regelung der Kantone (Art. 404 Abs. 3 ZGB) oder mangels kantonaler Regelung dem Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde. Grundsätzlich erscheint eine Festlegung der Entschädigung für die Rechnungs- bzw. Berichtsperioden gemäss Art. 410 Abs. 1 und Art. 411 Abs. 1 ZGB sinnvoll, wobei die Auszahlung oder der Bezug jeweils an deren Ende erfolgt.³⁸³ Eine andere Handhabung soll in Ausnahmefällen jedoch möglich sein. Auf Antrag der Beistandsperson sollten auch nach kürzeren Zeitabschnitten angemessene Akontozahlungen ermöglicht werden, insbesondere wenn die Rechnungs- bzw. Berichtsperiode mehr als ein Jahr umfasst. Wird die Entschädigung in Form einer Pauschale ausgerichtet, kann sie beispielsweise auch jährlich und unabhängig von der Rechnungs- bzw. Berichtsperiode ausbezahlt werden. Bei sehr aufwendigen Beistandschaften kann die Erwachsenenschutzbehörde die Beiständin basierend auf einer Aufwandseinschätzung auch ermächtigen, periodische Teilbeträge zu beziehen bzw. sich auszahlen zu lassen. Dies gilt insbesondere auch für Fachbeistände, die für ihre Berufsarbeit zu entschädigen sind.³⁸⁴

Die Spesen können gemäss derselben Regelung wie die Entschädigung 159
abgerechnet werden oder nach einem eigenen Abrechnungsmodus.³⁸⁵

Bei Mittellosigkeit der verbeiständeten Person besteht der Anspruch auf 160
Entschädigung und Spesenersatz des Beistands gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde, die ihn ernannt hat. Welches Gemeinwesen die Kosten letztlich zu tragen hat, richtet sich nach kantonalem Recht (Art. 404 Abs. 3

³⁸¹ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.225.

³⁸² BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 26.

³⁸³ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 27; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 268; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 985; OFK ZGB FASSBIND, Art. 404, N 2.

³⁸⁴ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 27.

³⁸⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 27.

ZGB).³⁸⁶ Dies gilt auch für die Rückleistungspflicht der verbeiständeten Person für vom Gemeinwesen übernommene Leistungen.³⁸⁷

§ 4 Weitere Organe des Erwachsenenschutzes

- 161 Neben der Erwachsenenschutzbehörde, der Aufsichtsbehörde, der gerichtlichen Beschwerdeinstanz und dem Beistand kommen im Erwachsenenschutz weiteren Akteuren hoheitliche bzw. rechtsgeschäftliche Funktionen zu. Diese weiteren Akteure, die das Erwachsenenschutzrecht anzuwenden haben, können ebenfalls als Organe des Erwachsenenschutzes bezeichnet werden.³⁸⁸ Im Bereich der Festlegung dieser Akteure des Erwachsenenschutzes haben die Kantone einen erheblichen Gestaltungsspielraum.³⁸⁹
- 162 Hoheitliches Handeln liegt beispielsweise vor, wenn eine Ärztin eine Person fürsorgerisch in einer Einrichtung unterbringt und über entsprechende freiheitsbeschränkende Massnahmen oder Behandlungen entscheidet (Art. 426 ff. ZGB). In diesem Rahmen treffen auch die Einrichtungen selber Entscheidungen wie z.B. hinsichtlich der Entlassung oder Zurückbehaltung einer betroffenen Person. Ferner sind auch Anordnungen über die Einschränkung der Bewegungsfreiheit durch die Leitung eines Wohn- oder Pflegeheims als hoheitliches Handeln anzusehen (Art. 383 ZGB).³⁹⁰
- 163 Zu den nicht hoheitlich, sondern rechtsgeschäftlich handelnden Personen gehören im Erwachsenenschutz die Vorsorgebeauftragten (Art. 360 ff. ZGB) sowie die mittels Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) ermächtigten Personen. Urkundspersonen nehmen gesetzliche Funktionen des Erwachsenenschutzes wahr. Ferner handeln Personen im Rahmen der Vertretung Urteilsunfähiger von Gesetzes wegen (Art. 374 ff. ZGB) sowie der Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 370 Abs. 2 und Art. 377 ff. ZGB) gestützt auf das Erwachsenenschutzrecht.³⁹¹

³⁸⁶ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 41; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.130; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.43.

³⁸⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 268 f.

³⁸⁸ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 101; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.62.

³⁸⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.62.

³⁹⁰ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 101; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.63.

³⁹¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 101; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.64.

Mit der Durchführung von Massnahmen des Erwachsenenschutzes oder der Mitwirkung können noch weitere Personen betraut sein. In Frage kommen insbesondere Hilfspersonen der Behörden und Einrichtungen.³⁹² 164

³⁹² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.65.

IV. Beistandschaft

§ 1 Allgemeines

1. Voraussetzungen der Errichtung

Gemäss Art. 390 Abs. 1 ZGB errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine 165
Beistandschaft, wenn eine volljährige (natürliche) Person wegen einer geistigen
Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der
Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise
oder gar nicht besorgen kann (Ziff. 1) oder wegen vorübergehender Urteils-
unfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden
müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechtig-
te Person bezeichnet hat (Ziff. 2).

Damit eine Beistandschaft errichtet werden kann, muss demnach ein 166
Schwächezustand vorliegen, der die Massnahme für die Interessenwahrung
sowie den Schutz der betroffenen Person als geboten erscheinen lässt. Al-
lerdings reicht ein entsprechender in der Person liegender Schwächezustand
allein noch nicht für die Errichtung einer Beistandschaft. Darüber hinaus
wird vielmehr ein aus dem Schwächezustand resultierendes Unvermögen,
die eigenen Angelegenheiten hinreichend zu besorgen oder entsprechende
Vollmachten zu erteilen, vorausgesetzt.³⁹³ Das Ausmass dieses Unvermö-
gens bestimmt sodann, welche Beistandschaftsart sinnvoll erscheint und wie
diese auszugestalten ist.³⁹⁴

Als Voraussetzung für die Errichtung einer Beistandschaft haben Schwäche- 167
zustand und Unvermögen zusammen eine relevante Gefährdung des Wohls
der betroffenen Person zu bewirken,³⁹⁵ zu deren Behebung ein Eingreifen
der Erwachsenenschutzbehörde unter den Aspekten der Selbstbestimmung,
Subsidiarität und Verhältnismässigkeit notwendig erscheint. Dabei können
der Schwächezustand und das Unvermögen auch punktueller Natur sein,

³⁹³ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 390, N 2; FamKomm Erwachsenenschutz
MEIER, Art. 390 ZGB, N 18; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 229; OFK ZGB FASS-
BIND, Art. 390, N 1.

³⁹⁴ BREITSCHMID/WITTWER, S. 72.

³⁹⁵ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 729.

d.h. der Schwächezustand lediglich einzelne Bereiche betreffen und das Unvermögen sich nur hinsichtlich einzelner Angelegenheiten auswirken.³⁹⁶

- 168 Die in Art. 390 ZGB statuierten Voraussetzungen gelten grundsätzlich für alle Beistandschaftsarten, wobei diese aufgrund der konkreten Bedürfnisse bzw. ausgerichtet auf die erwünschten Wirkungen im Einzelfall von der Erwachsenenschutzbehörde massgeschneidert werden. Dabei hat die Behörde beim Entscheid für die eine oder andere Beistandschaftsart deren unterschiedliche Prägung im Hinblick auf den Schutzbedarf der betroffenen Person zu beachten.³⁹⁷ Der Schwächezustand und das Unvermögen bzw. die Eingriffsschwelle richten sich nicht nach einem universellen Massstab. Bei der Anordnung einer massgeschneiderten Beistandschaft ist vielmehr die Wechselwirkung zwischen der Art und dem Schweregrad der Gefährdung des Wohls der betroffenen Person einerseits und der Art der anzuordnenden Beistandschaft sowie deren Aufgabenbereichen und der daraus allenfalls resultierenden Einschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person andererseits von grundlegender Bedeutung.³⁹⁸

2. Abklärung, Bestimmung der Massnahme und Umschreibung der Aufgabenbereiche der Beistandsperson

- 169 Bevor die Beistandsperson das Amt übernehmen kann, hat die Erwachsenenschutzbehörde den Handlungsbedarf im Einzelfall durch sorgfältige Abklärung des Sachverhalts zu eruieren.³⁹⁹ Danach legt sie unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse die Art der Beistandschaft bzw. die Kombination von Beistandschaften für die betroffene Person fest. Im Errichtungsbeschluss umschreibt die Erwachsenenschutzbehörde die Aufgabenbereiche der Beistandsperson (Art. 391 Abs. 1 ZGB).⁴⁰⁰ Die Umschreibung orientiert sich an einer Analyse und Diagnose der persönlichen, rechtlichen, medizinischen und wirtschaftlichen Defizit- bzw. Kompetenzlage der betroffenen Person und kann die Personensorge, die Vermögenssorge und/oder den Rechtsverkehr betreffen (Art. 391 Abs. 2 ZGB).

³⁹⁶ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 390, N 4; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 390 ZGB, N 20.

³⁹⁷ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 390, N 5; MEIER, Les nouvelles curatelles, N 23.

³⁹⁸ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 390, N 6; OFK ZGB FASSBIND, Art. 390, N 1.

³⁹⁹ MEIER, Jusletter 2008, Rz. 19; ROSCH, ZKE 2010, S. 186; zum Vormundschaftsrecht: AFFOLTER, ZVW 2003, S. 395.

⁴⁰⁰ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 391, N 1.

Bei der umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB gehören von 170
Gesetzes wegen alle drei Sorgebereiche zum Auftrag der Beiständin. Bei der
Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB), Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 f.
ZGB), Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB), deren Kombinationsfor-
men (Art. 397 ZGB) sowie der Ersatzbeistandschaft (Art. 403 ZGB) hat sich
der Beistand an den im Errichtungsbeschluss der Erwachsenenschutzbehör-
de aufgeführten Aufgabenbereichen und Kompetenzen, d.h. am individuell
für die schutzbedürftige Person erstellten Betreuungsportfolio zu orientie-
ren.⁴⁰¹

Ferner hat die Erwachsenenschutzbehörde bei der Anordnung einer Vertre- 171
tungsbeistandschaft (Art. 394 f. ZGB) zu entscheiden, ob und inwieweit
eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit (Art. 394 Abs. 2 ZGB) der
schutzbedürftigen Person notwendig ist.⁴⁰²

§ 2 Beistandschaftsarten

1. Begleitbeistandschaft⁴⁰³

Gemäss Art. 393 Abs. 1 ZGB wird eine Begleitbeistandschaft mit Zustim- 172
mung der hilfsbedürftigen Person errichtet, wenn diese für die Erledigung
bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht. Daraus
geht bereits hervor, dass die Begleitbeistandschaft eine grundsätzliche Be-
reitschaft der hilfsbedürftigen Person zur Zusammenarbeit mit einer Bei-
standsperson voraussetzt.⁴⁰⁴ Insofern muss die hilfsbedürftige Person auch
mit der Massnahme einverstanden sein.⁴⁰⁵

Die Begleitbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten 173
Person nicht ein (Art. 393 Abs. 2 ZGB) und bildet die niedrigste Ein-
griffsstufe unter den Beistandschaften.⁴⁰⁶ Der Begleitbeistand hat haupt-

⁴⁰¹ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 405, N 3.

⁴⁰² BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 391, N 1.

⁴⁰³ Für eine eingehende Darstellung vgl. insb. ROSCH, Die Begleitbeistandschaft –
Unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention.

⁴⁰⁴ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.16; MEIER,
Droit de la protection de l'adulte, N 804.

⁴⁰⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7045; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.05;
HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.100.

⁴⁰⁶ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 787 m.w.H.

sächlich Beratungs- und Unterstützungsfunktion für die hilfsbedürftige Person, weshalb eine Begleitbeistandschaft nur für Menschen in Frage kommt, die zwar urteilsfähig sind und selber handeln, jedoch auf eine gewisse Unterstützung angewiesen sind.⁴⁰⁷

- 174 Der Begleitbeistand hat der Erwachsenenschutzbehörde grundsätzlich Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft zu erstatten (Art. 411 ZGB). Hingegen hat er keine Rechnung zu führen (Art. 410 ZGB) und auch kein Inventar aufzunehmen (Art. 405 Abs. 2 ZGB e contrario).⁴⁰⁸ Jedoch untersteht der Begleitbeistand der Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht (Art. 413 Abs. 1 und 2 ZGB).⁴⁰⁹

2. Vertretungsbeistandschaft

a) Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen

- 175 Eine Vertretungsbeistandschaft wird gemäss Art. 394 Abs. 1 ZGB errichtet, wenn eine hilfsbedürftige Person bestimmte Angelegenheiten nicht erledigen kann und deshalb vertreten werden muss. Im Unterschied zur Begleitbeistandschaft eignet sich die Vertretungsbeistandschaft auch für Fälle, in welchen sich eine Person in gewissen Belangen vollständig passiv verhält. Die betroffene Person muss überdies nicht urteilsfähig sein.⁴¹⁰
- 176 Der Vertretungsbeistand vertritt die hilfsbedürftige Person und handelt an ihrer Stelle im Rahmen der ihm von der Erwachsenenschutzbehörde übertragenen Aufgabenbereiche. Er ist im entsprechenden Umfang gesetzlicher Vertreter der betroffenen Person.⁴¹¹ Da die Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung in Art. 395 ZGB als *lex specialis* zur allgemeinen Vertretung geregelt ist, kommen gestützt auf Art. 394 ZGB die Vertretung im persönlichen Bereich und im Rechtsverkehr ausserhalb der Vermögensverwaltung in Betracht.⁴¹² Die Vertretungsbeistandschaft umfasst allerdings

⁴⁰⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7045; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.14; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.101.

⁴⁰⁸ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 237; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.13; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 807.

⁴⁰⁹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.14; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 807.

⁴¹⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.102.

⁴¹¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7045 f.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.15; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 5.34.

⁴¹² HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.17 m.V. auf FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 394 ZGB, N 5 und ESR Komm ROSCH, Art. 394/395 ZGB, N 1.

regelmässig auch die Vermögensverwaltung (Art. 395 ZGB). Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine Kombination von Beistandschaften gemäss Art. 397 ZGB⁴¹³, sondern um eine einzelne Massnahme, da die Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung i.S.v. Art. 395 ZGB nichts anderes als eine besondere Form der Vertretungsbeistandschaft ist.⁴¹⁴

Die Vertretungsbeistandschaft berührt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person insofern, als diese sich die Handlungen der Beistandsperson gefallen und zurechnen lassen muss. Die betroffene Person wird durch die Handlungen des Beistands demnach rechtsgültig verpflichtet (Art. 394 Abs. 3 ZGB).⁴¹⁵ Dies hindert sie allerdings grundsätzlich nicht daran, selbst auch zu handeln. Insoweit kommt der Beistandsperson und der hilfsbedürftigen Person konkurrierende Handlungsbefugnis zu.⁴¹⁶ Die Problematik eines allfälligen kollidierenden Handelns des Beistands und der verbeiständeten Person kann mittels obligationenrechtlicher Regeln gelöst werden.⁴¹⁷ 177

Die Erwachsenenschutzbehörde kann jedoch gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB 178 der hilfsbedürftigen Person die Handlungsfähigkeit auch (teilweise) entziehen. Eine allfällige Einschränkung der Handlungsfähigkeit der hilfsbedürftigen Person hat die Behörde im Entscheid über die Errichtung der Massnahme festzuhalten.⁴¹⁸ Unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ist die Handlungsfähigkeit allerdings so weit wie möglich zu erhalten.⁴¹⁹ Eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit ist dennoch in Betracht zu ziehen, wenn zu befürchten ist, dass die verbeiständete Person die Handlungen des Beistands durchkreuzt und damit gegen ihre eigenen Interessen handelt.⁴²⁰ Wird die Handlungsfähigkeit der hilfsbedürftigen Person von der

⁴¹³ Vgl. dazu hinten, Rz. 192–195.

⁴¹⁴ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.28; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.105; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 813.

⁴¹⁵ GEISER, ZVW 2003, S. 232; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.104.

⁴¹⁶ BIDERBOST, SJZ 2010, S. 316; BIDERBOST, ZVW 2003, S. 306; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 239; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.104; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 826; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 394 ZGB, N 5.

⁴¹⁷ FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 394 ZGB, N 24 m.V. auf AFFOLTER, AJP 2006, S. 1063 und FN 73; BIDERBOST, SJZ 2010, S. 316, FN 41; SCHMID H., ZSR 2003, S. 328.

⁴¹⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7046; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.104.

⁴¹⁹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.20.

⁴²⁰ GEISER, ZVW 2003, S. 232; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 394 ZGB, N 11.

Erwachsenenschutzbehörde eingeschränkt, entfällt die Verpflichtungs- und Verfügungsfähigkeit der hilfsbedürftigen Person hinsichtlich der von der Einschränkung betroffenen Geschäfte.⁴²¹ Bezüglich dieser Geschäfte kommt der Beistandsperson dann ausschliessliche Vertretungsbefugnis zu.⁴²²

- 179 Für bestimmte Geschäfte, die der Beistand in Vertretung der betroffenen Person vornimmt, ist gemäss Art. 416 Abs. 1 ZGB die Zustimmung der Erwachsenenenschutzbehörde erforderlich. Keine Zustimmung der Behörde ist erforderlich, wenn die betroffene Person hinsichtlich des Geschäfts urteilsfähig ist und ihrerseits dem Beistand die Zustimmung erteilt. In dieser Konstellation darf jedoch die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person im entsprechenden Bereich nicht eingeschränkt sein (Art. 416 Abs. 2 ZGB). Verträge zwischen Beistand und betroffener Person bedürfen immer der Zustimmung der Erwachsenenenschutzbehörde. Davon ausgenommen sind lediglich unentgeltliche Aufträge, welche die betroffene Person der Beistandin erteilt (Art. 416 Abs. 3 ZGB). Die Erwachsenenenschutzbehörde kann überdies aus wichtigen Gründen anordnen, dass ihr weitere Geschäfte zur Zustimmung unterbreitet werden (Art. 417 ZGB).
- 180 Im Übrigen hat der Vertretungsbeistand der Erwachsenenenschutzbehörde Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft zu erstatten (Art. 411 ZGB). Sofern er einen Teil oder das gesamte Vermögen der betroffenen Person verwaltet, hat er zu Beginn der Beistandschaft in Zusammenarbeit mit der Behörde ein Inventar aufzunehmen (Art. 405 Abs. 2 ZGB) sowie danach seine Rechnungsführung zur Genehmigung vorzulegen (Art. 410 ZGB).⁴²³

⁴²¹ Es könnte unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips auch lediglich die Verpflichtungsfähigkeit eingeschränkt werden. Zur Vermeidung der Bildung von Sondervermögen und der damit einhergehenden Schlechterstellung von Gläubigern der verbeiständeten Person kommt hingegen eine alleinige Einschränkung der Verfügungsfähigkeit nicht in Frage. Vgl. dazu SCHMID H., ZSR 2003, S. 326; LANGENEGGER, ZVW 2003, S. 323 f.; ESR Komm ROSCH, Art. 394/395 ZGB, N 5; FamKomm Erwachsenenenschutz MEIER, Art. 394 ZGB, N 12; BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 394, N 32; SCHMID H., Erwachsenenenschutz, Art. 394 ZGB, N 7.

⁴²² FASSBIND, Erwachsenenenschutz, S. 239.

⁴²³ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 829.

b) Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung

Die Beistandschaft für die Vermögensverwaltung gemäss Art. 395 ZGB ist 181 keine eigenständige Massnahme, sondern eine besondere Form der Vertretungsbeistandschaft.⁴²⁴ Sie bildet zusammen mit der Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 ZGB eine vollständige Massnahme, da eine Vermögensverwaltung durch den Beistand ohne Vertretung der betroffenen Person kaum denkbar ist.⁴²⁵ Der Begriff des Vermögens ist in diesem Zusammenhang in einem weiten Sinn zu verstehen. Er umfasst sowohl das Vermögen im engeren Sinn als auch das Einkommen der betroffenen Person (Art. 395 Abs. 1 ZGB). Sofern die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes verfügt, umfassen die Verwaltungsbefugnisse des Beistands auch die Ersparnisse aus dem verwalteten Einkommen oder die Erträge aus dem verwalteten Vermögen (Art. 395 Abs. 2 ZGB).⁴²⁶

Der Begriff der Vermögensverwaltung ist im Gesetz nicht abschliessend 182 definiert. Aus Art. 408 Abs. 1 ZGB ergibt sich jedoch, dass der Beistand alle mit der Verwaltung zusammenhängenden Rechtsgeschäfte vornehmen kann. Art. 408 Abs. 2 ZGB enthält überdies eine nicht abschliessende Aufzählung von Verwaltungshandlungen. Art. 408 Abs. 3 ZGB verpflichtet sodann den Bundesrat, Bestimmungen über die Anlage und die Aufbewahrung des Vermögens zu erlassen,⁴²⁷ woraus sich ergibt, dass auch die Anlage und Aufbewahrung von Vermögen unter die Verwaltungshandlungen fallen.⁴²⁸

⁴²⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7046; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.28; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.105; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 813.

⁴²⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7046; BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 395, N 1; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 395 ZGB, N 3 und 8; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 240.

⁴²⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7046.

⁴²⁷ Was er mit Erlass der Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 4. Juli 2012 (VBVV) getan hat. Die VBVV wird ergänzt durch Empfehlungen der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) und der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), welche als «Empfehlungen der SBVg und der KOKES zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht» zu finden sind unter: <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/vermoegensverwaltung>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

⁴²⁸ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.30.

- 183 Eine Vertretungsbeistandschaft mit (Einkommens- und) Vermögensverwaltung gemäss Art. 394 Abs. 1 i.V.m. Art. 395 Abs. 1 ZGB wird errichtet, wenn die betroffene Person nicht in der Lage ist, ihr Einkommen und/oder Vermögen selbstständig zu verwalten, ohne ihre Interessen zu gefährden. Ebenso kann eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung errichtet werden, wenn einer Person mit ausgewiesenem Schwächezustand die Einsicht in ihre Hilfs- und Schutzbedürftigkeit fehlt und sie ihre eigenen Interessen gefährdet.⁴²⁹ Auf den Umfang des zu verwaltenden Einkommens bzw. Vermögens kommt es nicht an. Massgebend ist einzig das Vorliegen einer Unfähigkeit der betroffenen Person, diese Güter selbstständig zu verwalten, ohne dabei ihre Interessen zu gefährden.⁴³⁰ Die Verwaltung kann demnach auch lediglich ein kleineres Einkommen oder eine AHV-, BVG- oder IV-Rente und Ergänzungsleistungen umfassen, sofern der Schutz der Interessen der verbeiständeten Person dies erfordert.⁴³¹
- 184 Die Erwachsenenschutzbehörde hat im Errichtungsbeschluss der Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung anzuordnen, welche Vermögenswerte und welche allfälligen Einkommen vom Beistand verwaltet werden und welche Aufgaben er diesbezüglich zu erfüllen hat.⁴³² Es ist dabei nicht notwendig, im Entscheid den exakten Wert der unter die Verwaltung des Beistands gestellten Vermögenswerte festzuhalten. Eine Umschreibung, welche Bereiche die Vermögensverwaltung umfasst, reicht aus.⁴³³ Die Erwachsenenschutzbehörde kann Teile des Einkommens oder das gesamte Einkommen, Teile des Vermögens oder das gesam-

⁴²⁹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.32.

⁴³⁰ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 395, N 6; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 395 ZGB, N 6; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.32; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 836; BGer 5A_638/2015 vom 1. Dezember 2015, E. 6.3.3; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.105 gehen indessen von Fällen aus, in welchen eine Person «[...] über grössere Vermögenswerte verfügt, zu deren Verwaltung sie nicht in der Lage ist.».

⁴³¹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.32; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 836.

⁴³² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7047; BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 395, N 10; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.106; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 842; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 150.

⁴³³ BGer 5A_4/2014 vom 10. März 2014, E. 6.2.

te Vermögen oder das gesamte Einkommen und Vermögen der betroffenen Person unter die Verwaltung des Beistands stellen (Art. 395 Abs. 1 ZGB).⁴³⁴

Im Hinblick auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person gilt das bei der Vertretungsbeistandschaft im Allgemeinen Ausgeführte sinngemäss.⁴³⁵ Zusätzlich sieht Art. 395 Abs. 3 ZGB die Möglichkeit vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde der betroffenen Person ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen kann. So kann beispielsweise eine Bank angewiesen werden, der verbeiständeten Person den Zugriff auf ein bestimmtes Konto zu verwehren. Damit kann allerdings nicht verhindert werden, dass die betroffene Person schuldrechtliche Verpflichtungen eingeht, für die sie mit dem auf dem Konto liegenden Vermögen haftet. Die Massnahme lässt nämlich kein Sondervermögen entstehen.⁴³⁶ Sofern es sich um Grundstücke handelt, über welche die verbeiständete Person nicht verfügen können soll, kann die Erwachsenenschutzbehörde eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch anmerken lassen (Art. 395 Abs. 4 ZGB).⁴³⁷ 185

Verstirbt die Person, welche unter einer Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung⁴³⁸ gestanden hat, obliegt dem Beistand auch die Erbschaftsverwaltung, sofern nichts anderes angeordnet wird (Art. 554 Abs. 3 ZGB).⁴³⁹ Die Funktion des Erbschaftsverwalters erhält der Beistand allerdings nicht automatisch, sondern erst aufgrund eines Entscheids der in Erbschaftssachen zuständigen Behörde. Diese ist jedoch in ihrem Entscheid frei, eine andere Person als Erbschaftsverwalterin zu bezeichnen oder keine Erbschaftsverwaltung anzuordnen. Demnach enthält Art. 554 Abs. 3 ZGB lediglich eine Anweisung an die in Erbschaftssachen zuständige Behörde, zu 186

⁴³⁴ Für eine Aufzählung der Vermögenswerte, auf die sich die Vermögensverwaltung erstrecken kann, vgl. FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 395 ZGB, N 15.

⁴³⁵ Vgl. vorne, Rz. 177 f.

⁴³⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7047; BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 395, N 20; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 242; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 852; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 395 ZGB, N 7; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 190; BGer 5A_540/2013 vom 3. Dezember 2013, E. 5.1.1.

⁴³⁷ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.108.

⁴³⁸ Oder unter umfassender Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB, bei welcher der Beistandsperson die Vermögensverwaltung von Gesetzes wegen übertragen ist.

⁴³⁹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 862.

prüfen, ob für den Fall einer Erbschaftsverwaltung der Beistand die geeignete Person wäre.⁴⁴⁰

3. Mitwirkungsbeistandschaft

- 187 Verhält sich eine Person nicht passiv, sondern besteht die Gefahr, dass sie sich mit ihren Rechtshandlungen selbst schädigt, kann die Erwachsenenschutzbehörde eine Mitwirkungsbeistandschaft errichten.⁴⁴¹ Danach bedarf die hilfsbedürftige Person zu ihrem eigenen Schutz für die rechtsgültige Vornahme bestimmter Handlungen der Zustimmung des Beistands (Art. 396 Abs. 1 ZGB). Der Mitwirkungsbeistand ist jedoch nicht gesetzlicher Vertreter der verbeiständeten Person. Er kann nicht für, sondern nur mit der verbeiständeten Person handeln. Vorausgesetzt ist demnach, dass die betroffene Person urteilsfähig ist und selbst handeln kann. Die Handlung an sich nimmt nämlich die unter Mitwirkungsbeistandschaft stehende Person und nicht der Beistand vor.⁴⁴²
- 188 Die Handlungsfähigkeit wird von Gesetzes wegen allerdings insofern beschränkt, als die verbeiständete Person nicht mehr alleine rechtsgültig handeln kann (Art. 396 Abs. 2 ZGB). Sie bedarf für den Abschluss der von der Massnahme erfassten Rechtsgeschäfte jeweils der Zustimmung der Beistandsperson. Die Beiständin und die verbeiständete Person müssen demnach gemeinsam handeln, was die Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit der betroffenen Person voraussetzt.⁴⁴³ Im Unterschied zur Begleitbeistandschaft⁴⁴⁴ ist für die Errichtung einer Mitwirkungsbeistandschaft die Zustimmung der betroffenen Person jedoch nicht erforderlich. Eine Mitwirkungsbeistandschaft kann unter Beachtung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäs-

⁴⁴⁰ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7049; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 917.

⁴⁴¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.110.

⁴⁴² BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 396, N 19; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 396 ZGB, N 23; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.47; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 396 ZGB, N 4.

⁴⁴³ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.44; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.110.

⁴⁴⁴ Vgl. vorne, Rz. 172–174.

sigkeitsprinzips auch gegen den Willen der betroffenen Person errichtet werden.⁴⁴⁵

Die Zustimmung des Beistands zu Handlungen der verbeiständeten Person 189
kann im Voraus (sog. Einwilligung) oder im Nachhinein (sog. Genehmigung)
erteilt werden. Sie ist nicht an eine Form gebunden und kann ausdrücklich
oder stillschweigend erfolgen (Art. 19a Abs. 1 ZGB analog).⁴⁴⁶ Bei fehlender
Mitwirkung des Beistands richten sich die Rechtsfolgen nach den Bestim-
mungen über das Ausbleiben der Zustimmung bei Verpflichtungsgeschäften
von beschränkt Handlungsunfähigen (Art. 19a Abs. 2 und Art. 19b ZGB).⁴⁴⁷
Eine Verweigerung der Zustimmung durch den Beistand kann die verbei-
ständete Person bei der Erwachsenenschutzbehörde anfechten (Art. 419
ZGB).⁴⁴⁸

Im Hinblick auf eine möglichst genaue Anpassung der Mitwirkungsbeistand- 190
schaft an die konkreten Schutzbedürfnisse der betroffenen Person (Art. 391
ZGB) enthält das Gesetz keine Aufzählung der möglichen vom Mitwir-
kungserfordernis erfassten Rechtsgeschäfte. Vielmehr hat die Erwachsenen-
schutzbehörde im Errichtungsbeschluss festzuhalten, für welche Rechtsge-
schäfte die verbeiständete Person die Zustimmung der Beistandin benö-
tigt.⁴⁴⁹

Der Mitwirkungsbeistand hat der Erwachsenenschutzbehörde mindestens 191
alle zwei Jahre einen Bericht über die Lage der betroffenen Person und die
Ausübung der Beistandschaft zu erstatten (Art. 411 ZGB) sowie Rechnung
über diejenigen vermögensrechtlichen Geschäfte abzulegen, zu welchen er
seine Zustimmung erteilt hat (Art. 410 ZGB).⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 865 m.V. auf BSK ZGB I BIDERBOST/
HENKEL, Art. 396, N 11; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 396 ZGB,
N 6; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 243.

⁴⁴⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048; FASSBIND, Erwachsenenschutz,
S. 244; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.41.

⁴⁴⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER,
Rz. 20.111; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 875.

⁴⁴⁸ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 396, N 23; FamKomm Erwachsenenschutz
MEIER, Art. 396 ZGB, N 35.

⁴⁴⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER,
Rz. 20.112.

⁴⁵⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.51; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 878.

4. Kombinierte Beistandschaft

- 192 Gemäss Art. 397 ZGB können die Begleit-, die Vertretungs- und die Mitwirkungsbeistandschaft miteinander kombiniert werden. Bei der kombinierten Beistandschaft handelt es sich jedoch nicht um eine besondere Art der Beistandschaft, sondern um die Verknüpfung verschiedener Beistandschaften.⁴⁵¹ Mit der Schaffung der Möglichkeit der Kombination verschiedener Beistandschaftsarten wurde dem im Erwachsenenschutzrecht geltenden Leitgedanken der Massnahmen nach Mass Rechnung getragen.⁴⁵²
- 193 Keine Kombinationsmöglichkeiten bestehen mit der umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB, da diese sich von Gesetzes wegen bereits auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs bezieht (Art. 398 Abs. 2 ZGB).⁴⁵³
- 194 Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Errichtung einer kombinierten Beistandschaft gelten die Errichtungsvoraussetzungen der jeweiligen miteinander kombinierten Beistandschaftsarten.⁴⁵⁴ Von besonderer Bedeutung ist bei der kombinierten Beistandschaft allerdings die Umschreibung der Aufgabenbereiche der Beistandsperson (Art. 391 ZGB), ihrer Vertretungsmacht sowie der Beschränkung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person. Eine genügend präzise Umschreibung ermöglicht der Beistandsperson auch bei einer kombinierten Beistandschaft Klarheit über das ihr von der Erwachsenenschutzbehörde erteilte Mandat zu erlangen sowie sich gegenüber Dritten zu legitimieren.⁴⁵⁵
- 195 Die Wirkungen einer kombinierten Beistandschaft ergeben sich aus den einzelnen Beistandschaftsarten, die miteinander kombiniert werden. Auch die Rechnungs- und Berichterstattungspflicht (Art. 410 und 411 ZGB) der Beistandsperson sowie die Zustimmungspflichten der Erwachsenenschutz-

⁴⁵¹ FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 397 ZGB, N 8 m.H. auf den Bericht Erwachsenenschutz, VE ZGB 2003, S. 33, wo allerdings von einer «Beistandschaft im weiteren Sinn», die «mehrere Beistandschaften im engeren Sinn» umfasse, die Rede ist; so auch SCHMID H., ZSR 2003, S. 317.

⁴⁵² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 245; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.113; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 880 f.

⁴⁵³ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 884.

⁴⁵⁴ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 885.

⁴⁵⁵ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.53; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 886.

behörde (Art. 416 und 417 ZGB) sind von der angeordneten Kombination von Beistandschaften abhängig.⁴⁵⁶

5. Umfassende Beistandschaft

Eine umfassende Beistandschaft wird gemäss Art. 398 Abs. 1 ZGB errichtet, 196 wenn eine Person, namentlich wegen dauernder Urteilsunfähigkeit, besonders hilfsbedürftig ist. Die umfassende Beistandschaft bezieht sich auf alle Angelegenheiten der Personensorge, der Vermögenssorge und des Rechtsverkehrs (Art. 398 Abs. 2 ZGB). Vorbehalten bleiben die absolut höchstpersönlichen Rechte, bei denen jede Vertretung ausgeschlossen ist (Art. 19c Abs. 2 ZGB). Die umfassende Beistandschaft ist ultima ratio und nur bzw. erst gerechtfertigt, wenn die Hilfs- und Schutzbedürftigkeit einer Person besonders ausgeprägt ist.⁴⁵⁷ Die Beistandsperson hat sich in umfassender Weise um die Belange der verbeiständeten Person zu kümmern und ist deren gesetzliche Vertreterin.⁴⁵⁸

Bei der Errichtung einer umfassenden Beistandschaft ist dem Verhältnismäßigkeitsprinzip besondere Beachtung zu schenken.⁴⁵⁹ Sie ist nur zu errichten, 197 wenn nicht mit einer weniger einschneidenden Massnahme der erforderliche Schutz für die betroffene Person gewährleistet und die notwendige Hilfe geleistet werden kann.⁴⁶⁰ Als mildere Massnahmen sind dabei insbesondere auch Kombinationen von Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft verbunden mit gezielten und allenfalls weitgehenden Beschränkungen der Handlungsfähigkeit anstelle der umfassenden Beistandschaft in Betracht zu ziehen.⁴⁶¹

Der Gesetzgeber sieht die umfassende Beistandschaft insbesondere in Fällen 198 dauernder Urteilsunfähigkeit einer Person vor (Art. 398 Abs. 1 ZGB). Die Erwachsenenschutzbehörde hat allerdings im Einzelfall abzuwägen, ob die einschneidenden Wirkungen einer umfassenden Beistandschaft erforderlich sind oder ob beispielsweise eine Vertretungsbeistandschaft mit breit gefass-

⁴⁵⁶ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.55; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 888.

⁴⁵⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048.

⁴⁵⁸ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.64; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.114.

⁴⁵⁹ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 398, N 16.

⁴⁶⁰ BIDERBOST, Jusletter 2014, Rz. 40; BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 398, N 10; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 893.

⁴⁶¹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.63.

tem Auftrag ausreicht.⁴⁶² Die Unterscheidung der Massnahmen mit unter Umständen ähnlichem Inhalt kann für die betroffene Person insofern von Bedeutung sein, als bei der Errichtung der umfassenden Beistandschaft wegen dauernder Urteilsunfähigkeit eine Mitteilung der Erwachsenenschutzbehörde an das Zivilstandsamt gemacht wird (Art. 449c Ziff. 1 ZGB) und darauf ein Ausschluss der betroffenen Person vom Stimmrecht erfolgt (Art. 2 BPR).⁴⁶³ Die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft wegen psychischer Störung oder geistiger Behinderung der betroffenen Person setzt überdies ein externes Sachverständigengutachten oder ein Abstützen auf in der Erwachsenenschutzbehörde vorhandenes Fachwissen voraus (Art. 446 Abs. 2 ZGB).⁴⁶⁴

- 199 Die umfassende Beistandschaft hat hauptsächlich zwei Anwendungsbereiche: Sie kann einerseits errichtet werden, wenn nicht verantwortet werden kann, dass eine Person Rechtshandlungen vornimmt, sodass ihr die Handlungsfähigkeit bewusst entzogen werden soll. Andererseits kann eine umfassende Beistandschaft auch mit dem Ziel des umfassenden Schutzes für eine Person errichtet werden, die überhaupt nicht mehr handeln kann.⁴⁶⁵ Grundsätzlich sollte die umfassende Beistandschaft aber für Fälle vorbehalten bleiben, in welchen eine Person unter dauernder Urteilsunfähigkeit leidet, ein Bedürfnis nach umfassender Personen- und Vermögenssorge besteht, ein ausgedehntes Vertretungsbedürfnis vorhanden ist und die betroffene Person gegen ihre eigenen Interessen zu handeln droht oder der Gefahr ausgesetzt ist, von Dritten ausgenutzt zu werden.⁴⁶⁶
- 200 Mit der Errichtung einer umfassenden Beistandschaft entfällt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person von Gesetzes wegen (Art. 17 und Art. 398

⁴⁶² BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 398, N 10; CHK ZGB FOUNTOLAKIS, Art. 398, N 2; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 245.

⁴⁶³ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.116; für eine ausführliche Aufzählung der weiteren Auswirkungen der umfassenden Beistandschaft vgl. FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 398 ZGB, N 29 ff.

⁴⁶⁴ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 398, N 15; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 892 m.V. auf BGE 140 III 97; BGer 5A_302/2015 vom 3. Juli 2015, E. 3.1.2; BGer 5A_912/2014 vom 27. März 2015, E. 3.2.2 und BGer 5A_617/2014 vom 1. Dezember 2014, E. 4.3.

⁴⁶⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7048 f.; BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 398, N 2; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.117.

⁴⁶⁶ FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 398 ZGB, N 10; HÄFELI, Grundriss, Rz. 19.62.

Abs. 3 ZGB).⁴⁶⁷ Im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit kann der unter umfassender Beistandschaft stehenden Person gemäss Art. 19 ff. ZGB⁴⁶⁸ in relativ und absolut höchstpersönlichen Belangen und bei Unentgeltlichkeit sowie bei geringfügigen Angelegenheiten des täglichen Lebens (Art. 19 Abs. 2 ZGB) jedoch eine gewisse Handlungsfähigkeit (sog. beschränkte Handlungsunfähigkeit) zukommen.⁴⁶⁹

Die Pflichten der Beistandsperson betreffend die Aufnahme eines Inventars (Art. 405 ZGB) sowie die Bestimmungen zur Rechnungsführung und Berichterstattung (Art. 410 und Art. 411 ZGB) sind bei der umfassenden Beistandschaft anwendbar. Da die Beistandsperson bei der umfassenden Beistandschaft Vertretungsmacht hat, untersteht sie auch den Vorschriften in Art. 412 ZGB über besondere Geschäfte und Art. 416 bzw. Art. 417 ZGB über zustimmungsbedürftige Geschäfte.⁴⁷⁰ 201

§ 3 Beginn und Ende der Beistandschaft

1. Beginn der Beistandschaft

Der Beginn einer Beistandschaft fällt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Errichtungsbeschlusses der Erwachsenenschutzbehörde. Die Rechtskraft wiederum tritt i.d.R. nach Ablauf der 30-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 450b Abs. 1 ZGB nach Zugang des Beschlusses ein.⁴⁷¹ Der Beschluss der Erwachsenenschutzbehörde kann nur in formelle Rechtskraft erwachsen. Eine materielle Rechtskraft tritt hingegen nicht ein, da Erwachsenenschutzmassnahmen ihrem Schutzzweck entsprechend je- 202

⁴⁶⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 246 f. führt dazu aus, dass Art. 398 Abs. 3 ZGB nur für (teilweise) urteilsfähige Personen Relevanz erlangt. Denn im Rahmen der Urteilsunfähigkeit einer Person entfällt ihre Handlungsfähigkeit bereits gemäss Art. 17 ZGB, weshalb sie durch die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft (oder auch bei Art. 394 Abs. 2 ZGB) nicht mehr oder nur noch teilweise entfallen kann. Art. 398 Abs. 3 ZGB ist demnach zusammen mit Art. 17 ZGB zu lesen.

⁴⁶⁸ Vgl. Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7095 f. sowie den Verweis in Art. 407 ZGB.

⁴⁶⁹ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 398, N 30; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 246; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 906.

⁴⁷⁰ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 907.

⁴⁷¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 247.

derzeit von der Erwachsenenschutzbehörde abgeändert werden können, wenn sie sich als nicht angemessen erweisen (vgl. Art. 414 f. ZGB).⁴⁷²

2. Beginn des Amtes des Beistands

- 203 Auch der Beginn des Amtes des Beistands fällt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft des Errichtungsbeschlusses der Erwachsenenschutzbehörde, mit welchem die Beistandsperson formell in ihr Amt eingesetzt wird. Ein allfälliges gegen den Errichtungsbeschluss ergriffenes Rechtsmittel (Art. 450 ff. ZGB) hat jedoch grundsätzlich aufschiebende Wirkung, so dass der Beginn des Amtes des Beistands bis zum Entscheid der zuständigen gerichtlichen Beschwerdeinstanz offen bleibt (Art. 450c ZGB).
- 204 Wurde einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung von der Erwachsenenschutzbehörde entzogen (Art. 450c ZGB), so ist die Beistandsperson zwar formell bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist oder bis zum Entscheid der gerichtlichen Beschwerdeinstanz ebenfalls nicht rechtskräftig eingesetzt, hat ihre Arbeit jedoch gemäss den ihr im Errichtungsbeschluss übertragenen Aufgaben wahrzunehmen, selbst wenn gegen den Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde erhoben wird.⁴⁷³
- 205 Rechtfertigt sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Beschwerde mangels Gefahr im Verzug und Dringlichkeit nicht,⁴⁷⁴ so nehmen Beistandspersonen in der Praxis zuweilen ihre Arbeit trotzdem ohne Abwarten der gesetzlichen Rechtsmittelfrist auf, nachdem die offensichtlich beschwerdelegitimierten Personen (vgl. Art. 450 Abs. 2 ZGB) der Erwachsenenschutzbehörde einen schriftlichen Rechtsmittelverzicht eingereicht haben.

⁴⁷² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7083 f.; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 248; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.88.

⁴⁷³ BSK ZGB I GEISER, Art. 450c, N 6; ESR Komm STECK, Art. 450c ZGB, N 4.

⁴⁷⁴ Gemäss BSK ZGB I GEISER, Art. 450c, N 7 darf die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Beschwerde nur ausnahmsweise und im Einzelfall entzogen werden und der Entzug muss mit den Besonderheiten des konkreten Falls begründet werden können. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung kommt nur bei Gefahr im Verzug und Dringlichkeit überhaupt in Frage.

3. Ende der Beistandschaft

Das Erwachsenenschutzrecht unterscheidet zwischen dem Ende der Beistandschaft (Art. 399 ZGB) und dem Ende des Amtes des Beistands oder der Beiständin (Art. 421 ff. ZGB). 206

Das Ende einer Beistandschaft folgt gemäss Art. 399 ZGB grundsätzlich auf zwei Vorgänge: Einerseits tritt das Ende von Gesetzes wegen mit dem Tod der verbeiständeten Person ein (Art. 399 Abs. 1 ZGB). Andererseits endet eine Beistandschaft, wenn die Erwachsenenschutzbehörde sie aufhebt (Art. 399 Abs. 2 ZGB). Eine Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) ist überdies aufzuheben, wenn die verbeiständete Person dies beantragt. Da die Begleitbeistandschaft der Zustimmung der betroffenen Person bedarf, wird die Erwachsenenschutzbehörde einem entsprechenden Antrag folgen. Bedarf die betroffene Person jedoch weiterhin staatlichen Schutzes, so bleiben der Behörde die Errichtung einer anderen Massnahme oder die Eingriffsmöglichkeiten gemäss Art. 392 ZGB offen.⁴⁷⁵ 207

a) Von Gesetzes wegen mit dem Tod der verbeiständeten Person

Art. 399 Abs. 1 ZGB hält fest, dass die Beistandschaft von Gesetzes wegen mit dem Tod der betroffenen Person, also ohne Aufhebungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde, endet.⁴⁷⁶ Dies ergibt sich auch aus Art. 31 Abs. 1 ZGB, wonach die Rechtspersönlichkeit mit dem Tod endet.⁴⁷⁷ Erfahren die Beistandsperson und die Erwachsenenschutzbehörde erst mit Verzögerung vom Tod der verbeiständeten Person, haben sich die Erben die bis zum Bekanntwerden des Todes vorgenommenen Vertretungshandlungen des Beistands bzw. die allfälligen Zustimmungshandlungen der Erwachsenenschutzbehörde anrechnen zu lassen.⁴⁷⁸ 208

Dem Tod gleichzusetzen ist die rechtmässige Verschollenerklärung (Art. 38 Abs. 1 ZGB). Ihre Wirkung wird auf den Zeitpunkt der Todesgefahr oder der letzten Nachricht zurückbezogen (Art. 38 Abs. 2 ZGB). Allerdings kann aus praktischen Gründen im Hinblick auf das Ende der gesetzlichen Vertretungsmacht keine Rückwirkung angenommen werden. Vielmehr muss auch 209

⁴⁷⁵ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 912; ROSCH, FamPra 2010, S. 293; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 393 ZGB, N 5.

⁴⁷⁶ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 399, N 1.

⁴⁷⁷ HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.02; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 915.

⁴⁷⁸ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 399, N 1.

für die Wirkung der Verschollenerklärung gelten, dass aus Vertretungshandlungen, welche die Beistandsperson vornimmt, bevor sie vom Erlöschen der Beistandschaft erfährt, die verbeiständete Person oder deren Rechtsnachfolger verpflichtet werden, wie wenn die Beistandschaft noch bestehen würde (Art. 37 bzw. Art. 406 OR analog,⁴⁷⁹ wobei eine entsprechende Regel gemäss Art. 369 Abs. 3 ZGB auch für den Vorsorgeauftrag gilt).⁴⁸⁰ Dasselbe muss auch in Bezug auf die Tätigkeit einer von der Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 392 Ziff. 2 ZGB direkt beauftragten Person gelten.⁴⁸¹

b) Durch Aufhebungsentscheid oder Änderung der Massnahme

- 210 Dem erwachsenenschutzrechtlichen Prinzip der Massschneidung sowie den übergeordneten Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit (Art. 389 und Art. 392 ZGB) folgend ist jede Beistandschaft auf Antrag der betroffenen oder einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen von der Erwachsenenschutzbehörde aufzuheben, sobald für die Fortdauer kein Grund mehr besteht (Art. 399 Abs. 2 ZGB). Anstelle der Aufhebung kann auch eine andere, den Bedürfnissen der betroffenen Person besser entsprechende Beistandschaft errichtet werden.⁴⁸² Eine Änderung kann auch im Rahmen der bestehenden Beistandschaft erfolgen. Dabei können beispielsweise die der Beistandsperson übertragenen Aufgabenbereiche reduziert werden oder eine Wiederherstellung der Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person vorgenommen werden.⁴⁸³ Umgekehrt ist die Beistandschaft zu verstärken oder zu ergänzen, wenn die Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person oder die vom Beistand für sie zu erledigenden Geschäfte zunehmen.⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ Art. 413 Abs. 1 ZGB verweist hinsichtlich der Sorgfaltspflichten des Beistands oder der Beiständin auf die obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Auftrag.

⁴⁸⁰ AFFOLTER, ZKE 2013, S. 384; CHK ZGB FOUNTOULAKIS, Art. 399, N 2; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 399 ZGB, N 1; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 399 ZGB, N 6; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 247, FN 556; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.1.

⁴⁸¹ BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 399, N 2; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1254a.

⁴⁸² HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.04; FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 399 ZGB, N 15.

⁴⁸³ FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 399 ZGB, N 19.

⁴⁸⁴ FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 399 ZGB, N 20.

Der Wegfall des Grundes für die Beistandschaft kann auf einer tatsächlichen 211
Veränderung der Situation oder auf einer Neubeurteilung der Umstände
durch die Erwachsenenschutzbehörde basieren.⁴⁸⁵ Der Beistand hat die
Erwachsenenschutzbehörde jedenfalls unverzüglich über Umstände, die eine
Änderung der Massnahme erfordern oder eine Aufhebung der Beistand-
schaft ermöglichen, zu informieren (Art. 414 ZGB).

Abgesehen vom Todesfall der verbeiständeten Person, der die Beistand- 212
schaft von Gesetzes wegen enden lässt,⁴⁸⁶ bedarf es stets eines förmlichen
Aufhebungsbeschlusses der Erwachsenenschutzbehörde, damit eine Bei-
standschaft endet.⁴⁸⁷

4. Ende des Amtes des Beistands

Während Art. 399 ZGB das Ende der Beistandschaft regelt, befassen sich 213
Art. 421–425 ZGB mit dem Ende des Amtes der Beistandsperson. Diese
Bestimmungen gelten unabhängig davon, ob die Beistandschaft mit ande-
ren Mandatsträgern weitergeführt wird oder nicht.⁴⁸⁸

Grundsätzlich ist zwischen dem Ende des Amtes der Beistandsperson von 214
Gesetzes wegen (Art. 421 ZGB) und der Entlassung aus dem Amt mittels
eines behördlichen Aktes (Art. 422 f. ZGB) zu unterscheiden.

a) Ende des Amtes des Beistands von Gesetzes wegen

Art. 421 ZGB regelt in Ziff. 1 bis 4 diejenigen Situationen, in welchen das 215
Amt des Beistands von Gesetzes wegen automatisch endet.⁴⁸⁹ Dabei bedarf
es im Grundsatz keiner zusätzlichen formellen Entlassung durch die Erwach-
senenschutzbehörde.⁴⁹⁰ Als Folge der Beendigung des Amtes stehen der
Beistandsperson keine Betreuungs- bzw. Vertretungsbefugnisse mehr zu.⁴⁹¹

⁴⁸⁵ HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.04; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 919.

⁴⁸⁶ Vgl. vorne, Rz. 208 f.

⁴⁸⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7049; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 248; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.04b.

⁴⁸⁸ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 1.

⁴⁸⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7060.

⁴⁹⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.150.

⁴⁹¹ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 1.

aa) *Ablauf der Amtsdauer*

- 216 Das Amt des Beistands oder der Beiständin endet von Gesetzes wegen mit Ablauf einer von der Erwachsenenschutzbehörde festgelegten Amtsdauer, sofern keine Bestätigung im Amt erfolgt (Art. 421 Ziff. 1 ZGB). Dabei liegt es im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde, Mandatsträger auf eine bestimmte Amtsdauer oder für unbestimmte Zeit einzusetzen.⁴⁹² Wird im Ernennungsbeschluss der Erwachsenenschutzbehörde weder eine Amtsdauer des Beistands festgelegt noch in dieser Hinsicht etwas ausgeführt, so hat der Beistand vermutungsweise als auf unbestimmte Zeit eingesetzt zu gelten.⁴⁹³ Für die Beendigung des Mandats ist in diesen Fällen ein formeller Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde notwendig, welcher gleichzeitig Entlassungsentscheid (Art. 422 f. ZGB) ist.⁴⁹⁴
- 217 In der Regel wird es nicht unbedingt sinnvoll sein, einen Beistand oder eine Beiständin von vornherein nur für eine bestimmte Amtsdauer einzusetzen, weil dies die Erwachsenenschutzbehörde bereits vor dem Ende der Amtsdauer dazu veranlasst, die Beistandsperson mittels Verfügung formell im Amt zu bestätigen⁴⁹⁵ oder einen möglichst nahtlosen Übergang des Mandats per Ende der Amtsdauer auf einen neuen Mandatsträger sicherzustellen. Denn mit der Festlegung einer Amtsdauer ist ein automatisches Erlöschen der Mandatsträgerfunktion, nicht aber der Massnahme selbst verbunden, was eine gewisse Gefahr von Betreuungslücken mit sich bringt und die Betreuungskontinuität tendenziell eher negativ beeinflusst und somit im Regelfall kaum im Interesse der verbeiständeten Person sein wird.⁴⁹⁶

⁴⁹² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7060.

⁴⁹³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 3; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.382, FN 397; OFK ZGB FASSBIND, Art. 421, N 3; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 25; a.M. FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 4, der davon ausgeht, dass in jedem Fall im Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde zu vermerken sei, ob die Amtsperiode des Beistands unbefristet ist.

⁴⁹⁴ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 3.

⁴⁹⁵ CHK ZGB VOGEL, Art. 421, N 2.

⁴⁹⁶ AFFOLTER, ZKE 2013, S. 386; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 3; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 3; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.382; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.05; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.2; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1142; OFK ZGB FASSBIND, Art. 421, N 3; a.M. FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 5, der ein «Auslaufenlassen» des Amtes der Beistandsperson ohne Prüfung ihrer Eignung bzw. ohne das Vorliegen wichtiger Gründe

Ernennt die Erwachsenenschutzbehörde einen Beistand dennoch nur für eine bestimmte Amtsdauer, hat sie dafür besorgt zu sein, dass der verbeiständeten Person keine Betreuungslücken entstehen. Denn die Praxis neigt teilweise dazu, die Berichts- und Rechnungsperioden mit den Amtsperioden der Beistände zu koppeln.⁴⁹⁷ Dies hat aber zur Folge, dass Bericht und Rechnung des Beistands der Erwachsenenschutzbehörde erst nach Ablauf der Amtsdauer eingereicht werden. Damit die Behörde jedoch über die Bestätigung des Beistands im Amt entscheiden kann, ist sie regelmässig auf dessen Bericht angewiesen, um beurteilen zu können, ob der Beistand nach wie vor zur Führung des Mandats geeignet ist oder ob sich relevante Änderungen ergeben haben. Die aus diesen Umständen resultierende Betreuungslücke kann gestützt auf Art. 424 ZGB lediglich im Rahmen nicht aufschiebbarer notwendiger Geschäfte gefüllt werden. Berufsbeistände und Berufsbeiständinnen wären gemäss Wortlaut von Art. 424 ZGB gar von der Weiterführungspflicht befreit, was jedoch in der umschriebenen Konstellation nach Sinn und Zweck der Bestimmung vom Gesetzgeber wohl nicht beabsichtigt sein kann, sofern die Beistandsperson ihre Arbeitsstelle nicht verlässt.⁴⁹⁸ Die Erwachsenenschutzbehörde hat deshalb sicherzustellen, dass sie rechtzeitig über die Bestätigung des Beistands im Amt entscheiden oder eine andere Beistandsperson einsetzen kann. Ist keine rechtzeitige Amtsübergabe möglich, hat der bisherige Beistand gestützt auf Art. 424 ZGB die notwendigen und unaufschiebbaren Geschäfte weiterzuführen⁴⁹⁹ bzw. hat die Organisation, bei welcher ein Berufsbeistand angestellt war, zusammen mit der Erwachsenenschutzbehörde für eine Übergangslösung besorgt zu sein, wenn der Berufsbeistand seine Arbeitsstelle verlässt.⁵⁰⁰

bb) Ende der Beistandschaft⁵⁰¹

Endet die Beistandschaft, so endet auch das Amt der Beistandsperson von Gesetzes wegen (Art. 421 Ziff. 2 ZGB). Das Gesetz nennt als Gründe für das

für unter Umständen sinnvoll hält, wenn die schutzbedürftige Person, ohne dass es einen konkreten bzw. wesentlichen Anlass gibt, einen Wechsel des grundsätzlich geeigneten Beistands wünscht und das Schutzbedürfnis einem Wechsel nicht entgegensteht.

⁴⁹⁷ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 5.

⁴⁹⁸ AFFOLTER, ZKE 2013, S. 395; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 6 und N 32.

⁴⁹⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 5.

⁵⁰⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 32; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 4 und N 8; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.14.

⁵⁰¹ Vgl. insb. auch vorne, Rz. 206–212.

Ende der Beistandschaft explizit den Tod der verbeiständeten Person (Art. 399 Abs. 1 ZGB) sowie die formelle Aufhebung der Beistandschaft durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 399 Abs. 2 ZGB).⁵⁰²

- 220 Mit dem Tod der verbeiständeten Person enden die Vertretungs- und Verwaltungsbefugnisse der Beistandsperson. Die Rechte und Pflichten der betroffenen Person gehen mit der Eröffnung des durch deren Tod ausgelösten Erbgangs als Ganzes auf die Erben über (Art. 560 ZGB).⁵⁰³ Es entspricht jedoch zuweilen einem praktischen Bedürfnis, dass bestimmte Angelegenheiten nach dem Tod der betroffenen Person noch durch die bis zum Tod zuständige Beistandsperson erledigt werden können. Dies insbesondere in Fällen, in welchen die Erbfolge und Erbenvertretung noch unklar ist. Dessen ungeachtet kann in entsprechenden Fällen die bis zum Tod der betroffenen Person zuständige Beistandsperson nicht mehr kraft des Beistandsamtes handeln. Vielmehr hat sie im Bedarfsfall im Auftrag (Art. 394 ff. OR) der Erben oder in Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) zu handeln.⁵⁰⁴ Sind keine Erben bekannt oder kümmern sich die Erben nicht, wird die Beistandsperson im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag zumindest die Bestattung veranlassen, sofern dafür nach kantonalem Recht nicht andere Instanzen zuständig sind. Überdies wird sie Dritte wie beispielsweise Sozialversicherungsanstalten, (Kranken-)Versicherer, Vermieter, Banken, Post, Telekomdienstleister, Energielieferanten und andere über den Hinschied der betroffenen Person informieren. Zahlungen sowie weitere Vertretungshandlungen sind jedoch vom Beistand unabhängig von der bisher geführten Beistandschaftsart nur noch mit Vollmacht der Erben vorzunehmen.⁵⁰⁵
- 221 Im Erwachsenenschutzrecht besteht keine dem Auftragsrecht ähnliche Regel, wonach im Falle der Beendigung des Auftragsverhältnisses durch Tod des Auftraggebers die Interessenwahrung mittels Fortführung notwendiger Geschäfte⁵⁰⁶ durch den Beauftragten vorgesehen ist (Art. 405 Abs. 2 OR). Der Verweis von Art. 413 Abs. 1 ZGB auf das Auftragsrecht betrifft nämlich

⁵⁰² BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 7.

⁵⁰³ FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 399 ZGB, N 7; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.05.

⁵⁰⁴ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.3.

⁵⁰⁵ HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.05.

⁵⁰⁶ Für Ausführungen betreffend die Weiterführung nicht aufschiebbarer Geschäfte durch die Beistandsperson im Falle des Fortbestands der behördlichen Massnahme vgl. hinten, Rz. 237–242.

lediglich die Sorgfaltspflicht bei der Führung der Beistandschaft, gestattet hingegen nicht die analoge Anwendung von Art. 405 Abs. 2 OR auf den Fall der Beendigung der Beistandschaft durch Tod der verbeiständeten Person.⁵⁰⁷ Vorbehalten bleibt allerdings eine allfällige Interessenwahrung im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR).

Wurde eine Beistandschaft zur Erledigung eines einzelnen Geschäfts angeordnet, so endet diese mit Erledigung bzw. Abschluss des entsprechenden Geschäfts nicht von Gesetzes wegen, sondern sie ist von der Erwachsenenschutzbehörde formell aufzuheben, da oft im Voraus nicht genau bestimmbar ist, wann das Geschäft als erledigt gilt.⁵⁰⁸ Mit dem förmlichen Aufhebungsentscheid kann gleichzeitig das Ende des Amtes des Beistands festgestellt werden.⁵⁰⁹ 222

cc) Ende des Arbeitsverhältnisses des Berufsbeistands

Berufsbeistände werden einerseits von der Erwachsenenschutzbehörde eingesetzt, stehen andererseits aber zu einer Berufsbeistandschaft oder einem Sozialdienst in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis. Gemäss Art. 421 Ziff. 3 ZGB endet das Beistandsamt von Gesetzes wegen mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses des Berufsbeistands zur Organisation, bei der er angestellt ist. Dabei trifft den Berufsbeistand keine Weiterführungspflicht (Art. 424 ZGB).⁵¹⁰ 223

Verlässt ein vertraglich an eine Arbeitgeberin gebundener Berufsbeistand seine Arbeitsstelle, kann die von ihm geführte Vielzahl von Beistandsmandaten weder rechtlich noch faktisch von ihm weitergeführt werden. Denn nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist dem Berufsbeistand der Zugriff auf die Verwaltungseinrichtung seiner Arbeitgeberin wie beispielsweise die Dossiers, die zentralen Dienste, die Buchhaltung, die Administration usw. nicht mehr möglich. Regelmässig wird der Berufsbeistand zudem nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses an einer neuen Arbeitsstelle eine Tätig- 224

⁵⁰⁷ KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 9.3.

⁵⁰⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7049; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 10; CHK ZGB VOGEL, Art. 421, N 3; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 399 ZGB, N 4; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 8; OFK ZGB FASS-BIND, Art. 421, N 1; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 399 ZGB, N 4; a.M. HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.150.

⁵⁰⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 10.

⁵¹⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 11; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 10.

keit aufnehmen und deshalb auch zeitlich nicht mehr in der Lage sein, seine bisherigen Mandate bis zu einer formellen Entlassung weiterzuführen. Aus diesen Gründen hat der Gesetzgeber in Art. 421 Ziff. 3 ZGB das Ende des Amtes des Berufsbeistands bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses vorgesehen. Dabei spielt es keine Rolle, ob das Arbeitsverhältnis zu einer öffentlichen Organisation wie einer Berufsbeistandschaft oder einem Sozialdienst oder zu einer privaten Arbeitgeberin besteht, welche aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Regelung die Führung von Beistandschaften durch ihre Mitarbeitenden gewährleistet.⁵¹¹

- 225 Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeberin und Berufsbeistand liegt es in der Hauptverantwortung der Erwachsenenschutzbehörde, allfällig notwendige Anordnungen gemäss Art. 392 ZGB bzw. Art. 445 ZGB zu treffen, um bis zur Übertragung der Massnahmen auf einen neuen Mandatsträger die Interessen der verbeiständeten Personen zu wahren. Denn gemäss Gesetzeswortlaut von Art. 424 ZGB kann der Berufsbeistand nicht Adressat der Weiterführungspflicht⁵¹² sein. Vielmehr richtet sich die Bestimmung in entsprechenden Fällen an die Berufsbeistandschaft oder den Sozialdienst, welche die notwendigen organisatorischen Massnahmen zu treffen haben.⁵¹³ Gemeinsam mit der Erwachsenenschutzbehörde hat die Berufsbeistandschaft bzw. der Sozialdienst ein Verfahren für die Übergangs- und Nachfolgeregelung im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eines Berufsbeistands festzulegen.⁵¹⁴
- 226 Nicht ausgeschlossen ist, dass eine Berufsbeiständin nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Beistandschaft als Privatperson weiterführt.⁵¹⁵

dd) Verbeiständung, Urteilsunfähigkeit und Tod des Beistands

- 227 Art. 421 Ziff. 4 ZGB sieht vor, dass das Amt der Beistandsperson von Gesetzes wegen im Zeitpunkt endet, in dem sie verbeiständet oder urteilsunfähig wird oder stirbt.

⁵¹¹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 12.

⁵¹² Vgl. dazu hinten, Rz. 237–242.

⁵¹³ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 11 und Art. 424 ZGB, N 5.

⁵¹⁴ ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 4.

⁵¹⁵ ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 4; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.386; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.3.

Da die Verbeiständung einer Person einen Schwächezustand voraussetzt, 228
 der mindestens zu einem teilweisen Unvermögen der Besorgung eigener
 Angelegenheiten führt, wird eine dauernde Verbeiständung regelmässig
 Indiz für die fehlende Eignung als Beistandsperson sein.⁵¹⁶ Weil die Schutz-
 und Hilfsbedürftigkeit jedoch sehr unterschiedlich sein kann, sollte es mög-
 lich sein, dass trotz automatischer Beendigung des Beistandsamtes durch
 die Verbeiständung die Erwachsenenschutzbehörde im Errichtungsbeschluss
 der Beistandschaft über die bisherige Beistandsperson explizit die Weiterfüh-
 rung des Beistandsamtes vorsehen kann, wenn sich die Schutz- und Hilfsbe-
 dürftigkeit nicht auf die Führung des bisherigen Mandats auswirkt und eine
 Weiterführung des Mandats im Interesse der betreuten Person liegt. Im
 Sinne einer differenzierten Betrachtung ist demnach bei der Verbeiständung
 der Beistandsperson zu prüfen, ob sie weiterhin zur Wahrnehmung des
 Beistandsamtes geeignet ist oder nicht.⁵¹⁷ Dies würde ferner bedeuten, dass
 eine Verbeiständung das Beistandsamt nicht tatsächlich von Gesetzes we-
 gen beendet, sondern dass es dazu eines Entscheids der Erwachsenen-
 schutzbehörde bedürfte.⁵¹⁸

Die Urteilsfähigkeit bestimmt sich nach Art. 16 ZGB und ist ihrem Inhalt 229
 nach in zeitlicher und sachlicher Hinsicht relativ. Wann und ob eine Urteils-
 unfähigkeit der Beistandsperson eingetreten ist, ist aufgrund dieser Relativi-
 tät im Einzelfall zu beurteilen und erfordert eine behördliche Abklärung.⁵¹⁹
 Eine bloss vorübergehende Urteilsunfähigkeit der Beistandsperson muss
 nicht zum Ende ihres Amtes führen.⁵²⁰ Dauert die Urteilsunfähigkeit an,
 kann aber mit einer Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit der Beistandsper-
 son gerechnet werden, hat die Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf
 Art. 403 Abs. 1 ZGB einen Ersatzbeistand zu ernennen, ohne das Amt der
 ordentlichen Beistandsperson zu beenden.⁵²¹ Ist mit einer dauernden Ur-
 teilsunfähigkeit der Beistandsperson zu rechnen, hat die Erwachsenen-

⁵¹⁶ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 20.

⁵¹⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 14; Fachhandbuch Kindes- und Erwachse-
 nenschutzrecht BIDERBOST, N 8.388; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH,
 Art. 421 ZGB, N 20.

⁵¹⁸ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 23.

⁵¹⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 16.

⁵²⁰ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 22; SCHMID H., Erwach-
 senenschutz, Art. 421 ZGB, N 7.

⁵²¹ AFFOLTER, ZKE 2013, S. 387; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1141,
 FN 1902; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1263.

schutzbehörde in einem Feststellungsentscheid zu erkennen, dass das Amt wegen Urteilsunfähigkeit beendet worden ist.⁵²² Zur Wahrung der Rechtssicherheit ist das Ende des Amtes der Beistandsperson im Beschluss der Erwachsenenschutzbehörde allenfalls auf einen bestimmten Zeitpunkt festzustellen.⁵²³ Gleichwohl kann das Ende des Beistandsamtes von Gesetzes wegen bereits vor dem Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde eintreten.⁵²⁴ Somit kann sich das Problem stellen, dass Dritte im Vertrauen auf die Vertretungsmacht der Beistandsperson zwischen gesetzlichem Ende des Beistandsamtes und Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde noch Geschäfte mit der Beistandsperson abschliessen. Der Schutz des guten Glaubens der Drittpersonen ist dabei nicht von vornherein ausgeschlossen. Es werden jedoch hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der sich darauf berufenen Person gestellt.⁵²⁵

- 230 Der Tod der Beistandsperson beendet das Amt von Gesetzes wegen, wobei das Beistandsamt nicht auf die Erben übertragen wird.⁵²⁶ Die Verschollenerklärung (Art. 35 ff. ZGB) der Beistandsperson beendet das Amt ebenfalls von Gesetzes wegen, da die aus dem Tod abgeleiteten Rechtswirkungen geltend gemacht werden können, wie wenn der Tod bewiesen wäre. Diese Situation spielt jedoch für die Praxis kaum eine Rolle, da seit einem allfälligen Verschwinden der Beistandsperson mindestens zwei Jahre vergangen sein müssen, bis die Verschollenerklärung ausgesprochen werden kann (Art. 36 ZGB). In dieser Zeit hat die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 403 Abs. 1 ZGB einen Ersatzbeistand zu ernennen, der die Angelegenheiten der verschwundenen Beistandsperson übernimmt.⁵²⁷ Die Verschollenerklärung hat demnach lediglich die formelle Beendigung des Beistands-

⁵²² CHK ZGB VOGEL, Art. 421, N 5; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 5b; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.389; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 28.

⁵²³ OFK ZGB FASSBIND, Art. 421, N 2.

⁵²⁴ ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 5b.

⁵²⁵ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 17.

⁵²⁶ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 15; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 5c; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.390; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 421 ZGB, N 24; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1141, der darauf hinweist, dass die Erwachsenenschutzbehörde frei ist, einen Erben bei Eignung gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB als Amtsnachfolger der verstorbenen Beistandsperson einzusetzen.

⁵²⁷ CHK ZGB VOGEL, Art. 421, N 5; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.390.

amtes zur Folge, wobei nicht mehr von praktischer Bedeutung ist, ob die Auflösung ex tunc oder ex nunc erfolgt.⁵²⁸

b) Entlassung des Beistands

Art. 422 f. ZGB befassen sich mit der behördlichen Entlassung der Beistandsperson aus dem Amt. Die Erwachsenenschutzbehörde hat auf Antrag der Beistandsperson, der betroffenen oder einer ihr nahestehenden Person oder von Amtes wegen zu prüfen, ob Gründe für eine Entlassung aus dem Amt vorliegen. Erst mit dem behördlichen Akt erlöschen das Amt und damit die Funktion der Beistandsperson.⁵²⁹ Während der Dauer des Entlassungsverfahrens und bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Entlassungsbeschlusses der Erwachsenenschutzbehörde stehen der Beistandsperson die mit der Beistandschaft zusammenhängenden Rechte und Pflichten wie beispielsweise die Vertretungsbefugnisse grundsätzlich uneingeschränkt zu. Wird es jedoch bereits während des Entlassungsverfahrens notwendig, die der Beistandsperson übertragenen Kompetenzen einzuschränken oder zu entziehen, so hat die Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf Art. 445 Abs. 1 ZGB vorsorgliche Massnahmen zu treffen und allenfalls einen Ersatzbeistand zu ernennen (Art. 403 Abs. 1 ZGB) oder das Erforderliche selbst vorzukehren (Art. 392 Ziff. 1 ZGB).⁵³⁰

aa) Auf Begehren des Beistands

Gemäss Art. 422 Abs. 1 ZGB kann die Beistandsperson nach vier Jahren Amtsführung eine Weiterführung ohne Begründung ablehnen und die Entlassung beantragen. In diesem Fall hat die Beistandsperson Anspruch auf Entlassung aus dem Amt und ist demzufolge auf ihr Begehren hin zu entlassen.⁵³¹ Allerdings setzt Art. 422 ZGB ein Begehren der Beistandsperson an die Erwachsenenschutzbehörde voraus. Diese entscheidet über die gesetzli-

⁵²⁸ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 15.

⁵²⁹ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.391.

⁵³⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 18.

