

Mit der Revision des Vormundschaftsrechts soll u. a. das Selbstbestimmungsrecht schwacher, hilfsbedürftiger Personen gewahrt und gefördert und die erforderliche Unterstützung sichergestellt werden. Die neuen gesetzlichen Institute und Massnahmen sind auf die individuellen Bedürfnisse und Möglichkeiten der betroffenen Personen zugeschnitten.

OLIVER ARTER

VORSORGEAUFTRAG UND PATIENTENVERFÜGUNG

Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder*

1. REVISIONSZWECK

Vormundschaftsrecht – oder Erwachsenenschutzrecht – ist eine Thematik, mit welcher sich die Leser dieser Fachzeitschrift wohl seltener befassen. Schon etwas anders verhält es sich mit dem Erbrecht. «Erben bewegt sich zwischen Trauer und stiller Hoffnung, zwischen Sorge, nervenden Konflikten und Aufbruch zu neuen Chancen, zwischen diskreter Zurückhaltung und enormer volkswirtschaftlicher Bedeutung. Alle sind betroffen – auch wer nichts geerbt hat und nichts erben wird, wird unweigerlich zum Erblasser.» [1]

Ähnlich verhält es sich mit der Vorstufe des Versterbens – dem Älterwerden. Durch den medizinischen Fortschritt führen auch gravierende Gesundheitsschäden nicht unbedingt zum Tod, können aber eine mehr oder weniger lange Urteilsunfähigkeit mit sich bringen; zudem können im Alter Krankheiten wie Alzheimer oder Altersdemenz auftreten [2]. Auch sonst besteht die Gefahr, dass unfallbedingte Ursachen, Erkrankungen oder Geburtsgebrechen zu Urteilsunfähigkeit oder Hilfsbedürftigkeit führen. Dann stellt sich die Frage, welche medizinischen Massnahmen ergriffen werden sollen [3]. Empfehlenswert sind rechtzeitige Vorkehrungen. Dabei soll festgelegt werden, durch wen und wie man betreut und vertreten werden will, andernfalls eine Abhängigkeit von staatlichen Stellen eintritt [4].

Die Revision des Vormundschaftsrechts berücksichtigt dies und fördert die Selbstbestimmung. Entsprechend werden auch einige neue Rechtsinstitute – insbesondere der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung – normiert. Zudem wird die Rechtsstellung des Ehepartners oder eingetragenen Partners bei Fehlen von Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung gestärkt [5].

Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung sind – sofern sie so gesetzliche Wirklichkeit werden – künftig bei der Vorsorge- und Erbschaftsplanung verstärkt zu berücksichtigen. Sie werden auch für treuhänderisch tätige Personen ein neues Tätigkeitsfeld eröffnen. Leider wird der Revision des Vormundschaftsrechts politisch bislang nicht die notwendige Bedeutung zugemessen. Es ist deshalb frühestens mit einem Inkrafttreten im Jahre 2009 zu rechnen.

2. STATUS QUO

Patientenverfügungen sind in der medizinischen Praxis schon heute verbreitet. Ihre gesetzliche Verankerung haben sie in einem Teil der kantonalen Gesundheitsgesetze gefunden [6]. Die Tragweite von Patientenverfügungen wird aber unterschiedlich beurteilt [7].

Die Gültigkeit von Vorsorgevollmachten ausserhalb des medizinischen Bereichs ist umstritten [8]. In einem kürzlich ergangenen Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es durchaus im Interesse des Vollmachtgebers liegen kann, dass eine einmal erteilte Vollmacht nicht ohne weiteres mit dem Verlust der Urteilsfähigkeit erlischt [9].

Dieser unbefriedigenden Rechtslage will die vorgesehene Revision des Vormundschaftsrechts mit der Schaffung eines einheitlichen Rechtsrahmens entgegentreten [10].

