

Das Vormundschaftsrecht steht vor einer Revision und wird danach Erwachsenenschutzrecht heissen. Neu ins Gesetz aufgenommen werden der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung. Diese Institute erlauben es, heute vorsorgeweise selbst Anordnungen im Hinblick auf eine (altersbedingte) Urteilsunfähigkeit zu treffen. Die gesetzliche Neuerung ist zu begrüßen. Das Problem von Rechtshandlungen von (vor allem älteren) urteilsunfähigen Personen aber bleibt bestehen.

OLIVER KÄLIN

DAS NEUE ERWACHSENENSCHUTZRECHT – PFLEGEFALL, DEMENZ UND VERMÖGEN

Dispute Resolution und ausgewählte Probleme

1. EINLEITUNG

Ende 2007 hat das Statistische Amt des Kantons Zürich errechnet, dass sich die Altersstruktur der Zürcher Bevölkerung in den nächsten Jahren weiter verändern wird. Der Anteil an älteren Personen wird stark zunehmen. 2030 wird jede fünfte Person 65-jährig oder älter sein. Die Zahl der 65–79-Jährigen wird um 40%, jene der über 79-Jährigen sogar um 80% zunehmen [1].

Mit zunehmendem Alter steigt der Anteil der Demenzerkrankten proportional an. Dem Internet-Lexikon «Wikipedia» ist mit Verweis auf eine Berliner Studie zu entnehmen, dass der Anteil der Demenzerkrankten im Alter von 65–69 Jahren 1,2% beträgt, wohingegen der Anteil der Demenzerkrankten im Alter von 80–84 Jahren bereits auf 13,3% angewachsen ist [2]. Das Zentrum für Gerontologie der Universität Zürich geht davon aus, dass im Jahr 2007 in der Schweiz rund 96 000 Demenzerkrankte lebten, wobei jährlich fast 4000 Menschen neu erkranken. Im Kanton Zürich waren im Jahr 2007 16 280 Menschen von einer Demenzerkrankung betroffen [3].

Eine Demenzerkrankung bedeutet, dass die erkrankte Person fortschreitend an Gedächtnisleistung und an kognitiven Funktionen verliert, was nach mehrjährigem Verlauf in geistigen Verfall und Verlust der Sprachfähigkeit übergeht und schliesslich zur völligen Pflegebedürftigkeit und zum Tod führt [4]. Die Alzheimer-Krankheit ist die häufigste Form der Demenzerkrankung. Leidet eine Person an einer Demenzerkrankung, wird sie früher oder später ihre Urteilsfähigkeit verlieren [5].

Zusammengefasst werden die Menschen in Zürich und anderswo immer älter. Mit zunehmendem Alter steigt die

Wahrscheinlichkeit einer Demenzerkrankung. Hintergrund dieser Entwicklung ist paradoxerweise der medizinische Fortschritt, welcher es erlaubt, Menschen immer länger am Leben zu erhalten [6].

2. BEDEUTUNG DER URTEILSFÄHIGKEIT IM ALTER

Die Urteilsfähigkeit ist neben der Volljährigkeit nach Art. 14 *Zivilgesetzbuch* (ZGB) die zweite Voraussetzung der Handlungsfähigkeit (Art. 13 ZGB). Die Handlungsfähigkeit wiederum ist Voraussetzung, um rechtsverbindlich handeln zu können (Art. 12 ZGB).

Die Urteilsfähigkeit setzt ein gewisses Mass an Fähigkeit intellektueller Einsicht und rationaler Beurteilung, Denkvermögen und Urteilskraft voraus, sodass man auch von der Fähigkeit spricht, eine konkrete Lage richtig beurteilen zu können. Ferner muss die urteilsfähige Person die Fähigkeit haben, einen vernunftgemässen Willen zu bilden und diesem Willen gemäss vernünftig handeln zu können [7].

Solange ein Mensch urteilsfähig (und über 18 Jahre alt) ist, kann er grundsätzlich über sein Vermögen frei verfügen. Er kann beispielsweise Schenkungen machen und erbrechtlich verfügen.

Sobald ein Mensch seine Urteilsfähigkeit jedoch verliert, ist er nicht mehr handlungsfähig und kann rechtsgültig keine Vermögensdispositionen mehr treffen. Er kann keine rechtserheblichen Handlungen vornehmen, insbesondere keine rechtsgeschäftlichen (oder rechtsgeschäftsähnlichen) Willenserklärungen mehr abgeben [8]. Hand in Hand mit der Urteilsfähigkeit geht beispielsweise auch die Testierfähigkeit, sodass mit dem Verlust der Urteilsfähigkeit auch die Testierfähigkeit endet [9].

Die Urteilsfähigkeit ist aber relativ. Das bedeutet, dass die betroffene Person nicht allgemein urteilsfähig oder -unfähig ist, sondern stets im Hinblick auf eine bestimmte Handlung [10]. Somit ist die Schwierigkeit und Tragweite der in Frage stehenden Handlung ausschlaggebend dafür, ob die allenfalls urteilsunfähige Person den betreffenden Akt dennoch rechtlich gültig vornehmen kann. So muss es etwa für eine greise und demente Person möglich sein, in der Cafeteria des Alters- und Pflegeheims rechtsgültig einen Kaffee zu be-



OLIVER KÄLIN,
DR. IUR., LL.M.,
RECHTSANWALT,
FRORIEP RENGGLI,
ZÜRICH

stellen. Dagegen erfordert das Erteilen eines Vorsorgeauftrags oder das Verfassen eines Testaments einen solchen Grad an Urteilsfähigkeit, den eine demente Person bereits in einem frühen Stadium der Krankheit nicht mehr erreichen wird.

Es stellt sich die Frage, was ein Mensch heute im Hinblick auf seine (mögliche) künftige Urteilsunfähigkeit vorkehren kann.

3. EIGENE VORSORGE

Das Vormundschaftsrecht des ZGB (Art. 360 bis Art. 455 ZGB) steht vor einer Revision und wird künftig Erwachsenenschutzrecht heissen [11]. Es bestehen bereits Entwurf und Botschaft [12]. Im Erwachsenenschutzrecht werden unter dem Abschnitt «Die eigene Vorsorge» zwei Rechtsinstitute neu im ZGB verankert: der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung. Diese Rechtsinstitute erlauben es einer Person, in gesunden und vitalen Tagen selbst Vorkehren zu treffen für einen späteren Lebensabschnitt, in welchem sie (möglicherweise) nicht mehr urteilsfähig ist [13].

3.1 Vorsorgeauftrag nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht. Der im Erwachsenenschutzrecht neu geregelte Vorsorgeauftrag soll jeder Person ermöglichen, eine andere juristische oder natürliche Person (z. B. einen Vermögensverwalter oder eine Bank) zu beauftragen, bei Eintreten der Urteilsunfähigkeit die Sorge für die auftraggebende Person oder ihr Vermögen zu übernehmen und/oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten [14]. Die beauftragte Person muss aber nicht bestimmt, sondern nur bestimmbar sein [15]. Der Vorsorgeauftrag kann mit einer letztwilligen Verfügung verglichen werden, worin heute eine Anordnung getroffen wird für eine Zeit, in der der Anordnende selbst nichts mehr verfügen kann. Der Vorsorgeauftrag regelt aber nicht die Zeit nach dem Tod, sondern die Zeit nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit bis zum Tod.

