

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)
Bundeshaus West
3003 Bern

Per Mail zugestellt an: zz@bj.admin.ch

Basel, 31. Mai 2023
MHU / +41 58 330 62 54

Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 22.02.2023 eröffnete Vernehmlassung zur Teilrevision des Zivilgesetzbuches (ZGB) im Bereich des Erwachsenenschutzrechts.

Die SBVg möchte sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme bedanken und folgende Punkte hervorheben.

- Wir begrüßen die Vorlage zur Teilrevision des ZGB im Bereich des Erwachsenenschutzrechts grundsätzlich und sind erfreut darüber, dass wesentliche Punkte unserer Eingabe vom August 2019 in vorliegendem Entwurf berücksichtigt wurden.
- Als positiv erachten wir die Verpflichtung der Kantone, eine Hinterlegungsstelle für Vorsorgeaufträge zu bezeichnen.
- Ausserdem sehen wir die Stärkung der Solidarität in der Familie durch die punktuelle Erweiterung der gesetzlichen Vertretungsrechte einerseits und andererseits durch die besondere Berücksichtigung nahestehender Personen bei der Sachverhaltsabklärung sowie die Stärkung ihrer Stellung im Verfahren als eine positive Entwicklung an.
- Klärungsbedarf besteht zu den neu formulierten Melderechten und Meldepflichten. Es geht aus den Unterlagen nicht klar hervor, ob der Bundesrat eine Meldepflicht auf die Banken bzw. Bankenmitarbeitenden ausdehnen möchte und wie in diesem Fall der Umgang mit dem Bankkundengeheimnis zu qualifizieren wäre.
- Das Partnervertretungsrecht bleibt weiterhin ein anspruchsvolles Instrument. Ohne eine Bestätigung durch die KESB wird es jedoch im Rechtsverkehr nicht praktikabel sein. Bei der geplanten Ausweitung auf faktische Lebenspartner/in sehen wir zusätzliche Umsetzungsprobleme bei der Überprüfung, ob das Vertretungsrecht vorliegt.

- Die geplante Aufteilung der Beistandschaften auf Berufsbeistände und nahestehende oder andere Personen erachtet die SBVg als schwer praktikabel und wünscht sich in diesem Punkt eine Klärung.
- Letztlich sollen Präzisierungen zum beschränkten Tätigwerden der KESB gemacht werden.

Nachfolgend werden die aus Bankensicht relevanten Änderungen kurz kommentiert.

Art. 361a VE-ZGB (neu)

Die SBVg erachtet die Verpflichtung für Kantone, eine Amtsstelle zur Aufbewahrung der Vorsorgeaufträge zu bezeichnen, als sinnvoll. Die rechtzeitige Auffind- und Verfügbarkeit des Vorsorgedokuments und damit die Umsetzung des Willens der betroffenen Person kann so sicherlich besser gewährleistet werden.

Art. 363 Abs. 1 VE-ZGB (bei zwei Stellen erkundigen)

Neu müsste die KESB nebst dem Zivilstandsamt auch die kantonale Aufbewahrungsstelle anfragen. Hier ist zu überlegen, die Deponierungsstellen zu verpflichten, jeweils Meldungen an das Zivilstandsamt zu erstatten. Dies wäre u.E. ökonomischer und würde die Rechtssicherheit erhöhen.

Art. 363 ZGB (unverändert)

Es ist begrüssenswert, dass auch in der Botschaft die Validierung durch andere Stellen als die KESB gemäss dem Postulat 19.3880 von Silvia Schenker aus Risikogründen nicht unterstützt wird. Die SBVg teilt die in der Botschaft gemachten Argumente.

Ebenso ist die SBVg der Auffassung, dass keine Ergänzung des Artikels 363 Absatz 2 Ziffer 3 ZGB betr. Eignung der beauftragten Person notwendig ist.

