

Zeitschrift:	Intercura : eine Publikation des Geriatrischen Dienstes, des Stadtärztlichen Dienstes und der Psychiatrisch-Psychologischen Poliklinik der Stadt Zürich
Herausgeber:	Geriatrischer Dienst, Stadtärztlicher Dienst und Psychiatrisch-Psychologische Poliklinik der Stadt Zürich
Band:	- (2007-2008)
Heft:	98
Artikel:	Demenz und Recht : Regulierung - Deregulierung
Autor:	Geiser, Thomas
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-789850

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 31.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Demenz und Recht

Regulierung - Deregulierung

Thomas Geiser*

I. Fragestellung

1.1. Der medizinische Fortschritt hat die Lebenserwartung im 20. Jahrhundert erheblich ansteigen lassen. Nach dem bekannten Tafelwerk von **Stauffer/Schätze** beträgt die mittlere Lebenserwartung für Männer 79,01 und für die Frauen 87,03. Von 100'000 Frauen erleben immerhin 5'617 und von 100'000 Männern 1'262 ihr hundertstes Altersjahr.

Dass dieser medizinische Fortschritt nicht immer mit einer intakten Gesundheit einher geht, liegt auf der Hand. Eine stattliche Anzahl dieser betagten Menschen hat zunehmend Schwierigkeiten ihre Angelegenheiten selber zu gestalten, weil jedes rechtsgeschäftliche Handeln die **Urteilsfähigkeit voraussetzt**.

1.2. Die Urteilsfähigkeit kann in Folge von Erkrankungen, Geburtsgebrechen oder Unfällen entfallen oder fehlen und für die rechtsgeschäftliche Vertretung muss gesorgt werden. Gleichzeitig stellt sich auch die Frage, wer in diesen Fällen bei einem medizinischen Eingriff die Einwilligung geben kann. Das **geltende Recht regelt diese Fragen** – wie noch zu zeigen sein wird – **nur in unzulänglicher Weise**. Im Rahmen der derzeit laufenden Totalrevision des Vormundschaftsrechts sind grundlegende Änderungen notwendig.

1.3. Als besondere Schwierigkeit ist zu beachten, dass die **Urteilsfähigkeit** im schweizerischen Recht insofern relativ ist, als je nach Art der vorzunehmenden Rechtshandlung an sie unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind. Nicht jedes Rechtsgeschäft verlangt die gleichen intellektuellen Fähigkeiten.

Es kann jemand sehr fähig sein, alltägliche Geschäfte vorzunehmen, wird aber bei komplexen Rechtsgeschäften nicht mehr in der Lage sein, deren Tragweite zu überblicken. Soweit es um sehr persönliche

* Prof. Dr. iur. Thomas Geiser. Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitsrecht FAA-HSG, Guisanstrasse 92, 9010 St. Gallen

Vortrag gehalten an einer Weiterbildungstagung des Institutes für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis an der Universität St. Gallen (IRP-HSG).

Dinge geht, kann auch die emotionale Dimension einem sachbezogenen Handeln entgegenstehen. Allerdings lässt sich die Urteilsfähigkeit nicht schon damit begründen, ein Entscheid sei im Ergebnis objektiv sinnvoll. Das ist auch im medizinischen Bereich zu beachten. Jemand kann nicht bloss deshalb als urteilsunfähig angesehen werden, weil er sich weigert, einen sinnvollen medizinischen Eingriff vornehmen zu lassen. Dabei kann sehr wohl Angst ein zulässiges Motiv für die Verweigerung sein. Erst wenn diese eine derart dominierende Bedeutung für den Patienten einnimmt, dass sie als eigentliche Obsession betrachtet werden muss, kann sich daraus eine Urteilsunfähigkeit ergeben.

II. Ausgangslage de lege lata

Vertretung und Betreuung

2.1. In erster Linie von Bedeutung ist, wie für urteilsunfähige Leute **rechtsgeschäftliche** Handlungen abgeschlossen werden können. Daneben stellt sich aber auch die Frage, wie die alltägliche Betreuung solcher Personen sichergestellt werden kann. Unabhängig von der rechtsdogmatischen Frage, wie die Einwilligung in ein tatsächliches Handeln konstruiert wird, ist auch hier zu klären, wie diese Einwilligung erteilt werden kann.

2.2. Rechtlich kann einerseits mit der früheren Einwilligung der betroffenen Person bzw. mit deren hypothetischer Zustimmung operiert werden. Andererseits kann jemand berechtigt sein, anstelle der betroffenen Person zu handeln. Die Ermächtigung dafür kann auf einem Rechtsgeschäft der betroffenen Person oder auf einem behördlichen Akt beruhen. Im einen Fall handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Vertretung, im anderen Fall um eine gesetzliche.

2.3. Die Praxis hat sich dabei in sehr unterschiedlicher Weise geholfen. Die Angehörigen der Betroffenen scheuen häufig vormundschaftliche Massnahmen. Sie erachten diese sowohl für die betroffene Person als erniedrigend und für die Angehörigen als Einmischung in

die privaten Angelegenheiten der Familie. Die eingeschlagenen Wege sind teilweise kaum gesetzeskonform, auch wenn sie für alle Beteiligten mit grossen Vorteilen verbunden sind und kaum zu Schwierigkeiten führen.

a. Eigene Vorkehren

2.4. Die betroffene Person kann vorausschauend, Anordnungen für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit treffen. Sie erteilt, solange sie selber noch urteilsfähig ist, bestimmten Personen **Vollmachten**, welche sicher stellen sollten, dass diese nahestehenden Personen gegebenenfalls werden handeln können. Dabei ist allerdings nicht über jeden Zweifel erhaben, ob solche Vollmachten auch wirklich gültig sind. Es fragt sich nämlich, was der Eintritt einer dauernden Urteilsunfähigkeit für einen Einfluss auf diese Ermächtigungen und Aufträge hat.