3.1.1 Form, Errichtung und Widerruf. Die Form der Errichtung wie auch die Ausgestaltung des Vorsorgeauftrags zeigen Ähnlichkeit zu Form und Ausgestaltung einer letztwilligen Verfügung (vgl. Art. 499 bis Art. 505 ZGB). Der Vorsorgeauftrag ist – entsprechend einer letztwilligen Verfügung – entweder eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden [16]. Damit soll verhindert werden, dass insbesondere betagte Personen ein von Dritten verfasstes Papier einfach unterschreiben, ohne sich über dessen Inhalt im Klaren zu sein [17]. Die auftraggebende Person muss überdies sicherstellen, dass bei Eintreten der Urteilsunfähigkeit die Erwachsenenschutzbehörde vom Vorsorgeauftrag Kenntnis erlangt [18]. Art. 361 Abs. 3 E-ZGB sieht vor, dass das Bestehen eines Vorsorgeauftrags vom Zivilstandsamt in einer zentralen Datenbank erfasst werden kann [19]. Das Dokument selbst muss dabei nicht hinterlegt werden.

Die Erwachsenenschutzbehörde stellt der beauftragten Person dann eine Legitimationsurkunde aus [20]. Die Erwachsenenschutzbehörde kann auch allfällige Ergänzungen oder Auslegungen vornehmen, wenn der Vorsorgeauftrag kleinere Lücken oder Unklarheiten aufweisen sollte (Art. 364 E-ZGB). Bei grösseren Unklarheiten wird die Erwachsenen-

schutzbehörde zusätzlich zum bestehenden Vorsorgeauftrag eine behördliche Massnahme anordnen müssen [21]. Die Erwachsenenschutzbehörde kann ferner alle erforderlichen Massnahmen treffen und wird von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person tätig (Art. 368 Abs. 1 E-ZGB).

Die auftraggebende Person kann den Vorsorgeauftrag – solange sie urteilsfähig ist – jederzeit widerrufen (Art. 362 E-ZGB) oder durch einen neuen Vorsorgeauftrag ersetzen (Art. 362 Abs. 3 E-ZGB). Ob nach Eintritt des «Vorsorgefalls» (also der Urteilsunfähigkeit) ein Widerruf durch die auftraggebende Person noch möglich ist, hängt von der Urteilsfähigkeit mit Bezug auf dieses Geschäft ab und ist daher nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die Anforderungen an einen Widerruf eines Vorsorgeauftrags werden in jedem Fall tiefer sein als für sein Erstellen. Ex lege endet ein Vorsorgeauftrag, wenn die auftraggebende Person die Urteilsfähigkeit wieder erlangt (Art. 369 Abs. 1 E-ZGB; dies wird im Greisenalter nach Verlust der Urteilsfähigkeit kaum mehr vorkommen). Eine solche Situation wäre aber denkbar z. B. nach einem Unfall, wenn die auftraggebende Person aus einem Koma wieder erwacht. Doch selbst dann bliebe der Vorsorgeauftrag so lange in Kraft, bis die auftraggebende Person ihre Interessen wieder selbst wahrnehmen kann. Dieser Zeitpunkt muss mit dem Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit nicht zwingend übereinstimmen (Art. 369 Abs. 2 und 3 E-ZGB).

3.1.2 Verweis auf das Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR). Die rechtliche Ausgestaltung des Vorsorgeauftrags orientiert sich an den auftragsrechtlichen Bestimmungen nach Art. 394 ff. des *Obligationenrechts* (OR). So können im Vorsorgeauftrag Ersatzverfügungen getroffen oder Substitutionsvollmachten erteilt werden (Art. 360 Abs. 3 E-ZGB). Auch steht es der beauftragten Person frei, den Vorsorgeauftrag überhaupt anzunehmen (Art. 363 Abs. 3 E-ZGB). Liegen wichtige Gründe vor, kann die beauftragte Person den angenommenen Vorsorgeauftrag zudem jederzeit ohne Einhaltung der Kündigungsfrist kündigen (Art. 367 Abs. 2 E-ZGB).

Nach Annahme des Vorsorgeauftrags kann die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag ihrerseits zudem jederzeit mit einer zweimonatigen Frist und ohne Begründung kündigen [22]. Die Nichtannahme wird wohl selten vorkommen, da ein potentieller Auftraggeber sinnvollerweise vorab klärt, ob der Beauftragte den Vorsorgeauftrag annehmen wird. Nimmt die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag an, wird sie von der Erwachsenenschutzbehörde auf ihre Pflichten hingewiesen, die dem Auftragsrecht entsprechen. Darunter fällt beispielsweise die Pflicht, jederzeit in der Lage zu sein, Rechenschaft über die Geschäftsführung abzulegen (siehe Art. 400 OR). Der urteilsunfähige Auftraggeber wird die Rechenschaftsabgabe aber weder verlangen noch verstehen. Dies ist die Aufgabe der Erwachsenenschutzbehörde, die entweder von sich aus oder auf Anzeige der Angehörigen hin tätig wird (Art. 368 E-ZGB).

Die auftragsrechtlichen Bestimmungen gelten auch für die Haftung der beauftragten Person [23], die ein sorgfältiges Tätigwerden schuldet. Die Sorgfalt wird aber vom Gesetz nicht konkretisiert. Was sorgfältiges Handeln ist, bemisst

sich nach objektiven Kriterien und gestützt auf die Umstände des Einzelfalls [24]. Welche Massnahmen ein Vermögensverwalter im Vorsorgefall ergreifen soll, orientiert sich in erster Linie an den vertraglichen Vereinbarungen mit dem Auftraggeber [25], sprich dem Vorsorgeauftrag. Ist aber der Vorsorgeauftrag nicht klar, z. B. weil sich die Verhältnisse seit der Errichtung in einzelnen Punkten unerwartet geändert haben, so stellt dies die beauftragte Person vor eine Quelle von Unsicherheiten. War die beauftragte Person bereits vor dem Eintritt des Vorsorgefalls für die auftraggebende Person tätig, werden sich aus dieser Tätigkeit Indizien für die Ausgestaltung des Vorsorgeauftrags ableiten lassen. Dennoch muss die beauftragte Person bei Unsicherheiten grundsätzlich die Erwachsenenschutzbehörde angehen, welche ihrerseits die Kompetenz hat, den Vorsorgeauftrag auszulegen und in Nebenpunkten zu ergänzen (siehe Art. 364 E-ZGB).

3.1.3 Entbindung vom ärztlichen Berufsgeheimnis. Nach Art. 321 *Strafgesetzbuch (StGB)* macht sich ein Arzt strafbar, wenn er Auskünfte über einen Patienten erteilt, es sei denn, es liege beispielsweise eine Einwilligung der berechtigten Person vor. Da diese Einwilligung keiner besonderen Form bedarf [26], macht es Sinn, die beauftragte Person im Vorsorgeauftrag zu berechtigen, im Vorsorgefall von den behandelnden Ärzten Auskünfte einholen zu dürfen.

