

AUFSÄTZE ARTICLES ARTICOLI

- 815 *Sandra Hotz*: Der Betreuungsvertrag – Von den Herausforderungen und Chancen eines noch wenig beachteten Vertrags
- 874 *Margot Michel/Ines Gareus*: Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
- 917 *Mattias Dolder*: Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang
- 933 *Kurt Pärli*: Eltern im Arbeitsverhältnis – Was (wie) geregelt ist (und was nicht)
- 957 *Mischa Gallati*: Kopernikanische Wende oder Schrecken ohne Ende? – Das neue Kinder- und Erwachsenenschutzrecht aus historischer Perspektive

971 RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

Redaktionsmitglieder

Christine Arndt
Margareta Baddeley
Daniel Bähler
Katerina Baumann
Linus Cantieni
Jeanne DuBois
Roland Fankhauser
Christiana Fountoulakis
Thomas Geiser
Urs Gloor
Marianne Hammer-Feldges
Alexandra Jungo
Susanne Leuzinger-Naef
Peter Liatowitsch
Daniel Rosch
David Rüetschi
Joachim Schreiner
Jonas Schweighauser
Daniel Steck
Rolf Vetterli



Stämpfli Verlag

www.fampira.ch

IMPRESSUM

17. Jahrgang – Année – Anno; November – Novembre – Novembre
Erscheint vierteljährlich – Parution trimestrielle – Pubblicazione trimestrale
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

Herausgeberinnen Editrices Edatrici	Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, CH-4002 Basel, E-Mail: Ist.schwenzer@unibas.ch	
	Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: Ist.buechler@rwi.uzh.ch	
	Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch	
Schriftleitung	Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@advokaturbuero-bl.ch , fampra-ius@unibas.ch	
Redaktion Rédaction Redazione	lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel Bähler, Oberrichter; lic. iur. Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin; Dr. iur. Linus Cantieni, Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), Kreis Bülach Süd; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Dr. iur. Susanne Leuzinger-Naef, alt Bundesrichterin; Dr. iur. Peter Liatowitsch, Advokat, Notar und Mediator; lic. iur. Daniel Rosch, dipl. Sozialarbeiter FH/MAS in Nonprofit-Management, Coaching in Law and Social Work; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. Daniel Steck, aOberrichter; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.	
Verlag Editions Edizioni	Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern	Telefon: ++41 31 300 63 25 E-Mail: verlag@staempfli.com Internet: www.staempfliverlag.ch
Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der Zeitschrift FamPra.ch vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags. L'acceptation de contributions se produit à la condition que le droit exclusif de reproduction et de diffusion passe à la maison d'édition Stämpfli SA. La maison d'édition se réserve tous les droits sur le contenu du journal FamPra.ch. En particulier, la reproduction par voie de photocopie, de microcopie, de reprise de supports électroniques de données, et toute autre utilisation de l'ensemble ou de partie de ce journal nécessitent l'accord de la maison d'édition.		
Inserate Annonces Inserti	Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern	Telefon: ++41 31 300 63 41 E-Mail: inserate@staempfli.com
Abonnemente Abonnements Abbonamenti	Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern	Telefon: ++41 31 300 63 25 E-Mail: periodika@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 386.– (Print und Online), Online Sfr. 300.–
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 75.– (exkl. Porto)
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 392.–, Online Sfr. 300.–
Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% resp. für Online-Angebote 8% MWSt.

Inhalt – Contenu – Contenuto

<i>Sandra Hotz</i> : Der Betreuungsvertrag – Von den Herausforderungen und Chancen eines noch wenig beachteten Vertrags	815
<i>Margot Michel/Ines Gareus</i> : Das Gutachten im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde	874
<i>Mattias Dolder</i> : Betreuungsunterhalt: Verfahren und Übergang	917
<i>Kurt Pärli</i> : Eltern im Arbeitsverhältnis – Was (wie) geregelt ist (und was nicht)	933
<i>Mischa Gallati</i> : Kopernikanische Wende oder Schrecken ohne Ende? – Das neue Kinder- und Erwachsenenschutzrecht aus historischer Perspektive	957

Der Betreuungsvertrag

Von den Herausforderungen und Chancen eines noch wenig beachteten Vertrags

Sandra Hotz, Dr. iur., RA, Oberassistentin am Institut für Familienforschung und -beratung, Universität Freiburg*

Stichwörter: *Betreuungsvertrag, contrat-type d'hébergement, Mustervertrag, Innominatvertrag, Selbstbestimmung, Mitwirkungsrechte, Urteilsunfähigkeit, Grenzen der Stellvertretung, Erwachsenenschutzrecht, Menschen im Alter.*

Mots clets: *Contrat d'assistance, contrat-type d'hébergement, contrat-type, contrat innommé, autodétermination, droits de participation, incapacité de discernement, limites de la représentation, droit de la protection de l'adulte, personnes âgées.*

I. Weshalb mehr Menschen im Alter einen Betreuungsvertrag brauchen werden

Die Anzahl älterer Menschen nimmt global zu. In der Schweiz steigt die Lebenserwartung der sehr alten Menschen (ab 80 Jahren) und gleichzeitig nimmt der Anteil der 65- bis 79-jährigen Personen bis ins Jahr 2030 deutlich zu, weil die Menschen insgesamt gesünder leben und weil es sich um geburtenstarke Jahrgänge handelt.¹ Parallel dazu verringert sich zurzeit die Geburtenzahl in der Schweiz, was dazu führt, dass zunehmend weniger Nachkommen existieren, die ihre Eltern werden betreuen oder pflegen können.² Das wird u. a. dazu führen, dass die Anzahl Personen, die in einer Pflege- oder Wohneinrichtung Hilfeleistungen beanspruchen werden, ansteigen wird.

* Herzlich gedankt sei Herrn Oberrichter em. Dr. Daniel Steck für die gewinnbringende Diskussion einer früheren Fassung des Beitrags und die Praxisbeispiele und ebenfalls Sandro Spiess, BLaw, und Tea Slavlova, cand. BLaw, für die Durchsicht der Fussnoten.

1 Bundesamt für Statistik BFS 2006 vom 18. Oktober 2006: Szenarien der Bevölkerungsentwicklung der Schweiz 2005–2050 unter: <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.html?publicationID=2411>> 2.6.2016. Unter anderem dürfte sich die Anzahl der 80-Jährigen von 2005–2050 verdreifachen, sprich von 4% auf 12% ansteigen.

2 HABERKERN/SCHMID/NEUBERGER/GRIGNON, OECD-Bericht 2012, 189 ff.

Zu dieser demographischen Entwicklung gehört, dass die Bewohnerinnen und Bewohner solcher Einrichtungen künftig *tendenziell immer länger urteilsunfähig bleiben werden*, denn das Risiko, an einer Form der Demenz (u. a. Alzheimer) zu erkranken, steigt mit dem Alter an. So wird für das Jahr 2014 die Zahl der Menschen mit Demenz in der Schweiz auf über 120 000 geschätzt³ und davon ausgegangen, dass im selben Jahr zwei Drittel der Bewohnerinnen und Bewohner von Pflegeeinrichtungen demenzkrank waren. Die Anzahl dementer Personen soll sich bis zum Jahr 2030 verdoppeln und bis 2050 wird mit rund 300 000 demenzkranken Personen gerechnet,⁴ was die Struktur, Organisation und die Ausbildung der Mitarbeitenden dieser Einrichtungen wesentlich beeinflussen dürfte.⁵

Hinzu kommt, dass Familienstrukturen sich gewandelt haben: Die Familien sind kleiner geworden. Die Frauen, die den Grossteil an Betreuungsarbeit leisten, gehen zunehmend einer Erwerbstätigkeit nach und zahlreiche Haushalte sind auf zwei Einkommen angewiesen. Zudem wohnen Nachkommen heute generell weiter entfernt vom Elternhaus, sodass *eine familieninterne Betreuung immer weniger praktikabel wird*.⁶ Während also heute noch mehr als die Hälfte der älteren Personen in ihrem eigenen Zuhause betreut und gepflegt werden, wird dieser Anteil in Zukunft

-
- 3 Dies obschon in vielen Fällen die Diagnose gar nicht/nie gestellt wird – die Hemmungen vor den Fachpersonen sind zu hoch und die Konsequenzen einer solchen Prognose zu gravierend: Alzheimer's Disease International – ADI (Dachverband der Alzheimer-Gesellschaften weltweit), Welt-Alzheimer-Bericht 2014: Demenz und Risiko-Reduktion, September 2014, abrufbar unter: <<http://www.alz.co.uk/research/WorldAlzheimerReport2014.pdf>> (10.5.2016); vgl. HÖPFLINGER/BAYER-OGLESBY/ZUMBRUNN, Pflegebedürftigkeit und Langzeitpflege im Alter: Aktualisierte Szenarien für die Schweiz, Neuenburg 2012.
 - 4 8% der über 65-Jährigen und 30% der über 90-Jährigen der in der Schweiz lebenden Menschen leiden an einer Form der Demenz. Demenz ist bereits heute der häufigste Grund für Pflegebedürftigkeit im Alter, und Demenzerkrankungen sind hierzulande nach Herz-Kreislauf-Leiden und Krebs die dritthäufigste Todesursache (BFS, Zahlen für das Jahr 2013); vgl. Bundesamt für Gesundheit BAG/Schweizerische Konferenz der kantonalen Gesundheitsdirektorinnen und -direktoren GDK, Nationale Demenzstrategie 2014–2017, abrufbar unter: <<http://www.bag.admin.ch/themen/gesundheitspolitik/13916/>> (2.3.2016), (fortan: BAG/GDK, Nationale Demenzstrategie 2014–2017), 9 f., sowie der bereits zit. Welt-Alzheimer-Bericht 2014.
 - 5 Bereits heute bleibt vielen Personen keine andere Wahl als der Umzug in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung: z.B. HUBER/RÜEGGER, Gerontologische, pflegerische und ethische Aspekte bei der Umsetzung des Erwachsenenschutzrechtes, Pflegerecht 2013, 2, 3 ff.; Demenzbetreuung in stationären Einrichtungen, Studie FH BE, CURAVIVA Schweiz. Alzheimervereinigung, 2013, 3.
 - 6 GRUNDLAGENPAPIER DES EIDGENÖSSISCHEN BÜROS FÜR GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN (EBG), Absicherung unbezahlter Care-Arbeit von Frauen und Männern, Bern 2012, 47 ff.; VON GREYERZ, Aktionsplan des Bundes zur Unterstützung und Entlastung betreuender und pflegender Angehöriger, Pflegerecht 2015, 237 ff.: Es sind daher flexiblere Angebotsstrukturen zur Vereinbarkeit von Pflege sowie Betreuung und Beruf gefordert. Zudem werden künftig vermehrt auch Männer Care-Arbeiten übernehmen müssen.

abnehmen,⁷ wenn sich die Wohn- und Betreuungsformen nicht rasch und drastisch ändern werden:⁸ Zahlreiche Wohnungen und Häuser sind nach wie vor ungeeignet für die Pflege von Menschen im Alter.⁹ Viele Frauen sind bereits heute mit einem so grossen Betreuungsaufwand belastet, dass es in Zukunft noch viel wichtiger sein wird, sie durch andere Wohn- und Betreuungsmodelle zu entlasten, beispielsweise durch Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen sich Menschen im Alter möglichst wohl fühlen können. Ein weiterer Faktor ist, dass das Gesundheitswesen ein grosses Interesse daran hat, die alters- und krankheitsbedingten Kosten möglichst tief zu halten. Bei einer stark pflegebedürftigen Person kann eine stationäre Aufnahme in einer Pflegeeinrichtung als die kostengünstigere Variante erscheinen als eine Betreuung im Zuhause.¹⁰

7 HUBER/RÜEGGER, *Pflegerecht* 2013, 2, 3 ff.; SCHULTE, Die soziale Absicherung bei Pflegebedürftigkeit – ein Blick über die Grenzen, *Pflegerecht* 2013, 88, 89. Ferner wird die skizzierte Entwicklung generell zur verstärkten intergenerationellen Unterstützung führen müssen: Wie können Menschen im Alter anderen Menschen im Alter helfen? Es gilt, die entsprechenden integrativen Wohnformen, die sozialen Netzwerke und die technischen Mittel (insb. Fortbewegungshilfen, elektronische Gleitüren) weiter voranzutreiben (HABERKERN/SCHMID/NEUBERGER/GRIGNON (Fn. 2), 228 ff., s. Wohnformen im Alter aus rechtlicher Sicht: HOPPLER-WYSS, *Recht im Alter: Ein Leitfaden für Soziale Dienste, Spitex-Organisationen, Institutionen der Beratung, Verwaltungen und Behörden, Einrichtungen in Altersarbeit, Pflege und Betreuung*, Zürich 2011, 320 ff.; MARTIN, *Verfügbarkeit und Nutzen von menschlichen Ressourcen im Alter: Kernpunkte eines gerontologischen Konzepts*, Idstein 2001.