3. STELLUNG DES EHEGATTEN ODER DES EINGETRAGENEN PARTNERS BEI FEHLEN VON VORSORGEAUFTRAG UND PATIENTENVERFÜGUNG DE LEGE FERENDA

3.1 Vertretung. Der Ehegatte oder der eingetragene Partner, der mit einer Person, welche urteilsunfähig wird, einen gemeinsamen Haushalt führt oder dieser regelmässig und persönlich Beistand leistet, besitzt ein gesetzliches Vertretungsrecht, sofern kein Vorsorgeauftrag oder eine Beistandschaft besteht [11]. Dieses Vertretungsrecht umfasst alle Rechtshandlungen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind, die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte sowie nötigenfalls die Befugnis, die Post zu öffnen und zu erledigen [12]. Für die ausserordentliche Vermögensverwaltung ist jedoch die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuho-



OLIVER ARTER, LIC. IUR.,
RECHTSANWALT, FRORIEP
RENGGLI, ZÜRICH,
OARTER@FRORIEP.CH

len [13]. Auf die Ausübung des Vertretungsrechts durch den Ehegatten oder den eingetragenen Partner sind die Bestimmungen über den Auftrag sinngemäss anwendbar [14].

3.2 Fehlen einer Patientenverfügung

3.2.1 Behandlungsplan. Muss eine urteilsunfähige Person behandelt werden, die sich zur Behandlung nicht in einer Patientenverfügung geäussert hat, so erstellt der behandelnde Arzt unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen berechtigten Person einen Behandlungsplan [15]. Die vertretungsberechtigte Person wird über alle Umstände informiert, welche im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind, insbesondere über deren Gründe, Zweck, Art, Modalitäten, Risiken, Nebenwirkungen und Kosten, über Folgen eines Unterlassens der Behandlung sowie über allfällige alternative Behandlungsmöglichkeiten [16]. Soweit noch möglich, wird die urteilsunfähige Person ebenfalls in die Entscheidungsfindung miteinbezogen [17].

3.2.2 Vertretungsberechtigte Personen. Die folgenden Personen sind der Reihe nach berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten und der vorgesehenen ambulanten oder stationären Behandlung die Zustimmung zu erteilen oder zu verweigern:

- a) die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person [18];
- b) der Beistand oder die Beiständin mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen [19];
- c) wer als Ehegatte, eingetragene Partnerin oder eingetragener Partner einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet [20];
- d) die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet [21];
- e) die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten [22];
- f) die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten [23];
- g) die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten [24].

Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person [25]. In dringenden Fällen ergreift der Arzt medizinische Massnahmen nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person [26].

3.3 Betreuungsvertrag beim Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen. Wird eine urteilsunfähige Person für längere Dauer in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut, so muss schriftlich in einem Betreuungsvertrag festgelegt werden, welche Leistungen die Einrichtung erbringt und welches Entgelt dafür geschuldet ist [27]. Die Wünsche des Betroffenen sind, sofern möglich, zu berücksichtigen [28]. Die Zuständigkeit für die Vertretung des Urteilsunfähigen

richtet sich nach den Bestimmungen bei der Vertretung bei medizinischen Massnahmen [29].

3.4 Nachteile der gesetzlichen Regelung. Ohne eigene Dispositionen begibt sich der Urteilsunfähige in die Entscheidungsgewalt Dritter. Ob dann dereinst geäusserte Wünsche berücksichtigt werden oder nicht, hängt vom «Good-

«Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person.»

will» der Entscheidungsberechtigten ab. Um dies zu vermeiden, empfehlen sich individuelle Vorkehrungen.