3.1.4 Verhältnis zur Beistandschaft. Anstelle der heutigen amtsgebundenen Massnahmen (Vormundschaft, Beiratschaft, Beistandschaft) soll im neuen Erwachsenenschutzrecht die Beistandschaft als einheitliches Rechtsinstitut treten [27], wenn eine Person wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen Schwächezustands ihre Angelegenheiten nicht mehr besorgen kann, und die Unterstützung durch Angehörige oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht [28]. Die Beistandschaft bildet damit eine behördliche Massnahme, die unabhängig vom Willen der betroffenen Person angeordnet wird (Art. 388 f. E-ZGB). Dagegen stammen der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung von der betroffenen Person selbst. Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung gehen behördlichen Massnahmen indes vor, sodass nach dem Grundsatz der Subsidiarität behördliche Massnahmen nur dann angeordnet werden, wenn dies trotz Vorsorgeauftrag (und/oder anderer Unterstützung) notwendig bleibt (siehe Art. 389 E-ZGB).

3.2 Altersvorsorgevollmachten. Der Vorsorgeauftrag ist im geltenden Recht weder geregelt noch vorgesehen, obwohl ein diesbezügliches Bedürfnis besteht (aus u. a. diesem Grund wird das Vormundschaftsrecht revidiert) [29]. Ganz neu wird der Vorsorgeauftrag aber nicht sein, da heute sogenannte Altersvorsorgevollmachten ausgestellt werden können [30]. Obwohl deren Zulässigkeit – soweit gesehen – anerkannt ist, ist die Bezeichnung «Altersvorsorgevollmacht» irreführend. Dies deshalb, weil eine Vollmacht als einseitiges Rechtsgeschäft von der Vertragsbeziehung der Parteien zu unterscheiden ist. Verträge im Bereich der Vermögensverwaltung unterstehen grundsätzlich den Bestimmungen des einfachen Auftrags [31]. Es kann daher eine Vollmacht erteilt werden,

ohne dass ein Auftrag vorliegt. Mit der Altersvorsorgevollmacht wird aber normalerweise nicht nur die Vollmacht erteilt, sondern auch der Auftrag, entsprechend tätig zu werden [32]. Die grundsätzliche Unabhängigkeit zwischen Vollmacht und Grundverhältnis zeigt sich auch beim Erlöschen der Vollmacht und bei der Beendigung des Auftrags: Das Erlöschen der Vollmacht infolge Handlungsunfähigkeit der vollmachtgebenden Person ist in Art. 35 OR, die Beendigung des Auftrags wegen Handlungsunfähigkeit der auftraggebenden Person in Art. 405 OR geregelt. Im Bereich der Vermögensverwaltung gehen Auftrag und Vollmacht aber Hand in Hand. Es stellt sich daher die Frage nach den Formvorschriften für die Altersvorsorgevollmachten.

Altersvorsorgevollmachten erinnern insofern an postmortale Vollmachten (deren Zulässigkeit ebenfalls unbestritten ist) [33], als vorab eine Anordnung getroffen wird, für eine Zeit, in der dies nicht mehr möglich ist. Bei den postmortalen Vollmachten wird die Vollmacht «über den Tod hinaus» (sog. T-Vollmacht), die formfrei erteilt werden kann [34], von der Vollmacht «auf den Todesfall» [35] unterschieden, bei welcher unklar ist, ob die erbrechtlichen Formvorschriften eingehalten werden müssen [36].

Da die Altersvorsorgevollmacht ihre Wirkung zu Lebzeiten entfalten soll, können die erbrechtlichen Formvorschriften nicht zur Anwendung gelangen. Ein Vertrag mit Vorsorgeauftragscharakter untersteht nach dem Gesagten zudem den Bestimmungen über den Auftrag und muss daher grundsätzlich formfrei errichtet werden können [37]. Es ist aber davon auszugehen, dass Altersvorsorgevollmachten und Verträge mit Vorsorgeauftragscharakter nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts den Formvorschriften des Vorsorgeauftrags unterstehen [38] bzw. zu Vorsorgeaufträgen werden. Der Entwurf enthält diesbezüglich keine Übergangsbestimmungen bzw. die allgemeinen Übergangsbestimmungen des ZGB sind anwendbar [39]. Dies bedeutet, dass die heute gültigen Altersvorsorgevollmachten auch nach Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts gültig bleiben. Vor dem Hintergrund der notwendigen Urteilsfähigkeit im Zeitpunkt der Auftragserteilung ist indes eigenhändige Schriftlichkeit oder notarielle Form bereits heute empfohlen, da sich daraus ein Hinweis auf die Urteilsfähigkeit der auftraggebenden Person zum Zeitpunkt der Errichtung ableiten lässt [40].

In der älteren Literatur wurde vertreten, dass privatautonome Dispositionen im Hinblick auf die Handlungsunfähigkeit nicht zulässig seien [41]. Das geht aber zumindest aus dem Gesetzestext von Art. 405 Abs. 1 OR und von Art. 35 OR nicht hervor. Die Mehrheit der Lehre nimmt richtigerweise an, dass die Parteien wirksam vereinbaren können, dass das Auftragsverhältnis trotz Eintreten der Handlungsunfähigkeit des Auftraggebers weiterbestehen soll [42].

In BGE 132 III 222 hat das Bundesgericht betreffend eine Vollmacht nun entschieden, dass diese über die Handlungsunfähigkeit hinaus weiter gilt, da damit allenfalls einem gewichtigen Interesse des Auftraggebers Rechnung getragen werden kann [43]. Konkret ging es um eine Vollmacht im Rahmen eines Auftrags zur Prozessführung. Es war zuvor vereinbart worden, dass die Vollmacht auch bei Verlust der Handlungsfähigkeit nicht erlöschen soll [44]. Nach diesem Ent-

scheid ist anzunehmen, dass das Bundesgericht bezüglich eines Vermögensverwaltungsauftrags, der ebenfalls dem Auftragsrecht unterstellt ist, gleich entscheiden würde. Auf Bankformularverträgen wird das Weitergelten über den Tod hinaus standardmässig vereinbart [45].

Betreffend den Widerruf einer Altersvorsorgevollmacht sollen an die Urteilsfähigkeit keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden, da ein Vertrauensverlust auch bei bereits beeinträchtigter intellektueller Leistungsfähigkeit noch wahrgenommen werden kann. Auch muss es möglich sein, trotz bestehender Altersvorsorgevollmacht einen Beistand zu bestellen, der die Vorsorgevollmacht widerrufen kann, wenn sich ernste Gründe abzeichnen, wie z. B. das Bestehen eines Interessenkonflikts [46].

3.3 Patientenverfügung nach dem neuen Erwachsenen-schutzrecht. In einer Patientenverfügung nimmt eine Person eine Krankheitssituation vorweg und bestimmt, welchen medizinischen Massnahmen sie für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt (Art. 370 Abs. 1 E-ZGB). Die Patientenverfügung enthält neben dem Willen der ausstellenden Person auch die Einwilligung (oder die Nichteinwilligung) für den Eingriff in die körperliche Integrität. Nach der herrschenden Lehre und Rechtsprechung ist eine ärztliche Massnahme, die in die körperliche Integrität eingreift, noch immer eine Ver-

letzung der Persönlichkeit der Patientin oder des Patienten, selbst wenn der Eingriff nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausgeführt wird [47]. Nach Art. 28 Abs. 2 ZGB ist eine Verletzung der Persönlichkeit dann nicht rechtswidrig, wenn sie – als Hauptanwendungsfall – durch die Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt ist [48]. Die Einwilligung setzt aber die Urteilsfähigkeit der einwilligenden Person voraus, sodass eine urteilsunfähige Person grundsätzlich nicht mehr einwilligen kann.