8 Es werden auch positivere Prognosen gestellt: Überalterung? Ja, gerne! MIJUK/FURGLER, *NZZ* am Sonntag, 8. April 2016.

9 SCHULTE, *Pflegerecht* 2013, 88, 92.

10 Zumindest bei korrekter Kostenberechnung aller extern pflegenden Personen (inkl. Familienangehörige): KRAFT/MARTI/WERNER/SOMMER, *Cost of dementia in Switzerland*, in: *Swiss Med Wkly*, publiziert am 10. September 2010, abrufbar unter: <http://www.smw.ch/content/smw-2010-13093/> (1.6.2016). Der Kostendruck führt bekanntlich bereits heute zu problematischen Lösungsansätzen, wie dem Engagement von betreuenden Pendelmigrantinnen, die ohne genügenden Rechtsschutz arbeiten, oder zur Wahl von Einrichtungen in Billiglohnländern – was weitere Problemfelder eröffnen kann (vgl. BGer, 13.1.2014, 6B_375/2013 betreffend Entführung eines Dementen in ein Pflegeheim nach Indien; und ein anderes Beispiel, in dem die KESB eine entsprechende Vereinbarung eines Ehepaares nicht hatte akzeptieren wollen s. MINOR, *Zürcher Schutzbehörden stehen in der Kritik*, in: *Tages-Anzeiger* vom 22. Juli 2014, 11; WETTSTEIN, *Betreuung von Demenzkranken zum Niedriglohn-Tarif?*, *SÄZ* vom 22. Oktober 2013); s.a. die Bundesgerichtsentscheide zur Kostenfrage *externe Pflege versus Pflege in Einrichtung*: BGE 139 V 135, BGer, 21.1.2014, 9C_343/2013, ein weiteres Thema, das in diesem Zusammenhang künftig eine Rolle spielen wird, sind erbrechtliche Ausgleichsleistungen für Betreuungs- und Pflegeleistungen: vgl. dazu BREITSCHMID, *Standort und Zukunft des Erbrechts, successio* 2009, 176 ff., 276 ff., WEISS/HOFSTETTER, *Die Qualifikation von Betreuungs- und Pflegeleistungen durch Angehörige und ihre Bedeutung im Erbrecht*, *AJP* 2014, 342, 354 ff. (rechtsvergleichend z. B. § 2057 BGB, Art. 904-2 Minpô (japanisches Zivilgesetzbuch)).

Daraus folgt, dass die Anzahl der Betagten und Hochbetagten wie auch die Aufenthaltsdauer dieser Menschen in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung in Zukunft zunehmen werden. Da alle, die über längere Zeit in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung leben, eine Form von Betreuungsvertrag brauchen, wird diesem künftig eine noch grössere Bedeutung zuzumessen sein.¹¹

II. Verortung im Erwachsenenschutzrecht

1. Herausforderungen und Chancen des Betreuungsvertrags

Wie es seit dem Inkrafttreten der erwachsenenschutzrechtlichen Regelungen und der Bestimmung zum Betreuungsvertrag von Art. 382 ZGB um die rechtlichen und praktischen Herausforderungen des Betreuungsvertrags bestellt ist, ist aus den vorgenannten Gründen Gegenstand dieses Beitrags. Für Menschen im Alter wird sich vor dem genannten Hintergrund generell vermehrt die Frage nach einer *guten Lebensplanung* stellen und wie sie sich ein Leben in voraussehbarer Hilfsbedürftigkeit vorstellen.¹² Eine Möglichkeit, selbstbestimmte Regelungen zu treffen, stellt das Planen und Vereinbaren der Wohnform und der Betreuungs- und Pflegedienstleistungen dar.¹³ Im Entscheid, in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung einzutreten und dabei *mittels Betreuungsvertrags bewusst über das eigene Wohnen, die Verpflegung und die Betreuung sowie die Pflege mitsprechen zu können*, liegt theoretisch eine Möglichkeit, selbstbestimmt vorzusorgen respektive bei der Regelung der Details bewusst mitzuwirken und Wünsche, die der betroffenen Person wichtig sind (z. B. die Form der Pflege oder der Seelsorge), vor dem Eintritt in eine Institution einzufordern. Da der Betreuungsvertrag bisher kaum unter diesem Blickwinkel – nämlich als potenzielles Instrument der Selbstbestimmung und Mitwirkung – wahrgenommen

11 Im Jahr 2012 schienen in der Schweiz drei von vier Personen (76,4%) mit ihrem Leben sehr zufrieden gewesen zu sein; bei Menschen im Alter 65+ betrug der Anteil im Allgemeinen über 80%, beim Thema «Wohnen» sogar über 90% (BFS – Erhebung über Einkommen und Lebensbedingungen vom 5. November 2013); nach der *European Social Survey* 2012 nimmt die Lebenszufriedenheit ab 75+ indes ab, vgl.: STREECK, Glück der späten Jahre, NZZ am Sonntag vom 8. Juni 2014.

12 Nicht zu unterschätzen sind schliesslich auch die künftigen Wirkungen der *personalisierten Medizin*, mit der vorausschauend auch Krankheitsrisiken im Alter entdeckt werden, wodurch sich die Grenzen zwischen gesund und krank verschieben werden: vgl. RIPPE/ECKHARDT/MARTI/RÜETSCHÉ/TELSE/NAVARINI/RECHER, in: ZENTRUM FÜR TECHNOLOGIEFOLGEN – ABSCHÄTZUNG TA-SWISS (Hrsg.), Personalisierte Medizin, 2014, <<http://vdf.ch/personalisierte-medizin-1606371467.html?search=personalisierte%20medizin&description=true>> 2.3.2016.

13 Zu den Formen von betreuten oder begleiteten Wohnformen im Alter: HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 707 ff., von einem Altersheim spricht man in der Tendenz, wenn das Wohnen und die Pension im Vordergrund stehen, von Pflegeheim, wenn die Pflegeleistungen oder -abteilungen vordergründig sind (Rz. 733 ff.).

worden ist,¹⁴ wird dieser Beitrag auch den Chancen nachgehen, die mit einem Betreuungsvertrag verbunden sind. Das ändert allerdings nichts daran, dass in der Praxis zahlreiche rechtliche Herausforderungen im Umgang mit Betreuungsverträgen bestehen, namentlich im Umgang mit der Stellvertretung und den Musterverträgen, die nachfolgend dargelegt werden sollen.

2. Verortung im Erwachsenenschutzrecht

In der Absicht, sowohl die Selbstbestimmung¹⁵ als auch den Schutz und das Wohl von Menschen im Hinblick auf eine mögliche künftige Hilfsbedürftigkeit zu stärken, wurde das Erwachsenenschutzrecht erlassen:¹⁶

1.) Erwachsene sollen mittels verschiedener Rechtsinstrumente vorausschauend und selbstbestimmt hinsichtlich künftiger Lebenslagen im Alter vorsorgen können: Dies trifft in erster Linie für die Patientenverfügung Art. 370 ff. ZGB und den Vorsorgeauftrag Art. 360 ff. ZGB zu, die ausführlich geregelt wurden,¹⁷ gilt aber auch bis zu einem gewissen Masse für den *Betreuungsvertrag*, wie zu zeigen sein wird (Chancen des Betreuungsvertrags, *Ziff. V/3*).

2.) Es sind spezielle Schutzbestimmungen erlassen worden, die bei Urteilsunfähigkeit einer Person zu mehr Rechtsicherheit beitragen sollen: die Bestimmungen zum Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 382–387 ZGB) und zu den gesetzlichen Vertretungsrechten (Art. 374–380 ZGB).¹⁸ Die Bestimmung zum Betreuungsvertrag nach Art. 382 ZGB findet sich in diesem kleinen Regelungsbereich des «Aufenthalts in Wohn- und Pflegeeinrichtungen» (auch Heimgesetzfragment ge-

14 Zu den Herausforderungen des Betreuungsvertrags bereits: MÜLLER, Le contrat, d'assistance en EMS, in: GUILLOD/BOHNET (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Basel 2012, 249 ff.; BREITSCHMID/STECK/WITTMER, Der Heimvertrag, FamPra.ch 2009, 867 ff.; TRITTEN/LEUBA, Der Schutz urteilsunfähiger Personen, welche in Einrichtungen untergebracht sind, ZVW 2003, 284 ff.; jüngeren Datums ZürcherKomm/BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 374–387 ZGB, N 56 ff.

15 Art. 388 Abs. 2 und 406 ZGB statuieren *ausdrücklich* die Wahrung respektive Achtung der Selbstbestimmung und des Willens der betroffenen Person bei behördlichen Massnahmen und spiegeln damit wesentlich die intendierte Stärkung der Selbstbestimmung der betroffenen Personen: Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), BBl 2006 7001, 7002, 7083 f. (fortan: Botschaft 2006, 7001); HOTZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden *de lege lata* und *ferenda*, ZKE 2011, 102 ff.; FamKomm/HÄFELI, Art. 406 ZGB, N 3; weitere Massnahmen, die das Selbstbestimmungsrecht stärken sollen, halten Art. 407–410 ZGB fest.

16 Botschaft 2006, 7002, 7083 f.

17 Botschaft 2006, 7011 ff.

18 Ferner werden regelmässig auch die behördlichen Massnahmen gezählt; ob diese als Schutz respektive als Verlängerung des Persönlichkeitsschutzes (z. B. STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, Rz. 1135) oder vielmehr als Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte verstanden werden, ist eine dogmatische Grundsatzfrage, die einer grundlegenden Klärung bedarf.

nannt¹⁹). Sie soll zu mehr Transparenz über die Vereinbarung mit der Wohn- und Pflegeeinrichtung und damit auch zu mehr Schutz der betroffenen Person führen.²⁰ Die Vorschrift ist nur anwendbar, wenn diese Person *urteilsunfähig* ist, denn (nur) in diesem Fall wird von einem erhöhten Schutzbedarf von Bewohnerinnen und Bewohnern einer Wohn- und Pflegeeinrichtung ausgegangen.²¹

Dem Erwachsenenschutzrecht liegt 3.) der *Gedanke der doppelten Subsidiarität* zugrunde, der besagt, dass selbstbestimmte Entscheide einer Person im Alter zu ihrer Lebensgestaltung den Vorrang hätten gegenüber den Vertretungsrechten durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste. Diese sollten nur subsidiär greifen und staatliche Massnahmen erst in letzter Linie, also subsubsidiär, zur Anwendung gelangen (Art. 388 f. ZGB).²² Verschiedene Bestimmungen des Erwachsenenschutzrechts wollen die *Familiensolidarität gerade im Pflege- und Betreuungsbereich explizit stärken* (Art. 374 ff., Art. 377 ff., Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

Der Betreuung von Menschen im Alter durch die Familienangehörigen sind jedoch, wie bereits erwähnt, auch faktische Grenzen gesetzt, sodass es zu erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen kommen kann. Letztlich ist den *Besonderheiten jedes Einzelfalls Rechnung zu tragen* und bei der Beurteilung jedes Instrumentes die Balance zu suchen zwischen den gesetzlichen Spielräumen, welche die Regelungen eines Betreuungsvertrags bieten, und einer notwendigen Überwachung etwa von Stellvertretern oder Einrichtungen, die im Sinne einer hilfsbedürftigen Bewohnerin oder eines Bewohners handeln.²³

3. Uneinheitliche Terminologie

Als Betreuungsvertrag (*contrat d'assistance, contratto d'assistenza*) nach Art. 382 ZGB wird ein Vertrag zwischen einer Wohn- und Pflegeeinrichtung und einem urteilsunfähigen Bewohner oder einer urteilsunfähigen Bewohnerin verstanden, der die Unterkunft, die Betreuung und die Pflege der betroffenen Person gegen ein Entgelt betrifft.

Die Vertragsbezeichnung bleibt auch mit dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts *uneinheitlich*. Namentlich sind auch die Bezeichnungen *Heimver-*

19 ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz: Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, Rz. 1190.

20 Botschaft 2006, 7083.

21 KuKo/MÖSCH PAYOT, Vorbemerkungen zu Art. 382–387 ZGB, N 1.

22 BGE 140 III 49, E. 4.3.1.; Botschaft 2006, 7042; s. a. Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft (Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht) vom 9. September 2015 (Az. 810 15 129).

23 HÄFELI, Private Mandatsträger (Prima) und Angehörige als Beistand, ZKE 2015, 198, 206.

trag, *Pensionsvertrag* oder *Betreuungs- und Pflegevertrag* gebräuchlich.²⁴ Dies ob-
 schon das Erwachsenenschutzrecht ausdrücklich den Begriff des Betreuungsvertrags
 (Art. 382 ZGB) verwendet und viele Einrichtungen ihre entsprechenden Musterver-
 träge seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts überarbeitet haben. Selbst
 die Musterverträge grosser institutioneller Anbieter wie *Curaviva* oder der *Pro Senec-
 tute* werden heute nicht als «Betreuungsverträge» betitelt, sondern als «Pensionsver-
 trag» oder als «Betreuungs- und Pflegevertrag» (s. *Ziff. IV*).²⁵ Dass damit bewusste
 Abgrenzungen zum Betreuungsvertrag nach Art. 382 ZGB vorgenommen werden sol-
 len, wird nirgends behauptet. Und umgekehrt lässt sich aus den Gesetzesmaterialien
 auch nicht schliessen, dass mit dem Terminus Betreuungsvertrag bewusst eine Ab-
 grenzung etwa gegenüber dem Heimvertrag beabsichtigt worden wäre²⁶ oder dass der
 Betreuungsvertrag ausdrücklich als ein neuer Oberbegriff verstanden werden soll.