4. VORSORGEAUFTRAG

4.1 Allgemeines. Neu soll eine handlungsfähige Person eine natürliche oder juristische Person, beispielsweise Familienmitglieder, Freunde, Banken, Treuhänder oder Anwälte, damit beauftragen können, für sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten [30]. Dies geschieht mittels eines sog. Vorsorgeauftrags [31]. Mit dem Vorsorgeauftrag können Anordnungen, Bedingungen und Auflagen getroffen werden, welche im Falle der Urteilsunfähigkeit die Gewährleistung der bisherigen Lebensführung und Sicherung der zukünftigen Lebensplanung ermöglichen [32]. Dabei handelt es sich um eine Art «rahmengesetzgeberische» Festlegung von grundlegenden Vorstellungen [33]. Diese können mit detaillierten Anweisungen über die Vermögensverwaltung, Schenkungen oder Anweisungen zur medizinischen Pflege kombiniert werden [34]. Die Aufgaben der beauftragten Person sind zu umschreiben [35]. Für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder diesen kündigt, können Ersatzverfügungen getroffen werden [36].

4.2 Form. Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden [37]. Der eigenhändige Vorsorgeauftrag ist von der auftraggebenden Person von Anfang bis Ende von Hand niederzuschreiben, zu datieren und zu unterzeichnen [38]. Auf Antrag trägt das Zivilstandsamt die Errichtung eines Vorsorgeauftrags sowie den Hinterlegungs-ort in eine noch zu schaffende zentrale Datenbank ein [39].

4.3 Widerruf. Die auftraggebende Person kann ihren Vorsorgeauftrag jederzeit in einer der Formen widerrufen, die für die Errichtung vorgeschrieben sind, diesen einfach vernichten oder einen neuen Vorsorgeauftrag errichten [40].

4.4 Erfüllung des Vorsorgeauftrags. Die beauftragte Person vertritt im Rahmen des Vorsorgeauftrags die auftraggebende Person und nimmt ihre Aufgaben nach den Bestim-

mungen des *Obligationenrechts* (OR) über den Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR wahr [41]. Dies bedeutet, dass sich das Mass der anzuwendenden Sorgfalt bei der Erfüllung des Vorsorgeauftrags nach der Vorschrift von Art. 398 OR bestimmt.

Zentral für den einfachen Auftrag ist, dass der Beauftragte dem Auftraggeber sorgfältiges und getreues Tätigwerden schuldet [42]. Nicht geschuldet ist ein bestimmter Erfolg [43].

Sorgfältiges Tätigwerden bedeutet auf der Ebene des vertraglichen Leistungsprogramms, dass der Beauftragte alles unternehmen muss, um die richtige Erfüllung der Hauptleistung und die Verwirklichung des Leistungserfolges zu sichern [44]. Dabei ist das Integritätsinteresse des Auftraggebers zu wahren. Das Handeln des Beauftragten muss, gemessen an den Interessen des Auftraggebers, sachgerecht, gewissenhaft und zielgerichtet sein [45].

In einem Bundesgerichtsurteil vom 30. Januar 1989 wurde das «Sorgfaltsprogramm» – allerdings für einen Vermögensverwalter – eingehend dargelegt. Dabei wurde folgendes ausgeführt: «Der Beauftragte hat grundsätzlich nicht für den Erfolg seiner Tätigkeit einzustehen. Haftungsbegründend ist vielmehr eine unsorgfältige oder treuwidrige und den Auftraggeber schädigende Ausführung des Auftrages. Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Erforderlich ist die Sorgfalt, welche ein gewissenhafter Beauftragter in der gleichen Lage bei der Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte anzuwenden pflegt (...). Höhere Anforderungen sind an den Beauftragten zu stellen, der seine Tätigkeit berufsmässig gegen Entgelt ausübt (...). Dabei ist nach der Art des Auftrages zu differenzieren und auch den besonderen Umständen des Einzelfalles Rechnung zu tragen (...). Bestehen für eine Berufsart oder ein bestimmtes Gewerbe allgemein befolgte Verhaltensregeln und Usancen, können sie bei der Bestimmung des Sorgfaltsmasses herangezogen werden (...). Aus der Treuepflicht des Beauftragten ergibt sich, dass er bei der Ausführung des Auftrages die Interessen des Auftraggebers umfassend zu wahren und deshalb alles zu unterlassen hat, was diesem Schaden zufügen könnte (...)» [46].