Die Patientenverfügung bedarf zu ihrer Errichtung lediglich der Schriftform, was bedeutet, dass sie im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag nicht eigenhändig niedergeschrieben werden muss (Art. 361 Abs. 1 E-ZGB), sondern mit Datum versehen maschinell abgefasst werden kann, und die eigenhändige Unterschrift der verfügenden Person genügt (Art. 371 Abs. 1 E-ZGB). Ebenfalls im Unterschied zum Vorsorgeauftrag genügt die Urteilsfähigkeit allein (d. h. Volljährigkeit ist nicht notwendig) für das Errichten der Patientenverfügung (Art. 370 Abs. 1 E-ZGB). Widerrufen werden kann die Patientenverfügung in gleicher Weise wie der Vorsorgeauftrag [49]. Bei einem Widerruf der Patientenverfügung sollen nur zurückhaltende Anforderungen an die Urteilsfähigkeit gestellt werden [50].

In jedem Fall sollte auf der Versichertenkarte vermerkt werden, dass eine Patientenverfügung besteht. Die Patientenver-

fügung kann aber z. B. auch bei der behandelnden Ärztin oder dem behandelnden Arzt hinterlegt oder einer Vertrauensperson übergeben werden, oder die Verfasserin oder der Verfasser kann sie auf sich tragen [51].

Die Patientenverfügung ist im Gegensatz zum Vorsorgeauftrag auf den medizinischen Bereich beschränkt, sodass eine Kontrolle durch das Medizinalpersonal besteht [52]. Die Ärztin oder der Arzt darf einer Patientenverfügung dann nicht entsprechen, wenn sie gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Patientenverfügung nicht auf dem freien Willen der verfügenden Person beruht oder ihrem mutmasslichen Willen nicht entspricht (Art. 372 Abs. 2 E-ZGB). Entspricht die Ärztin oder der Arzt der Patientenverfügung nicht, müssen die Gründe im Patientendossier festgehalten werden (Art. 372 Abs. 3 E-ZGB). Für Patientenverfügungen sieht das neue Erwachsenenschutzrecht keine eigenen Haftungsregeln vor, sodass die allgemeinen Haftungsregeln der Arzthaftung zur Anwendung gelangen [53].

3.4 Patientenverfügung nach dem geltenden Recht. Das bestehende Bundesrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Gültigkeit und die Tragweite von Patientenverfügungen [54]. Regelungen sind aber in den kantonalen Gesetzen vorhanden [55]. Für Urteilsunfähige gibt der gesetzliche Vertreter die Einwilligung. Existiert kein gesetzlicher Vertreter, haben die Kantone teilweise diese Lücke geschlossen, indem sie in ihren Gesundheitsgesetzen vorsehen, dass eine nahestehende Person oder ein Familienmitglied die Einwilligung für eine urteilsunfähige Person abgeben kann [56].

4. FESTSTELLUNG DER URTEILSUNFÄHIGKEIT

4.1 Problemstellung. Nach den geltenden Bestimmungen des Personenrechts wie auch nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht kann ein Mensch so lange über sein Vermögen verfügen und anderweitig rechtsverbindlich handeln, als er über 18 Jahre alt und urteilsfähig ist. Nur solange kann er eine Altersvorsorgevollmacht (nach dem geltenden Recht), einen Vorsorgeauftrag oder eine Patientenverfügung errichten.

Die Bestimmung des massgebenden Zeitpunkts des Eintritts der Urteilsunfähigkeit wird durch das Gesetz nicht geregelt. Auch eine Altersvorsorgevollmacht, ein Vorsorgeauftrag oder eine Patientenverfügung vermögen dies nicht. Daraus folgt, dass der Zeitpunkt, bis wann eine Verfügung getroffen werden kann, und der Zeitpunkt, ab wann die Verfügung wirken soll, unklar bleibt. Aus diesem Grund sieht das neue Erwachsenenschutzrecht vor, dass die Erwachsenenschutzbehörde, sobald sie von der Urteilsunfähigkeit einer Person erfährt und ein Vorsorgeauftrag vorliegt, prüfen soll, ob der Vorsorgeauftrag in bezug auf die Urteilsfähigkeit gültig errichtet worden ist (Art. 363 E-ZGB).

4.2 Vermutung der Urteilsfähigkeit. Die Urteilsfähigkeit wird bei erwachsenen Personen vermutet [57]. Dasselbe gilt folgerichtig ebenso für die Handlungsfähigkeit [58]. Ein erwachsener Mensch (auch im Greisenalter) gilt so lange als urteilsfähig, bis seine Urteilsunfähigkeit festgestellt worden ist.

4.3 Beispiel (BGE 124 III 5). Im Sachverhalt von BGE 124 III 5 hatte eine Greisin vor ihrem Tod ihr früheres Testament widerrufen und setzte neu ihren Beistand als Alleinerben ein. Der gesamte Rechtsstreit, der nach dem Tod der Erblasserin entstand, drehte sich allein um die Frage, ob die Erblasserin im Zeitpunkt, als sie das letzte Testament verfasste, noch urteilsfähig war.

Hätte die Greisin – anstatt ein Testament zu verfassen – einen Teil ihres Vermögens an den Dritten verschenkt, stellte sich analog zum Sachverhalt des BGE 124 III 5 die Frage, ob die Greisin im Zeitpunkt der Vornahme der Schenkung (analog zum Zeitpunkt des Erstellens des Testaments) urteilsfähig war. Daran änderte auch das allfällige Vorliegen einer Altersvorsorgevollmacht bzw. eines formgültigen Vorsorgeauftrags nichts.

4.4 Beweislast. Die Vermutung der Urteilsfähigkeit führt in obigem Beispiel dazu, dass zunächst vermutet wird, dass die Erblasserin bzw. die schenkende Person zum Zeitpunkt des Erstellens des Testaments bzw. der Vornahme der Schenkung urteilsfähig war. Derjenige, der die Urteilsfähigkeit bestreitet, muss nachweisen, dass die Erblasserin zum massgebenden Zeitpunkt nicht urteilsfähig war [59].

Das Bundesgericht hat in BGE 124 III 5 aber entschieden, dass, wenn Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder auch Trunkenheit offenkundig und unbestritten gewesen sind, indem z. B. der Inhalt eines Testaments und der allgemeine Gesundheitszustand der testierenden Person die grosse Wahrscheinlichkeit einer Urteilsunfähigkeit aufzeigt, diejenige Partei die Beweislast trägt, welche für den massgebenden Zeitraum die Urteilsfähigkeit behauptet [60]. Liegen also genügend Indizien für das Fehlen der Urteilsfähigkeit vor, hat derjenige die Urteilsfähigkeit zu beweisen, der ihr Vorhandensein behauptet [61].

Dieser Entscheid des Bundesgerichts lässt sich indes nicht ohne weiteres auf den Fall einer Schenkung zu Lebzeiten übertragen: Mit Eintritt der Urteilsunfähigkeit tritt der Vorsorgefall ein. Die Erwachsenenschutzbehörde wird tätig, sobald sie von einem Vorsorgefall erfährt (Art. 363 Abs. 1 E-ZGB), wobei die Erwachsenenschutzbehörde vom Eintritt eines Vorsorgefalls stets zeitverzögert erfahren wird. Selbst wenn eine Person heute urteilsunfähig ist, konnte sie zum Zeitpunkt der Schenkung noch urteilsfähig gewesen sein. Je weiter die Verfügung der betroffenen Person zurückliegt, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie urteilsfähig war. Die Beweislast bleibt bei derjenigen Person, welche die Urteilsfähigkeit behauptet.