Daraus folgt beispielsweise, dass aus der Bezeichnung Pflegevertrag nicht auf
 Anhiob klar hervorgeht, ob es sich dabei um den Vertrag eines Menschen im Alter
 mit einer Wohn- und Pflegeeinrichtung handelt oder um ein Pflegekindsverhältnis.²⁷
 Mit Betreuungsvertrag wird u. a. auch ein Vertrag zwischen Eltern und einer Kinder-
 tagesbetreuungsstätte²⁸ oder zwischen Beistand und Eltern eines behinderten Kin-
 des bezeichnet.²⁹

24 Zur uneinheitlichen Terminologie bereits nach altem Recht: BREITSCHMID/STECK/WITTWER, FamPra.ch 2009, 867, 868 m. w. H.; den Begriff «Heimvertrag» verwendete unlängst z. B. MICHEL, Von der administrativen Versorgung zur fürsorgerischen Unterbringung. Alles in Ordnung im neuen Recht?, FamPra.ch 2015, 797 ff.

25 Musterverträge: von CURAVIVA Verband Heime und Institutionen Schweiz, «Pensionsvertrag» fürs Alten- und Pflegeheim, abrufbar unter: <http://www.curaviva.ch/files/E1BXHXH/Mustervorlage-Pensionsvertrag.pdf> (2.3.2016); Pro Senectute «Betreuungs- und Pflegevertrag», abrufbar unter: <http://www.prosenectute.ch/de/angebote/beratung/betreuung.html> (2.3.2016); VAKA Kanton Aargau «Muster-Pensionsvertrag»: <http://www.vabb-aargau.ch/fileadmin/dokumente/VAKA-Musterspensionsvertrag_2013.pdf> (2.3.2016); zahlreiche Alters- und Wohneinrichtungen bieten ihre eigenen Musterverträge an, deren Terminologie entsprechend variiert, z. B. Heimvertrag: <http://www.azab.ch/organisation/heimvertrag.html?tmpl=component&print=1&page=> (2.3.2016).

26 Es war mehr eine Sache des Zeitgeistes, dass auf den «Heimbegriff» verzichtet wurde: BREITSCHMID/STECK/WITTWER, FamPra.ch 2009 867, 868, Fn. 12, 13.

27 Der Terminus «*Pflegevertrag*» wird – obschon dieser auch in der neuen Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern (PAVO, SR 211.222.338) nicht festgeschrieben wurde (HOTZ/GASSNER, Less Lost in Care: Die neue Pflegekinderverordnung, FamPra.ch 2013, 286 ff. – soweit überschaubar für das Pflegekindsverhältnis einheitlich verwendet: Zwei jüngere Beispiele: BGer, 8.1.2016, C_3517/2013, OGer ZH, 16.10.2015, PQ150046, vgl. ausführlich: MAZENAUER/GASSER, Der Pflegevertrag, FamPra.ch 2014, 274, 282 ff.).

28 Vgl. Mustervertrag der Kinderbetreuung «Villa Kunterbunt» in Suhr der K&F KITS GmbH, Die Trägerschaft für familien- und schulergänzende Kinderbetreuung, vgl. http://www.villakunterbunt-suhr.ch/Portals/_villakunterbunt/_documents/reglemente-konzepte/2015-04%20Grundvertrag%20mit%20Notfallblatt%20für%20Homepage.pdf (28.3.2016).

29 MEIER, Umfassende Beistandschaft für ein behindertes volljähriges Kind und Bezug von Leistungen der Sozialversicherungen: Rolle der KESB?, ZKE 2016, 84, 92.

Eine uneinheitliche Terminologie ist gewiss nichts Gravierendes und erklärt sich historisch aus den unterschiedlichen kantonalen Regelungen. Sie wirkt jedoch (unnötig) verunsichernd und ist den Zielen des Erwachsenenschutzrechts letztlich nicht dienlich.³⁰

Dieser Beitrag verwendet deshalb ausschliesslich den gesetzlichen Terminus des Erwachsenenschutzrechts «Betreuungsvertrag» und versteht darunter einen Vertrag, der in der Regel zwischen einer erwachsenen Bewohnerin oder einem erwachsenen Bewohner und der Wohn- und Pflegeeinrichtung im Hinblick auf einen längeren Aufenthalt in dieser Stätte abgeschlossen wird und der die Punkte Unterkunft, Betreuung und Pflege gegen ein Entgelt umfasst. Begrifflich macht es keinen Unterschied aus, ob der künftige Bewohner oder die Bewohnerin urteilsfähig oder urteilsunfähig ist. Die konsultierten Musterverträge (*vgl. Ziff. IV*) sind denn auch regelmässig sowohl für urteilsfähige wie auch für urteilsunfähige Personen vorgesehen.

III. Gesetzliche Rechtsgrundlagen, Vertragsinhalte und ihr Verhältnis zueinander

1. Der Betreuungsvertrag nach Art. 382 ZGB

a) Vertragsparteien

Die Vertragsparteien der gegenseitigen Willenserklärungen im Betreuungsvertrag sind die künftige Bewohnerin oder der künftige Bewohner einer Wohn- und Pflegeeinrichtung und die betreffende Einrichtung. Bei Handlungsfähigkeit (Art. 12 ff. ZGB) unterzeichnet die betreffende Person den Vertrag persönlich; Art. 382 ZGB kommt nicht zur Anwendung.

Die Vorschriften zum Betreuungsvertrag (Art. 382 ZGB) sind nur für den Fall vorgesehen, in dem die künftige Bewohnerin oder der künftige Bewohner urteilsunfähig ist respektive ab dem Zeitpunkt, zu dem diese Person urteilsunfähig wird. – Das wurde schon im Vernehmlassungsverfahren etwa von der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) kritisiert,³¹ denn auch urteilsfähige Personen dürften etliche Mühe haben, diesen Vertrag zu verstehen und abzuschliessen (dazu nachfolgend *Ziff. V*).

30 Hinzu kommt, dass man ursprünglich den Terminus «Heim» vermeiden wollte; zu künstlichen Verbalverschönerung bereits: BREITSCHMID/STECK/WITTWER, FamPra.ch 2009, 867, 868, Fn. 13.

31 Vgl. Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht), Oktober 2004, 353 f.

Art. 382 Abs. 3 ZGB bestimmt die für den Abschluss, die Änderung und die Aufhebung des Betreuungsvertrags zuständigen Stellvertreter und Stellvertreterinnen der urteilsunfähigen Person. Aufgrund allgemeiner obligationenrechtlichen Stellvertretungsregeln (Art. 32 ff. OR) wird der Vertrag im Namen und auf Rechnung der urteilsunfähigen Person geschlossen; diese wird auch dazu verpflichtet respektive ist dazu berechtigt.³² Vertragsparteien des Betreuungsvertrags nach Art. 382 ZGB sind demnach *die urteilsunfähige Bewohnerin oder der Bewohner und eine Einrichtung, bei welcher das Wohnen und/oder die Pflege von Menschen im Alter im Vordergrund stehen*. Der Stellvertreter oder die Stellvertreterin muss den Vertrag jedoch zusätzlich unterzeichnen.

Um was für eine Wohn- und Pflegeeinrichtung es sich handeln muss, bleibt nach Gesetz und Botschaft³³ bewusst offen. Als Vertragspartei kommen nach Art. 382 ZGB *grundsätzlich alle privatrechtlichen und öffentlich-rechtlich körperschaftlich organisierten*³⁴ Wohn- und Pflegeinstitutionen in Betracht. Der Anwendungsbereich ist auch nicht auf erwachsene Personen im Alter eingeschränkt. Ob Art. 382 ZGB jedoch auch auf Platzierungen von urteilsunfähigen Minderjährigen Anwendung finden soll, ist in der Lehre umstritten (Art. 316 ZGB/PAVO, Art. 314b ZGB³⁵).³⁶ Grundsätzlich erfasst vom Anwendungsbereich nach Art. 382 ZGB wäre demnach etwa eine Einrichtung für Erwachsene mit einer Behinderung. Lebt aber beispielsweise eine *behinderte erwachsene Person bei ihren Eltern*, die zugleich als ihre Beistände auftreten, und wird ein Entgelt für Miet-, Unterhalts- und Betreuungskosten erbracht, so braucht es u.U. keinen schriftlichen Betreuungsvertrag gemäss Art. 382 ZGB. Dies entschied das Obergericht des Kantons Aargau mit der Begründung, dass die administrativen Anforderungen innerhalb der Familie dadurch nicht unverhältnismässig anwachsen sollen: Eine zwischen Eltern und Kind gelebte Solidarität solle vielmehr *«ohne kompliziertes Vertragswerk»* auskommen.³⁷

32 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz. 1307; MÜLLER (Fn. 14), 249, 270.

33 Botschaft 2006, 7001.

34 Auch wenn im Einzelnen bei öffentlichen Körperschaften von einem Verwaltungsvertrag auszugehen sein wird: HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 738.

35 SR 211.222.338.

36 BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 1 ff., 4; HandKomm/BREITSCHMID, Art. 382 ZGB, N 1; FamKomm/COTTIER, Art. 314b ZGB, N 17; dagegen: STEINAUER/FOUNTOLAKIS (Fn. 18), Rz. 1027; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Bern 2014, Rz. 19.14; FamKomm/LEUBA/VAERINI, Einf. zu Art. 382–387 ZGB, N 7.

37 Entscheid der Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz vom 27. Juni 2015, E. 2.3: Es sei kein schriftlicher Betreuungsvertrag erforderlich, der den Behörden (noch) zur Genehmigung vorgelegt werden müsse (Art. 416 Abs. 3 o. a. Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Es genüge die Vorlage eines Budgets mit Darstellung von Einnahmen und Ausgaben; zudem entfällt jedem Mandatsträger bei Interessenkollision die Vertretungsmacht gemäss Art. 403 Abs. 2 ZGB (E. 3.1).

b) Dauer

Die Vorschriften zum Betreuungsvertrag (Art. 382 ZGB) sind nur bei einer *längeren Aufenthaltsdauer* anwendbar. Namentlich sind gemäss Botschaft Aufenthalte zur Probe oder solche «ferienhalber» (z. B. wenn die Angehörigen in den Ferien weilen) vom Anwendungsbereich ausgenommen.³⁸ Es entspricht dem Zweck des Betreuungsvertrags, dass die Unterkunft, Betreuung und Pflege einer hilfsbedürftigen Person auf *unbestimmte Zeit* geregelt werden soll. Anerkannt ist deshalb, dass Einrichtungen, die nur *kurzfristig* heilenden Zwecken dienen (z. B. Akutspitäler, Spitex), nicht vom Anwendungsbereich nach Art. 382 ZGB erfasst sind.³⁹

c) Entstehung und Form

Wie bei jedem Vertrag sind auch für den Betreuungsvertrag die übereinstimmenden Willensäusserungen der beiden Parteien erforderlich (Art. 1 ff. OR). Nach Art. 382 ZGB bedarf es für den Betreuungsvertrag *ab demjenigen Zeitpunkt, an dem die betroffene Bewohnerin oder der betroffene Bewohner urteilsunfähig geworden ist, der Schriftform*. Ist eine Person zum Zeitpunkt ihres Eintritts und Vertragschlusses (noch) urteilsfähig, können sich die Parteien demnach über die wesentlichen Vertragsinhalte des Betreuungsvertrags auch formlos einigen. Da jedoch der Übergang von der Urteilsfähigkeit zur Urteilsunfähigkeit fließend ist, dürfte eine Einrichtung regelmässig von Anfang an einen schriftlichen Vertrag schliessen wollen. In praxi wird meist ein Mustervertrag geschlossen (dazu unter Ziff. IV). Schriftliche Verträge waren deshalb schon vor dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts die Regel.⁴⁰

38 Botschaft 2006, 7038; HandKomm/BREITSCHMID, Art. 382 ZGB, N 4; BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 5; Dabei liegt eine längere Dauer nach der Lehre ab zwei bis drei Monaten oder ab 15 Nächten pro Monat vor: OFK/FASSBIND, Art. 383 ZGB, N 2; POLEDNA/VOKINGER, Die freie Arztwahl in Alters- und Pflegeheimen – Herausforderungen aufgrund des neuen Erwachsenenschutzrechts, Pflegerecht 2013, 66, 70; Es ist jedoch nicht von fixen Zeitangaben auszugehen. Wird etwa von allem Anfang an eine unbefristete Betreuung gesucht, so ist ebenfalls von einer «längeren Dauer» auszugehen. Und umgekehrt, wenn der Aufenthalt von allem Anfang beschränkt sein soll, beispielsweise wegen Abwesenheit der Familie ferienhalber, so liegt keine längere Dauer vor; a. A. HÄFELI, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht, Bern 2013, Rz. 13.26.