Der Beauftragte ist weiter verpflichtet, über seine Tätigkeit Rechenschaft abzulegen [47]. Sind Geschäfte zu besorgen, die vom Vorsorgeauftrag nicht erfasst sind oder hat die beauftragte Person in einer Angelegenheit Interessen, die denen der betroffenen Person widersprechen, so ist die Erwachsenenschutzbehörde zu verständigen [48]. Zudem entfallen bei Interessenkollision die Befugnisse der beauftragten Person [49].

4.5 Entschädigungen des Beauftragten. Enthält der Vorsorgeauftrag keine Anordnung über die Entschädigung der beauftragten Person, so legt die Erwachsenenschutzbehörde eine angemessene Entschädigung fest, wenn dies mit Rücksicht auf den Umfang der Aufgaben als gerechtfertigt erscheint oder wenn die Leistungen der beauftragten Person üblicherweise entgeltlich sind [50]. Diese werden dem Auftraggeber belastet [51].

«Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt.»

4.6 Kündigung. Der Beauftragte kann den Vorsorgeauftrag jederzeit mit einer zweimonatigen Kündigungsfrist durch schriftliche Mitteilung an die Erwachsenenschutzbehörde kündigen [52]. Aus wichtigen Gründen ist eine fristlose Kündigung möglich [53].

4.7 Überwachung durch die Erwachsenenschutzbehörde. Sind die Interessen des Auftraggebers gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahe stehenden Person die erforderlichen Massnahmen und erteilt dem Auftragnehmer beispielsweise Weisungen, verpflichtet diesen zur Einreichung eines Inventars, zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung oder entzieht dem Beauftragten die Befugnisse teilweise oder ganz [54].

4.8 Wiedererlangen der Urteilsfähigkeit. Wird der Auftraggeber wieder urteilsfähig, verliert der Vorsorgeauftrag seine Wirksamkeit ohne weiteres [55].

5. PATIENTENVERFÜGUNGEN

5.1 Allgemeines. Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt [56]. Dies bedeutet, dass eine Krankheitssituation antizipiert und für diese festgelegt wird, welche medizinischen Indikationen ergriffen oder nicht ergriffen werden

dürfen [57]. Ebenso besteht die Möglichkeit, dass eine andere natürliche Person bezeichnet wird, die im Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit mit dem behandelnden Arzt die medizinischen Massnahmen besprechen und in ihrem Namen entscheiden soll [58]. Dabei können spezifische Weisungen

thetischen Willen» wiedergibt, wenn tatsächlich – vielleicht Jahre nach deren Errichtung – ein Krankheitsfall eintritt [63]. Deshalb sollten Patientenverfügungen zumindest dann, wenn belegbare Hinweise bestehen, dass der Errichter seine Meinung diesbezüglich allenfalls geändert hat, nicht unbeachtet gefolgt werden [64].

«Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen. Ein Eintrag auf der Versichertenkarte ist möglich.»

erteilt werden [59]. Mit der Verankerung der Patientenverfügung im schweizerischen *Zivilgesetzbuch* (ZGB) wird anerkannt, dass eine informierte, leidende Person selber darüber entscheiden darf, wie sie medizinisch zu behandeln ist [60].

Wie beim Vorsorgeauftrag können für den Fall, dass die bezeichnete Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn kündigt, Ersatzverfügungen getroffen werden [61].