2.5. Durch den Auftrag verpflichtet sich die beauftragte Person, die ihr übertragenen Geschäfte und Dienste vertragsgemäss zu besorgen. Es entsteht ein Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten mit gegenseitigen Rechten und Pflichten. Ob die beauftragte Person den Auftraggeber rechtsgeschäftlich gegenüber Dritten auch vertreten kann, entscheidet sich demgegenüber danach, ob sie dazu ermächtigt worden ist oder nicht. Mit der **Ermächtigung**, für eine Person rechtsgeschäftlich zu handeln, ist demgegenüber keinerlei Verpflichtung verbunden, überhaupt tätig zu werden. Die Ermächtigung ist somit vom Auftrag zu unterscheiden. Die Ermächtigung, für einen anderen zu handeln, kann auf einem Rechtsgeschäft beruhen oder sich direkt aus dem Gesetz ergeben. Die durch Rechtsgeschäft des Vertretenen erteilte Vertretungsmacht nennt man **Vollmacht**. Im Folgenden werden die Begriffe konsequent unterschieden.

2.6. Die **Lehrmeinungen** zur Frage, wie die Urteilsunfähigkeit auf die Vollmacht und den Auftrag wirkt, sind teilweise wenig klar:

Zäch vertritt im Berner Kommentar die Meinung, der Verlust der Handlungsfähigkeit führe zwingend zum Untergang der Vollmacht. Eine von den in Art. 35 OR aufgezählten Erlöschungsgründen abweichende Anordnung sei nur zulässig, soweit der Erlöschungsgrund dispositiv sei.

Da dies beim Verlust der Handlungsfähigkeit nicht zutreffe, sei entgegen des Wortlautes von Art. 35 OR eine anders lautende Anordnung diesbezüglich nicht möglich. Allerdings ist nicht klar, ob der Autor nur den Fall der Entmündigung oder auch jenen der Urteilsunfähigkeit im Auge hat.

Fellmann geht im Berner Kommentar davon aus, dass beim Auftrag es möglich sei, das Weiterdauern trotz Eintritts der Handlungsunfähigkeit anzuordnen, weil dies auch bei der Vollmacht möglich sei. Als Beleg verweist er auf die genannte Stelle bei Zäch, die allerdings genau das Gegenteil besagt.

Bucher hält demgegenüber im Berner Kommentar fest, dass mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit in Art. 35 OR nur der Entzug der Handlungsfähigkeit durch einen behördlichen Akt gemeint sei, nicht der Eintritt der Urteilsunfähigkeit.

Hofstetter äussert sich zu dieser Frage nicht. Er erwähnt nur den Untergangsgrund der Handlungsunfähigkeit, um anschliessend das den Tod überdauernde Auftragsverhältnis zu behandeln.

Nach **Koller** bewirkt der Verlust der „natürlichen Handlungsfähigkeit, z.B. infolge schwerer Erkrankung oder hohen Alters“ den Untergang der Vollmacht, soweit nicht anderes angeordnet ist, während der Untergang bei Entmündigung als zwingend bezeichnet wird.

2.7. Gerichtsentscheidungen zu diesen Fragen gab es lange keine. Nunmehr hat aber das Bundesgericht festgestellt, dass eine Weitergeltung möglich ist, wenn dies vereinbart worden ist. Die Praxis ist aber offensichtlich. Der Übergang von Urteilsfähigkeit zu einer dauernden Urteilsunfähigkeit ist in vielen Fällen schleichend. In der Praxis laufen Vermögensverwaltungsaufträge und –vollmachten weiter, auch wenn die betroffene Person urteilsunfähig geworden ist. Hätte die dauernde Urteilsunfähigkeit den Untergang der Vollmachten und Aufträge zur Folge, ohne dass anders lautende Anordnungen möglich wären, könnten diese Vollmachten und Aufträge regelmässig auch den Tod nicht überdauern, da diesem häufig eine Phase der (endgültigen) Urteilsunfähigkeit vorausgeht.

2.8. Die Geschäftspraxis namentlich der Banken scheint allerdings dieses Vorgehen zu akzeptieren. Das muss auch als sinnvoll angese-

hen werden. Es besteht kein Grund, warum solche Ermächtigungen und Aufträge nicht weiter gelten sollten. Die Praxis zeigt, dass solche Aufträge und Vollmachten in aller Regel nicht missbraucht werden. Das Beziehungsnetz einer Person wacht über eine korrekte Interessenwahrung. Die Angehörigen haben die Möglichkeit, sich jederzeit gegenseitig in der Ausübung solcher Ermächtigungen und Aufträge auch in den Einzelheiten zu kontrollieren. Namentlich im Bereich der Vermögensverwaltung ist der voraussichtlich bleibende Eintritt der Urteilsunfähigkeit kein Grund, warum die bisher sorgfältig ausgeführte Interessenwahrung plötzlich nicht mehr gleich erfolgen soll, wie bisher. Es ist gegebenenfalls an den Betreuungsbehörden einzuschreiten, wenn sie von Missbräuchen oder der Gefährdung von Interessen erfahren. Das wird regelmäßig nur zutreffen, wenn den Urteilsunfähigen nahestehende Personen die Behörde benachrichtigen. Anders erfährt sie aber auch nicht von der dauernden Urteilsunfähigkeit und könnte damit auch bei einem Untergang der Ermächtigungen und Aufträge gar nicht einschreiten.