Art. 374 Abs. 1 VE-ZGB (Ausweitung auf faktische Lebenspartner/in)

Grundsätzlich ist die Erweiterung des Vertreterkreises zu begrüssen. Allerdings stellt sich die Frage, wie in der Praxis überprüft werden soll, ob eine faktische Lebensgemeinschaft vorliegt. Diese Abklärung würde neu neben die zu prüfenden Voraussetzungen hinzukommen. Diese umfassen bereits heute den Zivilstand, den gemeinsamen Haushalt, das Leisten von regelmässigem persönlichen Beistand, das Fehlen eines Vorsorgeauftrags bzw. einer Beistandschaft und der eingetretenen Urteilsunfähigkeit. Wenn jeder Vertragspartner diese Abklärungen durchführen muss, sind unterschiedliche Handhabungen nicht zu vermeiden. Es ist zudem für die gesetzlichen Vertreter umständlich und zeitverzögernd, jedem Vertragspartner den Sachverhalt neu zu erklären und zu dokumentieren.

Die SBVg wünscht sich hier eine Präzisierung und Regelung der Haftung bei Schadenfällen.

Art. 374 Abs. 2, Ziffer 2 und Abs. 3 VE-ZGB (ordentliche und ausserordentliche Verwaltung)

Im Sinne einer Kompromisslösung schlägt der Bundesrat vor, künftig auf die Unterscheidung zwischen ausserordentlicher und ordentlicher Vermögensverwaltung zu verzichten. Die SBVg begrüsst diese Entscheidung, welche sich auch mit ihrer Position deckt.

Die SBVg versteht die Anpassung von Absatz 3 so, dass künftig für Rechtshandlungen im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung keine Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde mehr einzuholen ist, mit Ausnahme der Handlungen nach Art. 396 Abs. 3 OR.

Durch den Wegfall der heute schwierigen Unterscheidung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Vermögensverwaltung kommt es grundsätzlich zu einer Erleichterung für die Banken, was positiv ist. Es entstehen jedoch auch neue Risiken, weil ein Vertragspartner weitreichende Handlungen nicht mehr mit der Qualifizierung «ausserordentlich» verhindern kann. So wäre beispielsweise ein Barbezug von CHF 100 und von CHF 1'000'000 neu identisch zu beurteilen. Dies wird auch durch das einschränkende Vertretungsrecht nach Art. 396 Abs. 3 OR nicht adressiert.

Art. 376 VE-ZGB (Urkunde der Erwachsenenschutzbehörde nur noch bei Gefährdung)

Die SBVg begrüsst aus Gründen der Rechtssicherheit das Weiterbestehen der Möglichkeit, von der KESB eine Bestätigung über die Vertretungsbefugnisse zu verlangen. Allerdings wünscht sich die SBVg Präzisierungen betreffend der erwähnten «Schwellenanhebung» für das Einschreiten der KESB.

Die aktuelle Version von Art. 376 ZGB enthält die Formulierung «Bestehen Zweifel, ob die Voraussetzungen für eine Vertretung erfüllt sind, so ...». In der Vergangenheit hat sich die SBVg gegen die Formulierung «im Zweifel» ausgesprochen und schlug andere Varianten vor, wie «wenn Gefährdung besteht oder eine geplante Ausgabe ungewöhnlich ist». Der Erläuternde Bericht hat diesen Vorschlag teilweise aufgenommen. Neu reichen Zweifel nicht aus, sondern es müssen die Interessen gefährdet oder nicht mehr gewahrt sein, damit die KESB tätig wird. Durch den Zusammenhang mit dem Wort «insbesondere» in Abs. 2 wird die Gefährdung unseres Erachtens zur Voraussetzung, damit die KESB eine Urkunde (Abs. 2 Ziffer 1) aushändigt. Dies hat eine Verschärfung der Praxis zufolge, da nach dieser Leseart nur bei «Zweifel» keine Urkunde durch die KESB erhältlich wäre.

Unseres Erachtens geht aus dem Erläuternden Bericht nicht klar hervor, weshalb Banken «für viele Handlungen ohne weiteres auf das Bestehen einer gültigen Vertretung vertrauen [werden können]». Dies kollidiert mit dem Grundsatz, dass Vertragspartner grundsätzlich von der Urteilsfähigkeit einer Person ausgehen können. Hierzu erachtet die SBVg daher im Minimum weitere konkrete und klare Beispiele, analog dem «Bezug einer AHV-Rente (mit direkter Überweisung auf das Konto des Vertreters?)» als äusserst wünschenswert, die – zumindest in der Botschaft – festzuhalten wären.

