

## Die Grenzen der Autonomie im Alter

Die Chancen und Risiken des Älterwerdens – der Blickwinkel des Juristen



Kurt Fricker

Liebe Leserinnen  
Liebe Leser

Die Errungenschaften der modernen Medizin verhelfen uns zu einem immer längeren Leben. Glücklicherweise dürfen viele Menschen den dritten Lebensabschnitt bei besser Gesundheit und mit der berechtigten Hoffnung, noch um die 20 Jahre den aktiven «Unruhestand» mit ihren Grosskindern und ausgedehnten Reisen in alle Welt zu geniessen, in Angriff nehmen. Mit zunehmender Wahrnehmung, dass das Leben beschränkt ist, konzentriert sich der älter werdende Mensch immer mehr auf das emotional Wichtige, das Sinnvolle, das Sinnstiftende. Fachleute sprechen in diesem Zusammenhang von der «emotionalen Selektivität des Alterns». Diese stellt eine befreiende Eigenschaft und somit eine wichtige Voraussetzung für ein glückliches Älterwerden dar.

Längeres Leben beinhaltet indessen auch das Risiko einer längeren Phase körperlichen Leidens und intellektueller Defizite. Persönliche Autonomie und Entscheidungsfreiheit, die jeder Mensch als zentrale Elemente der Lebensqualität beim Älterwerden anstrebt, werden eingeschränkt oder sogar aufgehoben.

Alterskrankheiten können sich auf die Sinnesleistung (Seh-, Hör-, Riech-, Gleichgewichtssinn), die körperliche Leistungsfähigkeit (Gebrechlichkeit) oder/und auf die Hirnleistung (Demenz) auswirken. Die nachlassenden Sinnesleistungen können in der Regel durch Kompensationsstrategien aufgefangen werden (Lupe, Hörgerät, Stock, Rollator). Die nachlassende körperliche Leistungsfähigkeit (Muskelschwäche, Erschöpfung, Inaktivität) und die sich daraus ergebende Gebrechlichkeit zwingt ältere Menschen häufig zum Eintritt in ein Alters- oder Pflegeheim. Schwere Hirnleis-

tungsschwächen führen häufig zur Aufhebung der Urteilsfähigkeit. Menschen mit schweren Hirnleistungsschwächen verlieren die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln.

Die erwähnten Alterskrankheiten schränken die Autonomie und Entscheidungsfähigkeit vieler Menschen schmerzhaft ein. Die Folge: Diese Menschen bedürfen in zunehmendem Masse des Schutzes durch die Rechtsordnung. Die juristischen Fragen um Alter und Pflege sind vielfältig. Sie beschlagen den persönlichen und finanziellen Bereich. Ein Teil dieser Fragestellungen sind im neuen Erwachsenenschutzrecht, mit welchem sich die vorliegende Ausgabe schwerpunktmässig auseinandersetzt, geregelt.

Wir freuen uns über den Beitrag von Herrn Prof. lic. iur. Christoph Häfeli, Kindes- und Erwachsenenschutzexperte. Er war Mitglied der bundesrätlichen Expertenkommission und hat massgebend an der Ausarbeitung des neuen Erwachsenenschutzrechtes mitgewirkt. Im Auftrag des Aargauer Regierungsrates hat er einen Bericht über die Auswirkungen der Totalrevision des Vormundschaftsrechts auf das Vormundschaftswesen im Kanton Aargau verfasst.

Ich danke Ihnen für die Aufmerksamkeit, die Sie auch dem vorliegenden «iustum» entgegenbringen, und benütze die Gelegenheit, um Ihnen frohe Festtage und alles Gute im neuen Jahr zu wünschen.