2.9. Abgesehen davon, dass ein Einschreiten der Betreuungsbehörde nur möglich ist, wenn sie von der bleibenden Urteilsunfähigkeit überhaupt etwas erfährt, ist ihr Eingreifen für viele betroffene Personen und deren Angehörige auch höchst unerwünscht. Wohl versucht das Recht jede **Stigmatisierung** durch eine Bestellung eines Beistands zu vermeiden. Im neuen Recht sollen damit keinerlei rechtlichen Nachteile mehr verbunden sein, wie beispielsweise der Entzug des Stimmrechts oder die Publikation der Massnahme. Dennoch wird es häufig subjektiv als gravierender Eingriff empfunden, wenn eine Behörde und damit fremde Personen mit anderen Wertvorstellungen sich um einen zu kümmern beginnen. Diesem subjektiven Empfinden sollte soweit wie möglich Rechnung getragen werden. Nach dem Subsidiaritätsprinzip rechtfertigt sich ein behördlicher Eingriff nur, wenn die betroffene Person selber und ihre Angehörigen nicht ausreichend die Interessen wahren können.

b. Behördliches Eingreifen

2.10. Allerdings liegen nicht immer solche Vollmachten und Aufträge vor. Zudem gibt es Fälle, in denen sie ersetzt werden müssen, sei es

dass die beauftragten Personen selber nicht mehr in der Lage oder willens sind, die Verantwortung zu übernehmen oder dass sie dafür nicht mehr geeignet erscheinen und ein Eingreifen unumgänglich wird. Das Handeln rechtsgeschäftlich beauftragter Personen wird immer heikel, wenn die betroffene Person selber nicht mehr in der Lage ist, die für sie handelnde Person zu überwachen und dies auch nicht durch die Umgebung sichergestellt werden kann. Das behördliche Eingreifen hat dann den Vorteil, dass die Überwachung der handelnden Personen sichergestellt ist.

2.11. Die Behörde hat dann die geeignete Massnahme zu wählen und anzuordnen. Dabei ist insbesondere der das ganze Vormundschaftsrecht beherrschende Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** zu beachten. Es ist von den zur Verfügung stehenden Massnahmen jene zu ergreifen, welche ausreicht, um das angestrebte Ziel zu erreichen, die aber am wenigsten stark in die Rechte der betroffenen Person eingreift. Das führt zur sogenannten Stufenfolge der vormundschaftlichen Massnahmen.

2.12. Steht die **Vertretung der betroffenen Person in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten** im Vordergrund, so kommen nur jene Massnahmen in Frage, mit welchen die betroffene Person einen gesetzlichen Vertreter erhält. Von daher scheidet die Mitwirkungsbeiratschaft aus. Auch die Verwaltungsbeiratschaft kommt regelmässig nicht in Frage, weil die blosse Verwaltung des Vermögens nicht genügt. Regelmässig sind für die betroffene Person weitere Handlungen vorzunehmen, wie beispielsweise Vertretung gegenüber den Steuerbehörden usw. Zur Diskussion stehen damit eine Vormundschaft oder eine Beistandschaft.

2.13. Zu Recht **neigt die Praxis** bei dementen Personen zu **Beistandschaften** und nicht zu Vormundschaften. Regelmässig geht es nicht darum, die Person daran zu hindern, sich mit eigenen rechtsgeschäftlichen Handlungen selber zu schädigen. Die betroffene Person ist häufig auf Grund ihrer Demenz gar nicht mehr urteilsfähig. Damit entfällt ihre rechtsgeschäftliche Handlungsfähigkeit ohnehin und sie muss ihr nicht mit einer Entmündigung entzogen werden. Selbst wenn dies

nicht zutrifft, sind eigene, schädigende rechtsgeschäftliche Handlungen häufig nicht zu erwarten, weil die betroffene Person dafür gar nicht mehr genügend mobil ist. Wichtig ist demgegenüber, dass jemand für die betroffene Person die notwendigen Rechtsgeschäfte vornehmen kann.

2.14. In den letzten Jahren hat die Praxis dafür ein eigenes Institut entwickelt, die sogenannte **kombinierte Beistandschaft**. Für die Vermögensangelegenheiten wird eine Beistandschaft nach Art. 393 Ziff. 2 ZGB ernannt. Diese ermöglicht es dem Beistand, die betroffene Person für die Verwaltung des Vermögens zu vertreten. Diese Massnahme wird mit einer Beistandschaft nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB verbunden und die Aufgabe des Mandatsträgers so umschrieben, dass eine umfassende Vertretung in allen der Vertretung zugänglichen Bereichen möglich wird, welche auch die Personensorge erfasst. Dabei muss allerdings der Begriff der dringlichen Angelegenheit in Art. 392 Ziff. 1 ZGB weit ausgelegt werden.

Die Massnahme *beschränkt* aber die *Handlungsfähigkeit* der betroffenen Person *nicht*. Ihre *Handlungsfreiheit* wird nur insofern betroffen, als sie sich die Handlungen des Beistandes gefallen lassen muss. So weit die Person noch in der Lage ist, ihre Schwäche selber zu erkennen, lässt sich die kombinierte **Beistandschaft auf eigenes Begehen anordnen**.