39 BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 1 ff., 4; KuKo/MöSCH PAYOT, Vorbemerkungen zu Art. 382 ZGB, N 1d. Wo die Grenzen fließend werden, wie etwa in der palliativen Pflege im Krankenhaus, ist darauf abzustellen, ob der Wohn- und Pflegezweck im Vordergrund steht, wobei es entscheidend auch auf die Dauer ankommen wird, denn der Art. 382 ZGB ist nur bei längerer Dauer anwendbar.

40 HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 759.

Diesem Formerfordernis kommt nach Meinung des Gesetzgebers⁴¹ und der Mehrheit der Lehre primär *Beweiszwang* zu; *es handelt sich dabei also nicht um ein Errichtungserfordernis*.⁴² Die Grundlage bilden die *ratio legis* von Transparenz sowie die Überlegung, dass selbst bei Annahme einer Nichtigkeit des Vertrags mangels Erfüllung des Schrifterfordernisses (weil eine betroffene urteilsunfähige Person respektive die stellvertretende Person den Betreuungsvertrag nicht unterzeichnet hat) wohl regelmässig von einem *faktischen Vertragsverhältnis* auszugehen sei: Erstens solle niemand im hohen Alter wegen eines ungültigen Vertrags «auf die Strasse gestellt» werden. Zweitens sollen die Einrichtungen nicht auf ihr Entgelt für tatsächlich erbrachte Leistungen verzichten müssen.

Andererseits ist der Autorin kein anderer gesetzlich geregelter Vertragstypus bekannt, dessen Schriftlichkeitserfordernis blosser Visibilitätsfunktion hätte. Und es lassen sich durchaus auch Fallkonstellationen denken, in denen *die Nichtigkeit des Betreuungsvertrags mangels Erfüllung der Formvorschriften im rechtlichen Schutzinteresse des künftigen Bewohners oder der Bewohnerin liegen würde*: Wenn beispielsweise ein dementer urteilsunfähiger Mann den Betreuungsvertrag unterzeichnet und seine Frau, die darum weiss, ihn begleitet, sich aber «bewusst im Hintergrund halten möchte» und den Vertrag nicht als seine Stellvertreterin unterzeichnet, so wäre dieser Vertrag bei entsprechendem Verständnis der Formvorschrift ungültig. Und es käme (wohl) nicht zu einem Rechtsstreit zwischen der betreffenden Einrichtung und dem Ehepaar bezüglich der bereits geleisteten Kautions von CHF 7000.–, wenn das Ehepaar sich nach der Vertragsunterzeichnung schliesslich anders entscheidet und der Mann dann doch nicht in die Einrichtung eintritt. In diesem Streitfall wollte die Institution zwei Drittel der Kautions zurückbehalten.

Ein etwas anderer praktischer Lösungsansatz könnte hier etwa ein *Widerrufsrecht* des neuen Bewohners oder der neuen Bewohnerin darstellen (vgl. *Ziff. VI*): Der Betreuungsvertrag wäre dann trotz fehlenden Formerfordernisses gültig, kann aber während einer gewissen Dauer einseitig voraussetzungslos widerrufen werden. Ein solches Widerrufsrecht hätte auch den Vorteil, dass es letztlich Hand in Hand mit einem – der Tragweite der Situation angemessenen – «Probewohnen» ginge⁴³ (das einige Institutionen selbstverständlich kennen und das auch nicht unentgeltlich stattfindet).

41 Botschaft 2006, 7038.

42 ZürcherKomm/BOENTE, Art. 382 ZGB, N 38; FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382, N 13; OFK/FASSBIND, Art. 382 ZGB N 2; KuKo/MÖSCH PAYOT, Vorbemerkungen zu Art. 382 ZGB, N 2; a. A. BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 35; SCHMID, Erwachsenenschutz, Zürich 2010, Art. 382 ZGB, N 5; nach HAEFELI wird die Schriftform im Rahmen der Aufsicht eine Rolle spielen, § 13 Rz. 13.01.

43 HandKomm/BREITSCHMID, Art. 382 ZGB, N 1, 4.

d) Inhalte

aa) Liste der Leistungsinhalte

Art. 382 Abs. 1 ZGB verlangt, dass die *Leistungsinhalte der Einrichtung aufgelistet und das geschuldete Entgelt* dafür zwingend festgeschrieben werden müssen – dies gilt jedoch wiederum nur für den Fall, dass der künftige Bewohner urteilsunfähig ist. Zweck dieser Schutznorm ist es, eine gewisse *Transparenz in der Abmachung* zu gewährleisten und damit Streitigkeiten zu vermeiden. Die Bestimmung soll etwa bewirken, dass Unklarheiten bei der Vergütung einer Leistung (z. B. Diätkost) nicht einer Partei angelastet werden sollen.⁴⁴ Aus dieser Regelung lässt sich nach der hier vertretenen Ansicht allgemein schliessen, dass eine Wohn- und Pflegeeinrichtung, die einen vorformulierten Mustervertrag verwendet hat, nach Art. 382 ZGB bei Unklarheiten das Beweisrisiko für die vereinbarten Leistungsinhalte und deren Entschädigung trägt (*in dubio contra stipulatorem*).

Die einzelnen Leistungsinhalte werden aber weder namentlich erwähnt noch umfassend(er) umschrieben, sondern sind im individuellen Betreuungsvertrag zu regeln. Gemäss Botschaft und Lehre umfassen die Leistungsinhalte des Betreuungsvertrags regelmässig⁴⁵ die Unterkunft/das Wohnen, die Hotellerieleistungen (Vollpension, Zimmerservice, Reinigung der Kleider⁴⁶) sowie die Pflegeleistungen (Pflegetaxe gemäss Preisliste oder Taxordnung, die einen integrierenden Bestand des Vertrags bilden). Dabei richtet sich das Ausmass der Pflegeleistungen regelmässig nach der Krankenversicherungsdeckung⁴⁷ und das Ausmass der Betreuungsleistungen danach, ob diese in psychologischer und physiotherapeutischer Hinsicht im Alltag erforderlich sind. Als inhaltlicher Grundsatz kann deshalb nur gelten: Die *Pflege und die Betreuung sollen bedarfsgerecht erfolgen*: Jeder Bewohnerin und jedem

44 BREITSCHMID/STECK/WITWER, Fampra.ch 2009, 867, 875.

45 ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Fn. 19), Rz. 1192 ff.; FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 4.

46 Reinigung der persönlichen Kleider wird oft auch separat verrechnet.

47 Vgl. etwa Art. 7 KLV, der den Leistungsbereich bei Krankenpflege zu Hause, ambulant oder im Pflegeheim bestimmt: Gemäss Abs. 2 umfassen die Leistungen Massnahmen der Abklärung und Beratung (lit. a), der Untersuchung und Behandlung (lit. b) sowie der Grundpflege (lit. c). Zu den Massnahmen der Grundpflege (lit. c) gehören die allgemeine Grundpflege bei Patienten und Patientinnen, welche die Tätigkeiten nicht selber ausführen können, wie *Beine einbinden, Kompressionsstrümpfe anlegen; Betten, Lagern; Bewegungsübungen, Mobilisieren; Dekubitusprophylaxe, Massnahmen zur Verhütung oder Behebung von behandlungsbedingten Schädigungen der Haut; Hilfe bei der Mund- und Körperpflege, beim An- und Auskleiden, beim Essen und Trinken* (Ziff. 1) sowie die *psychiatrische oder psychogeriatrische Grundpflege* (Ziff. 2). Damit soll nach BGE 131 V 178, 183, E. 2.1 mit Art. 7 Abs. 2 lit. c Ziff. 2 KLV (psychiatrische oder psychogeriatrische Grundpflege) die Gleichbehandlung der psychischen mit den körperlichen Krankheiten bei den Pflegemassnahmen sichergestellt werden. Diese Bestimmung eröffnet kein neues Leistungsspektrum. Die Hilfsmittellisten der IV sehen keine Mittel zur Sturzprophylaxe vor – Ausnahmen sind Helme bei Epilepsie oder Hämophilie.

Bewohner sollte die Betreuung zuteil werden, die ihrem oder seinem Gesundheitszustand entspricht.

bb) Wünsche respektive Mitwirkungsrechte ernst nehmen

Trotz Hilfs- und Schutzbedürftigkeit soll auch eine urteilsunfähige Person möglichst entsprechend ihren Wünschen leben können. Festgeschrieben ist ausdrücklich, dass *die Wünsche der urteilsunfähigen Person* bei der Auflistung der Leistungen im Vertrag möglichst zu berücksichtigen seien (Art. 382 Abs. 2 ZGB). Viele kleine Dinge tragen dazu bei, den Lebensalltag für urteilsunfähige Personen angenehmer zu gestalten: etwa ein Wunschmenü, ein Balkon, das Mitmachen im Chor oder der Blick in eine blühende Wiese an einem schönen Frühlingstag. Der rechtliche und psychosoziale Schutz von urteilsunfähigen Personen ist deshalb ernst zu nehmen.⁴⁸

Es ist Ausfluss des verfassungs- und zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, der in Art. 386 ZGB explizit aufgenommen wird, dass *auch urteilsunfähigen Personen Mitwirkungsrechte* zuteil werden, und zwar in all ihren privaten Lebensbereichen (Familien-, Gesundheits- und Lebensbelangen). Diesen Gedanken nehmen sowohl Art. 382 Abs. 2 ZGB für Menschen im Alter, die in Wohn- und Pflegeeinrichtungen leben, als auch Art. 377 Abs. 3 ZGB für Patientinnen und Patienten *ausdrücklich, aber nur punktuell* auf.⁴⁹ – Dabei handelt es sich um nichts anderes als um *materielle Mitwirkungsrechte (Partizipationsrechte)* der Information, Anhörung und Beteiligung, wie sie etwa auch aus dem internationalen Kindesrecht (Art. 12 UN-KRK, in der Schweiz seit 26.3.1997 in Kraft⁵⁰) und der Europäischen Bioethikkonvention (Art. 9, 10, in der Schweiz seit 1. 11. 2008 in Kraft⁵¹) bekannt sind und sich aus einer gleichberechtigten Anerkennung von behinderten Menschen ergibt (Art. 12 Abs. 2–4 UN-BRK, in der Schweiz in Kraft seit dem 15. Mai 2014⁵²). – Wünsche können deshalb auch nicht nicht an eine Form gebunden sein.⁵³

48 Es gibt auch Fälle von Vermögensdelikten, z.B. BGer, 18.4.2006, 2P.224/2005; SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, VERBINDUNG DER SCHWEIZER ÄRZTINNEN UND ÄRZTE, Rechtliche Grundlagen im medizinischen Alltag: Ein Leitfaden für die Praxis, 2. Aufl., Basel 2013, 80.

49 Freilich wäre eine einheitliche Ausformulierung eines solchen Mitwirkungsrechts (Anhörung und Meinungsäusserung) für alle betroffenen urteilsunfähigen Person entschieden von Vorteil gewesen.

50 SR 0.107, Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, von der Schweiz ratifiziert am 24.2.1997.

51 SR 0.810.2, Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997, von der Schweiz ratifiziert am 24.7.2008.

52 SR 0.109, Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, von der Schweiz ratifiziert am 15.4.2014.

53 ZürcherKomm/BOENTE, Art. 382 ZGB, N 44; HandKomm/BREITSCHMID, Art. 382 ZGB, N 5, s. zum Problem der fehlenden Formvorschrift beim Vorsorgeauftrag bereits HOTZ, Zum Selbstbestimmungsrecht des Vorsorgenden de lege lata und de lege ferenda, ZKE 2011, 102 ff.

Es wäre durchaus angebracht gewesen, diese Persönlichkeitsrechte und ihre Wirkungen im neuen Erwachsenenschutzrecht an prominenter Stelle in allgemeiner und klarer Form als Mitwirkungsrechten näher zu umschreiben. – Um einen Eingriff in dieses Persönlichkeitsrecht auf Mitwirkung zu rechtfertigen, braucht es gemäss Art. 28 Abs. 2 und Art. 384 Abs. 1 ZGB ebenfalls einen Rechtfertigungsgrund, das heisst eine gesetzliche Grundlage (z. B. für Massnahmen, welche die Bewegungsfreiheit verhältnismässig einschränken, Art. 383 ZGB) oder ein überwiegendes anderes Schutzinteresse, etwa seitens der anderen Bewohnerinnen und Bewohner (ggf. Einschränkung des Alkoholkonsums bei gegen sie gerichteten Gewaltsausbrüchen).

cc) Medizinische Leistungen

Die *medizinischen Leistungen*, die einer Bewohnerin oder einem Bewohner zu teil werden, sind nicht Gegenstand des Betreuungsvertrags nach Art. 382 ZGB,⁵⁴ denn es gilt (auch) innerhalb der Einrichtungen, die *Freiheit der Arztwahl* zu wahren (Art. 386 Abs. 3 ZGB).