⁵³¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7060; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 19; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 6; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.392; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 422 ZGB, N 1 und N 6; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1144; OFK ZGB FASSBIND, Art. 422, N 1; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 422 ZGB, N 3.

chen Voraussetzungen und verfügt ihren Entscheid.⁵³² Die Bestimmung richtet sich grundsätzlich sowohl an Berufsbeistände als auch an Privatbeistände, wobei sie hauptsächlich bei letzteren praktische Relevanz erlangt, da die Anstellungsbedingungen von Berufsbeiständen eine Entlassung auf ihr Begehren hin regelmässig nicht zulassen und ihr Amt im Falle der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses von Gesetzes wegen (Art. 421 Ziff. 3 ZGB) endet.⁵³³

- 233 Vor Ablauf der vierjährigen Amtspflicht kann die Beistandsperson gemäss Art. 422 Abs. 2 ZGB jederzeit die Entlassung aus wichtigen Gründen verlangen. Dabei ist die Beistandsperson grundsätzlich nicht an einen bestimmten Zeitpunkt wie beispielsweise das Ende einer Berichts- und Rechnungsperiode gebunden.⁵³⁴ Die Beurteilung der wichtigen Gründe liegt im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 4 ZGB), wobei die wichtigen Gründe weit auszulegen⁵³⁵ und dann anzunehmen sind, wenn die Interessen der Entlassung des Beistands im Vergleich zu den Interessen der Weiterführung aus Sicht der verbeiständeten Person überwiegen.⁵³⁶ Als wichtige Gründe in Betracht kommen beispielsweise Veränderungen bei der aktuellen oder bevorstehenden beruflichen oder familiären Belastung, gesundheitliche Probleme, Wohnortwechsel, Übernahme anderer öffentlicher Aufgaben oder der Bedarf an anderen Kompetenzen zur Mandatsführung aufgrund veränderter Bedürfnisse der verbeiständeten Person.⁵³⁷ Ein wichtiger Grund kann

⁵³² FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 422 ZGB, N 3.

⁵³³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 19; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 6; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.392; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 422 ZGB, N 4; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.6; OFK ZGB FASSBIND, Art. 422, N 1.

⁵³⁴ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.392; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1145, spricht sich jedoch dafür aus, dass die Entlassung der Beistandsperson – soweit möglich – mit dem Ende einer Berichts- und Rechnungsperiode zusammenfallen sollte. Gleichzeitig gesteht er ein, dass dies aufgrund der oft zweijährigen Periodizität von Bericht- und Rechnungserstattung nicht immer einfach sei.

⁵³⁵ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.392; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 422 ZGB, N 10.

⁵³⁶ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 422 ZGB, N 11; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 422 ZGB, N 4.

⁵³⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 20; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 6; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1145; OFK ZGB FASSBIND, Art. 422, N 2.

auch in der Beziehung bzw. deren Entwicklung zwischen Beistand und verbeiständeter Person liegen.⁵³⁸ Gemäss Botschaft soll blossе Amtsmüdigkeit der Beistandsperson keinen wichtigen Grund darstellen.⁵³⁹ Trotz dieses Postulats ist allerdings kritisch zu hinterfragen, ob die (Weiter-)Führung eines Beistandsmandats gegen den Willen der Beistandsperson nicht dazu führt, dass die angestrebte bestmögliche Betreuung der verbeiständeten Person und damit die Zielerreichung der Massnahme von einem unmotivierten Beistand behindert wird. Einer entsprechenden Situation wäre – wenn immer möglich – durch die Entlassung der Beistandsperson entgegenzuwirken.⁵⁴⁰

bb) Übrige Fälle

Im Unterschied zu einer Entlassung auf Begehren der Beiständin oder des Beistands (Art. 422 ZGB) hat die Erwachsenenschutzbehörde die Beistandsperson von Amtes wegen oder gestützt auf einen Antrag der betroffenen oder einer ihr nahestehenden Person zu entlassen, wenn die Eignung zur Führung der Beistandschaft nicht mehr besteht oder andere wichtige Gründe für eine Entlassung vorliegen (Art. 423 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 ZGB). Damit hat die Erwachsenenschutzbehörde die Möglichkeit, eine Beistandsperson mittels Entlassungsentscheids auch gegen ihren Willen jederzeit aus dem Amt zu entlassen. Die Beurteilung der Gründe, die zu einer Entlassung aus dem Amt führen, hat sich an den Interessen und Bedürfnissen der verbeiständeten Person zu orientieren.⁵⁴¹ Dabei ist unerheblich, ob durch die Amtsführung bereits ein Schaden eingetreten ist. Eine Gefährdung der Interessen der verbeiständeten Person ist ausreichend, wobei es grundsätzlich auch nicht auf ein Verschulden der Beistandsperson ankommen kann.⁵⁴² Die

⁵³⁸ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.392.

⁵³⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7060.

⁵⁴⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 21; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.392; OFK ZGB FASSBIND, Art. 422, N 2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 30.

⁵⁴¹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 22; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 423 ZGB, N 7 f.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.10.

⁵⁴² ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 7; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1147, FN 1911; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 423 ZGB, N 1; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 1267; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 31; anders jedoch BGer 5A_706/2013 vom 5. Dezember 2013, E. 4.5 mit Verweis auf die Ausführungen zur altrechtlichen Amtsenthebung des Vormunds von

Gefährdung hat allerdings von einer gewissen Erheblichkeit zu sein. Nicht jeder minder erhebliche Mangel in der Amtsführung sollte zu einer Entlassung der Beistandsperson führen. Vielmehr sind gegebenenfalls Massnahmen zu ergreifen, die einen leichten Mangel ausgleichen, etwa Beratung und Unterstützung i.S.v. Art. 400 Abs. 3 ZGB.⁵⁴³ Anstelle einer Entlassung können auch andere verhältnismässige Massnahmen wie beispielsweise die Beschränkung der Kompetenzen der Beistandsperson oder die Erteilung von Weisungen in Frage kommen, sofern der Kontinuität der Betreuung der verbeiständeten Person die entsprechende Bedeutung zugemessen wird.⁵⁴⁴

- 235 Die Anforderungen an die Eignung der Beistandsperson (Art. 400 Abs. 1 ZGB) können sich im Laufe der Massnahme, oft einhergehend mit veränderten Bedürfnissen der verbeiständeten Person, verändern. Ferner können auch die Lebensumstände und Kompetenzen der Beistandsperson einem Wandel unterliegen. Sofern es infolgedessen an der Eignung zur Massnahmenführung mangelt, kann eine Entlassung angezeigt sein (Art. 423 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).⁵⁴⁵ Die Erwachsenenschutzbehörde hat von Amtes wegen zumindest bei der Berichts- und Rechnungsablage (Art. 410 f. ZGB) des Beistands summarisch zu prüfen, ob die Eignung nach wie vor besteht. Ebenso bei einer allfälligen Änderung der Massnahme (Art. 414 ZGB).⁵⁴⁶
- 236 Im Sinne eines Auffangtatbestands kann eine Entlassung auch aus wichtigen Gründen adäquat sein (Art. 423 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).⁵⁴⁷ So kann z.B. das Vorliegen einer groben Nachlässigkeit die Entlassung rechtfertigen. Ob es sich dabei um eine bewusste oder unbewusste Nachlässigkeit handelt, ist unerheblich.⁵⁴⁸ Ein weiterer wichtiger Grund kann ein allfälliger Amtsmissbrauch sein, welcher in der Ausnutzung des Amtes zur Vornahme gewisser

Good, S. 83 ff.: «Ein solch wichtiger Grund würde ein von der Beiständin verschuldetes Handeln oder Unterlassen voraussetzen, das in schwerwiegender Weise eine Pflichtverletzung im Zusammenhang mit der erwachsenenschutzrechtlichen Tätigkeit darstellt.».

⁵⁴³ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.9.

⁵⁴⁴ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 22; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394; OFK ZGB FASSBIND, Art. 423, N 1.

⁵⁴⁵ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394.

⁵⁴⁶ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 23.

⁵⁴⁷ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 423 ZGB, N 5.

⁵⁴⁸ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 24.

von der Beistandschaft nicht gedeckter Handlungen verstanden wird. Überdies können Sachverhalte, die das Vertrauensverhältnis zwischen Mandats-träger und verbeiständeter Person oder Erwachsenenschutzbehörde erheblich beeinträchtigen, wichtige Gründe darstellen, die eine Entlassung rechtfertigen. Denkbar sind beispielsweise unzulässige Vertretungshandlungen, Amtsanmassungen, Verletzungen der Persönlichkeit der verbeiständeten Person, anhaltende Konflikte oder auch fortgesetzte leichtere Pflichtverletzungen in der Amtsführung.⁵⁴⁹ Allerdings ist bei Uneinigkeiten und Vertrauensverlust zwischen Beistand und verbeiständeter Person vor einer allfälligen damit begründeten Entlassung des Beistands darauf zu achten, ob die Uneinigkeiten bzw. der Vertrauensverlust nicht massgeblich im Schwächezustand der verbeiständeten Person begründet ist, sodass ein Wechsel des Beistands sich nicht nachhaltig zugunsten der verbeiständeten Person auswirken würde und die Störung des Vertrauensverhältnisses bei einem neu eingesetzten Beistand voraussichtlich ebenfalls eintreten würde, weil sie nicht unmittelbar mit dem eingesetzten Beistand zusammenhängt.⁵⁵⁰ Ferner können Handlungen der Beistandsperson, die nicht direkt im Zusammenhang mit der Mandatsführung stehen, zu einem Vertrauensverlust führen, der die Interessen der verbeiständeten Person gefährdet und somit ein Grund für eine Entlassung darstellen. Hierbei ist z.B. an strafrechtlich relevantes Verhalten zu denken. Ebenso kann das Eintreten der Zahlungsunfähigkeit des Beistands ein Grund für die Entlassung sein, sofern sie sich nicht mit den Aufgaben und Pflichten einer sorgfältigen Mandatsführung in Einklang bringen lässt.⁵⁵¹

⁵⁴⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 25; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394.

⁵⁵⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 26; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.394; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.09; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1147, FN 1913.

⁵⁵¹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 27; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 7; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.08; OFK ZGB FASSBIND, Art. 423, N 2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 31; tendenziell a.M. FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 423 ZGB, N 8, der vertritt, dass ein zahlungsunfähiger Mandatsträger durchaus ein geeigneter Begleitbeistand sein könne. Dennoch werde man zuweilen davon ausgehen, dass das Verhalten des Mandatsträgers das Vertrauen in das Amt und zugleich das Ansehen der verbeiständeten Person derart beschädige, dass er das Mandat nicht mehr weiterführen dürfe.

c) Weiterführung der Geschäfte

237 Mit dem Ende des Amtes der Beistandsperson von Gesetzes wegen (Art. 421 ZGB) bzw. mit der in Rechtskraft erwachsenen Entlassung aus dem Amt durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 422 f. ZGB) erlischt grundsätzlich das Vertretungsrecht der bisherigen Beistandsperson.⁵⁵² Die Interessen der verbeiständeten Person verlangen im Falle des Fortbestands der Massnahme jedoch, dass ein fließender Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Beistandsmandat auf den neuen Mandatsträger erfolgt.⁵⁵³ Da dies in der Praxis nicht immer sichergestellt werden kann, hat der Gesetzgeber in Art. 424 ZGB eine Pflicht des bisherigen Beistands zur Weiterführung der Geschäfte vorgesehen. Allerdings hat die Erwachsenenschutzbehörde zu beurteilen, in welcher Form die Interessen der verbeiständeten Person am besten gewahrt werden und kann anstelle der Weiterführung durch den bisherigen Beistand andere Anordnungen treffen.⁵⁵⁴ Sie kann Dritten Aufträge erteilen, die Erledigung nicht aufschiebbarer Geschäfte durch eigenes Handeln sicherstellen (Art. 392 ZGB) oder vorsorgliche Massnahmen treffen (Art. 445 ZGB). Namentlich wenn der bisherige Beistand wegen mangelnder Eignung oder aus wichtigen Gründen (Art. 423 Abs. 1 ZGB) zu entlassen ist, sind regelmässig umgehende Anordnungen der Erwachsenenschutzbehörde angezeigt.⁵⁵⁵ Wird der bisherige Beistand selbst unter Beistandschaft gestellt (Art. 421 Ziff. 4 ZGB) oder verlangt er seine Entlassung aus wichtigen Gründen (Art. 422 Abs. 2 ZGB), sollte die Erwachsenenschutzbehörde abklären,

⁵⁵² Für Ausführungen betreffend die Interessenwahrung durch die Beistandsperson nach dem Ende der Beistandschaft durch Tod der verbeiständeten Person vgl. vorne, Rz. 220 f.

⁵⁵³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 29; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 1; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 1; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 424 ZGB, N 1.

⁵⁵⁴ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 29.

⁵⁵⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7061; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.402; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.12; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1154; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 54, N 36; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 30, der die Erwachsenenschutzbehörde nur dann nicht in der Pflicht Anordnungen zu treffen sieht, wenn sich die mangelnde Eignung des Beistands nur auf Aufgabenbereiche auswirkt, bei denen aktuell kein Handlungsbedarf besteht; noch etwas offener FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 6, der grundsätzlich je nach Entlassungsgrund die Erwachsenenschutzbehörde prüfen lassen will, ob der Beistand zur Weiterführung geeignet ist oder ob alternative Massnahmen zu ergreifen sind.

ob er sein Mandat übergangsweise weiterführen kann oder ob andere Anordnungen zu treffen sind.⁵⁵⁶ Unterlässt die Erwachsenenschutzbehörde eine notwendige Anordnung, kann dies unter Umständen haftungsrechtliche Folgen gemäss Art. 454 f. ZGB nach sich ziehen.⁵⁵⁷

Die Weiterführungspflicht der Beistandsperson umfasst lediglich die nicht aufschiebba- 238
ren Geschäfte.⁵⁵⁸ Was zu den nicht aufschiebba-
ren Geschäften zu zählen ist, orientiert sich am Wohl und an den Interessen der verbeistän-
deten Person. Was zeitlich aufgeschoben werden kann, ohne dass die Inter-
essen der verbeiständeten Person tangiert werden, kann dem neuen Man-
datsträger überlassen werden. Der Fokus liegt demnach auf zeitlich dringli-
chen Angelegenheiten. Die künftige Amtsführung des neuen Mandatsträ-
gers soll möglichst wenig vorbestimmt werden, weshalb grundsätzlich Ent-
scheide von grösserer Tragweite, jedoch ohne zeitliche Dringlichkeit, dem
neuen Mandatsträger zu überlassen sind.⁵⁵⁹

Die Weiterführungspflicht des bisherigen Beistands endet, wenn sein Nach- 239
folger das Amt übernimmt. Somit findet die Weiterführungspflicht ihr Ende,
sobald der neue Mandatsträger ins Amt eingesetzt wurde. Sinnvollerweise
ist auch die Übergabe der Geschäfte auf diesen Zeitpunkt festzulegen.⁵⁶⁰

Für Berufsbeistände gilt die Weiterführungspflicht gemäss Wortlaut von 240
Art. 424 ZGB nicht. Damit können jedoch lediglich jene Berufsbeistände
gemeint sein, welche ihre Arbeitsstelle verlassen, also ein Beendigungsgrund
gemäss Art. 421 Ziff. 3 ZGB vorliegt.⁵⁶¹ Der Verzicht auf die Weiterfüh-
rungspflicht bei Fortdauer des Arbeitsverhältnisses und Beendigung des
Amtes infolge Beistandswechsels oder weil nach Ablauf der Amtsdauer die
Bestätigung oder Nachfolge noch nicht bestimmt ist, scheint dagegen nicht

⁵⁵⁶ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 7 f.; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1154; a.M. zumindest im Hinblick auf die Verbeiständung des Beistands SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 424 ZGB, N 5.

⁵⁵⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 30; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 6; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 2.

⁵⁵⁸ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 10.

⁵⁵⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 31; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 11; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1151; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 1.

⁵⁶⁰ FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 12.

⁵⁶¹ Vgl. dazu auch vorne, Rz. 223–226.

sinnvoll. In entsprechenden Situationen sind Berufsbeistände deshalb ebenfalls zur Weiterführung verpflichtet.⁵⁶²

- 241 Im Falle der Beendigung der Berufstätigkeit oder der Kündigung der Arbeitsstelle eines Berufsbeistands haben die Erwachsenenschutzbehörde und die Berufsbeistandschaft bzw. der Sozialdienst, zu denen der Berufsbeistand in einem Arbeitsverhältnis steht, gemeinsam ein Verfahren für die Übergangs- und Nachfolgeregelung zu vereinbaren. Ist kein nahtloser Übergang auf eine neue Beistandsperson möglich, ist einerseits die Erwachsenenschutzbehörde aufgrund ihrer allgemeinen Übergangs- und Notzuständigkeit für die Wahrung der Interessen der verbeiständeten Personen verantwortlich und kann durch eigenes Handeln, die Erteilung von Aufträgen an Dritte (Art. 392 ZGB) oder die Einsetzung eines Interimsbeistands die Interessen der verbeiständeten Personen wahren, während andererseits die Berufsbeistandschaft bzw. der Sozialdienst die Interessen der verbeiständeten Personen mittels Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) wahrnehmen kann.⁵⁶³ Die Abstimmung und Festlegung der jeweiligen Zuständigkeiten zwischen Erwachsenenschutzbehörde und Berufsbeistandschaft bzw. Sozialdienst ist eine Frage des Organisationsrechts und der Organisationsgestaltung in Form von Leistungsverträgen, Geschäftsordnungen, Dokumentationen von Arbeitsprozessen usw.⁵⁶⁴
- 242 Sämtliche Beistandspersonen sind jedenfalls nach dem Ende ihres Amtes verpflichtet, der Erwachsenenschutzbehörde und/oder dem Amtsnachfolger für Auskünfte zur Verfügung zu stehen, soweit Unklarheiten betreffend die bisherige Mandatsführung und Betreuung der verbeiständeten Person bestehen.⁵⁶⁵

⁵⁶² AFFOLTER, ZKE 2013, S. 395; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 32; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 8; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.403; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.14; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1152; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 2.

⁵⁶³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 32; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 5; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.152; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1152; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 2.

⁵⁶⁴ AFFOLTER, ZKE 2013, S. 395 f.; BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 32.

⁵⁶⁵ BSK ZGB I VOGEL, Art. 421–424, N 33; FamKomm Erwachsenenschutz ROSCH, Art. 424 ZGB, N 14; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.153; OFK ZGB FASSBIND, Art. 424, N 1.

d) Schlussbericht und Schlussrechnung

Die Beistandsperson hat unabhängig vom Grund, aus welchem das Amt 243 endet, der Erwachsenenschutzbehörde einen Schlussbericht zu erstatten. Sofern eine Beistandschaft mit Vermögensverwaltung angeordnet wurde, ist auch eine Schlussrechnung einzureichen.⁵⁶⁶ Die Behörde kann Berufsbeistände von dieser Pflicht entbinden, wenn ihr Arbeitsverhältnis endet (Art. 425 Abs. 1 ZGB). Dies geschieht aus praktischen Gründen, wenn es zu einem Beistandswechsel innerhalb der Berufsbeistandsorganisation kommt. Für den Amtsnachfolger läuft dabei die ursprünglich angesetzte Berichtsperiode weiter.⁵⁶⁷

Die Erwachsenenschutzbehörde stellt den Schlussbericht und die Schlussrechnung nach der Prüfung und Genehmigung oder Nichtgenehmigung der 244 betroffenen Person oder deren Erben und gegebenenfalls der neuen Beistandsperson zu und weist diese Personen auf die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit hin (Art. 425 Abs. 2–4 ZGB).⁵⁶⁸ Bei der Prüfung des Schlussberichts und der Schlussrechnung, welche in der gleichen Weise wie bei den periodischen Berichten und Rechnungen erfolgt,⁵⁶⁹ hat die Erwachsenenschutzbehörde auch zu prüfen, ob ein Verantwortlichkeitsfall i.S.v. Art. 454 f. ZGB vorliegt.⁵⁷⁰

Die Genehmigung des Schlussberichts bzw. der Schlussrechnung hat keine 245 unmittelbare materiellrechtliche Wirkung und bedeutet keine vollständige Entlastung der Beistandsperson im Hinblick auf ihre Verantwortlichkeit gemäss Art. 413 ZGB sowie die Geltendmachung von Ansprüchen gestützt auf Art. 454 f. ZGB.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7061; zu Form und Inhalt von Schlussbericht und Schlussrechnung s. z.B. die Ausführungen von BSK ZGB I VOGEL/AFFOLTER, Art. 425, N 21 ff.

⁵⁶⁷ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.405; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 299; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.153; zur diesbezüglichen Vorgehensweise s. BSK ZGB I VOGEL/AFFOLTER, Art. 425, N 19.

⁵⁶⁸ HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.14.

⁵⁶⁹ Vgl. für Ausführungen betreffend die Prüfung der periodischen Berichte und Rechnungen hinten, Rz. 299–304.

⁵⁷⁰ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7061; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 300; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 8.17; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1162.

⁵⁷¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7056; BSK ZGB I VOGEL/AFFOLTER, Art. 425, N 52; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 9; FamKomm Erwachse-

- 246 Reicht die Beistandsperson den Schlussbericht und/oder die Schlussrechnung nicht ein, hat die Erwachsenenschutzbehörde ihr eine neue Frist anzusetzen, wenn nötig unter Androhung strafrechtlicher Folgen bei Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB).⁵⁷² Ist die Beistandsperson hingegen nicht mehr in der Lage, Bericht und Rechnung zu erstatten, hat die Erwachsenenschutzbehörde entweder selbst die erforderlichen Feststellungen zu machen und in einem Bericht festzuhalten oder stattdessen eine Drittperson mit der Ersatzvornahme zu beauftragen.⁵⁷³

§ 4 Führung der Beistandschaft

1. Übernahme des Amtes

- 247 Bevor eine Beistandsperson das Amt übernehmen kann, hat die Erwachsenenschutzbehörde nach sorgfältiger Abklärung der Verhältnisse im Errichtungsbeschluss der Beistandschaft die Aufgabenbereiche der Beistandsperson ausreichend präzise zu umschreiben (Art. 391 Abs. 1 ZGB). Zum Teil ergibt sich der Inhalt der Aufgaben auch bereits aus der zu errichtenden Beistandschaft. Die Beistandsperson hat sodann ihre Aufgaben stets im Interesse der verbeiständeten Person wahrzunehmen (Art. 406 Abs. 1 ZGB).⁵⁷⁴

a) Verschaffung der nötigen Kenntnisse zur Erfüllung der Aufgaben und Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person

- 248 Die Beistandsperson hat sich nach Übernahme des Amtes die zur Erfüllung der Aufgaben nötigen Kenntnisse zu verschaffen und mit der betroffenen Person Kontakt aufzunehmen (Art. 405 Abs. 1 ZGB). Bei der Pflicht der Beistandsperson, sich die nötigen Kenntnisse zu verschaffen, handelt es sich zwar um eine Holschuld, die Erwachsenenschutzbehörde hat jedoch der Beistandsperson Zugang zu sämtlichen relevanten Informationen aus dem

nenschutz ROSCH, Art. 425 ZGB, N 22; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.12; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1167; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 425 ZGB, N 13.

⁵⁷² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7061.

⁵⁷³ ESR Komm LANGENEGGER, Art. 421–425 ZGB, N 9; HÄFELI, Grundriss, Rz. 20.15; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1158.

⁵⁷⁴ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.131.

Abklärungsdossier zu gewähren.⁵⁷⁵ Die Beschaffung der zur Erfüllung der Aufgaben notwendigen Kenntnisse und die persönliche Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person stehen in einem engen Zusammenhang.⁵⁷⁶ So hat die Kontaktaufnahme auch bei Beistandschaften zu erfolgen, bei denen die persönliche Betreuung eine untergeordnete Rolle spielt. Der persönliche Kontakt wird nämlich als Voraussetzung gesehen, um die Interessenwahrung, die Rücksichtnahme auf die Meinung, die Achtung des Willens der betroffenen Person, das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen zu gestalten, den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses sowie nach Möglichkeit die Linderung oder Verhinderung einer Verschlimmerung des Schwächezustands der betroffenen Person zu ermöglichen (Art. 406 ZGB).⁵⁷⁷

b) Inventaraufnahme

Umfasst die Beistandschaft auch die Vermögensverwaltung, hat die Beistandsperson zusammen mit der Erwachsenenschutzbehörde unverzüglich ein Inventar über alle zu verwaltenden Vermögenswerte aufzunehmen (Art. 405 Abs. 2 ZGB). Die Verantwortung für die sofortige Aufnahme des Inventars liegt primär bei der Erwachsenenschutzbehörde.⁵⁷⁸ Das Inventar bildet die Grundlage zur Vermögensverwaltung, Rechnungsführung, späteren Rückgabe des Vermögens nach Beendigung der Massnahme und zur Geltendmachung allfälliger Schadenersatzansprüche aus der Verantwortlichkeit.⁵⁷⁹ Unter Umständen hat die Erwachsenenschutzbehörde die Aufgaben der Beistandsperson nach Kenntnisnahme des Inventars anzupassen. Obwohl Dritte grundsätzlich unabhängig von einem sie betreffenden Berufsgeheimnis verpflichtet sind, alle für die Aufnahme des Inventars erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Art. 405 Abs. 4 ZGB), kann die Vollständigkeit des Inventars nicht garantiert werden. Um eine allfällige sich daraus ergebende Haftung zumindest in einem gewissen Mass zu vermeiden, kann die Erwachsenenschutzbehörde die Aufnahme eines öffentlichen Inventars anordnen (Art. 405 Abs. 3 ZGB). Dieses hat gegenüber den Gläubigern die

⁵⁷⁵ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 405, N 10; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.03; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 55, N 5.

⁵⁷⁶ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.06.

⁵⁷⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 275; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.07.

⁵⁷⁸ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 276; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.12.

⁵⁷⁹ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.174.

gleiche Wirkung wie das öffentliche Inventar des Erbrechts (vgl. Art. 580 ff. ZGB).⁵⁸⁰

- 250 Werden bestimmte Angehörige als Beistand ernannt, können sie von der Inventarpflicht entbunden werden, wenn es die Umstände rechtfertigen (Art. 420 ZGB). Allerdings sollte von dieser Möglichkeit nur äusserst zurückhaltend und nur bei übersichtlichen und klaren wirtschaftlichen Verhältnissen Gebrauch gemacht werden.⁵⁸¹ Ob entsprechende Verhältnisse gegeben sind, zeigt sich zudem oft erst nach dem Erstellen eines Inventars.⁵⁸²

2. Verhältnis zur betroffenen Person

- 251 Art. 406 ZGB hält die Leitlinien für die Amtsführung der Beistandsperson fest und beinhaltet Grundsätze moderner professioneller Sozialarbeit.⁵⁸³ Das Interesse der betroffenen Person hat im Zentrum aller Bemühungen der Beistandsperson zu stehen. Namentlich verlangt Art. 406 Abs. 1 ZGB, dass der Beistand, soweit tunlich, auf die Meinung der betroffenen Person Rücksicht nimmt und deren Willen, das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten, zu achten hat. Mit dieser Formulierung wird Art. 388 Abs. 2 ZGB konkretisiert, welcher die weitestmögliche Erhaltung und Förderung der Selbstbestimmung der betroffenen Person als allgemeinen Grundsatz des Erwachsenenschutzrechts statuiert.⁵⁸⁴ Die Interessenwahrungspflicht bezieht sich einerseits auf die Aufgaben des Beistands und andererseits auf die der betroffenen Person selbst überlassenen Bereiche, die durch die Massnahme nicht eingeschränkt

⁵⁸⁰ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.133.

⁵⁸¹ HÄFELI, ZKE 2015, S. 209, der grundsätzlich ein Inventar aufnehmen lassen möchte, bei Vorliegen einfacher Vermögensverhältnisse den Verzicht auf ein Inventar zugunsten eines Kontoauszugs oder einer aktuellen Steuererklärung aber für möglich hält; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1013, N 1131 und N 1134, der eher die ausnahmslose Aufnahme eines Inventars postuliert; MEIER, FamPra 2012, S. 955 f. mit ausführlicher Begründung, weshalb von Art. 420 ZGB im Allgemeinen nur mit äusserster Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden soll.

⁵⁸² HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.134.

⁵⁸³ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7052; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 279.

⁵⁸⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7052; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.23.

sind, wobei die entsprechende Handlungsautonomie der betroffenen Person vom Beistand zu respektieren ist.⁵⁸⁵

Die Wirksamkeit und der Erfolg einer Erwachsenenschutzmassnahme hängen oft eng mit dem Aufbau eines Vertrauensverhältnisses zwischen betroffener Person und Beistand zusammen. Art. 406 Abs. 2 ZGB hält die Beistandsperson deshalb dazu an, den Aufbau eines Vertrauensverhältnisses mit der betroffenen Person anzustreben. Nicht selten stellt dies eine sozialarbeiterische Herausforderung dar, wobei das Gelingen nicht nur von der Persönlichkeit sowie den fachlichen Fähigkeiten der Beistandsperson, sondern auch von der betroffenen Person sowie den Rahmenbedingungen abhängt.⁵⁸⁶ Schliesslich hat der Beistand den Schwächezustand der betroffenen Person soweit möglich zu lindern bzw. eine Verschlimmerung zu verhüten. Ist die Betreuung der betroffenen Person an eine Einrichtung delegiert worden und eine Linderung bzw. Verhütung einer Verschlimmerung des Gesundheitszustands nicht zu erreichen, verbleibt dem Beistand eine gewisse Aufsichtspflicht, welcher er durch periodische persönliche Kontakte nachzukommen hat.⁵⁸⁷ 252

3. Eigenes Handeln der betroffenen Person

Art. 407 ZGB hält fest, dass die urteilsfähige betroffene Person, auch wenn ihr die Handlungsfähigkeit entzogen worden ist, im Rahmen des Personenrechts durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten begründen und höchstpersönliche Rechte ausüben kann. Damit verweist die Bestimmung auf Art. 19–19c ZGB.⁵⁸⁸ Die betroffene Person kann demnach, soweit sie urteilsfähig ist, durch eigenes Handeln weiterhin am Rechtsverkehr teilnehmen, sofern sie darin nicht durch die Massnahme eingeschränkt ist. Die Beistandsperson hat darauf Rücksicht zu nehmen.⁵⁸⁹ 253

⁵⁸⁵ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 279.

⁵⁸⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7052; vgl. für Ausführungen zur Sozialarbeit im Zwangskontext sowie für weitere diesbezügliche Literaturhinweise z.B. HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.25.

⁵⁸⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 280; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.26.

⁵⁸⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7052; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 281; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.29.

⁵⁸⁹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.136.

4. Vermögensverwaltung

a) Begriffe

- 254 Das Gesetz enthält keine allgemeine Definition des Vermögensbegriffs. Es handelt sich um einen wirtschaftlichen Begriff, der grundsätzlich alle Aktiven und Passiven einer Person umfasst.⁵⁹⁰ Darunter fallen auch Wertgegenstände, Gegenstände zum persönlichen Gebrauch und gemäss Art. 395 ZGB in Erweiterung des wirtschaftlichen Vermögensbegriffs Einkommen jeder Art. Auch der Begriff der Vermögensverwaltung ist nicht abschliessend definiert.⁵⁹¹ Unter dem Begriff der Verwaltung ist jedes tatsächliche oder rechtliche Handeln zu verstehen, das nach seiner typischen Beschaffenheit dazu bestimmt ist, das verwaltete Vermögen zu erhalten, zu mehrten oder der seinem Zweck entsprechenden Verwendung zuzuführen.⁵⁹²

b) Sorgfältige Verwaltung

- 255 Sofern die Vermögensverwaltung zu den Aufgaben der Beistandsperson gehört, hat sie gemäss Art. 408 Abs. 1 ZGB die Vermögenswerte sorgfältig zu verwalten und alle Rechtsgeschäfte vorzunehmen, die mit der Verwaltung zusammenhängen. Die Sorgfaltspflicht richtet sich nach den Regeln des Auftragsrechts,⁵⁹³ wobei bei behördlichen Massnahmen für das Mass der Sorgfalt stets ein professionelles Handeln massgebend ist.⁵⁹⁴ Die Beistandsperson hat das Vermögen in seiner Substanz zu erhalten und soweit möglich zu mehrten,⁵⁹⁵ wenn die Bedürfnisse der verbeiständeten Person gedeckt sind.⁵⁹⁶ Dazu gehört auch die Erfüllung persönlicher Wünsche der verbeiständeten Person, sofern sie in einem reellen Verhältnis zum vorhan-

⁵⁹⁰ BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 211; CAVIEZEL, S. 20.

⁵⁹¹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.33.

⁵⁹² BALESTRIERI, ZKE 2011, S. 211; Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7046; CAVIEZEL, S. 163.

⁵⁹³ Gemäss FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 282, besteht zwischen der betroffenen Person und dem Beistand ein auftragsrechtsähnliches Verhältnis, weshalb die Bestimmungen des Auftragsrechts (Art. 394 ff. OR) analog anwendbar seien, soweit sie dem Wesen der Beistandschaft nicht widersprechen.

⁵⁹⁴ GEISER, ZKE 2013, S. 335.

⁵⁹⁵ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1026 m.V. auf BGer 5A_687/2014 vom 16. Dezember 2014, E. 3.2.1 und BGE 136 III 113, E. 3.2.1.

⁵⁹⁶ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.34; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.138.

denen Vermögen stehen.⁵⁹⁷ Ein Vermögensverzehr zur Steigerung der Lebensqualität kann mit einer sorgfältigen Vermögensverwaltung vereinbar sein,⁵⁹⁸ wenn dadurch nicht die existenziellen Grundbedürfnisse der verbeiständeten Person in Gefahr geraten. Ein Vermögensverzehr, der in keinem vernünftigen Verhältnis zum Nutzen steht und zu einem beträchtlichen Vermögensverlust innert kurzer Zeit führt,⁵⁹⁹ oder der die verbeiständete Person absehbar der Gefahr der Not und sozialhilferechtlichen Abhängigkeit ausliefert, verstösst gegen die Pflicht zu sorgfältiger Vermögensverwaltung.⁶⁰⁰ Als Beurteilungskriterien dienen beispielsweise die Lebenserwartung sowie die erfahrungsgemäss hohen Kosten bei Pflegebedürftigkeit am Lebensende.⁶⁰¹

Das Erwachsenenschutzrecht vermeidet starre Regeln im Hinblick auf zulässige Vermögensanlagen. Die Anlage muss grundsätzlich dem Einzelfall gerecht werden, wobei die Interessen der betroffenen Person massgebend sind. Es gilt der Grundsatz, dass das Vermögen der verbeiständeten Person risikoarm anzulegen ist.⁶⁰² Die Erstellung einer genauen Analyse der wirtschaftlichen Verhältnisse sowie der Bedürfnisse und Interessen der betroffenen Person im Einzelfall ist notwendig, um eine Anlagestrategie ausarbeiten zu können. Vermögenswerte, die für die betroffene Person oder für ihre Familie einen besonderen Wert haben, sollen möglichst nicht veräussert werden (Art. 412 Abs. 2 ZGB). Es kann sich dabei sowohl um einen besonderen wirtschaftlichen als auch um einen besonderen affektiven Wert handeln.⁶⁰³ Soweit Vermögenswerte zu veräussern sind, ist die im Einzelfall geeignete Form zu bestimmen.⁶⁰⁴ Die Beistandsperson handelt dabei in eigener Verantwortung,⁶⁰⁵ jedoch unter Beachtung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte (Art. 416 ZGB) sowie der Verordnung über die Vermö-

⁵⁹⁷ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 282 und FN 676.

⁵⁹⁸ Vgl. BGer 5A_211/2016 vom 19. Mai 2016, E. 5.1.

⁵⁹⁹ BGE 136 III 113, E. 3.1.

⁶⁰⁰ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.261.

⁶⁰¹ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 408, N 9; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.34; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1026 und FN 1671.

⁶⁰² GEISER, ZKE 2013, S. 335; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.138.

⁶⁰³ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7054; MEIER, ZKE 2014, S. 420.

⁶⁰⁴ GEISER, ZKE 2013, S. 336; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.139.

⁶⁰⁵ Tritt durch das Handeln oder Unterlassen der Beistandsperson ein Schaden ein, ist gemäss Art. 454 Abs. 3 ZGB primär der Kanton haftbar. Er kann allerdings gemäss Art. 454 Abs. 4 ZGB nach Massgabe des kantonalen Rechts Rückgriff auf die Beistandsperson nehmen, die den Schaden verursacht hat.

gensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV).⁶⁰⁶ Neben der VBVV, welche der Bundesrat gestützt auf Art. 408 Abs. 3 ZGB erlassen hat, haben die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) und die Schweizerische Bankiervereinigung (SBVg) «Empfehlungen zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht»⁶⁰⁷ ausgearbeitet. Diese ergänzen die VBVV und umschreiben den Umgang der Erwachsenenschutzbehörden, der Beistände und der vorsorgeberechtigten Personen mit den Banken.⁶⁰⁸

c) Aufzählung von Befugnissen des Beistands

- 257 Art. 408 Abs. 2 Ziff. 1–3 ZGB konkretisieren die Aufgaben der Beistandsperson bei der Vermögensverwaltung, wobei die Aufzählung der Befugnisse nicht abschliessend ist. Die Entgegennahme von der betroffenen Person von Dritten geschuldeten Leistungen (Ziff. 1)⁶⁰⁹ ergibt sich ohne Weiteres aus dem allgemeinen Auftrag der Vermögensverwaltung. Ebenso obliegt der Beistandsperson die Bezahlung von Schulden der betroffenen Person (Ziff. 2). Die Vertretung der verbeiständeten Person für die laufenden Bedürfnisse (Ziff. 3) erlaubt dem Beistand zudem, Rechtsgeschäfte zur Deckung des üblichen alltäglichen Bedarfs der verbeiständeten Person abzuschliessen und das verwaltete Vermögen anzuzehren, sofern dies nötig ist.⁶¹⁰

⁶⁰⁶ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.36.

⁶⁰⁷ Zu finden unter: <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/vermoegensverwaltung>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

⁶⁰⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.139.

⁶⁰⁹ Wird mit der Beistandschaft die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person eingeschränkt, so ist Art. 452 Abs. 2 ZGB zu beachten.

⁶¹⁰ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7053; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 283; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.38; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1031.

d) Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)⁶¹¹

aa) Regelungsgegenstand und Inhalt

Die Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV) regelt die Anlage und Aufbewahrung von Vermögenswerten einer Person, die unter umfassender Beistandschaft, Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung oder Minderjährigenvormundschaft steht (Art. 1 VBVV). Die Vermögenswerte der betroffenen Person sind sicher und soweit möglich Ertrag bringend anzulegen (Art. 2 Abs. 1 VBVV). Es gilt demnach der Grundsatz «Sicherheit vor Rendite», weshalb Anlagerisiken durch angemessene Diversifikation gering zu halten sind (Art. 2 Abs. 2 VBVV). Bargeld, welches nicht zur Deckung der laufenden Bedürfnisse der betroffenen Person benötigt wird, ist von der Beistandsperson unverzüglich auf ein Konto bei einer Bank, die dem Bankengesetz (BankG) untersteht, oder bei der PostFinance⁶¹² zu überweisen (Art. 3 VBVV).⁶¹³

⁶¹¹ Gegenwärtig sind Bestrebungen zu einer Revision der VBVV im Gange. Zu den Revisionsanliegen vgl. MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1043 und Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht AFFOLTER-FRINGELI, N 8.264. Eine Vernehmlassung zum Revisionsvorschlag der VBVV ist für die Zeit von Januar bis April 2019 geplant, vgl. <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/preview.html>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

⁶¹² Als Banken gelten gemäss Art. 1 BankG «Banken, Privatbankiers (Einzelfirmen, Kollektiv- und Kommanditgesellschaften) und Sparkassen» (Art. 1 Abs. 1 BankG), die ihren statutarischen oder gesellschaftsvertraglichen Sitz in der Schweiz haben. Für die Bankentätigkeit benötigen die Banken gemäss Art. 3 BankG eine Bewilligung der FINMA. Für die Qualifikation als Bank ist gemäss ESR Komm Stupp/BACHMANN, Art. 3 VBVV, N 14 demnach entscheidend, ob ein Unternehmen eine entsprechende Bankbewilligung für seine Tätigkeit hat. Eine Auflistung der Institute, welche über eine entsprechende Bewilligung der FINMA verfügen, ist unter <<https://www.finma.ch/de/finma-public/bewilligte-institute-personen-und-produkte/>> (zuletzt besucht am 1. November 2018) zu finden. Mit Erteilung der Bankbewilligung im Jahr 2012 (vgl. <<https://www.finma.ch/de/news/2012/12/mm-postfinance-20121207/>> (zuletzt besucht am 1. November 2018)) und der vollständigen Unterstellung unter die Aufsicht der FINMA im Jahr 2013 (vgl. <<https://www.finma.ch/de/news/2013/06/mm-postfinance-20130626/>> (zuletzt besucht am 1. November 2018)) gilt auch die PostFinance als Bank im Sinne der VBVV.

⁶¹³ GEISER, ZKE 2013, S. 338; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.41.

- 259 Die Beistandsperson hat Wertschriften, Wertgegenstände, wichtige Dokumente und dergleichen sicher aufzubewahren, d.h. einer Bank zur Aufbewahrung zu übergeben, wobei der Erwachsenenschutzbehörde die Aufsicht über die Aufbewahrung zukommt (Art. 4 Abs. 1 VBVV).⁶¹⁴ Nur ausnahmsweise und mit Bewilligung der Erwachsenenschutzbehörde kann die Beistandsperson Wertsachen an einem anderen Ort aufbewahren, wenn die sichere Aufbewahrung gewährleistet ist oder dies vorrangigen Interessen der betroffenen Person dient (Art. 4 Abs. 2 VBVV). Ebenso ist die ausnahmsweise Aufbewahrung von Wertsachen in den Räumlichkeiten der Erwachsenenschutzbehörde möglich, sofern der Aufbewahrungsort feuer-, wasser- und diebstahlsicher ist (Art. 4 Abs. 3 VBVV).
- 260 Bei der Wahl der Anlage sind die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Person zu berücksichtigen, insbesondere das Alter, die Gesundheit, die Bedürfnisse des Lebensunterhalts, das Einkommen und das Vermögen sowie der Versicherungsschutz. Soweit möglich ist auch der Wille der betroffenen Person zu berücksichtigen (Art. 5 Abs. 1 VBVV). Die Anlage ist so zu wählen, dass die Mittel für den gewöhnlichen Lebensunterhalt und für zu erwartende ausserordentliche Aufwendungen im Zeitpunkt des Bedarfs verfügbar sind, ohne dass Vermögenswerte zur Unzeit liquidiert werden müssen (Art. 5 Abs. 3 VBVV).⁶¹⁵ Dies kann beispielsweise durch unterschiedliche Laufzeiten der einzelnen Vermögensanlagen sichergestellt werden.⁶¹⁶
- 261 Die VBVV unterscheidet drei Vermögenskategorien, für die unterschiedliche Anlagegrundsätze gelten:⁶¹⁷ erstens Vermögen, das der Sicherstellung des gewöhnlichen Lebensunterhalts der betroffenen Person dient (Art. 6 VBVV) und zweitens Vermögen, das zur Deckung von Bedürfnissen dient, die über den gewöhnlichen Lebensunterhalt hinausgehen (Art. 7 VBVV). Für Vermögensteile, die der Sicherstellung des gewöhnlichen Lebensunterhaltes dienen, sind ausschliesslich aus wirtschaftlicher Sicht sichere, konservative Anlagen zulässig (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. a-f VBVV). Im Vordergrund stehen die Werterhaltung und die Verwertbarkeit. Für Vermögensteile, die zur Deckung von Bedürfnissen dienen, die über den gewöhnlichen Lebensunterhalt hinausgehen, sind – sofern es die persönlichen Verhältnisse der betroffenen Person erlauben – zusätzlich zu den in Art. 6 Abs. 1 VBVV aufge-

⁶¹⁴ GEISER, ZKE 2013, S. 338.

⁶¹⁵ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1035.

⁶¹⁶ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.43.

⁶¹⁷ GEISER, ZKE 2013, S. 339; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1036 ff.

zählten Anlagen weitere, mit gewissen erhöhten Risiken verbundene Anlagen zulässig (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. a-f VBVV). Dabei haben die Diversifikation und der längerfristige Ertrag eine grössere Bedeutung. Im Sinne einer dritten Vermögenskategorie kann die Erwachsenenschutzbehörde bei besonders günstigen finanziellen Verhältnissen der betroffenen Person auch weitergehende Anlagen bewilligen (Art. 7 Abs. 3 VBVV).⁶¹⁸ Die Behörde kann in diesem Fall grundsätzlich alle möglichen Anlagen bewilligen. Allerdings gelten auch dabei die allgemeinen Grundsätze der langfristigen Sicherheit und der Ertragsausrichtung. Ob diese Grundsätze im Einzelfall eingehalten werden, lässt sich nur anhand einer erarbeiteten Anlagestrategie bestimmen.⁶¹⁹

Erfüllen Vermögensanlagen, die im Zeitpunkt der Errichtung der Beistandschaft bestehen, und Vermögenswerte, die der betroffenen Person nach diesem Zeitpunkt zufließen, die ausgeführten Voraussetzungen gemäss Art. 6 f. VBVV nicht, sind sie innert angemessener Frist in zulässige Anlagen umzuwandeln (Art. 8 Abs. 1 VBVV).⁶²⁰ Dabei sind die Wirtschaftsentwicklung, die persönlichen Verhältnisse und – soweit möglich – der Wille der betroffenen Person zu berücksichtigen (Art. 8 Abs. 2 VBVV).⁶²¹ Entscheidend bei dieser Norm ist, dass die Umwandlung nur innert nützlicher Frist vorzunehmen ist und unter gewissen Voraussetzungen auch unterbleiben kann. Eine sofortige Umwandlung ist lediglich bei Bargeld notwendig. Welche Frist bei anderen Vermögenswerten als angemessen gilt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Wichtig ist allerdings, dass die Beistandsperson und die Erwachsenenschutzbehörde sich im Einzelfall Überlegungen zur Frist machen und diese Überlegungen dokumentieren.⁶²²

Art. 9 VBVV⁶²³ regelt den Vertragsabschluss zwischen der Beistandsperson und der Bank sowie das Erfordernis der Genehmigung entsprechender Verträge durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 9 Abs. 1 VBVV), welche auch entscheidet, über welche Vermögenswerte die Beistandsperson selbstständig bzw. nur mit Bewilligung der Erwachsenenschutzbehörde im Namen

⁶¹⁸ GEISER, ZKE 2013, S. 339.

⁶¹⁹ GEISER, ZKE 2013, S. 347.

⁶²⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.44.

⁶²¹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1037 ff.

⁶²² GEISER, ZKE 2013, S. 339 f.

⁶²³ Vgl. für eine ausführlichere Darstellung von Art. 9 VBVV bzw. der Zusammenarbeit zwischen Erwachsenenschutzbehörden und Banken DÖRFLINGER, ZKE 2013, S. 353 ff.

der betroffenen Person verfügen darf (Art. 9 Abs. 2 Bst. a VBVV) und über welche Vermögenswerte die betroffene Person selber verfügen darf (Art. 9 Abs. 2 Bst. b VBVV).

- 264 Die Aufbewahrung von Konto- und Depotbelegen durch die Beistandsperson sowie die Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte der Erwachsenenschutzbehörde sowie der Beistandsperson in Bezug auf die entsprechenden Konten und Depots sind in Art. 10 VBVV geregelt.⁶²⁴
- 265 Art. 11 VBVV legt abschliessend fest, dass die Beistandsperson alle Entscheidungen im Bereich der Vermögensverwaltung sorgfältig und ausführlich zu dokumentieren hat, was sich allerdings bereits aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht gemäss Art. 413 Abs. 1 ZGB ergibt.⁶²⁵

bb) Bedeutung der Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde gemäss VBVV

- 266 Die VBVV sieht für verschiedene Handlungen der Beistandsperson das Erfordernis der Bewilligung bzw. Genehmigung der Erwachsenenschutzbehörde vor (vgl. Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 und 3, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 VBVV). Dabei basiert die VBVV auf Art. 408 Abs. 3 ZGB, welcher den Bundesrat ermächtigt, Bestimmungen über die Anlage und die Aufbewahrung des Vermögens zu erlassen. Diese gesetzliche Bestimmung ermächtigt den Bundesrat indessen nicht dazu, die Liste der zustimmungsbedürftigen Geschäfte von Art. 416 ZGB mittels Verordnung auszuweiten. Aus diesem Grund bleibt eine Verletzung der entsprechenden Bestimmungen der VBVV ohne Konsequenzen im Hinblick auf die Gültigkeit des von der Beistandsperson mit einem Dritten abgeschlossenen Geschäfts, sofern das entsprechende Geschäft nicht auch gemäss Art. 416 ZGB der Zustimmung der Behörde bedarf.⁶²⁶ Dennoch kann eine Verletzung der entsprechenden Bestimmungen der VBVV zu Haftungsproblematiken führen.⁶²⁷

cc) Zuständigkeiten

- 267 Im Bereich der Vermögensverwaltung und Vermögensanlage besteht neben der VBVV kein Raum für rechtsetzende kantonale Regelungen.⁶²⁸ Allerdings

⁶²⁴ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.45.

⁶²⁵ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1042.

⁶²⁶ MEIER, ZKE 2014, S. 417 f.

⁶²⁷ DÖRFLINGER, ZKE 2013, S. 360.

⁶²⁸ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.46; vgl. aber die «Empfehlungen der SBVg und der KOKES zur Vermögensverwaltung gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht»

können die Kantone in ihrem Gesetzes- und Verordnungsrecht die praktische Umsetzung der VBVV präzisieren.⁶²⁹

Die Erwachsenenschutzbehörde ordnet die Massnahme an, umschreibt die Aufgabenbereiche der Beistandschaft (Art. 391 Abs. 1 ZGB) und überwacht die Durchführung der Massnahme. Die Anordnungen der Behörde haben einerseits genügend konkret zu sein, damit die Beistandsperson ihre Aufgaben wahrnehmen kann. Andererseits haben sie auch genügend allgemein zu sein, weil sonst die Beistandsperson nicht mehr selbstständig handeln kann.⁶³⁰ Dabei reicht es nicht aus, dass die Erwachsenenschutzbehörde die Beistandsperson mit der Vermögensverwaltung im Allgemeinen betraut. Vielmehr hat die Behörde zu umschreiben, zu welcher der drei Vermögenskategorien das Vermögen gehört. Sofern die betroffene Person über Vermögen verfügt, welches zur Deckung von über den gewöhnlichen Lebensunterhalt hinausgehenden Bedürfnissen reicht (Art. 7 VBVV), hat die Erwachsenenschutzbehörde auch über die Anlagestrategie zu entscheiden. Danach hat sie regelmässig zu kontrollieren, ob die Anlagen der Strategie entsprechen und ob die Strategie weiterhin angemessen ist.⁶³¹

Der Beistandsperson kommt eine entscheidende Aufgabe zu. Sie liefert mit der Aufnahme eines Inventars⁶³² sowie der Ermittlung der Bedürfnisse der betroffenen Person die Unterlagen zur Einordnung der Vermögenswerte in die Vermögenskategorien und zur Festlegung der Anlagestrategie. Sinnvollerweise wird die Beistandsperson die Anlagestrategie gemeinsam mit Banken oder Vermögensverwaltern erarbeiten und sie dann der Erwachsenenschutzbehörde unterbreiten.⁶³³ Die Vermögensverwaltung und damit auch die Vertragsgestaltung bleibt dabei Aufgabe der Beistandsperson. Faktisch wird die konkrete Vertragsgestaltung aber i.d.R. von den Banken vorgenommen.⁶³⁴

Die Banken und weitere Vermögensverwalter haben gegenüber der Beistandsperson und der Erwachsenenschutzbehörde Beraterfunktion und

vom Juli 2013, zu finden unter <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/vermoegensverwaltung>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

⁶²⁹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1033.

⁶³⁰ Vgl. dazu z.B. KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 5.65 ff.

⁶³¹ GEISER, ZKE 2013, S. 347 f.

⁶³² Vgl. zur Inventaraufnahme insb. vorne, Rz. 249 f.

⁶³³ GEISER, ZKE 2013, S. 348.

⁶³⁴ DÖRFLINGER, ZKE 2013, S. 361.

tätigen je nach Vertragsverhältnis auch die Anlagen im Rahmen der von der Erwachsenenschutzbehörde genehmigten Anlagestrategie. Gemäss GEISER tragen sie eine Mitverantwortung dafür, dass die Beistandsperson bei allfälligen Anlageentscheiden die festgelegte Anlagestrategie einhält, soweit sie zuverlässige Kenntnis der Strategie haben.⁶³⁵

e) Besondere Geschäfte

- 271 Die Beistandsperson darf in Vertretung der betroffenen Person keine Bürgschaften eingehen, keine Stiftungen errichten und keine Schenkungen vornehmen, mit Ausnahme der üblichen Gelegenheitsgeschenke (Art. 412 Abs. 1 ZGB). Die abschliessend aufgezählten Geschäfte wurden vom Gesetzgeber verboten, weil davon auszugehen ist, dass sie generell kaum im Interesse der verbeiständeten Person liegen.⁶³⁶ Diese Einschränkung der Vertretungsmacht der Beistandsperson greift unabhängig davon, ob die verbeiständete Person urteilsfähig ist oder nicht. Die Bestimmung richtet sich an die eingesetzten Beistände bei Vertretungsbeistandschaften (Art. 394/395 ZGB) sowie bei umfassenden Beistandschaften (Art. 398 ZGB), da die Beistandsperson über Vertretungsmacht verfügen muss, damit die Bestimmung für sie von Bedeutung ist.⁶³⁷
- 272 Ausgenommen vom Verbot sind die üblichen Gelegenheitsgeschenke (z.B. Weihnachts- oder Geburtstagsgeschenke).⁶³⁸ Was genau darunter fällt, ist abhängig von den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen der verbeiständeten Person.⁶³⁹
- 273 Im Rahmen einer Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) kann von der Erwachsenenschutzbehörde angeordnet werden, dass die gemäss Art. 412 Abs. 1 ZGB verbotenen Geschäfte der Zustimmung der Beistandsperson bedürfen.⁶⁴⁰

⁶³⁵ GEISER, ZKE 2013, S. 348.

⁶³⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 289 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.143.

⁶³⁷ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1062.

⁶³⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7054.

⁶³⁹ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.51; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1063.

⁶⁴⁰ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7054.

5. Berichterstattung und Rechnungsführung

a) Berichterstattung

Die Beistandsperson hat gemäss Art. 411 Abs. 1 ZGB der Erwachsenenschutzbehörde so oft wie nötig, mindestens aber alle zwei Jahre, einen Bericht über die Lage der betroffenen Person und die Ausübung der Beistandschaft zu erstatten. Die Berichterstattungspflicht trifft den Beistand grundsätzlich unabhängig von der Beistandschaftsart und den ihm übertragenen Aufgaben.⁶⁴¹ 274

Die Berichterstattung über die betroffene Person sowie die Beistandschaft im Allgemeinen und die Berichterstattung über die Vermögensverwaltung haben hauptsächlich zwei Funktionen: Einerseits ermöglichen sie der Erwachsenenschutzbehörde die Kontrolle und Aufsicht über die Tätigkeit der Beistandsperson. Andererseits dienen sie sowohl der Beistandsperson als auch der Behörde zur Standortbestimmung, d.h. insbesondere bei der Überprüfung der Massnahme auf ihre Zwecktauglichkeit und Notwendigkeit.⁶⁴² Der Bericht hat Auskunft darüber zu geben, ob die Gründe für die Beistandschaft noch gegeben sind oder ob eine Aufhebung oder Umwandlung in eine andere Massnahme notwendig erscheint.⁶⁴³ Er hat insbesondere die Grenzen der Selbstständigkeit und die daraus resultierende Betreuungsbedürftigkeit der verbeiständeten Person aufzuzeigen. Der Umfang des Berichts richtet sich nach der Art und dem Umfang des Auftrags der Beistandsperson.⁶⁴⁴ 275

Die Erwachsenenschutzbehörde kann im Rahmen ihrer Aufsichts- und Steuerungspflicht auch kürzere Berichtsperioden als zwei Jahre festlegen. Die Initiative für eine Berichterstattung vor Ablauf der von der Behörde festge- 276

⁶⁴¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 287; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1049.

⁶⁴² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7054; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 287; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.62; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1050.

⁶⁴³ SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 411 ZGB, N 3.

⁶⁴⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7054; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1052.

legten Periode kann und muss je nach Situation aber auch von der Beistandsperson ausgehen.⁶⁴⁵

- 277 Die Beistandsperson zieht gemäss Art. 411 Abs. 2 ZGB bei der Erstellung des Berichts die betroffene Person, soweit tunlich, bei und gibt ihr auf Verlangen eine Kopie. Der Beizug der betroffenen Person ist Ausdruck der Achtung ihrer Persönlichkeit und dient der Transparenz. Überdies soll er die Eigenaktivität und Selbstverantwortung der betroffenen Person fördern.⁶⁴⁶ Inwiefern die betroffene Person tatsächlich beizuziehen ist, hängt vom Grad ihrer Urteilsfähigkeit ab.⁶⁴⁷ Ein erfolgter Beizug kann durch die Unterschrift der betroffenen Person auf dem Bericht dokumentiert werden, wobei ein nicht erfolgter Beizug oder die Weigerung der betroffenen Person, den Bericht zu unterzeichnen, von der Beistandsperson begründet werden sollte.⁶⁴⁸
- 278 Sofern jemand aus dem Kreise bestimmter naher Angehöriger der betroffenen Person als Beistand eingesetzt wird, kann die Erwachsenenschutzbehörde diese Person gemäss Art. 420 ZGB von der Pflicht zur periodischen Berichterstattung ganz oder teilweise entbinden, wenn die Umstände es rechtfertigen.⁶⁴⁹

b) Rechnungsführung

- 279 Die Rechnungsführung und Rechnungsablage sind neben der Berichterstattung (Art. 411 ZGB) die wesentlichen Instrumente der Aufsicht über die Mandatsführung der Beistandsperson. Sie sind überdies unentbehrlich für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen (Art. 454 f. ZGB).⁶⁵⁰ Dabei enthält Art. 410 ZGB lediglich die bundesrechtlichen Mindeststandards, während die Kantone befugt sind, nähere Ausführungsbestimmungen über die Rechnungsführung zu erlassen. Nimmt der Kanton diese Be-

⁶⁴⁵ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 288 f.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.62a; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1053; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 411 ZGB, N 5.

⁶⁴⁶ ESR Komm HÄFELI, Art. 411 ZGB, N 12 f.

⁶⁴⁷ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1054.

⁶⁴⁸ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 411, N 9; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 289.

⁶⁴⁹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1055.

⁶⁵⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.55.

fugnis nicht wahr, hat die jeweilige Erwachsenenschutzbehörde ihre Anforderungen an die Rechnungsführung näher auszuführen.⁶⁵¹

Gemäss Art. 410 Abs. 1 ZGB führt die Beistandsperson Rechnung und legt sie der Erwachsenenschutzbehörde in den von ihr angesetzten Zeitabständen, mindestens aber alle zwei Jahre, zur Genehmigung vor. Die Erwachsenenschutzbehörde kann auch kürzere Abstände festlegen oder jederzeit die Rechnungsablage von der Beistandsperson verlangen.⁶⁵²

Die Rechnungsführungspflicht trifft den Beistand, der mit der Vermögensverwaltung beauftragt ist (Art. 395 oder Art. 398 ZGB). Grundsätzlich hat jedoch auch der Mitwirkungsbeistand (Art. 396 ZGB) Rechnung über diejenigen vermögensrechtlichen Geschäfte abzulegen, zu welchen er seine Zustimmung erteilt hat. Allerdings kann in diesem Fall die Rechnungsführung etwas summarischer ausfallen als bei einer ganzheitlichen Vermögensverwaltung.⁶⁵³

Die Rechnungsführung basiert auf dem Inventar der zu verwaltenden Vermögenswerte, welches zu Beginn der Beistandschaft aufgenommen wurde (Art. 405 Abs. 2 ZGB).⁶⁵⁴ Sie hat Auskunft über sämtliche Einnahmen und Ausgaben während der Berichtsperiode zu geben und eine Gegenüberstellung des Vermögens der verbeiständeten Person zu Beginn und am Ende der Berichtsperiode zu enthalten. Mittels Originalbelegen ist von der Beistandsperson der Nachweis zu erbringen, dass die Bewirtschaftung des Vermögens im Interesse der verbeiständeten Person erfolgt ist.⁶⁵⁵

Die Beistandsperson hat gemäss Art. 410 Abs. 2 ZGB der betroffenen Person die Rechnung zu erläutern und ihr auf Verlangen eine Kopie zu geben. In der Praxis lassen sich Beistände die Kenntnisnahme und Erläuterung der Rechnung von der verbeiständeten Person oft unterschriftlich bestätigen. Wird die verbeiständete Person nicht beigezogen, kann oder will sie die Rechnung nicht unterzeichnen, sollte die Beistandsperson dies gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde begründen.⁶⁵⁶

⁶⁵¹ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 285.

⁶⁵² BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 410, N 2.

⁶⁵³ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1056.

⁶⁵⁴ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 410, N 5; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1058.

⁶⁵⁵ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 285 f.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.56.

⁶⁵⁶ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 286; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.59.

- 284 Die Mitwirkung der verbeiständeten Person bei der Rechnungsablage und ihr Einverständnis bedeuten keine Décharge an die Beistandsperson und hindern eine spätere Verantwortlichkeitsklage (Art. 454 f. ZGB) nicht.⁶⁵⁷
- 285 Sofern jemand aus dem Kreise bestimmter naher Angehöriger der betroffenen Person als Beistand eingesetzt wird, kann die Erwachsenenschutzbehörde diese Person gemäss Art. 420 ZGB von der Pflicht zur periodischen Rechnungsablage ganz oder teilweise entbinden, wenn die Umstände es rechtfertigen.⁶⁵⁸ Diese Privilegierung ist allerdings nur mit grösster Zurückhaltung anzuwenden, weil sie es der Erwachsenenschutzbehörde verunmöglicht, die im Interesse der verbeiständeten Person liegende Aufsicht wahrzunehmen und damit Sicherheits- und Verantwortlichkeitsinteressen tangiert werden.⁶⁵⁹

6. Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht

a) Sorgfaltspflicht

- 286 Die Beistandsperson hat gemäss Art. 413 Abs. 1 ZGB bei der Erfüllung der Aufgaben die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person nach den Bestimmungen des Obligationenrechts. Die Bestimmung verweist demnach auf Art. 398 OR, der die Haftung des Beauftragten für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts regelt und seinerseits in Abs. 1 statuiert, dass der Beauftragte im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt haftet wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Damit verweist Art. 398 Abs. 1 OR wiederum auf Art. 321e OR, der das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, regelt.⁶⁶⁰ Gemäss Art. 398 Abs. 2 OR haftet der Beauftragte dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts. Er hat das Geschäft gemäss Art. 398 Abs. 3 OR persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Die Haftung der Beistandsperson richtet sich aber nach den besonderen

⁶⁵⁷ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 410, N 16 m.V. auf GOOD, § 8, Rz. 60.

⁶⁵⁸ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1061.

⁶⁵⁹ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 410, N 4 m.w.H.

⁶⁶⁰ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 292; ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, ZKE 2012, S. 421, FN 36.

Regeln des Erwachsenenschutzrechts in Art. 454 f. ZGB^{661,662} Die von den auftragsrechtlichen Haftungsregeln abweichende Verantwortlichkeitsregelung im Erwachsenenschutzrecht rechtfertigt sich, da die Beistandsperson im Rahmen behördlicher Massnahmen eine öffentliche Funktion wahrnimmt.⁶⁶³

Die Sorgfaltspflicht erstreckt sich auf sämtliche Aufgaben, welche der Beistandsperson übertragen werden. Der Beistand nimmt die Aufgaben grundsätzlich persönlich wahr (Art. 400 Abs. 1 ZGB). Inhalt, Umfang und Massstab der Sorgfaltspflicht richten sich nach dem Inhalt des behördlich erteilten Auftrags⁶⁶⁴ sowie nach den in Art. 388 und Art. 405–412 ZGB statuierten Grundsätzen zur Führung der Beistandschaft. Der Sorgfaltsbegriff des Auftrags- und Arbeitsrechts gilt auch für die Tätigkeiten von Beistandspersonen.⁶⁶⁵ Er ist insofern doppeldeutig, als er einerseits im Bereich des Verschuldens als Element des Fahrlässigkeitsbegriffs (Vorwerfbarkeit einer Pflicht- nicht unbedingt aber einer Sorgfaltspflichtverletzung) von Bedeutung ist, andererseits im Zusammenhang mit der Verletzung einer Vertragsnebenpflicht als Sorgfaltswidrigkeit Relevanz erlangen kann.⁶⁶⁶ Auszugehen ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab, d.h. es wird diejenige Sorgfalt in der Ausführung der Aufgaben von der Beistandsperson erwartet, die eine gewissenhafte und ausreichend sachkundige Beistandsperson unter Berücksichtigung des konkreten Auftrags sowie der konkreten Umstände anzuwenden pflegt.⁶⁶⁷ Art. 413 Abs. 1 ZGB kommt, was den objektivierten Sorgfaltsbegriff betrifft, als Schutznorm für das Vermögen der betroffenen Person und was das Verschulden bzw. den Fahrlässigkeitsbegriff betrifft, beim Rückgriff auf die Beistandsperson gemäss Art. 454 Abs. 4 ZGB Bedeutung zu. Die erwartete Sorgfalt im Innenverhältnis zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der Beistandsperson im Falle eines Regresses (Art. 454 Abs. 4 ZGB) richtet sich nach den Fähigkeiten und Eigenschaften

⁶⁶¹ Für weitere Ausführungen zur Verantwortlichkeit vgl. hinten, Rz. 320–353.

⁶⁶² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7055; BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 6; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.146.

⁶⁶³ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1016, vertritt, dass die Beistandsperson als Organ des Staates handle.

⁶⁶⁴ ESR Komm HÄFELI, Art. 413 ZGB, N 4.

⁶⁶⁵ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 1; OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 1.

⁶⁶⁶ OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 1 m.V. auf CHK OR GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 398, N 8.

⁶⁶⁷ ESR Komm HÄFELI, Art. 413 ZGB, N 4a m.w.H.

der Beistandsperson, welche die Behörde gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR). Demnach haben Sonderwissen und Sonderfähigkeiten der Beistandsperson eine Erhöhung der erwarteten Sorgfalt zur Folge, sofern das entsprechende Wissen bzw. die entsprechenden Fähigkeiten zur Aufgabenerteilung an die Beistandsperson geführt haben. Von einer unsorgfältigen Auswahl und/oder von unsorgfältiger Instruktion und damit von einer Sorgfaltswidrigkeit der Erwachsenenschutzbehörde ist hingegen auszugehen, wenn die Fähigkeiten und Eigenschaften der Beistandsperson für die Erfüllung der konkret übertragenen Aufgaben nicht genügen. Unter Umständen liegt allerdings zusätzlich ein Übernahmeverschulden der Beistandsperson vor. Das Bundesgericht wendet im Allgemeinen bei berufsmässiger und entgeltlicher Tätigkeit von Beauftragten einen höheren Sorgfaltsmassstab an.⁶⁶⁸ Für die betroffene Person, die einen Schaden erlitten hat, ist es indessen irrelevant, ob der Erwachsenenschutzbehörde oder der Beistandsperson eine Sorgfaltswidrigkeit vorzuwerfen ist, da im Aussenverhältnis gemäss Art. 454 Abs. 3 ZGB allein der Kanton für den Schaden aufzukommen hat.⁶⁶⁹

- 288 Im Hinblick auf das Verschulden – erfasst werden von Art. 321e OR Absicht und jegliche Art von Fahrlässigkeit⁶⁷⁰ – kommt es auf die im Verkehr erforderliche Sorgfalt unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse bzw. der Umstände im Einzelfall an.⁶⁷¹ Ein Verschulden liegt nur dann vor, wenn die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt einer korrekt handelnden Beistandsperson unter den konkreten Umständen möglich und zumutbar gewesen wäre.⁶⁷²

⁶⁶⁸ BGE 115 II 62, E. 3a, in welchem das BGer das Mass der Sorgfalt eines beauftragten berufsmässig und entgeltlich handelnden Vermögensverwalters zu beurteilen hatte. In der Lehre ist der Umstand, dass das erwartete Mass der Sorgfalt bei Entgeltlichkeit eines Auftrags höher sein soll als bei Unentgeltlichkeit, auf Kritik gestossen. Anstelle einer Anpassung des Sorgfaltsmassstabs wird vielmehr für denselben Sorgfaltsmassstab bei Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit eines Auftrags plädiert, während die Unentgeltlichkeit gestützt auf Art. 99 Abs. 2 OR bei der Schadenersatzbemessung zu berücksichtigen sei. Vgl. für weitere Ausführungen und Literaturhinweise CHK OR GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 398, N 13.

⁶⁶⁹ OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 1.

⁶⁷⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 2.

⁶⁷¹ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321e, N 18.

⁶⁷² OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 1.

Die Delegation von Aufgaben an Dritte entbindet die Beistandsperson nicht von der eigenen Sorgfaltspflicht.⁶⁷³ 289

b) Verschwiegenheitspflicht

In Anlehnung an das Datenschutzrecht ist die Beistandsperson gemäss Art. 413 Abs. 2 ZGB zur Verschwiegenheit verpflichtet,⁶⁷⁴ soweit nicht überwiegende Interessen der betroffenen Person, Dritter oder der Öffentlichkeit entgegenstehen.⁶⁷⁵ Die Bestimmung regelt in Bezug auf die Beistandschaft, was bereits dem Persönlichkeitsschutz (Art. 8 EMRK, Art. 13 BV, Art. 28 ZGB) entspringt und für Private und Organe des Bundes auch im Datenschutzgesetz (DSG) bzw. für kantonale und kommunale Organe in den kantonalen Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetzen eine weitere Grundlage hat. Dieses sog. Erwachsenenschutzgeheimnis⁶⁷⁶ kann zur Stärkung des Vertrauensverhältnisses zwischen Beistand und betroffener Person (Art. 406 Abs. 2 ZGB) beitragen, was wiederum den Erfolg der Massnahme positiv beeinflussen kann.⁶⁷⁷ 290

Dritte sind gemäss Art. 413 Abs. 3 ZGB über die Beistandschaft zu orientieren, soweit dies zur gehörigen Erfüllung der Aufgaben der Beistandsperson erforderlich ist. Hauptkriterium bei der Interessenabwägung zwischen der Verschwiegenheitspflicht und dem Offenbarungsrecht der Beistandsperson ist das Wohl der verbeiständeten Person,⁶⁷⁸ welches die Beistandsperson zu einem nachvollziehbaren Entscheidungsprozess verpflichtet.⁶⁷⁹ Die Interessen Dritter sind in die Abwägung einzubeziehen und denjenigen der verbeiständeten Person gegenüberzustellen. Basierend darauf sind Art und Umfang der offenzulegenden Informationen zu bestimmen.⁶⁸⁰ 291

Das Erwachsenenschutzrecht regelt nicht ausdrücklich, welche Sanktionen eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch die Beistandsperson 292

⁶⁷³ Vgl. für Ausführungen zur Haftung des Beistands beim Beizug von Hilfspersonen insb. vorne, Rz. 132–136.

⁶⁷⁴ Die Verschwiegenheitspflicht der Erwachsenenschutzbehörde ist in Art. 451 ZGB geregelt.

⁶⁷⁵ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7055.

⁶⁷⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.95.

⁶⁷⁷ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 7; OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 2.

⁶⁷⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.147.

⁶⁷⁹ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 9 m.V. auf AFFOLTER, AJP 1998, S. 650 f.

⁶⁸⁰ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.88; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 55, N 36.

nach sich zieht. Erwachsenenschutzrechtlich stehen jedoch disziplinarische Massnahmen (Art. 419 ZGB) sowie die Entlassung der Beistandsperson (Art. 423 ZGB) im Vordergrund. Eine strafrechtliche Verfolgung wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB) kommt gemäss herrschender Lehre nur bei vom Gemeinwesen angestellten Berufsbeiständen, nicht aber bei Privatbeiständen in Betracht.⁶⁸¹ Bei widerrechtlicher Schadenszufügung durch die Beistandsperson kommen – sofern die weiteren Voraussetzungen von Art. 41 und Art. 49 OR erfüllt sind – Schadenersatz sowie allenfalls Genugtuung in Betracht, wenn die Schwere der Verletzung dies rechtfertigt (Art. 454 Abs. 1 ZGB).⁶⁸²

7. Informationspflicht bei Änderung der Verhältnisse

- 293 Die Beistandsperson ist gemäss Art. 414 ZGB gehalten, die Erwachsenenschutzbehörde unverzüglich über Umstände zu informieren, die eine Änderung der Massnahme erfordern oder eine Aufhebung der Beistandschaft ermöglichen.
- 294 Die Bestimmung konkretisiert und ergänzt Art. 406 ZGB, dient der Verwirklichung des Subsidiaritäts- und Verhältnismässigkeitsprinzips (Art. 389 ZGB) und findet ihre Entsprechung in der Pflicht der Erwachsenenschutzbehörde, eine Massnahme von Amtes wegen unverzüglich an veränderte Verhältnisse anzupassen (vgl. Art. 399 Abs. 2 i.V.m. Art. 446 ZGB).⁶⁸³

⁶⁸¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7055; BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 14; HELLE, N 141; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1020; OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 2; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 55, N 35; a.M. HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.80 m.w.H., der argumentiert, dass die unterschiedliche Behandlung des Privatbeistands und des Berufsbeistands zu einer rechtlich und sozialarbeiterisch unerwünschten Diskriminierung und Ungleichbehandlung der betroffenen Personen führe, die von einem Privatbeistand betreut werden. HÄFELI will deshalb sowohl Berufsbeistände als auch Privatbeistände zusätzlich zur Verschwiegenheitspflicht gemäss Art. 413 Abs. 2 ZGB dem Amtsgeheimnis gemäss Art. 320 StGB unterstellen. Für eine Zusammenstellung der Lehrmeinungen, welche die Geltung des Amtsgeheimnisses bereits unter dem Vormundschaftsrecht sowohl für den Amts- als auch für den Privatvormund befürworten, vgl. ELSENER, S. 164 ff.