Freundliche Grüsse

Dr. Kurt Fricker, Rechtsanwalt

# Vom Vormundschaftsrecht zum modernen Kindes- und Erwachsenenschutz

Am 19. Dezember 2008 haben die eidgenössischen Räte das total revidierte Vormundschaftsrecht<sup>1</sup> verabschiedet. Der dritte Teil des Familienrechts ist seit dem Inkrafttreten des ZGB 1912 mit Ausnahme der Bestimmungen über die Fursorgerische Freiheitsentziehung (FFE), die seit 1981 in Kraft sind, unverändert geblieben. Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wird voraussichtlich am 1. Januar 2013, gut 100 Jahre nach Inkrafttreten des ZGB, in Kraft treten. Bis dahin haben die Kantone eine grundlegende Anpassung der Behördenorganisation vorzunehmen.

## Zur Revisionsbedürftigkeit des Vormundschaftsrechts

Während das Kinderschutzrecht bei der Totalrevision des Kindesrechts 1978 ebenfalls revidiert wurde und sich das damals eingeführte Instrumentarium in der Zwischenzeit bewährt hat, sodass jetzt nur kleine Änderungen vorgenommen wurden, war beim Erwachsenenvormundschaftsrecht eine Totalrevision fällig: Das Massnahmensystem mit den drei Grundmassnahmen Beistandschaft, Beiratschaft und Vormundschaft galt seit Langem als zu starr und trug dem Verhältnismässigkeitsprinzip ungenügend Rechnung. Die Sprache war veraltet und zum Teil diskriminierend und der Schutz von urteilsunfähigen Erwachsenen in Einrichtungen ungenügend sowie die Zwangsbehandlung bundesrechtlich bis heute nicht geregelt.

## Zur gesellschaftlichen Bedeutung des Vormundschaftsrechts

Ende 2008 standen gesamtschweizerisch fast 74 000 (AG: 5500) Erwachsene und 40 000 (AG: 2800)<sup>2</sup> Kinder unter einer vormundschaftlichen Massnahme. In den letzten 10 Jahren ist sowohl bei den Erwachse-

nenschutzmassnahmen als auch bei den Kinderschutzmassnahmen eine starke Zunahme zu verzeichnen. Pro Jahr werden mehr als 10 000 Erwachsenenschutzmassnahmen und fast 15 000 Kinderschutzmassnahmen neu errichtet.

## Hauptmerkmale des neuen Erwachsenenschutzrechts

Die Hauptanliegen des neuen Rechts sind:

- Die Förderung des Selbstbestimmungsrechts durch die Einführung von zwei neuen Rechtsinstituten: der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung. Handlungsfähige Erwachsene sollen künftig in «guten Zeiten» in einem Vorsorgeauftrag und/oder einer Patientenverfügung festlegen können, wer im Falle ihrer Urteilsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall ihre Interessen wahren, sich um ihre Rechtsgeschäfte kümmern und wer sie für den Fall einer medizinischen Behandlung, der sie nicht mehr selber zustimmen können, vertreten soll.
- Die Stärkung der Familiensolidaritat durch ein gesetzliches Vertretungsrecht von Ehegatten und eingetragenen Partnern und Partnerinnen im Falle der Urteilsunfähigkeit eines Partners oder einer Partnerin.
- Der bessere Schutz von urteilsunfähigen Personen in stationären Einrichtungen durch die Verpflichtung zum Abschluss eines Betreuungsvertrages sowie durch die Regelung von Massnahmen, welche die Bewegungsfreiheit einschränken. Die Ersetzung der typengebundenen Massnahmen durch die im Einzelfall massgeschneiderte Einheitsmassnahme Beistandschaft, die in blosser Begleitung und Unterstützung ohne Vertretungsbefugnis bestehen kann, in partieller oder umfassender Vertretung oder Mitwirkung bei einzelnen Geschäften bis zur umfassenden Beistandschaft, die der

heutigen Vormundschaft entspricht, und die vollumfängliche Personen- und Vermögenssorge umfasst und mit dem Verlust der Handlungsfähigkeit einhergeht.

- Die Professionalisierung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB).
- Die direkte Staatshaftung.

Die Zielgruppe der Erwachsenen hat sich nicht verändert: Es sind Personen mit psychischen Störungen, geistigen Behinderungen und ähnlichen in der Person liegenden Schwächezuständen, die dazu führen, dass diese Personen vorübergehend oder dauernd auf Hilfestellungen im persönlichen oder vermögensrechtlichen Bereich angewiesen sind.