Die Lehre geht jedoch auch davon aus, dass medizinische Leistungen in den Vertrag integriert werden können. Ist es für den Bewohner oder die Bewohnerin etwa unbedeutend, welche medizinische Fachperson die medizinischen Leistungen erbringen soll und wurde dies vor Vertragsschluss besprochen, so steht einer Aufnahme dieser Leistung in den Betreuungsvertrag grundsätzlich nichts entgegen. Und umgekehrt sollen bewegungseinschränkende medizinische Massnahmen auch der Schriftlichkeit des Betreuungsvertrags unterliegen.⁵⁵ Es können zwischen den Parteien aber auch zwei Verträge unterzeichnet werden, womit es zu einem sog. «gespaltenen Betreuungsvertrag» kommt. – Anders verhält es sich allerdings, wenn in vorformulierten Musterverträgen die Arztwahl ausgeschlossen oder einseitig bestimmt wird. Eine solche Bestimmung ist nach Art. 382 i. V. m. Art. 386 Abs. 3 ZGB ab dem Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person als ungültig anzusehen.

Unter dem Vorbehalt einer individuellen schriftlichen Erklärung liegt die *gesetzliche Ermächtigung* zum Stellvertreterentscheid in Sachen medizinische Angelegenheiten bei der gleichen Stellvertreterin oder dem Stellvertreter, die respektive der bereits für den Abschluss des Betreuungsvertrags (Art. 377 ff., Art. 378 Abs. 1 ZGB) zuständig gewesen ist.

54 Botschaft 2006, 7038.

55 KuKo/Mösch/PAYOT, Art. 382 ZGB, N 2; Rosch, Medizinische Massnahmen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung: Schnitt- und Nahtstellen, AJP 2014, 3 ff.

dd) Entgelt

Schliesslich ist in einem solchen Betreuungsvertrag zwingend *das Entgelt* und dessen Aufschlüsselung zu regeln, das heisst, es ist regelmässig der *fixe Tagessatz* anzugeben und die individuellen *Zusatzkosten* sind auszuweisen. Zudem ist der Berechnungsmodus für die Pflegeleistungen anzufügen, sodass die betroffene Bewohnerin oder der Bewohner respektive die stellvertretenden Personen im Bild darüber sind, welcher Betrag monatlich effektiv geschuldet ist, denn die Kosten werden von verschiedenen Trägern übernommen.⁵⁶ In Anbetracht der *Höhe der monatlich zu leistenden Beträge* ist dies oft von existentieller Bedeutung. Ist der Bewohner oder die Bewohnerin urteilsunfähig, so wird nach Art. 382 ZGB die stellvertretend handelnde Person die monatliche Rechnung begleichen.

e) Stellvertretung bei Abschluss, Änderung oder Aufhebung des Betreuungsvertrags

aa) Anwendungsbereich

In *erster Linie* amtet diejenige Person als Stellvertreterin oder Stellvertreter, die von der urteilsunfähigen Person zuvor als solche bezeichnet worden ist (Art. 382 Abs. 3 i. V. m. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB): Die Ermächtigung erfolgt am besten durch einen noch zu Zeiten der eigenen Urteilsfähigkeit eigenhändig aufgesetzten oder öffentlich beurkundeten *Vorsorgeauftrag* nach Art. 360 ff. OR. Dabei ist grundsätzlich grosszügig davon auszugehen, dass eine Person, die sowohl zur Personen- als auch zur Vermögenssorge eingesetzt worden ist, auch einen Betreuungsvertrag unterzeichnen darf, denn dieser umfasst ebenfalls Elemente der persönlichen und der finanziellen Leistungspflichten (z. B. Auswahl des Zimmers/Form der Körperpflege sowie Entgelt). Ebenso sind Erklärungen zur Wahl eines Stellvertreters in medizinischen Angelegenheiten, die in einer schriftlichen *Patientenverfügung* festgehalten sind (Art. 370 Abs. 2, 377 Abs. 2 ZGB), «*sinngemäss*» für den künftigen Eintritt respektive den Verbleib in einer Einrichtung zur Pflege zu befolgen. Ferner kann die stellvertretende Person durch eine einfache *Vollmacht*, die über die Handlungsunfähigkeit hinaus gilt (Art. 35 Abs. 1 OR), von der betroffenen Person zum Voraus bestimmt worden sein.⁵⁷ Die von ihr namentlich bestimmten Personen agieren stellvertretend nach Massgabe der ihnen allenfalls auch vorgegebenen Anordnungen der betroffenen Person.

⁵⁶ S. ausführlich BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 24–33.

⁵⁷ Allerdings kommt der auf diese Weise beauftragten Person, die sich z. B. mit einer Generalvollmacht zur Regelung aller Vermögensverhältnisse mit der Lage konfrontiert sieht, eine Pflegeeinrichtung für die betroffene Person zu bestimmen und zu bezahlen, eine Meldepflicht an die Erwachsenenschutzbehörde zu (Art. 397a OR). Das bedeutet aber noch lange nicht, dass die Behörde etwas an der gültigen Stellvertretung ändern muss.

Erst subsidiär, wenn es an einer eigens dafür bestimmten Anordnung hinsichtlich der stellvertretenden Person fehlt, *gelangt die gesetzliche Stellvertretungsreihenfolge zur Anwendung*, die gemäss Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2–7 ZGB wie folgt lautet: 1.) der Beistand, mit Vertretungsrecht in medizinischen Angelegenheiten, 2.) der Ehegatte oder die eingetragene Partnerin, die zusammen mit der betroffenen Person einen gemeinsamen Haushalt führt, in dem sich beide regelmässig gegenseitig unterstützen, 3.) die Person, die den Haushalt mit der betroffenen Person teilt(e), und erst danach 4.) die Nachkommen⁵⁸ sowie 5.) ggf. die Eltern respektive 6.) die Geschwister der betroffenen Person. Fehlt gemäss dieser Kaskadenordnung eine Person, welche die Vertretung übernehmen kann, so entscheidet die Erwachsenenschutzbehörde und trifft die entsprechenden Anordnungen (Art. 382 Abs. 3 i. V. m. Art. 381 Abs. 2 ZGB).

Die *Stellvertreterin* oder der *Stellvertreter* ist nach Art. 382 Abs. 3 i. V. m. Art. 378 ZGB – im Gegensatz zum ggf. eigens dafür eingesetzten Beistand⁵⁹ – *ohne* Genehmigungspflicht der Erwachsenenschutzbehörde ermächtigt, den Betreuungsvertrag zu schliessen (Art. 416 ZGB).

bb) Inhalt der Stellvertretung

Das Erwachsenenschutzrecht ordnet den Inhalt und den Umfang der gesetzlichen Vertretungsmacht (= Ermächtigung)⁶⁰ wie folgt an (Abs. 3): *Abschluss, Änderung und Aufhebung des Betreuungsvertrags*. Fehlt die Vertretungsmacht, treten keine Rechtswirkungen ein. Fehlen weiter gehende besondere Vorschriften zum Umfang der Vertretungsmacht, richtet sich die Stellvertretung zumindest analog nach den *allgemeinen schuldrechtlichen Regeln* (Art. 32 ff. OR gemäss Art. 7 ZGB); so explizit leider nur für die Patientenverfügung nach Art. 375 ZGB.

Der Umfang der Stellvertretung richtet sich gemäss den *allgemeinen schuldrechtlichen Regeln* nach dem Verhältnis zwischen der vertretenen Person (Vollmachtgeber) und ihrem Vertreter (Art. 32 ff. OR). Aus dem Erwachsenenschutzrecht und dem allgemeinen Stellvertretungsrecht ergibt sich, dass die stellvertretende Person *nach dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Bewohnerin respektive des urteilsunfähigen Bewohners zu handeln hat* (s. a. Art. 378 Abs. 3 i. V. m. 382 Abs. 3 ZGB). Alle bereits früher mit der betroffenen Person besprochenen Inhalte, Haltungen und Wertungen hinsichtlich des Lebens und des Aufenthaltes in der Wohn- und Pflegeeinrichtung, die zu einem Zeitpunkt festgehalten wurden, *als diese (noch)*

58 Die Einrichtung darf bei mehreren Nachkommen (andere Hinweise vorbehalten) davon ausgehen, dass diese im gegenseitigen Einverständnis handeln.

59 Freilich fällt in der Praxis auch eine direkte Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde in Betracht (Art. 392 ZGB).

60 BernerKomm/ZÄCH/KÜNZLER, Vor Art. 32–40 OR, N 33 ff.; auf die terminologische Unterscheidung zwischen Vertretungsbefugnis und -macht wird hier verzichtet.

urteilsfähig war, sind zu befolgen. Im Idealfall hat also die betroffene urteilsunfähige Person schon vorzeitig, das heisst, als sie noch handlungsfähig war, an einen möglichen Aufenthalt in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung gedacht und entsprechende inhaltliche Anordnungen getroffen, sodass diese dem Vorsorgeauftrag, der Patientenverfügung oder der Vollmacht respektive dem Betreuungsvertrag direkt zu entnehmen sind (dazu unter *Ziff. V*). Ferner sind die bisher faktisch gelebten Lebensweisen und Wertungen der betroffenen Person zu berücksichtigen.⁶¹

Der *Umfang* der Vertretungsmacht ist aufgrund der Formulierung von Art. 382 ZGB⁶² nicht ganz einfach zu bestimmen. Es stellen sich v. a. zwei Fragen: Umfasst die Stellvertretungsbefugnis zum Abschluss eines Betreuungsvertrags notwendigerweise auch den vorgelagerten Entscheid zur Auswahl der Einrichtung und/oder der Einwilligung in den Heimeintritt? Und wie genau verlaufen die Grenzen zwischen einem Stellvertreterentscheid und den *Voraussetzungen der Fürsorgerischen Fürsorgerunterbringung (FU) in einer geeigneten Einrichtung nach Art. 426 ff. ZGB*? Müsstent bei einer Person im höherem Alter, die beispielsweise dement ist und damit an einer psychischen Störung⁶³ leidet, in Fragen der Behandlung nicht regelmässig die Bestimmungen einer FU zur Anwendung gelangen (Art. 380 ZGB)?

cc) Grenzen der gesetzlichen Stellvertretung – ein Exkurs

1.) Wie bei allen Verträgen, welche (teils) die eigene Personensorge und das Privat- und Intimleben einer Vertragspartei – also höchstpersönliche Rechte – zum Vertragsinhalt haben (z. B. der medizinische Behandlungsvertrag oder der Dienstleistungsvertrag mit der Masseurin), lassen sich auch im Betreuungsvertrag die vertragsrechtlichen Willenserklärungen und (auf Seiten der betroffenen Person) die rechtfertigende Einwilligung in die Persönlichkeitsverletzung unterscheiden: Die zukünftige Bewohnerin im höheren Alter kann hinsichtlich der *Willenserklärung zum Vertragsabschluss urteilsunfähig sein und zugleich hinsichtlich des Wohnsitzwechsels und/oder der rechtfertigenden Einwilligung in die Persönlichkeitsverletzung*, in den Freiheitsentzug durch den fremdbestimmten Heimeintritt, jedoch noch urteilsfähig sein (Art. 19c ZGB).⁶⁴ Beide Rechtshandlungen können auch *uno actu* erfolgen, müssen es aber nicht. *Ein einfaches Beispiel*: Ist die zukünftige Bewohnerin stark

61 KuKo/Mösch Payot, Art. 382 ZGB, N 7.

62 Gegebenenfalls nach dem Verhältnis zwischen dem Vertretenen (als Vollmachtgeber) und dem Vertreter.

63 Botschaft 2006 7001, 7043; FamKomm/GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 35.

64 TRITTEN/LEUBA, ZVW 2003, 284, 287 f.; KuKo/Mösch Payot, Art. 382 ZGB, N 7; BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 47; FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 16 ff., 18; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 18), Rz. 1030a; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015, § 51 Rz. 50.

sehbehindert, so ist von allem Anfang an klar, dass die gesetzliche Stellvertreterin den Betreuungsvertrag in deren Namen mit der Einrichtung besprechen und schliesslich auch unterzeichnen muss (Art. 382 ZGB). Gleichwohl kann die stark sehbehinderte Person durchaus noch urteilsfähig sein und folglich selbst darüber entscheiden, ob sie ihren Wohnsitz tatsächlich verlegen und in die fragliche Wohn- und Pflegeeinrichtung eintreten möchte.⁶⁵ Besteht demnach seitens der künftigen Bewohnerin noch eine Urteilsfähigkeit hinsichtlich des Eintritts in die Wohn- und Pflegeeinrichtung, und ist sie mit diesem Schritt einverstanden, so erweist sich ein Stellvertreterentscheid nach Art. 382 ZGB als unproblematisch.