4.5 Beweisgrad und Beweismittel. Beim Beweisgrad zeigt sich wiederum die Relativität der Urteilsfähigkeit: Je nach Rechtsakt werden an den Beweis der Urteilsfähigkeit bzw. der Urteilsunfähigkeit unterschiedliche Anforderungen gestellt [62]. Ist die betreffende Person bereits verstorben, so kann der Geisteszustand kaum mehr völlig zweifelsfrei festgestellt werden. Für diesen Fall muss der Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit genügen [63]. Lebt die Person noch, ist der Beweisgrad höher anzusetzen. Das Alter der verfügenden Person bleibt aber zu berücksichtigen. Für beide Fälle

soll und kann sogenannter voller Beweis meines Erachtens aber nicht gefordert werden.

Als Beweismittel kommen alle in den jeweiligen kantonalen Zivilprozessordnungen genannten Beweismittel in Frage [64]. In den meisten Fällen wird ein Gericht auf eine medizinische Expertise abstellen, obwohl der Beweis grundsätzlich auch mit Zeugen oder Indizien geführt werden kann [65]. Zeugen werden aber fast durchwegs ein zu günstiges Bild vom Geisteszustand der betroffenen Person geben [66]. Prof. Bucher befürchtet daher wohl zu Recht, dass Gerichte gegenüber der Annahme der Urteilsunfähigkeit alter Personen übergrosse Zurückhaltung üben [67]. In vielen Fällen werden beide Seiten dem Gericht (sich widersprechende) medizinische Expertisen einreichen. Das Gericht hat diese im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Dies bedeutet, dass das Gericht auf die Expertise abstellen wird, welche mehr überzeugt. Das Gericht kann aber auch eine zusätzliche, weitere Expertise veranlassen. Einer solchen Expertise kommt dann höhere Beweiskraft zu, da der Gutachter vom Gericht und nicht von einer Partei beauftragt wird [68].

4.6 Schlussfolgerung. Die Frage, wann die Urteilsunfähigkeit genau eingetreten ist, wird dann zentral, wenn es zu bestimmen gilt, ob eine vorgenommene Verfügung der betroffenen Person rechtlich gültig ist oder nicht. Die Frage nach dem Zeitpunkt des Eintritts der Urteilsunfähigkeit ist eine Frage nach dem Sachverhalt und kann somit nicht durch das Gesetz geregelt werden. Diesbezüglich ergeben sich durch das neue Erwachsenenschutzrecht keine Änderungen.

5. EXKURS: VERWANDTENUNTERSTÜTZUNG

5.1 Zivilrechtliche Grundlagen. Die sogenannte Verwandtenunterstützung ist in Art. 328 und Art. 329 ZGB geregelt. Das neue Erwachsenenschutzrecht betrifft erst die Bestim-

mungen ab Art. 360 ZGB und bleibt demnach für die Verwandtenunterstützung ohne Belang.

Nach Art. 328 Abs. 1 ZGB hat diejenige Person Anspruch auf Unterstützung von Verwandten, die in «günstigen Verhältnissen» leben, wenn sie «ohne diesen Beistand in Not geraten würde». Die Verwandtenunterstützung setzt damit «günstige Verhältnisse» auf der Seite der pflichtigen und eine «Not» auf der Seite der berechtigten Person voraus. Überdies müssen die Unterstützungsleistungen «erforderlich» und «angemessen» sein [69].

Ob die Voraussetzungen der Verwandtenunterstützungspflicht (günstige Verhältnisse und Not) gegeben sind und über den Umfang der Unterstützungsleistungen bestimmt das Gericht nach Recht und Billigkeit [70]. Dies bedeutet, dass ein Gericht über den Umfang von Unterstützungsleistungen befindet, dabei die konkreten Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und gestützt darauf einen Entscheid fällt [71]. Das Gericht wird also in zwei Schritten vorgehen. Im ersten Schritt befindet es darüber, ob eine Notlage und ob günstige Verhältnisse bestehen. Im zweiten Schritt bestimmt es den Umfang der Unterstützungspflicht.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung befindet sich in einer Notlage, wer sich das zum Lebensunterhalt Notwendige nicht mehr aus eigener Kraft verschaffen kann [72]. Aber auch diese Formel beruht schlussendlich auf dem Ermessen des Gerichts [73].

Das Pendant zur Unterstützungspflicht ist die Leistungsfähigkeit des Pflichtigen [74]. Unterstützungspflichtig sind Verwandte in auf- und absteigender Linie, wobei es auf den Verwandtschaftsgrad nicht ankommt [75]. Der Anspruch auf Unterstützung ist gegen die Pflichtigen in der Reihenfolge ihrer Erbberechtigung geltend zu machen (Art. 329 Abs. 1 ZGB) [76].

Im Sachverhalt von BGE 132 III 97 ff. ging es um einen bevormundeten Vater, der von den Mietzinsen einer Liegenschaft lebte, die er in Zürich besass [77]. Sein gesamtes mo-

natliches Einkommen belief sich ungefähr auf zwischen CHF 10 200 und CHF 11 500. Für seinen eigenen Unterhalt benötigte er monatlich rund CHF 8600. Der Vater sollte seine Tochter unterstützen, die für ihren eigenen Lebensunterhalt und den ihrer Kinder nicht mehr aufkommen konnte und von der Sozialhilfe lebte. Der von ihr geschiedene Ehemann lebte im Ausland und zahlte keine Unterhaltsbeiträge. Die Tochter forderte vom Vater Unterhalt, und dass er eine weitere Hypothek auf die Liegenschaft aufnehmen solle. Das Bezirksgericht befand, dass der Vater die Hypotheken auf seiner Liegenschaft im Wert von ca. CHF 1 Mio. um CHF 200 000 erhöhen konnte. Die Liegenschaft hatte einen Verkehrswert von rund CHF 3,5 Mio. Mit diesem Barvermögen hätte er – so die Ansicht des Bezirksgerichts – die Klägerin für einen beschränkten Zeitraum (von 2004 bis Ende 2008) mit monatlich CHF 5000 unterstützen können. Das Obergericht reduzierte diesen Betrag auf CHF 2250, was der Differenz zwischen seinem Bedarf und seinem Einkommen pro Monat darstellte. Das Bundesgericht folgte schliesslich der Auffassung des Obergerichts, da es festhielt, dass die Unterstützungsspflicht der Verwandten dort ein Ende findet, wo die Existenz des Pflichtigen selbst im Hinblick auf das Alter nicht mehr gesichert ist [78]. Der zu leistende Betrag findet ferner seine Grenze am Notbedarf des Berechtigten, selbst wenn der Pflichtige in der Lage wäre, mehr zu leisten [79].