Medizinische Behandlung

2.15. Gewisse Besonderheiten ergeben sich im Zusammenhang mit der medizinischen Betreuung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und nach herrschender Lehre ist der ärztliche Heileingriff eine **Verletzung der Persönlichkeit des Patienten**, selbst wenn er *lege artis* ausgeführt wird. Er ist deshalb rechtswidrig, soweit nicht ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Dies ist für den Bereich des Zivilrechts nicht zu bestreiten. Auch wenn entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der *lege artis* ausgeführte Heileingriff nicht als Körperverletzung angesehen würde, bliebe er bei fehlender Einwilligung eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, welches von Art. 28 ZGB ebenso geschützt wird, wie die körperliche Integrität.

2.16. Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Persönlichkeitsverletzung nur rechtmässig, wenn sie durch **Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt** ist. Es fragt sich in der Praxis immer wieder, wie nun vorgegangen werden kann, wenn eine Person für einen für ihre Gesundheit notwendigen oder nützlichen Eingriff die Einwilligung nicht erteilen kann oder ohne vernünftigen Grund verweigert. Die **Einwilligung stellt den wichtigsten Grund für die Rechtmässigkeit** eines Heileingriffs dar. Nur in seltenen Fällen, namentlich bei gefährlichen, ansteckenden Krankheiten ist eine Zwangsbehandlung im Bundesrecht ausserhalb des Vormundschaftsrechts gesetzlich vorgesehen. Demgegenüber kennen die Kantone entsprechende Gesetze, die allerdings regelmässig auf den psychiatrischen Bereich beschränkt sind. Diese föderalistische Aufteilung ist historisch durch den Umstand bedingt, dass das Spital- und das Gesundheitswesen grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kantone fällt.

2.17. Die "Einwilligung" einer urteilsunfähigen Person ist nun aber nichtig. Wie bei einem **urteilsunfähigen Patienten** eine Heilbehandlung gerechtfertigt werden kann, ist eine Frage, die sich auch ausserhalb der Psychiatrie häufig stellt. Die Lehre und die Praxis behelfen sich auf verschiedene Weisen. Welche Vorgehensweise gewählt wird, dürfte dabei mehr von Zufälligkeiten abhängen, als von bestimmten dogmatischen Regeln.

2.18. Zum einen wird auf den **mutmasslichen Willen** des Patienten abgestellt. Die neuere Praxis des Bundesgerichts berechtigt den Arzt, sich mit dem Nachweis der mutmasslichen Einwilligung von der Haftung für einen durch den Eingriff entstandenen Schaden zu befreien. Sie lässt allerdings offen, ob die Widerrechtlichkeit des Eingriffs oder nur der Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Arztes und dem Schaden entfällt. Richtiger Weise sollte allerdings der mutmassliche Wille zur **Rechtfertigung** ausreichen. Die Medizinalpersonen, welche den Eingriff vornehmen, haben abzuklären, ob der Patient in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn er dazu in der Lage wäre. Bei der Abklärung dieses vermuteten Willens kommt den Angehörigen eine entscheidende Rolle zu, weil sie den Patienten am besten kennen und damit auch seine Vor-

stellungen am genauesten wiedergeben können. Es geht aber nicht darum, den Patienten nach dem Willen der Angehörigen zu behandeln. Insofern erteilen diese auch nicht an seiner Stelle die Einwilligung. Zum andern kann die Einwilligung statt vom Patienten selber, von seinem **gesetzlichen Vertreter** erteilt werden. Für das urteilsunfähige Kind willigen die Eltern in eine Heilbehandlung ein. Beim urteilsunfähigen Bevormundeten genügt die Einwilligung des Vormundes. Gegebenenfalls kann auch ein Beistand bei Urteilsunfähigkeit der verbeiständeten Person die Einwilligung in einen Heileingriff erteilen, was insbesondere bei betagten Personen von praktischer Bedeutung sein kann. Ist (noch) kein gesetzlicher Vertreter bestellt, kann die Vormundschaftsbehörde nach Art. 386 Abs. 1 ZGB selber entscheiden. Allerdings ist diese Bestimmung nur anwendbar, wenn ein Entmündigungsverfahren hängig ist. Steht demgegenüber eine Entmündigung gar nicht zur Diskussion, so muss sich das Handeln der Vormundschaftsbehörde auf Art. 392 ZGB stützen. Bei zeitlicher Dringlichkeit ist dies indes regelmässig auch nicht rechtzeitig möglich, so dass überhaupt keine tatsächlich erteilte Einwilligung beigebracht werden kann. Der Arzt hat dann gemäss dem mutmasslichen Willen des Patienten die medizinisch gebotenen Handlungen vorzunehmen.

2.19. Die gesetzliche Vertretung ist immer im **Interesse der betroffenen Person** auszuüben. Der Vertreter hat wegen des höchstpersönlichen Charakters einer Heilbehandlung zu beachten, welchen Willen der Vertretene äusserte, als er noch urteilsfähig war. Insofern ist auch für die Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter auf den mutmasslichen Willen des Patienten abzustellen. Der Unterschied zu den Fällen, in denen der Arzt seinen Eingriff mit dem mutmasslichen Willen des Patienten rechtfertigt, besteht im Wesentlichen nur in der Frage, wer diesen Willen bestimmt.

Unterbringung in stationären Einrichtungen

2.20. Die Demenz kann dazu führen, dass eine Person nicht mehr in der Lage ist, alleine zu wohnen. Sie muss entweder bei Verwandten oder in einer stationären Einrichtung untergebracht werden. Die **Verlegung des Wohnsitzes zu Verwandten oder Bekannten** erfordert eine Vielzahl von rechtsgeschäftlichen Handlungen, welche grundsätz-

lich der gesetzliche Vertreter vornehmen kann. Das Gesetz enthält diesbezüglich für den Beistand keine besonderen Regeln. In aller Regel wird allerdings die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde notwendig sein, weil diese Handlungen kaum je vom allgemeinen Vertretungsauftrag erfasst werden, wie er im Ernennungsentscheid umschrieben ist. Bei bevormundeten Personen bedarf in jedem Fall die Verlegung des Wohnsitzes der Zustimmung der Behörde.