⁶⁸² BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 14; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.80; OFK ZGB FASSBIND, Art. 413, N 3.

⁶⁸³ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7055; BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 414, N 1; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.92; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 296; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1002.

Versäumt die Beistandsperson die Meldung veränderter Verhältnisse innert 295
nützlicher Frist, handelt sie pflichtwidrig, was eine haftungsrechtliche Ver-
antwortlichkeit nach sich ziehen kann (Art. 454 f. ZGB).⁶⁸⁴

§ 5 Mitwirkung und Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde

1. Allgemeines

Zu den Aufgaben der Erwachsenenschutzbehörde gehört es, die Beistände 296
generell hinsichtlich der Erfüllung ihrer Aufgaben zu beaufsichtigen. Sie hat
von Amtes wegen einzuschreiten, wenn sie feststellt, dass die Interessen
einer verbeiständeten Person gefährdet sind.⁶⁸⁵

Das Erwachsenenschutzrecht sieht als Instrumente zur Steuerung und Be- 297
aufsichtigung der Tätigkeit der Beistände nach erfolgter Anordnung der
Massnahme die Prüfung der Rechnungen und Berichte (Art. 415 ZGB) sowie
die Anordnung allenfalls notwendiger (Korrektur-)Massnahmen vor. Über-
dies kann die Erwachsenenschutzbehörde in Ergänzung zu den vom Ge-
setzgeber in Art. 416 ZGB bereits vorgesehenen zustimmungsbedürftigen
Geschäften bei Vorliegen wichtiger Gründe weitere risikogeeignete Geschäf-
te bzw. Geschäfte von grosser Tragweite bezeichnen, welche die Beistands-
person nicht alleine, sondern nur mit Zustimmung der Behörde abschliessen
kann (Art. 417 ZGB). Schliesslich obliegt der Erwachsenenschutzbehörde
auch die Behandlung von Beschwerden gegen Handlungen oder Unterlas-
sungen der Beistandsperson (Art. 419 ZGB).⁶⁸⁶ Zur Anrufung der Behörde ist
die verbeiständete Person selbst sowie jede ihr nahestehende Person legiti-
miert. Auch Dritte können an die Behörde gelangen, soweit sie ein rechtlich
geschütztes Interesse haben.⁶⁸⁷ Der Entscheid der Erwachsenenschutzbe-

⁶⁸⁴ HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.95; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 296; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1002, FN 1630.

⁶⁸⁵ BSK ZGB I VOGEL, Art. 415, N 1; ESR Komm LANGENEGGER, Vor Art. 415–418 ZGB, N 1; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.154; ROSCH, ZKE 2011, S. 36 f.

⁶⁸⁶ ESR Komm LANGENEGGER, Vor Art. 415–418 ZGB, N 2; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1071.

⁶⁸⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7058 f.

hörde bildet dann Gegenstand einer allfälligen Beschwerde an die gerichtliche Beschwerdeinstanz (Art. 450 ff. ZGB).⁶⁸⁸

- 298 Die bundesrechtlichen Vorschriften über die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde werden durch kantonale Organisationsvorschriften ergänzt.⁶⁸⁹

2. Prüfung der Rechnung und des Berichts

a) Prüfung der Rechnung

- 299 Die Erwachsenenschutzbehörde prüft die Rechnung und erteilt oder verweigert die Genehmigung. Sofern es notwendig ist, verlangt sie eine Berichtigung (Art. 415 Abs. 1 ZGB). Die Rechnungsablage ist freilich nur erforderlich, wenn die Verwaltung von Vermögenswerten (Art. 395 ZGB) zu den Aufgaben der Beistandsperson gehört und diese nicht gemäss Art. 420 ZGB von der Pflicht zur periodischen Rechnungsablage entbunden wurde.
- 300 Gegenstand der Prüfung sind die formelle Richtigkeit der Abrechnung sowie die Angemessenheit und Gesetzmässigkeit der Verwaltung.⁶⁹⁰ Rechnungsgrundlage und für die Beurteilung der Plausibilität von Vermögensveränderungen zu beachtende Instrumente sind das Inventar (Art. 405 ZGB) bzw. die letzte Rechnung. Grundsätzlich ist von der Erwachsenenschutzbehörde im Rahmen der Rechnungsprüfung eine vollständige Prüfung der Buchungen und Belege vorzunehmen. Der Prüfungsumfang kann jedoch nach behördlichem Ermessen reduziert werden, wenn eine verlässliche Aussage über die Qualität und Korrektheit der Abrechnung auch ohne lückenlose Prüfung möglich ist.⁶⁹¹ Ausnahmsweise von der Beistandsperson nicht belegbare Buchungen sind zumindest auf ihre Nachvollziehbarkeit zu überprüfen.⁶⁹² Die Rechnungsprüfung hat festzustellen, ob die finanziellen Interessen der verbeiständeten Person, namentlich die Geltendmachung und Ein-

⁶⁸⁸ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.155.

⁶⁸⁹ ESR Komm LANGENEGGER, Vor Art. 415–418 ZGB, N 4.

⁶⁹⁰ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7055; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 415 ZGB, N 1; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 301; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.29.

⁶⁹¹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 415, N 7; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht BIDERBOST, N 8.295; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 4.

⁶⁹² HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.02.

forderung von (sozial-)versicherungsrechtlichen Ansprüchen und Guthaben erfolgt ist. Ebenso soll die Prüfung Einblick in die Vermögensverwaltung im Allgemeinen gewähren und zeigen, ob die Anlage- und Aufbewahrungsvorschriften gemäss VBVV eingehalten wurden. Ferner hat die Prüfung auch Aufschluss darüber zu geben, ob allfällige von der Erwachsenenschutzbehörde der Beistandsperson erteilte Weisungen eingehalten wurden.⁶⁹³

b) Prüfung des Berichts

Die Erwachsenenschutzbehörde prüft auch den Bericht über die persönlichen Verhältnisse und die Betreuung und verlangt, sofern notwendig, dessen Ergänzung (Art. 415 Abs. 2 ZGB). Art. 420 ZGB sieht im Hinblick auf den Bericht ebenso die Möglichkeit vor, bestimmte nahe Angehörige von der Erstattungspflicht zu entbinden, wenn die Umstände es rechtfertigen. 301

Zu prüfen ist beim Bericht insbesondere, ob die Beistandsperson die Aufgaben korrekt wahrnimmt und die Massnahme unter Achtung der Selbstbestimmung der betroffenen Person und in deren wohlverstandenen Interesse ausübt, ob die gesetzlichen Zuständigkeiten respektiert werden, ob Aufgabenstellung und Zielsetzungen sowie allenfalls Weisungen beachtet und Entwicklungen – soweit möglich – gefördert worden sind. Überdies ist darauf zu achten, ob zwischen Bericht und Rechnung Widersprüche bestehen. Ein weiterer wesentlicher Aspekt der Berichtsprüfung besteht darin, festzustellen, ob die Beistandsperson auch zukünftig zur Führung des Mandats geeignet ist und ob die Massnahme selbst weiterhin angemessen ist.⁶⁹⁴ 302

c) Genehmigung

Die Erwachsenenschutzbehörde hat die Rechnung und den Bericht wie beschrieben zu prüfen. Dabei kann es notwendig sein, dass sie Berichtungen oder Ergänzungen von der Beistandsperson verlangt.⁶⁹⁵ Gestützt auf das Prüfungsergebnis erteilt oder verweigert die Erwachsenenschutzbehörde ihre Genehmigung der Rechnung bzw. des Berichts. Die Genehmigung oder die Verweigerung der Genehmigung kann sich auch nur auf Teile der Rech- 303

⁶⁹³ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 4; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.03; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1074.

⁶⁹⁴ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 6; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.06; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1074.

⁶⁹⁵ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 8; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 301 f.; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1075.

nung und des Berichts beziehen.⁶⁹⁶ Genehmigt die Erwachsenenschutzbehörde die eingereichte Rechnung bzw. den eingereichten Bericht, so ist dies nicht als Décharge der Beistandsperson zu werten und die in Art. 454 f. ZGB geregelte Verantwortlichkeit wird nicht berührt.⁶⁹⁷ Der Genehmigung von Bericht und Rechnung kommt grundsätzlich auch keine Rechtswirkung gegenüber Dritten zu.⁶⁹⁸ Der genehmigten Rechnung kommt jedoch, sofern sich die Prüfung nicht auf formelle Gesichtspunkte beschränkt, eine erhöhte Beweiskraft zu und für sie gilt die Vermutung der Richtigkeit.⁶⁹⁹

d) Massnahmen

- 304 Die periodische Berichts- und Rechnungsprüfung durch die Erwachsenenschutzbehörde dient der Überprüfung und Steuerung der Amtsführung der Beistandsperson⁷⁰⁰ sowie der Standortbestimmung im Hinblick auf die Fortführung der angeordneten Massnahme.⁷⁰¹ Entsprechend lassen sich daraus von der Erwachsenenschutzbehörde allenfalls notwendige Anpassungen ableiten oder es werden solche von der Beistandsperson im Bericht beantragt. Die Behörde hat jedenfalls im Sinne der Steuerung und Qualitätssicherung auch von Amtes wegen zu handeln, wenn sie einen entsprechenden Bedarf feststellt.⁷⁰² Art. 415 Abs. 3 ZGB hält in diesem Zusammenhang fest, dass die Erwachsenenschutzbehörde nötigenfalls Massnahmen trifft, die zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person angezeigt sind. Dabei kann es sich um Anpassungen der Berichtsperiode, behördliche Weisungen, eine formelle Erweiterung oder Reduktion der Aufgabenbereiche, punktuelle Beschränkungen oder die Aufhebung der Handlungsfähigkeit der betroffenen Person, eine Änderung der Beistandschaftsart, ein Wechsel des Man-

⁶⁹⁶ ESR Komm LANGENEGGER, Art. 415 ZGB, N 4; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 9; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1076.

⁶⁹⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 415, N 11; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 9; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 302; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.05; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.29; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 415 ZGB, N 8; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1247.

⁶⁹⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7056; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 415 ZGB, N 4; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 9; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1076; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 415 ZGB, N 9.

⁶⁹⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 415, N 14; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 302 f.

⁷⁰⁰ BGer 5A_151/2014 vom 4. April 2014, E. 6.1.

⁷⁰¹ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.156.

⁷⁰² FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 10.

datsträgers, die Aufhebung der Massnahme, die Übertragung an eine neu zuständige Behörde usw. handeln. Im Rahmen der Berichts- und Rechnungsprüfung können sich sodann Versäumnisse der Beistandsperson zeigen. In diesem Fall ist sie gegebenenfalls mittels entsprechender Weisungen anzuhalten, Unterlassenes nachzuholen.⁷⁰³

3. Zustimmungsbefürdte Geschäfte

a) Allgemeines

Der Beistand ist unabhängig von der Art der Beistandschaft zur Besorgung 305 der ihm von der Erwachsenenschutzbehörde übertragenen Aufgaben berechtigt und verpflichtet. Er handelt grundsätzlich selbstverantwortlich und vertritt die verbeiständete Person, soweit sein Amt mit Vertretungsbefugnis ausgestattet ist. Art. 416 Abs. 1 ZGB statuiert indessen, dass bestimmte Geschäfte,⁷⁰⁴ die der Beistand in Vertretung der betroffenen Person vornimmt, der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen.⁷⁰⁵ Aus wichtigen Gründen kann die Erwachsenenschutzbehörde gemäss Art. 417 ZGB zudem anordnen, dass ihr weitere Geschäfte zur Zustimmung unterbreitet werden.⁷⁰⁶ Bei den entsprechenden Geschäften handelt es sich um solche, die der Gesetzgeber (Art. 416 ZGB) oder die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 417 ZGB) als besonders komplex, risikogeneigt oder von grosser Tragweite im Hinblick auf die Interessen der verbeiständeten Person erachtet.⁷⁰⁷ Geschäfte, die formell betrachtet zwar unter eine der in Art. 416 Abs. 1 ZGB umschriebenen Kategorien fallen, jedoch keinerlei Risiko und Verpflichtung für die verbeiständete Person mit sich bringen (z.B. Erwerb unentgeltlicher Vorteile), unterliegen nicht dem Erfordernis der Zustimmung der Behörde.⁷⁰⁸

⁷⁰³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 415, N 18 f.; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 415 ZGB, N 10; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.04.

⁷⁰⁴ Vgl. die in Art. 416 Abs. 1 Ziff. 1–9 ZGB aufgezählten Geschäfte.

⁷⁰⁵ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 1.

⁷⁰⁶ HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.157; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1080.

⁷⁰⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 14; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.41.

⁷⁰⁸ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 7; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1081; MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 103.

- 306 Art. 416 Abs. 1 ZGB findet keine Anwendung bei der Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) und bei der Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB), da bei diesen Beistandschaftsarten die verbeiständete Person weiterhin selbst handelt, auch wenn die Zustimmung des Mitwirkungsbeistands zu den entsprechenden Handlungen vorbehalten ist.⁷⁰⁹ Demnach findet Art. 416 Abs. 1 ZGB ausschliesslich Anwendung, wenn die Beistandsperson über Vertretungsbefugnisse verfügt, also bei Vertretungsbeistandschaften (Art. 394 f. ZGB) und bei umfassenden Beistandschaften (Art. 398 ZGB).⁷¹⁰
- 307 Werden bestimmte nahe Angehörige der verbeiständeten Person als Beistand oder Beistandin eingesetzt, sieht Art. 420 ZGB die Möglichkeit vor, dass sie nach Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde von der Pflicht, die behördliche Zustimmung für die in Art. 416 ZGB aufgezählten Geschäfte einzuholen, ganz oder teilweise entbunden werden. Demnach kann eine entsprechende Entbindung im konkreten Fall den ganzen Katalog von Art. 416 ZGB umfassen oder auf einen bestimmten Teil der erwähnten Geschäfte beschränkt werden.⁷¹¹ Grundsätzlich ist von der Entbindungsmöglichkeit allerdings nur mit grösster Zurückhaltung Gebrauch zu machen, da die Erwachsenenschutzbehörde dadurch nicht von ihrer allgemeinen Aufsichtspflicht über die Mandatsführung der Beistandsperson befreit wird und die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 454 f. ZGB) anwendbar bleiben.⁷¹²

b) Vertretungsmacht und Rechtsfigur der Zustimmung

- 308 Die Zuständigkeit und Verantwortung für die Führung der Massnahme liegt grundsätzlich bei der Beistandsperson. Ihr kommt die im Rahmen der Mass-

⁷⁰⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7056; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 15 f.; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 20.157.

⁷¹⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 6 f.; ESR Komm LANGENEGGER, Art. 416 ZGB, N 2; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 15 f.; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 305 f.; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.18 f.; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.42; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1085; MOOSER, ZBGR 2013, S. 175 ff.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 179, Rz. 1221 und Rz. 1221b.

⁷¹¹ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 19.

⁷¹² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7059 f.; BSK ZGB I ROSCH, Art. 420, N 6 und N 7; DE LUZE, Rz. 75; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 297; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1130 f. m.w.H.

nahme übertragene Vertretungsmacht zu.⁷¹³ Der Umstand, dass bestimmte in Art. 416 ZGB aufgezählte bzw. gemäss Art. 417 ZGB von der Erwachsenenschutzbehörde bezeichnete Geschäfte unter dem Vorbehalt der Zustimmung letzterer stehen, ändert nichts an der grundsätzlichen Vertretungsbefugnis der Beistandsperson. Jedoch ist die Vertretungswirkung durch den Vorbehalt der Zustimmung der Behörde im Sinne einer Suspensivbedingung beschränkt (vgl. Art. 418 ZGB).⁷¹⁴ Auf diese Weise sollen vorsorglich Fehler der Beistandsperson vermieden und die Interessen der verbeiständeten Person optimal gesichert werden.⁷¹⁵ Die Zustimmung der Behörde wurde von MEIER als hybrider Akt bezeichnet, der einerseits behördlicher Art und mit Blick auf seine Grundlagen und seinen Urheber einem Verwaltungsakt ähnlich ist. Andererseits habe er jedoch auch eine privatrechtliche Natur, indem er materielle Wirksamkeitsvoraussetzung des entsprechenden Geschäfts ist⁷¹⁶ und somit direkten Einfluss auf die rechtlichen Beziehungen hat, welche für die verbeiständete Person geschlossen werden.⁷¹⁷

GEISER hat im Hinblick auf die Vertretungsmacht der Beistandsperson sowie 309 die Zustimmung der Behörde für das frühere Vormundschaftsrecht drei Grundsätze abgeleitet, welche von VOGEL für das Erwachsenenschutzrecht weitergeführt worden sind:⁷¹⁸

- Die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde bedarf eines begründeten Antrags der Beistandsperson oder der betroffenen Person, welcher mit den nötigen Unterlagen für die Prüfung des Geschäfts durch die Behörde ergänzt sein muss.⁷¹⁹ Art. 416 f. ZGB bilden keine Rechtsgrundlage für Weisungen der Behörde an den Mandatsträger, entsprechende Rechtsgeschäfte zu tätigen. Ein solches Weisungsrecht liesse sich ledig-

⁷¹³ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 1.

⁷¹⁴ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 2; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 4; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1109.

⁷¹⁵ BSK ZGB I GEISER, aArt. 421/422, N 1 m.V. auf MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 58.

⁷¹⁶ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1107.

⁷¹⁷ MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 90 f.

⁷¹⁸ BSK ZGB I GEISER, aArt. 421/422, N 2; BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 2.

⁷¹⁹ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 43; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.35; MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 120 ff.; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 1221e.

lich aus der allgemeinen Aufsicht der Behörde, insbesondere aber aus Art. 415 Abs. 3 ZGB ableiten.

- Die Zustimmung der Behörde kann das Handeln der Beistandsperson nicht ersetzen.⁷²⁰ Die Vertretung steht einzig der Beistandsperson zu, während die behördliche Zustimmung materielle Wirksamkeitsvoraussetzung ist.⁷²¹ Fehlt die Vertretungsbefugnis, weil beispielsweise die Vertretung der betroffenen Person gar nicht zum Aufgabenbereich des Beistands gehört oder weil die Befugnisse der Beistandsperson aufgrund einer Interessenkollision von Gesetzes wegen entfallen (Art. 403 Abs. 2 ZGB) oder weil es sich um ein verbotenes Geschäft handelt (Art. 412 Abs. 1 ZGB), so ist das Rechtsgeschäft trotz allfälliger Zustimmung der Behörde grundsätzlich ungültig.⁷²²
- Die Zustimmung der Behörde ist kein selbstständiges Rechtsgeschäft, sondern ein behördlicher Verwaltungsakt,⁷²³ der nicht der gleichen Form wie das zugrundeliegende Rechtsgeschäft bedarf.⁷²⁴

310 Die Erwachsenenschutzbehörde kann dem Geschäft lediglich zustimmen oder nicht. Sie kann es jedoch nicht selbstständig ändern. Bedarf das Geschäft der Modifikation, so ist dazu grundsätzlich ein Handeln der Beistandsperson erforderlich.⁷²⁵ Die Zustimmung der Behörde heilt überdies keine allfälligen formellen oder materiellen Mängel des Geschäfts.⁷²⁶

⁷²⁰ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 304; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.46.

⁷²¹ BGE 135 V 134, E. 2.2; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 5.

⁷²² BGE 107 II 105, E. 5, wo dies bereits in Auslegung von aArt. 392 Ziff. 2 ZGB festgehalten wurde; zu den Ausnahmen vgl. BGE 117 II 18, E. 4 ff.

⁷²³ EBERHARD, S. 17, der dies allerdings im Zusammenhang mit aArt. 412 ZGB, welcher die Gestattung des selbständigen Betriebs eines Berufes oder Gewerbes des Bevormundeten durch die Vormundschaftsbehörde zum Inhalt hatte, festgestellt hat.

⁷²⁴ BGE 117 II 18, E. 4b; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 304; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.44; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1101.

⁷²⁵ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 5; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1107.

⁷²⁶ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 4; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 311; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.16; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1108.

c) Ablauf

Da das Handeln der Beistandsperson obliegt, können die zustimmungsbedürftigen Geschäfte von ihr grundsätzlich unter Vorbehalt der behördlichen Zustimmung abgeschlossen werden. Die Zustimmung der Behörde wird dann i.d.R. nach Abschluss des Rechtsgeschäfts eingeholt.⁷²⁷ Das Geschäft bleibt somit bis zum Vorliegen der Zustimmung in der Schwebe (vgl. Art. 418 ZGB).⁷²⁸ Ist bei bestimmten zustimmungsbedürftigen Geschäften ein Schwebezustand zwischen Vornahme des Geschäfts durch die Beistandsperson und Zustimmung der Behörde nicht zumutbar, kann die Behörde der Beistandsperson ausnahmsweise die Zustimmung zum Abschluss des entsprechenden Geschäfts vorgängig erteilen. In einer solchen Konstellation müssen der Behörde aber im Zeitpunkt der Zustimmungserteilung sämtliche Rahmenbedingungen und Entscheidungsgrundlagen bekannt sein und das Geschäft hat unter Berücksichtigung der entsprechenden Bedingungen und Grundlagen abgeschlossen zu werden.⁷²⁹

Das Zustimmungserfordernis beinhaltet auch eine Prüfungs- und Beurteilungspflicht der Erwachsenenschutzbehörde. Sie hat das zustimmungsbedürftige Geschäft im Hinblick auf die Interessen der verbeiständeten Person umfassend zu prüfen, wobei es um eine Gesamtschau der konkreten Umstände geht.⁷³⁰ Vor einer allfälligen Zustimmung hat die Behörde den entsprechenden Vertrag zu prüfen sowie Unterlagen und Belege zu sichten und auf Vollständigkeit und Korrektheit zu kontrollieren. Gegebenenfalls sind Ergänzungen wie beispielsweise neutrale Gutachten oder Schätzungen zu verlangen, wenn solche zur Beurteilung des Geschäfts notwendig sind. Teilweise nimmt die Behörde auch eigene Abklärungen vor, lässt Gutachten ergänzen oder erläutern, nimmt einen Augenschein oder eine Anhörung vor oder erkundigt sich bei Auskunftspersonen oder Zeugen. Die Behörde kann überdies bestimmte Modalitäten wie beispielsweise das Einholen weiterer Offerten oder das Prüfen von Alternativen durch die Beistandsperson festle-

⁷²⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 2.

⁷²⁸ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 40; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.33.

⁷²⁹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 2a; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 41; HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.34; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1102.

⁷³⁰ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 46; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 44; MEIER, Le consentement des autorités de tutelle aux actes du tuteur, S. 134 ff.

gen.⁷³¹ Ebenfalls zur Prüfung, welche die Erwachsenenschutzbehörde vor ihrer allfälligen Zustimmung zu einem Geschäft vorzunehmen hat, gehört der Einbezug der verbeiständeten Person. Ihre Einstellung, allfälligen Wünsche oder anderweitigen Äusserungen sind in Erfahrung zu bringen und – soweit möglich – zu berücksichtigen.⁷³² Das Einverständnis der verbeiständeten Person mit einem von der Behörde zu genehmigenden Geschäft hat allerdings in keiner Art und Weise eine Verantwortlichkeitsdécharge zur Folge.⁷³³

- 313 Die Zustimmung oder deren Verweigerung ist eine Verfügung der Erwachsenenschutzbehörde und als solche i.d.R. schriftlich zu erlassen und beschwerdefähig (Art. 450 ff. ZGB) zu eröffnen.⁷³⁴

d) Entfallen des Zustimmungserfordernisses bei Einverständnis und Handlungsfähigkeit der betroffenen Person

- 314 Gemäss Art. 416 Abs. 2 ZGB ist die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde nicht erforderlich, wenn die urteilsfähige betroffene Person ihr Einverständnis erteilt und ihre Handlungsfähigkeit durch die Beistandschaft nicht eingeschränkt ist. Urteilsfähigkeit bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die verbeiständete Person die Tragweite des entsprechenden Geschäfts hinreichend abschätzen sowie Vor- und Nachteile abwägen und für sich werten kann. Zudem darf die betroffene Person im fraglichen Bereich nicht in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt worden sein.⁷³⁵ Soweit die betroffene Person handlungsfähig ist, geht ihre Zustimmung einer behördlichen Genehmigung vor.⁷³⁶
- 315 Ist die verbeiständete Person uneingeschränkt handlungsfähig und stimmt einem der in Art. 416 Abs. 1 ZGB aufgezählten Geschäfte selber zu, entfällt die Notwendigkeit der behördlichen Zustimmung. Beabsichtigt die Beistandsperson, ein Geschäft mit Ermächtigung der verbeiständeten Person

⁷³¹ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 45.

⁷³² HÄFELI, Grundriss, Rz. 23.36.

⁷³³ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 46.

⁷³⁴ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 48; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 49; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 7.44; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1101.

⁷³⁵ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 8.

⁷³⁶ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 11; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 9.

vorzunehmen, ist der Beizug eines Arztzeugnisses insbesondere bei Unklarheit über die Urteilsfähigkeit der verbeiständeten Person unter Umständen sinnvoll.⁷³⁷

Ist die verbeiständete Person handlungsfähig und lehnt das Geschäft ab, 316 kann sie Vertretungshandlungen der Beistandsperson jederzeit paralysieren. Dies ist die Folge der grundsätzlichen Parallelzuständigkeit von Beistandsperson und verbeiständeter urteilsfähiger Person, solange keine Einschränkung der Handlungsfähigkeit durch die Erwachsenenschutzbehörde erfolgt. Sofern nicht vom fraglichen Geschäft abzusehen ist, ist zu entscheiden, ob im Einzelfall eine Zustimmung der Behörde zum von der Beistandsperson im Interesse der verbeiständeten Person abgeschlossenen Geschäft sinnvoll ist oder ob nicht darüber hinaus auch eine Einschränkung der Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person angezeigt ist.⁷³⁸

e) Verträge zwischen Beistand und betroffener Person

Art. 416 Abs. 3 ZGB statuiert, dass Verträge zwischen dem Beistand und der betroffenen Person immer der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde bedürfen, ausser die betroffene Person erteilt einen unentgeltlichen Auftrag. Dies gilt unabhängig von der Art des zwischen Beistandsperson und verbeiständeter Person abzuschliessenden Geschäfts sowie unabhängig von einer allfälligen Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person. Davon ausgenommen ist einzig die Erteilung eines unentgeltlichen Auftrags (Art. 394 ff. OR) der verbeiständeten Person an den Beistand. Die Ausnahme vom behördlichen Zustimmungserfordernis betrifft dabei ausschliesslich unentgeltliche Aufträge, jedoch nicht entgeltliche Aufträge oder unentgeltliche andere Geschäfte.⁷³⁹ Zudem können unentgeltliche Aufträge nur in denjenigen Aufgabenbereichen erteilt werden, die von der Beistandschaft nicht erfasst sind, da die von der Erwachsenenschutzbehörde festgelegten Aufgabenbereiche nicht eigenmächtig verändert werden können.⁷⁴⁰ 317

⁷³⁷ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 50; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 11; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1087.

⁷³⁸ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 11a; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 12; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1089 f.

⁷³⁹ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1092.

⁷⁴⁰ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7058; BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 13; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 37.

- 318 Soweit es sich um Verträge handelt, welche in den Aufgaben- und Vertretungsbereich der Beistandsperson fallen, fehlt ihr zufolge Interessenkollision die Vertretungsmacht für selbstkontrahierendes Handeln und die Erwachsenenschutzbehörde hat entweder einen Ersatzbeistand zu ernennen (Art. 403 ZGB) oder von sich aus das Erforderliche vorzukehren (Art. 392 Ziff. 1 ZGB). Handelt ein Ersatzbeistand, so unterliegt der abgeschlossene Vertrag ebenfalls dem Genehmigungserfordernis durch die Erwachsenenschutzbehörde. Beim eigenen Handeln der Behörde wird die Zustimmung durch die Vertretungshandlung beim Vertragsabschluss kompensiert.⁷⁴¹
- 319 Art. 416 Abs. 3 ZGB gilt im Übrigen für alle Beistandschaftsarten, im Unterschied zu Art. 416 Abs. 1 ZGB also auch für die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) und die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB).⁷⁴²

§ 6 Verantwortlichkeit

1. Allgemeines

- 320 Im Erwachsenenschutzrecht hat der Bundesgesetzgeber im Zuge der per 1. Januar 2013 in Kraft getretenen umfassenden Revision eine allgemeine direkte Staatshaftung der Kantone eingeführt, soweit es um die Anordnung, Durchführung oder Unterlassung behördlicher Massnahmen geht (Art. 454 ZGB). Die Verantwortlichkeitsregelung des Erwachsenenschutzrechts entspricht dabei weitgehend jener, welche das Bundesrecht auch in anderen Bereichen des Zivilrechts vorgibt^{743,744}. Bei Art. 454 ZGB handelt es sich um eine *lex specialis* zu Art. 61 OR.⁷⁴⁵
- 321 Im ZGB ist nur die zivilrechtliche Verantwortlichkeit geregelt, während sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem StGB richtet. Sofern die

⁷⁴¹ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 12; FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 38; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1093.

⁷⁴² MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1092; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1234.

⁷⁴³ Vgl. die Haftungsregelungen im Zivilstandswesen (Art. 46 ZGB), im Grundbuchwesen (Art. 955 ZGB) und im Betreuungswesen (Art. 5 ff. SchKG).

⁷⁴⁴ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7092; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 2; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 303 und FN 459 m.w.H.

⁷⁴⁵ HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 454 ZGB, N 4; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 303; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1281.

handelnden Personen Angestellte der öffentlichen Verwaltung sind, kann sich eine konkurrierende Verantwortlichkeit zudem aus dem kantonalen Personalrecht ergeben (Art. 6 ZGB).⁷⁴⁶

Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit sind auch im Kindesschutz anwendbar, da die Erwachsenenschutzbehörde in Personalunion auch Kindesschutzbehörde ist (Art. 440 Abs. 3 ZGB).⁷⁴⁷

2. Haftung für behördliche Massnahmen

a) Anwendungsbereich

Gemäss Art. 454 Abs. 1 ZGB hat Anspruch auf Schadenersatz und, sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt, auf Genugtuung, wer im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wird. Diese Regelung bezieht sich auf die behördlichen Massnahmen des elften Titels des ZGB, d.h. auf die Beistandschaften gemäss Art. 390 ff. ZGB, auf Massnahmen beim Verzicht auf eine Beistandschaft gemäss Art. 392 ZGB, auf fürsorgerische Unterbringungen gemäss Art. 426 ff. ZGB sowie auf medizinische Massnahmen gemäss Art. 433 ff. ZGB.⁷⁴⁸ Die Haftung erfasst demnach Mitglieder und Mitarbeitende der Erwachsenenschutzbehörde und der Aufsichtsbehörde, Beistandspersonen und bei Verzicht auf eine Beistandschaft beauftragte Dritte sowie für fürsorgerische Unterbringungen zuständige Personen.⁷⁴⁹ Eine Übertragung des Beistandsmandats auf mehrere Personen gestützt auf Art. 402 ZGB wirkt sich auf die Haftung des Kantons nicht aus, kann jedoch im Rahmen eines Regresses Bedeutung erlangen.⁷⁵⁰ Verantwortlich können nicht nur die für das Handeln oder Unterlassen zuständigen

⁷⁴⁶ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7091; BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 7; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 4; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 3; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 159.

⁷⁴⁷ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7092; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 4; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 304.

⁷⁴⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7092; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 3; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 6; MINGER, ZKE 2010, S. 27.

⁷⁴⁹ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 6 f.

⁷⁵⁰ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 8 und N 28; BSK ZGB I REUSSER, Art. 402, N 23.

Mandatsträger oder die direkt ausführenden Personen werden, sondern auch Behörden, die ihren Anordnungs- bzw. Überwachungspflichten nicht genügend nachgekommen sind.⁷⁵¹

- 324 Die Verletzung hat gemäss Wortlaut von Art. 454 Abs. 1 ZGB «im Rahmen der behördlichen Massnahmen» zu erfolgen. Diese Formulierung lässt den Schluss zu, dass von der Haftungsregelung nicht nur hoheitliches Handeln erfasst wird, sondern die gesamte Tätigkeit anlässlich der Mandatsführung.⁷⁵² Abgrenzungsfragen können sich stellen, wenn zwischen Mandatsträger und verbeiständeter Person ein Vertrauensverhältnis aufgebaut wurde und letztere den Mandatsträger mit über das Mandat hinausgehenden Aufgaben betraut, wobei eine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde nicht erforderlich ist, soweit es sich um unentgeltliche Aufträge handelt (Art. 416 Abs. 3 ZGB). Eine entsprechend weitgehende Haftung kann insofern gerechtfertigt werden, als die Erwachsenenschutzbehörde die Verantwortung für die Auswahl, Instruktion und Überwachung der Mandatsträger und weiterer mit der Durchführung der Massnahme betrauter Personen trägt.⁷⁵³
- 325 Von der Haftungsnorm erfasst wird nicht nur ein Handeln, sondern auch ein Unterlassen. Insbesondere kann die Haftung auch eintreten, wenn die Erwachsenenschutzbehörde durch eine vollständige Untätigkeit einen Schaden verursacht. Dies gilt freilich, wenn dabei die hilfsbedürftige Person selbst zu Schaden kommt. Fraglicher erscheint die Haftung jedoch, wenn der Schaden eine Drittperson betrifft^{754, 755}

⁷⁵¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7092; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.7 m.V. auf SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 454 ZGB, N 5–7 und BGE 126 III 309 sowie BGE 135 III 198.

⁷⁵² Der auf Art. 454 Abs. 1 ZGB gestützte Haftungsanspruch ist zwar eine Forderung des Bundeszivilrechts, die ihrer Natur nach aber als öffentlich-rechtlich oder zumindest als dem öffentlichen Recht ähnlich zu qualifizieren ist (vgl. dazu auch hinten, Rz. 345–347). Für eine genauere Bestimmung dessen, was zur Tätigkeit anlässlich der Mandatsführung gehört, könnte ein Blick auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 55 OR, welcher eine grundsätzlich vergleichbare Konstellation im Zivilrecht regelt, unter Umständen hilfreich sein (vgl. z.B. BSK OR I KESSLER, Art. 55, N 12 ff.).

⁷⁵³ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.24; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 6.

⁷⁵⁴ Vgl. dazu hinten, Rz. 336–339.

⁷⁵⁵ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.25; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 7.

b) Haftungsvoraussetzungen

Der zivilrechtliche Staatshaftungstatbestand in Art. 454 Abs. 1 ZGB ist als Kausalhaftung ausgestaltet. Haftungsauslösend sind dabei Sorgfaltspflichtverletzungen, wobei es nicht auf ein Verschulden ankommt. Da die Bestimmung auch keinen Entlastungsbeweis zulässt,⁷⁵⁶ ist die Haftung als sog. scharfe Kausalhaftung zu qualifizieren.⁷⁵⁷ Nachzuweisen sind demnach der Schaden, welcher im Rahmen einer behördlich angeordneten bzw. überwachten Schutzmassnahme eingetreten ist, die Widerrechtlichkeit im Sinne einer Sorgfaltspflichtverletzung und der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem widerrechtlichen bzw. sorgfaltswidrigen Verhalten der Erwachsenenschutzbehörde im weiteren Sinn⁷⁵⁸ und/oder der behördlich bestellten Mandatsträger^{759, 760}

aa) Schaden

Der Schaden ist definiert als unfreiwillige Vermögenseinbusse im Sinne einer Verminderung des Reinvermögens, berechnet als Differenz zwischen dem Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und jenem ohne das schädigende Ereignis. Die Schadensdefinition, von welcher im Zusammenhang mit Art. 454 Abs. 1 ZGB ausgegangen wird, unterscheidet sich nicht von derjenigen in den Tatbeständen von Art. 41 ff. OR.⁷⁶¹ Der Schaden kann in einer Verminderung der Aktiven bestehen, wenn beispielsweise infolge zu riskanter Vermögensanlage ein Vermögensverlust eintritt. Ebenso kann der Schaden in einer Vermehrung der Passiven bestehen wie z.B. bei zusätzlich entstehenden Kosten infolge einer medizinischen Fehlbehandlung. Entgangener Gewinn kann als Schaden in Frage kommen, wenn mit nutzbaren Gütern kein marktüblicher Ertrag erwirtschaftet wird.⁷⁶²

⁷⁵⁶ Im Unterschied zu Art. 55 OR.

⁷⁵⁷ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 10 f. und N 17; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.10; OFK ZGB FASSBIND, Art. 454, N 4.

⁷⁵⁸ D.h. einschliesslich der Fachdienste sowie des Sekretariats.

⁷⁵⁹ Unabhängig davon, ob es sich um Berufsbeistände oder Privatbeistände handelt.

⁷⁶⁰ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 11.

⁷⁶¹ Vgl. dazu z.B. die Rechtsprechungsübersicht im Präjudizienbuch OR GÖKSU, Art. 41, N 16.

⁷⁶² BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 12 und N 30; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.33; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 15; OFK ZGB FASSBIND, Art. 454, N 4.

- 328 Ist ein genauer Nachweis des Schadens nicht möglich, kann Art. 42 Abs. 2 OR zur Anwendung kommen, wonach das Gericht den Schaden zu schätzen hat. Die Bestimmung erleichtert den Beweis sowohl im Hinblick auf den Bestand des Schadens als auch im Hinblick auf seine Höhe. Sie entbindet die beweisbelastete Partei allerdings nicht davon, dem Gericht im Rahmen des Möglichen alle Elemente nachzuweisen, die für die Bestimmung des Schadens notwendig sind. Die Umstände, auf welche sich der Geschädigte beruft, müssen einen Schaden als einigermassen sicher erscheinen lassen. Die blossе Möglichkeit eines Schadens genügt jedenfalls den Beweisforderungen nicht.⁷⁶³

bb) Widerrechtlichkeit

- 329 Im Hinblick auf die Widerrechtlichkeit kann für Art. 454 Abs. 1 ZGB ebenfalls auf die Umschreibung des Begriffs im Zusammenhang mit Art. 41 OR zurückgegriffen werden.⁷⁶⁴ Als Widerrechtlichkeit wird dabei ein Verstoss gegen eine durch die geschriebene oder ungeschriebene Rechtsordnung festgelegte Verhaltenspflicht bezeichnet.⁷⁶⁵ Das Bundesgericht geht in konstanter Rechtsprechung von der sog. objektiven Widerrechtlichkeitstheorie aus. Danach ist die Zufügung von Schaden widerrechtlich, wenn sie auf einen Verstoss gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht zurückzuführen ist.⁷⁶⁶ Der Verstoss kann in einer nicht gerechtfertigten Verletzung eines absoluten Rechtsguts der geschädigten Person (sog. Erfolgsunrecht)⁷⁶⁷ oder in der Verletzung einer einschlägigen Schutznorm (sog. Handlungs- oder Verhaltensunrecht)⁷⁶⁸ liegen.⁷⁶⁹ Die verletzte Norm kann sowohl im Bundesrecht als auch im kantonalen Recht festgelegt sein, soweit letzteres im Rahmen des Erwachsenenschutzes noch Bedeutung hat. Eine Haftung setzt allerdings immer voraus, dass die verletzte Norm dem Schutz des verletzten

⁷⁶³ BGE 133 III 462, E. 4.4.2; BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 30; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.34; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 15.

⁷⁶⁴ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 13; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.35; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 8.

⁷⁶⁵ BK OR BREHM, Art. 41, N 33.

⁷⁶⁶ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.35.

⁷⁶⁷ Vgl. für weitere Ausführungen z.B. BK OR BREHM, Art. 41, N 35 ff.

⁷⁶⁸ Vgl. für weitere Ausführungen z.B. BK OR BREHM, Art. 41, N 38b.

⁷⁶⁹ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 13.

Rechtsguts dient.⁷⁷⁰ Eine Widerrechtlichkeit ist überdies auch gegeben, wenn sich die Beistandsperson nicht an Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde hält.⁷⁷¹

Jedes unsorgfältige Handeln ist grundsätzlich widerrechtlich.⁷⁷² Die Beistandsperson hat das Vermögen der verbeiständeten Person sorgfältig zu verwalten (Art. 408 Abs. 1 ZGB). Das Mass der von der Beistandsperson im Allgemeinen erwarteten Sorgfalt richtet sich nach dem Auftragsrecht (Art. 413 Abs. 1 ZGB), womit auf die Lehre und Rechtsprechung zu Art. 398 OR verwiesen wird. Auszugehen ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab^{773, 774}. Es ist Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde, einen Mandats-träger zu bestimmen, der den übertragenen Aufgaben gewachsen ist. Massgeblich ist demnach, was von einer professionellen Betreuung im Hinblick auf die Sorgfalt erwartet werden kann. Privaten Mandatsträgern hat die Erwachsenenschutzbehörde die nötige Beratung und Unterstützung zukommen zu lassen, damit sie die Aufgaben mit der entsprechenden Professionalität erfüllen können.⁷⁷⁵ Überdies hat die Behörde auch ihre Aufsichtspflicht wahrzunehmen, so dass sie ein Ungenügen des Mandatsträgers frühzeitig erkennt und noch rechtzeitig handeln kann.⁷⁷⁶ Neben der Aufnahme eines Inventars bei Übernahme des Amtes (Art. 405 ZGB) sowie der periodischen Rechnungs- und Berichterstattung (Art. 410 f. ZGB) sieht Art. 414 ZGB eine Meldepflicht der Beistandsperson bezüglich Umstände vor, die eine Änderung oder gar Aufhebung der Beistandschaft erfordern. Sodann verlangt Art. 423 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB, dass eine Beistandsperson, die sich nicht mehr zur Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben eignet, von der Erwachsenenschutzbehörde entlassen wird. Insofern hat die Behörde – ähnlich einem Geschäftsherrn i.S.v. Art. 55 OR – für die Qualitätssicherung bei

⁷⁷⁰ Vgl. für weitere Ausführungen z.B. BK OR BREHM, Art. 41, N 38e ff.

⁷⁷¹ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 8.

⁷⁷² BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 18; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 9.

⁷⁷³ Vgl. dazu auch vorne, Rz. 286–289.

⁷⁷⁴ Vgl. für weitere Ausführungen zum Sorgfaltsmassstab z.B. BSK OR I WEBER, Art. 398, N 27.

⁷⁷⁵ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 21 f.

⁷⁷⁶ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.37; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 9 m.V. auf BGE 135 III 198, E. 6.2 und BGE 136 III 113.

der Durchführung der konkreten Mandate im Rahmen von Art. 398 OR einzustehen.⁷⁷⁷

- 331 Der Verweis in Art. 413 Abs. 1 ZGB auf das Auftragsrecht bezieht sich auf die Sorgfaltpflicht der Beistandspersonen, nicht jedoch auf diejenige der Erwachsenenschutzbehörde. Sie ist vielmehr zu jener Sorgfalt verpflichtet, die von einer Fachbehörde (Art. 440 Abs. 1 ZGB) verlangt werden kann. Als solche hat sie über den nötigen Sachverstand zu verfügen.⁷⁷⁸ Da sie als Kollegialbehörde organisiert ist, darf auch verlangt werden, dass ihre Mitglieder über die notwendige Ausbildung verfügen.⁷⁷⁹ Eine ungenügende Organisation der Erwachsenenschutzbehörde darf jedenfalls nicht zur Milderung der Haftung führen.⁷⁸⁰
- 332 In Bezug auf die Aufsichtsbehörde ist festzuhalten, dass diese einen Teil der kantonalen Verwaltung oder der kantonalen Justiz darstellt.⁷⁸¹ An sie dürfen somit ebenfalls sämtliche Anforderungen im Hinblick auf eine professionelle Verwaltung gestellt werden.⁷⁸²
- 333 Bei der Vermögensverwaltung besteht das die Widerrechtlichkeit begründende Verhalten in jeder Sorgfaltpflichtverletzung.⁷⁸³ Ein entsprechend hoher Sorgfaltsmassstab rechtfertigt sich, da es sich um die Verwaltung fremden Vermögens handelt, welches zudem von der verbeiständeten Person dem Verwalter oft nicht freiwillig anvertraut wird und letzterer regelmässig auch nicht selbst ausgesucht worden ist. Erwartet werden darf deshalb eine professionelle Verwaltung, bei welcher nach anerkannten Grundsätzen und unter Nutzung aller verfügbarer Informationsinstrumente vorgegangen wird. Die Anlage des Vermögens hat unter Berücksichtigung des Umfangs des Vermögens, der Bedürfnisse der verbeiständeten Person und sämtlicher weiterer relevanter Umstände des Einzelfalls zu erfolgen.⁷⁸⁴ Be-

⁷⁷⁷ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 22; Schweizerisches Staatshaftungsrecht Ergänzungsband PRIBNOW/MENZI, Rz. 225.

⁷⁷⁸ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 19; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.38.

⁷⁷⁹ Für weitere Ausführungen zu den bundesrechtlichen Vorgaben betreffend die Organisation der Erwachsenenschutzbehörden vgl. vorne, Rz. 59–65.

⁷⁸⁰ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 10.

⁷⁸¹ Für Ausführungen zur Organisation der Aufsichtsbehörde vgl. vorne, Rz. 89–91.

⁷⁸² BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 19; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 11.

⁷⁸³ AEPLI, S. 39 f.

⁷⁸⁴ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.39.

treffend die Überwachung und Einhaltung der sachkundig entwickelten Anlagestrategie ergeben sich aus dem Erwachsenenschutzrecht keine Besonderheiten im Vergleich zu den Regeln einer auftragsrechtlichen Vermögensanlage. Die Besonderheit des Erwachsenenschutzrechts liegt in der Definition der Anlagestrategie, deren Rahmenbedingungen in der VBVV geregelt sind.⁷⁸⁵ Eine allfällige Einwilligung der verbeiständeten Person oder der Erwachsenenschutzbehörde vermag die Widerrechtlichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens der Beistandsperson nicht zu beseitigen. Ein widerrechtliches Verhalten der Erwachsenenschutzbehörde liegt insbesondere vor, wenn sie die Beistandsperson nicht genügend instruiert und überwacht.⁷⁸⁶

cc) *Kausalzusammenhang*

Die Haftung nach Art. 454 ZGB setzt – in Übereinstimmung mit den allgemeinen Haftungsregeln von Art. 41 OR – voraus, dass der Schaden als adäquate Folge der widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eingetreten ist.⁷⁸⁷ Denkbar sind auch parallel verlaufende adäquat kausale Ursachen eines Schadens, wenn zum Fehlverhalten eines Mandatsträgers eine pflichtwidrige Unterlassung weiterer behördlicher Massnahmen hinzukommt.⁷⁸⁸ 334

c) **Genugtuung**

Art. 454 Abs. 1 ZGB sieht neben Schadenersatz auch Genugtuung vor, 335 sofern die Schwere der Verletzung es rechtfertigt. Damit wird auf Art. 49 OR verwiesen,⁷⁸⁹ der eine Persönlichkeitsverletzung von gewisser Tragweite voraussetzt.⁷⁹⁰ Namentlich bei blossen Fehlern in der Vermögensverwaltung

⁷⁸⁵ Für weitere Ausführungen zur VBVV vgl. vorne, Rz. 258–270.

⁷⁸⁶ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 12.

⁷⁸⁷ Vgl. für weitere Ausführungen zum Kausalzusammenhang z.B. BK OR BREHM, Art. 41, N 103 ff.

⁷⁸⁸ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 16 m.V. auf BGE 135 III 198, E. 8; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.42; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 13.

⁷⁸⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7092.

⁷⁹⁰ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 31, der überdies festhält, dass auch im Zusammenhang mit der Genugtuung zum Vornherein von einem Verschulden als Haftungsvoraussetzung abzusehen ist, insoweit die Staatshaftung gemäss Art. 454 Abs. 1 ZGB der Geschäftsherrenhaftung in Art. 55 OR nachgebildet ist.

wird allerdings i.d.R. keine Verletzung der Persönlichkeit vorliegen. Überdies darf die Verletzung nicht auf andere Weise wiedergutmacht worden sein.⁷⁹¹

d) Anspruchsberechtigte

- 336 Art. 454 ZGB schützt grundsätzlich die von einer Massnahme betroffene Person, d.h. die Verbeiständete bzw. die fürsorgerisch Untergebrachte. Hat die Erwachsenenschutzbehörde eine Massnahme widerrechtlich unterlassen, kann auch diejenige Person Ansprüche erheben, welche der Massnahme bedurft hätte.⁷⁹² Anspruchsberechtigt ist demnach vorab die von der behördlichen Pflichtverletzung direkt betroffene Person.⁷⁹³
- 337 Sofern die betroffene Person gestorben ist, steht der Anspruch auf Schadenersatz den Erben zu.⁷⁹⁴ Fraglich erscheint allerdings, ob auch ein Anspruch auf Genugtuung von den Erben geltend gemacht werden kann. Gemäss GEISER ist mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁷⁹⁵ sowie mit der herrschenden Lehre grundsätzlich davon auszugehen, dass der Genugtuungsanspruch vererblich ist, sofern die betroffene Person vor ihrem Tod in irgendeiner Weise den Willen bekundet hat, eine Genugtuung zu verlangen.⁷⁹⁶ Überdies können die Angehörigen neben dem vererbten Anspruch einen eigenen Anspruch aus Persönlichkeitsverletzung haben, welcher mit dem ererbten kumuliert werden kann.⁷⁹⁷
- 338 Das Erwachsenenschutzrecht beantwortet nicht, ob unterstützungsberechtigte und unterstützungspflichtige Familienangehörige aktivlegitimiert sind.

⁷⁹¹ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.44; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 16.

⁷⁹² FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 17.

⁷⁹³ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 32; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 6; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.14.

⁷⁹⁴ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 35; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 18 m.V. auf BGE 135 III 198, E. 2.2.

⁷⁹⁵ BGE 81 II 385, E. 2; BGE 118 II 404, E. 3a.

⁷⁹⁶ BK OR BREHM, Art. 47, N 120 ff.; VON TUHR/PETER, S. 127 f.

⁷⁹⁷ BGE 118 II 404, E. 3a; BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 35; CR OR I WERRO, Vorbemerkungen zu Art. 47–49, N 9; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.15; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 19.

In der Lehre ist dies denn auch umstritten.⁷⁹⁸ Erwachsenenschutzmassnahmen dienen in erster Linie dazu, um das Wohl und den Schutz der hilfsbedürftigen Person sicherzustellen (Art. 388 Abs. 1 ZGB). Bei der Errichtung einer Massnahme sind die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Dritten zu berücksichtigen (Art. 390 Abs. 2 ZGB). Überdies können nahestehende Personen die Errichtung einer Massnahme beantragen (Art. 390 Abs. 3 ZGB). Daraus kann gemäss GEISER gefolgert werden, dass das Erwachsenenschutzrecht nicht primär auf die formelle familienrechtliche Beziehung, sondern mit den Begriffen der «Angehörigen» sowie der «nahestehenden Person» eher auf die realen bzw. gelebten Beziehungen der betroffenen Person abstellt. Mit der Berücksichtigung der Belastung und des Schutzes «Dritter» werde schliesslich auch die Öffentlichkeit in die Güterabwägung einbezogen. Familienangehörige seien deshalb im Hinblick auf die Haftung wie Dritte zu behandeln.⁷⁹⁹

Wie soeben ausgeführt, sind im Rahmen der Errichtung von Erwachsenenschutzmassnahmen die Belastung und der Schutz Dritter zu berücksichtigen (Art. 390 Abs. 2 ZGB). Auch im Hinblick auf die Aktivlegitimation Dritter ist sich die Lehre uneinig. Ein Teil vertritt die Ansicht, dass das Erwachsenenschutzrecht nicht den Schutz Dritter bezwecke und sich ihre allfälligen Schadenersatzansprüche deshalb nicht auf Art. 454 ZGB stützen lassen, sondern nach kantonalem Verantwortlichkeitsrecht oder nach den Bestimmungen über die unerlaubte Handlung im Obligationenrecht (Art. 41 ff. OR) richten.⁸⁰⁰ Ein anderer Teil der Lehre spricht sich für eine weit verstandene Aktivlegitimation aus und begründet dies im Wesentlichen mit dem Wortlaut von Art. 454 Abs. 1 ZGB. Demnach sollen sich auch Dritte im Zusammenhang mit der Haftung auf Art. 454 ZGB stützen können, soweit die

⁷⁹⁸ Dafür, soweit unmittelbar mit dem Erwachsenenschutz zusammenhängende Interessen der Familienangehörigen beeinträchtigt werden: OFK ZGB FASSBIND, Art. 454, N 4. Dagegen: FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 20. Zurückhaltend: BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 33 f.; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.16.

⁷⁹⁹ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 20.

⁸⁰⁰ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.17; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 21; OFK ZGB FASSBIND, Art. 454, N 4.

geltend gemachten Interessen vom Schutzzweck der erwachsenenschutzrechtlichen Normen erfasst werden.⁸⁰¹

e) Haftungssubjekt

aa) Kanton als Haftungssubjekt und Ausschluss der Haftung der fehlbaren Person

- 340 Aus dem Wortlaut von Art. 454 Abs. 3 ZGB ergibt sich, dass in erster Linie der Kanton für Schaden haftet, welcher im Rahmen behördlicher Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verursacht wird. Gegen die Person, die den Schaden verursacht hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu. Der Kanton haftet demnach für die Personen, die als Behördenmitglied handeln oder von der Behörde für ihre Aufgaben ausgesucht worden sind. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie das Amt beruflich oder privat ausüben.⁸⁰² Haftbar ist derjenige Kanton, der die Massnahme führt oder führen sollte. Auch wenn der Erwachsenenschutz im entsprechenden Kanton kommunal oder regional organisiert ist, bleibt von Bundesrechts wegen der Kanton haftbar.⁸⁰³ Sind notwendige Massnahmen widerrechtlich nicht angeordnet worden, kann wegen der konkurrierenden Zuständigkeiten nach Art. 442 ZGB die Haftung mehrerer Kantone zur Diskussion stehen. Mangels entsprechender gesetzlicher Vorschrift besteht zwischen ihnen keine Solidarität. Jeder Kanton haftet mithin ausschliesslich für das ihm zuzurechnende widerrechtliche Verhalten. Die konkurrierende Zuständigkeit verbessert jedoch den Schutz der betroffenen Person.⁸⁰⁴
- 341 Das Haftungsprivileg für die einzelnen pflichtwidrig handelnden oder untätigen Personen, gegen welche der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zusteht, gilt nur für die sich auf Art. 454 ZGB stützende Haftung. Kann eine Haftung aus anderen Normen abgeleitet werden, namentlich aus Art. 41 ff. OR, besteht kein bundesrechtlicher Haftungsausschluss. Entsprechend kön-

⁸⁰¹ ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCHE, Art. 454–456 ZGB, N 6; GUILLOD, Droit des personnes, N 255; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 312; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1298 ff. Zurückhaltend: BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 34 f.

⁸⁰² Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7092.

⁸⁰³ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 36; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 29.

⁸⁰⁴ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 37; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 30; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1301.

nen Dritte die einzelnen Personen, die den Schaden verursacht haben, grundsätzlich belangen, soweit nicht das kantonale Recht dies ausschliesst. Insbesondere für Behördenmitglieder und Berufsbeistände sehen die Kantone jedoch regelmässig ein entsprechendes Haftungsprivileg vor.⁸⁰⁵

Nicht ausgeschlossen ist, dass das kantonale Recht neben der Haftung des Kantons auch eine Haftung der Gemeinde oder des Gemeindeverbands vorsieht, wenn der Erwachsenenschutz (teilweise) kommunal bzw. regional organisiert ist.⁸⁰⁶ Für die geschädigte Person ist dies aber nicht von grosser praktischer Bedeutung, weil sie wohl dennoch gegen den Kanton und nicht gegen die Gemeinde oder den Gemeindeverband vorgehen wird.⁸⁰⁷ 342

bb) Regress

Das Bundesprivatrecht regelt nur das Aussenverhältnis der direkten Staatshaftung zwischen dem Kanton und der geschädigten Person. Die Regelung des Innenverhältnisses zwischen dem Kanton und der Person, die den Schaden verursacht hat, wird dem kantonalen Recht überlassen.⁸⁰⁸ Art. 454 Abs. 4 ZGB sieht demnach vor, dass für den Rückgriff des Kantons auf die Person, die den Schaden verursacht hat, das kantonale Recht massgebend ist. Dabei sollte der Kanton lediglich dann ein Regressrecht auf die einzelne Person haben, wenn diese den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat.⁸⁰⁹ Das kantonale Recht regelt überdies, ob der Kanton die Kosten, welche ihm aus einer Haftung nach Art. 454 ZGB entstehen, der 343

⁸⁰⁵ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 38; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 31.

⁸⁰⁶ So z.B. die Kantone AG (§ 64 Abs. 2 EG ZGB AG), BE (Art. 73 Abs. 3 KESG BE), BL (§ 93 Abs. 2 Bst. b EG ZGB BL), FR (Art. 29 Abs. 3 KESG FR), LU (§ 58 Abs. 2 EGZGB LU), OW (Art. 66 Abs. 1 EG ZGB OW), SG (Art. 9 Abs. 1 EG-KES SG), SO (§ 150 Abs. 2 EG ZGB SO), VS (Art. 19b Abs. 2 Bst. a EGZGB VS).

⁸⁰⁷ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.19; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 32.

⁸⁰⁸ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7093.

⁸⁰⁹ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 39; CHK ZGB BREITSCHMID, Art. 454–456, N 10; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 11; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 33; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 164; GUILLOD, Droit des personnes, N 255; HÄFELI, Grundriss, Rz. 37.10; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.243; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 317; MINGER, ZKE 2010, S. 30; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1302a.

Gemeinde oder dem Gemeindeverband auferlegen kann, wenn der Erwachsenenschutz kommunal bzw. regional organisiert ist.⁸¹⁰

- 344 Bei der Übertragung des Beistandsamtes auf mehrere Personen gemäss Art. 402 ZGB⁸¹¹ stellt sich nicht nur die Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine Rückgriffmöglichkeit auf die Beistandspersonen besteht, sondern auch, inwieweit jede einzelne der mandatstragenden Personen belangt werden kann. Sofern das kantonale Recht zwar eine Rückgriffmöglichkeit vorsieht, jedoch keine Regelung im Hinblick auf die Situation der Amtsführung durch mehrere Beistandspersonen enthält, ist gemäss REUSSER bei gemeinsamer Amtsführung nicht in Analogie zum Auftragsrecht (Art. 403 Abs. 2 OR) von einer solidarischen Haftung auszugehen. Sinn und Zweck der Solidarhaftung ist nämlich, die Position der geschädigten Person zu verbessern und die Rechtsverfolgung zu vereinfachen. Dieses Anliegen verliere aber seine Berechtigung, wenn es um den Rückgriff des Kantons auf die Personen gehe, die einen Schaden verursacht haben. Dem Kanton sei es zumutbar, die einzelnen Beistandspersonen nicht solidarisch, sondern lediglich entsprechend dem Anteil ihres Verschuldens zu belangen. Bei der geteilten Amtsführung durch mehrere Beistandspersonen fällt eine solidarische Haftung ohnehin ausser Betracht. Vielmehr haftet jede der Beistandspersonen nur für den Wirkungskreis, den sie selbstständig wahrnimmt.⁸¹²

f) Verfahren

- 345 Das Erwachsenenschutzrecht enthält keine Verfahrensbestimmungen im Hinblick auf die Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen. Der auf Art. 454 Abs. 1 ZGB gestützte Haftungsanspruch ist zwar eine Forderung des Bundeszivilrechts, die ihrer Natur nach aber als öffentlich-rechtlich oder zumindest als dem öffentlichen Recht ähnlich zu qualifizieren ist.⁸¹³ In der Lehre ist deshalb umstritten, ob sich das Verfahren nach kantonalem öffentlichem Recht und den kantonalen Haftungsgesetzen richtet⁸¹⁴ oder ob der

⁸¹⁰ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 33.

⁸¹¹ Vgl. für weitere Ausführungen zur Ernennung mehrerer Personen als Beistände auch vorne, Rz. 137–140.

⁸¹² BSK ZGB I REUSSER, Art. 402, N 23.

⁸¹³ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 40.

⁸¹⁴ So CHK ZGB BREITSCHMID, Art. 454–456, N 4; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 2; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.239; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 316, FN 475; OFK ZGB FASSBIND, Art. 454, N 1; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 454 ZGB, N 16;

Anspruch in einem Verfahren vor den Zivilgerichten auf der Grundlage der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) geltend zu machen ist⁸¹⁵.

Obschon ein beachtlicher Teil der Lehre die Geltendmachung der haftpflichtrechtlichen Ansprüche gemäss Art. 454 ZGB gegen den Kanton auf dem vom kantonalen Recht bestimmten Weg⁸¹⁶ vorsieht, sprechen gute Gründe für die Auffassung, wonach der Kanton unmittelbar vor den Zivilgerichten einzuklagen sei. Erstens handelt es sich bei Art. 454 ZGB um formales Bundesprivatrecht, zu dessen Durchsetzung am 1. Januar 2011 die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten ist. Zweitens ist Art. 10 Abs. 1 Bst. d ZPO gegenüber Art. 36 ZPO nur subsidiär ausgestaltet und die ZPO enthält keinen Vorbehalt für (kantonale) Staatshaftungsgesetze.⁸¹⁷ Drittens spricht für die Geltendmachung von Ansprüchen aus Art. 454 ZGB vor den Zivilgerichten, dass Entscheide auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts gemäss Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 BGG aufgrund ihres unmittelbaren Zusammenhangs mit dem Zivilrecht der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht unterliegen.⁸¹⁸

Die Antwort auf die Frage, welches Verfahren zur Durchsetzung von Ansprüchen aus Art. 454 ZGB zur Anwendung kommt, beeinflusst insbesondere das Beweisrecht, den Massstab der Sorgfaltspflicht, welcher sich im öf-

TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 61, N 25. Im Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, auf dessen Erlass jedoch verzichtet wurde (vgl. Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7011), ist STECK davon ausgegangen, dass sich die Geltendmachung und Beurteilung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach kantonalem öffentlichem Verfahrensrecht bzw. nach kantonalen Haftungsgesetzen richtet (vgl. VE Erwachsenenschutz/Verfahren, S. 9; STECK, ZVW 2003, S. 242).

⁸¹⁵ So Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.21; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 454 ZGB, N 34; HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 454 ZGB, N 21; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 1300a. Zurückhaltend: BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 40.

⁸¹⁶ Wobei gemäss HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 454 ZGB, N 21 die meisten kantonalen Haftungsgesetze den Verwaltungsweg mit Überprüfung durch das Verwaltungsgericht vorsehen und lediglich eine Minderheit der Kantone die Zuständigkeit dem Zivilgericht zuweist.

⁸¹⁷ HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 454 ZGB, N 21.

⁸¹⁸ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.21, FN 31.

fentlichen Recht auf die Vermeidung wesentlicher Amtspflichtverletzungen beschränkt,⁸¹⁹ sowie die Regelung der Verjährung.⁸²⁰

g) Verjährung

- 348 Die Verjährung der Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung, welche gestützt auf Art. 454 ZGB gegen den Kanton geltend gemacht werden, ist in Art. 455 ZGB geregelt. Die ersten beiden Absätze der Bestimmung sind in Art. 455 ZGB geregelt. Die ersten beiden Absätze der Bestimmung sind der Verjährung bei der unerlaubten Handlung nachgebildet und stimmen inhaltlich mit Art. 60 OR überein.⁸²¹ Art. 455 Abs. 1 ZGB sieht gleich wie die ausservertragliche Haftung eine relative und eine absolute Verjährungsfrist vor. Diese berechnen sich nach denselben Grundsätzen wie bei Art. 60 OR. Demnach kennt das Gesetz insgesamt drei Fristen: die relative, die absolute und die strafrechtliche Frist.⁸²²

⁸¹⁹ BGE 123 II 577, E. 4d dd); BGE 120 Ib 248, E. 2b; BGer 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010, E. 2.2 m.w.H. UHLMANN, N 124 ff. weist berechtigterweise auf bestehende Unsicherheiten im Zusammenhang mit der «wesentlichen Amtspflichtverletzung» hin. Zum einen wird der Begriff selbst unterschiedlich verstanden und zum anderen besteht Unklarheit darüber, ob im Rahmen der Widerrechtlichkeit das Erfordernis der wesentlichen Amtspflichtverletzung lediglich bei der Haftung aus fehlerhaften Verfügungen, d.h. beim rechtlichen Handeln des Gemeinwesens, zur Anwendung kommt oder auch bei der Haftung für tatsächliches Handeln des Gemeinwesens. Vgl. für weitere Ausführungen auch die kritische Auseinandersetzung mit der entsprechenden Lehre und Rechtsprechung in GROSS, S. 163 ff.

⁸²⁰ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 454, N 40; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.21.

⁸²¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7093 f.; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.59; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 4.

⁸²² BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 4 ff.; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 5 m.V. auf BK OR BREHM, Art. 60, N 14 ff.

aa) *Beginn und Dauer der Verjährungsfrist*⁸²³

Die Verjährungsfristen haben unterschiedliche Ausgangspunkte. Die einjährige relative Verjährungsfrist beginnt mit Kenntnis des adäquat kausal herbeigeführten Schadens durch eine dem Kanton zurechenbare Handlung oder Unterlassung.⁸²⁴ Denkbar ist allerdings, dass unklar ist, welcher Kanton haftet.⁸²⁵ Wann eine zur Auslösung der relativen Frist genügende Kenntnis vorliegt, bestimmt sich gleich wie bei Art. 60 OR.⁸²⁶ Die zehnjährige absolute Verjährungsfrist beginnt mit der schädigenden Handlung, unabhängig davon, ob die geschädigte Person Kenntnis von der entsprechenden Handlung hat und der Schaden bereits eingetreten ist oder nicht.⁸²⁷

Sowohl die relative als auch die absolute Verjährungsfrist beginnen gemäss Art. 455 Abs. 3 ZGB nicht vor dem Wegfall einer Dauermassnahme. Der Wortlaut der Bestimmung ist indessen zu eng gefasst. Sie kommt nämlich nicht nur zur Anwendung, wenn die Verletzung auf der Anordnung oder Durchführung einer Dauermassnahme beruht, sondern auch, wenn der Schaden aufgrund einer nicht erfolgten Aufhebung eingetreten ist.⁸²⁸ Bei der Übertragung einer Dauermassnahme an eine andere Erwachsenenschutzbehörde beginnt die Verjährung grundsätzlich mit der Übertragung

⁸²³ Am 15. Juni 2018 hat das Parlament das neue Verjährungsrecht verabschiedet (vgl. BBl 2018, S. 3537 ff.). Der neue Art. 60 OR sieht eine relative Verjährungsfrist von drei Jahren anstelle der aktuellen einjährigen Frist vor. Neu wird zudem eine absolute Verjährungsfrist von 20 Jahren für Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung bei Tötung eines Menschen oder bei Körperverletzung eingeführt werden (Vgl. BBl 2018, S. 3537). Art. 455 ZGB wird eine entsprechende Anpassung erfahren (vgl. BBl 2018, S. 3543). Das Datum des Inkrafttretens der Gesetzesänderung ist allerdings noch nicht bekannt und dürfte – sofern gegen das neue Gesetz nicht das Referendum ergriffen wird – wohl nicht vor dem 1. Januar 2020 sein. Vgl. für weitere Ausführungen zum neuen Verjährungsrecht z.B. KRAUSKOPF/MÄRKI, Jusletter 2018.

⁸²⁴ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 6; HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 455 ZGB, N 4.

⁸²⁵ GEISER, ZSR 2003, S. 405.

⁸²⁶ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 7 m.V. auf BGE 131 III 61, E. 3.1 sowie BK OR BREHM, Art. 60, N 21 ff.; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 61, N 20.

⁸²⁷ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 8; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 455 ZGB, N 2.

⁸²⁸ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 16; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 61, N 21.

zu laufen.⁸²⁹ Macht die nachfolgend zuständige Behörde bzw. die eingesetzte Beistandsperson einen eingetretenen Schaden nicht im Zeitpunkt der Übernahme der Massnahme geltend, beginnt eine neue relative und absolute Verjährungsfrist mit dem Ende der weitergeführten Massnahme.⁸³⁰ Der Schadenersatzanspruch der verbeiständeten Person perpetuiert sich demnach bis zum Ende der Massnahme.⁸³¹ Liegt hingegen nicht eine Übertragung einer Dauermassnahme an eine andere Behörde vor, sondern eine Ablösung der von einer Behörde abgeschlossenen Massnahme durch eine neue Dauermassnahme einer anderen Behörde, dürfte die letztere Massnahme lediglich einen Stillstand der Verjährung der abgeschlossenen Massnahme bewirken, sodass nur noch deren restliche Verjährungsfrist mit dem Ende der neuen Dauermassnahme wieder zu laufen beginnt.⁸³² Dies scheint allerdings nur möglich, wenn die Haftung für beide Massnahmen denselben Kanton trifft.⁸³³

bb) Verjährungsfrist bei strafbarer Handlung

- 351 Sofern die schädigende Handlung nicht nur widerrechtlich, sondern auch strafbar ist, gelten gemäss Art. 455 Abs. 2 ZGB allfällige längere Verjährungsfristen des Strafrechts. Die Verlängerung gilt dann sowohl für die absolute als auch für die relative Verjährungsfrist.⁸³⁴ Ist die Straftat nur auf Antrag hin strafbar, kommen die längeren strafrechtlichen Fristen auch

⁸²⁹ Für einen Beginn der Verjährungsfrist mit der Eröffnung des genehmigten Schlussberichts: BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 6; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 10a; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 321; SCHMID H., Erwachsenenschutz, Art. 455 ZGB, N 5; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Rz. 1306b; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, § 61, N 21. Für einen Beginn der Verjährungsfrist mit der Eröffnung des Übertragungsbeschlusses: HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 455 ZGB, N 6; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.246.

⁸³⁰ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 6; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.66.

⁸³¹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7093.

⁸³² BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 6; ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 10a; OFK ZGB FASSBIND, Art. 455, N 3.

⁸³³ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.66; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 19 m.H. auf Art. 134 Abs. 1 Ziff. 2 OR.

⁸³⁴ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 7; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 10 m.V. auf BGE 106 II 213, E. 2; BGE 127 III 538 und BGE 131 III 430, E. 1 ff. sowie m.w.H. auf die teilweise uneinheitliche Lehre.

dann zur Anwendung, wenn kein Strafantrag gestellt worden ist.⁸³⁵ Der Beginn der strafrechtlichen Verjährungsfrist richtet sich nach Art. 98 StGB. Nach einer Unterbrechung beginnt grundsätzlich eine neue strafrechtliche Frist zu laufen. Erfolgt die Unterbrechung jedoch erst nach Ablauf der strafrechtlichen Verjährungsfrist, beginnt nur noch die kürzere zivilrechtliche, d.h. die einjährige relative Frist, neu zu laufen.⁸³⁶

cc) *Wahrung der Frist, Stillstand und Unterbrechung (unabhängig von Art. 455 Abs. 3 ZGB)*

Da die Forderung von Schadenersatz und/oder Genugtuung gemäss hier 352 vertretener Auffassung auf dem Zivilweg geltend zu machen ist,⁸³⁷ richtet sich auch die Fristwahrung nach den Regeln des Zivilrechts. Demnach wird die Frist durch Schuldbetreibung, Klage oder Einrede vor einem Gericht gewahrt (Art. 135 Ziff. 2 OR). Der haftbare Kanton kann die Forderung auch innert Frist anerkennen oder einen Verjährungsverzicht erklären (Art. 135 Ziff. 1 OR).⁸³⁸ Der Stillstand der Frist und die Unterbrechung der Verjährung richten sich im Übrigen, d.h. sofern sie nicht im Zusammenhang mit dem Tatbestand von Art. 455 Abs. 3 ZGB stehen, nach den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 132 ff. OR).⁸³⁹

Ein Teil der Lehre will allerdings für die Fristberechnung, den Fristenstillstand 353 und die Unterbrechung der Verjährung grundsätzlich die einschlägigen Regeln des kantonalen Staatshaftungsrechts und nur subsidiär die Regeln des Obligationenrechts anwenden.⁸⁴⁰

⁸³⁵ FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 12 m.V. auf BGE 134 III 591, E. 5.3.