Bei der Patientenverfügung bestehen zwei Hauptprobleme. Erstens bringt der medizinische Fortschritt laufend neue Behandlungsmöglichkeiten. Medizinische Laien können den möglichen Fortschritt aber weder beurteilen noch absehen. Detaillierte Behandlungsanweisungen oder Ausführungen zu Behandlungsmethoden sind deshalb wenig sinnvoll, da der Fortschritt vielleicht dazu geführt hat, dass eine abgelehnte Behandlungsmethode künftig gar nicht mehr dem «Stand der Technik» entspricht. Patientenverfügungen können aber hinsichtlich Konkretisierung etwa vorsehen, dass keinerlei medizinische Behandlung gewünscht wird, und zwar wie immer der «Stand der Technik» künftig sein mag, wenn ein bestimmtes Krankheitsmass, beispielsweise der dauernde Verlust der Urteils- oder Äusserungsfähigkeit, eingetreten ist [62]. Andererseits mag es schwierig zu beurteilen sein, ob eine Patientenverfügung noch den «aktuellen hypo-

5.2 Form. Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, zu datieren und zu unterzeichnen [65]. Ein Eintrag auf der Versichertenkarte ist möglich [66].

5.3 Widerruf. Es gelten sinngemäss die Bestimmung über den Widerruf des Vorsorgeauftrags [67].

5.4 Eintritt der Urteilsunfähigkeit. Wird ein Patient urteilsunfähig und ist nicht bekannt, ob eine Patientenverfügung vorliegt, so klärt der behandelnde Arzt dies – vorbehaltlich dringender Fälle – anhand der Versichertenkarte ab [68]. Der Arzt hat der Patientenverfügung zu entsprechen, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht [69].

5.5 Überwachung durch die Erwachsenenschutzbehörde. Es gelten sinngemäss die Bestimmung über das Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde beim Vorsorgeauftrag [70].

6. FAZIT

Ein selbstbestimmtes Leben im Alter kann durch den Verlust der Urteilsfähigkeit verunmöglicht werden. Der Abschluss eines Vorsorgeauftrags und die Errichtung einer Patientenverfügung erlauben jedoch, dass zu einem früheren Zeitpunkt das künftige Schicksal mitbestimmt werden kann. Die anstehende Revision des Vormundschaftsrechts wird diesbezüglich Rechtssicherheit und Erweiterung der bisherigen Möglichkeiten bringen. ■

Anmerkungen: *Der Autor bedankt sich für kritische Durchsicht dieses Artikels und wertvolle Bemerkungen bei lic. iur. Thomas Albert, Zürich. Zudem bedankt sich der Autor für Abschlussredaktion bei Eva Wettstein, Zürich. 1) So das Vorwort der Herausgeber der neuen Erbrechtszeitschrift *Successio*, Breitschmid, Peter/Eitel, Paul/Grüniger, Harold/Künzle, Hans Rainer/Rumojungo, Alexandra/Sutter-Somm, Thomas: vgl. http://www.successio.ch/content/index.php?option=com_content&task=view&id=46&Itemid=102. 2) Gemäss einer Studie der Universität Genf leiden 8 Prozent der über 65-Jährigen und 30 Prozent der über 85-Jährigen an der Alzheimer-Krankheit oder einer anderen Form von Demenz – dies sind 89 000 Personen. Vgl. 06.063, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (E, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, 7011. 3) Geiser, Thomas: Demenz und Recht, Regulierung – Deregulierung, ZVV 2003, 97. 4) Botschaft (Anm. 2), 7011. 5) Vgl. Affolter, Kurt: Mit der Totalrevision des Vormundschaftsrechts zu einer neuen Qualität des Erwachsenenschutzes?, ZVV,