5.2 Verwandtenunterstützung und Sozialhilfe. Eine pflegebedürftige Person in einem Alters- und Pflegeheim verursacht zweierlei Kosten: (a) Kosten für ärztliche Leistungen und (b) Kosten für zusätzliche Betreuungs- und Pflegeleistungen sowie für «Hotellerie»-Leistungen des Heims [80]. Die ärztlichen Leistungen werden grundsätzlich von der Krankenkasse übernommen. Die übrigen Leistungen hat die pflegebedürftige Person selbst zu tragen. Reichen die finanziellen Mittel der pflegebedürftigen Person dazu nicht oder nach einer gewissen Zeit nicht mehr aus (z.B. aus den Leistungen der Sozialversicherungen [81]), können Ergänzungsleistungen beantragt werden. Diese richten sich nach dem *Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG)* [82]. Die Höhe der Ergänzungsleistungen entspricht dem Betrag, um den die (nach ELG)

anerkannten Ausgaben die (ebenfalls nach ELG) anrechenbaren Einnahmen übersteigen [83]. Die anrechenbaren Einnahmen sind im Katalog des Art. 11 ELG aufgeführt. Das Vermögen wie auch der Vermögensverzehr werden in dieser Rechnung mitberücksichtigt (Art. 11 Abs. 1 lit. c und Art. 11 Abs. 2 ELG). Insbesondere werden auch Vermögenswerte mitberücksichtigt, auf die verzichtet worden ist (Art. 11 Abs. 1 lit. g ELG, z. B. durch Verschenken). Das ELG enthält keine Verjährungsfrist, sodass alle je weggegebenen Vermögenswerte bei den anrechenbaren Einnahmen berücksichtigt werden können.

Je höher die anrechenbaren Einnahmen sind, umso kleiner fallen die Ergänzungsleistungen aus. Reichen die Einnahmen der bedürftigen Person, die Beträge der Krankenkasse und die ausgerichteten Ergänzungsleistungen nicht aus, die Ausgaben zu decken, kommt zunächst die Sozialhilfe für die Differenz auf. Massgebend im Kanton Zürich ist das *Sozialhilfegesetz (SHG)* [84], wonach eine Person, die für ihren Lebensunterhalt nicht aufkommen kann, Anspruch auf wirtschaftliche Hilfe hat (§ 14 SHG). Die wirtschaftliche Hilfe soll die notwendige ärztliche oder therapeutische Behandlung und die notwendige Pflege in einem Spital, in einem Heim oder zu Hause sicherstellen (§ 15 Abs. 2 SHG).

Die Sozialbehörde prüft, wenn sie in Anspruch genommen wird, ob gemäss Art. 328 und 329 ZGB Verwandte zur Unterstützung des Hilfeempfängers verpflichtet sind (§ 25 Abs. 1 SHG). Da die Verwandtenunterstützungspflicht dem Sozialfürsorgerecht vorgeht, kommt das Gemeinwesen erst nach den Verwandten zum Zug [85]. Aus diesem Grund kann die Sozialbehörde auf die Verwandten zugehen und sie zur Hilfe auffordern (§ 25 Abs. 1 SHG). Das Gemeinwesen kann aber nicht einseitig die Verwandten zur Unterstützung verpflichten (z. B. indem es eine Verfügung erlässt), sondern muss klageweise vorgehen, wenn die Verwandten die Unterstützung verweigern, da es sich um einen privatrechtlichen Anspruch handelt [86].

Zusammengefasst kann die Verwandtenunterstützung nicht verhindert oder umgangen werden. Der Weg bis zur Inanspruchnahme von Verwandten ist aber doch ziemlich weit. ■

Anmerkungen: 1) Bucher, Hans-Peter: Regionalisierte Bevölkerungsprognosen für den Kanton Zürich bis 2030 (Prognosen 2007), in: statistik. flash 12/2007 (abrufbar unter www.statistik.zh.ch), 1 und 3 f. 2) http://de.wikipedia.org/wiki/Demenz#_note-o, wobei die Zahlen von 1996 stammen. 3) Medienmitteilung «Runder Tisch Science et Cité zum Thema Demenz» des Zentrums für Gerontologie vom 20. April 2007 (abrufbar unter http://www.alz-zuerich.ch/docs/Demenz_RT_Medien_20070420.pdf). 4) Etwa <http://www.demenz-technik.de/demenz-definition.html> oder <http://de.wikipedia.org/wiki/Demenz>. 5) Wobei sich der Übergang von der Urteilsfähigkeit zur Urteilsunfähigkeit schleichend vollzieht (Geiser, Thomas: Demenz und Recht, ZVW 2003, 101). Siehe dazu auch Bucher, Eugen: Berner Kommentar: Das Personenrecht, 2. Abteilung: Die natürlichen Personen, erster Teilband, Kommentar zu Art. 11–26 ZGB, 3. Aufl., Bern 1976 (zitiert als BK-Bucher), N 73 ff. und N 77 zu Art. 16 ZGB. 6) Siehe Bau-

mann, Max: Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, ZVW 2005, 60; Geiser (Anm. 5), 98. 7) Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.) (BASK-Bearbeiter): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456, 3. Aufl., Basel, Genf, München 2006, BASK-Bigler-Eggenberger, N 7 und N 10 zu Art. 16 ZGB; Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, 82; BGE 124 III 7 Erw. 1.a. 8) BK-Bucher (Anm. 5), N 62 zu Art. 16 ZGB; BASK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 11 zu Art. 16 ZGB; Geiser (Anm. 5), 98. 9) BASK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 22 zu Art. 16 ZGB; siehe auch BK-Bucher (Anm. 5), N 72 zu Art. 16 ZGB. 10) BK-Bucher (Anm. 5), N 87 zu Art. 16 ZGB; BASK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 34 zu Art. 16 ZGB. 11) Die Revision wird indes kaum vor Ende 2010 realisiert. Grund dafür sind die Entwürfe zur eidg. Straf- und zur eidg. Zivilprozessordnung, die das Parlament prioritär behandelt.

12) BBl 2006, 7001–7195. 13) Siehe Affolter, Kurt: Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, 1060, und Arter, Oliver: Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, in: Der Schweizer Treuhänder, ST 07/9, S. 657. 14) Art. 360 Abs. 1 E-ZGB; Botschaft, BBl 2006, 7025; Abt, Daniel/Weibel, Thomas (Hrsg.) (PraxKomm Erbrecht-Bearbeiter): Erbrecht (Praxiskommentar), Basel 2007, PraxKomm Erbrecht-Künzle (Anm. 14), Einleitung, N 148; Affolter (Anm. 13), 1060; Arter (Anm. 13), 658; siehe Geiser (Anm. 5), 231 (wonach dann auf ein behördliches Eingreifen verzichtet werden kann, wenn die Voraussetzungen für den Vorsorgeauftrag gegeben sind, und die Regelung genügend ist). 15) Z. B. wird sich ein family office für high net worth individuals oder ein private banking als Vorsorgebeauftragter bezeichnen lassen (Breitschmid, Peter: Vorsorgevollmachten, ZVW 2003, 276). 16) Art. 361 E-ZGB; Botschaft, BBl 2006, 7026; siehe dazu die Kritik bei Breitschmid (Anm. 15), 275, der ausführt,