⁸³⁶ BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 7 und FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 13 f. m.V. auf BGE 127 III 538 sowie BGE 131 III 430.

⁸³⁷ Vgl. dazu auch die Ausführungen vorne, Rz. 345–347.

⁸³⁸ Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.64; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 15.

⁸³⁹ Botschaft Erwachsenenschutz 2006, S. 7094; BSK ZGB I HAUSHEER/WEY, Art. 455, N 8; Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht WEY, N 20.67; FamKomm Erwachsenenschutz GEISER, Art. 455 ZGB, N 20; HaftpflichtKomm SCHWANDER, Art. 455 ZGB, N 3; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 322; MINGER, ZKE 2010, S. 31.

⁸⁴⁰ ESR Komm MÖSCH PAYOT/ROSCH, Art. 454–456 ZGB, N 10a; KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 1.245; OFK ZGB FASSBIND, Art. 455, N 1.

V. Vergleich und Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde

§ 1 Vorbemerkungen

Dieser Arbeit liegt das Ziel zugrunde, das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde systematisch darzustellen, zu untersuchen und zu charakterisieren sowie daraus weitere Folgerungen für die Zusammenarbeit von Behörden und Beiständen abzuleiten. 354

Eine Darstellung der rechtlichen Grundlagen des Erwachsenenschutzes, der Berührungspunkte des Beistands mit der Erwachsenenschutzbehörde sowie der gesetzlichen Regelung dieses Rechtsverhältnisses mit den jeweiligen Rechten und Pflichten war Inhalt der vorangegangenen Teile II. bis IV. dieser Arbeit. 355

Die historische Betrachtung des Erwachsenenschutzrechts⁸⁴¹ hat aufgezeigt, dass sich die Vormundschaft bzw. der Erwachsenenschutz im Laufe der Zeit von einer Art privaten Schutzgewalt innerhalb der Familie oder Sippe zu einem öffentlichen Amt entwickelt hatte, bei dem die Beistandsperson als Organ des Staates erschien und wie ein öffentlich-rechtlicher Beamter behandelt wurde. Mit dem ZGB von 1907 wurde alsdann wieder die Selbstständigkeit des Vormunds stärker betont, wobei die Führung der Vormundschaft zu einem gewissen Grad staatlich kontrolliert blieb, was wohl auch im Hinblick auf das gegenwärtige Erwachsenenschutzrecht und die Massnahmenführung durch die Beistandsperson weiterhin zutrifft. 356

Bei der Untersuchung der Rechtsnatur des Erwachsenenschutzrechts⁸⁴² hat sich gezeigt, dass es weder dem Privatrecht noch dem öffentlichen Recht allein zugeordnet werden kann. Obschon die Kodifikation des Erwachsenenschutzrechts in der Schweiz seit dem 19. Jahrhundert formal im Privatrecht erfolgt ist, beinhaltet es materiell zu erheblichen Teilen öffentliches Recht. Als sog. Eingriffssozialrecht kann das Erwachsenenschutzrecht materiell als Hybrid zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht bezeichnet werden.⁸⁴³ 357

⁸⁴¹ Vgl. vorne, Rz. 7–25.

⁸⁴² Vgl. vorne, Rz. 36–41.

⁸⁴³ FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 38.

- 358 Wie das Erwachsenenschutzrecht sich insgesamt weder dem Privatrecht noch dem öffentlichen Recht zuordnen lässt, so scheint auch eine eindeutige Einordnung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde in das System der im schweizerischen Recht normierten Rechtsverhältnisse nicht ohne Weiteres möglich.
- 359 Eine Beistandschaft sei ein selbstverantwortliches Amt.⁸⁴⁴ Für die Führung der Massnahme sei grundsätzlich der Beistand zuständig und verantwortlich. Er handle dabei nicht als Beauftragter oder Organ der Erwachsenenschutzbehörde. Vielmehr sei der Beistand selbstverantwortlich mit einem eigenen Wirkungskreis tätig,⁸⁴⁵ der ihm differenziert durch die Erwachsenenschutzbehörde zugeteilt werde (Art. 391 ZGB).⁸⁴⁶
- 360 Nachfolgend soll systematisch untersucht werden, inwieweit das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde Ähnlichkeiten mit anderen vom schweizerischen Gesetzgeber normierten Rechtsverhältnissen aufweist und welche Folgerungen daraus allenfalls abgeleitet werden können. Zudem wird versucht, das Rechtsverhältnis zwischen der Beistandsperson und der Erwachsenenschutzbehörde zu charakterisieren.

§ 2 Innenverhältnis und Aussenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft

1. Vorbemerkungen

- 361 Der Beistand steht bei der Führung der Beistandschaft gewissermassen zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der betroffenen Person. Überdies treten Beistände regelmässig als Vertreter der betroffenen Personen in ein Verhältnis zu Dritten. Dieses Verhältnis wird in den nachfolgenden Ausführungen als Aussenverhältnis bezeichnet. Im Hinblick auf das Innenverhältnis stellt sich insbesondere die Frage, ob dieses primär zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und dem Beistand oder zwischen der betroffenen Person und dem Beistand anzunehmen ist.

⁸⁴⁴ FamKomm Erwachsenenschutz BIDERBOST, Art. 416 ZGB, N 1.

⁸⁴⁵ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 467 m.w.H.

⁸⁴⁶ BSK ZGB I VOGEL, Art. 416/417, N 1.

2. Innenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft

In der juristischen Lehre wird nur vereinzelt diskutiert, wer dem Beistand im Innenverhältnis den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erteilt.⁸⁴⁷ Denkbar ist, dass der Beistand von der schutzbedürftigen Person, vertreten durch die Erwachsenenschutzbehörde, den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erhält oder aber direkt und in hoheitlicher Weise von der Erwachsenenschutzbehörde.⁸⁴⁸ Die bestehende erwachsenenschutzrechtliche Literatur ist in Bezug auf diese Frage nicht sehr deutlich. Wie ROSCH aber aufzeigt, geht die Lehre in der Schweiz eher davon aus, dass die Erwachsenenschutzbehörde dem Beistand den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben direkt hoheitlich erteilt.⁸⁴⁹ Diese im wohl überwiegenden Teil der Lehre zumindest implizit vertretene Auffassung, wonach primär die Erwachsenenschutzbehörde dem Beistand den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erteilt, ist gemäss hier vertretener Auffassung richtig. Die Erwachsenenschutzbehörde umschreibt folglich die Aufgaben des Beistands und setzt ihn gegenüber der schutzbedürftigen Person ein, womit auch das Grundverhältnis zur verbeiständeten Person begründet wird.⁸⁵⁰ Dass der Beistand dabei einerseits Pflichten gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde hat, seine Aufgaben aber andererseits im Interesse der verbeiständeten Person wahrzunehmen hat, ist bezeichnend für die gesetzliche Vertre-

⁸⁴⁷ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 403–409.

⁸⁴⁸ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 404.

⁸⁴⁹ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 406 m.V. auf BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 413, N 1, der von «erteilten Aufträgen der KESB» spricht; ESR Komm HÄFELI, Art. 413 ZGB, N 4, der vom «behördlichen Auftrag» spricht (ebenso FamKomm Erwachsenenschutz HÄFELI, Art. 413, N 4; HÄFELI, Grundriss, Rz. 22.83; FASSBIND, Erwachsenenschutz, S. 292 f.); BSK ZGB I REUSSER, Art. 375, N 2, die im Zusammenhang mit der gesetzlichen Vertretung feststellt, dass die ergänzende Anwendung von Auftragsrecht ein allgemeiner Grundsatz sei, obwohl in diesem Fall der Gesetzgeber bzw. die KESB und nicht die vertretene Person zur Vertretung ermächtige. Überdies auch Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ESTERMANN/HAURI/VOGEL, Rz. 386, welche die KESB gegenüber der mandatsführenden Person als «Auftraggeberin» bezeichnen. A.M. wohl ZK ZGB BOENTE, Vorb. zu Art. 360–373, N 48 ff., der von einem eher an das Privatrecht als an das öffentliche Recht angelehnten «Treuhandschuldverhältnis» ausgeht, die Nähe zum öffentlichen Recht aber ebenfalls betont.

⁸⁵⁰ Vgl. auch ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 408.

tung und kommt auch bei anderen Formen wie z.B. der Erbschaftsverwaltung⁸⁵¹ (Art. 554 ZGB) vor.⁸⁵²

- 363 Betreffend die Natur des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der verbeiständeten Person finden sich in der bestehenden erwachsenenschutzrechtlichen Literatur ebenfalls nur vereinzelte, wenig deutliche Hinweise. Ausgegangen wird bisher – soweit ersichtlich – von einem auftragsähnlichen Verhältnis⁸⁵³, von einem dem Auftragsrecht nachgebildeten besonderen familienrechtlichen Rechtsverhältnis⁸⁵⁴ oder von einem Treuhandschuldverhältnis⁸⁵⁵. ROSCH führt mit Blick auf das zweifach bestehende Innenverhältnis des Beistands einerseits zur Erwachsenenschutzbehörde und andererseits zur verbeiständeten Person aus, dass der Beistand insofern auch als doppelter Beauftragter bezeichnet werden könnte.⁸⁵⁶
- 364 Um welche Art Rechtsverhältnis es sich beim Innenverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde handelt, soll in dieser Arbeit mittels Vergleichen mit anderen im Schweizer Recht geregelten Rechtsverhältnissen eingehend untersucht werden.⁸⁵⁷

3. Aussenverhältnis bei der Führung der Beistandschaft

- 365 Im Errichtungsbeschluss erteilt die Erwachsenenschutzbehörde der Beistandsperson regelmässig (Vertretungs-)Kompetenzen im Verhältnis zu Drittpersonen. Die entsprechenden Kompetenzen werden überdies in einer Ernennungsurkunde festgehalten, mit welcher sich die Beistandsperson gegenüber Dritten legitimieren kann. Die Bestimmung der Vertretungskompetenzen des Beistands im Aussenverhältnis erinnert an die Stellvertretung gemäss Art. 32 ff. OR. Während bei der gewillkürten Stellvertretung die Vertretungsmacht des Vertreters auf einem Rechtsgeschäft beruht, wird die Vertretungsmacht bei der gesetzlichen Stellvertretung durch Anordnung des Gesetzes begründet. Die Vertretungsrechte des Beistands nach den Regeln

⁸⁵¹ Vgl. für Ausführungen zur Erbschaftsverwaltung hinten, Rz. 368–385.

⁸⁵² ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 409.

⁸⁵³ ESR Komm HÄFELI, Art. 408 ZGB, N 2.

⁸⁵⁴ BSK ZGB I AFFOLTER, Art. 408, N 13, der betont, dass das dem Auftragsrecht nachgebildete Verhältnis nichts am Umstand ändere, dass der Beistand aufgrund seiner Ernennung durch die KESB ein Amt ausübe.

⁸⁵⁵ ZK ZGB BOENTE, Vorb. zu Art. 360–373, N 48 ff.

⁸⁵⁶ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 409.

⁸⁵⁷ Vgl. dazu hinten, Rz. 367–505.

des Erwachsenenschutzrechts werden gemeinhin als gesetzliche Stellvertretung betrachtet.⁸⁵⁸ Die Bestellung des Beistands als gesetzlicher Vertreter erfolgt durch den Entscheid der Erwachsenenschutzbehörde. Die grundsätzliche Ermächtigung der Beistandsperson ist allerdings bereits im Gesetz, d.h. in den erwachsenenschutzrechtlichen Bestimmungen enthalten.⁸⁵⁹ Die Erwachsenenschutzbehörde ist aber berechtigt, die Ermächtigung der Beistandsperson zu erweitern oder einzugrenzen (vgl. Art. 391 Abs. 1; Art. 400 Abs. 1; Art. 416 und Art. 417 ZGB).⁸⁶⁰ Die Regeln zur Stellvertretung in Art. 32 ff. OR betreffen zwar primär die gewillkürte Stellvertretung, sind aber teilweise auf die gesetzliche Stellvertretung direkt oder analog und ergänzend anwendbar.⁸⁶¹ Dies gilt zudem unabhängig davon, ob das Erwachsenenschutzrecht dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zugeordnet wird (vgl. Art. 7 ZGB und Art. 33 OR).⁸⁶²

Das ZGB legt für das Erwachsenenschutzrecht die Voraussetzungen 366 (Art. 390 ZGB) sowie gemeinsam mit der Erwachsenenschutzbehörde den Umfang (Art. 391 ZGB) der Vertretungsmacht sowie die Beendigungsgründe (Art. 399 und Art. 421–423 ZGB) autonom fest.⁸⁶³ Analoges und ergänzendes Stellvertretungsrecht findet insoweit Anwendung, als der Beistandsperson Vertretungsrechte übertragen werden. Dies ist einerseits bei der Vertretungsbeistandschaft (mit Vermögensverwaltung) gemäss Art. 394 f. ZGB und andererseits bei der umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB der Fall. Bei der Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB sind demgegenüber die Bestimmungen in Art. 19 ff. ZGB über die Zustimmung bei beschränkt handlungsfähigen Personen analog anwendbar.⁸⁶⁴

⁸⁵⁸ BK OR ZÄCH/KÜNZLER, Vorb. zu Art. 32–40, N 6 ff.; CHK OR KUT, Art. 32, N 5.

⁸⁵⁹ BSK OR I WATTER, Art. 32, N 11.

⁸⁶⁰ BK OR ZÄCH/KÜNZLER, Vorb. zu Art. 32–40, N 41.

⁸⁶¹ BK OR ZÄCH/KÜNZLER, Vorb. zu Art. 32–40, N 9 ff., N 44, N 81, N 95, N 99 f.; CHK OR KUT, Art. 32, N 5.

⁸⁶² ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 411 m.V. auf BK OR ZÄCH/KÜNZLER, Vorb. zu Art. 32–40, N 81 und Art. 33, N 17 ff.

⁸⁶³ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 413.

⁸⁶⁴ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 415 m.V. auf BSK ZGB I BIDERBOST/HENKEL, Art. 396, N 22 und FamKomm Erwachsenenschutz MEIER, Art. 396 ZGB, N 25 ff.

§ 3 Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit anderen Rechtsverhältnissen

1. Auswahl der zu vergleichenden Rechtsverhältnisse

- 367 Für einen Vergleich mit dem Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde kommen verschiedene andere vom schweizerischen Gesetzgeber normierte Rechtsverhältnisse in Betracht, die Gemeinsamkeiten mit ersterem Verhältnis aufweisen. Zu denken ist vorab etwa an die Erbschaftsverwaltung (Art. 554 f. und Art. 595 ZGB). Der Erbschaftsverwalter ist im Aussenverhältnis ebenso gesetzlicher Vertreter der Erbengemeinschaft wie der Beistand gesetzlicher Vertreter der verbeiständeten Person ist.⁸⁶⁵ Im Innenverhältnis werden zudem beide von einer Behörde ernannt. Im Hinblick auf das Innenverhältnis bietet sich sodann eine vergleichende Betrachtung des Beistands mit dem Beauftragten (Art. 394–406 OR) und dem Arbeitnehmer (Art. 319–362 OR) an. Welche Ähnlichkeiten jeweils vorliegen, inwieweit eine Vergleichbarkeit tatsächlich gegeben ist und welche Folgerungen daraus abgeleitet werden können, erhellt allerdings erst bei näherer Betrachtung.

⁸⁶⁵ BK OR ZÄCH/KÜNZLER, Vorb. zu Art. 32–40, N 36 f.

2. Vergleich mit der Erbschaftsverwaltung⁸⁶⁶

a) Überblick über die Erbschaftsverwaltung

aa) Begriff und Zweck der Erbschaftsverwaltung

Mit dem Tod des Erblassers wird der Erbgang eröffnet (Art. 537 Abs. 1 ZGB). Die Erben erwerben mit dem Ableben des Erblassers die Erbschaft als Ganzes und von Gesetzes wegen (Art. 560 Abs. 1 ZGB). Trotz dieser grundsätzlich unmittelbar stattfindenden Nachfolge der Erben in das Vermögen des Erblassers können sich während der Dauer des Erbgangs Gefährdungen der Erbschaft oder der an ihr berechtigten Erben ergeben.⁸⁶⁷ Um allfälligen Gefährdungen entgegenzuwirken und den Nachlass zu sichern sind im Gesetz verschiedene Sicherungsmassregeln vorgesehen (vgl. Art. 551–555 ZGB). Die Erbschaftsverwaltung stellt dabei die umfassendste Sicherungsmassregel dar. Während ihrer Dauer – es handelt sich um eine temporäre erbrechtliche Aufgabe zur Überbrückung unübersichtlicher Verhältnisse des Nachlasses⁸⁶⁸ – wird den Erben die Erbschaft ganz oder teilweise entzogen und einem von der zuständigen Behörde bestellten Verwalter übertragen.⁸⁶⁹ Der Begriff Erbschaftsverwaltung bedeutet demnach temporäre Übertra-

⁸⁶⁶ Art. 554 und Art. 595 ZGB verwenden die Begriffe «Erbschaftsverwaltung» bzw. «Erbschaftsverwalter» für zwei Funktionen, die zwar ähnlich, aber doch voneinander zu unterscheiden sind. Zur Unterscheidung vom Erbschaftsverwalter nach Art. 554 ZGB wird der Funktionsträger von Art. 595 ZGB als Erbschaftsliquidator bezeichnet. Anders als die Erbschaftsverwaltung wird die Erbschaftsliquidation nicht in vom Gesetz umschriebenen Fällen angeordnet, sondern erfolgt auf Begehren der Erben oder der Gläubiger des Erblassers. Der Zweck der Erbschaftsliquidation ist ihrer Bezeichnung entsprechend auf die Abwicklung der laufenden Geschäfte des Erblassers, die Feststellung der Aktiven, die Erfüllung der Erbschafts- und Erbgangsschulden sowie – wenn möglich – die Ausrichtung allfälliger Vermächtnisse beschränkt. Mit der Erbschaftsliquidation wird die Haftung der Erben auf die Erbschaft beschränkt, während eine persönliche Haftung für die Erbschafts- und Erbgangsschulden ausgeschlossen wird. Das Verhältnis zwischen Erbschaftsliquidator und zuständiger Behörde ist im Wesentlichen mit demjenigen zwischen Erbschaftsverwalter und Behörde vergleichbar. Die entsprechenden Ausführungen über die Rechte und Pflichten des Erbschaftsverwalters gelten demnach sinngemäss auch für den Erbschaftsliquidator.

⁸⁶⁷ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1301.

⁸⁶⁸ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 35.

⁸⁶⁹ PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 1; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1337.

gung der Besitz-, Verwaltungs- und Verfügungsrechte am Nachlass auf einen behördlich bestellten, unabhängigen Verwalter. Die entsprechenden Rechte der Erben sind während der Dauer der Erbschaftsverwaltung sistiert.⁸⁷⁰ Zweck der Erbschaftsverwaltung ist die Erhaltung und Sicherung des Nachlasses in Bestand und Wert sowie die Vornahme von unaufschiebbaren Verwaltungs- und Verfügungshandlungen. Insbesondere soll sie verhindern, dass unberechtigte Erben oder Dritte sich der Erbschaft bemächtigen, dass Erbschaftsaktiven zum Nachteil unbekannter oder nicht erreichbarer Erben verschwinden oder dass unaufschiebbare Handlungen unterbleiben und die berechtigten Erben wirtschaftliche oder rechtliche Nachteile erleiden. Somit dient die Erbschaftsverwaltung in erster Linie zwar der Wahrung der Erbeninteressen, i.w.S. dient sie aber auch den Erbengläubigern und den Erbschaftsgläubigern. Die Erbschaftsverwaltung ist konservatorischer Natur⁸⁷¹ und bezweckt demnach nicht die Vornahme von Liquidationshandlungen, Versilberung von Vermögenswerten oder Überführung der Erbschaft in einen teilungsfähigen Zustand.⁸⁷²

bb) Anwendungsbereich der Erbschaftsverwaltung

- 369 Das Bundesrecht regelt den Anwendungsbereich der behördlichen Anordnung der Erbschaftsverwaltung abschliessend, womit den Kantonen diesbezüglich keine Gesetzgebungskompetenz verbleibt.⁸⁷³ Gemäss Art. 554 Abs. 1 ZGB wird die Erbschaftsverwaltung angeordnet:
- wenn ein Erbe dauernd und ohne Vertretung abwesend ist, sofern es seine Interessen erfordern (Ziff. 1);
 - wenn keiner der Ansprecher sein Erbrecht genügend nachzuweisen vermag oder das Vorhandensein eines Erben ungewiss ist (Ziff. 2);
 - wenn nicht alle Erben des Erblassers bekannt sind (Ziff. 3);
 - wo das Gesetz sie für besondere Fälle vorsieht (Ziff. 4)⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 1.

⁸⁷¹ BGer 5P.322/2004 vom 6. April 2005, E. 3.2; BGer 5A_717/2009 vom 2. Februar 2010, E. 4.1; BGE 95 I 392, E. 2.

⁸⁷² BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 2 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 2 m.w.H.

⁸⁷³ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 6; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 4; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1340.

⁸⁷⁴ Gemeint ist das ZGB, welches die Anordnung der Erbschaftsverwaltung in Art. 490 Abs. 3, Art. 556 Abs. 3, Art. 604 Abs. 3 und Art. 548 Abs. 1 für weitere Fälle vorsieht; vgl. auch PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 8

cc) *Rechtliche Natur der Erbschaftsverwaltung, Person und Stellung des Erbschaftsverwalters*

Die materiellen Aspekte der Erbschaftsverwaltung einschliesslich Rechtsnatur sowie Rechte und Pflichten des Erbschaftsverwalters sind abschliessend durch das Bundeszivilrecht geregelt. Den Kantonen verbleibt nur die Regelung der Behördenorganisation und, soweit die ZPO nicht zur Anwendung kommt, des Verfahrens.⁸⁷⁵ 370

Die Erbschaftsverwaltung wird – unter Vorbehalt des Falls von Art. 604 Abs. 3 ZGB – von Amtes wegen von der zuständigen Behörde angeordnet.⁸⁷⁶ Sie beginnt und endet durch behördliche Verfügung.⁸⁷⁷ Je nach kantonalen Regelung der sachlichen Zuständigkeit erfolgt die Anordnung der Erbschaftsverwaltung, die Ernennung der Person des Erbschaftsverwalters und die Beendigung der Erbschaftsverwaltung durch eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht.⁸⁷⁸ 371

Zur Person des Erbschaftsverwalters enthält das Bundesrecht keine allgemeine Bestimmung, sondern regelt nur die beiden Spezialfälle von Art. 554 Abs. 2 und 3 ZGB, wonach einem allfälligen vom Erblasser bezeichneten Willensvollstrecker die Verwaltung zu übergeben ist (Abs. 2) bzw. einer allfälligen Beistandsperson die Erbschaftsverwaltung obliegt, wenn die verstorbene Person unter einer Beistandschaft mit Vermögensverwaltung stand und nichts anderes angeordnet wird (Abs. 3).⁸⁷⁹ In allen anderen Fällen ist davon auszugehen, dass die anordnende Behörde die Erbschaftsverwaltung selbst übernehmen oder einer anderen Behörde, einem Angestellten der öffentlichen Verwaltung oder einer natürlichen oder juristischen Drittperson übertragen kann. Die Behörde kann auch mehrere Erbschaftsverwalter ernennen, die gemeinsam handeln, soweit sie die Aufgaben nicht spezifisch unter ihnen verteilt. Überdies können die Kantone im Rahmen ihrer Verfah- 372

m.w.H. und BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 6 und N 17 m.w.H., die Art. 548 ZGB nicht als Anwendungsfall von Art. 554 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB sehen.

⁸⁷⁵ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 3; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 4.

⁸⁷⁶ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 19.

⁸⁷⁷ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 29.

⁸⁷⁸ PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 39.

⁸⁷⁹ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1342 f.

renskompetenz Vorschriften zur Person sowie zum Ernennungsverfahren des Erbschaftsverwalters erlassen.⁸⁸⁰

- 373 Wesentlicher als die Stellung der Person zum Nachlass sind die persönlichen Anforderungen an die Erbschaftsverwalterin. Über das Erfordernis der Handlungsfähigkeit hinaus sollte sie fähig sein, in ihrer Funktion pflichtgemäss zu handeln. Vorausgesetzt werden demnach die für die Aufgaben der Erbschaftsverwaltung notwendigen Fachkenntnisse zur Erfüllung der Aufgaben, allenfalls unter Beizug von Fachpersonen. Ferner hat es sich bei der Erbschaftsverwalterin um eine vertrauenswürdige Person zu handeln, die überdies unabhängig ist, d.h. dass insbesondere keine ihre Aufgaben tangierende Interessenkollision vorliegen darf.⁸⁸¹ Der Behörde steht bei der Ernennung der Erbschaftsverwalterin ein pflichtgemässes Ermessen zu.⁸⁸²
- 374 Zur Übernahme der Erbschaftsverwaltung besteht keine bundesrechtliche Pflicht. Die ernannte Person kann das Amt auch ohne Angabe von Gründen ablehnen. Für ernannte Behörden oder Angestellte der öffentlichen Verwaltung kann sich allerdings aus dem kantonalen Recht ein Annahmewang ergeben.⁸⁸³ Bei vorzeitiger Beendigung der persönlichen Funktion der ernannten Erbschaftsverwalterin endet die Erbschaftsverwaltung als solche nicht, sondern die Behörde hat eine Nachfolgerin zu bezeichnen.⁸⁸⁴
- 375 Der Erbschaftsverwalter nimmt keine öffentliche, sondern eine private Aufgabe wahr. Er wird zwar von der Behörde ernannt, ist aber weder deren Beauftragter noch öffentlicher Funktionär noch Behördenvertreter. Er ist auch nicht Stellvertreter der Erben.⁸⁸⁵ Vielmehr gilt die Erbschaftsverwaltung als privatrechtliches Institut sui generis. Der Erbschaftsverwalter hat die ihm behördlich verliehene, eigenständige erbrechtliche Aufgabe, im Interesse der bekannten und unbekannten Erben den Nachlass aus eigenem Recht und im eigenen Namen zu erhalten, zu verwalten und zu vertreten. Dabei handelt er im Interesse aller Erben, aber unabhängig vom Willen der bekannten Erben und nimmt von diesen auch keine Instruktionen entgegen.

⁸⁸⁰ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 21.

⁸⁸¹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 22; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1341.

⁸⁸² PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 10.

⁸⁸³ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 23.

⁸⁸⁴ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 29.

⁸⁸⁵ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 4; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 3.

Auf die Erbschaftsverwaltung findet subsidiär das Recht des einfachen Auftrags (Art. 394–406 OR) Anwendung.⁸⁸⁶

dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Erbschaftsverwalters

Der Umfang der Aufgaben sowie die Rechte und Pflichten des Erbschaftsverwalters sind nicht im Einzelnen gesetzlich geregelt. Sie können beschränkt oder unbeschränkt sein. Die Behörde hat sie zu umschreiben und/oder die Ausübung spezifischer Funktionen von ihrer jeweiligen Zustimmung abhängig zu machen.⁸⁸⁷ Dem Zweck der Erbschaftsverwaltung als Sicherungsmassregel entsprechend sind die Aufgaben des Erbschaftsverwalters auf die Sicherung und Erhaltung der Erbschaft beschränkt und umfassen insbesondere Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Verwaltung des Nachlasses.⁸⁸⁸ Die Verwaltungstätigkeit umfasst etwa die Einziehung fälliger Forderungen, die Begleichung fälliger Schulden und die Abwehr ungerechtfertigter Forderungen.⁸⁸⁹ Schäden und erhebliche Entwertungen der Erbschaft sind zu verhindern.⁸⁹⁰ Zu Verfügungen über die Erbschaftsgegenstände ist der Erbschaftsverwalter nur im Rahmen seiner bewahrenden Aufgabe befugt, d.h. nur in denjenigen Fällen, in welchen dies zur Erhaltung des Werts der Erbschaft notwendig ist.⁸⁹¹ Soweit die Erbschaftsverwaltung reicht, haben die Erben keine Handlungsbefugnis bezüglich des Nachlasses. Die Rechte des Erbschaftsverwalters schränken demnach jene der Erben ein.⁸⁹²

Der Erbschaftsverwalter hat im Rahmen seiner Aufgaben unter anderem folgende allgemeinen Pflichten:⁸⁹³

- Pflicht zur persönlichen Erfüllung der Aufgabe (Art. 398 Abs. 3 OR). Bei Bedarf kann der Erbschaftsverwalter Fachpersonen, Dritte oder auch Er-

⁸⁸⁶ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 5; KUKO ZGB KÜNZLE, Art. 554, N 13; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 16.

⁸⁸⁷ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 36; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 15 f.

⁸⁸⁸ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 39.

⁸⁸⁹ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1344.

⁸⁹⁰ OFK ZGB MÜLLER/LIEB-LINDENMEYER, Art. 554, N 4.

⁸⁹¹ BGE 95 I 392, E. 2 und 4.

⁸⁹² BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 37; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 18.

⁸⁹³ Vgl. BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 40; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 22.

ben als Hilfspersonen beiziehen oder sich vertreten lassen, soweit dies notwendig ist. Er kann aber seine Aufgabe nicht vollständig einem Dritten übertragen;

- Pflicht zur sofortigen Aufnahme der Tätigkeit nach der Ernennung;
- Pflicht zur getreuen und sorgfältigen Erfüllung der Aufgaben (Art. 398 Abs. 2 OR);
- Pflicht zur Aufnahme eines Inventars bei Beginn der Tätigkeit;
- Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen und Wünsche der Erben;
- Pflicht zur Gleichbehandlung aller Erben und zur Neutralität bei Interessengegensätzen;
- Pflicht zur Auskunftserteilung an die Erben, zur Information und zur Gewährung von Akteneinsicht;
- Pflicht zur Verschwiegenheit gegenüber Nichterben, auch wenn der Erbschaftsverwalter keinem spezifischen Berufsgeheimnis untersteht;
- Pflicht zur periodischen Berichterstattung und Rechenschaftsablegung gegenüber der ernennenden Behörde (Art. 400 Abs. 1 OR).

378 Die ernennende Behörde hat die Erbschaftsverwaltung aufzuheben, sobald der Grund für ihre Anordnung weggefallen bzw. ihr Zweck erreicht ist.⁸⁹⁴ Die Aufgabe des Erbschaftsverwalters ist beendet, wenn er seine Verwaltungshandlungen abgeschlossen und die Erbschaft der Erbengemeinschaft bzw. an deren Vertreter oder den Willensvollstrecker übergeben hat. Nach Abschluss seiner Tätigkeit hat der Erbschaftsverwalter einen Schlussbericht zu erstellen und diesen zusammen mit der Honorarabrechnung der Behörde zur Prüfung und Genehmigung einzureichen.⁸⁹⁵

379 Die Erbschaftsverwaltung ist entgeltlich. Der Erbschaftsverwalter hat einen bundesrechtlichen Anspruch auf Honorar und Spesenersatz (Art. 402 Abs. 1 OR). Ob ein Angestellter der öffentlichen Verwaltung, der während der Arbeitszeit als Erbschaftsverwalter tätig ist, das Honorar behalten darf oder ob es dem entsprechenden Gemeinwesen zufällt, ist abhängig vom anwendbaren Personalrecht. Die Bemessung des Honorars erfolgt nach Zeitaufwand, Schwierigkeitsgrad, relevanten beruflichen Qualifikationen des

⁸⁹⁴ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 31; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 30.

⁸⁹⁵ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 32; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 31; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1347.

Erbschaftsverwalters, Verantwortung und Nachlasswert.⁸⁹⁶ Im Streitfall sind Honorar und Spesenersatz von der Behörde festzulegen. Trotz der Bezeichnung der Erbschaftsverwaltung als rein privatrechtliches Institut betrachtet die überwiegende Lehre die nach kantonalem Recht bezeichnete Behörde als für Honorarstreitigkeiten zuständig, weil der Erbschaftsverwalter auch von ihr ernannt wird.⁸⁹⁷ Falls eine Behörde die Erbschaftsverwaltung durchführt, richtet sich die Vergütung nach den anwendbaren kantonalen Gebührenerlassen. Die Kosten für eine Erbschaftsverwaltung belasten als Erbgangsschulden den Nachlass.⁸⁹⁸

ee) Aufsicht und Verantwortlichkeit

Der Erbschaftsverwalter untersteht der Aufsicht durch die zuständige kantonale Behörde (Art. 595 Abs. 3 ZGB analog).⁸⁹⁹ Die Behördenaufsicht ist zwingend und kann durch den Erblasser in der letztwilligen Verfügung nicht eingeschränkt oder wegbedungen werden. Befugnisse und Sanktionsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde bestimmen sich nach Bundesrecht.⁹⁰⁰ Die Aufsichtsbehörde ist allerdings keine Einrichtung zur dauernden Überwachung der Tätigkeit des Erbschaftsverwalters. Dieser ist in seiner Tätigkeit grundsätzlich frei und unterliegt keiner Pflicht, bestimmte Handlungen vor deren Ausführung der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen.⁹⁰¹ Neben der Behördenaufsicht nach Art. 595 Abs. 3 ZGB kann der Erbschaftsverwalter gleichzeitig einer separaten Aufsicht bzw. Disziplinargewalt einer Berufsorganisation unterstehen.⁹⁰² Handelt er unrechtmässig oder unsachgemäss, steht allen materiell an der Erbschaft Beteiligten die Befugnis zu, bei der Behörde Beschwerde einzureichen.⁹⁰³ Hingegen können die an der

⁸⁹⁶ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 33; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 33 m.w.H.

⁸⁹⁷ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 34 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 32.

⁸⁹⁸ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 33; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 36.

⁸⁹⁹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 61 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 41.

⁹⁰⁰ PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 43.

⁹⁰¹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 21 m.w.H.

⁹⁰² BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 61.

⁹⁰³ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 63; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 42.

Erbschaft Beteiligten den Erbschaftsverwalter nicht von sich aus absetzen.⁹⁰⁴ Für das Beschwerdeverfahren gilt die Oficialmaxime, d.h. die Aufsichtsbehörde ist weder an die Parteianträge noch an die Sachverhaltsdarstellung der Parteien gebunden, sondern hat den Sachverhalt, soweit erforderlich, von Amtes wegen zu ermitteln und die notwendigen Massnahmen zu treffen.⁹⁰⁵

- 381 Die Aufsichtsmaßnahmen können unterteilt werden in präventive und disziplinarische Massregeln.⁹⁰⁶ Als präventive Massregeln kommen die Abgabe unverbindlicher Empfehlungen, das Erteilen verbindlicher Weisungen oder andere sachdienliche Massnahmen bis hin zur Absetzung des Erbschaftsverwalters in Betracht.⁹⁰⁷ Im Sinne disziplinarischer Massregeln kann die Aufsichtsbehörde Verweise, Ermahnungen oder Verwarnungen aussprechen, Ordnungsbussen anordnen, eine Bestrafung wegen Ungehorsams gegen eine amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) verlangen, die vorläufige Amtseinstellung oder im Falle von Unfähigkeit, grober Pflichtwidrigkeit oder Interessenkollision die Absetzung des Erbschaftsverwalters verfügen.⁹⁰⁸
- 382 Der Erbschaftsverwalter unterliegt einer zivilrechtlichen, disziplinarischen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit.
- 383 Die zivilrechtliche Haftung bestimmt sich danach, ob die Erbschaftsverwaltung durch eine Behörde selber oder durch eine von ihr ernannte natürliche oder juristische Person ausgeführt wird. Handlungen einer Behörde als Erbschaftsverwalterin können zu einer (kausalen) kantonalen Staatshaftung führen.⁹⁰⁹ Natürliche oder juristische Personen unterliegen als Erbschaftsverwalterinnen einer vertragsähnlichen persönlichen Verschuldenshaftung nach Art. 398 f. OR analog gegenüber den am Nachlass Beteiligten und einer Haftung nach Art. 41 ff. OR gegenüber allfälligen anderen Geschädigten.⁹¹⁰ Subsidiär kann sich eine Staatshaftung aus mangelhafter Auswahl, Instruktion und Überwachung des Erbschaftsverwalters ergeben. Über zivilrechtliche Haftungsansprüche entscheidet das zuständige ordentliche Ge-

⁹⁰⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1346.

⁹⁰⁵ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 33 m.w.H.

⁹⁰⁶ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 28.

⁹⁰⁷ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 29.

⁹⁰⁸ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 30 m.w.H.; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 46.

⁹⁰⁹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 67.

⁹¹⁰ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1346.

richt.⁹¹¹ Das Ausmass der zivilrechtlichen Haftung richtet sich nach der Aufgabe sowie den damit verbundenen Anforderungen, welche an die Person des Erbschaftsverwalters und die Ausübung seiner Tätigkeit gestellt werden. Das erforderliche Mass der Sorgfalt richtet sich somit nach den konkreten Umständen und nach der Praxis zu Art. 398 OR bzw. zur Sorgfalt des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis (Art. 321e OR), auf die das Auftragsrecht verweist. Für die Haftung des Erbschaftsverwalters aus dem Beizug von Hilfspersonen und Dritten gelten die Grundsätze von Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 OR analog.⁹¹²

Eine disziplinarische Verantwortlichkeit des Erbschaftsverwalters kann sich 384 aus dem anwendbaren öffentlichen Personalrecht sowie aus dem Standesrecht ergeben.⁹¹³

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Erbschaftsverwalters kann sich 385 vorab aus den Tatbeständen der ungetreuen Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) oder der Veruntreuung (Art. 138 StGB) ergeben.⁹¹⁴ Weitere Straftatbestände z.B. aus dem Steuerrecht kommen ebenfalls in Betracht.⁹¹⁵

b) Vergleichende Betrachtung

aa) Vorbemerkungen

Beim Vergleich des Rechtsverhältnisses des Beistands zur Erwachsenen- 386 schutzbehörde mit demjenigen des Erbschaftsverwalters zur zuständigen Behörde sowie der Institute der Beistandschaft und der Erbschaftsverwaltung fallen sowohl einige Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede auf. Diese sollen im Folgenden erläutert werden.

bb) Zweck, Anwendungsbereich und Dauer

Zunächst ist augenscheinlich, dass Hauptinhalt der Erbschaftsverwaltung 387 ihrer Bezeichnung entsprechend die Verwaltung einer Erbschaft, mithin der Umgang mit Vermögenswerten ist. Auch bei der Beistandschaft kann die

⁹¹¹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 38; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 37.

⁹¹² BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 41 m.w.H.

⁹¹³ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 40; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 37; WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1346.

⁹¹⁴ WOLF/HRUBESCH-MILLAUER, Rz. 1346.

⁹¹⁵ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 595, N 39; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 37.

Einkommens- und Vermögensverwaltung zu den Aufgaben der Beistandsperson gehören (Art. 394 f. ZGB), wobei sich der Inhalt einer Beistandschaft regelmässig nicht auf die Verwaltung von Vermögenswerten beschränkt, sondern ihr Zweck die dauerhafte Sicherung der Interessen der verbeiständeten Person ist. Die Interessen lassen sich dabei unterteilen in die Personensorge, die Vermögenssorge und die Vertretung im Rechtsverkehr. Demnach zeigen sich der Zweck der Beistandschaft und die Aufgabenbereiche der Beistandsperson regelmässig als wesentlich weiter als der Zweck der Erbschaftsverwaltung und die Aufgaben der Erbschaftsverwalterin.

- 388 In welchen Fällen eine Erbschaftsverwaltung anzuordnen ist, umschreibt das Zivilgesetzbuch in Art. 554 Abs. 1 Ziff. 1–4 abschliessend, wenn auch nicht erschöpfend (vgl. Art. 554 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB). Im geltenden Erwachsenenschutzrecht stellt der Gesetzgeber demgegenüber nicht auf eine Aufzählung konkreter Verhältnisse ab, bei deren Vorhandensein eine Beistandschaft zu errichten ist. Voraussetzung für die Errichtung ist vielmehr das Vorliegen eines Schwächezustands oder der Abwesenheit einer Person und der Umstand, dass keine anderweitige Besorgung zu erledigender Angelegenheiten erfolgt (Art. 390 Abs. 1 ZGB).
- 389 Bei der Beistandschaft handelt es sich überwiegend um eine Massnahme von gewisser Dauer, deren Beendigungszeitpunkt trotz der Ziele der Milderung des Schwächezustands und der Förderung der Selbstständigkeit der verbeiständeten Person oft nicht oder nur schwer voraussehbar ist. Dabei ist nicht ausgeschlossen, sondern insbesondere im Erwachsenenschutz häufig, dass die für eine ältere Person errichtete Massnahme bis an deren Lebensende bestehen bleibt. Demgegenüber handelt es sich bei der Erbschaftsverwaltung um eine temporäre erbrechtliche Aufgabe zur Überbrückung unübersichtlicher Verhältnisse des Nachlasses. Die Errichtung einer Beistandschaft zur Erfüllung einer konkreten Aufgabe innerhalb eines kürzeren Zeitraums ist zwar ebenfalls möglich, jedoch nicht der Regelfall.

cc) *Rechtliche Natur, Person und Stellung des Funktionsträgers*

- 390 Gemeinsam ist der Beistandschaft und der Erbschaftsverwaltung, dass ihre Regelung massgeblich im Bundeszivilrecht erfolgt ist. Den Kantonen verbleibt jeweils die Regelung der Behördenorganisation sowie des Verfahrens.
- 391 Sowohl die Beistandschaft als auch die Erbschaftsverwaltung werden von einer vom kantonalen Recht als zuständig bezeichneten Behörde angeordnet. Beginn und Ende beider Rechtsinstitute und entsprechend der Rechtsverhältnisse der Beistandsperson bzw. der Person des Erbschaftsverwalters

zur Behörde erfolgen demnach regelmässig durch behördliche Verfügung.⁹¹⁶

Auf die Erbschaftsverwaltung kommt subsidiär generell das Recht des einfachen Auftrags (Art. 394–406 OR) zur Anwendung.⁹¹⁷ Die gesetzliche Regelung der Beistandschaft im ZGB verweist indessen lediglich im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht der Beistandsperson (Art. 413 Abs. 1) auf das Auftragsrecht. Von der juristischen Lehre wird sodann zur Handhabung einzelner im Erwachsenenschutzrecht nicht näher geregelter Fragen die analoge Anwendung von Auftragsrecht postuliert, was jedoch nicht mit einer generellen Verweisung gleichzusetzen ist.

Gemäss geltendem Erwachsenenschutzrecht können als Beistand nur natürliche Personen ernannt werden (Art. 400 Abs. 1 ZGB).⁹¹⁸ Mit der Erbschaftsverwaltung können hingegen sowohl natürliche als auch juristische Personen betraut werden. Art. 554 Abs. 3 ZGB sieht allerdings vor, dass die Erbschaftsverwaltung der Beistandsperson obliegen soll, sofern der Erblasser unter einer Beistandschaft stand, welche die Vermögensverwaltung umfasste und die zuständige Behörde nichts anderes anordnet. Die Beistandsperson des Erblassers hat aber keinen Rechtsanspruch darauf, dass ihr die Erbschaftsverwaltung übertragen wird.⁹¹⁹

In der erwachsenenschutzrechtlichen Literatur wird teilweise vertreten, dass die als Beistand ernannte Person in ihrer Funktion als Organ des Staates handle.⁹²⁰ Demgegenüber nehme der Erbschaftsverwalter keine öffentliche Aufgabe, sondern ausschliesslich private Funktionen wahr. Er werde zwar von der zuständigen Behörde ernannt, sei aber weder deren Beauftragter noch öffentlicher Funktionär noch Behördenvertreter. Die Erbschaftsverwaltung sei mithin ein privatrechtliches Institut sui generis.⁹²¹

⁹¹⁶ Wobei in gewissen Fällen auch ein Ende der Beistandschaft (Art. 399 Abs. 1 ZGB) oder des Amtes der Beistandsperson (Art. 421 ZGB) von Gesetzes wegen erfolgt.

⁹¹⁷ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 5; KUKO ZGB KÜNZLE, Art. 554, N 13; PraxKomm Erbrecht EMMEL, Art. 554 ZGB, N 16.

⁹¹⁸ Vgl. auch vorne, Rz. 99–107: FASSBIND und HÄFELI vertreten die Auffassung, wonach de lege ferenda die Möglichkeit der Einsetzung von juristischen Personen und öffentlichen Institutionen als Beistandspersonen zu erwägen sei. Diese Idee stösst allerdings bei einem namhaften Teil der Lehre auf Widerstand.

⁹¹⁹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 28 m.w.H.

⁹²⁰ MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 1016.

⁹²¹ BSK ZGB II KARRER/VOGT/LEU, Art. 554, N 4 f. m.w.H.

dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Funktionsträgers

- 395 Die Aufgaben sowohl der Beistandsperson als auch der Erbschaftsverwalterin im Einzelnen festzulegen und zu umschreiben obliegt der jeweils zuständigen Behörde. Dabei sind der Erwachsenenschutzbehörde aufgrund des regelmässig weiter gefassten Zwecks der Beistandschaft im Unterschied zur zuständigen Behörde bei der Erbschaftsverwaltung kaum Grenzen bei der Festlegung und Umschreibung möglicher Aufgaben der Beistandsperson gesetzt.
- 396 Bei der Erbschaftsverwaltung kommen der Erbschaftsverwalterin die Kompetenzen im Zusammenhang mit der Verwaltung der Erbschaft zu, während die entsprechenden Rechte der Erben sistiert sind. Auch bei der Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 f. ZGB) und der umfassenden Beistandschaft (Art. 398 ZGB) ist der Übergang von Kompetenzen der verbeiständeten Person auf die Beistandsperson üblich.
- 397 Sowohl die Erbschaftsverwalterin als auch der Beistand haben ihre Aufgaben grundsätzlich persönlich wahrzunehmen, wobei der Beizug von Fach- und Hilfspersonen möglich bleibt und sich in diesem Fall die Haftung beider Funktionsträger nach dem Massstab von Art. 398 Abs. 3 und Art. 399 OR analog bzw. nach Art. 101 OR richtet.
- 398 Zu Beginn ihrer Tätigkeit haben die Erbschaftsverwalterin und der Beistand ein Inventar aufzunehmen. Letzteren trifft diese Pflicht freilich nur dann, wenn er Vermögenswerte der verbeiständeten Person zu verwalten hat (Art. 405 Abs. 2 ZGB).
- 399 Der Beistand erfüllt die ihm von der Erwachsenenschutzbehörde übertragenen Aufgaben im Interesse der verbeiständeten Person und nimmt dabei, soweit tunlich, auf deren Meinung Rücksicht (Art. 406 Abs. 1 ZGB). Die Statuierung dieses Grundsatzes im Gesetz ist Ausdruck der Ausrichtung der Beistandschaft auf die verbeiständete Person. Die Erbschaftsverwalterin handelt zwar ebenfalls im Interesse aller Erben, jedoch grundsätzlich unabhängig vom Willen der bekannten Erben.
- 400 Beide Funktionsträger unterstehen einer Verschwiegenheitspflicht, welche für den Beistand in Art. 413 Abs. 2 ZGB explizit festgehalten ist.
- 401 Zudem ist der Beistand gemäss Art. 410 f. ZGB gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde zu periodischer Bericht- und Rechnungserstattung verpflichtet. Auch die Erbschaftsverwalterin ist in analoger Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR der ernennenden Behörde gegenüber zu periodischer

Berichterstattung verpflichtet. Die Berichterstattung besteht dabei ebenfalls aus der Informations- und der Abrechnungspflicht.⁹²²

Beistand und Erbschaftsverwalterin sind bei Beendigung ihres Amtes gehalten, einen Schlussbericht und gegebenenfalls eine Schlussrechnung an die Erwachsenen-schutzbehörde (Art. 425 Abs. 1 ZGB) bzw. an die zuständige Behörde zu erstatten. 402

Sowohl die Beistandschaft als auch die Erbschaftsverwaltung sind entgeltlich, d.h. Beistand (Art. 404 Abs. 1 ZGB) und Erbschaftsverwalterin (Art. 402 Abs. 1 OR analog) haben Anspruch auf Entschädigung und Spesenersatz. 403 Der Anspruch des Beistands wird grundsätzlich aus dem Vermögen der verbeiständeten Person gedeckt, derjenige der Erbschaftsverwalterin belastet als Erbgangsschuld den Nachlass. Während Art. 404 Abs. 1 ZGB beim Berufsbeistand vorsieht, dass Entschädigung und Spesenersatz an den Arbeitgeber fallen, ist dies bei der Erbschaftsverwalterin, sofern sie Angestellte der öffentlichen Verwaltung ist, abhängig vom anwendbaren Personalrecht. Die Höhe der Entschädigung wird beim Beistand (Art. 404 Abs. 2 ZGB) und bei der Erbschaftsverwalterin nach Umfang und Komplexität der Aufgaben, den für die Aufgabenerfüllung relevanten beruflichen Fähigkeiten sowie der wirtschaftlichen Lage der verbeiständeten Person bzw. dem Wert des Nachlasses bemessen. Bei der Beistandschaft ist es Aufgabe der Erwachsenen-schutzbehörde, die Höhe der Entschädigung festzulegen. Bei der Erbschaftsverwaltung erfolgt die Festlegung der Entschädigung im Streitfall durch die zuständige Behörde.

ee) *Aufsicht und Verantwortlichkeit*

Der Beistand untersteht einer fortlaufenden Aufsicht durch die Erwachsenen-schutzbehörde. Diese nimmt ihre Aufsichtstätigkeit wahr, indem sie die periodischen Berichte und Rechnungen des Beistands prüft (Art. 415 ZGB) und nötigenfalls Massnahmen zur Wahrung der Interessen der verbeiständeten Person trifft, Informationen des Beistands bei Änderung der Verhältnisse entgegennimmt (Art. 414 ZGB) und bei Bedarf darauf reagiert sowie indem sie zu verschiedenen vom Beistand abzuschliessenden Geschäften unter Umständen ihre Zustimmung erteilt (Art. 416 f. ZGB) und Beschwerden gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands behandelt (Art. 419 ZGB). Handelt es sich bei der Beistandsperson um einen Berufsbeistand, so untersteht er überdies der hierarchischen Aufsicht der Organisa- 404

⁹²² BSK OR I WEBER, Art. 400, N 2 ff. und N 7 ff.

tion, bei welcher er angestellt ist. Demgegenüber untersteht die Erbschaftsverwalterin keiner fortlaufenden Überwachung durch die zuständige Behörde. Die Erbschaftsverwalterin ist in ihrer Tätigkeit grundsätzlich frei und unterliegt – vorbehaltlich einer anderen Anordnung – auch keiner Pflicht, bestimmte Handlungen der Behörde zur Genehmigung zu unterbreiten. Auch die Erbschaftsverwalterin kann indessen einer separaten hierarchischen Aufsicht einer Organisation unterstehen, der sie angehört.

- 405 Gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person und jeder, der ein rechtlich geschütztes Interesse hat, die Erwachsenenschutzbehörde anrufen (Art. 419 ZGB). Gegen die Tätigkeit der Erbschaftsverwalterin steht den an der Erbschaft Beteiligten die Möglichkeit der Beschwerde an die zuständige Behörde offen. Wie die Erwachsenenschutzbehörde Aufsichtsmaßnahmen gegen den Beistand ergreifen kann, kann auch die zuständige Behörde Aufsichtsmaßnahmen gegen die Erbschaftsverwalterin ergreifen. Diese reichen von der Abgabe unverbindlicher Empfehlungen bis hin zur Absetzung der Funktionsträger.
- 406 Unterschiedlich ausgestaltet ist die Verantwortlichkeit für Schäden, die aus Beistandschaften bzw. Erbschaftsverwaltungen resultieren. Während die Verantwortlichkeit für Schäden im Rahmen von Beistandschaften generell als primäre Kausalhaftung des Kantons gegenüber den geschädigten Personen ausgestaltet ist (Art. 454 f. ZGB), gilt bei Erbschaftsverwaltungen, die von einer natürlichen oder juristischen Person durchgeführt werden, eine vertragsähnliche persönliche Verschuldenshaftung der Erbschaftsverwalterin gegenüber den am Nachlass Beteiligten (Art. 398 f. OR analog). Wird die Erbschaftsverwaltung allerdings durch die Behörde selbst ausgeführt, kann dies ebenso zu einer Kausalhaftung des Kantons führen. Eine subsidiäre Staatshaftung ist bei der Erbschaftsverwaltung ferner denkbar, wenn der zuständigen Behörde mangelhafte Auswahl, Instruktion oder Überwachung der als Erbschaftsverwalterin eingesetzten natürlichen oder juristischen Person vorgeworfen werden kann.

c) Folgerungen

- 407 Der Vergleich des Rechtsverhältnisses des Beistands zur Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen der Erbschaftsverwalterin zur zuständigen Behörde hat gezeigt, dass diverse Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Rechtsverhältnissen vorliegen. Allerdings konnten auch deutliche Unterschiede eruiert werden. Aus der rudimentären Regelung der Erbschaftsver-

waltung im ZGB, welche massgeblich durch analoge Anwendung von Auftragsrecht ergänzt wird, lassen sich nicht offensichtliche Analogien für das ausführlicher geregelte Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde ableiten. Allfällige zur Charakterisierung dieses Verhältnisses nutzbringende Analogien sind vielmehr direkt im Auftragsrecht zu suchen, auf welches das Erwachsenenschutzrecht im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht der Beistandsperson in Art. 413 Abs. 1 ZGB explizit verweist. Die juristische Lehre erachtet darüber hinaus eine analoge Anwendung von Auftragsrecht zur Handhabung gewisser im Erwachsenenschutzrecht nicht näher geregelter Fragen als opportun.

3. Vergleich mit dem einfachen Auftrag

a) Überblick über den einfachen Auftrag

aa) *Begriff und Zweck des einfachen Auftrags*

Der einfache Auftrag, welcher oft schlicht als Auftrag bezeichnet wird, ist 408 im Bundeszivilrecht in Art. 394–406 OR geregelt. Es handelt sich um einen Arbeitsleistungsvertrag im weiteren Sinn. Mit der Übernahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR).⁹²³ Diese weit gefasste Umschreibung des Auftrags macht ihn zum allgemeinsten Rechtsverhältnis aller Arbeitsobligationen.⁹²⁴ Aufgrund seiner vielseitigen Verwendungsmöglichkeiten ist der Auftrag der Mustervertrag für die Geschäftsführung in fremdem Interesse.⁹²⁵ Art. 394 Abs. 2 OR erklärt den Auftrag sodann zum Auffangtatbestand für nicht anderweitig subsumierbare Verträge über Arbeitsleistung. Dies bedeutet allerdings nicht, dass gemischte Verträge mit Auftrags-elementen oder Arbeitsleistungsverträge *sui generis* unzulässig wären.⁹²⁶

Der Beauftragte i.S.v. Art. 394 Abs. 1 OR hat Geschäfte oder Dienste im 409 Hinblick auf ein Ziel zu erbringen, wobei grundsätzlich kein Erfolgseintritt geschuldet ist. Was der Beauftragte zur Erreichung des vom Auftraggeber anvisierten Ziels im Detail zu leisten hat, hat er als beauftragte Fachperson

⁹²³ BK OR FELLMANN, Vorb. zu Art. 394–406, N 16.

⁹²⁴ VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 18.

⁹²⁵ BK OR FELLMANN, Vorb. zu Art. 394–406, N 21.

⁹²⁶ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 10; BSK OR I WEBER, Vor Art. 394–406, N 2.

i.d.R. selbst zu bestimmen.⁹²⁷ Eine Vergütung ist dem Beauftragten gemäss Art. 394 Abs. 3 OR zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist. Geschäftsherr bleibt der Auftraggeber, weshalb dessen Weisungen vom Beauftragten grundsätzlich zu befolgen sind (Art. 397 Abs. 1 OR).⁹²⁸ Wesensmerkmale des Auftragsverhältnisses sind die Treueverpflichtung, das besondere Vertrauensverhältnis und der Persönlichkeitsbezug, welcher sich im Vertrauen in die fachlichen Fähigkeiten und charakterlichen Qualitäten des Beauftragten manifestiert. Überdies gehören die selbstständige Stellung des Beauftragten sowie eine oft vorliegende inhaltliche Unbestimmtheit zum Wesen des Auftragsverhältnisses. Der Grad an Selbstständigkeit des Beauftragten kann je nach Auftragsverhältnis unterschiedlich sein. Der einfache Auftrag setzt demnach nicht voraus, dass es sich dabei in jedem Fall um eine selbstständige Tätigkeit handelt.⁹²⁹ Der Beauftragte handelt auf fremde Rechnung und fremde Gefahr.⁹³⁰ Der Auftrag ist zwar nicht immer, aber doch oft als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet.⁹³¹ Sein Zustandekommen ist grundsätzlich nicht an eine Form gebunden.⁹³²

bb) Anwendungsbereich des einfachen Auftrags

- 410 Der einfache Auftrag hat von allen im Bundeszivilrecht geregelten Vertragsverhältnissen wohl den weitesten Anwendungsbereich. Als Recht der meisten Dienstleistungsverträge hat er weitreichende praktische Bedeutung.⁹³³ Auftragsrecht gilt namentlich für die Dienstleistungen der sog. freien Berufe⁹³⁴. Für die von diesen Berufsgruppen erbrachten Arbeitsleistungen ist der unmittelbare persönliche Einsatz geistiger Arbeitskraft in eigenverantwortlicher Stellung charakteristisch. Das Auftragsrecht spielt jedoch auch ausserhalb der freien Berufe eine wichtige Rolle, sobald der Beauftragte selbstständig arbeitet und nicht in den Betrieb des Auftraggebers eingegliedert ist.⁹³⁵ Weiter gilt Auftragsrecht regelmässig auch in Rechtsverhältnissen mit Banken. Der Auftrag ist überdies das rechtliche Grundverhältnis sowohl bei

⁹²⁷ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 94.

⁹²⁸ BSK OR I WEBER, Art. 394, N 1 f.

⁹²⁹ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 96.

⁹³⁰ BSK OR I WEBER, Art. 394, N 3.

⁹³¹ BSK OR I WEBER, Art. 394, N 4.

⁹³² HONSELL, OR BT, S. 335.

⁹³³ HONSELL, OR BT, S. 336.

⁹³⁴ Z.B. Rechtsanwalt, Steuerberater, Arzt, Dozent usw.

⁹³⁵ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 26 f.

der direkten als auch bei der indirekten Stellvertretung. Zumindest analog gilt Auftragsrecht auch für die meist auf längere Dauer angelegte Treuhand^{936, 937}

cc) *Person sowie Rechte und Pflichten des Beauftragten*

Sowohl natürliche als auch juristische Personen können Beauftragte sein.⁹³⁸ 411
Der Beauftragte ist verpflichtet, den Auftrag vertragsgemäss auszuführen (Art. 394 Abs. 1 OR). Geschuldet ist demnach eine Tätigkeit, wobei der Beauftragte grundsätzlich an Weisungen des Auftraggebers gebunden ist (Art. 397 Abs. 1 OR). Der Beauftragte und auch der Auftraggeber können den Auftrag jederzeit widerrufen oder kündigen (Art. 404 Abs. 1 OR). Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung (Art. 398 Abs. 2 OR). Zur Treuepflicht gehören unter anderem die vertragsgemässe Verwendung und sorgfältige Verwahrung der zur Durchführung des Auftrags überlassenen Gegenstände oder Mittel sowie überhaupt die umfassende Wahrung der Interessen des Auftraggebers. Überdies hat die beauftragte Person eine Geheimhaltungspflicht im Hinblick auf Wissen, das ihr im Rahmen des Auftragsverhältnisses anvertraut wird.

Der Auftrag kann entgeltlich oder unentgeltlich sein. Der Auftraggeber hat 412
der beauftragten Person eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Üblich ist die Entgeltlichkeit, wenn die Geschäftsbesorgung oder Dienstleistung berufsmässig erfolgt.⁹³⁹ Hat die beauftragte Person den Auftrag unsorgfältig ausgeführt, so schuldet der Auftraggeber ihr keine (volle) Vergütung. Obwohl nicht explizit im Auftragsrecht vorgesehen, ist in entsprechenden Fällen die Vergütung zu mindern.⁹⁴⁰ Mehrere Auftraggeber haften der beauftragten Person solidarisch (Art. 403 Abs. 1 OR).

⁹³⁶ Obwohl die Treuhand von der juristischen Lehre meist als besonderer Vertragstypus qualifiziert wird, besteht Einigkeit darüber, dass Auftragsrecht zumindest teilweise anwendbar ist; vgl. für weitere Ausführungen z.B. BSK OR I WEBER, Art. 394, N 11 ff. m.w.H.

⁹³⁷ HONSELL, OR BT, S. 335.

⁹³⁸ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 29; BSK OR I WEBER, Art. 394, N 4.

⁹³⁹ BGE 82 IV 145, E. 2a; BK OR FELLMANN, Art. 394, N 380 m.w.H.; HONSELL, OR BT, S. 359.

⁹⁴⁰ BGE 124 III 423, E. 3; BK OR FELLMANN, Art. 394, N 496 ff. m.w.H.; BSK OR I WEBER, Art. 394, N 43 m.w.H.; HONSELL, OR BT, S. 360.

- 413 Die beauftragte Person hat Anspruch auf Ersatz der Auslagen und Verwendungen, die sie in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat. Überdies hat der Auftraggeber sie von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien (Art. 402 Abs. 1 OR). Schäden, welche die beauftragte Person in Ausführung des Auftrags erlitten hat, hat der Auftraggeber ihr zu ersetzen, soweit ihm nicht die Exkulpation gelingt (Art. 402 Abs. 2 OR). Für vom Auftraggeber unverschuldete Schäden kann die beauftragte Person grundsätzlich keinen Ersatz verlangen. Allerdings wurde von der Rechtsprechung beim unentgeltlichen Auftrag ein Schadenersatzanspruch der beauftragten Person in analoger Anwendung von Art. 422 Abs. 1 OR bejaht, sofern ein funktioneller Zusammenhang zwischen Schaden und Auftrag besteht, wenn der Schaden also in Ausführung des Auftrags und nicht bloss bei Gelegenheit eingetreten ist.⁹⁴¹
- 414 Die beauftragte Person hat auf Verlangen des Auftraggebers jederzeit Rechnung abzulegen und über den Verlauf der Geschäftsbesorgung zu informieren.⁹⁴² Sie hat herauszugeben, was sie zur Durchführung oder in Ausführung des Auftrags vom Auftraggeber oder von Dritten erlangt hat (Art. 400 Abs. 1 OR).⁹⁴³
- 415 Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann sowohl die beauftragte Person als auch der Auftraggeber das Auftragsverhältnis jederzeit ohne Vorliegen wichtiger Gründe und ohne Einhaltung einer Frist auflösen. Die Rechtsprechung misst dieser Vorschrift zwingenden Charakter bei, weshalb sie vertraglich weder wegbedungen noch eingeschränkt werden darf.⁹⁴⁴ Das Bundesgericht hat überdies festgehalten, dass das jederzeitige Beendigungsrecht sowohl für reine Auftragsverhältnisse als auch für gemischte Verträge gilt, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechts als sachgerecht erscheinen.⁹⁴⁵ Begründet wird die jederzeitige Auflösbarkeit des Auftragsverhältnisses mit dem ihm regelmässig zugrundeliegenden besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und beauftragter Person, bei dessen Zerstörung es keinen Sinn habe, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen.⁹⁴⁶ Der Widerruf bzw. die Kündigung

⁹⁴¹ HONSELL, OR BT, S. 359 m.V. auf BGE 61 II 95, E. 3 und BGE 129 III 181, E. 4.

⁹⁴² BSK OR I WEBER, Art. 400, N 2 ff. und N 7 f.

⁹⁴³ BSK OR I WEBER, Art. 400, N 10 ff.

⁹⁴⁴ Vgl. z.B. BGer 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 1.3 und E. 2.2 f.

⁹⁴⁵ BGE 115 II 464, E. 2a.

⁹⁴⁶ BGE 104 II 108, E. 4.

des Auftrags wirkt ex nunc. Die beauftragte Person hat demnach Anspruch auf Vergütung der bereits geleisteten Arbeit, während ihr Honoraranspruch für die Zeit nach dem Widerruf bzw. der Kündigung entfällt.⁹⁴⁷ Weite Teile der Lehre kritisieren die bundesgerichtliche Auslegung und Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR seit geraumer Zeit.⁹⁴⁸ Die Bestimmung sei auf den unentgeltlichen Auftrag zugeschnitten. Sie passe jedoch nicht mehr zur mittlerweile erfolgten Kommerzialisierung von Dienstleistungen, die unter das Auftragsrecht fallen oder als gemischte Verträge zu qualifizieren seien. Der Grundsatz «pacta sunt servanda» müsse auch im Auftragsrecht im Sinne gegenseitigen Vertrauens gelten und verbiete eine sofortige und bedingungslose Kündigung eines Auftragsverhältnisses ohne Beachtung des Honorarinteresses der beauftragten Person. Im Obligationenrecht gelte überdies das Prinzip der Vertragsfreiheit, weshalb sämtliche Vorschriften, soweit nicht der *ordre public* zur Diskussion stehe, dispositiver Natur seien.⁹⁴⁹ Auch auf politischer Ebene wurde Art. 404 OR in jüngerer Zeit diskutiert, nachdem im Anschluss an die von Nationalrat Luc Barthassat am 29. September 2011 eingereichte Motion 11.3909 der Bundesrat beauftragt wurde, die entsprechende Bestimmung im OR so zu ändern, dass es den Vertragsparteien möglich sei, ein dauerhaftes Auftragsverhältnis einzugehen. Gemäss Änderungsvorschlag sollten die Vertragsparteien beim Auftrag einvernehmlich auf das jederzeitige Beendigungsrecht verzichten oder dieses einschränken können.⁹⁵⁰ Im Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf über die Anpassung von Art. 404 OR, welches vom 16. September 2016 bis 31. Dezember 2016 stattgefunden hat, wurde die Notwendigkeit einer Revision der Bestimmung allerdings von verschiedener Seite in Frage gestellt. Die in der juristischen Lehre verbreitete Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts fand bei den Interessengruppen, die sich im Vernehmlassungsverfahren geäußert haben, keine grosse Unterstützung. Von Gewerkschaften und Konsumentenschutzorganisationen wurde der Vorentwurf kritisiert. Das jederzeitige Auflösungsrecht bei Auftragsverhältnissen trage häufig zur Stärkung der schwächeren Vertragspartei bei und sei des-

⁹⁴⁷ HONSELL, OR BT, S. 362 f.

⁹⁴⁸ Vgl. für weitere Ausführungen und Nachweise z.B. HONSELL, OR BT, S. 361 f.

⁹⁴⁹ HONSELL, OR BT, S. 362 m.w.H.

⁹⁵⁰ Vgl. Medienmitteilung des EJPD vom 16. September 2016, zu finden unter <<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/aktuell/news/2016/2016-09-160.html>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

halb bis auf Weiteres zu bewahren.⁹⁵¹ Mit einer Abschaffung des jederzeitigen Auflösungsrechts würde insbesondere auch die Möglichkeit einhergehen, arbeitsvertragsähnliche Dauerrechtsverhältnisse zu schaffen, welche nicht den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften unterstellt wären. Ferner hat das Vernehmlassungsverfahren gezeigt, dass sich hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung einer künftigen Regelung grosse Schwierigkeiten bei der Findung einer mehrheitsfähigen Lösung ergeben dürften. Da die geltende Rechtslage mit der zwingenden jederzeitigen Lösungsmöglichkeit von Auftragsverhältnissen nicht auf der Gesetzeslage, sondern vielmehr auf der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts beruhe, liege es auch an diesem, zu gegebener Zeit allfällige notwendige Differenzierungen vorzunehmen. Aus diesen Gründen solle der Gesetzgeber auf eine Neuregelung von Art. 404 OR verzichten. In seinem Bericht vom 25. Oktober 2017 hat der Bundesrat dem Parlament entsprechend die Abschreibung der Motion 11.3909 beantragt.⁹⁵²

- 416 Art. 404 Abs. 2 OR sieht vor, dass die beim Auftrag zur Unzeit zurücktretende Vertragspartei zum Ersatz des der anderen Partei verursachten Schadens verpflichtet ist. Eine Auflösung zur Unzeit liegt vor, wenn die zurücktretende Partei ohne Grund, d.h. in einem ungünstigen Moment ohne sachliche Rechtfertigung der anderen Partei besondere Nachteile verursacht.⁹⁵³ Dagegen liegt keine Beendigung zur Unzeit vor, wenn die beauftragte Person dem Auftraggeber begründeten Anlass zur Auftragsauflösung gegeben hat.⁹⁵⁴ Allfällige Schadenersatzansprüche setzen demnach voraus, dass die betroffene Partei nicht selber vertragliche Pflichten verletzt oder einen sachlich vertretbaren Grund zur Auftragsauflösung gegeben hat.⁹⁵⁵ Art. 404 Abs. 2 OR gibt dabei grundsätzlich keinen Anspruch auf Ersatz des positiven, sondern lediglich des negativen Vertragsinteresses. Dazu gehören die Kosten des Vertragsabschlusses, die infolge der Auflösung unnütz gewordenen Dispositionen und – als Aspekt des positiven Vertragsinteresses – der entgangene Gewinn, sofern die beauftragte Person andere entgeltliche Aufträge nachweislich abgelehnt hat und eine Wettmachung durch neue

⁹⁵¹ Vgl. für weitere kritische Ausführungen zum Vorentwurf über eine Änderung von Art. 404 OR z.B. RUSCH/MAISSEN, AJP 2017.

⁹⁵² Vgl. BBl 2017, S. 7431 ff.

⁹⁵³ BGer 4A_36/2013 vom 4. Juni 2013, E. 2.5; BGE 110 II 380, E. 3b; BGE 106 II 157, E. 2c.

⁹⁵⁴ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, N 1970.

⁹⁵⁵ BSK OR I WEBER, Art. 404, N 16 m.w.H.

Aufträge nicht möglich ist.⁹⁵⁶ Der entgangene Gewinn widerspiegelt sich demnach in der mangelnden Kompensationsmöglichkeit.⁹⁵⁷ Zu ersetzen ist alles, was die andere Vertragspartei gehabt hätte, wenn der Widerruf bzw. die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgt wäre.⁹⁵⁸

Gemäss Art. 405 Abs. 1 OR erlischt der Auftrag, sofern nicht das Gegenteil 417 vereinbart ist oder aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, mit dem Verlust der entsprechenden Handlungsfähigkeit, dem Konkurs, dem Tod oder der Verschollenerklärung des Auftraggebers oder der beauftragten Person. Falls jedoch das Erlöschen des Auftrags die Interessen des Auftraggebers gefährdet, ist die beauftragte Person, ihr Erbe oder ihr Vertreter verpflichtet, für die Fortführung des Geschäfts zu sorgen, bis der Auftraggeber, sein Erbe oder sein Vertreter in der Lage ist, es selbst zu tun (Art. 405 Abs. 2 OR). Die Vermutung des Erlöschens in Art. 405 Abs. 1 OR hat eine Parallele im Stellvertretungsrecht in Art. 35 Abs. 1 OR. Auch eine Vollmacht erlischt im Zweifelsfall mit dem Tod des Vollmachtgebers oder des Bevollmächtigten.⁹⁵⁹ Art. 397a OR enthält eine Meldepflicht der beauftragten Person an die Erwachsenenschutzbehörde, wenn der Auftraggeber voraussichtlich dauernd urteilsunfähig wird und eine Meldung zur Interessenwahrung angezeigt erscheint. Geschäfte, welche die beauftragte Person tätigt, bevor sie vom Erlöschen des Auftrags Kenntnis erhält, verpflichten den Auftraggeber bzw. dessen Erben, wie wenn der Auftrag noch bestanden hätte (Art. 406 OR).

dd) Verantwortlichkeit

Im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht der beauftragten Person verweist 418 Art. 398 Abs. 1 OR auf den Sorgfaltsmassstab, der für Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis gilt (Art. 321e OR). Erfasst werden von Art. 321e OR Absicht sowie jegliche Art von Fahrlässigkeit.⁹⁶⁰ Gegebenenfalls kommt jedoch eine Haftungsmilderung in Betracht, da sich gemäss Art. 321e Abs. 2 OR das erwartete Mass der Sorgfalt nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen, bestimmt. Diese Pauschalverweisung von Art. 398 Abs. 1 OR

⁹⁵⁶ Vgl. z.B. BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.6.1.