## Anforderungen an die neue Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

Art. 440 rev. ZGB enthält die bundesrechtlichen Minimalvorschriften für die künftige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Es ist eine interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörde, die ihre Entscheide in der Regel in Dreierbesetzung trifft. Botschaft und Empfehlungen der Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden<sup>3</sup> konkretisieren diese Anforderungen: im Spruchkörper sollen danach die drei Kernkompetenzen Recht, Sozialarbeit, Psychologie/Pädagogik vertreten sein. Weitere Spezialkompetenzen wie Medizin/Psychiatrie, Treuhand, Versicherungswesen können im Bedarfsfall mobilisiert werden. Es sind jedoch weiterhin die Kantone, welche die Behörden bestimmen; sie sind frei, gerichtliche oder Administrativbehörden mit diesen Aufgaben zu betrauen und das Einzugsgebiet zu bestimmen. Klar erscheint einzig, dass künftig nicht mehr jede Gemeinde – zurzeit ist im Kanton Aargau jeder Gemeinderat auch Vormundschaftsbe-

<sup>1</sup> BBI 2009, 141/199

<sup>2</sup> Statistik der Konferenz der Kantonalen Vormundschaftsbehörden VBK

<sup>3</sup> ZVW 2/2008, S. 63–128.

hörde – eine eigene Fachbehörde stellen kann, weil sowohl die Rekrutierung von genügend Fachleuten als auch die meist zu geringe Zahl von Geschäften die erforderliche Professionalität verhindern würden. Die VBK empfiehlt ein Einzugsgebiet von 50 000 bis 100 000 Einwohnern und ein Mengengerüst von ca. 1000 laufenden und 250 jährlich neu angeordneten Massnahmen. Nur so können Haupt- und Teilämter geschaffen werden, was für eine professionelle Ausübung der Behördentätigkeit unabdingbar erscheint.

Die Aufgabenbereiche der neuen Behörde werden im Vergleich zum geltenden Recht in quantitativer Hinsicht erweitert und die Anforderungen werden deutlich erhöht. Insgesamt 110 Aufgaben hat die neue KESB. Es handelt sich um die folgenden vier Kategorien von Aufgaben:

- Nicht massnahmegebundene Aufgaben: Genehmigung von Unterhaltsverträgen, Regelung des Besuchsrechts, Kindesvermögensfragen, Änderung eherechtlicher Urteile, Pflegekinderwesen, Überprüfung von Vorsorgeaufträgen und Intervention bei missbräuchlicher Wahrnehmung durch die beauftragte Person, Anordnungen im Zusammenhang mit medizinischen Massnahmen usw.
- Anordnung, Änderung und Aufhebung von behördlichen Massnahmen. Mitwirkung bei ausgewählten Rechtsgeschäften: Aufnahme von Vermögensinventaren sowie Mitwirkung bei einzelnen Rechtsgeschäften. Aufsicht, Steuerung und Qualitätssicherung: Aufsicht über die Mandatsführung; Rekrutierung, Instruktion und Begleitung von privaten Mandatsträgern. Auch die Aufsichtsbehörde(n) werden weiterhin von den Kantonen bestimmt. Angesichts der Professionalisierung der erstinstanzlichen Behörden, die zwingend mit einer Regionalisierung verbunden ist, macht die in vielen Kantonen unter dem geltenden Recht bestehende zweistufige Aufsichtsbehörde – im Kanton Aargau die Bezirksämter als erstinstanzliche Aufsicht und das Obergericht als Oberaufsichtsbehörde – kaum mehr Sinn.

Als Rechtsmittelinstanz muss künftig zwingend ein Gericht angerufen werden können. Im Kanton Aargau soll das Obergericht Rechtsmittelinstanz und Aufsichtsbehörde sein.