2.21. Wird die Person in einem Heim untergebracht, stellt sich die Frage, ob darin eine **fürsorgerische Freiheitsentziehung** zu erblicken ist. Diese regelt die Unterbringung einer Person gegen oder ohne ihren Willen in einer geeigneten Anstalt aus fürsorgerischen Gründen. Das Gesetz definiert aber nicht, was unter einer „geeigneten Anstalt“ zu verstehen ist. Es handelt sich um einen auslegungsbedürftigen Begriff. Der Begriff der Anstalt ist in einem weiten Sinn zu verstehen. Gemeint ist jede Einrichtung, in der einer Person ohne oder gegen deren Willen persönliche Fürsorge unter spürbaren Einschränkungen der Bewegungsfreiheit erbracht werden kann. Dabei ist nicht notwendig, dass ein Austritt ohne Zustimmung der Anstaltsleitung nur durch eigentliche Flucht möglich ist. Es braucht sich nicht um eine geschlossene Anstalt zu handeln. Vielmehr genügt es, dass der entsprechenden Person ein Entweichen entweder tatsächlich nicht ohne weiteres möglich oder aber verboten ist. Ob die Anstalt der öffentlichen Hand zuzuordnen ist oder es sich um eine private Einrichtung handelt, ist ohne Bedeutung. Demgegenüber kann nicht von einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung gesprochen werden, wenn das Verlassen der Einrichtung nicht durch diese behindert wird, sondern die Gebrechlichkeit der betroffenen Person direkt die Einschränkung in der Beweglichkeit bewirkt. Dann ist die Person nämlich in der Anstalt nicht stärker eingeschränkt, als sie dies in ihrer eigenen Wohnung wäre.

2.22. Mit Blick auf diese Grundsätze, kann – wie auch das Bundesgericht festgehalten hat - ein **Alters- oder Pflegeheim** sehr wohl eine Anstalt im Sinne der Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung sein. Die entsprechenden Bestimmungen sind somit anwendbar, wenn sich jemand in einer solchen Einrichtung ohne seine rechtlich massgebende Einwilligung aufhalten soll. Die Praxis in die-

sen Heimen hält sich allerdings wohl kaum daran, namentlich wenn jemand selber den Eintritt in das Heim gewählt hat und nun mehr wegen zunehmenden Verwirrungszuständen dieses zu verlassen droht. Die Anwendung dieser Regeln erweist sich allerdings als kaum zweckmäßig wegen Art. 397e Ziff. 2 ZGB, der bestimmt, dass die Anstalt auch freiwillig Eintretende schriftlich auf ihr Recht aufmerksam machen muss, im Falle einer Zurückbehaltung das Gericht anrufen zu können. Wollte man diese Regel streng einhalten, müsste jedes Alters- und Pflegeheim allen ihren Bewohnern entsprechende Rechtsmittelbelehrungen abgeben. Dass damit wohl mehr Schaden angerichtet als Nutzen gestiftet würde, liegt auf der Hand.

Zwangsmassnahmen

2.23. Mit der **Betreuung** einer Person wird an sich bereits in **die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person eingegriffen**. Eine Person muss sich grundsätzlich nicht gefallen lassen, dass sie ohne ihr Einverständnis betreut wird. Von daher gelten für die Betreuung die gleichen Grundsätze wie für die medizinische Behandlung. Eine rechtliche Unterscheidung zwischen Betreuung und Behandlung würde wohl auch keinen Sinn machen. Ob es sich um einen leichten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte handelt oder um einen schweren, hängt von anderen Kriterien ab. So wird unter Umständen eine medizinische Massnahme, wie die Einnahme eines harmlosen Medikaments oder die bakteriologische Untersuchung des Urins, einen sehr viel geringeren Eingriff in die Persönlichkeit darstellen, als ein Zwangsbaden oder zwangsweises Schneiden der Haare. Auch vom Zweck der Massnahme her, lässt sich kaum eine sinnvolle Unterscheidung zwischen Behandlung und Betreuung vornehmen. Beide können der Verbesserung eines Zustandes dienen. Beide können aber auch als Zweck bloss die Erhaltung eines bestimmten Gesundheitszustandes verfolgen.

2.24. Häufig ist die Einwilligung für Betreuungsmassnahmen von der betroffenen Person nicht zu erhalten. Dann stellt sich die Frage, ob gewisse **Betreuungshandlungen auch zwangsweise vorgenommen werden dürfen**. Wenn von den besonderen Fällen des Epidemiegesetzes abgesehen wird, kennt das Bundesrecht dafür keine Rechts-

grundlagen. Soweit es nicht um die blosse Aufrechterhaltung der Ordnung in der stationären Einrichtung geht, kann sich eine solche nicht auf die Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung abstützen. Vielmehr richtet sich diese nach dem kantonalen Recht. Weil es sich bei der Zwangsbehandlung und Zwangsbetreuung um einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit handelt, sind auch die in der Verfassung vorgezeichneten Garantien zu wahren. Die Kantone haben ihre Regelung verfassungskonform auszugestalten.