⁹⁵⁷ BSK OR I WEBER, Art. 404, N 17 m.w.H.

⁹⁵⁸ BK OR FELLMANN, Art. 404, N 70.

⁹⁵⁹ HONSELL, OR BT, S. 364.

⁹⁶⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 2.

auf das Arbeitsrecht wird in der auftragsrechtlichen Literatur als in zweifacher Hinsicht problematisch kritisiert. Erstens reflektiere sie das Erfordernis unterschiedlicher Haftungsmassstäbe für entgeltliche und unentgeltliche Tätigkeit nicht. Insoweit ist allerdings Art. 99 Abs. 2 OR zu beachten, der eine Haftungsmilderung bei unentgeltlicher Tätigkeit statuiert. Allerdings ist die Haftungsmilderung gemäss herrschender Lehre nicht mittels Anpassung des Sorgfaltsmassstabs, sondern durch eine allfällige Reduktion bei der Schadenersatzbemessung zu realisieren.⁹⁶¹ Zweitens lasse die Verweisung die Unterschiede zwischen abhängiger und unabhängiger Arbeit ausser Acht. So ist die Weisungsintensität beim Arbeitsvertrag regelmässig weitaus grösser als beim Auftrag. An die Sorgfalt des Beauftragten würden im Allgemeinen höhere Anforderungen gestellt als an diejenige des Arbeitnehmers. Der Beauftragte habe stets für die Sorgfalt einzustehen, die der übernommene Auftrag erfordert. Verfüge er nicht über die zur Einhaltung dieser Sorgfalt notwendigen Fähigkeiten, so liege bereits in der Übernahme des entsprechenden Auftrags ein Verschulden (sog. Übernahmeverschulden).⁹⁶²

- 419 Gemäss Art. 398 Abs. 3 OR hat der Beauftragte das ihm übertragene Geschäft grundsätzlich persönlich zu besorgen. Sofern die Übertragung an einen Dritten nach dem Vertrag zulässig ist oder der Beauftragte aufgrund der Umstände dazu genötigt ist oder eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird (Art. 398 Abs. 3 OR), haftet er gemäss Art. 399 Abs. 2 OR nur für die sorgfältige Auswahl und Instruktion des Dritten. Diese sog. Substitution ist vom Beizug von Hilfspersonen zu unterscheiden.⁹⁶³ Bei der Substitution überträgt die beauftragte Person das Geschäft ganz oder teilweise einer (fachlich geeigneten) Drittperson und wird selbst insofern nicht mehr tätig. Die Substitution liegt dabei regelmässig im Interesse des Auftraggebers, da auf diese Weise fachlich spezialisierte Drittpersonen zur Erledigung des Auftrags beigezogen werden. Hingegen zieht die beauftragte Person Hilfspersonen im eigenen Interesse und oftmals zwecks Arbeitsteilung für einzelne Tätigkeiten bei. In diesem Fall entfällt allerdings das Haftungsprivileg aus Art. 399 Abs. 2 OR und der Beauftragte haftet nach Art. 101 Abs. 1 OR.⁹⁶⁴ Überträgt die beauftragte Person das Geschäft ohne

⁹⁶¹ BK OR FELLMANN, Art. 398, N 497 m.w.H.; CHK OR GEHRER CORDEY/GIGER, Art. 398, N 13 m.w.H.

⁹⁶² HONSELL, OR BT, S. 350.

⁹⁶³ Vgl. auch die Ausführungen zur persönlichen Wahrnehmung der Aufgaben durch den Beistand vorne, Rz. 132–136.

⁹⁶⁴ HONSELL, OR BT, S. 348 f. m.V. auf BGE 112 II 347, E. 2.

Befugnis auf einen Dritten, haftet sie dem Auftraggeber für das Verschulden des Dritten wie für eigenes (Art. 399 Abs. 1 OR).⁹⁶⁵ Haben mehrere Personen einen Auftrag gemeinschaftlich übernommen, so haften sie solidarisch (Art. 403 Abs. 2 OR). Dies gilt zumindest im Hinblick auf die Erbringung der Hauptleistung des Auftragsverhältnisses, welche von jedem Solidarschuldner als Ganzes gefordert werden kann. Streitig ist hingegen, ob sich die Solidarität auch auf das Verschulden einer mitbeauftragten Person erstreckt. Die überwiegende Lehre verneint Solidarität in diesem Zusammenhang mit dem Hinweis auf Art. 146 OR, wonach vorbehaltlich einer anderslautenden Abrede ein Solidarschuldner durch seine persönliche Handlung die Lage der anderen nicht erschweren kann.⁹⁶⁶

b) Vergleichende Betrachtung

aa) Vorbemerkungen

Über die explizite Verweisung des Erwachsenenschutzrechts in Art. 413 Abs. 1 ZGB auf das Auftragsrecht hinaus sind Ähnlichkeiten der zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde sowie zwischen Beauftragtem und Auftraggeberin vorliegenden Rechtsverhältnisse unschwer auszumachen. Ohnehin gilt der Auftrag als der Mustervertrag für die Geschäftsführung in fremdem Interesse und dient gemäss Art. 394 Abs. 2 OR als Auf-
fangtatbestand für nicht anderweitig subsumierbare Verträge über Arbeitsleistung. Die erwachsenenschutzrechtliche Literatur verweist auch deshalb zur Handhabung gewisser im Erwachsenenschutzrecht nicht näher geregelter Fragen zuweilen auf das Auftragsrecht. Obschon die analoge Anwendung von Auftragsrecht im Erwachsenenschutzrecht mitunter adäquat ist, fallen beim Vergleich der Verhältnisse zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde sowie zwischen Beauftragtem und Auftraggeberin auch deutliche Unterschiede auf, welche eine analoge Anwendung von Auftragsrecht nicht in jedem Fall erlauben.

bb) Zweck, Anwendungsbereich und Dauer

Der mit einem Auftragsverhältnis verfolgte Zweck ist von Gesetzes wegen sehr offen, d.h. er ist von den Vertragsparteien zu definieren. Der Zweck einer Beistandschaft ist hingegen im Grundsatz vom Gesetzgeber definiert

⁹⁶⁵ HONSELL, OR BT, S. 349.

⁹⁶⁶ BSK OR I WEBER, Art. 403, N 6 m.w.H.

(Art. 388, Art. 393–398 und Art. 406 Abs. 2 ZGB)⁹⁶⁷ und von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig vom Schwächezustand bzw. den Bedürfnissen der verbeiständeten Person mittels Umschreibung der konkreten Aufgabenbereiche des Beistands zu präzisieren (Art. 391 Abs. 1 ZGB).⁹⁶⁸

- 422 Der Auftrag ist als Arbeitsleistungsvertrag i.w.S. das allgemeinste Rechtsverhältnis aller Arbeitsobligationen.⁹⁶⁹ Das Erwachsenenschutzrecht regelt mit der Beistandschaft eine spezifische (wenn auch unter Umständen umfassende) Art der Geschäftsführung in fremdem Interesse. Ein augenscheinlicher Unterschied ist dabei, dass der Auftrag tatsächlich in unterschiedlichsten Lebensbereichen für unterschiedlichste Arbeitsleistungen sozusagen universell als rechtliche Grundform der entsprechenden Verträge dienen kann, während die Beistandschaft nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 390 ZGB)⁹⁷⁰ und in bestimmten Ausprägungen (Art. 393–398 ZGB)⁹⁷¹ zur Anwendung gelangt.
- 423 Das Auftragsrecht spielt überdies auch ausserhalb seines typischen Anwendungsbereichs der freien Berufe eine Rolle, sobald der Beauftragte zu einem gewissen Grad selbstständig arbeitet und nicht in den Betrieb der Auftraggeberin eingegliedert ist. Die Tätigkeit des Beistands ist ebenfalls durch eine weitgehend selbstständige Arbeitsweise geprägt. Zudem ist auch die Beistandsperson grundsätzlich nicht in den Betrieb der auftraggebenden Erwachsenenschutzbehörde eingegliedert, wobei die Nähe der Zusammenarbeit von Behörden und Berufsbeistandschaften bzw. Sozialdiensten, bei welchen die Berufsbeistände angestellt sind, je nach Ausgestaltung in den Kantonen unterschiedlich sein mag.
- 424 Der Auftrag ist zwar nicht immer, aber doch oft als Dauerschuldverhältnis ausgestaltet.⁹⁷² Sowohl die Beistandschaft als auch das Beistandsamt sind meist ebenfalls von gewisser Dauer. Ihr Beendigungszeitpunkt ist trotz der Ziele der Milderung des Schwächezustands und der Förderung der Selbstständigkeit der verbeiständeten Person oft nicht oder nur schwer voraussehbar. Dabei ist nicht ausgeschlossen, sondern insbesondere im Erwachsenenschutz häufig, dass die für eine ältere Person errichtete Massnahme bis

⁹⁶⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 23, 42, 126 und 172–201.

⁹⁶⁸ Vgl. vorne, Rz. 126 und 169.

⁹⁶⁹ VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 18.

⁹⁷⁰ Vgl. vorne, Rz. 165–168.

⁹⁷¹ Vgl. vorne, Rz. 172–201.

⁹⁷² BSK OR I WEBER, Art. 394, N 4.

an deren Lebensende bestehen bleibt. Die Errichtung einer Beistandschaft zur Erfüllung einer konkreten Aufgabe innerhalb eines kurzen Zeitraums ist zwar möglich, jedoch nicht der Regelfall.

cc) *Rechtliche Natur, Person und Stellung des Funktionsträgers*

Die Regelung sowohl des Auftrags als auch der Beistandschaft wurde vom Gesetzgeber ins Bundeszivilrecht integriert. Seiner vertraglichen Natur entsprechend kommt der Auftrag im Allgemeinen durch übereinstimmende gegenseitige Willenserklärungen zustande (Art. 1 Abs. 1 OR).⁹⁷³ Eine besondere Form sieht das Gesetz nicht vor.⁹⁷⁴ Das Rechtsverhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde kommt hingegen durch Ernennung einer natürlichen Person durch die zuständige Behörde mittels Verfügung zustande, wobei es sich bei der natürlichen Person und der ernennenden Behörde nicht um gleichgeordnete Rechtssubjekte handelt. Der hoheitliche Charakter der Tätigkeit der Erwachsenenschutzbehörde zeigt sich beispielsweise in dem mit der Errichtung einer Beistandschaft verbundenen Eingriff in die Rechtsstellung der verbeiständeten Person⁹⁷⁵ sowie darin, dass der Beistand mit der Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben auch zur Erfüllung öffentlicher Interessen beiträgt.⁹⁷⁶ Die Beendigung des Auftragsverhältnisses ist im Grundsatz der Parteidisposition anheimgestellt (Art. 404 OR). In bestimmten Fällen erlischt es jedoch von Gesetzes wegen (Art. 405 Abs. 1 OR). Erlischt das Auftragsverhältnis von Gesetzes wegen mit dem Tod des Auftraggebers und werden dadurch seine Interessen gefährdet, so ist der Beauftragte, sein Erbe oder sein Vertreter verpflichtet, für die Fortführung des Geschäfts zu sorgen, bis der Erbe des Auftraggebers oder sein Vertreter in der Lage ist, es selbst zu tun (Art. 405 Abs. 2 OR). Im Erwachsenenschutzrecht besteht keine ähnliche Regel und es kommt in entsprechenden Situationen auch kein Auftragsrecht analog zur Anwendung.⁹⁷⁷ Vielmehr endet die Beistandschaft von Gesetzes wegen mit dem Tod der verbeiständeten Person (Art. 399 Abs. 1 ZGB). Abgesehen vom Ende der Beistandschaft (Art. 399 Abs. 1 ZGB) und vom Ende des Amtes des Beistands von Gesetzes wegen (Art. 421 ZGB), endet das Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde durch behördliche

⁹⁷³ BK OR FELLMANN, Art. 395, N 16.

⁹⁷⁴ HONSELL, OR BT, S. 335.

⁹⁷⁵ Vgl. vorne, Rz. 38, 42 und 46–54.

⁹⁷⁶ Vgl. vorne, Rz. 22–24, 36 und 48.

⁹⁷⁷ Vgl. vorne, Rz. 221.

Verfügung (Art. 422 f. ZGB). Eine Pflicht zur Weiterführung nicht aufschiebbarer Geschäfte bis zur Amtsübernahme durch den Nachfolger besteht im Erwachsenenschutzrecht grundsätzlich nur beim Ende des Amtes des Privatbeistands, sofern die Erwachsenenschutzbehörde nichts anderes anordnet (Art. 424 ZGB).⁹⁷⁸

- 426 De lege lata können ausschliesslich natürliche Personen als Beistand oder Beistandin ernannt werden (Art. 400 Abs. 1 ZGB).⁹⁷⁹ Beim Auftrag können demgegenüber sowohl natürliche als auch juristische Personen Beauftragte sein.⁹⁸⁰

dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Funktionsträgers

- 427 Die beauftragte Person nimmt diejenigen Aufgaben wahr, welche ihr vom Auftraggeber übertragen werden (Art. 394 Abs. 1 OR). Es liegt demnach an den Vertragsparteien, sich über die im Rahmen des Auftrags zu erbringende Arbeitsleistung zu verständigen. Bei der Beistandschaft bestimmt die Erwachsenenschutzbehörde die Aufgabenbereiche sowie allenfalls die konkreten Aufgaben, welche von der Beistandsperson wahrzunehmen sind (Art. 391 Abs. 1 ZGB). Die Übertragung der Aufgaben erfolgt nicht wie beim Auftrag im Rahmen eines Vertragsabschlusses, sondern durch Errichtung der Beistandschaft und Einsetzung der Beistandsperson mittels behördlicher Verfügung.
- 428 Sowohl die beauftragte Person (Art. 398 Abs. 3 OR) als auch die Beistandsperson (Art. 400 Abs. 1 ZGB) haben ihre Aufgaben grundsätzlich persönlich wahrzunehmen. Das Auftragsrecht enthält in Art. 398 f. OR eine Regelung, inwieweit die beauftragte Person zur Erfüllung der Aufgaben Substituten beiziehen darf und welche Haftung sie in den entsprechenden Konstellationen trifft.⁹⁸¹ Für Hilfspersonen haftet die beauftragte Person gemäss Art. 101 OR. Die erwachsenenschutzrechtliche Literatur verweist hinsichtlich der Übertragung der Beistandsaufgaben auf Substituten bzw. Hilfspersonen auf die Regelung im Auftragsrecht sowie ebenfalls auf die Bestimmungen

⁹⁷⁸ Vgl. vorne, Rz. 237–242.

⁹⁷⁹ In der erwachsenenschutzrechtlichen Literatur wird teilweise postuliert, dass de lege ferenda bei Beistandschaften auch die Einsetzung juristischer Personen als Mandatsträger ermöglicht werden soll. Dieser Auffassung wird vorliegend allerdings nicht gefolgt. Vgl. dazu vorne, Rz. 99–107.

⁹⁸⁰ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 29; BSK OR I WEBER, Art. 394, N 4.

⁹⁸¹ Vgl. vorne, Rz. 419.

des allgemeinen Teils des Obligationenrechts (insb. Art. 68 und Art. 101 OR).⁹⁸²

Beim Auftrag bleibt der Auftraggeber Geschäftsherr. Seine Weisungen sind von der beauftragten Person grundsätzlich zu beachten (Art. 397 Abs. 1 OR).⁹⁸³ Im Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde kommen letzterer Aufsichts- und Weisungsbefugnisse zu.⁹⁸⁴ Die Beistandsperson hat sowohl Weisungen allgemeiner Art als auch im Einzelfall zu beachten, soweit die Erwachsenenschutzbehörde solche erlässt. Im Zusammenhang mit der Weisungsgebundenheit der beiden Funktionsträger kann allerdings von Bedeutung sein, dass beim Auftrag sowohl die beauftragte Person als auch der Auftraggeber das Rechtsverhältnis grundsätzlich jederzeit widerrufen oder kündigen können (Art. 404 Abs. 1 OR).⁹⁸⁵ Der Auftraggeber kann folglich die Einhaltung seiner Weisungen nicht gegen den Willen der beauftragten Person durchsetzen. Vielmehr steht es der beauftragten Person frei, bei Uneinigkeit mit dem Auftraggeber das Mandat niederzulegen.⁹⁸⁶ Die Beistandsperson bleibt demgegenüber an die Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde gebunden und kann ihr Amt nicht jederzeit einseitig niederlegen. Die Ernennung zum Beistand erfolgt vielmehr auf unbestimmte oder bestimmte Zeit, wobei ein Anspruch auf Entlassung des Beistands auf sein Begehren grundsätzlich erst nach vier Jahren Amtsdauer besteht (Art. 422 Abs. 1 ZGB).⁹⁸⁷ Vorher kann die Beistandsperson höchstens die Entlassung aus wichtigen Gründen verlangen (Art. 422 Abs. 2 ZGB), wobei die Beurteilung der wichtigen Gründe im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde liegt.⁹⁸⁸ Ferner ist eine Entlassung der Beistandsperson durch die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag der verbeiständeten oder einer ihr nahestehenden Person möglich, wenn die Eignung der Beistandsperson für die Aufgaben nicht mehr besteht

⁹⁸² Vgl. vorne, Rz. 132–136.

⁹⁸³ Vgl. vorne, Rz. 409.

⁹⁸⁴ Vgl. vorne, Rz. 112, 147, 275, 279 und 304.

⁹⁸⁵ Wobei eine Beendigung zur Unzeit dazu führen kann, dass die zurücktretende Vertragspartei zum Ersatz des der anderen Partei verursachten Schadens verpflichtet wird (Art. 404 Abs. 2 OR). Vgl. vorne, Rz. 415 f.

⁹⁸⁶ Vgl. vorne, Rz. 411 und 415 f.

⁹⁸⁷ Vgl. vorne, Rz. 232.

⁹⁸⁸ Vgl. vorne, Rz. 233. Den Berufsbeiständen stünde überdies die Möglichkeit der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zur Verfügung, weil damit auch ihr Amt als Beistand von Gesetzes wegen enden würde (Art. 421 Ziff. 3 ZGB).

oder ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vorliegt (Art. 423 ZGB).⁹⁸⁹ Die Beurteilung der Gründe, die zu einer Entlassung aus dem Amt führen, hat sich jedoch an den Interessen und Bedürfnissen der verbeiständeten Person und nicht an denjenigen der Beistandsperson zu orientieren. Ob eine Entlassung angezeigt erscheint, liegt wiederum im Ermessen der Erwachsenenschutzbehörde. Es bleibt demnach festzuhalten, dass die Beistandsperson im Unterschied zur beauftragten Person nicht ohne Weiteres die Möglichkeit hat, ihre Tätigkeit niederzulegen. Der Erwachsenenschutzbehörde stehen zur Durchsetzung ihrer Weisungen gegenüber der Beistandsperson zudem Zwangsmittel zur Verfügung (Art. 450f f. ZGB).⁹⁹⁰

- 430 Die beauftragte Person wählt bei der Wahrnehmung des Auftrags ihre Vorgehensweise im Einzelnen i.d.R. selbst. Sie schuldet dem Auftraggeber dabei nicht den Eintritt eines Erfolgs, sondern lediglich ein auf das Ziel gerichtetes sorgfältiges Tätigwerden.⁹⁹¹ Auch die Beistandsperson wählt ihr Vorgehen im Rahmen der Beistandschaft sowie der von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche grundsätzlich selbst.⁹⁹² Die Tätigkeit der Beistandsperson hat ebenso auf ein Ziel gerichtet zu sein, wobei regelmässig nicht das Eintreten eines genau bestimmten Erfolgs erwartet werden kann.⁹⁹³
- 431 Die beauftragte Person hat auf Verlangen des Auftraggebers jederzeit Rechnung abzulegen und über den Verlauf der Geschäftsbesorgung zu informieren (Art. 400 Abs. 1 OR).⁹⁹⁴ Bei der Beistandschaft legt grundsätzlich die Erwachsenenschutzbehörde fest, in welchen Zeitabständen ihr die Beistandsperson Bericht und Rechnung zu erstatten hat. Von Gesetzes wegen hat dies mindestens alle zwei Jahre zu erfolgen. Die verbeiständete

⁹⁸⁹ Vgl. vorne, Rz. 234–236.

⁹⁹⁰ Abhängig vom kantonalen Recht oder der Anwendbarkeit der ZPO (Art. 343 Abs. 1 Bst. b und c ZPO) kann die Erwachsenenschutzbehörde eine Ordnungsbusse, eine Strafe wegen Ungehorsams gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB) oder die Prüfung der Entlassung der Beistandsperson (Art. 423 Abs. 1 ZGB) als repressive Zwangsmittel einsetzen. Das kantonale Recht sieht teilweise weitere Massnahmen wie z.B. die formelle Vorladung vor die Erwachsenenschutzbehörde vor (vgl. z.B. BSK ZGB I VOGEL Art. 415, N 17; OFK ZGB FASSBIND, Art. 415, N 4).

⁹⁹¹ Vgl. vorne, Rz. 409.

⁹⁹² Vgl. vorne, Rz. 147 und 169–171.

⁹⁹³ Vgl. vorne, Rz. 50, 126 und 286–289.

⁹⁹⁴ BSK OR I WEBER, Art. 400, N 2 ff. und N 7 f.

Person ist, soweit möglich und sinnvoll, bei der Berichterstellung einzubeziehen und über die Rechnungsablage zu orientieren (Art. 410 f. ZGB).

Anspruch auf eine Vergütung hat die beauftragte Person, wenn dies verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Der Auftrag kann demnach entgeltlich oder unentgeltlich sein.⁹⁹⁵ Die Höhe eines allfälligen Honorars der beauftragten Person wird regelmässig unter den Vertragsparteien vereinbart.⁹⁹⁶ Auslagen und Verwendungen, welche die beauftragte Person in richtiger Ausführung des Auftrags gemacht hat, hat der Auftraggeber ihr zu ersetzen (Art. 402 Abs. 1 OR).⁹⁹⁷ Die Beistandsperson hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und auf Ersatz der notwendigen Spesen. Grundsätzlich werden Entschädigung und Spesenersatz aus dem Vermögen der verbeiständeten Person bezahlt (Art. 404 Abs. 1 ZGB). Die Festlegung der Höhe der Entschädigung erfolgt durch die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 404 Abs. 2 ZGB) im Rahmen der geltenden kantonalen Entschädigungsregelung (Art. 404 Abs. 3 ZGB).⁹⁹⁸ 432

ee) *Aufsicht und Verantwortlichkeit*

Die obligationenrechtliche Regelung des einfachen Auftrags (Art. 394–406 OR) enthält keine Bestimmungen über eine behördliche Aufsicht über die Tätigkeit der beauftragten Person. Vielmehr ist die beauftragte Person in ihrer Tätigkeit grundsätzlich frei und untersteht im Unterschied zur Beistandsperson⁹⁹⁹ nicht der Aufsicht einer Behörde. Denkbar ist jedoch, dass sie einer hierarchischen Aufsicht einer Organisation untersteht, der sie angehört. Ferner kann die beauftragte Person je nach Tätigkeitsbereich spezifischen Vorschriften über die Ausübung der jeweiligen Tätigkeit oder auch Standesregeln unterstehen. 433

Die beauftragte Person haftet gemäss Art. 398 Abs. 1 OR für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Sie haftet dem Auftraggeber primär persönlich für die getreue und sorgfältige Ausführung des ihr übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR).¹⁰⁰⁰ Es handelt sich dabei prin- 434

⁹⁹⁵ Vgl. vorne, Rz. 409 und 412.

⁹⁹⁶ BSK OR I WEBER, Art. 394, N 37 ff.

⁹⁹⁷ Vgl. vorne, Rz. 413.

⁹⁹⁸ Vgl. vorne, Rz. 150–156.

⁹⁹⁹ Vgl. für Ausführungen zur Aufsicht der Erwachsenenschutzbehörde über die Tätigkeit der Beistandsperson vorne, Rz. 296 f.

¹⁰⁰⁰ Vgl. vorne, Rz. 411.

zipiell um eine Haftung für jedes Verschulden, wobei es an der beauftragten Person liegt, sich zu exkulpieren.¹⁰⁰¹ Die Beistandsperson hat gemäss Art. 413 Abs. 1 ZGB die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person. Dies gilt auch im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung durch eine Beistandsperson (Art. 408 Abs. 1 ZGB).¹⁰⁰² Anders als das Auftragsrecht statuiert Art. 454 ZGB bei der Beistandschaft aber eine primäre Kausalhaftung des Kantons, wobei der geschädigten Person kein Ersatzanspruch gegen die Person zusteht, die den Schaden verursacht hat. Für einen allfälligen Rückgriff des Kantons auf die Beistandsperson, die einen Schaden verursacht hat, ist das kantonale Recht massgebend. Dieses soll in der Regel einen Regress nur ermöglichen, wenn die Beistandsperson den Schaden absichtlich oder grobfahrlässig verursacht hat.¹⁰⁰³ Bei mehreren beauftragten Personen sieht das Auftragsrecht in Art. 403 Abs. 2 OR deren solidarische Haftung vor, wobei die Lehre hinsichtlich der Ausprägung der Solidarität nicht völlig übereinstimmend ist.¹⁰⁰⁴ Die erwachsenenschutzrechtliche Literatur lehnt – soweit ersichtlich – eine solidarische Haftung mehrerer Beistandspersonen bei gemeinsamer Amtsführung ab. Bei geteilter Amtsführung durch mehrere Beistandspersonen fällt eine solidarische Haftung ohnehin ausser Betracht, da jede Beistandsperson nur für den Wirkungskreis haftet, den sie wahrnimmt.¹⁰⁰⁵

- 435 Art. 402 Abs. 2 OR sieht vor, dass der Auftraggeber der beauftragten Person für ihr aus dem Auftrag erwachsenen Schaden haftet, soweit er nicht beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.¹⁰⁰⁶ Das Erwachsenenschutzrecht des Bundes enthält keine entsprechende Regel, wonach der Beistandsperson der Schaden zu ersetzen wäre, den sie aufgrund der Wahrnehmung ihrer Beistandsaufgaben erleidet. Art. 454 Abs. 1 ZGB ist zwar mit «Wer im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wird, hat Anspruch auf Schadenersatz [...]» offen formuliert, jedoch auf die verbeiständete Person oder auf die Person, die einer Massnahme bedurft hätte, zugeschnitten. Dass sich die Beistandsperson auf die Bestimmung stützen könn-

¹⁰⁰¹ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321e, N 1; BSK OR I WEBER, Art. 398, N 23; vgl. auch vorne, Rz. 418 f.

¹⁰⁰² Vgl. vorne, Rz. 255 und 330.

¹⁰⁰³ Vgl. vorne, Rz. 343.

¹⁰⁰⁴ BSK OR I WEBER, Art. 403, N 6 m.w.H.; vgl. auch vorne, Rz. 419.

¹⁰⁰⁵ BSK ZGB I REUSSER, Art. 402, N 23; vgl. auch vorne, Rz. 344.

¹⁰⁰⁶ Vgl. vorne, Rz. 413.

te, um Schadenersatzansprüche gegen den Kanton geltend zu machen, wird – soweit ersichtlich – in der juristischen Literatur nicht vertreten.¹⁰⁰⁷

c) Folgerungen

Der Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen dem Beauftragten und der Auftraggeberin hat sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede aufgezeigt. Augenscheinlich ist, dass das Erwachsenenenschutzrecht im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht der Beistandsperson (Art. 413 Abs. 1 ZGB) explizit auf das Auftragsrecht verweist. Gemäss erwachsenenschutzrechtlicher Literatur soll überdies die Pflicht der Beistandsperson zur persönlichen Wahrnehmung der Aufgaben inklusive der Grundsätze im Hinblick auf die Substitution sowie die Einsetzung von Hilfspersonen den Regeln des Auftragsrechts entsprechen. Auch bei der Vermögensverwaltung durch die Beistandsperson richtet sich die Sorgfaltspflicht nach den Regeln des Auftragsrechts. Werden mehrere Beistandspersonen zur gemeinsamen Führung einer Beistandschaft eingesetzt, haben sie nach dem Vorbild der gemeinschaftlichen Auftragsausführung grundsätzlich kollektiv oder mittels Vollmacht zu handeln.¹⁰⁰⁸ Auftragsrechtliche Regeln kommen demnach im Erwachsenenenschutzrecht zur Handhabung verschiedener Konstellationen analog zur Anwendung, soweit sie nicht dem Wesen der Beistandschaft widersprechen.

Die zivilrechtlichen Regeln zum einfachen Auftrag als allgemeinstem Rechtsverhältnis aller Arbeitsobligationen sowie als Mustervertrag für die Geschäftsführung in fremdem Interesse sind dafür prädestiniert, gewisse im Erwachsenenenschutzrecht nicht normierte Aspekte des Verhältnisses zwischen Beistandsperson und Erwachsenenenschutzbehörde zu gestalten. Mit Blick auf die jeweiligen Wesensmerkmale lässt sich sodann feststellen, dass sowohl beim Auftrag als auch bei der Beistandschaft regelmässig ein ausgeprägter Persönlichkeitsbezug zum Beauftragten bzw. zur Beistandsperson vorliegt. Beide Funktionsträger werden unter anderem aufgrund des Vertrauens in ihre fachlichen Fähigkeiten und charakterlichen Qualitäten ausgewählt. Bei der Wahrnehmung ihrer Funktion sind sie dennoch im Rahmen des erteilten Auftrags bzw. der errichteten Beistandschaft sowie der umschriebenen Aufgabenbereiche relativ frei. Allerdings ist zu berücksichtigen,

¹⁰⁰⁷ Vgl. vorne, Rz. 336–339.

¹⁰⁰⁸ Vgl. vorne, Rz. 138.

dass es sich beim Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde nicht wie beim Auftrag um ein relativ offen geregeltes zivilrechtliches Austauschverhältnis handelt, sondern die Behörde sowohl als Vertreterin öffentlicher Interessen als auch als Vertreterin privater Interessen der verbeiständeten Person¹⁰⁰⁹ hoheitlich auftritt und die Beistandsperson per Verfügung in ihr Amt einsetzt. Sodann ist auch die Weisungsgebundenheit sowie die Überwachung des Beistands durch die Erwachsenenschutzbehörde stärker ausgeprägt als im Verhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeberin. Die Stellung der Beistandsperson im Verhältnis zur Erwachsenenschutzbehörde unterscheidet sich demnach teilweise deutlich von derjenigen des Beauftragten im Verhältnis zur Auftraggeberin. Die Beistandsperson ist folglich nicht als Beauftragte der Erwachsenenschutzbehörde zu qualifizieren.

- 438 Wenn im Rechtsverhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde teilweise Auftragsrecht zur Anwendung gelangt, die Beistandsperson aber nicht Beauftragte der Behörde ist, stellt sich die Frage, ob und inwiefern Regeln weiterer vom Gesetzgeber normierter Rechtsverhältnisse ergänzend im Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde anwendbar sind. Immerhin verweist Art. 398 OR, auf den in Art. 413 Abs. 1 ZGB im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht der Beistandsperson verwiesen wird, weiter auf Art. 321e OR und damit auf die Regelung der Haftung des Arbeitnehmers. Insofern kann wohl von einer indirekten Verweisung des Erwachsenenschutzrechts auf das Arbeitsrecht gesprochen werden, was einen eingehenderen Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin nahelegt. Ob und inwieweit die beiden Rechtsverhältnisse Parallelitäten aufweisen und was sich daraus mit Blick auf das Verhältnis der Beistandsperson zur Erwachsenenschutzbehörde ableiten lässt, soll nachfolgend untersucht werden.

¹⁰⁰⁹ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 409, der den Beistand als doppelten Beauftragten bezeichnet, da er dieselben Sorgfaltspflichten habe, wie wenn die schutzbedürftige Person ihm direkt einen Auftrag erteilt hätte. Zugleich habe er aber auch Pflichten gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde als anordnender Instanz.

4. Vergleich mit dem Arbeitsverhältnis

a) Überblick über den privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag

aa) Begriff und Zweck des Einzelarbeitsvertrags

Der (Einzel-)Arbeitsvertrag ist Teil des Arbeitsrechts, das sämtliche Normen umfasst, welche die Regulierung der abhängigen Arbeit zur Aufgabe haben.¹⁰¹⁰ Dazu zählen unter anderem die einschlägigen Verfassungsnormen, die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften sowie die Arbeitsvertragsbestimmungen des OR. Überdies hat das Sozialversicherungsrecht verschiedene Berührungspunkte zum Arbeitsrecht und wirkt auf dieses ein.¹⁰¹¹ Die arbeitsrechtlichen (und sozialversicherungsrechtlichen) Bestimmungen bezwecken insbesondere auch den Schutz des Arbeitnehmers, welcher im Verhältnis zur Arbeitgeberin regelmässig die schwächere Vertragspartei ist.¹⁰¹² Die Bestimmungen zum Einzelarbeitsvertrag im Obligationenrecht (Art. 319–343) dienen der Regelung unselbstständiger bzw. abhängiger Arbeit, d.h. der weisungsabhängigen Arbeitsleistung unter Eingliederung in eine fremde Organisation aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags.¹⁰¹³

bb) Anwendungsbereich des Einzelarbeitsvertrags

Der Einzelarbeitsvertrag gehört wie der Auftrag zu den Verträgen über Arbeitsleistung. Daneben sind allerdings auch vom Gesetzgeber nicht geregelte Verträge auf Arbeitsleistung denkbar.¹⁰¹⁴ Hauptinhalt des Arbeitsvertrags ist der Austausch von Arbeitsleistung des Arbeitnehmers gegen ein Entgelt der Arbeitgeberin basierend auf einem privatrechtlichen Vertrag (Art. 319 Abs. 1 OR). Charakteristisch ist dabei, dass es sich um abhängige Arbeit handelt.

Der öffentliche Dienst¹⁰¹⁵ ist massgeblich durch besondere Vorschriften des Gemeinwesens als Arbeitgeberin geregelt. Die bis vor einiger Zeit verbreiteten Beamtenverhältnisse sind weitgehend durch unbefristete, kündbare, auf öffentlich-rechtlichen Verträgen beruhende Anstellungsverhältnisse abgelöst

¹⁰¹⁰ GEISER/MÜLLER, Rz. 36.

¹⁰¹¹ VISCHER/MÜLLER, § 6, Rz. 1.

¹⁰¹² GEISER/MÜLLER, Rz. 40.

¹⁰¹³ GEISER/MÜLLER, Rz. 36; VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 2.

¹⁰¹⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 99.

¹⁰¹⁵ Für einen Überblick über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis vgl. hinten, Rz. 469–477.

worden.¹⁰¹⁶ Zu einer Anwendung der obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsvertrag (Art. 319–362 OR) kann es auch im öffentlichen Dienst kommen, wenn das massgebende Dienstrecht ausdrücklich auf die Bestimmungen im OR verweist, wenn die Bestimmungen des OR zur Lückenfüllung herangezogen werden oder wenn das Gemeinwesen mit den Angestellten einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag abschliesst.¹⁰¹⁷

cc) *Person sowie Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers*

- 442 Gemäss Art. 319 Abs. 1 OR verpflichtet sich der Arbeitnehmer durch den Einzelarbeitsvertrag auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Leistung von Arbeit im Dienst der Arbeitgeberin und diese zur Entrichtung eines Lohnes, der nach Zeitabschnitten (sog. Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (sog. Akkordlohn) bemessen wird. Daraus ergeben sich indirekt die vier begriffsnotwendigen Elemente des Arbeitsvertrags.¹⁰¹⁸
- Arbeitsleistung;
 - bestimmte oder unbestimmte Zeit (Dauerschuldverhältnis);
 - Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation (Subordinationsverhältnis);
 - Entgeltlichkeit.
- 443 Der Arbeitnehmer ist demnach verpflichtet, als Hauptleistung seine Arbeitskraft in Form von körperlicher oder geistiger Tätigkeit zur Verfügung zu stellen. Die Art der zu leistenden Arbeit ist kein für den Arbeitsvertrag wesentliches Merkmal. Das Bundesgericht geht von einem sehr weiten Begriff der Arbeit aus, indem es Arbeit als «jede auf die Befriedigung eines Bedürfnisses gerichtete planmässige Verrichtung eines Menschen» definiert.¹⁰¹⁹ Geschuldet ist dabei lediglich der Einsatz von Arbeitskraft und nicht ein bestimmter Arbeitserfolg.¹⁰²⁰ Der Arbeitnehmer hat aber die Pflicht, die Arbeit persönlich zu leisten, sofern nichts anderes verabredet ist oder sich aus den Umständen ergibt (Art. 321 OR). Zieht der Arbeitnehmer eine Hilfs-

¹⁰¹⁶ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Einl. v. Art. 319 ff., N 21; VISCHER/MÜLLER, § 32, Rz. 1.

¹⁰¹⁷ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Einl. v. Art. 319 ff., N 22 m.w.H.

¹⁰¹⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 100; PORTMANN/Stöckli, Rz. 5–14; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 2; VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 3–14; WYLER/HEINZER, S. 20–22.

¹⁰¹⁹ VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 7 m.V. auf BGE 124 III 249, E. 3b.

¹⁰²⁰ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 7; GEISER/MÜLLER, Rz. 101; PORTMANN/Stöckli, Rz. 5; VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 8; WYLER/HEINZER, S. 20.

person zur Erfüllung der Arbeitsleistung bei, haftet er der Arbeitgeberin dennoch für die ordentliche Vertragserfüllung (Art. 101 OR).¹⁰²¹

Ein Arbeitsverhältnis ist ein Rechtsverhältnis von einer gewissen Dauer. Es kann aber auf bestimmte oder unbestimmte Zeit begründet werden (Art. 319 Abs. 1 OR). Üblich ist wohl der Abschluss auf unbestimmte Dauer, wobei das Arbeitsverhältnis durch Kündigung endet.¹⁰²² Auch Teilzeitarbeit, d.h. das Angebot von weniger als der vollen Arbeitskraft, begründet ein Arbeitsverhältnis, sofern die Arbeit regelmässig erfolgt (Art. 319 Abs. 2 OR).¹⁰²³ Im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses wird der Arbeitnehmer verpflichtet, seine Leistungen in ständiger Wiederkehr zu erbringen. Die Vertragserfüllung erschöpft sich i.d.R. nicht im einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern in einer zum Voraus bestimmten oder noch zu bestimmenden Anzahl wiederkehrender Teilleistungen während eines längeren Zeitraums. Somit erlischt das Arbeitsverhältnis auch nicht durch Erfüllung, wie dies z.T. bei anderen Verträgen auf Arbeitsleistung (z.B. beim Auftrag) der Fall ist, sondern durch Zeitablauf oder Kündigung.¹⁰²⁴

Das Arbeitsverhältnis stellt regelmässig ein Abhängigkeitsverhältnis dar. Der Arbeitnehmer steht dabei persönlich, organisatorisch, zeitlich und zu einem gewissen Grad wirtschaftlich unter der Direktionsgewalt der Arbeitgeberin (Art. 321d OR). In der Lehre und Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang vom Unterordnungs- oder Subordinationsverhältnis gesprochen. Gemäss Bundesgericht ist dies eines der wesentlichen, unverzichtbaren Merkmale des Arbeitsverhältnisses und dient zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags von anderen Verträgen auf Arbeitsleistung.¹⁰²⁵ Typisch für den Arbeitsvertrag ist demnach die Unterstellung des Arbeitnehmers unter das Weisungsrecht der Arbeitgeberin, wobei der Arbeitnehmer verpflichtet ist, die Weisungen der Arbeitgeberin zu befolgen (Art. 321d OR).¹⁰²⁶ Im Falle unterschiedlicher Meinungen im Hinblick auf die Erbringung der Arbeitsleistung kann sich der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin nicht durch-

¹⁰²¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 304; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321 OR, N 2 f.

¹⁰²² GEISER/MÜLLER, Rz. 103.

¹⁰²³ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 11; GEISER/MÜLLER, Rz. 104; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 8; VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 9.

¹⁰²⁴ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 6; VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 9.

¹⁰²⁵ BRÜHWILER, Art. 319 OR, N 5; GEISER/MÜLLER, Rz. 108 m.V. auf BGE 125 III 78, E. 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 2 und N 6; WYLER/HEINZER, S. 20.

¹⁰²⁶ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 12; VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 14.

setzen, sondern hat vielmehr deren Weisungen zu beachten.¹⁰²⁷ Ob ein Subordinationsverhältnis vorliegt, beurteilt sich allerdings nicht nach einem einzelnen Kriterium, sondern aufgrund des Gesamtbilds der konkreten Umstände im Einzelfall.¹⁰²⁸ Von Bedeutung sind insbesondere folgende Kriterien:¹⁰²⁹

- Grad der Weisungsgebundenheit;
- Verpflichtung, bestimmte Arbeitszeiten einzuhalten;
- Beschäftigungsdauer;
- Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz.

- 446 Nicht entscheidend für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses, sondern lediglich im Sinne von Indizien in die Gesamtbetrachtung miteinzubeziehen sind die Bezeichnung des Vertrags, die Art der Vergütung und die steuer- oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung.¹⁰³⁰
- 447 Die Arbeitgeberin schuldet dem Arbeitnehmer einen Lohn. Dieser kann nach Zeitabschnitten (Zeitlohn) oder nach der geleisteten Arbeit (Akkordlohn) bemessen werden (Art. 319 Abs. 1 OR). Die Entgeltlichkeit ist bei Arbeitsverträgen zwingend und stellt die Hauptleistungspflicht der Arbeitgeberin dar.¹⁰³¹ Eine unentgeltliche Arbeitsleistung ist trotzdem nicht in jedem Fall als einfacher Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. OR zu qualifizieren. Es kann sich dabei auch um einen gemischten Vertrag handeln, auf den unter Umständen Schutznormen des Arbeitsrechts analog anzuwenden sind.¹⁰³²
- 448 Der Lohn ist dem Arbeitnehmer gemäss Art. 323 Abs. 1 OR am Ende jedes Monats auszurichten, sofern nicht kürzere Fristen oder andere Termine verabredet oder üblich sind. Längere Fristen können weder durch arbeitsvertragliche Vereinbarung noch durch Übung rechtsgültig festgelegt wer-

¹⁰²⁷ WYLER/HEINZER, S. 21 m.V. auf BGer 4A_381/2011 vom 24. Oktober 2011, E. 6 und BGer 4A_325/2008 vom 6. Oktober 2008, E. 3.

¹⁰²⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 108; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 11.

¹⁰²⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 109.

¹⁰³⁰ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 16 m.V. auf BGer 2C_714/2010 vom 14. Dezember 2010, E. 3.4.2; GEISER/MÜLLER, Rz. 110; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 14.

¹⁰³¹ VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 13.

¹⁰³² BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 13; GEISER/MÜLLER, Rz. 111; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 2; VISCHER/MÜLLER, § 1, Rz. 13; ZK OR STAEHELIN, Art. 319, N 24; a.M. BK OR REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319, N 12 und BRÜHWILER, Art. 319 OR, N 7, die bei unentgeltlichen Arbeitsleistungen von einer reinen Gefälligkeit oder von einem unentgeltlichen Auftrag ausgehen.

den.¹⁰³³ Eine Verlängerung der Frist ist lediglich durch Gesamtarbeitsvertrag (GAV) oder Normalarbeitsvertrag (NAV) möglich.¹⁰³⁴

Obschon der Arbeitsvertrag ein schuldrechtliches Austauschverhältnis ist, bei 449
welchem Arbeit gegen Lohn ausgetauscht wird und deshalb grundsätzlich
ohne Arbeitsleistung auch kein Anspruch auf Lohn besteht, enthält das OR
in Art. 324–324b Regeln betreffend den Lohnanspruch des Arbeitnehmers
trotz fehlender Arbeitsleistung. Geregelt werden zwei unterschiedliche
Konstellationen fehlender Arbeitsleistung: Einerseits hat der Arbeitnehmer
bei Annahmeverzug der Arbeitgeberin Anspruch auf Lohn, ohne die Ar-
beitsleistung später nachholen zu müssen (Art. 324 OR).¹⁰³⁵ Andererseits
hat der unverschuldet an der Arbeitsleistung verhinderte Arbeitnehmer
einen zeitlich beschränkten Lohnfortzahlungsanspruch, wenn das unbefrist-
tete Arbeitsverhältnis schon mindestens drei Monate gedauert hat oder das
befristete Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate eingegangen wurde
(Art. 324a Abs. 1 OR). Die Lohnfortzahlungspflicht stellt eine Konkretisie-
rung der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin dar.¹⁰³⁶

Arbeitgeberin i.S.v. Art. 319 OR ist, wer sich in einem privatrechtlichen Ver- 450
trag Arbeitsleistung unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
versprechen lässt. Dies kann die eigene Organisation oder diejenige einer
Drittperson sein.¹⁰³⁷ Die Arbeitgeberin muss nicht zugleich Unternehmerin
sein, sondern kann auch Arbeitnehmerin bei einer Drittperson sein. Nicht
von Bedeutung ist, ob die Beschäftigung auf eigene oder auf fremde Rech-
nung erfolgt. Sowohl natürliche als auch juristische Personen des Privat-
rechts oder des öffentlichen Rechts können Arbeitgeberinnen sein. Auch
Rechtsgemeinschaften¹⁰³⁸ oder die Träger der öffentlichen Verwaltung kön-
nen Arbeitgeberinnen sein.¹⁰³⁹ Die Rechtsstellung der Arbeitgeberin wird
neben dem Anspruch auf Arbeitsleistung und der Lohnzahlungspflicht ins-

¹⁰³³ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 323, N 1.

¹⁰³⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 323 OR, N 2 m.w.H.

¹⁰³⁵ GEISER/MÜLLER, Rz. 421; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324 OR, N 2.

¹⁰³⁶ GEISER/MÜLLER, Rz. 426.

¹⁰³⁷ Z.B. beim Personalverleih.

¹⁰³⁸ Z.B. Kollektivgesellschaften i.S.v. Art. 552 ff. OR.

¹⁰³⁹ BK OR REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319, N 13; BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 43 f.

besondere durch das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht charakterisiert.¹⁰⁴⁰

- 451 Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gegenüber ihren Arbeitnehmern ist zwar nicht explizit im Gesetz geregelt, ergibt sich aber aus den Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit, zum Schutz des Vermögens sowie zur Förderung des wirtschaftlichen Fortkommens des Arbeitnehmers.¹⁰⁴¹ Sie lässt sich ferner aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) herleiten.¹⁰⁴² und rechtfertigt sich aufgrund des Subordinationsverhältnisses zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer.¹⁰⁴³ Art. 328 OR verpflichtet die Arbeitgeberin, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen. Der Persönlichkeitsschutz wirkt dabei auch als Schranke im Verhältnis zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin (Art. 321d OR).¹⁰⁴⁴ Diese hat nicht nur selber persönlichkeitsverletzende Eingriffe zu unterlassen, sondern den Arbeitnehmer auch vor Übergriffen Dritter zu schützen.¹⁰⁴⁵ Die Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers kann grundsätzlich in drei Bereiche gegliedert werden: Erstens fällt unter den allgemeinen Schutz der Persönlichkeit z.B. der Schutz der persönlichen und beruflichen Ehre, die Wahrung der Geheim- und Privatsphäre des Arbeitnehmers, der Datenschutz sowie der Schutz vor Mobbing. Zweitens hat die Arbeitgeberin das Leben und die Gesundheit ihrer Arbeitnehmer zu schützen sowie deren körperliche und geistige Integrität zu wahren. Drittens hat sie im Bereich der Sittlichkeit die Arbeitnehmer vor sexueller Belästigung zu schützen und für die Gleichstellung von Frau und Mann zu sorgen.¹⁰⁴⁶ Zentraler Bestandteil der Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmer ist der Gesundheitsschutz. Dieser umfasst sämtliche Bestimmungen zum Schutz der körperlichen und geistigen Gesundheit der Arbeitnehmer wie beispielsweise Regelungen betreffend Arbeitssicherheit, Ruhepausen sowie Freizeit und Ferien.¹⁰⁴⁷ Die Pflicht zur Gewährung von Ferien betrifft indessen sowohl den Gesundheitsschutz (Erholungszweck der

¹⁰⁴⁰ GEISER/MÜLLER, Rz. 136; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 47.

¹⁰⁴¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 453; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 410.

¹⁰⁴² PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 405.

¹⁰⁴³ VISCHER/MÜLLER, § 16, Rz. 1.

¹⁰⁴⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 454; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 412; VISCHER/MÜLLER, § 16, Rz. 3.

¹⁰⁴⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR, N 3.

¹⁰⁴⁶ GEISER/MÜLLER, Rz. 454.

¹⁰⁴⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 456.

Ferien) als auch den Schutz des Vermögens des Arbeitnehmers (Ferienlohn, vgl. Art. 329d OR).¹⁰⁴⁸

Der Arbeitnehmer hat Anspruch auf zwei Formen von Freizeit: Erstens steht ihm gemäss Art. 329 Abs. 1 und 2 OR sowie allenfalls gestützt auf das Arbeitsgesetz (ArG) ein Anspruch auf wöchentliche Freizeit ausserhalb der üblichen Arbeitszeit zu (sog. ordentliche Freizeit).¹⁰⁴⁹ Die Konkretisierung der Arbeits- und Freizeit während der Woche erfolgt grundsätzlich durch vertragliche Festlegung.¹⁰⁵⁰ Abweichungen von der gesetzlichen Freizeitregelung sind aufgrund ihrer gesundheits- und sozialpolitischen Natur jedoch lediglich zugunsten des Arbeitnehmers möglich.¹⁰⁵¹ Während der Freizeit des Arbeitnehmers hat die Arbeitgeberin keinen Anspruch auf Arbeitsleistung. Der erkrankte oder aus anderen Gründen nicht in den Genuss von Freizeit kommende Arbeitnehmer hat aber auch keinen Anspruch auf Nachgewährung der Freizeit durch die Arbeitgeberin.¹⁰⁵² Zweitens hat die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer gemäss Art. 329 Abs. 3 OR aus besonderem Anlass kurzfristig von der Arbeit zu befreien (sog. ausserordentliche Freizeit). Dabei handelt es sich um innerhalb der Arbeitszeit vom Arbeitnehmer benötigte Freizeit für die Erledigung dringender persönlicher Angelegenheiten und für wichtige familiäre Anlässe. Üblich ist die Einräumung von Freizeit gemäss Art. 329 Abs. 3 OR nur, wenn die Angelegenheit vom Arbeitnehmer nicht in der ordentlichen Freizeit besorgt werden kann.¹⁰⁵³

Die Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer zum Zweck der Erholung neben Freizeit auch Ferien im Sinne zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zu gewähren (Art. 329a und Art. 329c OR). Während dieser Zeit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung, da ihm erst dadurch ermöglicht wird, sich ohne Inkaufnahme finanzieller Nachteile zu erholen (Art. 329d Abs. 1 OR).¹⁰⁵⁴ Den Zeitpunkt der Ferien bestimmt die Arbeitgeberin, wobei sie allerdings dem Arbeitnehmer genügend Zeit zur Planung

¹⁰⁴⁸ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 410.

¹⁰⁴⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 474.

¹⁰⁵⁰ BK OR REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329, N 9; GEISER/MÜLLER, Rz. 476.

¹⁰⁵¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 477.

¹⁰⁵² BRUNNER/BÜHLER/WAEGER/BRUCHEZ, Art. 329 OR, N 1; BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 329, N 1; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329 OR, N 2; VISCHER/MÜLLER, § 17, Rz. 2.

¹⁰⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329 OR, N 6.

¹⁰⁵⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 488.

der Ferien zu lassen hat.¹⁰⁵⁵ Überdies hat sie auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (Art. 329c Abs. 2 OR).¹⁰⁵⁶ Da Ferien primär der Erholung des Arbeitnehmers dienen, ist der Ferienanspruch während der Dauer des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht durch Geldleistung abzugelten (Art. 329d Abs. 2 OR). Ist die Gewährung von Ferien aber mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden¹⁰⁵⁷, kann die Abgeltung in Form einer Geldleistung ausnahmsweise zulässig sein.¹⁰⁵⁸ Die entsprechende Abgeltung ersetzt dann jedoch nicht die Ferien an sich, sondern nur den darauf entfallenden Lohn. Der Arbeitnehmer hat deshalb weiterhin Anspruch darauf, seine Ferien tatsächlich beziehen zu können, d.h. von der Arbeitsleistung befreit zu werden.¹⁰⁵⁹

- 454 Arbeitnehmer i.S.v. Art. 319 OR ist, wer sich in einem privatrechtlichen Vertrag verpflichtet, Arbeit unter Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation zu leisten und sich dafür einen Anspruch auf Lohn einräumen lässt. Nicht von Bedeutung ist, ob die Arbeit innerhalb oder ausserhalb des Betriebs erfolgt und ob sie berufsmässig ausgeübt wird. Ebenso ohne Belang ist, ob die Arbeit in erster Linie Erwerbszwecken dient oder ob die Motivation für die Erbringung der Arbeitsleistung überwiegend karitativer Natur ist. Im Unterschied zur Arbeitgeberin können nur natürliche Personen Arbeitnehmer sein (Art. 321 OR).¹⁰⁶⁰ Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers ist neben der Arbeitspflicht und dem Lohnanspruch insbesondere durch die Weisungsgebundenheit und die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR) charakterisiert.¹⁰⁶¹
- 455 Der Arbeitnehmer hat die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen, die Instrumente der Arbeitgeberin fachgerecht zu bedienen sowie zur Ver-

¹⁰⁵⁵ Vgl. für weitergehende Ausführungen sowie Literaturhinweise VISCHER/MÜLLER, § 17, Rz. 26, FN 35.

¹⁰⁵⁶ GEISER/MÜLLER, Rz. 503.

¹⁰⁵⁷ Denkbar ist dies z.B. bei sehr unregelmässigen Arbeitseinsätzen im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses oder auch bei sehr kurzen Arbeitseinsätzen.

¹⁰⁵⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 506; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d OR, N 9 m.w.H.

¹⁰⁵⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 329d OR, N 9; ähnlich BRÜHWILER, Art. 329d OR, N 4; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 519; BK OR REHBINDER/STÖCKLI, Art. 329d, N 15; ZK OR STAEHELIN, Art. 329d, N 13, die fordern, dass der Arbeitnehmer zwischen den einzelnen Einsätzen über freie Tage im Umfang des Ferienanspruchs verfügen können muss.

¹⁰⁶⁰ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 319, N 45; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321 OR, N 2.

¹⁰⁶¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 138; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 46.

fügung gestelltes Material sorgfältig zu behandeln (Art. 321a Abs. 1 und 2 OR).¹⁰⁶² Weiter ist der Arbeitnehmer gestützt auf die Treuepflicht gehalten, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR). Gesetz, Lehre und Rechtsprechung konkretisieren die Treuepflicht in verschiedene Einzelpflichten des Arbeitnehmers. Namentlich in das Verbot der Schwarzarbeit (Art. 321a Abs. 3 OR)¹⁰⁶³ sowie die Geheimhaltungspflicht (Art. 321a Abs. 4 OR).¹⁰⁶⁴ Aus der Treuepflicht fliesst auch das Verbot der Annahme von Schmiergeldern, die Pflicht des Arbeitnehmers zu loyalen Verhalten gegenüber der Arbeitgeberin und die Informationspflicht über Störungen im Arbeitsvollzug, drohende Schäden, Missstände und Unregelmässigkeiten im Betrieb.¹⁰⁶⁵ Der Arbeitnehmer hat die Arbeitgeberin aufgrund seiner Rechenschaftspflicht über alle das Geschäft betreffenden Angelegenheiten rechtzeitig, vollständig und wahrheitsgemäss zu informieren. Die Rechenschaftspflicht des Arbeitnehmers kann durch Weisungen der Arbeitgeberin konkretisiert werden.¹⁰⁶⁶ Gestützt auf die Herausgabepflicht hat der Arbeitnehmer überdies alles herauszugeben, was er von Dritten für die Arbeitgeberin entgegengenommen hat (Art. 321b Abs. 1 OR).¹⁰⁶⁷ Die Treuepflicht des Arbeitnehmers misst sich an seiner Arbeitspflicht, d.h. dass er alles zu unterlassen hat, was den Arbeitserfolg vereitelt oder sich anderweitig nachteilig auf die Arbeitgeberin und ihren Betrieb auswirkt.¹⁰⁶⁸ Die Verletzung der Sorgfalts- oder Treuepflicht führt zu einer Schlechterfüllung des schuldvertraglichen Arbeitsverhältnisses. Die Arbeitgeberin kann dem Arbeitnehmer deshalb aber nicht den Lohn kürzen, da dieser grundsätzlich nicht von der Qualität der Arbeitsleistung abhängig ist.¹⁰⁶⁹ Allerdings untersteht der Arbeitnehmer gemäss Art. 321e OR einer

¹⁰⁶² GEISER/MÜLLER, Rz. 348; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 372; VISCHER/MÜLLER, § 15, Rz. 3 und 9.

¹⁰⁶³ Unter Schwarzarbeit i.S.v. Art. 321a Abs. 3 OR ist eine von der Arbeitgeberin nicht genehmigte entgeltliche Tätigkeit des Arbeitnehmers für einen Dritten zu verstehen, welche die Treuepflicht verletzt. Nicht zu verwechseln ist diese Art von Schwarzarbeit mit derjenigen im öffentlich-rechtlichen Sinn gemäss dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA).

¹⁰⁶⁴ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 353.

¹⁰⁶⁵ GEISER/MÜLLER, Rz. 349–358; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 354.

¹⁰⁶⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321b OR, N 2.

¹⁰⁶⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 360 f.; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 394–396; VISCHER/MÜLLER, § 15, Rz. 29–34.

¹⁰⁶⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 365.

¹⁰⁶⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 369.

Verschuldenshaftung, aufgrund welcher er der Arbeitgeberin schadenersatzpflichtig werden kann.¹⁰⁷⁰ Weiter kommen als Sanktionen bei einer Verletzung der Treuepflicht durch den Arbeitnehmer die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, allfällige vertragliche Konventional- und Ordnungsstrafen sowie der Erfüllungszwang in Betracht.¹⁰⁷¹

- 456 Als Beendigungsgründe des Arbeitsverhältnisses kommen die ordentliche (Art. 335–335c OR) und die ausserordentliche (Art. 337–337d OR) Kündigung, der Abschluss eines Aufhebungsvertrags, der Zeitablauf (Art. 334 Abs. 1 OR) oder der Tod des Arbeitnehmers (Art. 338 Abs. 1 OR) in Betracht.¹⁰⁷² Weitere Beendigungsgründe sind denkbar, sofern sie im Arbeitsvertrag vorgesehen sind.¹⁰⁷³ Die Kündigung beendet ein Dauerschuldverhältnis wie den unbefristeten Arbeitsvertrag. Während die ordentliche Kündigung die Einhaltung bestimmter Fristen voraussetzt (Art. 335a–335c OR), müssen für eine ausserordentliche, d.h. fristlose Kündigung bestimmte Gründe vorliegen (Art. 337 f. OR). Ein befristeter Arbeitsvertrag endet grundsätzlich nach Ablauf einer bestimmten Zeit und kann nicht ordentlich¹⁰⁷⁴ (jedoch ausserordentlich) gekündigt werden.¹⁰⁷⁵ Ein bestehendes Arbeitsverhältnis kann aber jederzeit durch gegenseitige Übereinkunft aufgehoben werden. Dies gilt sowohl für unbefristete als auch für befristete Arbeitsverträge.¹⁰⁷⁶ Die Aufhebungsvereinbarung ist im Unterschied zur Kündigung, welche eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und ändert den Arbeitsvertrag ab, indem er auf denjenigen Termin befristet wird, der im Aufhebungsvertrag als Endtermin des Arbeitsverhältnisses vereinbart wird.¹⁰⁷⁷ Wurde ein Arbeitsverhältnis auf eine bestimmte Dauer eingegangen, endet es durch Zeitablauf, ohne dass eine Kündigung nötig ist (Art. 334 Abs. 1 OR). Ein entsprechend befristetes Arbeitsverhältnis entsteht, wenn es für eine bestimm-

¹⁰⁷⁰ Vgl. dazu hinten, Rz. 461–464.

¹⁰⁷¹ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 399–403.

¹⁰⁷² GEISER/MÜLLER, Rz. 520.

¹⁰⁷³ VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 1 f.

¹⁰⁷⁴ Da übermässig lange (Arbeits-)Verträge persönlichkeitsverletzend sein können (Art. 27 ZGB), hat der Gesetzgeber in Art. 334 Abs. 3 OR allerdings auch bei befristeten Arbeitsverhältnissen nach spätestens zehn Jahren eine Kündigungsmöglichkeit mit einer Frist von sechs Monaten vorgesehen.

¹⁰⁷⁵ GEISER/MÜLLER, Rz. 534.

¹⁰⁷⁶ GEISER/MÜLLER, Rz. 536.

¹⁰⁷⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 537 und 540.

te Dauer vorgesehen wird, wenn ein Endtermin festgelegt wird oder wenn sich die Befristung aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Arbeitsverhältnisses ergibt.¹⁰⁷⁸ Das Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses darf nicht vom Willen einer Vertragspartei abhängig sein. Vielmehr muss es sich um ein objektiv bestimmbares Ereignis handeln.¹⁰⁷⁹ Wird ein befristetes Arbeitsverhältnis nach Ablauf der vereinbarten Dauer stillschweigend fortgesetzt, so gilt es als unbefristetes Arbeitsverhältnis (Art. 334 Abs. 2 OR). Da der Arbeitsvertrag auf die Person des Arbeitnehmers ausgerichtet ist und dieser die Arbeit i.d.R. persönlich zu leisten hat (Art. 321 OR), erlischt das Arbeitsverhältnis mit seinem Tod (Art. 338 Abs. 1 OR).¹⁰⁸⁰

Beim unbefristeten Arbeitsverhältnis besteht grundsätzlich Kündigungsfreiheit (Art. 335 Abs. 1 OR). Allerdings enthält das Gesetz einen Kündigungsschutz in zwei Ausprägungen. Zum einen geniessen Arbeitnehmer gemäss Art. 336c OR einen zeitlichen Kündigungsschutz, welcher es der Arbeitgeberin verbietet, dem Arbeitnehmer nach der Probezeit während gewisser Sperrfristen zu kündigen. Wird die Kündigung trotzdem während der Sperrfrist ausgesprochen, ist sie nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Zweck des zeitlichen Kündigungsschutzes ist es, dem Arbeitnehmer die Stelle zu erhalten, solange er an der Suche einer neuen Arbeitsstelle verhindert ist.¹⁰⁸¹ Der zeitliche Kündigungsschutz gilt ausschliesslich bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses, nicht aber bei anderen Beendigungsgründen wie Zeitablauf oder einvernehmlicher Aufhebung.¹⁰⁸² Art. 336c Abs. 1 OR sieht für die Kündigung durch die Arbeitgeberin vier Sperrzeiten vor:¹⁰⁸³

- während der Leistung von Militär-, Schutz- oder Zivildienst;
- während Diensten für eine behördliche Hilfsaktion im Ausland;
- während der unverschuldeten Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall;
- während der Schwangerschaft und nach der Niederkunft.

¹⁰⁷⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 542; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 334 OR, N 2; VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 13.

¹⁰⁷⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 543; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 334 OR, N 2; VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 14.

¹⁰⁸⁰ GEISER/MÜLLER, Rz. 556; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 804.

¹⁰⁸¹ BGE 124 III 346, E. 1a; BGE 115 V 437, E. 3b; BGE 109 II 330, E. 2b.

¹⁰⁸² GEISER/MÜLLER, Rz. 612; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336c OR, N 2.

¹⁰⁸³ GEISER/MÜLLER, Rz. 617–623; vgl. für weitere Ausführungen z.B. auch VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 120–133.

458 Zum anderen enthält Art. 336 OR eine nicht abschliessende Aufzählung von Gründen, aufgrund derer nicht gekündigt werden darf.¹⁰⁸⁴ Mit der Aufzählung hat der Gesetzgeber die Missbräuchlichkeit von Kündigungsgründen konkretisiert und damit für die entsprechende Wertung Massstäbe gesetzt. Nicht explizit in Art. 336 OR genannte Gründe können als missbräuchlich angesehen werden, wenn sie ebenso schwer wiegen wie die im Gesetz aufgeführten.¹⁰⁸⁵ Dieser sog. sachliche Kündigungsschutz ist grundsätzlich paritätisch ausgestaltet und schützt demnach sowohl die Arbeitnehmer als auch die Arbeitgeberin. Allerdings eignen sich nicht alle gemäss Art. 336 Abs. 1 OR paritätisch ausgestalteten Gründe für einen Schutz der Arbeitgeberin. Zudem enthält Art. 336 Abs. 2 OR spezifische die Arbeitnehmer schützende Vorschriften.¹⁰⁸⁶ Anders als der zeitliche Kündigungsschutz kommt der sachliche Kündigungsschutz auch während der Probezeit zur Anwendung. Eine missbräuchliche Kündigung beendet zwar das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist, löst aber eine Entschädigungspflicht gemäss Art. 336a OR aus.¹⁰⁸⁷ Art. 336 OR zählt acht Tatbestände auf, wann eine Kündigung grundsätzlich als missbräuchlich gilt. Dies ist der Fall, wenn sie ausgesprochen wird:¹⁰⁸⁸

- wegen persönlicher Eigenschaften;
- wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts;
- zur Vereitelung der Entstehung von Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis;
- aus Rache;
- wegen Militär-, Schutz- oder Zivildienst oder wegen der Erfüllung einer anderen nicht freiwillig übernommenen gesetzlichen Pflicht;
- wegen Mitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft in einer Gewerkschaft;
- während ein Arbeitnehmer gewählter Arbeitnehmervertreter ist;
- im Rahmen einer Massenentlassung ohne vorgängige Konsultierung der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer.

¹⁰⁸⁴ VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 72.

¹⁰⁸⁵ GEISER/MÜLLER, Rz. 624; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 OR, N 3 m.w.H.

¹⁰⁸⁶ GEISER/MÜLLER, Rz. 625.

¹⁰⁸⁷ VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 106.

¹⁰⁸⁸ GEISER/MÜLLER, Rz. 632–642a; vgl. für weitere Ausführungen z.B. auch VISCHER/MÜLLER, § 24, Rz. 75–100.

dd) Verantwortlichkeit

Die Arbeitgeberin haftet für allen Schaden, den sie in Verletzung ihrer ar- 459
beitsvertraglichen sowie öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen den Arbeit-
nehmern zufügt. Gestützt auf Art. 97 OR wird das Verschulden der Arbeit-
geberin vermutet.¹⁰⁸⁹ Im Vordergrund steht dabei insbesondere die Schäd-
igung der Arbeitnehmer infolge ungenügender Erfüllung von der Arbeitge-
berin obliegenden Schutzpflichten (Art. 328 OR)^{1090, 1091} Sofern die Voraus-
setzungen von Art. 47 OR oder Art. 49 OR erfüllt sind, kann auch ein Ge-
nugtuungsanspruch entstehen. Überdies besteht Anspruchskonkurrenz,
wenn die Schädigung auch den Tatbestand einer unerlaubten Handlung
gemäss Art. 41 OR oder Art. 58 OR erfüllt.¹⁰⁹²

Die Arbeitgeberin haftet weiter für Schäden, die ihre Arbeitnehmer als 460
Hilfspersonen (Art. 97 OR i.V.m. Art. 101 OR) oder als Organe (Art. 55 ZGB)
verursachen. Besteht zwischen der Arbeitgeberin und der geschädigten
Drittperson kein Vertrag, haftet die Arbeitgeberin als Geschäftsherrin ge-
mäss Art. 55 OR für die von ihren Arbeitnehmern verursachten Schäden.¹⁰⁹³
Der Arbeitnehmer selbst haftet der geschädigten Drittperson nur aus uner-
laubter Handlung (Art. 41 OR). Die Arbeitgeberin hat den Arbeitnehmer von
den Ansprüchen geschädigter Dritter freizuhalten, wenn der Schaden in
Erfüllung der Arbeitspflicht verursacht wurde und der Arbeitnehmer gegen-
über der Arbeitgeberin nicht gemäss Art. 321e OR selbst einzustehen
hat.¹⁰⁹⁴ Die Arbeitgeberin hat ihre Arbeitnehmer demnach insoweit von den
Ansprüchen Dritter freizuhalten, als die Arbeitnehmer im Verhältnis zur
Arbeitgeberin gemäss Art. 321e Abs. 2 OR befreit sind.¹⁰⁹⁵

Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer verantwortlich für den 461
Schaden, den er der Arbeitgeberin absichtlich oder fahrlässig zufügt. Erfasst
wird von Art. 321e OR jegliche Art von Fahrlässigkeit.¹⁰⁹⁶ Die Bestimmung
ist einseitig zwingend (Art. 362 Abs. 1 OR), weshalb die Haftung des Ar-

¹⁰⁸⁹ VISCHER/MÜLLER, § 18, Rz. 1.

¹⁰⁹⁰ Vgl. vorne, Rz. 451.

¹⁰⁹¹ VISCHER/MÜLLER, § 18, Rz. 3.

¹⁰⁹² VISCHER/MÜLLER, § 18, Rz. 2 m.w.H.

¹⁰⁹³ VISCHER/MÜLLER, § 18, Rz. 4 und 19.

¹⁰⁹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 5.

¹⁰⁹⁵ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321e, N 24; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 527; VISCHER/MÜLLER, § 18, Rz. 20.

¹⁰⁹⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 2.

beitnehmers lediglich gemildert, nicht aber verschärft werden kann. Das Verschulden ist zwingender Bestandteil der Arbeitnehmerhaftung. Allfällige anderslautende Abreden zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer sind nichtig und werden durch die gesetzliche Vorschrift ersetzt, während das Arbeitsverhältnis an sich bestehen bleibt.¹⁰⁹⁷

- 462 Art. 321e Abs. 2 OR betrifft das Mass der Sorgfalt, für das der Arbeitnehmer einzustehen hat. Da Faktoren wie das Berufsrisiko, der Bildungsgrad oder die Fachkenntnisse, die Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, welche die Arbeitgeberin gekannt hat oder hätte kennen sollen, berücksichtigt werden, bemisst sich die erwartete Sorgfalt für jedes Arbeitsverhältnis anders.¹⁰⁹⁸ Deshalb ist zur Beantwortung der Frage, ob eine Haftung des Arbeitnehmers besteht, Art. 321e Abs. 2 OR relevant.¹⁰⁹⁹ Art. 321e OR kann überdies auch bei arbeitsvertragsähnlichen Verhältnissen zur Anwendung gelangen.¹¹⁰⁰
- 463 Die Vertragshaftung setzt eine Vertragsverletzung voraus, welche von der Arbeitgeberin zu beweisen ist. Im Hinblick auf den Arbeitsvertrag bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen ist oder seine Sorgfalts- und Treuepflicht verletzt hat. Durch die Vertragsverletzung des Arbeitnehmers muss sodann ein Schaden in adäquat kausaler Weise entstanden sein. Schliesslich muss ein Verschulden des Arbeitnehmers vorliegen. Dieses wird allerdings vermutet, wobei dem Arbeitnehmer die Exkulpationsmöglichkeit verbleibt.¹¹⁰¹
- 464 Für die Bemessung des vom Arbeitnehmer zu leistenden Schadenersatzes ist wiederum Art. 321e OR heranzuziehen. Die Bestimmung belässt dem Richter einen erheblichen Ermessensspielraum. Zu berücksichtigen ist die Gesamtheit der Umstände, insbesondere das Betriebsrisiko, die Entlöhnung des Arbeitnehmers¹¹⁰² und das Verschulden sowohl des Arbeitnehmers als auch der Arbeitgeberin.¹¹⁰³ Im Übrigen richtet sich die Schadenersatzbemessung

¹⁰⁹⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 467; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 362 OR, N 7; ZK OR STAEHELIN, Art. 362, N 5.

¹⁰⁹⁸ VISCHER/MÜLLER, § 18, Rz. 8.

¹⁰⁹⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 468.

¹¹⁰⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 5 m.V. auf GEISER, AJP 1997, S. 789 f.

¹¹⁰¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 469; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 210; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 13 m.w.H.

¹¹⁰² BGer 4C.87/2001 vom 7. November 2001, E. 4b.