Selbstverständlich sind auch weitaus komplexere Fallkonstellationen denkbar, in denen die betroffene Person hinsichtlich einzelner spezifischer Vertragsinhalte (z. B. der Unterkunft im Einzelzimmer oder der vegetarischen Verpflegung) noch als urteilsfähig anzusehen ist, bezüglich anderer Vertragspunkte (z. B. zur finanziellen Regelung) jedoch nicht mehr. Insofern birgt der Abschluss eines Betreuungsvertrags gewisse Gefahren in sich, gerade wenn es sich dabei um einen Mustervertrag handelt (*mehr dazu später unter den Ziff. IV, V*).

Führt man sich etwa die folgende Kommentierung aus dem Jahre 2010 zu Art. 382 ZGB vor Augen, so entsteht der Eindruck, dass der «Gesetzgeber» letztlich vor allem an eine einfache Fallkonstellation gedacht hatte:⁶⁶ *«Die Vertretungsregelung kommt insbesondere zum Tragen, wenn der Betroffene für einen freiwilligen Eintritt in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung noch als urteilsfähig angesehen werden kann.»* Die Botschaft aus dem Jahre 2006 äusserte sich nicht explizit zu diesem Punkt. Dem Bericht zum VE 2003 ist allerdings zu entnehmen, dass eine solche Fallkonstellationen bloss einen von weiteren möglichen Anwendungsfällen darstellte.⁶⁷

2.) Ist die zukünftige Bewohnerin aber auch hinsichtlich der Erteilung einer rechtfertigenden Einwilligung zum Eintritt⁶⁸ als urteilsunfähig anzusehen, so fragt

65 Ein weiteres Beispiel liegt etwa dann vor, wenn der Vertragsschluss inhaltlich eine Überforderung darstellt: BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 49.

66 SCHMID (Fn. 42), Art. 382 ZGB, N 9: *«Die Vertretungsregelung kommt insbesondere zum Tragen, wenn der Betroffene für einen freiwilligen Eintritt in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung noch als urteilsfähig angesehen werden kann.»*

67 Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts «Erwachsenenschutz», Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuchs vom Juni 2003 (zit. VE 2003), 74 f.; Die Art. 437 ff. E-ZGB zum Betreuungsvertrag waren auf Anraten von Prof. Leuba in den Expertenbericht aufgenommen worden (Botschaft 2006, 7009); entsprechend vgl. TRITTEN/LEUBA, ZVW 2003, 284 ff.; FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 19.

68 Ob diesbezüglich von einem Freiheitsentzug oder einer Bewegungseinschränkung auszugehen ist, spielt für die Widerrechtlichkeit der Persönlichkeitsverletzung zunächst einmal keine Rolle. In der Botschaft und den Kommentierungen wird jeweils übergangslos auf den Unterschied zur Bewegungseinschränkung innerhalb der Einrichtung übergegangen, für welche m.E. zu Recht nach Art. 383–385 ZGB besondere Regelungen gelten: FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 19.

sich, ob in diesem Punkt gestützt auf Art. 382 ZGB ebenfalls ein Stellvertreterentscheid möglich ist. Grundsätzlich ist dies zu bejahen, da eine Unterbringung in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung wie auch in einem Spital *keine absolut höchstpersönlichen, das heisst vertretungsfeindlichen Rechte* darstellen (Art. 19c Abs. 2 ZGB). Zu prüfen ist jedoch, ob Art. 382 ZGB als Rechtsgrundlage dafür standhält:

Im *Gesetzeswortlaut* von Art. 382 ZGB ist nicht *expressis verbis* von einer Ausdehnung der Vertretungsmacht auf die rechtfertigende Einwilligung die Rede,⁶⁹ sondern bloss vom Abschluss, der Änderung und der Auflösung des Vertrags. Zudem soll ja das Formerfordernis nach Art 382 ZGB auch *nur Beweis- und keine Errichtungsfunktion haben* (bereits Ziff. II/1/c), was tendenziell gegen eine solche rechtsbegründende Regelung spricht.

Auch die Intention des Gesetzgebers, zum Schutz der urteilsunfähigen Person (wie auch für die Aufsichtsbehörden) *die Transparenz über die vereinbarten Leistungsinhalte des Betreuungsvertrags zu gewährleisten*,⁷⁰ deutet noch nicht auf eine entsprechende Ausdehnung der Vertretungsbefugnis hin. Allerdings spricht die *ratio legis*, die *Familiensolidarität zu fördern und einen Beitrag zum Subsidiaritätsprinzip zu leisten*, für ein umfassenderes Verständnis der Vertretungsmacht, für die *rechtfertigende Einwilligung zum Eintritt/Wechsel in eine Einrichtung*, denn es sollte nicht in jedem Fall eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten sein, da dies die Behörden allzu sehr belasten würde.⁷¹ Hätte man aber tatsächlich die vorgenannte Fallkonstellation im Sinne gehabt (s. Ziff. 1), so relativierte sich der Umfang der Vertretungsmacht wieder. Mit anderen Worten: Es ist nicht ganz auszuschliessen, dass mit Art. 382 ZGB lediglich eine neue Rechtsgrundlage dafür geschaffen werden sollte, dass Angehörige in der vorgenannten Fallkonstellation nicht mehr ohne Rechtsgrundlage Verträge mit Einrichtungen unterzeichnen sollten – und mehr nicht.

Für ein Vertretungsverständnis, das den zugrunde liegenden Einwilligungentscheid mit einschliesst, entspricht grundsätzlich die intendierte *Parallelität zur Regelung der gesetzlichen Vertretung in medizinischen Angelegenheiten* bei Urteilsunfähigkeit des Patienten oder der Patientin. In medizinischen Angelegenheiten sind die stellvertretenden Personen befugt, sowohl die stellvertretende Einwilligung in einen medizinischen Eingriff zu geben als auch den Behandlungsvertrag stellvertretend zu unterzeichnen (Art. 378 ZGB, vgl. jedoch auch die Schranke nach Art. 380 ZGB).⁷² – Allerdings ist zu beachten, dass auch der Abschluss eines medizinischen

69 FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 19.

70 Die Transparenz steht beim Betreuungsvertrag nach der Botschaft 2006, 7038 im Vordergrund, zur Familiensolidarität muss man zu den allgemeinen Ausführungen «vorblättern» s. Botschaft, 7015; vgl. ZürcherKomm/BOENTE, Art. 382 ZGB, N 1 ff., der unter dem Titel «Zweck der Vorschrift» gar nur über den Transparenzzweck schreibt.

71 Botschaft 2006, 7015.

72 BaslerKomm/EICHENBERGER/KOHLER, Art. 377 ZGB, N 13; FamKomm/GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 16 f.

Behandlungsvertrags nicht *telquel* den *Informed Consent* für sämtliche vorgenommenen medizinischen Eingriffe darstellt; vielmehr ist die stellvertretende Person grundsätzlich über jeden einzelnen körperlichen Eingriff separat aufzuklären und muss jeweils einzeln in diesen einwilligen. Die Vertretungsregelung für medizinische Angelegenheiten ist auch deshalb anders konzipiert, weil sie nicht bloss eingeschränkt an die Kompetenz zum (Behandlungs-)Vertragsschluss anknüpft, sondern an die medizinischen Angelegenheiten als Ganzes. Ferner unterscheidet sich die Vertretungskompetenz zwischen den beiden Bereichen praktisch auch insoweit, als bei medizinischen Angelegenheiten oft eine viel höhere Dringlichkeit und damit auch eine andere Ausgangssituation beim Eintritt in die Einrichtung und bei Vertragsschluss besteht. Zudem besteht das Vertretungsrecht nach Art. 382 ZGB *regelmässig auf längere Dauer*, das dürfte meist auch ein Unterschied zu demjenigen für medizinische Angelegenheiten sein. Dies zumal auch im Vergleich zur Person des Vorsorgebeauftragten (der auch auf Dauer eingesetzt wird) und wo die Behörde kontrolliert, ob nicht beispielsweise ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen Stellvertreter und Einrichtung besteht.⁷³ – Da der Gesetzgeber mit Art. 382 ZGB *nur die sinngemässe Anwendung der Vertretungsregelung in medizinischen Angelegenheiten vorsieht*, besteht genug rechtlicher Spielraum, um die Stellvertretungskompetenz in medizinischen Angelegenheiten und in vertragsbezogenen wohn- und betreuungsrechtlichen Angelegenheiten unterschiedlich anzuwenden.

Für eine gesetzliche Vertretungsmacht, die auch den Eintritt in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung umfasst, mag sodann die gesetzliche Vertretungskompetenz zwischen Ehegatten und eingetragenen Partnern (Art. 374 ZGB) sprechen, die einen stellvertretend entschiedenen Eintritt in eine Einrichtung weder in sachlicher⁷⁴ noch notwendigerweise in personeller⁷⁵ Hinsicht umfasst, weshalb in diesem Punkt Abhilfe nötig war. Umgekehrt kann jedoch gerade auch die sachlich eingeschränkte Vertretungsmacht in der Ehe und in eingetragenen Partnerschaften nach Art. 374 Abs. 3 ZGB als Hinweis dafür gedeutet werden, wie eng die Stellvertretungskompetenzen generell aufgefasst werden (sollen).⁷⁶

3.) Unumstritten ist, dass *gegen einen bekundeten Willen und Widerstand* einer hilfsbedürftigen Person im Alter *kein Stellvertreterentscheid mittels schriftlichem Betreuungsvertrag* nach Art. 382 Abs. 3 i. V. m. Art. 378 ZGB zu einem Eintritt in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung mehr möglich ist. Nach Meinung des Gesetzgebers⁷⁷

73 Vgl. etwa die Bewohnervertretung nach österreichischem Recht: § 8 Heimauftragsgesetz; ZürcherKomm/BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 374–387 ZGB, N 141 ff.

74 FamKomm/BÜCHLER/HÄFELI/LEUBA/STETTLER, Art. 374 ZGB, N 39, 51.

75 Botschaft 2006, 7038; FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 17.

76 Zum Beispiel kann ein Ehegatte oder Partner den bisherigen Mietvertrag nicht alleine kündigen, sondern braucht die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde: BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht, Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014, 157.

77 Botschaft 2006, 7039.

und der Lehre⁷⁸ sind in diesen Fällen vielmehr die *Voraussetzungen für eine Fürsorgerischen Unterbringung* nach Art. 426 Abs. 1 ZGB zu prüfen.⁷⁹ – Die Bestimmungen zur FU unterscheiden nicht danach, ob die Person hinsichtlich ihres Eintritts oder Aufenthaltes in der Einrichtung urteilsfähig ist oder nicht; massgeblich ist, ob die betroffene Person Widerstand leistet und sich weigert, die rechtfertigende Einwilligung zu erteilen.

Muss in einem FU-Verfahren über einen Eintritt oder einen Wechsel bezüglich einer Wohn- und Pflegeeinrichtung entschieden werden, ist es theoretisch aber immer möglich, dass der gesetzliche Stellvertreter nach Art. 382 ZGB den Betreuungsvertrag unterzeichnet.

4.) Aus den vorangegangenen Überlegungen (Ziff. 2 und 3) lässt sich für den Fall, dass die betroffene urteilsunfähige Person hinsichtlich der Frage des Eintritts oder der Verlegung in eine andere Wohn- und Pflegeeinrichtung *keine Willensbekundung tätigt, die als Widerstand gedeutet werden müsste*, nicht ausschliessen, dass die Gesetzesgrundlage zur Vertretungsmacht (Art. 382 ZGB) wie ausgeführt (Ziff. 2) gewisse Rechtsunsicherheiten mit sich bringt und deshalb unbefriedigend ist.

Aufgrund der *teleologisch-systematischen Auslegung von Art. 382 ZGB* (Familiensolidarität, Subsidiaritätsprinzip, Verweis auf sinngemässe Anwendung der Vertretungsregelung in medizinischen Angelegenheiten) *kann und soll eine stellvertretende vertragliche Unterbringung in ein Wohn- und Pflegeheim grundsätzlich möglich sein*.⁸⁰ Demnach kann beispielsweise eine Tochter (die nicht per Vollmacht, Patientenverfügung oder Vorsorgeauftrag bereits eindeutig dazu ermächtigt ist) gestützt auf diese Gesetzesbestimmung ihre sehbehinderte und hinsichtlich des Eintritts urteilsunfähige Mutter in einer entsprechenden Spezialeinrichtung unterbringen und den Betreuungsvertrag für die Mutter unterzeichnen.

78 FamKomm/GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 16 f.; BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 ZGB, N 5 f., 54; KuKo/ROSCH, Art. 426 ZGB, N 11; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (Fn. 62), § 51, Rz. 50; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 18), Rz. 1026, 1030; wie dieser Widerstand genau aussehen muss, bleibt naturgemäss unklar: MICHEL, FamPra.ch 2015, 797, 817; zu den Vss. der FU: ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Fn. 19), Rz. 1465 ff.; BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 ZGB, N 6, 54; OFK/FASSBIND, Art. 426 ZGB, N 4. Nichts anderes kann gelten, wenn eine Verlegung der Bewohnerin oder des Bewohners in eine andere Einrichtung (z. B. Spezialeinrichtung für Demenzkranke) gegen deren Willen zur Diskussion steht; und zwar auch dann, wenn die Einrichtung eine Verlegung aus praktischen Gründen (z. B. mangelnde Sicherheitsvorkehrungen) vornehmen will.