dass die öffentliche Beurkundung nicht geeignet sei, eine effektive Prüfung der Urteilsfähigkeit für die konkret in Frage stehenden, möglicherweise sensiblen Abhängigkeitsverhältnisse herbeizuführen. **17)** Botschaft, BBl 2006, 7026. Ein etwa auf dem Computer geschriebener Vorsorgeauftrag wäre ungültig. **18)** Botschaft, BBl 2006, 7026. **19)** Art. 361 Abs. 3 E-ZGB; Botschaft, BBl 2006, 7027 (Datenbank «Infostar», welche die Papierregister bei den Zivilstandsämtern ersetzt hat, <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/dokumentation/mi/2004/2004-04-280.html>); Affolter (Anm. 13), 1060. **20)** PraxKomm Erbrecht-Künzle (Anm. 14), Einleitung, N 148; Affolter (Anm. 13), 1060. **21)** Siehe Botschaft, BBl 2006, 7028; vgl. auch Affolter (Anm. 13), 1061. **22)** Botschaft, BBl 2006, 7029. **23)** Art. 398 OR; Botschaft, BBl 2006, 7028; siehe auch Minger, Christian: La responsabilité des organes de protection dans la nouvelle droit de la protection de l'adulte (Die Haftung der Kinder- und Erwachsenenbehörde nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht), ZVW 2006, 171 und 180. **24)** BGE 4C.18/2004 (3.12.2004) Erw. 1.1; BGE 4C.158/2006 (10.11.2006) Erw. 3.1; siehe auch BGE 124 III 162 f. Erw. 3a. **25)** BGE 4C.158/2006 (10.11.2006) Erw. 3.1. **26)** BGE 98 IV 218 Erw. 2 («La loi ne subordonne ce consentement à aucune forme.») **27)** Es soll vier Arten der Beistandschaft geben (siehe Art. 393 ff. E-ZGB): Die Begleit-, die Vertretungs-, die Mitwirkungs- und die umfassende Beistandschaft (Botschaft, BBl 2006, 7045 ff.; Affolter (Anm. 13), 1062 ff.). **28)** Botschaft, BBl 2006, 7003. **29)** Botschaft, BBl 2006, 7002. **30)** Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.) (BasK-Bearbeiter): Basler Kommentar, Zivilgesetz-

buch II, Art. 457–977, Art. 1–61 SchlT ZGB, 3. Aufl., Basel 2007, BasK-Breitschmid, N 24 zu Vorbem. zu Art. 467–536 ZGB; Breitschmid, Peter: Das Bankkonto im Erbgang – Probleme rund um die Vermögensverwaltung vor und nach dem Tod, in: successio 2007, 232; siehe auch Müller-Freienfels, Wolfram: Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht, Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, 51. **31)** Emch, Urs/Renz, Hugo/Arpagaus, Reto: Das Schweizerische Bankgeschäft, 6. Aufl., Zürich 2004, Rz. 1394 (sowie den Bestimmungen über die Kommission nach Art. 425 ff. OR); ebenso der Treuhandvertrag (BGE 106 Ib 150; BGE 99 II 396 Erw. 6 = Pra 63 (1974) Nr. 121, 364; Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.) (BasK-Bearbeiter): Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529, 4. Aufl., Basel 2007, BasK-Weber, N 11 zu Art. 394 OR. **32)** Bei Vorliegen eines Auftragsverhältnisses wird die entsprechende Vollmacht überdies nach Art. 396 Abs. 2 OR vermutet (dazu Fellmann, Walter: Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung, 4. Teilband, Art. 394–406 OR, Bern 1992, N 46 ff. zu Art. 396 OR). **33)** Zäch, Roger: Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, Band VI., 1. Abteilung, Art. 32–40 OR, Bern 1990, N 47 zu Art. 35 OR; BasK-Watter/Schneller (Anm. 31), N 7 zu Art. 35 OR; Emch/Renz/Arpagaus (Anm. 31), Rz. 697; Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006, Rz. 45.25. **34)** BK-Zäch (Anm. 33), N 68 zu Art. 35 OR; PraxKomm Erbrecht-Künzle (Anm. 14), Einleitung, N 148; BasK-Watter/Schneller (Anm. 33), N 8 zu Art. 35 OR. **35)** Emch/Renz/Arpagaus (Anm. 31), Rz. 699; BK-Zäch (Anm. 33), N 46 zu Art. 35 OR.

36) Zudem stellen sich Fragen nach der Widerrufs-berechtigung. Siehe dazu Emch/Renz/Arpagaus (Anm. 31), Rz. 699; BK-Zäch (Anm. 33), N 49 zu Art. 35 OR. **37)** BasK-Breitschmid (Anm. 30), N 24 zu Vorbem. zu Art. 467–536 ZGB. **38)** Eigenhändigkeit oder öffentliche Beurkundung (Art. 361 Abs. 1 E-ZGB). **39)** Botschaft, BBl 2006, 7107. **40)** Breitschmid, Peter/Reich, Johannes: Vorsorgevollmachten – ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVW 2001, 152; wobei sich aus der notariellen Form nicht unbedingt Hinweise auf die Urteilsfähigkeit der beauftragenden Person ergeben (siehe Breitschmid/Reich [Anm. 40], FN 152). Kritisch dazu auch BK-Bucher (Anm. 5), N 136 ff. zu Art. 16 ZGB. **41)** BK-Zäch (Anm. 33), N 16 und N 18 zu Art. 35 OR; Gautschi, Georg; Berner Kommentar: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 4. Teilband, Art. 394–406 OR, Bern 1971, BK-Gautschi, N 10 a zu Art. 405 OR. **42)** BK-Fellmann (Anm. 32), N 89 zu Art. 405 OR (wobei aber die Vollmacht erlöschen soll [N 96 zu Art. 396 OR]); BasK-Watter/Schneller (Anm. 33), N 4 zu Art. 35 OR; Schwenzer (Anm. 33), Rz. 45.25; BasK-Weber (Anm. 31), N 9 zu Art. 405 OR; Geiser (Anm. 5), 101. **43)** BGE 132 III 225 Erw. 2.2; a.M. BK-Zäch (Anm. 33), N 16 und N 18 zu Art. 35 OR; BK-Fellmann (Anm. 32), N 97 zu Art. 396 OR. **44)** BGE 132 III 225 Erw. 2.3; siehe auch Art. 35 Abs. 1 OR. **45)** BasK-Watter/Schneller (Anm. 33), N 4 zu Art. 35; vgl. auch Schwenzer (Anm. 33), Rz. 45.25. **46)** BasK-Breitschmid (Anm. 30), N 25 zu Vorbem. zu Art. 467–536 ZGB. **47)** Botschaft, BBl 2006, 7030; siehe dazu auch Honsell, Heinrich (Hrsg.) (Bearbeiter, Handbuch): Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, Rehberg, Hand-

buch, 320 f., zu Patientenverfügungen betreffend die Vornahme und die Nichtvornahme von lebensverlängernden Massnahmen. **48)** Botschaft, BBl 2006, 7030. **49)** Massgebend ist daher Art. 362 E-ZGB. **50)** BasK-Breitschmid (Anm. 30), N 25 zu Vorbem. zu Art. 467–536 ZGB. **51)** Botschaft, BBl 2006, 7032. **52)** Botschaft, BBl 2006, 7031. **53)** Es fehlt im Gegensatz zu den Bestimmungen über den Vorsorgeauftrag zwar ein Verweis auf die auftragsrechtlichen Bestimmungen (Minger (Anm. 23), 171 und 181), über die Arzthaftung ist das Auftragsrecht dennoch wieder anwendbar. **54)** Dazu Baumann, Max: Zur Verbindlichkeit von Patientenverfügungen, in: NZZ vom 31. Juli 2008, 15; siehe auch PraxKomm Erbrecht-Künzle (Anm. 14), Einleitung, N 151. **55)** Siehe die Übersicht bei Arter (Anm. 13), FN 6; siehe auch Sandoz, Suzette: Directives anticipées et représentant thérapeutique: droit fédéral et droit vaudois (Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen im Bundesrecht und im waadtländischen Recht), ZVW 2003, 280 ff. und Breitschmid/Reich (Anm. 40), 150. **56)** Botschaft, BBl 2006, 7013. **57)** Etwa BGE 124 III 8 Erw. 1.b; BGE 117 II 234 Erw. 2.b; Grossen, Jacques-Michel: Das Recht der Einzelpersonen, in: SPR II, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, 320; BK-Bucher (Anm. 5), N 125 zu Art. 16 ZGB. Es handelt sich dabei um eine sogenannte tatsächliche Vermutung, die im Gegensatz zur gesetzlichen Vermutung aus der