Der im Erläuternden Bericht erwähnte Prozess mit der Gefährdungsmeldung nach Art. 443 ZGB ist allenfalls für Banken nicht möglich, siehe dazu unten unsere Bemerkungen zu Art. 443 VE-ZGB. Somit bliebe nur der Weg, dass die Banken vom Vertreter die Beibringung einer Urkunde nach Art. 376 Abs. 2 Ziffer 1 VE-ZGB verlangen.

Die SBVg spricht sich gegen eine Verschärfung aus und wünscht eine Klärung dieses Punktes. Ist dies nicht möglich, so soll die heutige Formulierung des Abs. 1 beibehalten werden.

Art. 389a VE-ZGB (Definition nahestehende Person)

Die Definition nahestehender Personen ist zu begrüssen, da der Begriff auch in anderen Artikeln verwendet wird. Im Einzelfall wird die Bestimmung nicht einfach sein, da die Voraussetzungen «eng vertraut» kumulativ

mit «geeignet erscheint» vorliegen müssen. Im Zentrum steht die gelebte und nicht die formelle Beziehung zur unterstützungsbedürftigen Person. Erläuterungen mit Beispielen in der Botschaft wären sehr hilfreich.

Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB (Aufgaben-Teilung)

Wir verstehen den neuen Art. 400 Abs. 1^{bis} VE-ZGB im Zusammenhang mit dem vorstehenden Art. 400 Abs. 1 ZGB so, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit schaffen möchte, dass nahestehende Personen oder andere Personen, die nicht als Berufsbeiständin oder Berufsbeistand tätig sind, mit den Aufgaben betraut werden können. Dies entspricht der Absicht, diese Aufgaben möglichst subsidiär, beispielsweise durch den Beizug von Familienmitgliedern, zu verteilen und kann der zunehmenden Belastung der Berufsbeistände entgegenwirken. Für komplexe Fälle soll gemäss der neuen Bestimmung die Erwachsenenschutzbehörde auch prüfen, ob die Beistandschaft aufgeteilt werden kann. Privatbeistände sollen die Berufsbeistände entlasten, auch wenn sie nur für einen Teil der Aufgabenbereiche ernannt werden. Zudem sollen nahestehende Personen auch als Nichtbeistände die hilfsbedürftige Person unterstützen können.

Aus der Perspektive der Banken kann es zu schwierigen Abklärungsfragen kommen, wenn Aufgaben aufgeteilt werden. Durch die gewählte Formulierung bleibt unklar, ob der Gesetzgeber die Aufgaben gänzlich den «anderen Personen» oder Nichtberufsbeiständen übertragen möchte oder nur einen Teil davon. Ebenfalls wird nicht klar, ob die «andere Person» zwingend keine Berufsbeiständin oder kein Berufsbeistand sein muss. Es kann Konstellationen geben, wo es sinnvoll wäre, wenn die Aufgaben auf mehrere Berufsbeistände aufgeteilt werden können. Letztlich scheint auch die rechtliche Stellung dieser (zusätzlich) betrauten Personen unklar. Ist die «andere Person» auch Beistand oder nur eine beauftragte Person des Beistands oder der KESB?

Es ist unbedingt notwendig, dass in der Botschaft zu vorgenannten offenen Punkten Erläuterungen gemacht werden. Sicher ist, dass in Fällen von mehreren Beiständen unbedingt konkrete Verfügungen der KESB vorliegen müssen.

Artikel 420 VE-ZGB (Erleichterungen für nahestehende Personen)

Laut dem Erläuternden Bericht kann die KESB im Einzelfall zum Beispiel die Rechnungslegungs- und Berichterstattungspflicht an die Fähigkeiten der nahestehenden Person als Beistand anpassen und in diesem Sinne «erleichtern», vor allem wenn die Einkommens- und Vermögensverhältnisse einfach und überschaubar sind. Weiter kann eine Entbindung für einzelne – im Einzelfall zu bestimmende – zustimmungsbedürftige Geschäfte nach Artikel 416 ZGB in Frage kommen, wenn die nahestehende Person sie wünscht und «wenn die Umstände es rechtfertigen». Ausschlaggebend bei der Frage, ob und von welchen Pflichten Erleichterungen gewährt werden können, ist das Interesse der verbeiständeten Person.