79 Botschaft 2006, 7063; BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 ZGB, N 5 f., 54.

80 FamKomm/LEUBA/VAERINI, Einführung zu Art. 382–387 ZGB, N 11 (was aber nicht erstaunt vgl. Fn. 67); STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 18), Rz. 1030a; vorsichtiger formuliert: «wohl möglich» BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 48; FamKomm/GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 14 ff., 15; nach BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 ZGB N 1, 36 f.

Allerdings bleibt einschränkend festzuhalten, dass diese Vertretungsmacht nach Art. 382 ZGB bei Anzeichen von Widerstand der betroffenen Person nach Art. 426 ff. ZGB beschränkt ist, was nach der hier vertretenen Ansicht auch hätte formuliert werden müssen. Das allein würde nämlich schon zur Sensibilisierung des Erkennens von entsprechenden Willensbekundungen seitens der Einrichtung beitragen. Die Anzeichen von Widerstand sind dabei grundsätzlich weit aufzufassen: Meinungswandel, Weglaufen nach Eintritt, Anzeichen von Apathie, Ess- oder Gesprächsverweigerungen, neue Schlafstörungen usw.

Ferner ergibt sich aus den allgemeinen Stellvertretungsregeln (Art. 32 ff. OR) einschränkend, dass es bei einer Interessenkollision zwischen der stellvertretenden Person und der betroffenen vertretenen Person im Alter – das heisst auch ohne ersichtlichen Widerstand der künftigen Bewohnerin – zur Auflösung der Vertretung kommen muss (vgl. ausdrücklich nach Art. 375 i. V. m. 398 ZGB). Zu denken ist hier beispielsweise an eine Fallkonstellation, in der die im entfernten Ausland lebende Tochter ihre sehbehinderte und urteilsunfähige Mutter vor der Abreise «noch» so rasch wie möglich sicher untergebracht wissen möchte und daher für ihre Mutter entscheidet, obschon die Beteiligten wissen, dass sich diese in der Vergangenheit hinsichtlich eines Eintritts in eine Spezialeinrichtung unschlüssig gezeigt hatte.

5.) Es bleibt noch die Frage zu beantworten, ob es rechtlich hinsichtlich der Vertretungsmacht nach Art. 382 ZGB einen Unterschied ausmacht, in was für eine Art von Wohn- und Pflegeeinrichtung die sehbehinderte und hinsichtlich des Eintritts urteilsunfähige Mutter von der Tochter gebracht wird.

Nach einer etwas strengeren Lehrmeinung wird für die Wirksamkeit eines Stellvertreterentscheids nach Art. 382 ZGB neben dem fehlenden bekundeten Widerstand der betroffenen Person zusätzlich noch vorausgesetzt, dass diese in der betreffenden Einrichtung weder durch architektonische oder andere (auch organisatorisch-personelle) Schranken in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird.⁸¹ Ein Grund für eine rechtliche Differenzierung kann darin gesehen werden, dass mit dem Eintritt in eine «geschlossene» Wohn- und Pflegeeinrichtung die betroffene urteilsunfähige künftige Bewohnerin diese Einrichtung regelmässig auch nicht mehr selbstbestimmt verlassen kann, womit die fremdbestimmte Freiheitsentziehung mit dem Eintritt einen dauerhaften Charakter annimmt. – Ohne entsprechende frühere Willensbekundungen der betroffenen Person (in einem Vorsorgeauftrag, einer Patientenverfügung, einer Vollmacht oder einem Betreuungsvertrag zum Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit) sollte nach der hier vertretenen Ansicht im Fall von stellvertretend organisierten Eintritten in geschlossenen Wohn- und Pflegeeinrichtungen deshalb grundsätzlich eine Kontrolle diskutiert werden (z. B. eine Genehmigungspflicht des

81 FamKomm/GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 16; BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 ZGB, N 36 f.; BERNHART, Handbuch der Fürsorgerischen Unterbringung, Basel 2011, 167.

Vertrags durch die Behörde, eine FU oder eine Beistandschaft respektive eine Massnahme nach Art. 392 ZGB oder eine Registerpflicht und eine Vorlagepflicht für ein ärztliches Gutachten^{82).}

Einer solchen strengeren Betrachtungsweise entspricht nach der hier vertretenen Auffassung, dass es nicht ohne Weiteres gerechtfertigt ist, einer betroffenen urteilsunfähigen Person *innerhalb der Einrichtung bewegungseinschränkende Massnahmen aufzuerlegen*. Diese sind im Vergleich zu Art. 382 ZGB ausführlicher geregelt und explizit an Voraussetzungen und Verfahrensregeln geknüpft (Art. 383 ff. ZGB). Es fragt sich, ob das gerechtfertigt ist. Denn was wiegt rechtlich schwerer: eine einmalige umfassende Freiheitsentziehung beim Eintritt oder einzelne kleinere Bewegungseinschränkungen? Wenn also bereits bei den im Einzelnen weniger weit gehenden Bewegungseinschränkungen von Bewohnerinnen und Bewohnern innerhalb der Einrichtung niemand auf die Idee gekommen ist, zu verlangen, dass ein *expliziter Widerstand der betroffenen urteilsunfähigen Person* (z.B. gegen Bettgitter oder elektronische Schranken an Lift und Haustüren) für die Anwendbarkeit der Schutzvorschriften (besondere Verfahren) vorhanden sein müsse, kann Entsprechendes *bei einer viel weiter gehenden Freiheitsentziehung (Eintritt, Wechsel der Einrichtung in eine «geschlossene» Einrichtung) auch nicht gelten*. – Letztlich müssten freilich die Eintrittssituation rechtstatsächlich untersucht werden.

6.) Mit den Schranken der *gesetzlichen* Stellvertretung auf Dauer steht in allgemeinem Zusammenhang die Pflicht, die Mitwirkungsrechte der urteilsunfähigen Bewohner und Bewohnerinnen tatsächlich immer wieder ernst zu nehmen (Ziff. 1/d/bb). Eine gesetzliche Stellvertretung muss aus Sicht der betroffenen Menschen im Alter eng ausfallen.⁸³ – Entsprechend ist die österreichische Regelung zur Vertretungsbefugnis nächster Angehöriger nach § 284b ABGB eng ausgefallen.⁸⁴ Ferner kennen etwa Deutschland und Frankreich gar keine entsprechenden gesetz-

82 Z.B. Eine Vorlagepflicht für ein ärztliches Gutachten nach § 284b ABGB und eine Registerpflicht für entsprechende Vertretungsbefugnisse von Angehörigen kennt z.B. das österreichische Recht: § 284e Abs. 2 ABGB.

83 Zur Diskussion der fehlenden Vereinbarkeit gegen Art. 12 UN-BRK ZürcherKomm/BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB, N 134 ff., 154, Vorbemerkungen zu Art. 374–387, N 56 ff., 59: Es besteht nach BOENTE gemäss Art. 12 Abs. 3 UN-BRK mind. eine Unterstützungspflicht behinderter Menschen in ihrer Selbst- und Mitbestimmung (wörtlich ihrer «Rechts- und Handlungsfähigkeit») gegenüber. Diese Bedenken decken sich grundsätzlich mit dem hier Ausgeführten, würden aber unter der Vss., dass die Mitwirkungsrechte, die tatsächlichen Widerstandsakte und die Interessenkollisionen (als Aufgabe des Fürsorgeprinzips verstanden) regelmässig ernst genommen werden und für den Eintritt in «geschlossene» Einrichtungen eine Kontrolle besteht, eine gesetzliche Stellvertretung noch nicht für sich genommen als diskriminatorischen Akt verstehen wollen, denn das Ganze basiert doch auf dem *Erwachsenenschutzgedanken (oder dem Fürsorgeprinzip)*.

84 RUMMEL/LUKAS, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Wien 2015, § 284b ABGB, N 1 m.w.N. auf die Erläuterungen des Gesetzgebers.

lichen Stellvertretungsrechte.⁸⁵ Und selbst das Stellvertretungsrecht unter Ehegatten ist in der Schweiz wie ausgeführt eingeschränkt (Art. 374 ZGB).

Im Resultat ergibt sich aus diesem Exkurs zusammenfassend das Folgende: Solche tief in die Persönlichkeit eingreifende Stellvertreterentscheide, wie eine urteilsunfähige Person im Alter in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung unterzubringen, sind regelmässig von der betroffenen Person selber mittels Vorsorgeauftrag, evtl. Patientenverfügung oder Vollmacht vorab zu ermächtigen und danach gestützt auf diese besonderen Schriftstücke zu treffen (vgl. zu einem Formulierungsvorschlag Ziff. V/3/e). Eine gesetzliche Stellvertretung kann in dem Sinne immer nur eine «Notlösung» sein.

Die gesetzliche Stellvertretung ist im Resultat eng zu verstehen: Art. 382 ZGB ist in erster Linie als Vertragsnorm formuliert und konzipiert, die für Transparenz und Kulanz im Rechtsverkehr mit Wohn- und Pflegeeinrichtungen sorgen soll. Die Norm unterscheidet sich wesentlich von der Vertretung in medizinischen Angelegenheiten. Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips und letztlich aufgrund des Schutzgedankens kann Art. 382 ZGB als *gesetzliche Kompetenznorm für einen vertragsrechtlichen Stellvertreterentscheid* zur Unterbringung (oder Verlegung) einer *urteilsunfähigen Person* in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung ausgelegt werden, sofern die betreffende Einrichtung die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person nicht von allem Anfang an architektonisch einschränkt (z. B. auf ein Zimmer) und *keine Anzeichen von Widerstand der betroffenen Person oder von Interessenkollisionen zwischen der stellvertretenden und der betroffenen Person* ersichtlich sind.

Liegen Anzeichen von *Widerstand* seitens der betroffenen Person vor, kommt ein Verfahren nach FU zur Anwendung (Art. 426 ZGB).

Im Zweifel ist also jede Einrichtung gut beraten, einen Arzt oder eine Ärztin beizuziehen oder die KESB zu benachrichtigen, die befugt ist, von der Genehmigung des Vertrags über die FU bis hin zu einer Vertretungsbeistandschaft Anordnungen zu treffen, dies auch dann, wenn die betroffene Person keinen ersichtlichen Widerstand leistet.

Nur eine enge und differenzierte Lösung vermag der Tragweite des Entscheides, auf Dauer in eine Einrichtung einzutreten, gerecht werden. Eine generelle Kontrolle würde die Behörden überfordern.

Nahestehende Personen, medizinische Fachpersonen oder Dritte können aber bei *nicht fürsorgeorientierten (das heisst missbräuchlichen) Ausübung* der Stellvertretungsrechte oder bei einer Interessenkollision der vertretungsberechtigten Person und der Einrichtung jederzeit die KESB anrufen (Art. 381 Abs. 3, 443 ZGB).

⁸⁵ Rechtsvergl. Übersicht bei ZürcherKomm/BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 374–387 ZGB, N 80 ff.

2. Miet-, kauf-, werk- und auftragsrechtliche Grundlagen des Betreuungsvertrags

a) Der Betreuungsvertrag – ein Nominat- oder ein Innominatvertrag?

Betreuungsverträge sind nichts Neues. Es gab diese schon vor dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzrechts, und zwar unter diversen Begriffen und in unterschiedlicher rechtlicher Ausgestaltung. Da mit Art. 382 ZGB (wie gezeigt wurde) keine umfassende inhaltliche Regelung des Vertragsverhältnisses besteht und eine solche auch nicht vorgesehen war, wird der individuelle «Betreuungsvertrag» mit seinen vielseitigen Leistungsinhalten weiterhin als ein *Innominatvertrag* zu qualifizieren sein,⁸⁶ der viel Raum für eigenständige Gestaltung lässt.⁸⁷

Es wird in der Lehre jedoch teils auch die Meinung vertreten, dass der Betreuungsvertrag als Nominatvertrag zu qualifizieren sei.⁸⁸ Wörtlich genommen mag dies mit der Festschreibung von Art. 382 ZGB zutreffen, die Bestimmung und die Marginale lauten auf «Betreuungsvertrag». Auch mögen umfassende kantonale Regelungen, wie etwa diejenige des «*contrat-type de l'hébergement*» im Recht des Kantons Neuenburg (vgl. nachfolgend Ziff. 3b), für eine solche Auffassung sprechen. Tatsache bleibt jedoch, dass der *Bundesgesetzgeber bewusst verzichtet auf Regeln, die weiterführen als diejenigen in Art. 382 ZGB*,⁸⁹ und damit bewusst in Kauf genommen hat, dass wesentliche Vertragsregelungen wie die Leistungsstörungen- und die Vertragsauflösungsbestimmungen fehlen. Das spricht im Vergleich zu den bekannten Nominatverträgen des Privatrechts gegen eine Qualifikation als Nominatvertrag des Bundesprivatrechts:

Die Unterscheidung zwischen Nominat- und Innominatvertrag sollte allerdings nicht überbewertet werden, denn es bleibt dabei, dass weder das geltende Zivilgesetzbuch noch das Obligationenrecht Regelungen zu den wesentlichen Vertragsinhalten des Betreuungsvertrags – wie Unterkunft, Verpflegung, Betreuung und Pflege sowie Entschädigung noch zu den typisiert spezifischen Bestimmungen der Leistungsstörungen, der Vertragsänderung oder der Vertragsauflösung – umfasst. Es kommen also primär die von den Parteien gewählten Vertragsregelungen zur Anwendung (Art. 18 OR). Erst wenn die tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie gemäss den gesamten Umständen verstanden wer-

86 FamKomm/LEUBA/VAERINI, Art. 382 ZGB, N 16 m.w.H.; BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 43 ff.

87 BaslerKomm/AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 13 ff., 34 ff.: Je nach den Umständen kann es sich auch um einen gemischten Vertragstypus handeln, auf den je nach dem die Bestimmungen des einen oder anderen Vertragstypus zur Anwendung kommen: BGE 131 III 528, BGE 118 II 157, 162, BGE 109 II 462, E. 3d.