¹¹⁰³ GEISER/MÜLLER, Rz. 470; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321e OR, N 3 m.w.H.

bei Vertragsverletzungen aufgrund der Verweisung von Art. 99 Abs. 3 OR nach den für die ausservertragliche Haftung aufgestellten Regeln in Art. 43 und Art. 44 OR.¹¹⁰⁴

b) Abgrenzung zum einfachen Auftrag¹¹⁰⁵

Die Abgrenzung des Arbeitsvertrags zu anderen Verträgen, die eine Arbeitsleistung zum Inhalt haben, gestaltet sich zuweilen schwierig. Dies insbesondere, wenn die soziale Stellung der Arbeit leistenden Person die Anwendung der Schutznormen des Arbeitsvertrags verlangen würde, die in Frage stehende Tätigkeit sich aber nur mit Schwierigkeiten unter den Arbeitsvertrag subsumieren lässt.¹¹⁰⁶ 465

Zur Abgrenzung des Arbeitsvertrags zu anderen Verträgen auf Arbeitsleistung dient eine typologische Würdigung des Gesamtbilds. Lehre und Praxis haben dazu materielle und formelle Kriterien entwickelt.¹¹⁰⁷ Für die Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Arbeitsvertrag stehen das Unterordnungsverhältnis, die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation sowie die Weisungsgebundenheit der Arbeit leistenden Person im Vordergrund.¹¹⁰⁸ 466

Der Auftrag (Art. 394–406 OR) unterscheidet sich vom Arbeitsvertrag vor allem durch das Mass der Subordination der verpflichteten Person. Dem Beauftragten bleibt es grundsätzlich selbst überlassen, wie er den Auftrag im Einzelnen erfüllen will. Ein eigentliches Subordinationsverhältnis zwischen Auftraggeberin und Beauftragtem fehlt. Trotzdem bestehen auch im Auftragsverhältnis gewisse Weisungsbefugnisse der Auftraggeberin (Art. 397 Abs. 1 OR), was die Abgrenzung vom Arbeitsvertrag im Einzelfall erschwert.¹¹⁰⁹ Als weitere verwertbare Abgrenzungsmerkmale kommen der Inhalt der Tätigkeit, die Dauer sowie das Entgelt in Betracht. Keines der einzelnen Merkmale kann für sich allein als ausschlaggebendes Kriterium für die Abgrenzung zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag verwendet wer- 467

¹¹⁰⁴ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 211.

¹¹⁰⁵ Für Ausführungen zum einfachen Auftrag vgl. vorne, Rz. 408–419.

¹¹⁰⁶ VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 4.

¹¹⁰⁷ Ausführlich dazu BK OR REHBINDER/STÖCKLI, Art. 319, N 42 ff.

¹¹⁰⁸ VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 5.

¹¹⁰⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 128.

den.¹¹¹⁰ Der Inhalt der Tätigkeit kann beim Auftrag und beim Arbeitsvertrag derselbe sein, da beide sowohl Tathandlungen als auch Rechtshandlungen umfassen können.¹¹¹¹ Auch das alleinige Abstützen auf die Dauer reicht nicht für eine Abgrenzung. Denn ein Auftragsverhältnis kann sich über eine längere Zeit erstrecken, während sich das Arbeitsverhältnis auf eine einmalige oder mehrere voneinander unabhängige Arbeitsleistungen beschränken kann.¹¹¹² Entscheidend für die Abgrenzung des Arbeitsvertrags zum Auftrag ist das Merkmal der rechtlichen Subordination. Es kommt demnach im Wesentlichen darauf an, ob die Arbeit leistende Person in die Organisation des Betriebs eingegliedert ist und einer gewissen Kontrolle unterliegt.¹¹¹³ Auch das Bundesgericht stellt das rechtliche Subordinationsverhältnis als Abgrenzungsmerkmal des Arbeitsvertrags zum Auftrag in den Vordergrund.¹¹¹⁴

- 468 Ausschlaggebend bei der Abgrenzung des Arbeitsvertrags zum Auftrag ist demnach das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses, welches den Arbeitnehmer in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Arbeitgeberin bringt. Zur Begründung eines entsprechenden Abhängigkeitsverhältnisses reichen das Weisungsrecht der Auftraggeberin (Art. 397 Abs. 1 OR) sowie die Pflicht des Beauftragten zur Rechenschaftsablegung (Art. 400 Abs. 1 OR) nicht aus. Vielmehr ist der Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher und zu einem gewissen Grad in wirtschaftlicher Hinsicht von der Arbeitgeberin abhängig. Ein Abhängigkeitsverhältnis im arbeitsvertraglichen Sinn liegt erst vor, wenn Weisungen und Instruktionen den Gang und die Gestaltung der Arbeit der verpflichteten Person unmittelbar beeinflussen und dem

¹¹¹⁰ VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 20 m.V. auf BGer 4C.230/2002 vom 26. August 2002, in welchem das Bundesgericht einen Vertrag als Auftrag qualifizierte, da dessen Merkmale (keine Subordination, nur beschränkte Weisungen, freie Gestaltung der Arbeitszeit, selbstständige Tragung der Sozialkosten, Möglichkeit einer anderen Erwerbstätigkeit) gegenüber den Merkmalen eines Arbeitsvertrags (Vereinbarung einer festen Dauer) überwogen.

¹¹¹¹ BK OR FELLMANN, Art. 394, N 86; VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 22.

¹¹¹² BK OR FELLMANN, Art. 394, N 130 f.; BK OR REHBINDER/StÖCKLI, Art. 319, N 50; VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 23.

¹¹¹³ BK OR REHBINDER/StÖCKLI, Art. 319, N 49; BRÜHWILER, Art. 319 OR, N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 319 OR, N 6; VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 24; WYLER/HEINZER, S. 22; ZK OR STAEHELIN, Art. 319, N 32.

¹¹¹⁴ Vgl. z.B. BGer 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009, E. 4.1; BGer 4C.220/2003 vom 28. Oktober 2003, E. 2.1; BGE 112 II 41, E. 1a; BGE 121 I 259, E. 3a; BGE 107 II 430, E. 1.

Berechtigten eine Kontrollbefugnis zusteht.¹¹¹⁵ Zur Abgrenzung sind im Einzelfall die konkreten Gegebenheiten sorgfältig zu untersuchen.¹¹¹⁶

c) Überblick über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis

aa) Allgemeines

Grundlage von Arbeitsverhältnissen kann auch das öffentliche Recht sein. 469 Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis basiert grundsätzlich auf öffentlich-rechtlicher Gesetzgebung, wobei das Obligationenrecht allenfalls subsidiär für anwendbar erklärt wird (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 2 BPG).¹¹¹⁷ Während das privatrechtliche Arbeitsverhältnis weitgehend einheitlich im Obligationenrecht sowie im Arbeitsgesetz (ArG) und den dazugehörigen Verordnungen geregelt ist und durch den Arbeitsvertrag konkretisiert wird, ist das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis nicht einheitlich geregelt. Vielmehr kann es auf kantonaler oder bundesrechtlicher Grundlage beruhen. Entsprechend existieren zahlreiche unterschiedliche kantonale Regelungen sowie diejenige im Bundespersonalgesetz (BPG) für die diesem unterstellten Betriebe (vgl. Art. 2 BPG).¹¹¹⁸ Zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis findet sich viel Literatur und Rechtsprechung, wohingegen wesentlich weniger Literatur und Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis verfügbar ist.¹¹¹⁹

Die Konzeption des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses hat sich in 470 den vergangenen Jahrzehnten sowohl auf Bundesebene als auch auf kantonaler Ebene stark gewandelt. Gegenwärtige öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse sind nicht selten mehr oder weniger ausgeprägt an die Regelung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses angelehnt.¹¹²⁰

bb) Wesentliche Unterschiede zum privatrechtlichen Einzelarbeitsvertrag

Das privatrechtliche Arbeitsverhältnis besteht entweder zwischen zwei Subjekten des Privatrechts oder zwischen einem Subjekt des Privatrechts und einem des öffentlichen Rechts, die einen Vertrag abschliessen. Dabei handelt keine der Vertragsparteien hoheitlich. Beim öffentlich-rechtlichen Ar- 471

¹¹¹⁵ BGer 4A_10/2017 vom 19. Juli 2017, E. 3.1.

¹¹¹⁶ VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 26.

¹¹¹⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 198; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 342 OR, N 2.

¹¹¹⁸ Für Ausführungen zum BPG vgl. z.B. VISCHER/MÜLLER, § 32, Rz. 2–32.

¹¹¹⁹ GEISER/MÜLLER, Rz. 199.

¹¹²⁰ VISCHER/MÜLLER, § 32, Rz. 1.

beitsverhältnis ist hingegen stets der Staat oder eine diesem zurechenbare Organisation Partei.¹¹²¹ Im Unterschied zu einem privaten Arbeitgeber hat der Staat als Arbeitgeber hoheitliche Befugnisse und unter gewissen Umständen die Kompetenz zu einseitigen Änderungen des Arbeitsverhältnisses.¹¹²²

- 472 Das privatrechtliche Arbeitsverhältnis beruht stets auf einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag zwischen den Vertragsparteien. Demgegenüber kommt die öffentlich-rechtliche Anstellung durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 1 BPG) oder durch eine mitwirkungsbedürftige Verfügung zustande. Sofern ein (öffentlich-rechtlicher) Vertrag Grundlage des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses bildet, sind beide Parteien gebunden, d.h. dass in diesem Fall die Arbeitgeberin den Vertrag nicht einseitig abändern kann.¹¹²³
- 473 Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis unterscheiden insbesondere kantonale Regelungen die Arbeitnehmer teilweise noch nach Kategorien wie z.B. Magistratspersonen, Beamten und Angestellte. Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis existiert keine entsprechende Kategorisierung der Arbeitnehmer.¹¹²⁴
- 474 Während der Staat (auch) als Arbeitgeber an das Rechtsstaatsprinzip gebunden ist und seine Arbeitnehmer nicht willkürlich behandeln darf, sondern das Handeln stets verhältnismässig zu sein und dem Rechtsgleichheitsgebot zu entsprechen hat, gilt für private Arbeitgeberinnen – vorbehaltlich des zwingenden Rechts – grundsätzlich Vertragsfreiheit.¹¹²⁵
- 475 Wesentliche Unterschiede zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ergeben sich auch im Hinblick auf die Beendigung. Aus der Vertragsfreiheit resultiert für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis eine grundsätzliche Kündigungsfreiheit, d.h. dass die Arbeitgeberin keines spezifischen Grundes bedarf, um einem Arbeitnehmer ordentlich kündigen zu können. Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis ist die Situation insofern anders, als einem Arbeitnehmer nur ordentlich gekündigt werden kann, wenn ein Grund dafür vorliegt (vgl. z.B. Art. 10

¹¹²¹ PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 34.

¹¹²² GEISER/MÜLLER, Rz. 201.

¹¹²³ GEISER/MÜLLER, Rz. 203.

¹¹²⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 202.

¹¹²⁵ GEISER/MÜLLER, Rz. 206.

BPG).¹¹²⁶ Überdies löst eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte fristlose Kündigung durch eine private Arbeitgeberin zwar unter Umständen Entschädigungsansprüche des Arbeitnehmers aus, ist aber dennoch gültig. Kündigt der Staat als Arbeitgeber ohne Grund oder unter Verletzung von Formvorschriften, kann der gekündigte Arbeitnehmer die Nichtigkeit der Kündigung geltend machen. Als Folge hat der Arbeitgeber den gekündigten Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen, wenn möglich an der bisherigen oder dann an einer anderen zumutbaren Arbeitsstelle.¹¹²⁷

Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis haftet das als Arbeitgeberin auftretende Gemeinwesen grundsätzlich exklusiv für seine Beamten und öffentlich-rechtlich Angestellten, sofern diese in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit einem Dritten widerrechtlich Schaden zufügen (vgl. z.B. Art. 3 VG). Ein Rückgriff auf den einzelnen Angestellten steht der Arbeitgeberin im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis regelmässig nur bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit des Angestellten zu (vgl. z.B. Art. 7 VG).¹¹²⁸ Handelt aber beispielsweise der Bund durch seine Angestellten nicht hoheitlich sondern privatrechtlich, richtet sich seine Haftung nach den Regeln des ZGB bzw. des OR. Dabei besteht allerdings in Abweichung von den privatrechtlichen Regeln kein direkter Anspruch des Geschädigten gegen den Angestellten, der den Schaden verursacht hat (Art. 11 VG).¹¹²⁹

Für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen sind schliesslich regelmässig verwaltungsinterne Rechtsmittelinstanzen und Verwaltungsgerichte zuständig, während für Streitigkeiten aus privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen grundsätzlich die Zivilgerichte zuständig sind.¹¹³⁰

d) Öffentlich-rechtlicher Arbeitnehmerschutz und Sozialversicherung

aa) Allgemeines

Sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse sind regelmässig weitere öffentlich-rechtliche Regeln von Bedeutung. Während sich der Vorbehalt des öffentlichen Rechts für die Kantone aus Art. 6 ZGB und für den Bund aus Art. 122 i.V.m. Art. 110 BV ergibt, wird er

¹¹²⁶ VISCHER/MÜLLER, § 32, Rz. 14.

¹¹²⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 210.

¹¹²⁸ VISCHER/MÜLLER, § 32, Rz. 28.

¹¹²⁹ VISCHER/MÜLLER, § 32, Rz. 29.

¹¹³⁰ PORTMANN/StÖCKLI, Rz. 37.

im Arbeitsvertragsrecht explizit in Art. 342 Abs. 1 Bst. b OR festgehalten. Die öffentlich-rechtlichen Regeln über die Arbeit gehen sodann nicht nur dem gesetzlichen Zivilrecht, sondern auch allfälligen Regelungen in GAV oder NAV sowie individuellen vertraglichen Abreden vor.¹¹³¹ Überdies wird das öffentliche Arbeitsrecht gemäss Art. 342 Abs. 2 OR in das Arbeitsprivatrecht rezipiert. Öffentlich-rechtliche Vorschriften über die Arbeit vermitteln deshalb sowohl dem Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeberin einen privatrechtlichen Anspruch auf Erfüllung, soweit die entsprechenden Verpflichtungen Inhalt des Einzelarbeitsvertrags sein können.¹¹³² Art. 342 Abs. 2 OR verdeutlicht damit die für das Arbeitsrecht typische Verflechtung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen.¹¹³³

- 479 Das öffentliche Arbeitsrecht wird i.d.R. in das Arbeitsschutzrecht, das gestaltende öffentliche Recht und das Sozialversicherungsrecht gegliedert. Überdies bleiben Polizeivorschriften von Bund, Kantonen und Gemeinden vorbehalten (Art. 71 ArG).¹¹³⁴

bb) Arbeitsschutzrecht

- 480 Das Arbeitsschutzrecht stellt einen bedeutenden Teil der öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Arbeitsrecht dar. Neben den Vorschriften des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) betreffend die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten (Art. 81–87a UVG) steht das Arbeitsgesetz (ArG) im Zentrum des Arbeitsschutzrechts. Es enthält unter anderem Mindestvorschriften betreffend den allgemeinen Gesundheitsschutz (Art. 6 ArG), die Arbeits- und Ruhezeit (Art. 9–28 ArG) sowie den Sonderschutz für schwangere Frauen und stillende Mütter (Art. 35–35b ArG).¹¹³⁵ Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG stimmen weitgehend mit Art. 328 Abs. 2 OR überein. Soweit die Geltungsbereiche des Unfallversicherungsgesetzes und des Arbeitsgesetzes reichen, handelt es sich um eine einheitliche Pflicht. Im Unterschied zu den öffentlich-rechtlichen Schutzpflichten relativiert Art. 328 Abs. 2 OR aber die Schutzpflicht der Arbeitgeberin, als sie nur soweit zu Schutzmassnahmen verpflichtet ist, als es ihr mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann. Art. 328 Abs. 2 OR ist

¹¹³¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 925.

¹¹³² GEISER/MÜLLER, Rz. 926; VISCHER/MÜLLER, § 3, Rz. 4.

¹¹³³ VISCHER/MÜLLER, § 3, Rz. 8.

¹¹³⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 927.

¹¹³⁵ GEISER/MÜLLER, Rz. 929; VISCHER/MÜLLER, § 6, Rz. 21.

insbesondere für den Schutz derjenigen Arbeitnehmer von Bedeutung, die dem Arbeitsgesetz nicht unterstellt sind.¹¹³⁶

Der Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes und der dazugehörigen Verordnungen erschliesst sich nicht ohne Weiteres, da er durch diverse Ausnahmen sowie teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe geprägt ist.¹¹³⁷ Als Grundsatz gilt, dass das Arbeitsgesetz auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar ist (Art. 1 Abs. 1 ArG). Die Ausnahmen zu diesem Grundsatz sind jedoch zahlreich und in Art. 2–4 ArG festgehalten, wobei Ausnahmen vom betrieblichen und Ausnahmen vom persönlichen Geltungsbereich gemacht werden. Wurde die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bzw. der dazugehörigen Verordnungen auf ein konkretes Arbeitsverhältnis bestimmt, sind weiterhin zwei Varianten der Anwendung möglich: Erstens können die Vorschriften des ArG integral anwendbar sein oder zweitens können lediglich einzelne Vorschriften auf das konkrete Arbeitsverhältnis anwendbar sein. Es lässt sich demnach festhalten, dass die Anwendbarkeit sowie die Anwendungsmodalitäten des ArG jeweils im konkreten Fall für den in Frage stehenden Betrieb bzw. Betriebsteil sowie für das betreffende Arbeitsverhältnis zu prüfen sind.¹¹³⁸

cc) Sozialversicherung¹¹³⁹

Die Sozialversicherung knüpft regelmässig beim Arbeitsverhältnis an. Ein wesentlicher Teil der obligatorischen Versicherung hängt vom Bestand eines Arbeitsverhältnisses ab. Die Sozialversicherung beeinflusst überdies das Arbeitsverhältnis, indem sich aus dem Sozialversicherungsrecht Rechte und Pflichten der Parteien des Arbeitsverhältnisses ergeben.¹¹⁴⁰

Im Sozialversicherungsrecht ist die Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Arbeit, d.h. die Qualifikation als Selbstständigerwerbender oder als Arbeitnehmer von weitreichender Bedeutung. Die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ist allerdings nicht unbedingt mit der

¹¹³⁶ VISCHER/MÜLLER, § 16, Rz. 35.

¹¹³⁷ KUKO ArG BACHMANN, Vor Art. 1–5, N 1.

¹¹³⁸ KUKO ArG BACHMANN, Art. 1, N 6.

¹¹³⁹ Vgl. für Ausführungen zu sozialversicherungsrechtlichen Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 524–583.

¹¹⁴⁰ GEISER/MÜLLER, Rz. 991.

arbeitsrechtlichen übereinstimmend. Zudem nimmt auch das Steuerrecht¹¹⁴¹ die Unterscheidung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit autonom vor.¹¹⁴²

e) Vergleichende Betrachtung

aa) Vorbemerkungen

- 484 Beim Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen dem Beauftragten und der Auftraggeberin konnte festgestellt werden, dass die Stellung des Beistands nicht vorbehaltlos derjenigen des Beauftragten entspricht. Vielmehr erscheint das Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde von Gesetzes wegen verbindlicher als dasjenige zwischen dem Beauftragten und der Auftraggeberin, welches den Vertragsparteien mehr Gestaltungsspielraum belässt. Diese bereits vom Gesetzgeber vorgesehene Verbindlichkeit des Verhältnisses zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde veranlasst dazu, es auf Parallelen zum Arbeitsverhältnis zu untersuchen.

bb) Zweck, Anwendungsbereich und Dauer

- 485 Hauptzweck des Arbeitsrechts und des Arbeitsvertragsrechts ist die Regulierung abhängiger Arbeit. Neben den zivilrechtlichen Arbeitsvertragsbestimmungen des OR dienen insbesondere öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften diesem Zweck. Zudem wirkt auch das Sozialversicherungsrecht auf das Arbeitsrecht ein. Der von der Arbeitgeberin mit dem Arbeitsverhältnis verfolgte Zweck besteht regelmässig darin, zur Bewältigung einer grösseren Menge Arbeit Arbeitnehmer gegen Entgelt für sich arbeiten zu lassen. Für den Arbeitnehmer besteht demgegenüber der Zweck eines Arbeitsverhältnisses meist massgeblich in der Erzielung von Erwerbseinkommen, welches ihm das wirtschaftliche Überleben sichert. Die genauen Modalitäten des Arbeitsverhältnisses sind zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer zu vereinbaren. Davon ausgehend, dass der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin i.d.R. die schwächere Partei eines Arbeitsverhältnisses ist, bezwecken die arbeitsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften

¹¹⁴¹ Vgl. für Ausführungen zu steuerrechtlichen Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 584–606.

¹¹⁴² GEISER/MÜLLER, Rz. 993a.

insbesondere einen gewissen Schutz des Arbeitnehmers.¹¹⁴³ Der Zweck einer Beistandschaft ist im Grundsatz bereits vom Gesetzgeber definiert (Art. 388 und Art. 406 Abs. 2 ZGB)¹¹⁴⁴ und von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig vom Schwächezustand bzw. den Bedürfnissen der verbeiständeten Person mittels Umschreibung der konkreten Aufgabenbereiche der Beistandsperson im Einzelfall zu präzisieren (Art. 391 Abs. 1 ZGB).¹¹⁴⁵

Wie der Auftrag gehört auch der Arbeitsvertrag zu den Verträgen über Arbeitsleistung. Kennzeichnend für Rechtsverhältnisse, auf welche das Arbeitsrecht zur Anwendung gelangt, ist insbesondere die Leistung abhängiger Arbeit. Die Beistandschaft stellt eine spezifische Art der Geschäftsführung in fremdem Interesse dar, die bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 390 ZGB)¹¹⁴⁶ und in bestimmten Ausprägungen (Art. 393–398 ZGB)¹¹⁴⁷ zur Anwendung gelangt. Inwiefern es sich bei der Führung eines Beistandsmandats um abhängige Arbeit handelt, wird im Folgenden weiter untersucht.

Das Arbeitsverhältnis ist grundsätzlich ein Dauerschuldverhältnis, welches auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen wird (Art. 319 Abs. 1 OR).¹¹⁴⁸ Auch die Beistandschaft und das Beistandsamt sind i.d.R. von einer gewissen Dauer, wobei insbesondere das Ende einer Beistandschaft oft nicht oder nicht genau voraussehbar ist. Allerdings stellt die Dauer des Verhältnisses lediglich eines der Merkmale zur Einordnung dar. Denn ein Arbeitsverhältnis kann sich ausnahmsweise auf eine einmalige Arbeitsleistung beschränken,¹¹⁴⁹ wie sich auch eine (Ersatz-)Beistandschaft auf die Erfüllung einer konkreten Aufgabe innerhalb eines kurzen Zeitraums beschränken kann.

cc) *Rechtliche Natur, Person und Stellung des Funktionsträgers*

Sowohl die Regelung der Beistandschaft als auch des privatrechtlichen Arbeitsvertrags findet sich im Bundeszivilrecht. Grundlage des Arbeitsverhältnisses kann jedoch auch das öffentliche Recht sein.¹¹⁵⁰ Ein Arbeitsverhältnis

¹¹⁴³ Vgl. vorne, Rz. 439.

¹¹⁴⁴ Vgl. vorne, Rz. 23, 42, 126 und 172–201.

¹¹⁴⁵ Vgl. vorne, Rz. 126 und 169.

¹¹⁴⁶ Vgl. vorne, Rz. 165–168.

¹¹⁴⁷ Vgl. vorne, Rz. 172–201.

¹¹⁴⁸ Vgl. vorne, Rz. 442 und 444.

¹¹⁴⁹ Vgl. vorne, Rz. 467.

¹¹⁵⁰ Vgl. vorne, Rz. 469.

kann demnach durch den Abschluss eines privatrechtlichen oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrags bzw. durch eine mitwirkungsbedürftige Verfügung zustande kommen. Das Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde kommt hingegen stets durch Verfügung der Behörde zustande. Während ein Arbeitsverhältnis im Falle des Abschlusses mittels privatrechtlichem Arbeitsvertrag unter gleichgeordneten Rechtssubjekten zustande kommen kann, ist sowohl beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Arbeitsvertrags als auch bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses mittels Verfügung der Staat oder eine ihm zurechenbare Organisation Partei. Sowohl bei der Anstellung eines Arbeitnehmers mittels öffentlich-rechtlichem Vertrag bzw. mitwirkungsbedürftiger Verfügung als auch bei der Einsetzung einer Beistandsperson mittels behördlicher Verfügung handelt der Staat oder eine ihm zurechenbare Organisation hoheitlich.¹¹⁵¹

- 489 Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis besteht grundsätzlich Kündigungsfreiheit (Art. 335 Abs. 1 OR). Allerdings wird zwischen der ordentlichen und der ausserordentlichen Kündigung unterschieden, wobei für letztere wichtige Gründe vorliegen müssen.¹¹⁵² Arbeitnehmer geniessen überdies sowohl einen sachlichen (Art. 336 OR) als auch einen zeitlichen (Art. 336c OR) Kündigungsschutz.¹¹⁵³ Das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis kann demgegenüber von der Arbeitgeberin prinzipiell nur gekündigt werden, wenn ein Grund dafür vorliegt.¹¹⁵⁴ Weiter endet ein Arbeitsverhältnis durch Zeitablauf oder Tod des Arbeitnehmers.¹¹⁵⁵ Die Beistandschaft und auch das Amt der Beistandsperson enden von Gesetzes wegen mit dem Tod der verbeiständeten Person (Art. 399 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 421 Ziff. 2 ZGB). Der Tod der Beistandsperson beendet hingegen lediglich ihr Beistandsamt (Art. 421 Ziff. 4 ZGB). Ebenso kann das Beistandsamt durch Zeitablauf enden (Art. 421 Ziff. 1 ZGB). Ferner endet es durch Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Berufsbeistands (Art. 421 Ziff. 3 ZGB). Einen Anspruch auf Entlassung hat die (private) Beistandsperson grundsätzlich erst nach vier Jahren Amtsdauer (Art. 422 Abs. 1 ZGB). Vorher kann sie lediglich eine Entlassung aus wichtigen Gründen verlangen, wobei die Beurteilung der wichtigen Gründe bzw. die Entlassung im Ermessen der Behörde liegt (Art. 422 Abs. 2 ZGB). Von sich aus kann die Erwachsenenschutzbehörde die Beistandsperson

¹¹⁵¹ Vgl. vorne, Rz. 471 f.

¹¹⁵² Vgl. vorne, Rz. 456.

¹¹⁵³ Vgl. vorne, Rz. 457 f.

¹¹⁵⁴ Vgl. vorne, Rz. 475.

¹¹⁵⁵ Vgl. vorne, Rz. 456.

son schliesslich nur wegen mangelnder Eignung für die Aufgaben oder aus einem anderen wichtigen Grund entlassen (Art. 423 ZGB). Eine sachliche Einschränkung der wichtigen Gründe oder Sperrzeiten, während welcher die Beistandsperson nicht entlassen werden kann, kennt das Erwachsenenschutzrecht nicht.

Sowohl Arbeitnehmer (Art. 321 OR) als auch Beistände (Art. 400 Abs. 1 ZGB) können ausschliesslich natürliche Personen sein.¹¹⁵⁶ Beide Funktionsträger haben ihre Aufgaben überdies grundsätzlich persönlich wahrzunehmen.¹¹⁵⁷

dd) Aufgaben sowie Rechte und Pflichten des Funktionsträgers

Die Arbeitgeberin lässt sich vom Arbeitnehmer die Leistung von Arbeit versprechen, während der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin dafür einen Lohn erhält (Art. 319 Abs. 1 OR). Die Höhe des Lohns wird entweder im Arbeitsvertrag vereinbart oder ist in den Anstellungsbedingungen, z.B. in einer Lohn­tabelle, geregelt. Charakteristisch für das Arbeitsverhältnis ist, dass es sich bei der geleisteten Arbeit um unselbstständige bzw. (weisungs-) abhängige Arbeit handelt. Der Arbeitnehmer hat insbesondere auch bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung einen beschränkten Anspruch auf Lohnfortzahlung (Art. 324a OR).¹¹⁵⁸ Überdies hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Freizeit (Art. 329 OR) und bezahlte Ferien (Art. 329a-329d OR).¹¹⁵⁹ Im Rahmen einer Beistandschaft erbringt die Beistandsperson Arbeitsleistung primär in fremdem Interesse. Die Art der Arbeitsleistung bestimmt sich massgeblich nach den Bedürfnissen und Interessen der verbeiständeten Person, wobei die Beistandsperson allerdings an die Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde gebunden ist. Die Beistandsperson hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung und Spesenersatz aus dem Vermögen der verbeiständeten Person (Art. 404 Abs. 1 ZGB). Die Festlegung der Höhe der Entschädigung erfolgt durch die Erwachsenenschutzbehörde

¹¹⁵⁶ In der erwachsenenschutzrechtlichen Literatur wird z.T. aber vertreten, dass de lege ferenda bei Beistandschaften auch die Einsetzung juristischer Personen als Mandatsträger ermöglicht werden sollte. Dieser Auffassung wird vorliegend allerdings nicht gefolgt. Vgl. dazu vorne, Rz. 99–107.

¹¹⁵⁷ Vgl. für weitere Ausführungen betreffend die persönliche Wahrnehmung der Aufgaben durch die Beistandsperson vorne, Rz. 132–136 sowie durch den Arbeitnehmer vorne, Rz. 443.

¹¹⁵⁸ Vgl. vorne, Rz. 449.

¹¹⁵⁹ Vgl. vorne, Rz. 452 f.

(Art. 404 Abs. 2 ZGB) im Rahmen der geltenden kantonalen Entschädigungsregelung (Art. 404 Abs. 3 ZGB).¹¹⁶⁰ Das Erwachsenenschutzrecht enthält keine Regeln betreffend Entschädigungsansprüche der Beistandsperson bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung.¹¹⁶¹ Ebenso finden sich keine Regeln im Hinblick auf Freizeit oder Ferien der Beistandsperson.¹¹⁶²

- 492 Den Arbeitnehmer trifft eine Rechenschaftspflicht, aufgrund welcher er die Arbeitgeberin über alle das Geschäft betreffenden Angelegenheiten rechtzeitig, vollständig und wahrheitsgemäss zu informieren hat (Art. 321b Abs. 1 OR). Die Rechenschaftspflicht des Arbeitnehmers kann durch Weisungen der Arbeitgeberin konkretisiert werden.¹¹⁶³ Im Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde legt grundsätzlich die Behörde fest, in welchen Zeitabständen ihr der Beistand Bericht und Rechnung zu erstatten hat. Von Gesetzes wegen hat dies mindestens alle zwei Jahre zu erfolgen (Art. 410 f. ZGB). Soweit es die Situation erfordert, hat die Berichterstattung auch vor Ablauf der von der Behörde festgelegten Periode vom Beistand auszugehen.¹¹⁶⁴ Überdies hat der Beistand die Erwachsenenschutzbehörde unverzüglich über Umstände zu informieren, die eine Änderung der Massnahme erfordern oder eine Aufhebung der Beistandschaft ermöglichen (Art. 414 ZGB).¹¹⁶⁵
- 493 Auf den ersten Blick sind im Rechtsverhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde zumindest drei der vier charakteristischen Elemente eines Arbeitsverhältnisses erfüllt. Namentlich hat der Beistand erstens eine Arbeitsleistung zu erbringen. Dies geschieht zweitens auf bestimmte oder unbestimmte Dauer.¹¹⁶⁶ Drittens hat der Beistand Anspruch auf eine Entschädigung für seine Tätigkeit, welche allerdings grundsätzlich aus dem Vermögen der verbeiständeten Person bezahlt wird. Zudem wird dabei insofern eine Unterscheidung vorgenommen, als die Entschädigung bei Berufsbeiständen an die Arbeitgeberin fällt (Art. 404 Abs. 1 ZGB).¹¹⁶⁷ Die Höhe der Entschädigung wird einseitig von der Erwachsenenschutzbehörde fest-

¹¹⁶⁰ Vgl. vorne, Rz. 150–160.

¹¹⁶¹ Vgl. dazu hinten, Rz. 522 f.

¹¹⁶² Vgl. dazu hinten, Rz. 520 f.

¹¹⁶³ Vgl. vorne, Rz. 455.

¹¹⁶⁴ Vgl. vorne, Rz. 274–276.

¹¹⁶⁵ Vgl. vorne, Rz. 293–295.

¹¹⁶⁶ Vgl. vorne, Rz. 216.

¹¹⁶⁷ Vgl. vorne, Rz. 150–152.

gelegt. Überdies erfolgt die Ausrichtung an den Beistand regelmässig am Ende einer Berichtsperiode, also jährlich oder gar zweijährlich, wobei unter Umständen auch eine Ausrichtung in kürzeren Abständen möglich bleibt.¹¹⁶⁸ Zumindest für den privatrechtlichen Arbeitsvertrag sieht Art. 323 Abs. 1 OR demgegenüber mindestens eine monatliche Auszahlung des Lohnes vor.¹¹⁶⁹ Näherer Betrachtung bedarf schliesslich das vierte für Arbeitsverhältnisse charakteristische Element des Vorliegens eines Subordinationsverhältnisses, welches sich durch die Eingliederung der Arbeit leistenden Person in eine fremde Arbeitsorganisation manifestiert.

Bei der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zu anderen Rechtsverhältnissen 494 auf Arbeitsleistung steht das Subordinationsverhältnis im Zentrum. Ob ein Subordinationsverhältnis vorliegt, beurteilt sich wiederum gestützt auf vier Kriterien. Von Bedeutung sind demnach der Grad der Weisungsgebundenheit, die Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten, die Beschäftigungsdauer und die Verpflichtung zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz.¹¹⁷⁰ Wenngleich alle vier Kriterien im Sinne eines Gesamtbilds der konkreten Umstände relevant sind, scheint ihre individuelle Bedeutung doch nicht (mehr) ausgeglichen zu sein. So hat die Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz trotz unterschiedlicher Bedeutung je nach konkretem Arbeitsverhältnis in den vergangenen Jahren tendenziell abgenommen. Eine Flexibilisierung des Arbeitsortes ist insbesondere aufgrund der fortschreitenden Digitalisierung in diversen Branchen möglich geworden. Auch eine starke Ausrichtung der Wirtschaft auf Dienstleistungen begünstigt die Ortsunabhängigkeit der Erbringung der Arbeitsleistung. Während dennoch zahlreiche Arbeitnehmer zur Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz verpflichtet sind, gilt dies für Beistandspersonen zumindest aus Sicht der Erwachsenenschutzbehörde nicht.¹¹⁷¹ Allerdings sind gewisse Aufgaben im Zusammenhang mit der Betreuung verbeiständeter Personen vom Beistand am Ort zu erledigen, wo die verbeiständete Person ihren Wohnsitz hat und/oder lebt.¹¹⁷² Von der

¹¹⁶⁸ Vgl. vorne, Rz. 158.

¹¹⁶⁹ Vgl. vorne, Rz. 448.

¹¹⁷⁰ Vgl. vorne, Rz. 445.

¹¹⁷¹ Inwieweit Berufsbeistände verpflichtet sind, an einem bestimmten Arbeitsplatz tätig zu sein, hängt vom (Arbeits-)Verhältnis zur Berufsbeistandschaft bzw. zum Sozialdienst ab, bei welchem sie angestellt sind.

¹¹⁷² Zu denken ist beispielsweise an den persönlichen Kontakt zur verbeiständeten Person, Behördenkontakte, Erledigungen auf Ämtern, Bank, Post usw.

Tätigkeit an einem bestimmten Arbeitsplatz kann dabei allerdings nicht gesprochen werden. Im Hinblick auf die Beschäftigungsdauer gilt es festzuhalten, dass diesem Kriterium für die Annahme eines Arbeitsverhältnisses ohnehin nur sehr beschränkte Bedeutung zukommt. So hilft es beispielsweise auch bei der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses vom Auftrag nur bedingt.¹¹⁷³ Das Amt der Beistandsperson ist jedoch grundsätzlich von gewisser Dauer, da – abgesehen von allfälligen Ersatzbeistandsmandaten – ein Beistand i.d.R. für eine Zeitspanne von mehreren Monaten oder Jahren eingesetzt wird.¹¹⁷⁴ Im Hinblick auf das Kriterium der Verpflichtung zur Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten kann Ähnliches festgehalten werden wie betreffend den Arbeitsplatz. Die Bindung an bestimmte Arbeitszeiten ist je nach zu erledigender Arbeit unterschiedlich stark ausgeprägt. Allerdings hat auch diesbezüglich tendenziell eine Flexibilisierung stattgefunden und vielen Arbeitnehmern wird eine mehr oder weniger grosse Autonomie bei der Einteilung der Arbeitszeit gewährt. Folglich scheint auch dieses Kriterium eher an Bedeutung verloren zu haben. Die Erwachsenenschutzbehörde macht den Beistandspersonen grundsätzlich keine konkreten Vorschriften betreffend die Arbeitszeit.¹¹⁷⁵ Die Einhaltung bestimmter Fristen und die rechtzeitige Wahrnehmung der im Rahmen des Beistandsmandates übertragenen Aufgaben folgt aus der Sorgfaltspflicht der Beistandsperson (Art. 413 Abs. 1 ZGB) und liegt – soweit nicht explizit vorgegeben – in ihrem Ermessen. Gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde hat die Beistandsperson insbesondere die Termine im Zusammenhang mit der Bericht- und Rechnungserstattung einzuhalten. Von bestimmten Arbeitszeiten kann in diesem Zusammenhang allerdings nicht die Rede sein.

- 495 Im Zusammenhang mit der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zum Auftragsverhältnis wurde festgehalten, dass sich die beiden Rechtsverhältnisse insbesondere durch das Mass der Subordination unterscheiden.¹¹⁷⁶ Die Subordination beim Arbeitsverhältnis ist derart ausgeprägt, dass sie den Arbeitnehmer in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Arbeitgeberin bringt. Zur Begründung eines entsprechenden Abhängigkeitsverhältnisses reichen beispielsweise das Weisungsrecht der Auftraggeberin und die Pflicht des Beauf-

¹¹⁷³ Vgl. vorne, Rz. 467.

¹¹⁷⁴ Vgl. vorne, Rz. 216–218 und 232 f.

¹¹⁷⁵ Berufsbeistände sind unter Umständen aufgrund des (Arbeits-)Verhältnisses zur Berufsbeistandschaft bzw. zum Sozialdienst, bei welchem sie angestellt sind, zur Einhaltung bestimmter Arbeitszeiten verpflichtet.

¹¹⁷⁶ Vgl. vorne, Rz. 467.

tragten zur Rechenschaftsablegung nicht aus. Ein Arbeitnehmer ist vielmehr in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher und zu einem gewissen Grad in wirtschaftlicher Hinsicht von der Arbeitgeberin abhängig.¹¹⁷⁷ Der Beistand scheint demgegenüber in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht nicht direkt von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig zu sein. Er hat namentlich weder bestimmte von der Behörde vorgegebene Arbeitszeiten einzuhalten noch ist er an einen bestimmten von der Behörde vorgegebenen Arbeitsplatz gebunden. Mit Blick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit lässt sich festhalten, dass für Privatbeistände das Einkommen aus einem Beistandsmandat regelmässig neben Einkommen aus weiterer Arbeitstätigkeit oder eine Rente tritt und sich somit die wirtschaftliche Bedeutung des Beistandsmandats in (engen) Grenzen hält. Auch für Fachbeistände stellt die Führung von Beistandsmandaten in aller Regel eine von verschiedenen Arbeitstätigkeiten dar, so dass grundsätzlich nicht von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit gesprochen werden kann. Berufsbeistände führen indessen regelmässig eine relativ grosse Anzahl Beistandsmandate, woraus sich entsprechend höhere gesamthafte Entschädigungssummen ergeben. Allerdings fallen diese von Gesetzes wegen (Art. 404 Abs. 1 ZGB) an die Arbeitgeberin, weshalb auch bei Berufsbeiständen nicht eine direkte, sondern allenfalls zu einem gewissen Grad eine indirekte wirtschaftliche Abhängigkeit von der Erwachsenenschutzbehörde bzw. vom Gemeinwesen besteht.

Dreh- und Angelpunkt der Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zu anderen 496 Rechtsverhältnissen auf Arbeitsleistung ist innerhalb des Elements des Subordinationsverhältnisses der Grad der Weisungsgebundenheit. Im Arbeitsverhältnis kann sich der Arbeitnehmer im Falle unterschiedlicher Meinungen im Hinblick auf die Erbringung der Arbeitsleistung gegenüber der Arbeitgeberin nicht durchsetzen, sondern hat vielmehr ihre Weisungen zu beachten.¹¹⁷⁸ Im Unterschied zum Beauftragten kann der Arbeitnehmer in entsprechenden Situationen nicht ohne Weiteres seine Arbeit niederlegen.¹¹⁷⁹ Auch die Beistandsperson hat die Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde zu beachten.¹¹⁸⁰ Es steht ihr ebenfalls nicht zu, die Arbeit ohne Weiteres

¹¹⁷⁷ Vgl. vorne, Rz. 468.

¹¹⁷⁸ Vgl. vorne, Rz. 445.

¹¹⁷⁹ Vgl. vorne, Rz. 411, 415 f. und 429.

¹¹⁸⁰ Vgl. vorne, Rz. 112, 304 und 429. A.M. wohl ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 468, der vertritt, dass bei Beiständen nicht das verwaltungsrechtlich bzw. auftragsrechtlich geprägte Hierarchiemodell, bei dem der Beauftragte den Weisungen und Aufträgen Folge zu leisten hat, beigezogen werden könne. Zwar

niederzulegen. Je nach Art und Ausmass der Meinungsverschiedenheit sowie Verhalten der Beistandsperson kann sich unter Umständen jedoch die Frage stellen, ob die Beistandsperson weiterhin zur Führung des Amtes geeignet ist (Art. 423 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) bzw. ob ein wichtiger Grund vorliegt, der für die Entlassung der Beistandsperson spricht (Art. 422 Abs. 2 ZGB bzw. Art. 423 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).¹¹⁸¹ Ein aus dem Subordinationsverhältnis fliessendes Abhängigkeitsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn liegt allerdings erst vor, wenn die Weisungen und Instruktionen den Gang und die Gestaltung der Arbeit der verpflichteten Person unmittelbar beeinflussen und dem Berechtigten eine Kontrollbefugnis zusteht.¹¹⁸² Die Erwachsenenschutzbehörde bestimmt die Beistandschaftsart und umschreibt die Aufgabenbereiche der Beistandsperson.¹¹⁸³ Im Rahmen der errichteten Beistandschaft sowie der von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche wählt die Beistandsperson ihr konkretes Vorgehen jedoch

erhalte der Beistand den Auftrag von der Erwachsenenschutzbehörde, er sei aber dennoch primär der verbeiständeten Person verpflichtet. Nach hier vertretener Auffassung bestimmt sich die Art der Arbeitsleistung der Beistandsperson durchaus nach den Bedürfnissen der verbeiständeten Person und erfolgt in deren Interesse. Dabei hat die Beistandsperson aber sowohl im Allgemeinen als auch im Einzelfall die Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde zu beachten, soweit sie solche erlässt. Der Behörde stehen überdies Mittel zur Durchsetzung ihrer Weisungen gegenüber der Beistandsperson zur Verfügung. Demnach handelt es sich beim Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde nach hier vertretener Auffassung durchaus um ein hierarchisches Verhältnis. Dass die Beistandsperson im Rahmen ihres Auftrags und ihrer gesetzlichen Pflichten ohne weitere Weisungen der Behörde eine relativ weitgehende Autonomie in der Mandatsführung geniesst, spricht nicht grundsätzlich gegen das Vorliegen eines Hierarchieverhältnisses im umschriebenen Sinn. Nicht ganz bedeutungslos dürfte im Zusammenhang mit der Weisungsbefolgungspflicht der Beistandsperson gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde und dem tatsächlichen Vorliegen eines entsprechenden Hierarchieverhältnisses überdies sein, dass mit Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts am 1. Januar 2013 die vormalig überwiegend mit Laien besetzten Vormundschaftsbehörden durch interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden ersetzt wurden. Dass die Beistandsperson – unter Berücksichtigung der jeweiligen Rollen – weiterhin ihre eigenen Kompetenzen in den Dialog bzw. das Verhältnis zur Behörde einbringt, wird dadurch nicht ausgeschlossen, sondern erscheint im Interesse der schutzbedürftigen Person geradezu geboten (vgl. auch ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, ZKE 2012, S. 416 ff.).

¹¹⁸¹ Vgl. vorne, Rz. 233–236.

¹¹⁸² Vgl. vorne, Rz. 468.

¹¹⁸³ Vgl. vorne, Rz. 169.

grundsätzlich selbst.¹¹⁸⁴ Eine gewisse Kontrolle der Tätigkeiten der Beistandsperson hat die Erwachsenenschutzbehörde hauptsächlich über die Prüfung der periodischen Berichte und Rechnungen.¹¹⁸⁵ Überdies hat die Erwachsenenschutzbehörde bei der Vornahme bestimmter Vertretungsgeschäfte durch die Beistandsperson mitzuwirken, womit sie ebenfalls einen gewissen Einfluss auf die Arbeit der Beistandsperson ausüben kann.¹¹⁸⁶ Die Erwachsenenschutzbehörde kann ferner im Sinne einer gewissen Steuerung und Qualitätssicherung nötigenfalls gegenüber der Beistandsperson Massnahmen zur Wahrung der Interessen der verbeiständeten Person treffen. Sie kann beispielsweise die Berichtsperiode anpassen, behördliche Weisungen erlassen oder eine Erweiterung oder Reduktion der Aufgabenbereiche der Beistandsperson vornehmen.¹¹⁸⁷ Im Allgemeinen sowie im Einzelfall kann die Erwachsenenschutzbehörde demnach durchaus Einfluss auf die Arbeit der Beistandsperson nehmen bzw. sich an der konkreten Vornahme bestimmter (Rechts-)Handlungen beteiligen. Allerdings liegt die Häufigkeit und Intensität der Einflussnahme der Erwachsenenschutzbehörde auf die Arbeitstätigkeit der Beistandsperson nicht im ausschliesslichen Ermessen der Behörde, sondern ist partiell vom Gesetz vorgegeben¹¹⁸⁸ und im Weiteren massgeblich von den konkreten Gegebenheiten abhängig. Eine unmittelbare Beeinflussung des Gangs und der Gestaltung der Arbeit der Beistandsperson mittels Weisungen und Instruktionen durch die Erwachsenenschutzbehörde findet demnach lediglich im Einzelfall statt. Im Grundsatz und insbesondere bei den Arbeitstätigkeiten im Rahmen der üblichen Aufgaben, welche die Beistandsperson bei der Führung der Beistandschaft wahrzunehmen hat, behält sie eine relativ weitgehende Autonomie von der Erwachsenenschutzbehörde.

ee) *Aufsicht und Verantwortlichkeit*

Der Arbeitnehmer untersteht grundsätzlich der hierarchischen Aufsicht der Arbeitgeberin, die im Rahmen ihres Weisungsrechts auch für die Einhaltung ihrer Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer zu sorgen hat. Ferner können Arbeitnehmer je nach Tätigkeitsbereich neben den Weisungen und

¹¹⁸⁴ Vgl. vorne, Rz. 147.

¹¹⁸⁵ Vgl. vorne, Rz. 299–304.

¹¹⁸⁶ Vgl. vorne, Rz. 305 und 311 f.

¹¹⁸⁷ Vgl. vorne, Rz. 304.

¹¹⁸⁸ Periodische Berichterstattung und Rechnungsablage (Art. 410 f. ZGB) sowie zustimmungsbedürftige Geschäfte (Art. 416 f. ZGB).

der Aufsicht der Arbeitgeberin spezifischen Vorschriften über die Ausübung der jeweiligen Tätigkeit oder auch Standesregeln unterstehen. Der Beistand untersteht der Aufsicht der Erwachsenenschutzbehörde, die mittels Berichts- und Rechnungsprüfung, Zustimmung zu bestimmten Geschäften, Erteilen von Weisungen sowie Ergreifen notwendiger Massnahmen Einfluss auf die Tätigkeit des Beistands nehmen kann. Berufsbeistände unterstehen überdies der hierarchischen Aufsicht der Organisation, bei der sie angestellt sind.

- 498 Die Arbeitgeberin haftet Dritten gegenüber für Schäden, die ihre Arbeitnehmer als Hilfspersonen (Art. 97 OR i.V.m. Art. 101 OR) oder als Organe (Art. 55 ZGB) verursachen. Sofern zwischen der Arbeitgeberin und dem geschädigten Dritten kein Vertrag besteht, haftet die Arbeitgeberin als Geschäftsherrin gemäss Art. 55 OR für den von ihren Arbeitnehmern verursachten Schaden. Der Arbeitnehmer selbst haftet der Drittperson unter Umständen aus unerlaubter Handlung (Art. 41 OR). Die Arbeitgeberin hat ihre Arbeitnehmer aber insoweit von den Ansprüchen Dritter freizuhalten, als die Arbeitnehmer im Verhältnis zur Arbeitgeberin gemäss Art. 321e Abs. 2 OR befreit sind.¹¹⁸⁹ Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis haftet das als Arbeitgeberin auftretende Gemeinwesen grundsätzlich exklusiv für Schäden, die seine Beamten und Angestellten in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit bei Dritten widerrechtlich verursachen. Abweichend von den zivilrechtlichen Regeln haben geschädigte Dritte dabei regelmässig keinen direkten Anspruch gegen den Angestellten, der den Schaden verursacht hat.¹¹⁹⁰ Verursacht eine Beistandsperson bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben widerrechtlich einen Schaden, so trifft den Kanton eine primäre Kausalhaftung gegenüber den Geschädigten. Gegen die Beistandsperson, die den Schaden verursacht hat, steht den Geschädigten kein Ersatzanspruch zu (Art. 454 ZGB).¹¹⁹¹
- 499 Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberin für den Schaden verantwortlich, den er ihr absichtlich oder fahrlässig zufügt (Art. 321e Abs. 1 OR). Erfasst wird von Art. 321e OR grundsätzlich jegliche Art von Fahrlässigkeit.¹¹⁹² Das Mass der vom Arbeitnehmer erwarteten Sorgfalt bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsver-

¹¹⁸⁹ Vgl. vorne, Rz. 460.

¹¹⁹⁰ Vgl. vorne, Rz. 476.

¹¹⁹¹ Vgl. vorne, Rz. 323–342.

¹¹⁹² Vgl. vorne, Rz. 461.

hältnis (Art. 321e Abs. 2 OR).¹¹⁹³ Im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis haftet der Angestellte gegenüber der Arbeitgeberin regelmässig nur für den Schaden, den er ihr vorsätzlich oder grobfahrlässig zufügt (vgl. z.B. Art. 7 VG).¹¹⁹⁴ Die Regelung des Rückgriffs des Kantons auf die Beistandsperson, die einen Schaden verursacht hat, ist dem kantonalen Recht überlassen. Ein Rückgriff sollte allerdings nur bei Absicht oder Grobfahrlässigkeit der Beistandsperson möglich sein.¹¹⁹⁵ Im Hinblick auf die von der Beistandsperson erwartete Sorgfalt verweist Art. 413 Abs. 1 ZGB auf die auftragsrechtliche Sorgfaltspflicht gemäss Art. 398 OR. Diese Bestimmung verweist weiter auf die Regelung der Haftung des Arbeitnehmers in Art. 321e OR. Da Art. 321e Abs. 2 OR die vom Arbeitnehmer bzw. der Beistandsperson zu erwartende Sorgfalt konkretisiert, ist die Bestimmung relevant für die Beurteilung, ob im Einzelfall eine Haftung der Beistandsperson zur Diskussion steht.¹¹⁹⁶ Während Art. 321e Abs. 1 OR grundsätzlich jede Art von Fahrlässigkeit erfasst, plädiert die erwachsenenschutzrechtliche Lehre dafür, den Rückgriff des Kantons auf die schadenverursachende Person bzw. die Beistandsperson lediglich bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit zuzulassen,¹¹⁹⁷ was einer Milderung der gesetzlich vorgesehenen Haftung entspricht.¹¹⁹⁸

Die Arbeitgeberin haftet für Schäden, die sie in Verletzung ihrer arbeitsvertraglichen sowie öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen den Arbeitnehmern 500 zufügt.¹¹⁹⁹ Bei den arbeitsvertraglichen Schutzpflichten steht Art. 328 OR betreffend den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers im Vordergrund.¹²⁰⁰ Die öffentlich-rechtlichen Schutzpflichten der Arbeitgeberin ergeben sich insbesondere aus Art. 6 ArG über die allgemeinen Pflichten der Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer betreffend den Gesundheitsschutz und Art. 82 UVG über die Pflichten der Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer betreffend die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten.¹²⁰¹

¹¹⁹³ Vgl. vorne, Rz. 462.

¹¹⁹⁴ Vgl. vorne, Rz. 476.

¹¹⁹⁵ Vgl. vorne, Rz. 343.

¹¹⁹⁶ Vgl. vorne, Rz. 462.

¹¹⁹⁷ Vgl. vorne, Rz. 343.

¹¹⁹⁸ Da es sich bei Art. 321e OR um eine einseitig zwingende Norm handelt (Art. 362 Abs. 1 OR), ist eine Abweichung zugunsten des Arbeitnehmers bzw. wohl auch zugunsten der Beistandsperson möglich.

¹¹⁹⁹ Vgl. vorne, Rz. 459.

¹²⁰⁰ Vgl. vorne, Rz. 451.

¹²⁰¹ Vgl. vorne, Rz. 480.

Das Erwachsenenschutzrecht des Bundes enthält keine entsprechenden Regeln, wonach die Erwachsenenschutzbehörde eine Fürsorgepflicht gegenüber der Beistandsperson hätte oder wonach der Beistandsperson Schaden zu ersetzen wäre, den sie aufgrund der Wahrnehmung ihrer Beistandsaufgaben erleidet.¹²⁰²

f) Folgerungen

- 501 Der Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin hat wiederum sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede aufgezeigt. Erkennbar wurden beim Vergleich insbesondere auch verschiedene Parallelen des Verhältnisses zwischen Beistand und Behörde zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis.¹²⁰³ Diese zeigen sich darin, dass der Staat in Gestalt der Kantone oder Gemeinden bzw. Gemeindeverbände als Träger der Erwachsenenschutzbehörden in ein Verhältnis zu den Beiständen tritt. Den Erwachsenenschutzbehörden kommen zudem im Rahmen ihrer Kompetenzen hoheitliche Befugnisse zu und sie können auch einseitig in das Verhältnis zum Beistand eingreifen. Das Verhältnis zwischen Behörde und Beistand kommt durch Verfügung zustande und zwischen Behörde und Beistand besteht keine Vertragsfreiheit im zivilrechtlichen Sinn, sondern zahlreiche Modalitäten des Verhältnisses sind vom Bundesrecht sowie vom kantonalen Recht vorgegeben und belassen der Behörde allenfalls einen gewissen Ermessensspielraum. Nach der Einsetzung nimmt die Beistandsperson sodann zu einem gewissen Grad eine öffentliche Funktion wahr. Zumindest seitens der Erwachsenenschutzbehörde besteht keine Kündigungsfreiheit des Verhältnisses zur Beistandsperson. Vielmehr muss für eine Entlassung des Beistands durch die Behörde ein Grund vorliegen (vgl.

¹²⁰² Vgl. auch vorne, Rz. 435 sowie für Ausführungen zur Frage, inwieweit der Erwachsenenschutzbehörde allenfalls dennoch eine Fürsorgepflicht gegenüber dem Beistand zukommen kann hinten, Rz. 507–523.

¹²⁰³ Die Trennschärfe zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Arbeitsverhältnis ist allerdings bereits seit geraumer Zeit im Abnehmen begriffen, da sich insbesondere die Konzeption des öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses verändert hat und sich teilweise stark an die arbeitsvertraglichen Regeln des Obligationenrechts anlehnt. Nicht selten werden die arbeitsvertraglichen Regeln des OR in öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen für subsidiär anwendbar erklärt.

Art. 423 ZGB).¹²⁰⁴ Die Verantwortlichkeit für im Rahmen von Beistandschaften entstandene Schäden ist in Art. 454 ZGB vergleichbar ausgestaltet wie im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis, wo eine grundsätzliche exklusive Haftung des als Arbeitgeberin auftretenden Gemeinwesens die Regel ist und der Geschädigte keinen Anspruch gegenüber der Person hat, die den Schaden verursacht hat. Auch ein Rückgriff des Gemeinwesens auf die schadenstiftende Person soll sowohl im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis als auch im Rahmen von Beistandschaften nur bei Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit erfolgen. Schliesslich sind allfällige Rechtsmittel von der Beistandsperson – abhängig vom kantonalen Recht – nicht selten bei einer verwaltungsgerichtlichen Instanz einzulegen.¹²⁰⁵

Sowohl Arbeitnehmer als auch Beistände leisten primär Arbeit im Dienste eines andern. Um dabei in Abgrenzung zu weiteren Verhältnissen auf Arbeitsleistung von einem Arbeitsverhältnis ausgehen zu können, hat ein Subordinationsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn vorzuliegen.¹²⁰⁶ Für die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zum Auftragsverhältnis ist insbesondere das Mass der Subordination von Bedeutung. Zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses hat mithin ein Abhängigkeitsverhältnis in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu bestehen, wovon im Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde allerdings nicht auszugehen ist.¹²⁰⁷ Insbesondere der Grad der Weisungsgebundenheit, der als wichtiges Abgrenzungskriterium des Arbeitsverhältnisses zu anderen Verhältnissen auf Arbeitsleistung gilt, ist zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde nicht derart ausgeprägt, dass ein Arbeitsverhältnis anzunehmen wäre. Obschon der Beistand im Allgemeinen an die von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche sowie im Einzelfall an ihre Weisungen und Instruktionen gebunden ist, behält er bei der Wahrnehmung seiner Beistandsaufgaben insgesamt eine relativ weitgehende Autonomie von der Behörde.¹²⁰⁸ Der Beistand ist demnach nicht als Arbeitnehmer der Erwachsenenschutzbehörde zu qualifizieren.

¹²⁰⁴ Die Beistandsperson ihrerseits hat frühestens nach vier Jahren Amtsdauer Anspruch auf Entlassung auf eigenes Begehren. Vorher kann sie eine Entlassung nur aus wichtigen Gründen verlangen (vgl. Art. 422 ZGB).

¹²⁰⁵ Vgl. KOKES, ZKE 2017, S. 1–4.

¹²⁰⁶ Vgl. vorne, Rz. 494.

¹²⁰⁷ Vgl. vorne, Rz. 495.

¹²⁰⁸ Vgl. vorne, Rz. 496.

- 503 Hauptzweck des Arbeitsrechts ist die Regulierung abhängiger Arbeit. Der Arbeitnehmer als i.d.R. schwächere Partei im Arbeitsverhältnis genießt neben arbeitsvertraglichen auch öffentlich-rechtliche Schutzbestimmungen im Verhältnis zur Arbeitgeberin.¹²⁰⁹ An das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses knüpft überdies das Sozialversicherungsrecht an, welches den Arbeitnehmer gegen verschiedene Risiken des Lebens absichern soll.¹²¹⁰ Im Unterschied zu dem auf Arbeitsverhältnisse anwendbaren Recht sehen die Bestimmungen, welche das Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde regeln, kaum entsprechende Schutzbestimmungen zugunsten der Beistandsperson vor. Da Berufsbeistände in einem Arbeitsverhältnis zu einer Berufsbeistandschaft oder einem Sozialdienst stehen, profitieren sie von entsprechenden arbeits- und öffentlich-rechtlichen Schutznormen sowie grundsätzlich von einer Unterstellung unter die Sozialversicherungsgesetzgebung als Unselbstständigerwerbende. Insbesondere für Privatbeistände präsentiert sich die Situation mangels eindeutiger rechtlicher Einordnung des Verhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde allerdings unklar.¹²¹¹

§ 4 Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde

- 504 Der vorangegangene Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit anderen Rechtsverhältnissen hat gezeigt, dass im Gesetz durchaus weitere Bestimmungen zu finden sind, die ähnlich gelagerte Rechtsverhältnisse regeln oder analog auf ähnlich gelagerte Rechtsverhältnisse zur Anwendung kommen können. Aus der gesetzlichen Regelung des Verhältnisses zwischen Erbschaftsverwalter und zuständiger Behörde können aufgrund der eher rudimentären Ausgestaltung sowie der entsprechenden Ergänzung durch analoge Anwendung von Auftragsrecht nicht ohne Weiteres direkte Analogien für das Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde abgeleitet werden. Weiter hat die vergleichende Betrachtung gezeigt, dass das Verhältnis

¹²⁰⁹ Vgl. vorne, Rz. 439 und 480 f.

¹²¹⁰ Vgl. vorne, Rz. 482 f.

¹²¹¹ Vgl. für Ausführungen betreffend sozialversicherungsrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 524–583.

zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde weder als Auftragsverhältnis noch als privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist. Allerdings kommen auftragsrechtliche Regeln im Verhältnis zwischen Beistand und Behörde teilweise analog zur Anwendung, soweit sie dem Wesen der Beistandschaft nicht widersprechen. Augenscheinlich sind überdies gewisse Gemeinsamkeiten des Verhältnisses zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde mit dem öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis.

In der Gesamtschau erscheint das Rechtsverhältnis, welches im Rahmen der 505
Führung einer Beistandschaft zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt, als Arbeitsleistungsverhältnis sui generis.¹²¹² Der Beistand hat die ihm behördlich übertragene, weitgehend selbstständig wahrzunehmende Aufgabe, im Rahmen der von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche die Interessen der verbeiständeten Person in der Personensorge, Vermögenssorge und/oder im Rechtsverkehr mittels Begleitung, Mitwirkung und/oder Vertretung zu wahren. Dabei nimmt der Beistand zu einem gewissen Grad eine öffentliche Funktion wahr und trägt neben der Wahrung der privaten Interessen der verbeiständeten Person auch zur Erfüllung sozialstaatlicher öffentlicher Interessen bei.

Inwieweit im Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde 506
die auftragsrechtlichen Regeln des Obligationenrechts ergänzend zur Anwendung kommen, wurde an anderer Stelle in dieser Arbeit dargelegt. Ebenso wurde jedoch festgestellt, dass es sich beim Verhältnis zwischen Beistand und Behörde nicht wie beim Auftrag um ein entsprechend offen geregeltes zivilrechtliches Austauschverhältnis handelt, sondern dass die Behörde hoheitlich auftritt und der Beistand an ihre Weisungen gebunden ist und auch von ihr überwacht wird. Der Aufsicht sowie den Möglichkeiten zur Einflussnahme der Erwachsenenschutzbehörde im Verhältnis zum Beistand ist allerdings primär eine Sicherungsfunktion zugunsten der Interessen der verbeiständeten Person beizumessen. Der Berechtigung zur Ausübung eines Weisungsrechts mit Durchsetzungsmöglichkeit steht im Sinne einer ausgeglichenen Rechte- und Pflichtenverteilung regelmässig die Verpflichtung zur Einhaltung einer Fürsorgepflicht gegenüber. Der Gesetzgeber hat

¹²¹² ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 404–409 und Rz. 762 geht von einem auftragsähnlichen besonderen familienrechtlichen Rechtsverhältnis aus, bei welchem die Erwachsenenschutzbehörde primäre Auftraggeberin des Beistands sei, letzterer aber auch als doppelter Beauftragter bezeichnet werden könne. Daraus folgert ROSCH ebenfalls, dass es sich um ein «Institut sui generis» handle.

diesen Grundsatz zwar insbesondere im Arbeitsrecht explizit zum Ausdruck gebracht,¹²¹³ er scheint aber generell sinnvoll für Rechtsverhältnisse, in deren Rahmen (teilweise) weisungsgebundene Arbeitsleistung erbracht wird und ein Hierarchieverhältnis zwischen der weisungserteilenden und der weisungsempfangenden Instanz bzw. Person besteht. Dies führt zur Frage, ob der Erwachsenenschutzbehörde im Verhältnis zum Beistand aus einer Art Fürsorgepflicht Verpflichtungen erwachsen, wenngleich sie nicht seine Arbeitgeberin im arbeitsrechtlichen Sinn ist.

§ 5 Fürsorgepflicht der Erwachsenenschutzbehörde gegenüber dem Beistand?

1. Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung der Fürsorgepflicht insbesondere im Arbeitsrecht

a) Römisches Recht

- 507 Das heutige Verständnis des Arbeitsvertrags als Vertrag über Arbeitsleistung mit personellen Elementen¹²¹⁴ ist das Ergebnis einer längeren Entwicklung. Im römischen Recht stellte der Arbeitsvertrag noch eine «Dienstmiete» (*locatio conductio operarum*) dar, die wiederum eine Untergruppe der *locatio conductio* war, welche Miete und Pacht, Dienst- und Werkvertrag umfasste. Dabei handelte es sich nach römisch-rechtlichem Verständnis um klassische Austauschverträge, für die grundsätzlich Vertragsfreiheit galt. Die römische *locatio conductio operarum* konnte verschiedenste Dienste beinhalten, wobei es sich allerdings für die Mitglieder sozial gehobener Stände nicht gehörte, sich zu einer entgeltlichen Leistung zu verpflichten. Vielmehr wurde von einem Mandat ausgegangen, bei dem allenfalls ein Ehrensold (*honorarium*) zu entrichten war. Überdies konnte es sich bei einem entsprechenden Verhältnis auch um eine Gefälligkeit handeln. Die *locatio conductio operarum* beschränkte sich deshalb im Wesentlichen auf Dienstleistungen freier Handwerker und Tagelöhner.¹²¹⁵

¹²¹³ Vgl. dazu auch die Ausführungen hinten, Rz. 510–513.

¹²¹⁴ GEISER/MÜLLER, Rz. 135; PORTMANN/StÖCKLI, Rz. 39–44; ZK OR STAEHELIN, Vorb. zu Art. 319–362, N 8.

¹²¹⁵ HONSELL, Römisches Recht, S. 144; KASER/KNÜTEL/LOHSSE, § 42, Rz. 19 ff.

b) Nachrömische Entwicklung

Zwischen dem Mittelalter und der Neuzeit existierte kein einheitliches Arbeitsvertragsrecht, sondern lediglich Partikularrechte einzelner Berufsgruppen. Es vollzog sich in der Folge aber eine Entwicklung hin zu einem Schuldverhältnis, welches allerdings nur sekundär öffentlich-rechtliche Komponenten enthielt. Die personenrechtliche Über- und Unterordnung wurde zu einer Folge des Schuldverhältnisses, welches gegenseitige Treue- und Fürsorgepflichten beinhaltete.¹²¹⁶ Entsprechende Pflichten galten insbesondere auch, wenn der Arbeitnehmer in die Hausgemeinschaft der Arbeitgeberin eingegliedert war.¹²¹⁷ 508

Für die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts war im Allgemeinen wieder eine stärkere Orientierung an der römisch-rechtlichen «Dienstmiete» bezeichnend, wobei wiederum eher von einem klassischen Austauschvertrag und Vertragsfreiheit zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer ausgegangen wurde.¹²¹⁸ 509

In neuerer Zeit hat sich der Arbeitsvertrag in den industrialisierten Staaten immer mehr von den römisch-rechtlichen Grundlagen bzw. vom Verständnis als individualrechtlichem Austauschvertrag entfernt. Auf den Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer wurde durch eine Kollektivierung des Arbeitsangebots sowie durch paritätische Aushandlung des Vertragsinhalts Einfluss genommen. Die gegenseitige Interessenwahrung der Vertragsparteien wurde zu einem wesentlichen Strukturelement des Einzelarbeitsvertrags. Eine Abkehr von der rein individualistischen tauschrechtlichen Konzeption des Arbeitsvertrags und der Einbezug mehr personenbezogener Elemente gingen parallel mit der Entwicklung vom klassisch liberalen Staat zum Sozialstaat einher.¹²¹⁹ 510

c) Weitere Entwicklung insbesondere in der Schweiz

Das Dienstvertragsrecht des Obligationenrechts von 1881 und 1911 galt noch nicht ausschliesslich für Rechtsverhältnisse, in welchen abhängige Arbeit geleistet wurde. Vielmehr galt es auch für jene Dienstleistenden, die 511

¹²¹⁶ Vgl. z.B. für den Dienstvertrag im deutschen Recht VON GIERKE, § 199, S. 593 ff., 609 ff. und 620 ff.

¹²¹⁷ VISCHER, § 52, IV, S. 289 m.w.H.

¹²¹⁸ VISCHER, § 52, IV, S. 290 m.w.H.

¹²¹⁹ VISCHER, § 52, IV, S. 290 m.w.H.

gegenüber ihrem Dienstherrn grundsätzlich selbstständig waren. Erst die Revision des Obligationenrechts von 1971 richtete unter der neuen Bezeichnung «Einzelarbeitsvertrag» die Regeln dieses Rechtsverhältnisses auf den Tatbestand der unselbstständigen, abhängigen Arbeit aus. Die Regelung der selbstständigen Arbeit wurde von nun an nicht mehr einbezogen und unterlag grundsätzlich den Vorschriften über den Auftrag (vgl. Art. 394 Abs. 2 OR). Allerdings wurde bereits davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung Vorschriften des Arbeitsvertragstitels analog auf die sog. freien Dienste zur Anwendung bringen könne, soweit der konkrete Sachverhalt selbstständiger Arbeit dies zulasse und als geboten erscheinen lasse.¹²²⁰

- 512 In der Botschaft und im Entwurf zur Revision des Obligationenrechts von 1971 wird zwischen dem (Einzel-)Arbeitsvertrag und dem Arbeitsverhältnis differenziert.¹²²¹ Demnach löse bereits der Abschluss des Einzelarbeitsvertrags bestimmte rechtliche Wirkungen aus, namentlich die Pflicht des Arbeitnehmers zum Antritt der Arbeitsstelle und zur Aufnahme der Arbeit sowie die Pflicht der Arbeitgeberin zur Annahme der Arbeitsleistung und zur Aufnahme des Arbeitnehmers in den Betrieb. Trete der Arbeitnehmer die Arbeitsstelle vertragsgemäss an und werde er in den Betrieb der Arbeitgeberin aufgenommen, so entstehe ein unmittelbar auf die Personen der Vertragsparteien bezogenes Rechtsverhältnis, welches als Arbeitsverhältnis bezeichnet werde.¹²²² Dieses habe eine Reihe typischer Pflichten beider Vertragsparteien zum Inhalt, durch deren Regelung sie materiell gleichgestellt und zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet werden sollen.¹²²³ So wurden unter anderem die Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR) sowie die Pflicht des Arbeitnehmers zur Befolgung der Weisungen der Arbeitgeberin (Art. 321d OR) explizit festgehalten.¹²²⁴ Im Sinne

¹²²⁰ Botschaft OR 1967, S. 276 f.

¹²²¹ Dies zeigt sich bis heute in der Terminologie der obligationenrechtlichen Bestimmungen zum Arbeitsvertrag. Vom «Einzelarbeitsvertrag» ist in Art. 319 f. OR betreffend den Begriff und die Entstehung die Rede, während im Übrigen grundsätzlich der Begriff «Arbeitsverhältnis» verwendet wird. So z.B. in Art. 321a OR betreffend die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers sowie in Art. 328 OR betreffend die Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.

¹²²² Vgl. für Ausführungen zum sog. arbeitsrechtlichen Theorienstreit über die «Vertragstheorie» und die «Eingliederungstheorie» betreffend die Unterscheidung von Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis z.B. MAYER-MALY, S. 42 f. und 59 ff.

¹²²³ Botschaft OR 1967, S. 277 f.