Diesbezüglich erachtet es die SBVg als zentral, dass die Entbindungen von Pflichten resp. Erleichterungen für Angehörige als Beistände gegenüber der KESB im entsprechenden KESB-Entscheid festgehalten werden. Weiter sollten sodann auch diese Punkte im «Auszug des KESB-Entscheids» figurieren, welcher jeweils den Banken vorgelegt wird.

Was den Artikel 416 ZGB betrifft, ist für Banken insbesondere dessen Absatz 1 Ziffer 5 von Bedeutung. Dieser sieht vor, dass der Beistand die Zustimmung der KESB für den Erwerb, die Veräusserung und Verpfändung anderer Vermögenswerte sowie Errichtung einer Nutzniessung daran benötigt, wenn diese Geschäfte nicht unter die Führung der ordentlichen Verwaltung und Bewirtschaftung fallen.

In diesem Zusammenhang ist die «Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft (VBVV)» zu berücksichtigen (vgl. auch Artikel 408 Absatz 3 ZGB). Die VBVV regelt insbesondere die Zustimmung zu Anlagen, unabhängig davon, ob diese bereits bestehen oder durch gemäss Artikel 416 ZGB im Einzelnen zustimmungsbedürftige oder nicht zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte erworben oder veräussert werden. Auch Artikel 9 VBVV regelt in Anwendung von Art. 416 Absatz 1 Ziffer 5 und Artikel 417 ZGB nur, dass der Grundvertrag mit der Bank der Genehmigung bedarf.

Aus genannten Gründen ist die SBVg der Ansicht, dass – zumindest in der Botschaft – zu präzisieren wäre, ob die oben erwähnten Entbindungen von Pflichten resp. Erleichterungen auch für Handlungen gemäss der VBVV denkbar wären. Die gemäss VBVV «expliziten Bewilligungen» der KESB stellen ein wichtiges Kriterium in Bezug auf die Rechtsverkehrssicherheit dar, weshalb es für Banken zentral ist zu wissen, welche Geschäfte eines Beistands unter den Genehmigungsvorbehalt fallen.

Art. 443 VE-ZGB (Melderechte)

Neu soll in Anlehnung an die Regelung im Kindesschutzrecht (Art. 314c ZGB) die rechtliche Stellung von Berufsgeheimnisträgerinnen und -trägern separat in Absatz 2 geregelt werden. Ebenfalls wird die Meldepflicht in einen neuen Art. 443a überführt.

Nach geltendem Recht müssen sich die zur Wahrung des Berufsgeheimnisses verpflichteten Personen nach Artikel 321 StGB vom Berufsgeheimnis entbinden lassen, bevor sie Meldung erstatten. Dies soll auch weiterhin gelten, wenn es sich um eine urteilsfähige Person handelt. Nur wenn es sich um eine hilfsbedürftige urteilsunfähige Person handelt und eine Meldung in ihrem Interesse ist, kann von diesem Erfordernis abgesehen werden. Dies kann nach dem Erläuternden Bericht bereits erfüllt sein, wenn Indizien für die Urteilsunfähigkeit bestehen.

Aus Bankensicht stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, wie das Bankkundengeheimnis nach Artikel 47 des Bankengesetzes zu qualifizieren ist. Im Erläuternden Bericht wird Bezug auf Art. 321 StGB genommen. Da sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht direkt aus dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, sondern aus der Spezialbestimmung von Art. 47 BankG ergibt, ist fraglich, was der Gesetzgeber beabsichtigte. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat die Bankmitarbeitenden als Personen, die dem Berufsgeheimnis nach Strafgesetzbuch unterstehen, qualifiziert.

Die SBVg wünscht sich hier eine präzise Aussage seitens des Bundesrates.