393. 6) Folgende kantonale Bestimmungen befassen sich mit dem Fall der Handlungsbedürftigkeit einer urteilsunfähigen Person (bzw. mit der grundsätzlich erforderlichen Einwilligung eines Patienten): AG: § 54 des Gesundheitsgesetzes vom 10. 11. 1987 (GesG, SAR 301.100) sowie §§ 15 ff. des Dekretes über die Rechte und Pflichten der Krankenhauspatienten vom 21. 8. 1990 (Patientendekret, PD, SAR 333.110); AR: Art. 19 ff., Art. 22 der Verordnung über die Rechtsstellung der Patienten und Patientinnen der kantonalen Spitäler vom 6. 12. 1993 (Patientenverordnung, BGS 812.112); BL: § 5 f. der Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten in den kantonalen Krankenanstalten vom 1. 11. 1988 (Patientenverordnung, BGS 930.15); BE: Art. 40 aff. des Gesundheitsgesetzes vom 2. 12. 1984 (GesG, BSG 811.01) sowie die Verordnung über Sterbehilfe und Todesfeststellung vom 11. 6. 1997 (BSG 811.06); FR: Art. 49 f. des Gesundheitsgesetzes vom 16. 11. 1999 (SGF 821.0.1); GE: Art. 5 Abs. 2 loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients du 6. 12. 1987 (RSG K 180); GL: Art. 27 der Verordnung

über die Organisation des Kantonsspitals vom 25. 9. 1996 (GS VIII A/211/1); JU: Art. 26 Abs. 3 loi sanitaire du 14. 12. 1990 (RSJ 810.01); LU: § 25 der Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patienten und Patientinnen der kantonalen Spitäler vom 16. 11. 1993 (Patientenverordnung, SRL 823); NE: Art. 23 ff. loi de santé du 6. 2. 1995 (LS, RSN 800.1); NW: § 77 der Vollziehungsverordnung zum Gesetz über das Kantonsspital vom 27. 3. 1981 (Spitalverordnung, NGS 714.11); OW: Art. 7 der Verordnung über Patientenrechte vom 24. 10. 1991 (SR 830.31); SH: § 18 der Verordnung über die Rechte und Pflichten der Patientinnen und Patienten vom 8. 5. 2001 (Patientenrechtsverordnung, PatV, SHR 810.102); SZ: § 6 der Vollzugsverordnung zur Gesundheitsverordnung vom 23. 12. 2003 (Ges-VV, GS 571.111); SO: § 37 des Gesundheitsgesetzes vom 27. 1. 1999 (BSG 811.111); TI: Art. 7 legge sulla promozione della salute e il coordinamento sanitario del 18. 4. 1989 (legge sanitaria, Lsan, RL 6.1.1.1); TG: § 33b des Gesetzes über das Gesundheitswesen vom 5. 6. 1985 (Gesundheitsgesetz, RB 810.1); VD: Art. 23 ff. loi sur la santé publique du 29. 5. 1985

(LSP, RSV 800.01); VS: Art. 20f. des Gesundheitsgesetzes vom 9.2.1996 (RS 800.1); ZG: Art. 36 des Gesetzes über das Gesundheitswesen im Kanton Zug vom 21.5.1970 (BGS 821.1); ZH: § 21 des Patientinnen- und Patientengesetzes vom 5.4.2004 (LS 813.13). 7) Botschaft (Anm. 2), 7012. 8) Vgl. zu Vorsorgevollmachten Breitschmid, Peter/Reich, Johannes: Vorsorgevollmachten – Ein Institut im Spannungsfeld von Personen-, Vormundschafts-, Erb- und Obligationenrecht, ZVV 2001, 144. Geiser (Anm. 3), 99 ff. Zudem Breitschmid, Peter: Ersatzlösungen anstelle der Errichtung einer Vormundschaft oder von vormundschaftlichen Massnahmen unter Berücksichtigung rechtsgeschäftlichen Handelns für Urteilsunfähige allgemein und insbesondere bei Eingriffen in die körperliche Integrität, ZVV 2003, 47 ff., Siehe auch Botschaft (Anm. 2), 7012. 9) BGer., Urteil vom 23.5.2005, 4C.263/2004. 10) Botschaft (Anm. 2), 7012. 11) Art. 374 Abs. 1 E-ZGB. 12) Art. 374 Abs. 2 E-ZGB. 13) Art. 374 Abs. 3 E-ZGB. 14) Art. 375 Abs. 1 E-ZGB. 15) Art. 377 Abs. 1 E-ZGB. 16) Art. 377 Abs. 2 E-ZGB. 17) Art. 377 Abs. 3 E-ZGB. 18) Art. 378 Abs. 1 E-ZGB. 19) Art. 378 Abs. 2 E-ZGB. 20) Art. 378 Abs. 3 E-ZGB. 21) Art. 378 Abs. 4 E-ZGB. 22) Art. 378 Abs. 5 E-ZGB. 23) Art. 378 Abs. 6 E-ZGB. 24) Art. 378 Abs. 7 E-ZGB. 25) Art. 378 Abs. 3 E-ZGB. 26) Art. 379 E-ZGB. 27) Art. 382 Abs. 1 E-ZGB. 28) Art. 382 Abs. 2 E-ZGB. 29) Art. 382 Abs. 3 E-ZGB. 30) Art. 360 Abs. 1 E-ZGB. Vgl. auch Botschaft (Anm. 2), 7025. 31) Das Institut des Vorsorgeauftrags stammt als sog. «Mandat d'Inaptitude» aus dem kanadischen Recht. Vgl. Geiser (Anm. 3), 110. 32) Affolter, Kurt: Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP 2006, 1057, 1060. 33) Breitschmid, Peter: Vorsorgevollmachten, Allgemeiner Vorsor-