### **Modellvorschläge für die Neuorganisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kt. Aargau**

Das Departement für Volkswirtschaft und Inneres hat Anfang November Modellvorschläge veröffentlicht und die interessierten Kreise eingeladen, bis Mitte Dezember dazu Stellung zu nehmen. Der Departementsvorsteher, RR Dr. Urs Hofmann, informiert an mehreren öffentlichen Veranstaltungen in verschiedenen Regionen des Kantons über die wesentlichen materiellen Änderungen des neuen Rechts und erläutert die drei von einer Arbeitsgruppe im Auftrag der Regierung ausgearbeiteten Modellvorschläge.

**Modell 1:** Trägerschaft Gemeinden – interkommunale Fachbehörden:

Dieses Modell sieht 8 interkommunale Fachbehörden auf Stufe Bezirk (die Gemeinden der Bezirke Laufenburg, Muri und Zurzach schliessen sich mit den Gemeinden eines Nachbarbezirks zusammen), wobei als Untervariante auch noch 11 interkommunale Fachbehörden – je eine pro Bezirk – zur Diskussion gestellt werden.

**Modell 2:** Trägerschaft Kanton – Familiengerichtliche Abteilung an den Bezirksgerichten:

11 familiengerichtliche Abteilungen an den 11 Bezirksgerichten. Nach diesem Modell würde die neu zu schaffende familiengerichtliche Abteilung, bestehend aus einem Gerichtspräsidenten und zwei Fachrichtern aus den Bereichen Sozialarbeit und Psychologie/Pädagogik, sämtliche eherechtlichen Verfahren, die auch Kinderbelange zu behandeln hätten, sowie Statusprozesse und alle Kindes- und Erwachsenenschutzbelange bearbeiten.

Der Vorteil dieses Modells ist namentlich, dass für alle Kindesschutzmassnahmen dieselbe Behörde zuständig ist. Bei den beiden Modellen mit Verwaltungsbehörden

müssten die Bezirksgerichte weiterhin in eherechtlichen Verfahren Kindesschutzmassnahmen anordnen, ohne jedoch Fachbehörde im Sinne des neuen Rechts zu sein.

**Modell 3:** Trägerschaft Kanton – 6 dezentrale kantonale Verwaltungsbehörden: Je zwei Bezirke und der Bezirk Baden würden eine KESB errichten.

Dieses Modell gewährleistet mit Einzugsgebieten zwischen 70 000 und 130 000 Einwohnern ein Mengengerüst mit guter Auslastung der Behördenmitglieder.

Welches Modell auch immer die genügende politische Akzeptanz findet, dem Kanton besteht ein beträchtlicher Umbau mit nicht geringen Folgekosten in der Grössenordnung von ca. 10 Mio. Franken bevor.

Die Gemeinden haben dennoch weiterhin eine grosse Bedeutung im Sozialwesen. Einerseits verbleiben ihnen die Aufgaben gemäss Sozialhilfegesetz und andererseits werden ihre Sozialdienste und Amtsvormundschaften weiterhin für Abklärungen mit Blick auf Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen und mit der Mandatsführung betraut.

Der Fahrplan für den Umbau ist eng:

- Ende des 1. Quartals 2010 will der Regierungsrat aufgrund der Rückmeldungen zu den Vorschlägen den Modellscheid treffen;
- bis Ende 2011 soll der Gesetzgebungsprozess inkl. allfälliger Volksabstimmung abgeschlossen sein;
- 2012 müssten die neuen Fachbehörden installiert und die Dossierübergabe vom Gemeinderat auf die Fachbehörden vorbereitet werden.

Die Jahrhundertrevision des materiellen Bundesrechts im Vormundschaftswesen hat somit auch eine Jahrhundertrevision des kantonalen Organisationsrechts zur Folge, was jedoch angesichts der quantitativen und qualitativen Tragweite des Kindes- und Erwachsenenschutzes unabdingbar ist.