2.25. Ein Eingriff in die Grundrechte setzt eine **gesetzliche Grundlage** voraus, er muss durch ein **öffentliches Interesse** oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt werden und überdies **verhältnismässig** sein. Die Voraussetzung der Verhältnismässigkeit wirft im vorliegenden Zusammenhang keine besonderen Fragen auf. Sowohl dem Persönlichkeitsschutz wie auch dem Vormundschaftsrecht sind diese Begriffe geläufig. Ob die Verhältnismässigkeit gegeben ist, ist bei einer Zwangsbehandlung in erster Linie - aber nicht ausschliesslich - eine medizinische Frage, welche im Einzelfall geprüft werden muss. Bezüglich der gesetzlichen Grundlage erweist sich als problematisch, dass die meisten kantonalen Erlasse den an einen schweren Eingriff in die Grundrechte gestellten Anforderungen nicht genügen.

2.26. Schwierigkeiten bereitet – wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt – demgegenüber das Erfordernis des **öffentlichen Interesses**. Die Zwangsmassnahmen erfolgen regelmässig im Interesse der betroffenen Person und nicht der Öffentlichkeit. Es liegt in der Natur des Vormundschaftsrechts, dass der Eingriff in Abweichung zu den allgemeinen Grundsätzen der Grundrechtslehre gerade nicht im öffentlichen Interesse, sondern im privaten Interesse der betroffenen Person erfolgt. Die Rechtspraxis lehrt, dass solche Eingriffe zulässig sind. Insofern muss ein privates Interesse der betroffenen Person genügen.

2.27. Ob bei **freiwillig eingetretenen Patienten** Zwangsmassnahmen möglich sind, richtet sich wiederum nach dem kantonalen Recht. Soweit dieses ambulante Zwangsmassnahmen zulässt, kann es eigentlich nicht darauf ankommen, ob jemand sich freiwillig in einer Kli-

nik aufhält oder zu Hause. Ist die Zwangsmassnahme auch im letzten Fall zulässig, muss sie dies auch in der Klinik sein. Der Umstand des freiwilligen Eintritts in die Klinik kann dies nicht hindern. Demgegenüber fehlt es an der Rechtsgrundlage für eine Zwangsmassnahme, wenn das kantonale Recht diese mit der fürsorgerischen Freiheitsentziehung verknüpft.

Erweist sich diesfalls eine Zwangsmassnahme als unumgänglich, so muss zuerst eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet werden, bevor die Zwangsmassnahme ergriffen wird. Die Konstruktion einer Rechtsgrundlage für eine Zwangsmassnahme, bloss weil dieses Vorgehen „der Situation am besten gerecht zu werden“ scheint, vermag nicht zu befriedigen. Es leuchtet nicht ein, warum das Legalitätsprinzip für Grundrechtseingriffe streng eingehalten werden muss, wenn es um finanzielle Belange geht, demgegenüber diese Grundsätze über Bord geworfen werden, wenn das Selbstbestimmungsrecht eines psychisch Kranken in Frage steht.

2.28. Mit Blick auf die grosse Schwierigkeit, die Voraussetzungen und die zulässigen Zwangsmassnahmen im einzelnen genau zu umschreiben, haben die meisten Kantone in ihrer Gesetzgebung das **Verfahren und namentlich die Rechtsmittel** ausführlich geregelt. Es leuchtet in der Tat ein, dass in einem Bereich, in dem den handelnden Personen notwendigerweise ein grosses Ermessen eingeräumt werden muss, ein sorgfältiges Verfahren und eine umfassende Kontrolle unumgänglich sind.

Problematisch erweist sich dabei, dass die handelnden Personen regelmäßig Spezialwissen in anderen Bereichen als im Verfahrensrecht haben müssen. Zudem handelt es sich bei den betroffenen Personen typischer Weise um Leute, die in der Sorge um ihre eigenen Angelegenheiten Schwierigkeiten haben und ihre Interessen nicht optimal wahrnehmen können. Die Kantone haben bis anhin nur wenig Phantasie entwickelt, wie diesen Besonderheiten Rechnung getragen werden könnte. Hier dürfte sich in den nächsten Jahren die Gesetzgebung stärker weiterentwickeln als bezüglich der Voraussetzungen für Zwangsmassnahmen.

III. Forderungen de lege ferenda

3.1. Dass der geltende **Rechtszustand unbefriedigend** ist, wird kaum mehr bestritten. Ein wesentlicher Teil des Rechtsschutzes für Personen mit einem Schwächezustand ist nicht gewährleistet. Zudem lässt sich die Rechtszersplitterung in der Schweiz in diesem Bereich nicht rechtfertigen. Der Umstand, dass das Gesundheitswesen grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone liegt, vermag den Bund nicht daran zu hindern, im Rahmen des Erwachsenenschutzes eine Vereinheitlichung der Zwangsmassnahmen vorzunehmen. Das entspricht einer verfassungskonformen Auslegung der Zuständigkeitsregelungen. Nach Art. 42 Abs. 2 BV soll der Bund jene Aufgaben übernehmen, welche einer einheitlichen Regelung bedürfen. Diese Bestimmung stellt zwar keine selbständige Kompetenznorm für den Bund dar. Sie leitet aber die Auslegung der eigentlichen Kompetenznormen.

3.2. Entsprechend ist es unumgänglich, dass im Rahmen der laufenden Totalrevision des Erwachsenenschutzrechts die Frage der Zwangsbehandlung und –betreuung diskutiert und geregelt wird. Die Expertenkommission wird dieses Jahr ihre Arbeiten abschliessen. Anschliessend wird der von der Kommission erarbeitete Vorentwurf zur Vernehmlassung veröffentlicht werden. Von daher kann erwartet werden, dass die Neuerungen im Jahre 2009 oder 2010 in Kraft treten werden.