geauftrag, Medizinischer Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vertrauenspersonen und persönliches Umfeld – ein dicht gewobenes Netz mit Knoten- und Reissgefahr, ZVV 2003, 269, 274. 34) Affolter (Anm. 32), 1060. Art. 360 Abs. 2 E-ZGB. 35) Art. 360 Abs. 2 E-ZGB. 36) Art. 360 Abs. 3 E-ZGB. 37) Art. 361 Abs. 1 E-ZGB. 38) Art. 361 Abs. 2 E-ZGB. 39) Art. 361 Abs. 3 E-ZGB. 40) Art. 362 Abs. 1 und 3 E-ZGB. Vgl. aber Art. 362 Abs. 2 E-ZGB, der bestimmt, dass die Urkundsperson zu benachrichtigen ist, wenn der Auftrag öffentlich beurkundet wurde. 41) Art. 365 Abs. 1 E-ZGB. 42) Art. 398 Abs. 2 OR: «Er [der Beauftragte] haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes.» Art. 398 Abs. 3 OR schliesslich verlangt von einem Beauftragten, dass er die übernommenen Geschäfte persönlich zu besorgen hat, ausser, er sei zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt oder wenn eine Vertretung «übungs-gemäss als zulässig betrachtet wird». Siehe dazu Guhl, Theo/Koller, Alfred/Schnyder, Anton K./Druey, Jean Nicolas (Guhl-Bearbeiter): Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 49 N 15 ff. 43) Vgl. etwa BGE 127 III 357 ff. 44) Für das Mass der anzuwendenden Sorgfalt verweist Art. 398 Abs. 1 OR auf die Bestimmungen über den Arbeitsvertrag (namentlich Art. 321a und 321e OR), doch wird dieser Verweis in der Literatur verschiedentlich kritisiert; Vgl. etwa Fellmann, Walter: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilungsband, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband, Der einfache Auftrag (Art. 394–404 OR), Bern 1992, N 10 ff. zu Art. 398 OR; Guhl/Schnyder (Anm. 42), § 49 N 11; Weber, Rolf H., in: Honsell,

Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang (Hrsg.): Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I (Art. 1–529), Basel/Genf/München 2003, N 23 zu Art. 398 OR. Die Kritik am Verweis auf das Arbeitsrecht rührt daher, dass ein Beauftragter nicht in einem Subordinationsverhältnis wie ein Arbeitnehmer, sondern selbständig tätig ist und sich regelmässig als Fachmann ausweist. Entsprechend wird der Sorgfaltsmassstab beim Beauftragten aller Regel nach höher anzulegen sein. Allerdings widerspricht dies der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung gemäss BGE 127 III 357 ff. 45) Vgl. BK-Fellmann (Anm. 44), N 21 zu Art. 398 OR. 46) BGE 115 II 64 f. mit Verweis auf BGE 108 II 318. 47) Art. 400 OR. Vgl. zur Rechenschaftspflicht Jörg, Florian S./Arter, Oliver: Herausgabe- und Rechenschaftspflicht des unabhängigen Vermögensverwalters, ST 2004, 297 ff. 48) Art. 365 Abs. 2 E-ZGB. 49) Art. 365 Abs. 3 E-ZGB. 50) Art. 366 Abs. 1 E-ZGB. 51) Art. 366 Abs. 2 E-ZGB. 52) Art. 367 Abs. 1 E-ZGB. 53) Art. 367 Abs. 2 E-ZGB. 54) Art. 368 Abs. 1 und 2 E-ZGB. 55) Art. 369 Abs. 1 E-ZGB. 56) Art. 370 Abs. 1 E-ZGB. Vgl. zur derzeitigen Rechtslage etwa BGE 127 II 6 ff. 57) Affolter (Anm. 32), 1061. 58) Art. 370 Abs. 2 E-ZGB. 59) Art. 370 Abs. 2 E-ZGB. 60) Baumann, Max: Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, ZVV 2005, 58, 6. 61) Art. 370 Abs. 3 E-ZGB. 62) Baumann (Anm. 60), 61. 63) Baumann (Anm. 60), 62. 64) Art. 372 Abs. 2 E-ZGB, Baumann (Anm. 60), 62. 65) Art. 371 Abs. 1 E-ZGB. 66) Art. 371 Abs. 2 E-ZGB. 67) Art. 371 Abs. 3 E-ZGB. 68) Art. 372 Abs. 1 E-ZGB. 69) Art. 372 Abs. 2 E-ZGB. 70) Art. 373 Abs. 1 und 2 E-ZGB.

RÉSUMÉ

Mandat pour cause d'inaptitude et directives anticipées du patient

La perte de la capacité de discernement peut nous empêcher de disposer librement de notre personne. En concluant un mandat pour cause d'inaptitude et en établissant des directives anticipées du patient, on peut toutefois décider en temps utile ce que l'on veut et ce que l'on ne veut pas pour sa dernière tranche de vie. En l'espèce, la révision du droit de la tutelle améliorera la sécurité juridique et étendra les possibilités actuelles.

À l'avenir, toute personne ayant l'exercice des droits civils pourra charger une personne physique ou morale, par exemple un membre de la famille, un ami, une banque, un fiduciaire ou un avocat, de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de la représenter dans les rapports juridiques

avec les tiers, au cas où elle deviendrait incapable de discernement. Pour cela, le législateur veut introduire un «mandat pour cause d'inaptitude» qui nous permettra de prendre des dispositions dans l'éventualité où nous deviendrions incapables de discernement et de formuler des conditions et des charges afin d'assurer le maintien de notre niveau de vie antérieur et de garantir la planification de notre vie. La loi fixe ainsi une sorte de cadre général qu'il est possible de combiner avec des directives sur la gestion du patrimoine, des donations ou des directives sur les soins médicaux.

Toute personne capable de discerner pourra aussi déterminer dans des «directives anticipées du patient», les traitements médicaux auxquels elle

consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement. La personne détermine ainsi de manière anticipée les mesures thérapeutiques qu'elle accepte ou qu'elle refuse. Elle a aussi la possibilité de désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement. À cet égard, des directives spécifiques pourront être données, par exemple qu'aucun traitement médical n'est souhaité – quel que soit l'état de la science – dès lors qu'un certain stade de la maladie sera atteint, incluant notamment la perte définitive de la capacité de discernement ou d'exprimer sa volonté.

OA/FR/PB