¹²²⁴ Botschaft OR 1967, S. 278.

eines Gegenstücks wurden Pflichten der Arbeitgeberin im Gesetz statuiert, die der Sicherung und dem Schutz des Arbeitnehmers dienen und vom Gedanken der Fürsorge getragen sind. In diesem Zusammenhang steht insbesondere Art. 328 OR im Zentrum, welcher die Arbeitgeberin verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen.¹²²⁵

2. Weisungsrecht als Auslöser der Fürsorgepflicht der Erwachsenenschutzbehörde gegenüber dem Beistand?

a) Hierarchieverhältnis und Weisungsrecht

Die Idee, dass in einem Hierarchieverhältnis der weisungserteilenden Instanz 513 bzw. Person eine Fürsorgepflicht gegenüber der weisungsgebundenen Person zukommen soll, existiert in der juristischen Lehre und insbesondere im Arbeitsrecht schon seit geraumer Zeit. Soweit Arbeit gegen Vergütung Hauptinhalt eines Rechtsverhältnisses ist, liegt zunächst ein schuldrechtliches Austauschverhältnis vor, welches Merkmale eines Interessengegensatzvertrags aufweist. Mit dem Antritt der Arbeitsstelle durch den Arbeitspflichtigen kommen allerdings Elemente zu diesem Verhältnis hinzu, die mehr personeller Natur sind und eine gegenseitige Interessenwahrung im Verhältnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer verlangen. Die entsprechenden Elemente wurden insbesondere unter den Begriffen der Sorgfalts-, Treue- und Weisungsbefolgungspflicht des Arbeitnehmers sowie der Fürsorge- und Schutzpflicht der Arbeitgeberin zusammengefasst.¹²²⁶ Diese nach modernem Verständnis tragenden Elemente des Arbeitsverhältnisses¹²²⁷ erlangten ihre Bedeutung wie dargelegt im Verlauf der Rechtsentwicklung und wurden insbesondere im Rahmen der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 in den zehnten Titel des Obligationenrechts (Art. 319–362 OR) integriert und in diversen Bestimmungen konkretisiert.¹²²⁸

¹²²⁵ Botschaft OR 1967, S. 279 f.

¹²²⁶ Botschaft OR 1967, S. 296; VISCHER, § 52, IV, S. 289.

¹²²⁷ GEISER/MÜLLER, Rz. 135; PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 46 f.; VISCHER, § 52, IV, S. 289; ZK OR STAEHELIN, Vorb. zu Art. 319–362, N 8.

¹²²⁸ Botschaft OR 1967, S. 277 ff.

b) Anwendung von Arbeitsrecht auf Arbeitsleistungsverhältnisse sui generis?

- 514 Arbeitsleistungsverhältnisse sui generis hat die frühere Rechtsprechung mit der Begründung abgelehnt, dass Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart entsprechen, dem Auftragsrecht unterstehen.¹²²⁹ Allerdings hat sich die Rechtsprechung bereits vor einiger Zeit insofern geändert, als Art. 394 Abs. 2 OR als dispositiv aufgefasst wird. Entsprechend wird seither auch im Bereich der Arbeitsleistungen die Möglichkeit von Verträgen sui generis anerkannt.¹²³⁰ Arbeitsleistungsverhältnisse sui generis können Elemente des Arbeitsvertrags enthalten, beinhalten aber auch wesentliche andere Elemente. Die Anwendung von Arbeitsrecht durch Analogie kann gleichwohl in Betracht kommen, sofern dies sachgerecht erscheint.¹²³¹

c) Wahrnehmung einer Funktion innerhalb des staatlich organisierten Sozialsystems durch den Beistand

- 515 Als Abgrenzungskriterium zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag wird neben den an anderer Stelle dieser Arbeit bereits erläuterten Kriterien im Allgemeinen auch darauf abgestellt, ob es sich bei der Tätigkeit der arbeitspflichtigen Person um eine fremdnützige oder eine fremdbestimmte Tätigkeit handelt.¹²³² Auf die Tätigkeit der Beistandsperson trifft beides zu, wobei allerdings die Fremdbestimmtheit der Beistandstätigkeit durch die Erwachsenenschutzbehörde nicht im für Arbeitsverhältnisse charakteristischen Ausmass¹²³³ gegeben ist.¹²³⁴ Überdies kann im Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde nicht von einer eigentlichen Eingliederung des Beistands in den Betrieb der Behörde gesprochen werden. Vielmehr sind Berufsbeistände wohl in den Betrieb der Berufsbeistandschaft oder des Sozialdienstes eingegliedert, zu welchem sie in einem Arbeitsverhältnis stehen.¹²³⁵ Während auch Fachbeistände in einen Drittbetrieb eingegliedert

¹²²⁹ Vgl. z.B. BGE 104 II 108, E. 1 und BGE 106 II 157, E. 2a.

¹²³⁰ Vgl. z.B. BGE 109 II 462, E. 3a-d.

¹²³¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 133b f.

¹²³² VISCHER/MÜLLER, § 5, Rz. 19.

¹²³³ Vgl. dazu vorne, Rz. 496 und 502.

¹²³⁴ Für Ausführungen zum fremdnützigen Charakter der Tätigkeit der Beistandsperson vgl. z.B. vorne, Rz. 16, 26 und 41.

¹²³⁵ Vgl. für Ausführungen zum Verhältnis der Berufsbeistände zur Erwachsenenschutzbehörde sowie zur Berufsbeistandschaft bzw. zum Sozialdienst auch

sein können, ist dies bei Privatbeiständen – zumindest mit Blick auf ihre Beistandstätigkeit – eher nicht der Fall.

Dennoch geht auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde über ein schuldrechtliches Austauschverhältnis hinaus. Mit der Einsetzung des Beistands durch die Erwachsenenschutzbehörde entsteht ein Verhältnis der Zusammenarbeit. Das als Arbeitsleistungsverhältnis sui generis qualifizierte Rechtsverhältnis¹²³⁶ enthält augenscheinlich auftragsrechtliche Elemente und – wie gezeigt – auch arbeitsrechtliche Elemente. Ein unmittelbarer Bezug des Verhältnisses insbesondere auf die Beistandsperson entsteht einerseits bereits bei der Ernennung einer geeigneten Person, andererseits aber auch im Laufe der Führung der Massnahme durch diese. Obschon nicht von einer Eingliederung des Beistands in die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde im arbeitsrechtlichen Sinn auszugehen ist, übernimmt der Beistand nach seiner Einsetzung eine Funktion innerhalb des staatlich organisierten Sozialsystems. Inwieweit sich demnach eine analoge Anwendung insbesondere der arbeitsrechtlichen Regeln betreffend die Fürsorge- und Schutzpflicht der Arbeitgeberin auf das Rechtsverhältnis zwischen Erwachsenenschutzbehörde und Beistand rechtfertigt, soll nachfolgend untersucht werden.

3. Anwendbare Teilgehalte der Fürsorgepflicht

a) Schutz des Lebens und der Gesundheit des Beistands?

aa) Verantwortlichkeit für Arbeitssicherheit?

Der Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers gemäss Art. 328 OR stellt einen zentralen Teil der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin dar. Im Vordergrund steht insbesondere der Schutz des Lebens sowie der körperlichen und geistigen Integrität des Arbeitnehmers, wobei die Arbeitgeberin nicht nur selber verletzende Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen, sondern ihn auch vor Übergriffen Dritter zu schützen hat. Der Persönlichkeitsschutz wirkt dabei auch als Schranke im Verhältnis zum Weisungsrecht der Arbeitgeberin.¹²³⁷ Gemäss Art. 328 Abs. 2 OR hat die Arbeitgeberin zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers die

Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz ESTERMANN/HAURI/VOGEL, Rz. 386–391 m.w.H.

¹²³⁶ Vgl. vorne, Rz. 505.

¹²³⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 451.

erforderlichen und geeigneten Massnahmen zu treffen. Daraus folgt unter anderem, dass sie den Arbeitnehmer auf Gefahren hinzuweisen sowie zu instruieren hat.¹²³⁸ Die diesbezüglichen Anforderungen sind umso höher, je geringer die Erfahrung des Arbeitnehmers ist.¹²³⁹

- 518 Auch im Auftragsverhältnis haftet die Auftraggeberin gemäss Art. 402 Abs. 2 OR dem Beauftragten für aus dem Auftrag erwachsenen Schaden, soweit sie nicht nachweisen kann, dass der Schaden ohne ihr Verschulden entstanden ist. Verursacher des Schadens kann auch dabei die Auftraggeberin selber, ein Dritter oder der Zufall sein.¹²⁴⁰ Die Auftraggeberin unterliegt demnach der Nebenpflicht, alles Zumutbare zu unternehmen, um den Beauftragten vor Schaden zu bewahren. Sie hat den Beauftragten beispielsweise auf bekannte oder zu erwartende Gefahren hinzuweisen.¹²⁴¹
- 519 Beim Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde handelt es sich gemäss der vorgenommenen Qualifikation um ein Arbeitsleistungsverhältnis *sui generis*, in welchem der Beistand die ihm von der Behörde übertragenen Aufgaben wahrzunehmen hat und grundsätzlich an ihre Weisungen gebunden ist, soweit sie solche im Allgemeinen oder im Einzelfall erteilt.¹²⁴² Diese Konstellation rechtfertigt – insbesondere auch mit Blick auf das zum Vergleich hinzugezogene Auftragsverhältnis und Arbeitsverhältnis – eine (Mit-)Verantwortung der Erwachsenenschutzbehörde bzw. des sie tragenden Gemeinwesens für Schäden, welche die Beistandsperson bei der Wahrnehmung ihrer Funktion erleidet. Demnach hat der Staat, soweit er in Gestalt der Erwachsenenschutzbehörde die Beistandsperson bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben anleitet, grundsätzlich dafür besorgt zu sein, dass sie daraus keinen Schaden erleidet. Dies rechtfertigt sich insbesondere auch, da die Erwachsenenschutzbehörde die Möglichkeit hat, der Beistandsperson verbindliche Weisungen zu erteilen. Aufgrund der verhältnismässig weitgehenden Autonomie der Beistände bei der Führung des Mandats wird die Anleitung und Weisungserteilung durch die Behörde jedoch i.d.R. nicht im gleichen Ausmass erfolgen, wie dies für Arbeitsverhältnisse oft der Fall ist. Dennoch wird von der Erwachsenenschutzbehörde zu erwarten sein, dass sie die Beistandsperson insbesondere auf

¹²³⁸ BSK OR I PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328, N 10.

¹²³⁹ BGE 95 II 132, E. 1 und 3.

¹²⁴⁰ BSK OR I WEBER, Art. 402, N 11.

¹²⁴¹ BSK OR I WEBER, Art. 402, N 12.

¹²⁴² Vgl. vorne, Rz. 496, 502 und 505 f.

bekannte oder zu erwartende Gefahren sowie besondere Schwierigkeiten in der Mandatsführung hinweist. Als Grundlage für Hinweise können namentlich die im Rahmen der Abklärungen zur Massnahmenbestimmung erlangten Informationen sowie eine Einschätzung der Situation durch die seitens der Erwachsenenschutzbehörde involvierten Fachpersonen dienen. Die Anforderungen an entsprechende Instruktionen und Weisungen der Behörde dürften allerdings von der Person sowie den fachlichen Qualifikationen und der Erfahrung der Beistandsperson abhängig sein.¹²⁴³

bb) Gewährung von Freizeit und Ferien?

Arbeitnehmer haben zum einen gemäss Art. 329 Abs. 1 und 2 OR sowie 520 allenfalls gestützt auf das Arbeitsgesetz (ArG) Anspruch auf wöchentliche Freizeit ausserhalb der üblichen Arbeitszeit (sog. ordentliche Freizeit) und zum anderen gemäss Art. 329 Abs. 3 OR Anspruch auf kurzfristige Befreiung von der Arbeit aus besonderem Anlass (sog. ausserordentliche Freizeit).¹²⁴⁴ Überdies hat die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer zwecks Erholung auch Ferien im Sinne zusammenhängender Freizeit von mehreren Tagen zu gewähren (Art. 329a und Art. 329c OR). Während dieser Zeit hat der Arbeitnehmer auch Anspruch auf Lohnfortzahlung, damit er sich ohne Inkaufnahme finanzieller Nachteile erholen kann (Art. 329d Abs. 1 OR)^{1245, 1246}

Der Beistand ist grundsätzlich nicht persönlich, organisatorisch, zeitlich und 521 wirtschaftlich direkt von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig, wie dies der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin ist. Es liegt mithin kein eigentliches Eingliederungsverhältnis des Beistands in die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde vor. Im Hinblick auf die Arbeitseinteilung geniessen die Beistandspersonen aus Sicht der Erwachsenenschutzbehörde vielmehr eine weitgehende Autonomie.¹²⁴⁷ Deshalb scheint eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln betreffend Freizeit und Ferien auf das Rechtsver-

¹²⁴³ Bereits im Rahmen der Ernennung der Beistandsperson hat die Einschätzung der persönlichen und fachlichen Eignung für die vorgesehenen Aufgaben (Art. 400 Abs. 1 ZGB) unter Berücksichtigung des konkreten Mandats zu erfolgen. Vgl. dazu vorne, Rz. 119–128.

¹²⁴⁴ Vgl. auch vorne, Rz. 452.

¹²⁴⁵ Die Bezahlung des sog. Ferienlohns folgt allerdings nicht primär aus der Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers, sondern insbesondere aus der Pflicht zum Schutz seines Vermögens.

¹²⁴⁶ Vgl. auch vorne, Rz. 453.

¹²⁴⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 494 f.

hältnis zwischen Behörde und Beistand nicht opportun. Berufsbeistände sowie angestellte Fachbeistände werden jedoch im Verhältnis zur Organisation, bei welcher sie angestellt sind, in den Genuss einer Freizeit- und Ferienregelung kommen. Privatbeistände und freiberuflich tätige Fachbeistände tragen die Verantwortung für die Planung und Einteilung der im Rahmen ihres Beistandsmandats anfallenden Arbeit grundsätzlich selbst.

b) Entschädigung bei unverschuldeter Verhinderung des Beistands?

- 522 Aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin ergibt sich auch, dass der Arbeitnehmer gemäss Art. 324a OR bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung unter Umständen einen Anspruch auf Lohnfortzahlung für eine gewisse Dauer hat.¹²⁴⁸ Diese Durchbrechung des Grundsatzes, wonach bei Ausbleiben einer Leistung die Gegenleistung verweigert werden darf, folgt aus der sozialpolitischen Ausrichtung des Arbeitsrechts. Wie diverse andere arbeitsrechtliche Normen dient auch die Bestimmung über die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin dem Schutz (der Gesundheit und des Vermögens) des Arbeitnehmers sowie der Milderung der durch die Arbeit geschaffenen Abhängigkeit. Begründet werden entsprechende Pflichten der Arbeitgeberin demnach insbesondere mit der wirtschaftlichen Abhängigkeit eines Grossteils der Arbeitstätigen von der Erbringung von Arbeitsleistung in abhängiger Form und damit von der Arbeitgeberin.
- 523 Im Rahmen des Vergleichs des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin wurde festgestellt, dass der Beistand wirtschaftlich nicht in vergleichbarem Mass von der Behörde abhängig ist,¹²⁴⁹ wie dies der Arbeitnehmer typischerweise von der Arbeitgeberin ist. Eine Fortzahlung der Entschädigung im Falle unverschuldeter Verhinderung des Beistands an der Arbeitsleistung ist demnach für ihn i.d.R. nicht von existenzieller Bedeutung. In der Praxis wird die zeitweilige Verhinderung eines Privatbeistands auch nicht unbedingt dazu führen, dass er sein Amt tatsächlich nicht genügend wahrnehmen kann und die Behörde deshalb gewisse Angelegenheiten selbst regeln bzw. einen Ersatzbeistand ernennen muss. Fachbeistände werden in entsprechenden Situationen wohl kaum Aufwand gegenüber der Behörde bzw. der verbeiständeten Person geltend machen.

¹²⁴⁸ Vgl. auch vorne, Rz. 449.

¹²⁴⁹ Vgl. auch vorne, Rz. 495.

Ähnliches gilt für Berufsbeistände, wobei sich auch im Falle der Stellvertretung eines verhinderten Berufsbeistands durch einen Berufskollegen am einmaligen Entschädigungsanspruch gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde bzw. der verbeiständeten Person nichts ändert. Die Absicherung der wirtschaftlichen Existenz des Beistands betrifft wohl weniger das Verhältnis zwischen ihm und der Erwachsenenschutzbehörde, sondern vielmehr das Verhältnis des Beistands zu einer allfälligen Arbeitgeberin bei Berufs- und Fachbeiständen und steht überdies im Zusammenhang mit dem Sozialversicherungsrecht.¹²⁵⁰ Eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln über die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung auf das Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde scheint demnach nicht angebracht.

¹²⁵⁰ Vgl. für Ausführungen zu sozialversicherungsrechtlichen Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde hinten, Rz. 524–583.

VI. Sozialversicherungsrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde

§ 1 Vorbemerkungen zum Sozialversicherungsrecht

1. Arbeitnehmer, Arbeitgeber, Selbstständigerwerbende und Nichterwerbstätige im Sozialversicherungsrecht

a) Arbeitnehmer

Im Sozialversicherungsrecht hat der Begriff des Arbeitnehmers sowohl im 524
Versicherungs- als auch im Beitragsbereich eine grundlegende Bedeu-
tung.¹²⁵¹ Das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversiche-
rungsrechts (ATSG) definiert den Begriff in Art. 10. Demnach gelten als
Arbeitnehmer Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und
dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen.
Angeknüpft wird mit dieser Definition einerseits an die Ausübung einer
unselbstständigen Erwerbstätigkeit. Andererseits ist das Erzielen eines mass-
gebenden Lohnes von Bedeutung. Was allerdings als solches Einkommen
gilt, regelt nicht das ATSG, sondern die einschlägigen Einzelgesetze (z.B.
Art. 5 AHVG und Art. 7 ff. AHVV).¹²⁵² Der Begriff des Arbeitnehmers ist in
allen Sozialversicherungszweigen derselbe.¹²⁵³ Arbeitnehmer können nur
natürliche Personen sein.¹²⁵⁴

Das BVG ist grundsätzlich vom Geltungsbereich des ATSG ausgeklammert. 525
Trotzdem kommt infolge Verweisung¹²⁵⁵ auch im Bereich der obligatori-
schen beruflichen Vorsorge der Arbeitnehmerbegriff gemäss Art. 10 ATSG
zur Anwendung. Dass im BVG gewisse Kategorien von Arbeitnehmern von
der Unterstellung unter die Versicherung ausgenommen werden (vgl.
Art. 1j–3 BVV 2), ändert nichts an der Anwendbarkeit des Begriffs.¹²⁵⁶

¹²⁵¹ LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 1.

¹²⁵² LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 7; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7, Rz. 18.

¹²⁵³ LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 12 f.

¹²⁵⁴ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 3.

¹²⁵⁵ Art. 5 Abs. 1 BVG verweist für den Begriff des Arbeitnehmers auf das AHV-
Recht. Dieses wiederum erklärt gestützt auf Art. 1 Abs. 1 AHVG für den Versi-
cherungsbereich die Bestimmungen des ATSG als generell anwendbar.

¹²⁵⁶ LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 25.

b) Arbeitgeber

- 526 Arbeitgeber ist gemäss Art. 11 ATSG, wer Arbeitnehmer beschäftigt. Diese Definition enthält keine selbstständige Umschreibung des Arbeitgebers, sondern lehnt sich eng an den Begriff des Arbeitnehmers gemäss Art. 10 ATSG an. Da im Sozialversicherungsrecht grundsätzlich ein einheitlicher Arbeitnehmerbegriff gilt, trifft dies auch für den Begriff der Arbeitgeberin zu.¹²⁵⁷ Arbeitgeberin ist demnach, wer Arbeitnehmer beschäftigt und – über den engen Wortlaut von Art. 11 ATSG hinaus – auch entlohnt. Die Rechtsform ist für die Arbeitgeberbereiensechaft nicht entscheidend. Es kann sich bei der Arbeitgeberin um eine natürliche oder juristische Person, eine Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit, eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt usw. handeln.¹²⁵⁸
- 527 Das Sozialversicherungsrecht auferlegt der Arbeitgeberin verschiedene öffentlich-rechtliche Pflichten.¹²⁵⁹ Art. 28 Abs. 1 ATSG verpflichtet sie generell zur unentgeltlichen Mitwirkung beim Vollzug des Sozialversicherungsrechts.¹²⁶⁰ Die Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts sind für die Arbeitgeberin beim Vollzug der beruflichen Vorsorge wegen der grundsätzlichen Ausklammerung des BVG vom ATSG nicht anwendbar. Für den Bereich der beruflichen Vorsorge finden sich die Mitwirkungspflichten der Arbeitgeberin jedoch im BVG selbst. Für die anderen Sozialversicherungszweige werden in den Einzelgesetzen Pflichten festgelegt, welche diejenigen des ATSG konkretisieren oder darüber hinausgehen.¹²⁶¹

c) Selbstständigerwerbende

- 528 Art. 12 Abs. 1 ATSG umschreibt den Begriff des Selbstständigerwerbenden negativ in Abgrenzung zu demjenigen des Arbeitnehmers. Demnach ist selbstständigerwerbend, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmer geleistete Arbeit darstellt. In Art. 12 Abs 2 ATSG wird überdies festgehalten, dass eine Person gleichzeitig Selbstständiger-

¹²⁵⁷ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 2.

¹²⁵⁸ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 3; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7, Rz. 19.

¹²⁵⁹ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 5.

¹²⁶⁰ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 6.

¹²⁶¹ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 7.

werbende und auch Arbeitnehmerin sein kann, wenn sie entsprechendes Erwerbseinkommen erzielt.¹²⁶²

Die selbstständigerwerbende Person leistet wie der Arbeitnehmer körperliche und/oder geistige Arbeit. Kennzeichnend ist überdies, dass sich die Tätigkeit nicht in Arbeitsleistung erschöpft, sondern dass oft auch eigenes oder fremdes Kapital eingesetzt wird.¹²⁶³

Da der Begriff des Arbeitnehmers auch im Bereich des BVG anwendbar ist und der Begriff des Selbstständigerwerbenden davon abgeleitet wird, kommt die Definition von Art. 12 ATSG auch im Recht der beruflichen Vorsorge zur Anwendung, soweit der Begriff dort relevant ist (Art. 3 f. BVG).¹²⁶⁴

d) Nichterwerbstätige

Obwohl der Begriff der nichterwerbstätigen Person von verschiedenen vom ATSG erfassten Sozialversicherungsgesetzen verwendet wird, enthält das ATSG selbst keine Definition. Ausgehend vom Begriff der Erwerbstätigkeit¹²⁶⁵ kann der Begriff der Nichterwerbstätigkeit folgendermassen umschrieben werden: Nichterwerbstätig ist eine Person, die keine Erwerbstätigkeit ausübt.¹²⁶⁶ Die nichterwerbstätige Person übt demnach weder als Arbeitnehmerin noch als Selbstständigerwerbende eine Erwerbstätigkeit aus.¹²⁶⁷

2. Erwerbstätigkeit als Anknüpfungspunkt

a) Allgemeines

Verschiedene Sozialversicherungszweige knüpfen zur Klärung der Frage, ob eine Person einer Versicherung unterstellt ist, an die Erwerbstätigkeit an. Dabei wird gegebenenfalls zusätzlich unterschieden, ob eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit vorliegt.^{1268, 1269} Es geht demnach um

¹²⁶² SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 7, Rz. 20.

¹²⁶³ LOCHER/GÄCHTER, § 24, Rz. 7.

¹²⁶⁴ LOCHER/GÄCHTER, § 24, Rz. 17.

¹²⁶⁵ Vgl. dazu hinten, Rz. 535.

¹²⁶⁶ LOCHER/GÄCHTER, § 25, Rz. 5.

¹²⁶⁷ LOCHER/GÄCHTER, § 25, Rz. 7.

¹²⁶⁸ Vgl. Art. 10–12 ATSG.

¹²⁶⁹ KIESER, N 4/24.

die Qualifikation als Selbstständigerwerbender oder Arbeitnehmer.¹²⁷⁰ Allerdings stimmt die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation nicht unbedingt mit der arbeitsrechtlichen überein.¹²⁷¹ Der sozialversicherungsrechtliche Begriff des Arbeitnehmers geht über den arbeitsrechtlichen hinaus.¹²⁷²

- 533 Sowohl die selbstständige als auch die unselbstständige Erwerbstätigkeit als Unterstellungskriterium gewählt haben die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), die Invalidenversicherung (IV), die Erwerbsersatzordnung (EO), die Krankenversicherung (KV) und die Familienzulagenordnung.¹²⁷³ Nur die unselbstständige Erwerbstätigkeit als Unterstellungskriterium bestimmt haben die berufliche Vorsorge (bV), die Unfallversicherung (UV) und die Arbeitslosenversicherung (ALV).¹²⁷⁴ Selbstständigerwerbende können sich in der beruflichen Vorsorge und in der Unfallversicherung jedoch freiwillig versichern.¹²⁷⁵
- 534 Das Vorliegen einer Erwerbstätigkeit entscheidet sich nach dem Kriterium der Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, welche auf eine systematische und planmässige Handlung der betreffenden Person zurückzugehen hat.¹²⁷⁷ Um die selbstständige von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit abzugrenzen, wird im Sozialversicherungsrecht massgebend auf die Elemente des Unternehmerrisikos und der betriebswirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit abgestellt.¹²⁷⁸ Es ist demnach jeweils in einem ersten Schritt zu klären, ob überhaupt eine Erwerbstätigkeit vorliegt. Danach kann in einem zweiten Schritt geklärt werden, ob die (allfälli-

¹²⁷⁰ LOCHER/GÄCHTER, § 21, Rz. 1.

¹²⁷¹ GEISER/MÜLLER, Rz. 993a; vgl. auch vorne, Rz. 483.

¹²⁷² LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 16.

¹²⁷³ Vgl. Art. 1a Abs. 1 Bst. b AHVG; Art. 1b IVG; Art. 27 Abs. 1 EOG; Art. 3 Abs. 3 Bst. a KVG; Art. 11 Abs. 1 FamZG.

¹²⁷⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 BVG; Art. 1a Abs. 1 UVG; Art. 2 Abs. 1 AVIG.

¹²⁷⁵ KIESER, N 4/24.

¹²⁷⁶ Vgl. Art. 4 und Art. 44 f. BVG; Art. 4 f. UVG.

¹²⁷⁷ KIESER, N 4/25 m.V. auf BGE 115 V 161, E. 9 (systematisches und planmässiges Handeln); BGE 125 V 383, E. 2a (keine Erwerbstätigkeit bei Verwaltung des Privatvermögens) und BGE 128 V 20, E. 3b (Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit).

¹²⁷⁸ KIESER, N 4/25 m.V. auf BGE 122 V 169, E. 3 (Weisungsbefugnis) und BGE 123 V 161, E. 1 (Unternehmerrisiko).

ge) Erwerbstätigkeit eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit darstellt.¹²⁷⁹

b) Erwerbstätigkeit und Nichterwerbstätigkeit

Der Begriff der Erwerbstätigkeit im Sinne des AHV-Rechts setzt die Aus- 535
übung einer auf die Erzielung von Einkommen gerichteten bestimmten
(persönlichen) Tätigkeit voraus, durch welche die wirtschaftliche Leistungs-
fähigkeit erhöht wird. Nicht massgebend ist dabei, ob die betreffende Per-
son subjektiv eine Erwerbsabsicht hat, d.h. wie sie ihre Tätigkeit selber quali-
fiziert. Entscheidend sind vielmehr die konkreten wirtschaftlichen Verhältni-
se, die durch eine Tätigkeit begründet werden oder in deren Rahmen eine
solche ausgeübt wird.¹²⁸⁰ Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts gel-
ten als Einkommen aus einer Erwerbstätigkeit alle Einkünfte, die ein Versi-
cherter durch eine körperliche oder geistige Tätigkeit erzielt, mag er damit
wissenschaftliche, künstlerische, religiöse oder andere auf Erwerb gerichtete
Ziele verfolgen.¹²⁸¹ Wesentliches Merkmal einer Erwerbstätigkeit ist die
planmässige Verwirklichung der Erwerbsabsicht in der Form von Arbeitslei-
stung.¹²⁸² Die Gründe weshalb eine Erwerbstätigkeit ausgeübt wird – sei es
um den Lebensunterhalt zu verdienen, aus Idealismus oder aus Profitgier –
sind ohne Bedeutung.^{1283, 1284}

Die Abgrenzung der Erwerbstätigen von den Nichterwerbstätigen ist insbe- 536
sondere im Bereich der AHV von Bedeutung, da dort unterschiedliche Bei-
tragssysteme bestehen (vgl. Art. 4 und Art. 10 AHVG).¹²⁸⁵ Unterscheiden
lassen sich allerdings drei Kategorien von Personen: Erstens die Nichter-
werbstätigen, zweitens die voll Erwerbstätigen und drittens die Teilerwerbs-
tätigen.¹²⁸⁶ Die Einordnung in eine der drei Kategorien kann bei Selbststän-
digerwerbenden Schwierigkeiten bereiten, da bei ihnen das Ausmass der

¹²⁷⁹ KIESER, N 4/26.

¹²⁸⁰ ZAK 1987, S. 417 ff., E. 3c.

¹²⁸¹ ZAK 1982, S. 366, E. 1b; ZAK 1978, S. 458 ff., E. 2b.

¹²⁸² BGE 139 V 12, E. 4.3.

¹²⁸³ ZAK 1963, S. 18 f.; ZAK 1978, S. 458 ff., E. 2b.; ZAK 1982, S. 366 ff., E. 1b.

¹²⁸⁴ Recht der sozialen Sicherheit FORSTER, N 10.74.

¹²⁸⁵ KIESER, N 4/28.

¹²⁸⁶ Vgl. für weitere Ausführungen dazu KIESER, N 4/30 ff.

zeitlichen Betätigung oft kaum belegbar und auch nicht durchwegs von Bedeutung ist.¹²⁸⁷

c) Selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit

- 537 Die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit bereitet nicht selten Schwierigkeiten und ist entsprechend Gegenstand von Auseinandersetzungen.¹²⁸⁸ Von Bedeutung ist die Abgrenzung insbesondere, da Selbstständigerwerbende und Unselbstständigerwerbende nicht im gleichen Mass den bestehenden Sozialversicherungszweigen unterstellt sind.¹²⁸⁹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Abmachungen bzw. das rechtliche Grundverhältnis zwischen den Beteiligten nicht massgebend für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation als Selbstständigerwerbender oder Unselbstständigerwerbender. Vielmehr beachtet das Bundesgericht die wirtschaftlichen Gegebenheiten.¹²⁹⁰ Für die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit sind demnach diejenigen Punkte von Bedeutung, welche Aufschluss darüber geben, ob im Einzelfall eine betriebswirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeit des Erwerbstätigen von einer Arbeitgeberin gegeben ist oder ob der Erwerbstätige durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt¹²⁹¹ oder wer das spezifische Unternehmerrisiko trägt^{1292, 1293}
- 538 Da allgemeine Grundsätze fehlen und die Erscheinungsformen des erwerblichen Handelns vielfältig sind, gestaltet sich eine angemessene Gewichtung der Kriterien des Abhängigkeitsverhältnisses bzw. des Unternehmerrisikos zuweilen schwierig. Je nach Tätigkeit kommt unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten dem einen oder anderen Kriterium besondere Bedeutung zu. Oft ist das Kriterium des Unternehmerrisikos ausschlaggebend.¹²⁹⁴ Zur Beurteilung, ob ein Erwerbstätiger ein unternehmerisches

¹²⁸⁷ KIESER, N 4/41.

¹²⁸⁸ KIESER, N 4/52.

¹²⁸⁹ Vgl. für eine tabellarische Zusammenstellung KIESER, N 4/51.

¹²⁹⁰ KIESER, N 4/57 m.V. auf BGE 119 V 161, E. 2; BGE 123 V 161, E. 1 und AHI-Praxis 1995, S. 136; BGE 144 V 111, E. 4.2.

¹²⁹¹ BGE 115 V 161, E. 9.

¹²⁹² BGE 119 V 161, E. 2.

¹²⁹³ KIESER, N 4/61; LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 15.

¹²⁹⁴ KIESER, N 4/62.

Risiko trägt oder nicht, wird vorrangig darauf abgestellt, ob er bedeutende Investitionen vorzunehmen hat.¹²⁹⁵ Gewisse Tätigkeiten erfordern aber ihrer Natur nach nicht oder nicht notwendigerweise erhebliche Investitionen. In entsprechenden Fällen kommt der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit gegenüber dem Unternehmerrisiko erhöhte Bedeutung zu.¹²⁹⁶

Übt eine Person gleichzeitig mehrere Tätigkeiten aus, ist für jede Tätigkeit 539
einzeln zu prüfen, ob es sich um eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit handelt.¹²⁹⁷ Dies gilt auch, wenn die Tätigkeiten für dieselbe Firma vorgenommen werden.¹²⁹⁸

aa) Kriterien für selbstständige Erwerbstätigkeit

Selbstständige Erwerbstätigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn die beitrags- 540
pflichtige Person durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Leistungen abgegolten wird.¹²⁹⁹ Davon ausgehend hat die Rechtsprechung diverse Einzelkriterien definiert, welche auf das Vorliegen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit hindeuten und je nach zu beurteilender Tätigkeit berücksichtigt werden. Demnach deuten folgende Einzelkriterien auf eine selbstständige Erwerbstätigkeit hin:¹³⁰⁰

- Führen eines Betriebs mit Angestellten in eigenen Geschäftsräumlichkeiten;¹³⁰¹
- Gleichstellung gegenüber derjenigen Person, welche den Auftrag erteilt hat;¹³⁰²
- gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne von diesen abhängig zu sein;¹³⁰³

¹²⁹⁵ FORSTER, § 15, Rz. 26.

¹²⁹⁶ LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 21.

¹²⁹⁷ LOCHER/GÄCHTER, § 24, Rz. 5; BGE 144 V 111, E. 6.1.

¹²⁹⁸ BGE 122 V 169, E. 3b.

¹²⁹⁹ BGE 115 V 161, E. 9a.

¹³⁰⁰ KIESER, N 4/63 f.

¹³⁰¹ ZAK 1988, S. 377 ff. (Agent, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³⁰² BGE 114 V 65, E. 2b (Weinbau-Akkordant, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³⁰³ ZAK 1982, S. 215 f. (Agent); BGE 122 V 169, E. 3c (Telefonhostess, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

- Tragen von Geschäftskosten;¹³⁰⁴
- erfolgsgebundene Entschädigung;¹³⁰⁵
- Haftung gegenüber Drittpersonen;¹³⁰⁶
- Wahl der Arbeitszeit, Erledigung der Arbeit zu Hause, keine Entgegennahme von Weisungen;¹³⁰⁷
- Heranziehen der betreffenden Person von Fall zu Fall;¹³⁰⁸
- gesetzlich vorgesehene Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit.¹³⁰⁹

bb) Kriterien für unselbstständige Erwerbstätigkeit

541 Unselbstständige Erwerbstätigkeit liegt grundsätzlich vor, wenn eine Person bei der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit von einer anderen Person in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt.¹³¹⁰ Gemäss Rechtsprechung deuten folgende Einzelkriterien auf das Vorliegen einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit hin:¹³¹¹

- Fehlen von erheblichen Investitionen;¹³¹²
- keine Bezahlung von Angestelltenlöhnen;¹³¹³
- keine massgebliche Entscheidungsbefugnis über Investitionen und Personalfragen;¹³¹⁴

¹³⁰⁴ BGE 119 V 161, E. 3b (freier Journalist, i.c. als unselbstständig qualifiziert); das Unternehmerrisiko besteht gerade darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Selbstständigerwerbende zu tragen hat (vgl. BGE 122 V 169, E. 3c).

¹³⁰⁵ ZAK 1985, S. 314 ff., E. 3b (Leiterin einer Brockenstube, i.c. als selbstständig qualifiziert).

¹³⁰⁶ ZAK 1985, S. 314 ff., E. 3b (Leiterin einer Brockenstube, i.c. als selbstständig qualifiziert).

¹³⁰⁷ ZAK 1953, S. 462 ff. (Buchhalter, i.c. als selbstständig qualifiziert).

¹³⁰⁸ ZAK 1955, S. 107 ff., E. 2 (Tierarzt, i.c. als selbstständig qualifiziert).

¹³⁰⁹ BGE 123 V 161 (nebenberuflicher Revisor einer Aktiengesellschaft, i.c. als selbstständig qualifiziert).

¹³¹⁰ BGE 123 V 161, E. 1.

¹³¹¹ KIESER, N 4/66.

¹³¹² ZAK 1986, S. 331 ff., E. 2c f. (Akquisiteur, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³¹³ ZAK 1986, S. 331 ff., E. 2c f. (Akquisiteur, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³¹⁴ ZAK 1988, S. 291 f. (Arzt, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

- Höhe des Einkommens in wesentlichem Mass abhängig von der Präsenzzeit, nicht hingegen vom Umfang und der Art der zu verrichtenden Arbeit;¹³¹⁵
- Pflicht, sich an vorgegebene Weisungen zu halten;¹³¹⁶
- keine Pflicht, Aufträge zu akquirieren;¹³¹⁷
- Bindung an einen Arbeitsplan, Angewiesensein auf firmeneigene Einrichtungen, kein Tragen von erheblichen Unkosten;¹³¹⁸
- regelmässige Arbeit für die nämliche Arbeitgeberin;¹³¹⁹
- eingehende Festlegung der Arbeitsorganisation durch ein Reglement, Festlegung der Entschädigung nach einem Tarif;¹³²⁰
- regelmässige Auszahlung der zu qualifizierenden Beiträge;¹³²¹
- im Falle einer unregelmässig ausgeübten Tätigkeit: wirtschaftliches Risiko erschöpft sich in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg;¹³²²
- Pflicht der betreffenden Person, die einzelnen zugewiesenen Fälle zu bearbeiten;¹³²³
- Bestehen eines derartigen Abhängigkeitsverhältnisses, dass beim Wegfall der Tätigkeit eine ähnliche Situation eintritt wie beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers.¹³²⁴

¹³¹⁵ BGE 101 V 252, E. 3a (Arzt, i.c. als zumindest teilweise unselbstständig qualifiziert).

¹³¹⁶ ZAK 1955, S. 34 ff. (Babysitter, i.c. als unselbstständig qualifiziert); ZAK 1956, S. 38 f. (Lehrer, der für ein Sprachinstitut Arbeiten korrigiert, i.c. als unselbstständig qualifiziert); ZAK 1957, S. 317 f., E. 2 (Geschäftsführer, i.c. als unselbstständig qualifiziert); ZAK 1970, S. 469 f., E. 2 (Friedhofgärtner, i.c. als unselbstständig qualifiziert); ZAK 1979, S. 344 f., E. 3 f. (Lastwagenfahrer mit eigenem Fahrzeug, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³¹⁷ ZAK 1989, S. 99 ff., E. 5b (freie EDV-Mitarbeiter, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³¹⁸ ZAK 1982, S. 185 f. (EDV-Mitarbeiter, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³¹⁹ BGE 119 V 161 (freier Journalist, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³²⁰ ZAK 1952, S. 437 f. (Musiklehrer, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³²¹ ZAK 1950, S. 159 f. (Pfarrer, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³²² BGE 122 V 169, E. 3c (Telefonhostess, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³²³ ZAK 1987, S. 357 ff. (Schulzahnarzt, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

¹³²⁴ SVR 1996, AHV, Nr. 89 (Agent, i.c. als unselbstständig qualifiziert).

cc) *Qualifikation bei Vorliegen von Kriterien für selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit*

- 542 Zuweilen liegen sowohl Kriterien vor, die auf eine selbstständige Erwerbstätigkeit hindeuten, als auch Kriterien, die auf eine unselbstständige Erwerbstätigkeit hindeuten. In entsprechenden Fällen ist zu untersuchen, welche der Merkmale tatsächlich überwiegen.¹³²⁵ Die Art der zu qualifizierenden Tätigkeit wirkt sich insofern aus, als die Rechtsprechung für bestimmte Bereiche festgelegt hat, welchen Kriterien besonderes Gewicht zukommt.¹³²⁶ Ferner ist im Zweifelsfall massgebend, dass die bisherige Qualifikation als selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit nur mit einer gewissen Zurückhaltung aufzugeben ist.¹³²⁷ Überdies ist zu berücksichtigen, dass der dem Sozialversicherungsrecht zugrundeliegende Schutzgedanke dazu führen kann, eher eine unselbstständige als eine selbstständige Tätigkeit anzunehmen.¹³²⁸
- 543 Aufgabe der Rechtsprechung ist es, bei der Handhabung der verschiedenen Anknüpfungsbegriffe mittels einer harmonisierenden Auslegung auf eine Koordination zwischen den verschiedenen Sozialversicherungszweigen hinzuwirken. Daraus folgt, dass eine Erwerbstätigkeit in den einzelnen Zweigen des Sozialversicherungsrechts gleich zu qualifizieren ist, soweit dem nicht eine gesetzliche Regelung entgegensteht.¹³²⁹

¹³²⁵ Vgl. z.B. BGE 144 V 111, E. 4.2 m.w.H.; BGE 119 V 161, E. 2 m.w.H.

¹³²⁶ KIESER, N 4/67 m.V. auf BGE 119 V 161, E. 3b (Agenten und Reisevertreter gelten nur als selbstständigerwerbend, wenn sie kumulativ eigene Geschäftsräumlichkeiten benutzen, eigenes Personal beschäftigen und die Geschäftskosten im Wesentlichen selber tragen.); BGE 114 V 65, E. 2b (Akkordanten gelten nur als selbstständigerwerbend, wenn sie dem Auftraggeber gleichgestellt sind und ein eigenes Unternehmerrisiko tragen.); AHI-Praxis 1996, S. 123 ff. (Freie IT-Mitarbeiter gelten i.d.R. als unselbstständigerwerbend.); AHI-Praxis 2001, S. 257 (Bei Übersetzern ist der arbeitsorganisatorischen Unabhängigkeit ein besonderes Gewicht zuzumessen.); SVR 2005, AHV, Nr. 3, E. 4.3 (Unternehmensberater sind typischerweise selbstständigerwerbend.).

¹³²⁷ ZAK 1989, S. 439 ff., E. 2b; BGE 121 V 1, E. 5b.

¹³²⁸ KIESER, N 4/68, der in FN 117 allerdings darauf hinweist, dass die Rechtsprechung nicht durchwegs von diesem Schutzgedanken getragen sei.

¹³²⁹ KIESER, N 4/69 m.V. auf BGE 119 V 161, E. 3b; LOCHER/GÄCHTER, § 22, Rz. 23.

3. Leistung der Beiträge

Mit der Unterstellung einer Person unter einen bestimmten Zweig der Sozialversicherung ist noch nicht unbedingt geklärt, wer die entsprechenden Beiträge zu leisten und abzuliefern hat.¹³³⁰ 544

a) Beiträge der Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Die Arbeitgeberin ist als Beitrags- und Erfüllungsschuldnerin im Allgemeinen verpflichtet, an die jeweilige Sozialversicherung einen i.d.R. mindestens gleich hohen Beitrag zu bezahlen wie die Arbeitnehmer¹³³¹. In der Unfallversicherung (UV) trägt die Arbeitgeberin die Prämien für die Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten vollständig, während die Prämien für die obligatorische Versicherung für Nichtberufsunfälle vorbehaltlich anderer Abreden zulasten der Arbeitnehmer gehen (Art. 91 Abs. 1 und Abs. 2 UVG).¹³³² 545

Die Arbeitgeberin hat von Gesetzes wegen die Beiträge der Arbeitnehmer vom Lohn abzuziehen und zusammen mit dem eigenen Anteil der Sozialversicherung abzuliefern^{1333, 1334} 546

b) Beiträge der Selbstständigerwerbenden

Selbstständigerwerbende sind nicht typischerweise den Sozialversicherungen unterstellt.¹³³⁵ Allerdings gelten Ausnahmen von diesem Grundsatz. Bei gewissen Sozialversicherungszweigen sind demnach auch Selbstständigerwerbende zur Beitragsleistung verpflichtet. Dies betrifft insbesondere die AHV, IV und EO^{1336, 1337} 547

¹³³⁰ Für eine Übersicht über die Beitragspflicht sowie die Beitragshöhe von Arbeitnehmern, Arbeitgeberinnen, Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in den einzelnen Sozialversicherungszweigen vgl. KIESER, N 5/72 ff.

¹³³¹ Vgl. Art. 12–14 AHVG; Art. 3 IVG; Art. 26 f. EOG; Art. 3 Abs. 3 AVIG; Art. 66 Abs. 1 BVG.

¹³³² LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 10; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 11, Rz. 53.

¹³³³ Vgl. Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 AHVG; Art. 3 Abs. 2 IVG; Art. 27 Abs. 3 EOG; Art. 5 Abs. 1 AVIG; Art. 66 Abs. 2 und 3 BVG; Art. 91 Abs. 3 UVG.

¹³³⁴ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 11; SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 11, Rz. 53.

¹³³⁵ Vgl. dazu auch vorne, Rz. 533.

¹³³⁶ Vgl. Art. 4 Abs. 1 AHVG; Art. 2 IVG; Art. 27 Abs. 1 EOG.

¹³³⁷ KIESER, N 5/74.

- 548 Bei selbstständigerwerbenden Personen können die Beiträge nicht direkt vom Lohn abgezogen werden, weil das reine Erwerbseinkommen erst nach Vornahme verschiedener Berechnungen am Ende des Geschäftsjahres ermittelt werden kann. Dabei werden die von den Steuerbehörden im Verfahren der Festlegung der direkten Bundessteuer ermittelten Einkommenswerte übernommen (Art. 9 Abs. 3 AHVG)^{1338, 1339} Die Erhebung der Beiträge erfolgt direkt bei der selbstständigerwerbenden Person.

c) Beiträge der Nichterwerbstätigen

- 549 Bei denjenigen Sozialversicherungszweigen, die als sog. Volksversicherung ausgestaltet sind, z.B. AHV, IV und EO, sind auch Nichterwerbstätige obligatorisch versichert und beitragspflichtig.¹³⁴⁰
- 550 Da bei Nichterwerbstätigen zur Beitragsbemessung nicht auf ein Erwerbseinkommen abgestellt werden kann, hatte der Gesetzgeber für diese Kategorie ein eigenes Beitragssystem zu entwickeln.¹³⁴¹ Demnach werden bei Nichterwerbstätigen die Beiträge gestützt auf die sozialen Verhältnisse erhoben. Dabei wird berücksichtigt, über welches Vermögen und Renteneinkommen die Person verfügt.¹³⁴² Die Erhebung der Beiträge erfolgt direkt bei der nichterwerbstätigen Person.

¹³³⁸ Art. 23 Abs. 4 AHVV bestimmt, dass die Angaben der Steuerbehörden für die Ausgleichskassen verbindlich sind. Die Organe des Sozialversicherungsrechts sind dennoch nicht an die Qualifikation eines Einkommens als aus selbstständiger Erwerbstätigkeit durch die Steuerbehörden gebunden. Die beiden Fragen, ob überhaupt eine Erwerbstätigkeit vorliegt und ob diese als selbstständig oder unselbstständig zu qualifizieren ist, sind von den Ausgleichskassen autonom zu beurteilen. Die steuerrechtliche Qualifikation ist bei der Abgrenzung dennoch ein gewichtiges Indiz, was im Einzelfall aber nicht ausschliesst, dass eine Tätigkeit steuerrechtlich als selbstständig, sozialversicherungsrechtlich hingegen als unselbstständig beurteilt wird (vgl. BGE 122 V 281, E. 5d m.w.H. und LANZ, AJP 1997, S. 1467 f.).

¹³³⁹ LOCHER/GÄCHTER, § 64, Rz. 31.

¹³⁴⁰ LOCHER/GÄCHTER, § 25, Rz. 1.

¹³⁴¹ KIESER, N 5/75.

¹³⁴² KIESER, N 5/76 f.

§ 2 Die Tätigkeit des (Privat-)Beistands aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht

1. Vorbemerkungen

Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht stellt sich im Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde die Frage, ob es sich bei der Tätigkeit des Beistands um eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit handelt. Während Berufsbeistände und teilweise auch Fachbeistände als Arbeitnehmer eines Dritten von einer Unterstellung als Unselbstständigerwerbende unter die entsprechenden Sozialversicherungszweige profitieren, stellt sich die Frage besonders für die Privatbeistände, die ihr Mandat nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses wahrnehmen. Im Folgenden soll deshalb unter Berücksichtigung der bisherigen Ausführungen und Ergebnisse dieser Arbeit untersucht werden, ob Privatbeistände aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht als Selbstständigerwerbende oder als Unselbstständigerwerbende zu qualifizieren sind. 551

2. Bisherige Praxis und Lehre

Mit der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation der Entschädigungen von Privatbeiständen hat sich die Lehre bisher kaum befasst. Die zum Thema ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung beschränkt sich – soweit ersichtlich – massgeblich auf einen Entscheid aus dem Jahr 1972¹³⁴³. Auch die kantonalen Gerichte haben sich lediglich vereinzelt mit der Frage befasst. Die Praxis der Erwachsenenschutzbehörden betreffend die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge von den an Privatbeistände ausgerichteten Entschädigungen scheint sodann zumindest in den vergangenen Jahren uneinheitlich gewesen zu sein. Bevor eine eigene sozialversicherungsrechtliche Einordnung der Tätigkeit der Privatbeistände vorgenommen wird, soll deshalb die bisherige Praxis und Lehre zur Frage überblicksweise dargestellt werden. 552

a) Bundesgericht

Das Bundesgericht hat in BGE 98 V 230 festgestellt, dass nebenamtliche Vormünder im Hinblick auf ihre Tätigkeit sozialversicherungsrechtlich als 553

¹³⁴³ BGE 98 V 230.

Unselbstständigerwerbende gelten. Demnach sei die ihnen von der Vormundschaftsbehörde zugesprochene Entschädigung massgebender Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG. Arbeitgeberin der Vormünder i.S.v. Art. 12 AHVG sei das Gemeinwesen, welches Träger der Vormundschaftsbehörde war. Dies gelte auch dann, wenn die Entschädigung dem Vormund zulasten des Mündelvermögens ausgerichtet werde. Entsprechend habe die Vormundschaftsbehörde bzw. das Gemeinwesen über die den Vormündern zugesprochenen Entschädigungen paritätisch Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen (Art. 14 Abs. 1 AHVG).¹³⁴⁴

- 554 Wie das Bundesgericht im Urteil aber ebenfalls festhielt, könne nicht generell gesagt werden, die Ausübung einer öffentlichen Funktion sei an sich unselbstständige Erwerbstätigkeit. Die Stellung des Vormunds erhellte vielmehr aus der rechtlichen Ausgestaltung seines Amtes im ZGB. Dabei stehe im Hinblick auf sein sozialversicherungsrechtliches Beitragsstatut nicht sein rechtsgeschäftliches Handeln zum Wohle des Mündels im Vordergrund, sondern sein Verhältnis zur Vormundschaftsbehörde, die ihn bestellt hat.¹³⁴⁵
- 555 Zur Qualifikation des nebenamtlichen Vormunds als Unselbstständigerwerbender kam das Bundesgericht unter Hinweis auf die grundsätzliche Pflicht zur Übernahme einer Vormundschaft, die Aufsichtsfunktion der Vormundschaftsbehörde, die Bericht- und Rechnungserstattungspflicht des Vormunds, die Festlegung der Entschädigung des Vormunds durch die Behörde, die Möglichkeit der Beschwerde gegen Handlungen des Vormunds sowie die Mitwirkung der Behörde bei gewissen Geschäften. Im Weiteren hat das Bundesgericht zwar anerkannt, dass der Vormund in vielen Einzelhandlungen, die er für das Mündel vornehme, weitgehend selbstständig und selbstbestimmend handle. Trotzdem unterliege er einem generellen Weisungsrecht der Behörde, die ihn bestellt hat. Überdies könne und müsse die Behörde nötigenfalls in die Amtsführung des Vormunds eingreifen und ihn allenfalls seines Amtes entheben. Mit Blick auf das Unternehmerrisiko als Merkmal für selbstständige Erwerbstätigkeit hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Vormund keinerlei selbstständiges, frei übernommenes wirtschaftliches Risiko trage.¹³⁴⁶

¹³⁴⁴ BGE 98 V 230, E. 4c.

¹³⁴⁵ BGE 98 V 230, E. 4b.

¹³⁴⁶ BGE 98 V 230, E. 4b.

b) Kantonale Entscheide

aa) Kantonsgericht Neuenburg

Das Kantonsgericht Neuenburg hat mit Urteil CDP.2012.214 vom 20. März 2013¹³⁴⁷ entschieden, dass die von der Erwachsenenschutzbehörde an eine Beiständin ausgerichtete Entschädigung massgebenden Lohn i.S.v. Art. 5 Abs. 2 AHVG darstelle. Das Gericht wiederholte dabei im Wesentlichen die Argumentation, mit welcher das Bundesgericht in BGE 98 V 230 einen nebenamtlichen Vormund als Unselbstständigerwerbenden qualifizierte. Die Beiständin bleibe, auch wenn sie zahlreiche Handlungen weitgehend unabhängig und selbstständig im Interesse der verbeiständeten Person vornehme, zu einem gewissen Grad den Instruktionen der Erwachsenenschutzbehörde unterworfen. Im Ergebnis ging das Kantonsgericht davon aus, dass die Merkmale der selbstständigen Erwerbstätigkeit im konkreten Fall nicht überwogen.¹³⁴⁸ 556

Der vom Kantonsgericht Neuenburg zu beurteilende Fall war insofern eher aussergewöhnlich, als die Tätigkeit der Beiständin, deren Beitragsstatut es zu beurteilen galt, für eine private Mandatsträgerin verhältnismässig umfangreich war. Während sie im Jahr 2011 acht Beistandsmandate führte und für die Zeit von August bis Dezember eine Entschädigung von CHF 12'000.00 zugesprochen erhielt, erhöhte sich die Anzahl der von ihr geführten Beistandsmandate im Jahr 2012 auf 13, wofür die Beiständin eine Entschädigung von insgesamt zwischen CHF 35'000.00 und CHF 40'000.00 bezogen habe. Die Führung der Beistandsmandate bildete dabei die Haupttätigkeit der Beiständin und wurde von ihr in einem Arbeitspensum von ungefähr 50 % geleistet. Sie war sodann zumindest überwiegend – wenn nicht sogar ausschliesslich – für die entsprechende Erwachsenenschutzbehörde tätig. Das Gericht ist deshalb davon ausgegangen, dass die Beiständin aus wirtschaftlicher Sicht in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Erwachsenenschutzbehörde gestanden habe.¹³⁴⁹ 557

¹³⁴⁷ Zu finden unter: <<http://jurisprudence.ne.ch>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹³⁴⁸ CDP.2012.214, E. 3a = RJN 2013, S. 528 f.

¹³⁴⁹ CDP.2012.214, E. 3b und E. 3c = RJN 2013, S. 529 f.

bb) Verwaltungsgericht Graubünden

- 558 Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat mit Entscheid S 13 139 vom 20. Mai 2014¹³⁵⁰ im Zusammenhang mit der Beurteilung der Erfüllung der zur Geltendmachung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung notwendigen Beitragszeit entschieden, dass die Tätigkeit als (nebenamtlicher) Beistand eine beitragspflichtige Beschäftigung i.S.v. Art. 13 AVIG darstelle. Das Gericht hat in seinen Erwägungen massgeblich auf BGE 98 V 230 abgestellt, wonach die an einen Vormund bzw. Beistand ausgerichtete Entschädigung AHV-beitragsrechtlich als massgebender Lohn zu qualifizieren sei. Gemäss Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden stelle somit die Tätigkeit des Beistands auch ALV-rechtlich eine anrechenbare Beschäftigung dar.¹³⁵¹
- 559 Obschon für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation nicht von Bedeutung, hat der Beistand i.c. ausdrücklich eine AHV-Abrechnung für die ihm zugesprochene jährliche Entschädigung von CHF 2'000.00 verlangt und den ihm in Rechnung gestellten Arbeitnehmerbeitrag bezahlt. Von einem Verzicht auf die Erhebung der Beiträge wegen Geringfügigkeit konnte demnach nicht ausgegangen werden (vgl. Art. 34d AHVV).¹³⁵²

cc) Obergericht Bern

- 560 Das Obergericht des Kantons Bern hat mit Entscheid KES 14 797 vom 8. Juni 2015¹³⁵³ im Zusammenhang mit der Beurteilung der Verjährung sowie des Zeitpunkts der Festlegung des Rückforderungsanspruchs des Kantons für vorfinanzierte Beistandsentschädigungen gegenüber der verbeiständeten Person festgestellt, dass die an Privatbeistände auszurichtende Entschädigung nicht als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit betrachtet werde. Folglich habe sich der Kanton um die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge zu kümmern.¹³⁵⁴

¹³⁵⁰ Zu finden unter: <<http://www.lawsearch.gr.ch/le/>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹³⁵¹ S 13 139, E. 2d.

¹³⁵² S 13 139, E. 1 und E. 2d.

¹³⁵³ Zu finden unter: <<http://www.zsg-entscheide.apps.be.ch/tribunapublikation/>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹³⁵⁴ KES 14 797.

Das Obergericht Bern hat die in seinem Entscheid getroffene Annahme 561 allerdings nicht weiter begründet und auch nicht auf Literatur oder Rechtsprechung verwiesen.

c) Lehre

Gestützt auf BGE 98 V 230 sowie auf Empfehlungen des Arbeitsausschusses 562 der KOKES betreffend sozialversicherungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Entschädigung von privaten Mandatsträgern zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden¹³⁵⁵ wird in der Literatur zum Erwachsenenschutzrecht vertreten, dass die Entschädigung des Privatbeistands – unter Abzug der Spesen – massgebender Lohn i.S.v. Art. 12 und Art. 14 Abs. 1 AHVG und damit beitragspflichtig sei.¹³⁵⁶ Folglich habe die Erwachsenenschutzbehörde die AHV-Abrechnung aufgeschlüsselt nach Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträgen zu erstellen, dem Beistand zuzustellen und den Arbeitgeberbeitrag zu entrichten, sofern die Entschädigung aus der Amtskasse zu bezahlen ist. Sofern die Entschädigung dem Privatvermögen der verbeiständeten Person zu belasten ist, habe der Beistand den Arbeitgeberbeitrag aus dem Vermögen der verbeiständeten Person zu entnehmen und den Arbeitnehmerbeitrag aus eigener Kasse zu leisten.¹³⁵⁷

Zu beachten sei ferner, dass bei einer jährlichen Entschädigung von bis zu 563 CHF 2'300.00 auf den Beitrag an die Sozialversicherungen verzichtet werden kann (Art. 34d Abs. 1 AHVV). Bei Mehrfachmandaten bei derselben oder unterschiedlichen Erwachsenenschutzbehörden seien die Entschädigungen zusammenzuzählen. Sofern der Privatbeistand das ordentliche Rentenalter erreicht habe, seien Entschädigungen nur AHV-pflichtig, wenn sie

¹³⁵⁵ Zu finden unter: <https://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/06_Empfehlung_Mandatsentschaedigung_Uebearbeitung_Ila.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹³⁵⁶ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 23; KUKO ZGB HÄFELI, Art. 404, N 2, der allerdings lediglich ausführt, dass der Privatbeistand die Entschädigung persönlich erhalte und darauf AHV-Beiträge zu entrichten habe; MEIER, Droit de la protection de l'adulte, N 987; a.M. HELLE, N 131, die – ohne weitere Begründung – die Qualifikation des (Privat-)Beistands als Unselbstständigerwerbender sowie der Erwachsenenschutzbehörde bzw. ihrer Trägerschaft als Arbeitgeberin des Beistands als irrtümlich bezeichnet.

¹³⁵⁷ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 23.

den Freibetrag von monatlich CHF 1'400.00 bzw. jährlich CHF 16'800.00 übersteigen (Art. 6^{quater} Abs. 1 AHVV).¹³⁵⁸

- 564 Nur wenig praxisrelevant seien bisher die obligatorische Versicherung gegen Nichtberufsunfall und die berufliche Vorsorge, da das Beschäftigungsminimum von wöchentlich acht Arbeitsstunden (Art. 13 Abs. 1 UVV) bzw. das Mindesteinkommen von CHF 21'150.00 pro Jahr (Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 BVG) kaum je überschritten würden.¹³⁵⁹
- 565 Die wenigen Stellungnahmen der neueren Lehre basieren offenbar massgeblich auf BGE 98 V 230. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem sozialversicherungsrechtlichen Beitragsstatut von Privatbeiständen fehlt – soweit ersichtlich – in der Literatur¹³⁶⁰.
- 566 Sofern aber davon ausgegangen wird, dass die privaten Mandatsträger sozialversicherungsrechtlich als Unselbstständigerwerbende zu betrachten sind und die an sie ausgerichteten Entschädigungen massgebenden Lohn i.S.v. Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellen, wären die Mandatsträger konsequenterweise auch zumindest gegen Berufsunfälle zu versichern (Art. 1a Abs. 1 Bst. a UVG und Art. 1 UVV). Die Prämien für die obligatorische Berufsunfallversicherung hätten die Erwachsenenschutzbehörden bzw. ihre Trägerschaften in der Funktion als Arbeitgeberinnen zu tragen (Art. 91 Abs. 1 UVG).

d) Erwachsenenschutzbehörden

- 567 Wie den vorangegangenen Ausführungen entnommen werden kann, haben sich Lehre und Rechtsprechung – soweit ersichtlich – bisher nur vereinzelt mit dem sozialversicherungsrechtlichen Beitragsstatut von Privatbeiständen befasst.¹³⁶¹ Die Erwachsenenschutzbehörden verschiedener Kantone wer-

¹³⁵⁸ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 24.

¹³⁵⁹ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 25.

¹³⁶⁰ Allfällige das sozialversicherungsrechtliche Beitragsstatut von (Privat-)Beiständen betreffende Ausführungen beschränken sich regelmässig darauf, die bundesgerichtliche Rechtsprechung wiederzugeben bzw. die unmittelbar daraus zu gewinnenden Erkenntnisse zusammenzufassen. Vgl. z.B. FORSTER, § 13, Rz. 206–212 oder VALTERIO, N 295.

¹³⁶¹ Vgl. auch die Ausführungen des Arbeitsausschusses der KOKES im Rahmen seiner Empfehlungen betreffend sozialversicherungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Entschädigung von privaten Mandatsträgern zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden unter: <https://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/06_Empfehlung_Mandatsentschaedigung_Uebearbeitung_IIa.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

den aber von den zuständigen Stellen gestützt auf BGE 98 V 230 sowie die Empfehlungen des Arbeitsausschusses der KOKES zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden dazu angehalten, die Entschädigungen der Privatbeistände als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu behandeln.¹³⁶² Allerdings konnte mitunter eine uneinheitliche Handhabung festgestellt werden,¹³⁶³ was darauf hindeutet, dass die Beurteilung des Beitragsstatuts von Privatbeiständen inhaltlich zumindest nicht völlig unzweifelhaft ist.

In den Empfehlungen des Arbeitsausschusses der KOKES betreffend sozialversicherungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Entschädigung von privaten Mandatsträgern zuhanden der kantonalen Aufsichtsbehörden¹³⁶⁴ wird im Hinblick auf die praktische Umsetzung der Ausrichtung der Entschädigung sowie die Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge für private Mandatsträger festgehalten, dass die Information der Beistände über

¹³⁶² Vgl. z.B. das Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Aargau zu sozialversicherungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Entschädigung von privaten Mandatsträgern, in Kraft getreten am 1. Januar 2017, zu finden unter: <https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/jb/dokumente_6/kesb/dokumente_21/kreisschreiben_3/XKS20161_Kreisschreiben_Sozialversicherungsabgaben_def_Dez2016.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018) oder den Bericht des Departements des Innern des Kantons St. Gallen vom 3. Dezember 2012 zur Verordnung über die Entschädigung und den Spesenersatz bei Beistandschaften (insb. S. 7–9), zu finden unter: <https://www.sg.ch/home/soziales/kinde_und_erwachsenenschutz/kes_materialien_und_merkblaetter/_jcr_content/Par/accordion_list_1/AccordionPar/downloadlist_822090648/DownloadListPar/download.ocFile/Bericht%20zur%20Verordnung%20über%20die%20Entschädigung%20und%20den%20Spesenersatz%20bei%20Beistandschaften.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹³⁶³ Vgl. z.B. die Schreiben des Rechtsdienstes für Sicherheit und Justiz des Kantons Wallis vom 4. Januar 2016 sowie der Ausgleichskasse des Kantons Wallis vom 22. Dezember 2015 und vom November 2007 betreffend das Beitragsstatut privater Mandatsträger, zu finden unter: <https://www.vs.ch/de/web/sjsj/entreprises/asset_publisher/REQCieLgEIB3/document/id/1695325?inheritRedirect=false> (zuletzt besucht am 1. November 2018) oder das Merkblatt des Kantons Neuenburg betreffend den Abzug der Sozialabgaben auf den Entschädigungen der privaten Mandatsträger, in Kraft getreten am 1. Januar 2015, zu finden unter: <http://www.ne.ch/autorites/PJNE/Documents/curateurs_internet_oct2014.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

¹³⁶⁴ Zu finden unter: <https://www.kokes.ch/assets/pdf/de/dokumentationen/empfehlungen/06_Empfehlung_Mandatsentschaedigung_Ueberarbeitung_Ila.pdf> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

die Möglichkeit, die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge auch bei geringfügigem Lohn zu verlangen, durch die Erwachsenenschutzbehörde i.d.R. bei Amtsantritt zu erfolgen habe. Sofern die Entschädigung des privaten Mandatsträgers unter CHF 2'300.00 pro Jahr liege und er keine Abrechnung von AHV-Beiträgen verlange, habe die Behörde keine AHV-Abrechnung zu erstellen. Akzeptiere der Mandatsträger die Entschädigung ohne AHV-Abzüge, so entfalle die Abrechnung endgültig. Diese Empfehlung entspricht zwar Art. 34d Abs. 1 und 3 AHVV, lässt aber der Obliegenheit der Erwachsenenschutzbehörde zur Information der privaten Mandatsträger doch eine gewisse Bedeutung zukommen, soweit diese als Unselbstständigerwerbende behandelt werden. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei den privaten Mandatsträgern um in entsprechenden Belangen unerfahrene Personen handelt.¹³⁶⁵

3. Untersuchung der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation der Tätigkeit des Privatbeistands

a) Die Argumente des Bundesgerichts im Einzelnen

- 569 Die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation der Tätigkeit des Privatbeistands, der neben der Wahrung privater Interessen der verbeiständeten Person auch zur Erfüllung sozialstaatlicher öffentlicher Interessen beiträgt,¹³⁶⁶ ist anhand einer Untersuchung der Ausgestaltung des zwischen ihm und der Erwachsenenschutzbehörde vorliegenden Verhältnisses vorzunehmen.¹³⁶⁷ Dass allein aufgrund der staatlichen Ernennung einer Person zur Wahrnehmung einer Funktion, die teilweise auch im öffentlichen Interesse liegt, nicht generell von einer unselbstständigen Tätigkeit auszugehen ist, wurde vom Bundesgericht in BGE 98 V 230 präzisiert.¹³⁶⁸ Gemäss diesem Urteil, dem bis in die Gegenwart massgebliche Bedeutung für die von

¹³⁶⁵ Inwieweit die Erwachsenenschutzbehörden ihre Informationsobliegenheit gegenüber den privaten Mandatsträgern tatsächlich wahrnehmen und ob der durch die geforderte praktische Umsetzung bedingte administrative Aufwand – insbesondere auch im Falle einer Entschädigung von über CHF 2'300.00 pro Jahr – einen Einfluss auf die Höhe der den privaten Mandatsträgern zugesprochenen Entschädigungen hat, muss vorliegend offen bleiben.

¹³⁶⁶ Vgl. die Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde vorne, Rz. 505.

¹³⁶⁷ BGE 98 V 230, E. 4b.

¹³⁶⁸ BGE 98 V 230, E. 3 und E. 4b m.H. auf die vorangegangene Rechtsprechung.

der Praxis vorgenommene Einordnung der Tätigkeit des Privatbeistands zukommt, deutete auf eine unselbstständige Stellung des nebenamtlichen Vormunds hin, dass:¹³⁶⁹

- die Übernahme einer Vormundschaft grundsätzlich eine Bürgerpflicht war und nur unter eng umschriebenen gesetzlichen Voraussetzungen abgelehnt werden konnte;
- der Vormund für alle seine amtlichen Handlungen der Aufsicht der Vormundschaftsbehörde unterstand;
- der Vormund über seine Tätigkeit Bericht zu erstatten und über die Vermögensverwaltung Rechenschaft abzulegen hatte;
- die Berichte und Rechnungen der Genehmigung durch die Vormundschaftsbehörde bedurften;
- die Behörde die Entschädigung für die Tätigkeit des Vormunds festsetzte;
- jedermann, der ein Interesse hatte, bei der Vormundschaftsbehörde Beschwerde gegen alle Handlungen des Vormunds führen konnte;
- die Gültigkeit bestimmter Geschäfte von der Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde oder der Aufsichtsbehörde abhängig war;
- der Vormund, obwohl er in vielen Fällen weitgehend selbstständig und selbstbestimmend Einzelhandlungen vornehmen konnte, einem generellen Weisungsrecht der Vormundschaftsbehörde unterlag;
- die Vormundschaftsbehörde nötigenfalls in die Amtsführung des Vormunds eingreifen konnte bzw. musste und ihn seines Amtes entheben konnte;
- der Vormund keinerlei selbstständiges, frei übernommenes wirtschaftliches Risiko zu tragen hatte.

Abgesehen von der grundsätzlichen Pflicht zur Übernahme eines Beistandsamtes (Art. 400 Abs. 2 ZGB), deren Abschaffung per Ende 2018 beschlossen ist,¹³⁷⁰ scheinen die in BGE 98 V 230 in Erwägung gezogenen Umstände im Allgemeinen auch im Verhältnis zwischen dem Privatbeistand und der Erwachsenenschutzbehörde gegeben zu sein. Inwieweit sich dieser Eindruck bei eingehender Betrachtung des Verhältnisses bestätigt, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. 570

¹³⁶⁹ Vgl. BGE 98 V 230, E. 4b und FORSTER, § 13, Rz. 209.

¹³⁷⁰ Vgl. dazu vorne, Rz. 141–145.

b) Angemessenheit im Verhältnis zwischen Privatbeistand und Erwachsenenschutzbehörde?

- 571 Das Bundesgericht hat sich in BGE 98 V 230 mit den vom gesetzlichen Tatbestandselement der unselbstständigen Stellung abgeleiteten und als Hauptkriterien¹³⁷¹ zur Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu verstehenden Begriffen des spezifischen Unternehmerrisikos und der wirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit¹³⁷² im Verhältnis zwischen nebenamtlichem Vormund und Vormundschaftsbehörde auseinandergesetzt. Die dabei in Erwägung gezogenen Umstände bzw. Argumente, aufgrund welcher das Bundesgericht eine unselbstständige Stellung des nebenamtlichen Vormunds angenommen hatte, lassen sich im Wesentlichen dem Hauptkriterium der wirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit zuordnen. Das Hauptkriterium des spezifischen Unternehmerrisikos wurde insofern einbezogen, als das Bundesgericht ausführte, dass der Vormund keinerlei selbstständiges, frei übernommenes wirtschaftliches Risiko zu tragen hatte.¹³⁷³

aa) Unternehmerrisiko

- 572 Zur Beurteilung ob ein Erwerbstätiger ein Unternehmerrisiko trägt oder nicht, wird vorrangig darauf abgestellt, ob er bedeutende Investitionen vorgenommen hat oder nicht.¹³⁷⁴ Sofern eine Tätigkeit im Allgemeinen erhebliche Investitionen voraussetzt und solche nicht getätigt wurden, besteht demnach grundsätzlich keine selbstständige Erwerbstätigkeit. Anders verhält es sich aber bei Tätigkeiten, die im Regelfall keine erheblichen Investitionen erfordern. Bei entsprechenden Tätigkeiten kann trotz fehlender Investitionen eine selbstständige Erwerbstätigkeit angenommen werden,¹³⁷⁵ falls dies nicht aufgrund anderer Kriterien auszuschliessen ist.¹³⁷⁶
- 573 Im Rahmen der Führung eines Beistandsmandats hat der Privatbeistand üblicherweise Gebrauch von einem persönlichen Computer, einem Internet-

¹³⁷¹ Vgl. für weitere Ausführungen zu Haupt-, Unter- und Hilfskriterien zur Abgrenzung zwischen selbstständig und unselbstständig Erwerbstätigen FORSTER, § 15, Rz. 24 ff.

¹³⁷² Vgl. dazu auch vorne, Rz. 537.

¹³⁷³ BGE 98 V 230, E. 4b.

¹³⁷⁴ FORSTER, § 15, Rz. 26.

¹³⁷⁵ AHI-Praxis 2001, S. 58 ff. = BGer H 30/99 vom 14. August 2000; BGer H 381/99 vom 26. September 2001.