Rechtsprechung stammt und nicht im Gesetz steht (wie z. B. die Vermutung des guten Glaubens in Art. 3 ZGB) (vgl. BasK-Schmid [Anm. 7], N 68 f. zu Art. 8 ZGB). **58)** BasK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 40 zu Art. 12 ZGB; Grossen (Anm. 57), 314 FN 10. **59)** Siehe BasK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 48 zu Art. 16 ZGB; BK-Bucher (Anm. 5), N 125 ff. zu Art. 16 ZGB. **60)** BasK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 48 zu Art. 16 ZGB; BGE 124 III 15 (luzides Intervall). **61)** BGE 124 III 5 ff. **62)** BasK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 49 zu Art. 16 ZGB; Grossen (Anm. 57), 319; BK-Bucher (Anm. 5), N 90 ff. zu Art. 16 ZGB. **63)** BGE 124 III 8 E.1; BasK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 49 zu Art. 16 ZGB. **64)** Dies sind: Urkunden, Zeugen, Augenschein, Parteiverhör und Sachverständige (Vogel, Oscar/Spühler, Karl: Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., Bern 2006, Rz. 10.94 ff.). **65)** BK-Bucher (Anm. 5), N 148 und N 144 zu Art. 16 ZGB; BasK-Bigler-Eggenberger (Anm. 7), N 50 zu Art. 16 ZGB. **66)** BK-Bucher (Anm. 5), N 154 zu Art. 16 ZGB. **67)** BK-Bucher (Anm. 5), N 134 zu Art. 16 ZGB. **68)** Vogel/Spühler (Anm. 64), Rz. 10.152; § 168 ZPO ZH; Art. 268 ff. ZPO BE. **69)** BGE 132 III 99 Erw. 1. **70)** BGE 132 III 99 Erw. 1. **71)** BasK-Honsell (Anm. 7), N 6 und N 9 zu Art. 4 ZGB. **72)** BGE 121 III 442 Erw. 3; BGE 106 II 292 Erw. 3.c; dazu auch BasK-Koller (Anm. 7), N 9 ff. zu Art. 328/329 ZGB. **73)** BGE 132 III 100 Erw. 2.2. **74)** Dazu Bundesgerichtsurteil 5C.186/2006 vom 21. November 2007, besprochen

von Thomas Koller, recht 2008, 159–168. **75)** BasK-Koller (Anm. 30), N 6 zu Art. 328/329 ZGB. **76)** Mehrere Verwandte gleichen Grades sind daher nicht solidarisch, sondern anteilmässig im Verhältnis zu ihren Leistungsfähigkeiten beitragspflichtig (BGE 101 II 24 Erw. 4 [französisch]). **77)** BGE 132 III 104 Erw. 3. **78)** BGE 132 III 107 Erw. 3.4. **79)** BGE 83 II 8 Erw. 1. **80)** Im Kanton Zürich werden vier Pflegestufen (BESA-Stufen) unterschieden, wobei die Stufe umso höher ist, je hilfsbedürftiger eine zu betreuende Person ist. **81)** Siehe dazu insbesondere den Anspruch auf Hilfenentschädigung in Art. 43^{bis} AHVG (Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946, SR-Nummer 831.10). **82)** Bundesgesetz über die Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (ELG) vom 6. Oktober 2006, SR-Nummer 831.30. **83)** Art. 9 Abs. 1 ELG. Zu den Voraussetzungen des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen siehe Art. 4 ff. ELG. **84)** Sozialhilfegesetz (SHG) vom 14. Juni 1981, Zürcher Gesetzessammlung, Ordnungsnummer 851.1; siehe auch die Verordnung zum Sozialhilfegesetz vom 21. Oktober 1981, Zürcher Gesetzessammlung, Ordnungsnummer 851.11. **85)** Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Anm. 7), 462; BasK-Koller (Anm. 30), N 36 zu Art. 328/329 ZGB. **86)** Siehe BGE 106 II 287; BasK-Koller (Anm. 30), N 36 zu Art. 328/329 ZGB; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo (Anm. 7), 462; siehe auch § 31 SHG.

RÉSUMÉ

Le nouveau droit de la protection de l'adulte – Protection, démente et patrimoine

La révision du droit de la tutelle apporte non seulement un changement de terminologie, puisqu'il faudra dorénavant parler de droit de la protection de l'adulte, mais crée aussi deux nouvelles institutions juridiques: le mandat pour cause d'inaptitude et les directives anticipées du patient. Le mandat pour cause d'inaptitude permet à une personne qui a l'exercice des droits civils de prendre aujourd'hui des dispositions pour le cas où elle deviendrait incapable de discernement (p. ex. en cas de sénilité) et perdrait ainsi l'exercice des droits civils. Vu le nombre croissant de patients atteints de démence sénile, il était juste de créer ce nouveau régime légal. Les directives anticipées du patient permettent de déterminer à l'avance les traitements médicaux auxquels une personne consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement et ne serait donc plus en mesure de prendre cette décision elle-même le moment venu.

La détermination du moment où un être humain perd sa capacité de discernement (notamment en cas de sénilité) est un problème médical. Il est toutefois important de savoir si une personne est encore capable de discernement lorsqu'elle veut par exemple faire une donation ou écrire son testament, car la validité de l'acte juridique en dépend. La capacité de discernement étant présumée chez tous les sujets juridiques, il appartient à celui qui prétend qu'une personne est incapable de discernement d'en apporter la preuve, mais ce n'est pas nouveau. Le fardeau de la preuve (de l'incapacité de discernement) est un point de procédure civile expliqué dans l'article à l'aide de l'ATF 124 III 5, qui traite de la rédaction d'un testament par un vieillard dément en faveur de son conseiller.

La question de l'assistance des parents fait l'objet d'un bref ex cursus. L'article 328 CC veut que «chacun, pour

autant qu'il vive dans l'aisance, est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, lorsque, à défaut de cette assistance, ils tomberaient dans le besoin». La question du droit à l'assistance est donc laissée à l'appréciation du juge, car c'est lui qui doit déterminer si une personne vit dans l'aisance et si, à défaut d'assistance, son parent tomberait dans le besoin. Si la personne qui a besoin d'assistance réside dans un établissement médico-social, elle a tout d'abord droit à diverses prestations des assurances sociales. Si ces prestations ajoutées aux autres revenus (privés) ne suffisent pas pour couvrir les coûts, la différence est prise en charge par les services sociaux qui peuvent ensuite se retourner contre les parents. OK/PB