3.3. Der Bundesrat hat am 28. Juni 2006 den Entwurf zum neuen Erwachsenenschutzrecht verabschiedet und mit der Botschaft ans Parlament weitergeleitet.

Eigene Vorkehren

3.4. Dem Subsidiaritätsprinzip folgend soll in erster Linie die betroffene Person selber Vorkehren für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit treffen können. Diesem Anliegen dienen in erster Linie **Aufträge und Ermächtigungen**, welche die betroffenen Personen bereits **vorsehen, solange sie noch voll urteilsfähig sind**. Wichtig ist, dass mit der Revision des Erwachsenenschutzrechts die Gültigkeit solcher Anordnungen über den Eintritt der Urteilsunfähigkeit hinaus klargestellt wird.

3.5. Urteilsfähige Personen wollen sich aber häufig noch selber um ihre Angelegenheiten kümmern. Die Aufträge und Ermächtigungen sollen deshalb erst wirksam werden, wenn die Urteilsunfähigkeit eingetreten ist. Diesem Anliegen dient das aus dem kanadischen Recht stammende Institut des **Vorsorgeauftrages**. Es erscheint durchaus als sinnvoll, dass eine Person im voraus jene Person bezeichnen kann, die im Falle der dauernden Urteilsunfähigkeit sich um ihre Angelegenheiten kümmern soll.

3.6. Schon im geltenden Recht besteht grundsätzlich die Möglichkeit, dass jemand für diesen Fall bezeichnen kann, wen die Behörden als Beistand ernennen sollen. Handelt es sich um eine geeignete Person, die zur Übernahme des Amtes auch bereit ist, wird die Behörde ohne weiteres diesem Wunsch nachkommen. Der Vorsorgeauftrag soll nun aber darüber hinaus die Möglichkeit bieten, den **behördlichen Eingriff möglichst gering** zu halten. Indem eben nicht ein Beistand ernannt, sondern nur ein Auftrag erteilt wird.

3.7. Den **Behörden** kommen beim Vorsorgeauftrag nur die Aufgaben zu, zu klären, ob die Voraussetzungen für das Tätigwerden des Beauftragten gegeben sind und ob die bezeichnete Person tatsächlich als geeignet erscheint. Zudem muss eine gewisse Überwachungsfunktion wahrgenommen werden; so hat die Behörde einzuschreiten, wenn sie Kenntnis davon erhält, dass die Interessen der betroffenen Person gefährdet sind.

Damit eine gewisse **Rechtssicherheit** gewährleistet ist, muss gesetzlich geregelt werden, in welcher Form der Vorsorgeauftrag errichtet werden kann. In Anlehnung an die Formen für das Testament sieht der Entwurf die Möglichkeit vor, den Vorsorgeauftrag entweder notariell beurkunden zu lassen oder eigenhändig mit Datum und Unterschrift zu errichten. Das Zivilstandamt führt ein Register über die Errichtung der Vorsorgeaufträge. Er ist aber auch ohne diese Registrierung gültig. Die betroffene Person kann den Vorsorgeauftrag jederzeit widerrufen. Dies geschieht entweder in einer der für die Errichtung vorgesehenen Form oder durch die Errichtung eines neuen Vorsorgeauftrages oder durch Vernichtung der Urkunde. Letzteres soll allerdings nach Ansicht des Bundesrates in der Botschaft nur durch Vernichtung des Originals

und nicht einer Kopie möglich sein. Im Gegensatz zum Vorentwurf sieht der Entwurf keine Befristung der Gültigkeit mehr vor. Eine Befristung war in der Vernehmlassung aber auf breiten Widerstand gestossen. Allerdings war die Regelung und ihr Zweck wohl nicht immer verstanden worden. Die Verfügung wäre nur durch Fristablauf dahin gefallen, wenn innert der gesetzlichen Frist die Urteilsunfähigkeit nicht eingetreten wäre. Anschliessend war auch im Vorentwurf keine Befristung mehr vorgesehen gewesen. Die Befristung hätte den Vorteil gehabt, dass nach einer bestimmten Dauer von beispielsweise zehn Jahren die Anordnung nicht mehr als aktueller Wille der betroffenen Person hätte angesehen werden müssen. Der formelle Charakter des Vorsorgeauftrages erlaubt es - wie bei einem Testament - nicht, die Verfügung mit der Begründung aufzuheben, sie entspreche nicht mehr dem Willen der betroffenen Person. Die Aufhebung ist vielmehr an eine bestimmte Form gebunden, wenn eben das Gesetz keine Befristung vorsieht.

Vertretungsrechte naher Angehöriger

3.8. So sinnvoll das Institut des Vorsorgeauftrages auch ist, es kann **nicht damit gerechnet werden, dass die breite Bevölkerung zu diesem Instrument greifen** wird. Mit Blick auf die Eheverträge und die Testamente weiss man, dass nur ein kleiner Teil der Bevölkerung bereit ist, rechtliche Vorkehren für die Wechselfälle des Lebens zu treffen. Das Gesetz muss deshalb auch Lösungen für jene Personen anbieten, welche keine Vorsorge getroffen haben.

3.9. Dem Subsidiaritätsprinzip folgend sollen, *sofern die betroffene Person nichts anderes angeordnet hat*, in erster Linie die **Angehörigen für die urteilsunfähige Person handeln können**. Die entsprechende Handlungskompetenz muss die Rechtsgeschäfte für den täglichen Bedarf, die ordentliche Verwaltung des Vermögens und das Öffnen der Korrespondenz umfassen.