¹³⁷⁶ FORSTER, § 15, Rz. 32.

anschluss, einem Telefon sowie gewissem Büromaterial zu machen. Mitunter hat die Beistandsperson auch öffentliche oder private Fortbewegungsmittel zu benutzen, um bestimmte Angelegenheiten zu erledigen. Darin sieht die Rechtsprechung allerdings noch keine erheblichen Investitionen, welche auf ein Unternehmerrisiko schliessen lassen.¹³⁷⁷ Das Tragen eines Unternehmerrisikos, welches sich beispielsweise durch die Benutzung von eigens für die entsprechende Tätigkeit gemieteten (Büro-)Räumlichkeiten und die Anstellung von Personal manifestiert,¹³⁷⁸ ist für die Tätigkeit des Privatbeistands untypisch. Demnach hat ein Privatbeistand zur Erfüllung seiner Aufgaben i.d.R. keine erheblichen Investitionen im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung vorzunehmen. Dem Argument des Bundesgerichts in BGE 98 V 230, dass der Vormund keinerlei selbstständiges, frei übernommenes wirtschaftliches Risiko zu tragen hatte, kann im Lichte der weiteren Rechtsprechung sowie mit Blick auf die beim Privatbeistand regelmässig fehlenden erheblichen Investitionen folglich kein ausschlaggebendes Gewicht mehr zukommen. Die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit bei Privatbeiständen kann mithin nicht schon deshalb ausgeschlossen werden. Allerdings kommt unter diesen Umständen dem Kriterium der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit erhöhte Bedeutung zu.¹³⁷⁹

bb) Wirtschaftliches und arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsverhältnis

Die beitragsrechtliche Qualifikation von Erwerbstätigen, die Dienstleistungen 574 erbringen und dabei kein wesentliches Unternehmerrisiko zu tragen haben, hat sich in Grenzfällen danach zu richten, ob ein wirtschaftliches bzw. arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsverhältnis besteht. Im Zusammenhang mit Beratertätigkeiten hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Kriterium der arbeitsorganisatorischen (Un-)Abhängigkeit einen formalen und einen materiellen Aspekt enthalte. In formaler Hinsicht prüfte das Bundesgericht insbesondere, inwieweit eine Person in die Hierarchie der Organisation eingegliedert war, für die sie Arbeit leistete. In materieller Hinsicht prüf-

¹³⁷⁷ Vgl. z.B. BGer H 381/99 vom 26. September 2001, E. 4a; AHI-Praxis 2001, S. 58 ff., E. 5a = BGer H 30/99 vom 14. August 2000, E. 5a; ZAK 1988, S. 377 ff., E. 3a f.

¹³⁷⁸ Vgl. z.B. BGE 144 V 111, E. 6.2.1 f.; ZAK 1988, S. 377 ff., E. 2b m.w.H.; ZAK 1986, S. 120 ff., E. 2b.

¹³⁷⁹ BGE 110 V 72, E. 4; ZAK 1986, S. 513 f.; AHI-Praxis 2001, S. 58 ff., E. 6b = BGer H 30/99 vom 14. August 2000, E. 6b; BGer H 381/99 vom 26. September 2001, E. 2.

te es den inhaltlichen Charakter der zu leistenden Arbeit sowie die Art und Weise, wie die Arbeitsleistung zu erbringen war.¹³⁸⁰ Gemäss FORSTER ist diese Rechtsprechung ohne Weiteres auch auf andere Erwerbstätigkeiten erstreckbar, deren Ausübung nicht zwingend mit einem wesentlichen unternehmerischen Risiko verbunden ist.¹³⁸¹

- 575 Ein wesentliches Element des arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnisses ist die Weisungsgebundenheit. Der Begriff der Weisungsgebundenheit ist im AHV-Beitragsrecht nicht nach anderen Kriterien zu bemessen als im Obligationenrecht.¹³⁸² Obwohl die rechtliche Qualifikation des Grundverhältnisses als nicht massgebend betrachtet wird,¹³⁸³ gelten im Hinblick auf das Element der Weisungsgebundenheit grundsätzlich dieselben Überlegungen wie bei der Abgrenzung zwischen Auftrag und Arbeitsvertrag¹³⁸⁴.¹³⁸⁵ Dabei stellt der Grad der Weisungsgebundenheit ein wesentliches Kriterium eines Subordinationsverhältnisses dar.¹³⁸⁶ Zur Begründung eines Subordinations- oder Abhängigkeitsverhältnisses reichen ein blosses Weisungsrecht sowie eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung nicht aus. Vielmehr hat die in einem entsprechenden Abhängigkeitsverhältnis stehende Person in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher und zu einem gewissen Grad in wirtschaftlicher Hinsicht von der Partei abhängig zu sein, welche die Weisungen erteilt.¹³⁸⁷ Der Beistand ist allerdings in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht grundsätzlich nicht von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig. Er hat namentlich weder bestimmte von der Behörde vorgegebene Arbeitszeiten einzuhalten noch ist er an einen bestimmten vorgegebenen Arbeitsort gebunden. Zum Grad der Weisungsgebundenheit bleibt festzuhalten, dass die Erwachsenenschutzbehörde zwar die Beistandschaftsart bestimmt und die Aufgabenbereiche des Beistands umschreibt, dieser aber innerhalb dieses Rahmens sein Vorgehen grundsätzlich selbst wählt und insbesondere bei den üblichen Aufgaben des Beistandsmandats eine relativ weitgehende Autonomie von der Erwachsenenschutzbehörde geniesst. Eine unmittelbare Beeinflussung des Gangs und der Ge-

¹³⁸⁰ BGer H 331/02 vom 7. April 2004, E. 3.2.

¹³⁸¹ FORSTER, § 15, Rz. 40.

¹³⁸² FORSTER, § 15, Rz. 41.

¹³⁸³ Vgl. vorne, Rz. 537.

¹³⁸⁴ Vgl. dazu vorne, Rz. 465–468.

¹³⁸⁵ LANZ, AJP 1997, S. 1470.

¹³⁸⁶ Vgl. vorne, Rz. 445.

¹³⁸⁷ Vgl. auch vorne, Rz. 468.

staltung der Arbeit des Beistands mittels Weisungen durch die Erwachsenenschutzbehörde findet lediglich im Einzelfall statt.¹³⁸⁸ Überdies ist der Privatbeistand nicht in die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde eingegliedert.¹³⁸⁹

Das Bundesgericht hat in BGE 98 V 230 zur Qualifikation des Vormunds als Unselbstständigerwerbender massgeblich darauf abgestellt, dass dieser den Weisungen und der Aufsicht der Vormundschaftsbehörde unterstand, ihr Bericht zu erstatten und Rechenschaft abzulegen hatte, zur Vornahme bestimmter Geschäfte die Zustimmung der Behörde benötigte und diese nötigenfalls in die Amtsführung des Vormunds eingreifen konnte bzw. musste und ihn auch seines Amtes entheben konnte. Entsprechende Möglichkeiten zur Einflussnahme und Überwachung des Mandatsträgers stehen auch der Erwachsenenschutzbehörde gestützt auf die rechtliche Ausgestaltung ihres Verhältnisses zum Beistand zur Verfügung. Darin zeigt sich das aus rechtlicher Sicht zwischen Erwachsenenschutzbehörde und Beistand bestehende Hierarchieverhältnis.¹³⁹⁰ Allerdings ist eine weitgehend selbstständige Mandatsführung durch die Beistandsperson geradezu charakteristisch für das zur Erwachsenenschutzbehörde bestehende Arbeitsleistungsverhältnis *sui generis*, welches unter kein anderes im Gesetz normiertes Verhältnis auf Arbeitsleistung zu subsumieren ist.¹³⁹¹ Der Aufsicht sowie den Möglichkeiten zur Einflussnahme der Erwachsenenschutzbehörde im Verhältnis zur Beistandsperson ist sodann primär eine Sicherungsfunktion zugunsten der Interessen der verbeiständeten Person beizumessen.¹³⁹² 576

Im Hinblick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit lässt sich festhalten, dass bei Privatbeiständen die Entschädigung aus einem Beistandsmandat regelmässig neben Einkommen aus weiterer Erwerbstätigkeit oder eine Rente tritt und betragsmässig von untergeordneter Bedeutung ist. Somit hält sich die wirtschaftliche Abhängigkeit des Privatbeistands von der Erwachsenenschutzbehörde üblicherweise in (engen) Grenzen.¹³⁹³ Vom Bestehen eines derartigen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Privatbeistand und Erwachsenenschutzbehörde, dass beim Wegfall des Beistandsmandats für den 577

¹³⁸⁸ Vgl. vorne, Rz. 496.

¹³⁸⁹ Vgl. vorne, Rz. 515 f.

¹³⁹⁰ Vgl. dazu vorne, Rz. 496 sowie FN 1180.

¹³⁹¹ Vgl. vorne, Rz. 504 f.

¹³⁹² Vgl. vorne, Rz. 506.

¹³⁹³ Vgl. auch vorne, Rz. 495.

Privatbeistand eine ähnliche Situation eintritt wie beim Stellenverlust für den Arbeitnehmer, ist in aller Regel nicht auszugehen.¹³⁹⁴ Schliesslich wird die Entschädigung des Privatbeistands nicht basierend auf seiner Präsenzzeit festgelegt, sondern unter Berücksichtigung des Umfangs sowie der Art und Komplexität der ihm übertragenen Aufgaben^{1395, 1396}

- 578 Von einem wirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis zwischen (Privat-)Beistand und Erwachsenenschutzbehörde ist nach den vorangegangenen Ausführungen also nicht auszugehen.

c) Folgerungen

- 579 Die Tätigkeit des Privatbeistands weist sowohl Kriterien auf, die für eine selbstständige Erwerbstätigkeit sprechen, als auch solche, die für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit sprechen. Die vorangegangenen Ausführungen haben in Verbindung mit den in dieser Arbeit bereits festgehaltenen Erkenntnissen betreffend das Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde aber gezeigt, dass insgesamt diejenigen Merkmale überwiegen, welche auf eine selbstständige Tätigkeit des Privatbeistands schliessen lassen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist folglich der von Teilen der Lehre sowie der bisherigen Praxis vorgenommenen beitragsrechtlichen Qualifikation des Privatbeistands als Unselbstständigerwerbender, die massgeblich auf der Einordnung der Tätigkeit des nebenamtlichen Vormunds durch das Bundesgericht in BGE 98 V 230 beruht, nicht zuzustimmen. Vielmehr scheinen gute Gründe für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit des Privatbeistands zu sprechen. Dass die Beurteilung im Einzelfall anders ausfallen kann, ist der Diversität der jeweiligen konkreten Umstände geschuldet,¹³⁹⁷ sollte aber eher die Ausnahme bilden.
- 580 Werden Privatbeistände als Selbstständigerwerbende qualifiziert, stellen die an sie ausgerichteten Entschädigungen nicht massgebenden Lohn i.S.v. Art. 5 Abs. 2 AHVG dar und den Erwachsenenschutzbehörden bzw. ihren Trägerschaften kommt keine Arbeitgeberstellung i.S.v. Art. 12 AHVG zu. Mithin trifft die Behörden weder eine Pflicht über die Arbeitgeber- und

¹³⁹⁴ Vgl. vorne, Rz. 541.

¹³⁹⁵ Vgl. vorne, Rz. 541.

¹³⁹⁶ Vgl. für weitere Ausführungen zur Festlegung der Höhe der Entschädigung des Beistands vorne, Rz. 154–160.

¹³⁹⁷ Vgl. z.B. die Ausführungen zum Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg (CDP. 2012.214 vom 20. März 2013) vorne, Rz. 556 f.

Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherungen abzurechnen noch Beiträge zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 AHVG). Auch als Selbstständigerwerbende unterstehen die privaten Mandatsträger aber der AHV, IV und EO^{1398, 1399}. Allfällige Beiträge haben sie gemäss dem anwendbaren Beitragssatz¹⁴⁰⁰ oder gemäss den Bestimmungen über den Mindestbeitrag¹⁴⁰¹ selbst zu leisten. Bei Geringfügigkeit der Entschädigung werden die Beiträge zudem nur auf Verlangen der Versicherten erhoben.¹⁴⁰² Zu beachten ist überdies der höhere Einkommensfreibetrag für Frauen nach Vollendung des 64. und für Männer nach Vollendung des 65. Altersjahrs.¹⁴⁰³

Als Selbstständigerwerbende sind private Mandatsträger grundsätzlich nicht obligatorisch in der beruflichen Vorsorge (bV) versichert.¹⁴⁰⁴ Für Selbstständigerwerbende besteht jedoch die Möglichkeit, sich freiwillig versichern zu lassen.¹⁴⁰⁵ Allerdings müssen für eine freiwillige Versicherung gemäss BVG zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens ist eine Unterstellung nur möglich, wenn gleichzeitig eine Unterstellung unter die AHV gegeben ist (Art. 5 Abs. 1 BVG). Zweitens gelten auch für die freiwillige Versicherung die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung, wobei insbesondere auf die in Art. 8 BVG festgelegten Grenzwerte verwiesen wird (Art. 4 Abs. 2 BVG). Mithin kann sich nicht der freiwilligen Versicherung unterstellen, wer den minimalen versicherten Verdienst nicht erreicht.¹⁴⁰⁶ Die den privaten Mandatsträgern ausgerichteten Entschädigungen werden i.d.R. den entsprechenden Betrag nicht erreichen. Folglich wäre eine Versicherung höchstens im Bereich der weitergehenden Vorsorge denkbar (Art. 4 Abs. 3

¹³⁹⁸ Vgl. Art. 1a Abs. 1 Bst. b AHVG; Art. 1b IVG; Art. 27 Abs. 1 EOG.

¹³⁹⁹ Ebenso unterstehen Selbstständigerwerbende, die obligatorisch in der AHV versichert sind, gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c FamZG dem Familienzulagengesetz. Die Finanzierung der Familienzulagen wird von den Kantonen geregelt (Art. 16 Abs. 1 FamZG).

¹⁴⁰⁰ Vgl. Art. 21 AHVG; Art. 1^{bis} IVV; Art. 36 EOV.

¹⁴⁰¹ Vgl. Art. 8 Abs. 2 AHVG (CHF 392.00 pro Jahr); Art. 3 Abs. 1^{bis} IVG (CHF 65.00 pro Jahr); Art. 27 Abs. 2 EOG (höchstens CHF 21.00 pro Jahr). Der Mindestbeitrag beläuft sich somit gesamthaft auf CHF 478.00 pro Jahr.

¹⁴⁰² Vgl. Art. 19 AHVV.

¹⁴⁰³ Vgl. Art. 6^{quater} Abs. 2 AHVV.

¹⁴⁰⁴ Vgl. Art. 113 Abs. 2 Bst. b BV sowie Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 2 BVG e contrario.

¹⁴⁰⁵ Vgl. Art. 113 Abs. 2 Bst. d BV sowie Art. 4 und Art. 44 f. BVG.

¹⁴⁰⁶ STAUFFER, RZ. 610.

BVG),¹⁴⁰⁷ sofern dies das Reglement der betreffenden Vorsorgeeinrichtung vorsehen würde.¹⁴⁰⁸ Ohnehin würden aber die von Privatbeiständen mit Beistandsmandaten erzielten Entschädigungen i.d.R. nicht Sozialversicherungsbeiträge in einer Höhe generieren, um erheblich zur Vorsorge beitragen zu können. Vielmehr leisten die privaten Mandatsträger üblicherweise aus weiterer Erwerbstätigkeit in unselbstständiger oder selbstständiger Stellung die massgeblichen Beiträge an die berufliche Vorsorge bzw. an die weitergehende Vorsorge oder haben schon einen Leistungsanspruch.

- 582 Private Mandatsträger sind als Selbstständigerwerbende auch nicht der obligatorischen Unfallversicherung unterstellt. Heilungskosten sind über die obligatorische Krankenversicherung aber auch bei Unfällen gedeckt, soweit dafür keine Unfallversicherung aufkommt (Art. 1a Abs. 2 Bst. b KVG). Inwieweit die Unfallversicherung, welche allenfalls aus weiterer Erwerbstätigkeit besteht, auch während der Beistandstätigkeit gilt, ist abhängig von den jeweiligen Versicherungsbestimmungen. Im Hinblick auf Geldleistungen fällt die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der freiwilligen Versicherung (Art. 4 Abs. 1 UVG) mangels ausreichender Höhe der üblicherweise ausgerichteten Beistandsentschädigungen ausser Betracht (vgl. Art. 138 und Art. 22 Abs. 1 UVV), sofern nicht auch weiteres Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit versichert wird. Da private Mandatsträger aber in aller Regel wirtschaftlich nicht von den ihnen ausgerichteten Beistandsentschädigungen abhängig sind, ist eine Absicherung des entsprechenden Einkommens i.d.R. nicht von Bedeutung.
- 583 Die Qualifikation der privaten Mandatsträger als Selbstständigerwerbende hat im Übrigen zur Folge, dass sie insoweit nicht in der Arbeitslosenversicherung versicherbar sind.¹⁴⁰⁹ Art. 114 Abs. 2 Bst. c BV räumt dem Gesetzgeber

¹⁴⁰⁷ Auf weitere Vorsorgeformen i.S.v. Art. 82 BVG wie die gebundene Vorsorge (Säule 3a) wird vorliegend nicht eingegangen.

¹⁴⁰⁸ Selbstständigerwerbende können sich ausschliesslich nach BVG, ausschliesslich in der überobligatorischen Vorsorge oder in umhüllenden Plänen versichern. Die Möglichkeit zur Versicherung in der überobligatorischen Vorsorge wurde primär für Selbstständigerwerbende mit niedrigen Einkommen geschaffen. Im Vordergrund steht damit eher eine unterobligatorische Vorsorge. Selbstständigerwerbenden soll es ermöglicht werden, einen ihren Bedürfnissen entsprechenden Vorsorgeschutz aufzubauen, auch wenn ihr Einkommen die Eintrittsschwelle (Art. 7 Abs. 1 BVG) nicht erreicht. Vgl. für weitere Ausführungen BVG-Tagung 2010 BRECHBÜHL, S. 141 ff.

¹⁴⁰⁹ Vgl. aber die Ausführungen zum Entscheid des Verwaltungsgerichts Graubünden S 13 139 vom 20. Mai 2014 vorne, Rz. 558 f.

zwar die Möglichkeit ein, für Selbstständigerwerbende eine freiwillige Versicherung einzurichten, jedoch hat er davon bisher keinen Gebrauch gemacht.¹⁴¹⁰

¹⁴¹⁰ SBVR Soziale Sicherheit NUSSBAUMER, N, Rz. 45.

VII. Steuerrechtliche Fragen im Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenen-schutzbehörde

§ 1 Einkommen als Steuerobjekt

1. Bestandteile des Einkommens im Allgemeinen

Im Einkommenssteuerrecht wird unterschieden zwischen Einkünften aus Erwerbstätigkeit, aus beweglichem und unbeweglichem Vermögen (Art. 20 und Art. 21 DBG), aus Vorsorge (Art. 22 DBG) sowie übrigen Einkünften (Art. 23 DBG). Die Einkünfte aus Erwerbstätigkeit werden unterteilt in Einkommen aus selbstständiger (Art. 18 DBG) und aus unselbstständiger (Art. 17 DBG) Erwerbstätigkeit.¹⁴¹¹ Wie im Vertragsrecht und im Sozialversicherungsrecht wird auch im Steuerrecht die Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit grundsätzlich autonom vorgenommen.¹⁴¹² 584

a) **Erwerbseinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit**

Erwerbseinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit bilden grundsätzlich alle Einkünfte aus dem Betrieb eines Unternehmens wie Handel, Industrie, Gewerbe, Land- und Forstwirtschaft sowie aus jeder anderen selbstständigen Erwerbstätigkeit (Art. 18 Abs. 1 DBG). Der Gesetzgeber hat keine Legaldefinition der selbstständigen Erwerbstätigkeit vorgenommen, sondern überlässt die Festlegung des Begriffsinhalts der Doktrin und Praxis.¹⁴¹³ Der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit ist dabei wesentlich umfassender als jener des Unternehmens, Geschäfts, Betriebs oder Gewerbes.¹⁴¹⁴ Zur steuerrechtlichen Qualifikation als Selbstständigerwerbender bedarf es weder der Eintragung im Handelsregister noch der Führung einer Buchhal- 585

¹⁴¹¹ BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 210; LANZ, AJP 1997, S. 1475; REICH, § 10, N 2.

¹⁴¹² BÖHI, S. 307; CR LIFD NOËL, Art. 18, N 4; GEISER/MÜLLER, Rz. 993a.

¹⁴¹³ REICH, § 15, N 3.

¹⁴¹⁴ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, Art. 18, N 8.

tung.¹⁴¹⁵ Eine selbstständige Erwerbstätigkeit kann zudem haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder temporär ausgeübt werden.¹⁴¹⁶

- 586 Der Selbstständigerwerbende nimmt gemäss Lehre und Rechtsprechung durch Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital in frei gewählter Organisation, auf eigenes Risiko, planmässig, anhaltend und nach aussen sichtbar zum Zweck der Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teil.¹⁴¹⁷ Allerdings stellen diese Kriterien keine notwendigen Begriffsmerkmale dar. Vielmehr können sie im Einzelfall mehr oder weniger stark hervortreten oder gar vollständig fehlen. Entscheidend ist demnach nicht das Vorliegen einzelner Merkmale, sondern das Gesamtbild der Verhältnisse im Einzelfall.¹⁴¹⁸ Insbesondere bedeutet das Fehlen einzelner Elemente bei einer bestimmten Tätigkeit nicht, dass diese nicht mehr als selbstständig erachtet werden kann.¹⁴¹⁹ Eine selbstständige Erwerbstätigkeit kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch dann vorliegen, wenn der Erwerbstätige nicht nach aussen sichtbar am Wirtschaftsverkehr teilnimmt bzw. wenn kein selbstständiger Marktauftritt vorliegt und wenn kein Unternehmen, Gewerbe oder Geschäft betrieben wird.¹⁴²⁰ Insbesondere bei der Erbringung von Dienstleistungen steht zudem der Einsatz von Arbeitsleistung gegenüber dem Einsatz von Kapital regelmässig im Vordergrund.¹⁴²¹
- 587 Selbstständigerwerbende haben gemäss Art. 125 Abs. 2 DBG ihrer Steuererklärung die unterzeichneten Jahresrechnungen (Bilanzen, Erfolgsrechnungen) oder – bei vereinfachter Buchführung¹⁴²² – näher spezifizierte Aufstellungen beizulegen.¹⁴²³

¹⁴¹⁵ REICH/VON AH, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 18 DBG, N 13; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, Art. 18, N 12.

¹⁴¹⁶ REICH/VON AH, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 18 DBG, N 13; REICH, § 15, N 8.

¹⁴¹⁷ OBERSON, § 7, N 40–45; REICH/VON AH, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 18 DBG, N 14 m.w.H.

¹⁴¹⁸ HÖHN/WALDBURGER, Bd. II, § 43, Rz. 17 m.w.H.; REICH/VON AH, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 18 DBG, N 15 m.w.H.

¹⁴¹⁹ BÖHI, S. 67 f. m.w.H.; REICH, § 15, N 10; BGE 125 II 113, E. 5b.

¹⁴²⁰ RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, Art. 18, N 6; BGer 2C_603/2014 vom 21. August 2015, E. 2.2.

¹⁴²¹ CR LIFD NOËL, Art. 18, N 2; OBERSON, § 7, N 42.

¹⁴²² Vgl. die obligationenrechtlichen Bestimmungen über die kaufmännische Buchführung und Rechnungslegung in Art. 957 ff. OR.

¹⁴²³ REICH, § 15, N 1.

b) **Erwerbseinkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit**

Erwerbseinkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bilden alle Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis. 588 Dazu gehören sämtliche Nebeneinkünfte wie Entschädigungen für Sonderleistungen, Provisionen, Zulagen, Dienstalters- und Jubiläumsgeschenke, Gratifikationen, Trinkgelder, Tantiemen, geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen und andere geldwerte Vorteile (Art. 17 Abs. 1 DBG). Unerheblich ist, ob es sich um die Haupt- oder eine Nebenerwerbstätigkeit handelt und ob das Arbeitsverhältnis von Dauer war.¹⁴²⁴ Ebenfalls nicht ausschlaggebend ist, wer die Leistungen an den Arbeitnehmer erbringt. Jedes Entgelt, das seinen Ursprung im Arbeitsverhältnis hat, ist demnach Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit.¹⁴²⁵ Obschon unselbstständige Erwerbstätigkeit gewöhnlich im Rahmen eines privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses geleistet wird, kann ihr in bestimmten Fällen auch ein anderes Rechtsverhältnis zugrunde liegen.¹⁴²⁶

Gemäss Art. 127 Abs. 1 Bst. a DBG ist die Arbeitgeberin verpflichtet, sämtliche dem Arbeitnehmer erbrachten Leistungen auf einem Lohnausweis zu bescheinigen. Der Arbeitnehmer hat diesen gemäss Art. 125 Abs. 1 Bst. a DBG seiner Steuererklärung beizulegen. Zu den dem Arbeitnehmer erbrachten Leistungen werden auch die Spesenvergütungen gezählt, obschon sie kein Einkommen i.S.v. Art. 17 DBG bilden.¹⁴²⁷ 589

2. **Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit**

a) **Abgrenzungskriterien**

Bei der Unterscheidung zwischen Einkommen aus selbstständiger und aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist nicht entscheidend, wie das Grundverhältnis qualifiziert wird. Vielmehr ist das Mass der persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit, welches der erwerbstätigen Person bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zukommt, von Bedeutung.¹⁴²⁸ Der Selbstständi- 590

¹⁴²⁴ BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 210 f. m.w.H.; OBERSON, § 7, N 15; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, Art. 17, N 15.

¹⁴²⁵ KNÜSEL/SUTER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 17 DBG, N 7; REICH, § 13, N 3 f.

¹⁴²⁶ REICH, § 13, N 7.

¹⁴²⁷ REICH, § 13, N 10.

¹⁴²⁸ BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 212.

gerwerbende handelt grundsätzlich auf eigene Rechnung und Gefahr, wohingegen der Unselbstständigerwerbende nicht sich selbst, sondern i.d.R. seine Arbeitgeberin verpflichtet. Sodann organisiert und gestaltet der Selbstständigerwerbende seine Aktivitäten weitgehend selber. Er zeichnet sich dadurch aus, dass er in der Gestaltung der Abläufe, der Auswahl allfälliger Mitarbeiter sowie in der Pflege von Geschäftsbeziehungen zu Dritten grundsätzlich unabhängig ist. Überdies kann der Selbstständigerwerbende beliebig über seine Zeit verfügen und ist – wenn überhaupt – nur in beschränktem Umfang an Weisungen Dritter gebunden.¹⁴²⁹

- 591 Anders als die selbstständige Erwerbstätigkeit ist die unselbstständige Erwerbstätigkeit durch das Vorliegen einer qualifizierten Abhängigkeit des Unselbstständigerwerbenden von einem Dritten gekennzeichnet. Der Unselbstständigerwerbende ist weisungsgebunden und steht hinsichtlich der fraglichen Tätigkeit in einem Unterordnungsverhältnis zu demjenigen, der ihm das Entgelt für seine Tätigkeit ausrichtet. Diesem erbringt er auf bestimmte oder unbestimmte Zeit eine Leistung gegen Entgelt. Dabei handelt der Unselbstständigerwerbende nicht auf eigene Rechnung und Gefahr.¹⁴³⁰
- 592 Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist im Steuerrecht gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung das Mass der persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit des Steuerpflichtigen bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben.¹⁴³¹ Auch steuerrechtlich ist demnach in erster Linie auf das im Sozialversicherungsrecht als Abhängigkeitsverhältnis bezeichnete Kriterium abzustellen, wobei insbesondere in Zweifelsfällen auch das Unternehmerrisiko in die Beurteilung einzubeziehen ist. Insofern ist von einer weitgehend übereinstimmenden Rechtslage im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht auszugehen. Die Kasuistik betreffend die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist im Sozialversicherungsrecht allerdings umfangreicher und differenzierter als im Steuerrecht.¹⁴³²

¹⁴²⁹ REICH, § 15, N 11 f.

¹⁴³⁰ REICH, § 13, N 6; RICHNER/FREI/KAUFMANN/MEUTER, Handkommentar zum DBG, Art. 17, N 7.

¹⁴³¹ CR LIFD NOËL, Art. 18, N 4; KNÜSEL/SUTER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 17 DBG, N 3; LANZ, AJP 1997, S. 1477 m.w.H.; BGE 121 I 259, E. 3c; BGE 95 I 21, E. 5b.

¹⁴³² BÖHI, S. 232; LANZ, AJP 1997, S. 1478; ZUPPINGER, S. 406.

b) Bedeutung der Abgrenzung

Die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit ist im Einkommenssteuerrecht in verschiedener Hinsicht von Bedeutung. Beispielsweise verfügen nur Selbstständigerwerbende neben ihrem Privatvermögen über Geschäftsvermögen¹⁴³³. Bei der Ermittlung des Reineinkommens sind entsprechend unterschiedliche Regelungen zu beachten^{1434, 1435}. Weiter ist eine Verrechnung von steuerlich noch nicht berücksichtigten Verlusten aus vorangegangenen Bemessungsperioden nur bei der selbstständigen Erwerbstätigkeit möglich¹⁴³⁶, wohingegen eine Besteuerung von Erwerbseinkommen an der Quelle bei gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich nur bei Unselbstständigerwerbenden erfolgt¹⁴³⁷. Von Bedeutung ist die Abgrenzung sodann insbesondere auch im interkantonalen Steuerrecht zur Bestimmung des Gemeinwesens, dem die Besteuerungsbefugnis für das entsprechende Einkommen zukommt.¹⁴³⁸ 593

Obschon demnach die Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit auch im Steuerrecht im Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein kann, sollte nicht übersehen werden, dass ihr aufgrund der im Einkommenssteuerrecht für beide Einkommensarten grundsätzlich geltenden Reinvermögenszugangstheorie¹⁴³⁹ sowie der Generalklausel betreffend die steuerbaren Einkünfte in Art. 16 DBG nicht die gleiche Wichtigkeit wie im Sozialversicherungsrecht¹⁴⁴⁰ zukommt, wo die Zuordnung darüber entscheiden kann, ob überhaupt Beiträge erhoben werden dürfen.¹⁴⁴¹ 594

¹⁴³³ Vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 DBG; Art. 8 Abs. 2 StHG.

¹⁴³⁴ Vgl. für die selbstständige Erwerbstätigkeit z.B. Art. 27 ff. DBG und für die unselbstständige Erwerbstätigkeit z.B. Art. 26 DBG.

¹⁴³⁵ Vgl. dazu z.B. BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 203 ff. und 289 ff.

¹⁴³⁶ Vgl. Art. 31 DBG; Art. 10 Abs. 2 StHG.

¹⁴³⁷ Vgl. Art. 83 ff. DBG; Art. 32 ff. StHG.

¹⁴³⁸ HÖHN/WALDBURGER, Bd. II, § 43, Rz. 3 und Bd. I, § 30, Rz. 45 f.

¹⁴³⁹ Vgl. dazu z.B. BLUMENSTEIN/LOCHER, S. 204 ff.

¹⁴⁴⁰ Vgl. für Ausführungen zur Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungsrecht vorne, Rz. 532 f. und 537–543.

¹⁴⁴¹ BÖHI, S. 233 und 306 f.; FORSTER, § 8, Rz. 51; LANZ, AJP 1997, S. 1475 f.

§ 2 Die Entschädigung des (Privat-)Beistands aus steuerrechtlicher Sicht

1. Vorbemerkungen

- 595 Aus steuerrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob die Entschädigung des Beistands als Erwerbseinkommen aus selbstständiger oder aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. Die Frage stellt sich insbesondere bei Privatbeiständen, da die Entschädigung und der Spesenersatz bei Berufsbeiständen an die Arbeitgeberin fallen (Art. 404 Abs. 1 ZGB). Die Regelung gilt allerdings nicht nur für Berufsbeistände, sondern grundsätzlich, wenn die Beistandsperson ihr Mandat im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses führt.¹⁴⁴² Der diesen Beistandspersonen von ihrer Arbeitgeberin bezahlte Lohn wird als Erwerbseinkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu versteuern sein. Zu untersuchen ist im Folgenden aber, wie die an Privatbeistände ausgerichteten Entschädigungen steuerrechtlich zu qualifizieren sind. Aus der steuerrechtlichen Qualifikation der Beistandsentschädigungen lässt sich sodann ableiten, welche Bescheinigungspflichten der Erwachsenenschutzbehörde bzw. der Beistandsperson zukommen.

2. Bisherige Lehre und Praxis

- 596 Zur steuerrechtlichen Qualifikation der Entschädigung von Privatbeiständen finden sich in der Literatur – soweit ersichtlich – lediglich vereinzelte Stellungnahmen. Auf diese sowie auf eine verbreitete Praxis der Steuerbehörden und Erwachsenenschutzbehörden im Zusammenhang mit der Lohnbescheinigung soll nachfolgend eingegangen werden, bevor eine eigene steuerrechtliche Einordnung der Beistandsentschädigungen vorgenommen wird.

a) Lehre

- 597 In der erwachsenenschutzrechtlichen Literatur wird vertreten, dass die Entschädigung des Privatbeistands, nicht aber der Spesenersatz, grundsätzlich als Einkommen aus unselbstständiger Nebenerwerbstätigkeit i.S.v. Art. 17 DBG zu versteuern sei.¹⁴⁴³ Verwiesen wird dabei insbesondere auf BGE 98 V

¹⁴⁴² Vgl. dazu auch vorne, Rz. 151.

¹⁴⁴³ BSK ZGB I REUSSER, Art. 404, N 22; KUKO ZGB HÄFELI, Art. 404, N 2, der allerdings lediglich ausführt, dass der Privatbeistand die Entschädigung persönlich erhalte und darauf Einkommenssteuern zu entrichten habe.

230, in welchem sich das Bundesgericht mit dem sozialversicherungsrechtlichen Beitragsstatut des nebenamtlichen Vormunds befasst hat.¹⁴⁴⁴

Die Auffassung wird allerdings nicht weiter begründet, sondern sie stützt sich offenbar massgeblich auf das erwähnte Urteil des Bundesgerichts, in welchem das Gemeinwesen, welches Träger der Vormundschaftsbehörde war, als Arbeitgeber des Vormunds bezeichnet wurde^{1445, 1446} 598

b) Behördenpraxis

Unter teilweiser Bezugnahme auf die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴⁴⁷ den Vormundschaftsbehörden bzw. ihrer Trägerschaft attestierte Arbeitgeberstellung gehen die Steuerbehörden zuweilen davon aus, dass die Erwachsenenschutzbehörden bzw. ihre Trägerschaften den privaten Mandatsträgern für die ihnen gemäss Art. 404 ZGB ausgerichteten Entschädigungen Lohnausweise auszustellen haben.¹⁴⁴⁸ Dabei stützen sich die Weisungen der zuständigen kantonalen Stellen auf Art. 127 Abs. 1 Bst. a DBG sowie die jeweiligen kantonalen Steuergesetze, wonach Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern zur Ausstellung schriftlicher Bescheinigungen über den Lohn verpflichtet sind. 599

¹⁴⁴⁴ Vgl. dazu auch vorne, Rz. 553–555.

¹⁴⁴⁵ Vgl. BGE 98 V 230, E. 4c.

¹⁴⁴⁶ Vgl. für Ausführungen zur hier vertretenen Auffassung, wonach private Mandatsträger sozialversicherungsrechtlich als Selbstständigerwerbende zu qualifizieren sind vorne, Rz. 569–583.

¹⁴⁴⁷ BGE 98 V 230.

¹⁴⁴⁸ Vgl. BSK ZGB I GEISER, aArt. 416, N 10a sowie z.B. die Information der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern vom 17. Februar 2010 betreffend die steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Entschädigungen privater Mandatsträger im Vormundschaftswesen (BSIG Nr. 2/213.361/1.2), Ziff. 5, zu finden unter: <<http://www.bsig.jgk.be.ch/bsig-2010-web/bsig/fileDownload?fileId=2123>> (zuletzt besucht am 1. November 2018) oder den Beschluss des Regierungsrats des Kantons Basel-Stadt vom 1. Juni 2010 betreffend Besteuerung von freiwilliger innerfamiliärer Betreuung (insb. S. 2), zu finden unter: <<http://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100357/000000357882.pdf>> (zuletzt besucht am 1. November 2018).

3. Untersuchung der steuerrechtlichen Qualifikation der Entschädigung des Privatbeistands

a) Erfüllung der Kriterien für Erwerbseinkommen aus selbstständiger bzw. unselbstständiger Erwerbstätigkeit

- 600 Unselbstständige Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 17 Abs. 1 DBG wird gewöhnlich im Rahmen eines privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisses geleistet. In Einzelfällen kann einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auch ein anderes Rechtsverhältnis zugrunde liegen.¹⁴⁴⁹ Zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde liegt kein Arbeitsverhältnis vor.¹⁴⁵⁰ Für den Unselbstständigerwerbenden ist weiter zumindest eine qualifizierte Abhängigkeit sowie im Hinblick auf die fragliche Tätigkeit ein Unterordnungsverhältnis zu demjenigen, der ihm für seine Tätigkeit ein Entgelt entrichtet, kennzeichnend.¹⁴⁵¹ Im Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde kann allerdings nicht von einer qualifizierten Abhängigkeit gesprochen werden. Der Privatbeistand ist nämlich weder persönlich, organisatorisch, zeitlich noch wirtschaftlich in qualifizierter Weise von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig.¹⁴⁵²
- 601 Für die Subsumtion einer Tätigkeit unter den Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 18 Abs. 1 DBG ist weder das Vorhandensein eines Unternehmens, Geschäfts, Betriebs oder Gewerbes im eigentlichen Sinn noch die Eintragung im Handelsregister oder die Führung einer Buchhaltung notwendig. Auch eine nach aussen sichtbare Teilnahme am Wirtschaftsverkehr bzw. ein selbstständiger Marktauftritt ist nicht zwingend vorausgesetzt.¹⁴⁵³ Folglich ist eine selbstständige Erwerbstätigkeit beim Privatbeistand nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil gewisse typische Merkmale fehlen. Der private Mandatsträger erbringt Dienstleistungen im hauptsächlichen Interesse der verbeiständeten Person insbesondere durch den Einsatz von Arbeitsleistung. Selbstständigerwerbende organisieren und gestalten ihre Aktivitäten sodann weitgehend selber. Zudem können sie grundsätzlich beliebig über ihre Zeit verfügen und sind nur in beschränktem

¹⁴⁴⁹ Vgl. vorne, Rz. 588.

¹⁴⁵⁰ Vgl. für Ausführungen zur Charakterisierung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde vorne, Rz. 504–506.

¹⁴⁵¹ Vgl. vorne, Rz. 591.

¹⁴⁵² Vgl. dazu vorne, Rz. 495.

¹⁴⁵³ Vgl. vorne, Rz. 585 f.

Umfang an Weisungen Dritter gebunden.¹⁴⁵⁴ Der Beistand besorgt die Führung der Beistandschaft im Rahmen der ihm von der Erwachsenenschutzbehörde übertragenen Aufgaben weitgehend selbstständig. Er ist in Bezug auf die Arbeitszeit grundsätzlich nicht an Vorgaben der Behörde gebunden. Insbesondere Privatbeistände tragen die Verantwortung für die Planung und Einteilung der im Rahmen ihres Beistandsmandats anfallenden Arbeit grundsätzlich selbst.¹⁴⁵⁵ Obschon der Beistand im Allgemeinen an die von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche sowie im Einzelfall an ihre Weisungen und Instruktionen gebunden ist, behält er bei der Wahrnehmung seiner Beistandsaufgaben insgesamt eine relativ weitgehende Autonomie von der Behörde.¹⁴⁵⁶

Das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen selbstständiger und 602 unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist im Steuerrecht das Mass der persönlichen und wirtschaftlichen Selbstständigkeit des Steuerpflichtigen bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben. Es geht demnach wie bei der sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung darum, inwieweit ein Abhängigkeitsverhältnis besteht. In Zweifelsfällen soll überdies das Unternehmerrisiko in die Beurteilung miteinbezogen werden.¹⁴⁵⁷ Der Beistand verfügt bei der Wahrnehmung seiner Beistandsaufgaben grundsätzlich über eine weitgehende Selbstständigkeit und handelt meist unabhängig von der Erwachsenenschutzbehörde. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Behörde besteht zudem insbesondere bei privaten Mandatsträgern i.d.R. nicht.¹⁴⁵⁸ Da Privatbeistände für die Wahrnehmung ihrer Beistandsaufgaben i.d.R. keine erheblichen Investitionen im Sinne der Rechtsprechung vorzunehmen haben, kann dem massgeblich dadurch charakterisierten Kriterium des Unternehmerrisikos bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit in diesem Fall schliesslich kein ausschlaggebendes Gewicht zukommen.^{1459, 1460}

¹⁴⁵⁴ Vgl. vorne, Rz. 590.

¹⁴⁵⁵ Vgl. vorne, Rz. 495 und 521.

¹⁴⁵⁶ Vgl. vorne, Rz. 496 und 502.

¹⁴⁵⁷ Vgl. vorne, Rz. 592.

¹⁴⁵⁸ Vgl. vorne, Rz. 495 f.

¹⁴⁵⁹ Vgl. dazu auch vorne, Rz. 572 f.

¹⁴⁶⁰ Anzumerken bleibt mit Blick auf ein allfälliges Unternehmerrisiko des Privatbeistands aber immerhin, dass z.B. mit dem Tod der verbeiständeten Person die Beistandschaft und damit auch das Amt des Privatbeistands von Gesetzes wegen endet (Art. 399 Abs. 1 i.V.m. Art. 421 Ziff. 2 ZGB). Darin liegt zwar kein

b) Harmonisierende Rechtsanwendung

- 603 Die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit wird im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht weitgehend ähnlich vorgenommen.¹⁴⁶¹ Im Sinne einer harmonisierenden Rechtsanwendung geht das Bundesgericht davon aus, dass bei der Abgrenzung ohne ausdrücklich abweichende gesetzliche Bestimmungen bzw. ohne gute Gründe keine Divergenzen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten geschaffen werden sollten.¹⁴⁶² Aufgrund der umfangreichen und differenzierten Praxis bietet sich im Hinblick auf die weitgehend einheitlichen bei der Abgrenzung zu berücksichtigenden Kriterien eine Orientierung am Sozialversicherungsrecht an.¹⁴⁶³

c) Folgerungen

- 604 Unter Berücksichtigung der von der sozialversicherungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit wurde der Privatbeistand grundsätzlich als Selbstständigerwerbender qualifiziert.¹⁴⁶⁴ Nachdem bereits bei der Qualifikation seiner Tätigkeit nach dem umfangreichen und differenzierten sozialversicherungsrechtlichen Kriterienkatalog festzustellen war, dass sowohl Merkmale für eine selbstständige als auch Merkmale für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegen, gilt dies ebenso für die Qualifikation aus einer steuerrechtlichen Perspektive. Allerdings überwiegen auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten insgesamt diejenigen Merkmale, welche auf eine selbstständige Erwerbstätigkeit des Privatbeistands schliessen lassen. Die Übereinstimmung der sozialversicherungsrechtlichen mit der steuerrechtlichen Qualifikation entspricht sodann der Idee der harmonisierenden Rechtsanwendung, wonach die Begriffe der selbstständigen und der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in den beiden Rechtsgebieten soweit möglich gleich zu verstehen sind. Ausschlaggebende Gründe für eine jeweils

Unternehmerrisiko im Sinne eines Investitionsrisikos, jedoch durchaus ein gewisses (Einkommens-)Verlustrisiko, indem sich dadurch die Ertragssituation des Privatbeistands regelmässig unvorhergesehen verschlechtert.

¹⁴⁶¹ LANZ, AJP 1997, S. 1483.

¹⁴⁶² BGer 2C_603/2014 vom 21. August 2015, E. 3.4.6; BGE 134 V 297, E. 2.3; BGE 121 I 259, E. 4b.

¹⁴⁶³ BÖHI, S. 292; LANZ, AJP 1997, S. 1483.

¹⁴⁶⁴ Vgl. dazu vorne, Rz. 524–583.

unterschiedliche Einordnung liegen bei der Tätigkeit des Privatbeistands nicht vor.

Die den privaten Mandatsträgern für ihre Beistandstätigkeit von den Erwachsenenenschutzbehörden zugesprochenen Entschädigungen stellen demnach nicht Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 17 DBG, sondern vielmehr Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 18 DBG dar. Den Erwachsenenenschutzbehörden bzw. ihren Trägerschaften kommt entsprechend auch keine Arbeitgeberstellung zu und es trifft sie keine Pflicht gemäss Art. 127 Abs. 1 Bst. a DBG zur Ausstellung von Lohnausweisen an die privaten Mandatsträger bzw. an die Steuerbehörden.

Als natürliche Personen mit Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit haben Privatbeistände ihrer Steuererklärung die von Art. 125 Abs. 2 DBG geforderten Aufstellungen von sich aus beizulegen.¹⁴⁶⁵

¹⁴⁶⁵ Da nicht davon auszugehen ist, dass Privatbeistände mit ihrer Beistandstätigkeit Entschädigungen in einer Höhe erzielen, dass sie der Pflicht zur ordentlichen Buchführung und Rechnungslegung gemäss Art. 957 Abs. 1 OR unterliegen, werden sie nur (aber immerhin) die Anforderungen an eine vereinfachte Buchführung gemäss Art. 957 Abs. 2 OR zu erfüllen und ihrer Steuererklärung die Aufstellungen gemäss Art. 125 Abs. 2 Bst. b DBG beizulegen haben. Die Anforderungen an die entsprechenden Aufzeichnungen richten sich nach der Art und dem Umfang der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Sie haben sich aber jedenfalls am Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu messen. Vgl. für weitere Ausführungen z.B. ZWEIFEL/HUNZIKER, in: Zweifel/Beusch (Hrsg.), Art. 125 DBG, N 29 ff.

VIII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

Im Laufe der geschichtlichen Entwicklung des Erwachsenenschutzrechts hat sich die Betrachtungsweise des Beistands als mehr oder weniger selbstständig Handelnder bzw. als Organ des Staates als veränderlich gezeigt. Konstant war in den verschiedenen Rechtsordnungen allerdings das Verständnis des Beistandsmandats als primär fremdnütziges Institut. 607

Das Erwachsenenschutzrecht ist Teil des Sozialrechts bzw. des Eingriffssozialrechts. Obschon es formal im Privatrecht kodifiziert ist, besteht eine ausgeprägte Nähe zum öffentlichen Recht. In materieller Hinsicht stellt das Erwachsenenschutzrecht sodann zu erheblichen Teilen öffentliches Recht dar. Gesamthaft kann es als Hybrid zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht bezeichnet werden. Insbesondere im Bereich der behördlichen Massnahmen ist die Verknüpfung des Erwachsenenschutzrechts mit dem öffentlichen Recht ausgeprägt. 608

Das Bundesrecht belässt den Kantonen weiten Ermessensspielraum bei der Ausgestaltung der Erwachsenenschutzbehörden sowie des anwendbaren Verfahrensrechts. Entsprechend unterschiedlich präsentieren sich die Organisationsformen und Regelungen in den einzelnen Kantonen. Während in den Deutschschweizer Kantonen sowie im Tessin die Erwachsenenschutzbehörden (ausser in den Kantonen Aargau und Schaffhausen) als Verwaltungsbehörden ausgestaltet sind, haben sich die Westschweizer Kantone (mit Ausnahme des Kantons Jura und Wallis) für eine Ausgestaltung als Gerichte im formellen Sinn entschieden. 609

Gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB ernennt die Erwachsenenschutzbehörde als Beistand eine natürliche Person, die für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet ist, die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann und die Aufgaben selber wahrnimmt. Als Beistände können demnach ausschliesslich natürliche Personen eingesetzt werden. Juristische Personen des Privatrechts, Vereine oder rechtsfähige Personengesellschaften kommen ebenso wenig in Betracht wie öffentlich-rechtlich organisierte Berufsbeistandschaften. Nach hier vertretener Auffassung besteht diesbezüglich beim geltenden Erwachsenenschutzrecht kein Anpassungsbedarf. Im Rahmen behördlicher Massnahmen hat der Staat den Schutz betroffener Personen zu gewährleisten. Da er sich dabei seiner primären Verantwortung für 610

Handlungen und Unterlassungen nicht entziehen kann, soll er auch die Möglichkeit zur unmittelbaren Bestimmung der Beistandsperson haben.

- 611 Der Vorentwurf für eine Revision des ZGB von 2003 unterschied noch zwischen Privat-, Fach- und Berufsbeistand (Art. 387 Abs. 1 VE ZGB 2003). Faktisch existieren diese drei Kategorien von Beiständen, während das Gesetz lediglich den Berufsbeistand explizit erwähnt. Der Gesetzgeber unterscheidet demnach hinsichtlich bestimmter Modalitäten zumindest zwischen Privatbeiständen und Berufsbeiständen. Im Hinblick auf die Führung der Beistandschaft (Art. 405–414 ZGB) haben Berufsbeistände und Privatbeistände dieselben Rechte und Pflichten. Insbesondere unterstehen sie grundsätzlich derselben Sorgfalts- und Verschwiegenheitspflicht (Art. 413 ZGB). Die Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 454 f. ZGB), welche eine primäre Staatshaftung vorsehen, gelten sowohl bei der Einsetzung von Berufsbeiständen als auch von privaten Mandatsträgern. Ferner unterstehen sämtliche Beistände gleichermaßen der Aufsicht und den Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde.
- 612 Im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht der Beistandsperson ist von einem objektivierten Sorgfaltsmassstab auszugehen. Das heisst, es wird von der Beistandsperson diejenige Sorgfalt in der Ausführung der Aufgaben erwartet, die eine gewissenhafte und ausreichend sachkundige Beistandsperson unter Berücksichtigung des konkreten Auftrags sowie der konkreten Umstände anzuwenden pflegt. Die erwartete Sorgfalt im Innenverhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde im Falle eines Regresses richtet sich grundsätzlich nach den Fähigkeiten und Eigenschaften der Beistandsperson, welche die Behörde gekannt hat oder hätte kennen sollen. Für die betroffene Person, die einen Schaden erlitten hat, ist es indessen irrelevant, ob der Erwachsenenschutzbehörde oder der Beistandsperson eine Sorgfaltswidrigkeit vorzuwerfen ist, da im Aussenverhältnis allein der Kanton für den Schaden aufzukommen hat (Art. 454 Abs. 3 ZGB).
- 613 Der Beistand hat gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB die ihm im Rahmen einer Beistandschaft übertragenen Aufgaben grundsätzlich selber wahrzunehmen. Diese Pflicht entspricht derjenigen im Auftragsrecht, weshalb der Beizug von Hilfspersonen nicht ausgeschlossen ist und die auftragsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts analog zur Anwendung kommen können. Beim rechtmässigen Beizug einer Hilfsperson ist die Verantwortlichkeit des Beistands im Innenverhältnis für deren Handlungen abhängig von der Bedeutung, welche die Hilfsperson hat und basiert auf unterschiedlicher Grundlage. Nimmt die Hilfsperson dem Beistand Tätigkeiten ab, die er

auch selbst erledigen könnte, ist er für die Handlungen der Hilfsperson verantwortlich wie für seine eigenen (Art. 101 OR). Erledigt die Hilfsperson aber Arbeit für den Beistand, für die er selbst nicht ausreichend qualifiziert ist, so ist die Verantwortlichkeit des Beistands nach Art. 399 Abs. 2 OR analog zu beurteilen. Im Falle einer Verantwortlichkeit wird allerdings im Aus-senverhältnis nicht der Beistand persönlich, sondern primär der Kanton haftbar (Art. 454 Abs. 3 ZGB). Die auftragsrechtlichen Grundsätze sind zu mildern, sofern der Beistand als Vertreter der betroffenen Person vertraglich einen Dritten bezieht. In diesem Fall hat die betroffene Person nicht in analoger Anwendung des auftragsrechtlichen Art. 399 Abs. 3 OR Ansprüche gegen den Dritten geltend zu machen. Vielmehr wird die betroffene Person ebenfalls Vertragspartnerin des Dritten und kann entsprechend vertraglich gegen ihn vorgehen. Parallel dazu kann sie gemäss Art. 454 ZGB gegen den Kanton vorgehen.

Die grundsätzliche Verpflichtung der von der Erwachsenenschutzbehörde vorgesehenen Beistandsperson zur Übernahme des Beistandsamts wird abgeschafft. Art. 400 Abs. 2 ZGB wird per 1. Januar 2019 dahin gehend geändert, dass die von der Erwachsenenschutzbehörde vorgesehene Beistandsperson nur mit ihrem Einverständnis ernannt werden darf. 614

Die Pflichten der Beistandsperson zur Rechnungsführung und Rechnungsablage (Art. 410 ZGB) sowie zur Berichterstattung (Art. 411 ZGB) stellen die wesentlichen Instrumente der Erwachsenenschutzbehörde zur Aufsicht über die Mandatsführung dar. Sie dienen überdies der Mandatssteuerung (Art. 415 ZGB) und sind unentbehrlich für die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsklagen (Art. 454 f. ZGB). 615

Mit dem Erfordernis der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde zu den in Art. 416 ZGB aufgezählten oder gemäss Art. 417 ZGB von der Behörde dem Erfordernis der Zustimmung unterworfenen Geschäften sollen die Interessen der verbeiständeten Person optimal gesichert werden. Der Vorbehalt der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde ändert jedoch grundsätzlich nichts an der Vertretungsbefugnis und -aufgabe der Beistandsperson. Lediglich die Vertretungswirkung ist durch den Vorbehalt der Zustimmung der Behörde im Sinne einer Suspensivbedingung beschränkt. 616

Die von den auftragsrechtlichen Haftungsregeln abweichende Verantwortlichkeitsregelung im Erwachsenenschutzrecht rechtfertigt sich, da die Beistandsperson im Rahmen behördlicher Massnahmen eine öffentliche Funktion wahrnimmt. 617

- 618 Die erwachsenenschutzrechtliche Verantwortlichkeitsregelung in Art. 454 Abs. 1 ZGB stellt einen im Bundeszivilrecht geregelten Staatshaftungstatbestand dar. Obschon ein auf die Bestimmung gestützter Haftungsanspruch eine Forderung des Bundeszivilrechts ist, ist sie ihrer Natur nach als öffentlich-rechtlich oder zumindest als dem öffentlichen Recht ähnlich zu qualifizieren. Haftungsauslösend sind Sorgfaltspflichtverletzungen mit adäquat kausaler Schadenfolge, wobei es nicht auf ein Verschulden ankommt. Anders als Art. 55 OR, der eine grundsätzlich vergleichbare Konstellation im Zivilrecht regelt, lässt Art. 454 ZGB keinen Entlastungsbeweis zu, weshalb es sich um eine sog. scharfe Kausalhaftung des Kantons handelt. Im Unterschied zu den Anforderungen an die Sorgfaltspflicht der Beistandsperson ist die Erwachsenenschutzbehörde zu jener Sorgfalt verpflichtet, die von einer Fachbehörde erwartet werden kann. Als solche hat sie mittels entsprechend ausgebildeter Mitarbeitender über den nötigen Sachverstand zu verfügen. Eine ungenügende Organisation der Behörde kann jedenfalls nicht zur Milderung der Haftung führen.
- 619 Art. 454 ZGB schützt grundsätzlich die von einer Massnahme betroffene Person. Hat die Erwachsenenschutzbehörde eine Massnahme widerrechtlich unterlassen, kann auch diejenige Person Ansprüche erheben, welche der Massnahme bedurft hätte. Sofern die betroffene Person gestorben ist, steht der Anspruch auf Schadenersatz den Erben zu. Erwachsenenschutzmassnahmen dienen in erster Linie dazu, um das Wohl und den Schutz der hilfsbedürftigen Person sicherzustellen (Art. 388 Abs. 1 ZGB). In der Lehre ist deshalb umstritten, inwieweit unterstützungsberechtigte und unterstützungspflichtige Familienangehörige aktivlegitimiert sind. Ebenso ist umstritten, inwieweit Dritte gestützt auf Art. 454 ZGB aktivlegitimiert sind.
- 620 Das Erwachsenenschutzrecht enthält keine Verfahrensbestimmungen betreffend die Durchsetzung der auf Art. 454 Abs. 1 ZGB gestützten Verantwortlichkeitsansprüche. In der Lehre ist deshalb umstritten, ob sich das Verfahren nach kantonalem öffentlichem Recht und den kantonalen Haftungsgesetzen richtet oder ob die Ansprüche in einem Verfahren vor den Zivilgerichten auf der Grundlage der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) geltend zu machen sind. Nach einem Teil der Lehre sowie der hier vertretenen Auffassung sprechen gute Gründe dafür, dass der Kanton unmittelbar vor den Zivilgerichten einzuklagen ist.
- 621 In der bestehenden juristischen Literatur wird nur vereinzelt diskutiert, wer dem Beistand im Innenverhältnis den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erteilt. Denkbar ist, dass der Beistand von der schutzbedürftigen

Person, vertreten durch die Erwachsenenschutzbehörde, den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben erhält oder aber direkt und in hoheitlicher Weise von der Erwachsenenschutzbehörde. Gemäss hier vertretener Auffassung erteilt die Erwachsenenschutzbehörde dem Beistand den Auftrag zur Wahrnehmung seiner Aufgaben direkt hoheitlich.

Der Vergleich des Rechtsverhältnisses des Beistands zur Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen des Erbschaftsverwalters zur zuständigen Behörde hat gezeigt, dass diverse Gemeinsamkeiten zwischen den beiden Rechtsverhältnissen vorliegen. Allerdings konnten auch deutliche Unterschiede eruiert werden. Es konnte festgestellt werden, dass sich aus der rudimentären Regelung der Erbschaftsverwaltung im ZGB, welche massgeblich durch analoge Anwendung von Auftragsrecht ergänzt wird, nicht offensichtliche Analogien für das ausführlicher geregelte Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde ableiten lassen. Allfällige zur Charakterisierung dieses Verhältnisses nutzbringende Analogien sind vielmehr direkt im Auftragsrecht zu suchen. 622

Der Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen dem Beauftragten und der Auftraggeberin hat sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede aufgezeigt. Gemäss der erwachsenenschutzrechtlichen Literatur entspricht die Pflicht des Beistands zur persönlichen Wahrnehmung der Aufgaben inklusive der Grundsätze im Hinblick auf die Substitution sowie die Einsetzung von Hilfspersonen den Regeln des Auftragsrechts bzw. des allgemeinen Teils des Obligationenrechts. Die Sorgfaltspflicht der Beistandsperson richtet sich sowohl im Allgemeinen (Art. 413 Abs. 1 ZGB) als auch bei der Vermögensverwaltung (Art. 408 Abs. 1 ZGB) nach den auftragsrechtlichen Regeln. Erhebliche Unterschiede zeigen sich jedoch bei der Ausgestaltung der Haftung des Beistands bzw. des Beauftragten für allfällige von ihnen verursachte Schäden. Werden mehrere Beistandspersonen zur gemeinsamen Führung einer Beistandschaft eingesetzt, haben sie nach dem Vorbild der gemeinschaftlichen Auftragsausführung grundsätzlich kollektiv oder mittels Vollmacht zu handeln. Auftragsrechtliche Regeln kommen demnach im Erwachsenenschutzrecht zur Handhabung verschiedener Konstellationen analog zur Anwendung, soweit sie nicht dem Wesen der Beistandschaft widersprechen. 623

Die zivilrechtlichen Regeln zum einfachen Auftrag sind dafür prädestiniert, gewisse im Erwachsenenschutzrecht nicht normierte Aspekte des Verhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde zu ord- 624

nen. Mit Blick auf die Wesensmerkmale des Verhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde sowie des Verhältnisses zwischen dem Beauftragten und der Auftraggeberin kann festgehalten werden, dass sowohl beim Auftrag als auch bei der Beistandschaft regelmässig ein ausgeprägter Persönlichkeitsbezug zum Beauftragten bzw. zum Beistand vorliegt. Bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben sind die Funktionsträger im Rahmen des erteilten Auftrags bzw. der errichteten Beistandschaft sowie der umschriebenen Aufgabenbereiche relativ frei. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Verhältnis zwischen Beistand und Erwachsenenschutzbehörde nicht wie beim Auftrag um ein relativ offen geregeltes zivilrechtliches Austauschverhältnis handelt, sondern die Behörde sowohl als Vertreterin öffentlicher Interessen als auch als Vertreterin privater Interessen der verbeiständeten Person hoheitlich auftritt und den Beistand per Verfügung in sein Amt einsetzt. Sodann ist auch die Weisungsgebundenheit sowie die Überwachung des Beistands durch die Erwachsenenschutzbehörde stärker ausgeprägt als im Verhältnis zwischen Beauftragtem und Auftraggeberin. Die Stellung des Beistands im Verhältnis zur Erwachsenenschutzbehörde unterscheidet sich demnach teilweise deutlich von derjenigen des Beauftragten im Verhältnis zur Auftraggeberin. Folglich ist der Beistand nicht als Beauftragter der Erwachsenenschutzbehörde zu qualifizieren.

- 625 Der Vergleich des Rechtsverhältnisses zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde mit demjenigen zwischen dem Arbeitnehmer und der Arbeitgeberin hat wiederum sowohl Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede aufgezeigt. Erkennbar wurden beim Vergleich insbesondere auch verschiedene Parallelen des Verhältnisses zwischen Beistand und Behörde zum öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis. Den Erwachsenenschutzbehörden kommen im Rahmen ihrer Kompetenzen hoheitliche Befugnisse zu und sie können einseitig in das Verhältnis zum Beistand eingreifen. Nach der Einsetzung nimmt die Beistandsperson sodann zu einem gewissen Grad eine öffentliche Funktion wahr. Die Verantwortlichkeit für im Rahmen von Beistandschaften entstandene Schäden ist vergleichbar ausgestaltet wie im öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnis.
- 626 Sowohl Arbeitnehmer als auch Beistände leisten primär Arbeit im Dienste eines andern. Um dabei in Abgrenzung zu weiteren Verhältnissen auf Arbeitsleistung von einem Arbeitsverhältnis ausgehen zu können, hat ein Subordinationsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinn vorzuliegen. Für die Abgrenzung des Arbeitsverhältnisses zum Auftragsverhältnis ist insbesondere das Mass der Subordination von Bedeutung. Zur Annahme eines Arbeitsverhält-

nisses hat mithin ein Abhängigkeitsverhältnis in persönlicher, organisatorischer, zeitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht zu bestehen, wovon im Verhältnis zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde allerdings nicht auszugehen ist. Insbesondere der Grad der Weisungsgebundenheit, der als wichtiges Abgrenzungskriterium des Arbeitsverhältnisses zu anderen Verhältnissen auf Arbeitsleistung gilt, ist zwischen Beistandsperson und Erwachsenenschutzbehörde nicht derart ausgeprägt, dass ein Arbeitsverhältnis anzunehmen wäre. Obschon der Beistand im Allgemeinen an die von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche sowie im Einzelfall an ihre Weisungen und Instruktionen gebunden ist, behält er bei der Wahrnehmung seiner Beistandsaufgaben insgesamt eine relativ weitgehende Autonomie von der Behörde. Der Beistand ist demnach nicht als Arbeitnehmer der Erwachsenenschutzbehörde zu qualifizieren.

In der Gesamtschau erscheint das Rechtsverhältnis, welches im Rahmen der Führung einer Beistandschaft zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde vorliegt, als Arbeitsleistungsverhältnis *sui generis*. Der Beistand hat die ihm behördlich übertragene, weitgehend selbstständig wahrzunehmende Aufgabe, im Rahmen der von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche die Interessen der verbeiständeten Person in der Personensorge, Vermögenssorge und/oder im Rechtsverkehr mittels Begleitung, Mitwirkung und/oder Vertretung zu wahren. Dabei nimmt der Beistand zu einem gewissen Grad eine öffentliche Funktion wahr und trägt neben der Wahrung der privaten Interessen der verbeiständeten Person auch zur Erfüllung sozialstaatlicher öffentlicher Interessen bei. 627

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde geht über ein rein schuldrechtliches Austauschverhältnis hinaus. Mit der Einsetzung des Beistands durch die Erwachsenenschutzbehörde entsteht ein Verhältnis der Zusammenarbeit. Das als Arbeitsleistungsverhältnis *sui generis* qualifizierte Rechtsverhältnis enthält auftragsrechtliche Elemente und auch arbeitsrechtliche Elemente. Obschon nicht von einer Eingliederung des Beistands in die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde im arbeitsrechtlichen Sinn auszugehen ist, übernimmt er nach seiner Einsetzung eine Funktion innerhalb des staatlich organisierten Sozialsystems. Dabei ist der Beistand im Allgemeinen an die von der Erwachsenenschutzbehörde umschriebenen Aufgabenbereiche sowie im Einzelfall an ihre Weisungen und Instruktionen gebunden. Diese Konstellation rechtfertigt eine (Mit-)Verantwortung der Erwachsenenschutzbehörde bzw. des sie tragenden Gemeinwesens für Schäden, welche die Beistandsperson bei der Wahr- 628

nehmung ihrer Funktion erleidet. Demnach hat der Staat, soweit er in Gestalt der Erwachsenenschutzbehörde die Beistandsperson bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben anleitet, grundsätzlich dafür besorgt zu sein, dass sie daraus keinen Schaden erleidet. Von der Erwachsenenschutzbehörde wird mithin zu erwarten sein, dass sie die Beistandsperson insbesondere auf bekannte oder zu erwartende Gefahren sowie besondere Schwierigkeiten in der Mandatsführung hinweist. Die Anforderungen an entsprechende Instruktionen und Weisungen der Erwachsenenschutzbehörde dürften allerdings von der Person sowie den fachlichen Qualifikationen und der Erfahrung des Beistands abhängig sein.

- 629 Der Beistand ist nicht persönlich, organisatorisch, zeitlich und wirtschaftlich direkt von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig, wie dies der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin ist. Es liegt mithin kein eigentliches Eingliederungsverhältnis des Beistands in die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde vor. Im Hinblick auf die Arbeitseinteilung genießen die Beistandspersonen aus Sicht der Erwachsenenschutzbehörde vielmehr eine weitgehende Autonomie. Deshalb scheint eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln betreffend Freizeit und Ferien auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde nicht opportun. Berufsbeistände sowie angestellte Fachbeistände werden im Verhältnis zur Organisation, bei welcher sie angestellt sind, in den Genuss einer Freizeit- und Ferienregelung kommen. Privatbeistände und freiberuflich tätige Fachbeistände tragen die Verantwortung für die Planung und Einteilung der im Rahmen ihres Beistandsmandats anfallenden Arbeit grundsätzlich selbst.
- 630 Der Beistand ist wirtschaftlich nicht in vergleichbarem Mass von der Erwachsenenschutzbehörde abhängig, wie dies der Arbeitnehmer typischerweise von der Arbeitgeberin ist. Eine Fortzahlung der Entschädigung im Falle unverschuldeter Verhinderung des Beistands an der Arbeitsleistung ist demnach für ihn i.d.R. nicht von existenzieller Bedeutung. Beim Privatbeistand wird überdies in der Praxis eine zeitweilige Verhinderung auch nicht unbedingt dazu führen, dass er sein Amt tatsächlich nicht genügend wahrnehmen kann. Die Absicherung der wirtschaftlichen Existenz des Beistands betrifft wohl weniger das Verhältnis zwischen ihm und der Erwachsenenschutzbehörde, sondern vielmehr das Verhältnis des Beistands zu einer allfälligen Arbeitgeberin. Eine analoge Anwendung der arbeitsrechtlichen Regeln über die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung an der Arbeitsleistung auf das Verhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde scheint demnach nicht angebracht.

Mit dem sozialversicherungsrechtlichen Beitragsstatut des Privatbeistands 631
haben sich Lehre und Rechtsprechung bisher nur vereinzelt befasst. Die
Tätigkeit des Privatbeistands weist sowohl Kriterien auf, die für eine selbst-
ständige Erwerbstätigkeit sprechen, als auch solche, die für eine unselbst-
ständige Erwerbstätigkeit sprechen. Unter Berücksichtigung der weiteren
Ergebnisse der Untersuchung des Verhältnisses zwischen dem Beistand und
der Erwachsenenschutzbehörde konnte aufgezeigt werden, dass insgesamt
diejenigen Merkmale überwiegen, welche auf eine selbstständige Tätigkeit
des Privatbeistands schliessen lassen. Nach der hier vertretenen Auffassung
ist folglich der von Teilen der Lehre sowie der bisherigen Praxis vorgenom-
menen beitragsrechtlichen Qualifikation des Privatbeistands als Unselbst-
ständigerwerbender, die massgeblich auf der Einordnung der Tätigkeit des
nebenamtlichen Vormunds durch das Bundesgericht in BGE 98 V 230 be-
ruht, nicht zuzustimmen. Vielmehr scheinen gute Gründe für die Annahme
einer selbstständigen Tätigkeit des Privatbeistands zu sprechen. Dass die
Beurteilung im Einzelfall anders ausfallen kann, ist der Diversität der jeweili-
gen konkreten Umstände geschuldet, sollte aber eher die Ausnahme bilden.

Werden Privatbeistände sozialversicherungsrechtlich als Selbstständigerwer- 632
bende qualifiziert, so stellen die an sie ausgerichteten Entschädigungen
nicht massgebenden Lohn i.S.v. Art. 5 Abs. 2 AHVG dar und den Erwachse-
nenschutzbehörden bzw. ihren Trägerschaften kommt keine Arbeitgeber-
stellung i.S.v. Art. 12 AHVG zu. Mithin trifft die Behörden weder eine Pflicht
über die Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge an die Sozialversicherun-
gen abzurechnen noch Beiträge zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 AHVG).

Zur steuerrechtlichen Qualifikation der Entschädigung von Privatbeiständen 633
finden sich in der Literatur lediglich vereinzelte Stellungnahmen. Die Steuer-
behörden gehen zuweilen davon aus, dass die Erwachsenenschutzbehörden
bzw. ihre Trägerschaften den privaten Mandatsträgern für die ihnen gemäss
Art. 404 ZGB ausgerichteten Entschädigungen Lohnausweise auszustellen
haben. Nachdem bereits bei der Qualifikation der Tätigkeit des Privatbei-
stands nach dem sozialversicherungsrechtlichen Kriterienkatalog festzustel-
len war, dass sowohl Kriterien für eine selbstständige als auch Kriterien für
eine unselbstständige Tätigkeit vorliegen, gilt dies ebenso für die Qualifika-
tion aus einer steuerrechtlichen Perspektive. Allerdings überwiegen nach der
hier vertretenen Auffassung auch unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten
insgesamt diejenigen Merkmale, welche auf eine selbstständige Erwerbstä-
tigkeit des Privatbeistands schliessen lassen. Die Übereinstimmung der sozi-

alversicherungsrechtlichen mit der steuerrechtlichen Qualifikation entspricht sodann der Idee der harmonisierenden Rechtsanwendung.

- 634 Die den privaten Mandatsträgern für ihre Beistandstätigkeit von den Erwachsenenenschutzbehörden zugesprochenen Entschädigungen stellen demnach nicht Einkünfte aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 17 DBG, sondern Einkünfte aus selbstständiger Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 18 DBG dar. Den Erwachsenenenschutzbehörden bzw. ihren Trägerschaften kommt entsprechend keine Arbeitgeberstellung zu und es trifft sie keine Pflicht zur Ausstellung von Lohnausweisen an die privaten Mandatsträger (Art. 127 Abs. 1 Bst. a DBG) bzw. an die Steuerbehörden.

Lebenslauf

Mathias Mauchle

Geboren am 1. Juli 1987 in St. Gallen

1994 – 2000	Primarschule, Mörschwil (SG)
2000 – 2003	Gymnasium Untere Waid, Mörschwil (SG)
2003 – 2006	Kantonsschule am Burggraben, St. Gallen
2007 – 2010	B.A. HSG in Rechtswissenschaft, Universität St. Gallen
2010 – 2012	M.A. HSG in Rechtswissenschaft, Universität St. Gallen
2012	Studentischer Mitarbeiter bei Prof. Dr. Alfred Koller
2012 – 2016	Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht, Universität St. Gallen Assistent von Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas Geiser
2016 – 2017	Mitarbeiter Rechtsdienst, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Rheintal, Altstätten (SG)
2013 – 2018	Doktoratsstudium in Rechtswissenschaft, Universität St. Gallen
Seit 2013	Unterrichtsassistent für Privatrecht, Universität St. Gallen
Seit 2018	a.o. Gerichtsschreiber, Kreisgericht Rorschach (SG)