Art. 443a VE-ZGB (Neuer Artikel für Meldepflichten)

Im Grundsatz soll die geltende Meldepflicht für Personen in ihrer amtlichen Tätigkeit auf Berufspersonen, welche besonders geeignet sind, eine Hilfsbedürftigkeit zu erkennen, ausgedehnt werden. Dabei sind Personengruppen, die beruflich regelmässig Kontakt zu älteren Personen haben, analog wie beim Kindesschutz, im Fokus. Das Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch wird weiterhin vorbehalten und die Vertraulichkeit des Verhältnisses zu diesen Kategorien von Berufspersonen wurde vom Gesetzgeber als besonders schützenswert erachtet. Die Berufsgeheimnisträgerinnen und -träger nach Artikel 321 Ziffer 1 StGB haben wie im Kindesschutzrecht ein Melderecht (vgl. Art. 443 Abs. 2 VE-ZGB), jedoch keine Meldepflicht.

Da sich die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht direkt aus dem Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, sondern aus der Spezialbestimmung von Art. 47 BankG (es handelt sich hierbei um das strafrechtliche Pendant zu Art. 398 OR) ableitet, ist fraglich, ob die Ausnahme nach Absatz 1 greift und eine Meldepflicht daher

• Swiss Banking

nicht auf die Banken zutreffen würde. Andernfalls wäre eine Meldepflicht für Bankenmitarbeitende aufgrund von Absatz 1 Ziffer 1 Art. 443a VE-ZGB durch die Qualifizierung als Fachpersonen aus den Bereichen der Vermögenssorge anzunehmen. Dies unter der Voraussetzung, dass sie regelmässig Kontakt zu hilfsbedürftigen Personen haben. Leider ist der Erläuternde Bericht an dieser Stelle nicht eindeutig und nennt als Beispiel nur Unterstützungsorganisationen. Falls jedoch der Gesetzgeber tatsächlich die Absicht hatte, die Meldepflicht auf Bankmitarbeitende auszudehnen, müssten zunächst u.a. die Fragen beantwortet werden, inwiefern das mit dem Bankkundengeheimnis vereinbar ist und ob den Banken Konsequenzen drohen würden, wenn keine Meldung gemacht würde.

Nach Ansicht der SBVg wenden die Banken die Meldepflicht aus Auftragsrecht nach Art. 397a OR bereits konsequent an. Es scheint nicht klar zu sein, wie das Verhältnis der ausgedehnten Meldepflicht nach Art. 443a VE-ZGB und dem Grundsatz im Auftragsrecht nach Art. 397a OR zu qualifizieren ist. Nach diesem für die Banken relevanten Grundsatz muss eine voraussichtlich dauernde Urteilsfähigkeit vorliegen.

Die SBVg wünscht sich hier eine Klärung.

Art. 448 VE-ZGB (Mitwirkung und Amtshilfe)

Die SBVg sieht auch bei diesem Punkt Klärungsbedarf. Bezüglich der Einordnung des Bankkundengeheimnisses verweisen wir auf die vorstehenden Ausführungen zu den Melderechten und Meldepflichten.

Im neuen Abs. 1^{bis} steht: «... so sind Personen, die [...], berechtigt, ohne sich vorgängig vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen.». Das wird zur Frage führen, unter welchen Voraussetzungen man künftig freiwillig an Verfahren mitwirken will. Das Wort «vorgängig» heisst nach unserem Verständnis nicht «ohne», was bedeutet, dass nachträglich noch die Entbindung vom Berufsgeheimnis eingeholt werden müsste. Es wird nicht klar, was passiert, wenn diese Entbindung nachträglich verweigert würde.

Die SBVg wünscht sich hier eine Klärung.

Art. 448 Abs. 2 VE-ZGB (Ermächtigung oder Entbindung)

Der umformulierte Absatz 2 enthält die Möglichkeit, sich von der geheimnisberechtigten Person zur Mitwirkung ermächtigen zu lassen. In diesem Zusammenhang stellt sich aus einer operativen Sicht die Frage, ob für die Umsetzung der Bestimmung eine Anpassung der AGB notwendig bzw. zweckmässig wäre.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Schweizerische Bankiervereinigung



Dr. Markus Staub
Leiter Retail Banking & Prudenzielle Regulierung



Michael Hug
Wissenschaftlicher Mitarbeiter Regulierung

Schweizerische Bankiervereinigung

Association suisse des banquiers

Associazione Svizzera dei Banchieri

Swiss Bankers Association

Aeschenplatz 7

Postfach 4182

CH-4002 Basel

office@sba.ch

www.swissbanking.ch