Damit die Sicherheit im Rechtsverkehr gewährt ist, muss die Umschreibung, wem diese gesetzliche Vertretungsmacht zukommt, durch formelle Kriterien umschrieben werden. Von daher liegt es auf der Hand, die Vertretung auf den Ehegatten und den registrierten Partner

zu beschränken, sofern diese Personen mit der betroffenen im gleichen Haushalt leben oder ihr wenigstens regelmässig Beistand leisten. Die Erwachsenenschutzbehörde muss die Möglichkeit haben, die Vertretungsmacht zu entziehen, wenn die Interessen der betroffenen Person gefährdet werden. Ähnliche Regeln sind für die Einwilligung zu medizinischen Massnahmen vorzusehen.

Behördliches Eingreifen

3.10. Es ist nicht zu vermeiden, dass in gewissen Fällen die Behörde eingreifen und einen gesetzlichen Vertreter ernennen muss. Das neue Recht wird in wesentlich stärkerem Umfang als bisher **massgeschneiderte Massnahmen** vorsehen. Es soll möglich sein, die zu errichtende Beistandschaft genau auf die Bedürfnisse der betroffenen Person zuzuschneiden.

Überdies kann sowohl der Subsidiarität wie auch dem Verhältnismässigkeitsprinzip dadurch Rechnung getragen werden, dass die behördliche Kontrolle und der Umfang der Rechnungslegungspflicht von der Person des Beistandes abhängig gemacht wird. Dadurch wird es möglich, bei nahen Angehörigen, bei denen die Aufsicht durch das Umfeld hinlänglich gewährleistet ist, diesbezüglich Erleichterungen vorzusehen. Damit wird den Angehörigen der Gang zur Behörde erleichtert und mehr demente Personen kommen in den Genuss des im Erwachsenenschutzrecht vorgesehenen Rechtsschutzes.

Sonderregeln für den Aufenthalt in Einrichtungen

3.11. Alle diese Vorkehren nützen aber nur beschränkt jenen Personen, welche (mehr oder weniger) freiwillig in eine stationäre Einrichtung eintreten und mit zunehmender Demenz nun nicht mehr für ihre eigenen Angelegenheiten sorgen können.

Hier besteht nach wie vor die grosse Gefahr, dass die Behörden von solchen Personen keine Kenntnis erhalten und diese mangels eines tragfähigen Umfeldes der Institution ausgeliefert sind. **Weitere Schutzmassnahmen** drängen sich deshalb im **Rahmen des Erwachsenenschutzrechts** auf.

3.12. In erster Linie ist festzuhalten, dass ein **schriftlicher Betreuungsvertrag** zu schliessen ist, der die gegenseitigen Pflichten und Rechte klar regelt. Soweit die betroffene Person urteilsfähig ist, schliesst sie diesen Vertrag selber ab. Fehlt es an der Urteilsfähigkeit, so richtet sich das Vertretungsrecht nach den gleichen Regeln wie bei medizinischen Massnahmen. In erster Linie handeln die vom Betroffenen früher bestimmten Personen. Fehlt es an solchen, so kann der Ehegatte den Vertrag schliessen. Ist auch das nicht möglich, muss die Behörde eingreifen und einen Beistand ernennen.

3.13. Zu regeln ist sodann die äusserst heikle Frage, unter welchen Voraussetzungen **Zwangsmassnahmen**, namentlich freiheitsbeschränkender Art zulässig sind. Diesbezüglich ist eine genaue Dokumentationspflicht vorzusehen und schliesslich sind die Rechtsmittel zu regeln. Es ist wohl auch unumgänglich, dass alle Einrichtungen, welche Zwangsmassnahmen anwenden, einer staatlichen Aufsicht unterstellt werden.

IV. Folgerungen

4.1. Die **Diskussion um den Rechtsschutz** dementer Personen, so weit sie nicht in einer psychiatrischen Klinik sondern in einem Heim untergebracht oder zu Hause von Angehörigen betreut werden, ist **neu**. Das hängt teilweise mit dem medizinischen Fortschritt und der Verbesserung der Lebenserwartung zusammen. Massgebend sind aber auch ein gestärktes Selbstbewusstsein der betroffenen Personen und eine grössere Sensibilität der Gesellschaft.

4.2. Anlässlich der letzten grossen Revision des Vormundschaftsrechts, der Einführung der fürsorgerischen Freiheitsentziehung auf Bundesebene, stand der Schutz „Arbeitsscheuer“, „Liederlicher“ und „Verwahrloster“ im Vordergrund. Der Gesetzgeber machte damals einen grossen Bogen um die Frage der psychisch Kranken. Schnell erwiesen sich aber diese als das eigentliche Anwendungsgebiet der fürsorgerischen Freiheitsentziehung, so dass eine Revision der entsprechenden Bestimmungen mit Blick auf die Psychiatrie heute unumgänglich erscheint.

Es muss vermieden werden, dass anlässlich der entsprechenden Revision nun die Probleme der betagten dementen Personen bei Seite gelassen werden und innert kürzester Zeit, sich die Revision wieder als ungenügend erweist.

4.3. Inhaltlich ist einerseits dem Subsidiaritätsprinzip folgend die Selbstvorsorge und die Betreuungsmöglichkeit durch Angehörige auszubauen. Andererseits muss aber auch der Rechtsschutz von Personen verstärkt werden, welche in einer stationären Institution untergebracht sind. Dass solche Verbesserungen nicht weniger, sondern mehr gesetzliche Regeln bedeuten, versteht sich von selber. Deregulierung bedeutet meistens eine Regulierung eines freieren Umfeldes und damit mehr Gesetze

Minusio, 31.5.2007