*Christoph Häfeli*

*Prof. lic.iur./dipl. Sozialarbeiter*

*Kindes- und Erwachsenenschutzexperte*

*Niederrohrdorf*

## Die Schweinegrippe und ihre Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis

Die Pandemiewelle hat die Schweiz erreicht. Arbeitnehmer und Arbeitgeber sollten daher ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten kennen. Bis heute (24. November 2009) bestehen keine arbeitsrechtlichen Sondervorschriften für den Pandemiefall. Bei Unklarheiten müssen daher namentlich das Obligationenrecht und die Schutzvorschriften des Arbeitsgesetzes herangezogen werden. Im Folgenden sollen einige Punkte, die unklar sein könnten, geklärt werden:

**Was sind die Folgen für den schweinegrippeerkrankten Arbeitnehmer?** Der Arbeitnehmer hat im Rahmen der gesetzlichen Bestimmung von Art. 324a/b OR Anspruch auf Lohnfortzahlung, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate besteht oder für eine längere Dauer als drei Monate abgeschlossen wurde. Die Dauer der Lohnfortzahlung hängt, wenn im Arbeitsvertrag, einem allfälligen Gesamt- oder Normalarbeitsvertrag diesbezüglich nichts geregelt wurde, von der Dauer des Arbeitsverhältnisses ab.

**Muss der an Schweinegrippe erkrankte Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein Arbeitszeugnis einreichen?** Die Erkrankung an Schweinegrippe muss bewiesen sein. Falls der Arbeitgeber darauf besteht, ist ein Arzzeugnis einzureichen.

**Kann der Arbeitnehmer zu Hause bleiben, falls sein Kind an Schweinegrippe erkrankt?**

Falls Pflege nötig ist und Fremdpflege nicht möglich ist, gilt diese Situation als unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer bis zu drei Tage frei geben (vgl. Art. 36 Abs. 3 Arbeitsgesetz).

**Aufgrund der Schweinegrippe fehlen sehr viele Mitarbeiter. Darf der Arbeitgeber Ferien verweigern?** Ja, dies ist möglich, wenn der Arbeitgeber auf alle noch gesunden Arbeitnehmer angewiesen ist, um den Betrieb aufrechtzuhalten. Allenfalls darf er bereits bewilligte Ferien widerrufen. Insbesondere wenn eine Reise jedoch bereits gebucht ist, ist ein Widerruf eher nicht gerechtfertigt.

**Darf der Arbeitgeber die noch gesunden Arbeitnehmer zu Überstunden verpflichten?** Ja, der Arbeitnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, im gesetzlich erlaubten Rahmen Überstunden zu leisten, falls der Betrieb dies erfordert.

**Angenommen, Lieferungen und Aufträge bleiben aufgrund der Schweinegrippe aus und der Arbeitgeber schickt, weil es zu wenig Arbeit gibt, seine Angestellten nach Hause. Darf er die Lohnzahlung verweigern?** Nein, das Ausbleiben von Lieferungen und Aufträgen gehört zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers. Der Lohn ist grundsätzlich weiterhin geschuldet.

**Ist der Lohn geschuldet, wenn der Arbeitnehmer aufgrund des Ausfalls des öffentlichen Verkehrs nicht am Arbeitsplatz erscheinen kann?** Nein, in diesem Fall ist der Lohn nicht geschuldet, weil die Ursache nicht beim Arbeitgeber liegt.

*Natalie Vonmüllenen, Rechtsanwältin*

Am 15. September 2009 hat der Grosse Rat des Kantons Aargau Roger Seiler als nebenamtlichen Ersatzrichter am Obergericht (Zivil- und Strafgericht) gewählt. Wir gratulieren unserem Kollegen zu dieser Wahl und wünschen ihm in seinem neuen Amt alles Gute.

■ **Dr. Kurt Fricker**  
Rechtsanwalt

■ **lic. iur. Roger Seiler**  
Rechtsanwalt und Notar

■ **lic. iur. Matthias Fricker**  
Rechtsanwalt

■ **MLaw Natalie Vonmüllenen**  
Rechtsanwältin

Sorenbühlweg 13  
5610 Wohlen  
Telefon 056 611 91 00  
Telefax 056 611 91 01  
wohlen@frickeranwaelte.ch

Kirchenfeldstrasse 6  
5630 Muri  
Telefon 056 664 37 37  
Telefon 056 664 37 07  
Telefax 056 664 55 66  
muri@frickeranwaelte.ch