88 MÜLLER (Fn. 14), 249, 263 ff., 266 f.

89 Botschaft 2006, 7014.

den durften.⁹⁰ Wenn keine Vertragsbestimmung zur Regelung eines konkreten Streites führt, greift die *Vertragsergänzung*. Dabei kommen – mangels anderer Rechtsgrundlagen – die je passenden dispositiven obligationenrechtlichen Bestimmungen aus dem Miet-, Auftrags-, Werkvertrags- oder Kaufrecht *lückenfüllend* zur Anwendung⁹¹ – nicht anders als bei einer Qualifikation als Innominatvertrag.

Da die Qualifikation eines Vertrags stets Rechtsfrage bleibt, muss das Gericht unabhängig von der Vertragsbezeichnung (Mustervertrag⁹²) *prüfen, ob allenfalls eine zwingende vertragsrechtliche Bestimmung* (z. B. zur Auflösung des *Betreuungsvertrags*) zur Anwendung gelangen müsste. Eine Qualifikation als Nominatvertrag (Art. 382 ZGB) könnte nach der hier vertretenen Ansicht u. U. aber formaljuristisch dazu führen, dass sämtliche zwingenden Vertragsvorschriften (des Miet- oder des Auftragsrechtes) – ungleich dem Prüfungsverfahren bei einem Innominatvertrag – telquel umgangen würden, auch wenn die Notwendigkeit einer Vertragsergänzung grundsätzlich bestehen bleibe. Eine solche Annahme widerspräche jedoch den Schutzziele des Erwachsenenschutzrechts (und von Art. 382 ZGB).

Daraus ergibt sich, dass der Betreuungsvertrag trotz der Regelung und Marginalie von Art. 382 ZGB weiterhin als *Innominatvertrag sui generis* mit miet-, kauf-, werkvertrags- und auftragsrechtlichen Elementen zu betrachten ist.⁹³

b) Miet-, kauf-, werk- und auftragsrechtliche Elemente nach Obligationenrecht

Für die Entstehung des Betreuungsvertrags (Art. 1 ff. OR), die Bestimmung der konkreten Leistungsinhalte und die korrespondierenden Leistungsstörungenregeln sowie für die Lösung von Streitigkeiten im Allgemeinen kommen also nach dem bereits Ausgeführten (neben Art. 382 ZGB, dies erst *ab Urteilsunfähigkeit*) grundsätzlich die Bestimmungen des Obligationenrechts zur Anwendung – nicht anders als vor dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts. Die inhaltlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten des Betreuungsvertrags sind vielfältig. Unabhängig von der Art und Organisation der Einrichtung und des konkreten Vertragsverhältnisses wird es sich aber oft um folgende Vertragsinhalte handeln, die auf verschiedenen vertragsrechtlichen Grundlagen beruhen, denen je eine unterschiedliche Gewichtung zukommt:

1.) *Das Wohnen respektive das Überlassen von Wohnraum zur Benützung*, seien es ein oder mehrere Zimmer oder das Überlassen einer Wohnung (mit Kochgelegen-

90 BGE 135 III 410, 413, E. 3.2, 132 III 268, E. 2.3.2, 131 III 606, 611, E. 4.1.

91 BaslerKomm/AMSTUTZ/MORIN/SCHLUEP, Einl. vor Art. 184 ff. OR, N 6 f., 14; BGE 128 III 248.

92 Auch eine Regelung wie diejenige nach dem Mustervertrag der Curaviva, die u. a. explizit besagt, es handle sich *nicht um einen Mietvertrag und die Kündigungsfristen des Mietrechts kämen nicht zur Anwendung*, können an dieser vom Richter zu beurteilenden Rechtsfrage nichts ändern.

93 So etwa auch ohne Weiteres jüngst BREITSCHMID, (Mieter-)Schutz von Alters- und Pflegeheimbewohnerinnen, Pflegerecht 2016, 24 ff.; BÜCHLER/MICHEL (Fn. 72), 156 ff.; zum alten Recht BGER, 13.11.2012, 4A_113/2012, E. 2.

heit, WC und Bad), die oft mit eigenem Mobiliar eingerichtet wird. Hinzu kommt die Benützung der *gemeinschaftlichen Wohneinrichtungen* (z.B. *Essraum, Cafeteria, Werk-, Fitness- und Aufenthaltsräume, religiöse Stätten, Eingangshallen, Treppenhäuser, Lift inkl. Aussenräume wie Garten*). Bei diesen Inhalten werden regelmässig die mietvertragsrechtlichen Grundlagen im Vordergrund stehen.

2.) *Die Verpflegung mit Nahrung*, die soweit sie auf die individuellen Bedürfnisse der Bewohnerin oder des Bewohners abgestimmt wird, kann werkvertragliche Elemente aufweisen, z.B. eine Vereinbarung bezüglich Diät- oder Schonkost.⁹⁴ Handelt es sich aber um einheitliche Menüs im Massenangebot oder etwa um Esswaren in Selbstbedienungsangeboten (Cafeteria), steht in der Regel das kaufvertragsrechtliche Element im Vordergrund.⁹⁵

3.) *Das Abgeben von verschiedenen Produkten* an die Bewohnerinnen oder Bewohner, etwa von Getränken oder kleinen Ess- und anderen Kioskwaren oder von im Alltag notwendigen Wasch-, Kosmetik- und Pflegeartikeln weist kaufrechtliche Elemente auf.

4.) *Das Betreuen* reicht vom Bedienen bei der Verpflegung über diverse einzelne Leistungen im Kosmetik-, Fitness- oder Unterhaltungsbereich bis hin zur Sorge um die Sicherheit der betroffenen Personen in der Einrichtung. Dabei handelt es sich regelmässig um auftragsrechtliche Leistungen. Nicht ausgeschlossen ist, dass einzelne dieser Dienstleistungen wie das Besorgen der Wäsche oder das Bügeln werkvertragliche Elemente aufweisen.

5.) *Die körperliche Pflege* der Bewohner und Bewohnerinnen in der Einrichtung zählt zu den klassischen auftragsrechtlichen Dienstleistungen.

Das bedeutet, es handelt sich bei einem Betreuungsvertrag regelmässig um einen Vertrag, auf den *auch die miet-, kauf-, werk- und auftragsrechtlichen Regeln* anzuwenden sind.⁹⁶ Je nach den konkreten Umständen und den vereinbarten und erbrachten Leistungen wird die Qualifikation des Vertragsverhältnisses im Einzelnen an-

94 Das Bundesgericht (wie die Vorinstanz, ZH Obergericht) kam in einem Entscheid aus dem Jahre 2012 bezüglich einer Pensionspreiserhöhung zum Schluss, dass nach der Kombinationstheorie zu entscheiden und demnach das Auftragsrecht anwendbar sei, sodass kein Raum für eine Mieterschutzbestimmung bliebe: Die Kündigung musste nicht auf amtlichem Formular nach Art. 269d OR ausgesprochen werden (BGer, 13. 11. 2012, 4A_113/2012, E. 2.4) Vor dem OGer ZH war im Detail zudem strittig, welche Rechtsregeln für die Zubereitung von Schon- und Diätkost zur Anwendung kommen sollten, da «*kein Preis*» vereinbart worden war. Das OGer ZH kam zum Schluss, dass die werkvertraglichen Elemente im Vordergrund stünden, womit die Höhe der Gegenleistung kein Gültigkeitserfordernis war (bei einem kaufrechtlichen Element wäre dies der Fall gewesen: OGer ZH, 26. 1. 2012, NG110007, E. 2.5.5.; E. 2.8.; HOPPLER-WYSS [Fn. 7], Rz. 767 ff.).

95 Bei der Zubereitung von verdorbenen Speisen kann allenfalls neben den kauf- oder werkvertragsrechtlichen Bestimmungen auch eine Haftpflicht aus Produkthaftpflicht (Art. 1 f. PrHG) zur Anwendung gelangen: HUGUENIN/RUSCH, Der Bewirtungsvertrag, Jusletter 10.10.2005, Rz. 32 ff.; HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 767 ff.

96 BREITSCHMID/STECK/WITTMER, FamPra.ch 2009, 867; HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 758.

ders ausfallen. Selbst wenn es sich um eine Wohn- und Pflegeeinrichtung des kantonalen öffentlichen Rechts handelt, darf davon ausgegangen werden, dass – kantonales Recht vorbehalten – subsidiär die materiellrechtlichen Regelungen des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen.⁹⁷ Welche vertragsrechtlichen Bestimmungen im Einzelfall zur *Ergänzung des Vertrags* (neben Art. 382 ZGB Anwendung) Anwendung finden, wird regelmässig durch den konkret ausformulierten Betreuungsvertrag und die Auslegung bestimmt.⁹⁸

Im Regelfall verhält es sich so, dass *alle* Bewohnerinnen und Bewohner von Wohn- und Pflegeeinrichtungen einen *Wohnraum auf Dauer mieten und der regelmässigen Verpflegung* bedürfen (die selbstverständlich in Modus variieren). Davon unterscheiden sich die *Betreuungs- und Pflegeleistungen*, die eine Person im hohen Alter benötigt, wesentlich, und da sie sich auch über den Lauf der Zeit ändern, sind sie sukzessive an die Erfordernisse anzupassen.

c) Schranke der zwingenden miet- oder auftragsrechtlichen Bestimmungen

Der Selbstbestimmung im Vertragsrecht wird also zusätzlich zu Art. 382 ZGB durch die gesetzlich zwingenden Vertragsregelungen des anwendbaren Obligationenrechts Grenzen gesetzt. Das bedeutet konkret, dass es bei einem Streit über die Vertragsauflösung oder die Erhöhung des Pensionsgeldes *sowohl nach altem wie auch nach neuem Recht* einen grundlegenden Unterschied ausmachen wird, ob ein Gericht den Betreuungsvertrag, die Bestimmungen des einfachen Auftragsrechts oder diejenigen des Mietrechts für anwendbar erklärt:

1.) Während auf ein mietrechtliches Verhältnis die zwingenden mietrechtlichen Kündigungsfristen anwendbar sind, ist das Auftragsverhältnis aufgrund der besonderen Beziehungsnähe zwischen den Parteien *jederzeit auflösbar* (Art. 404 ZGB)⁹⁹. Die mietrechtlichen Kündigungsfristen betragen dabei *minimal 14 Tage* bei möblierten Einzelzimmern (Art. 266e OR, auf Ende des folgenden Monats). Und bei *allen anderen Wohnräumen*¹⁰⁰ – das heisst, bei unmöblierten Zimmern sowie bei möblierten oder unmöblierten Alterswohnungen – ist von einer *zwingenden dreimonatigen Kündigungsfrist* auszugehen (Art. 266c OR). Die Kündigung muss zudem per schriftlichem Formular erfolgen (Art. 266l Abs. 1 OR). Umgekehrt gelten die Kündigungsfristen aber auch für die Bewohnerinnen und Bewohner und nach deren Ableben für die gesetzlichen Erben (Art. 266i OR).

2.) Während die Bestimmungen über den Schutz vor missbräuchlichen Mietzinsen auf Mietverträge und auf andere Verträge anwendbar sind, die im Wesentlichen

⁹⁷ MÜLLER (Fn. 14), 249, 263 ff., 264.

⁹⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (Fn. 32), Rz. 1197.

⁹⁹ Das Bundesgericht hält trotz Kritik der Lehre am zwingenden Charakter von Art. 404 OR fest, dies auch bei atypischen Vertragsverhältnissen: BGer, 13.2.2014, 4A_284/2013, E.3.5.1 m. w. H.

¹⁰⁰ BaslerKomm/WEBER, Art. 226c OR, N 1, Art. 253a/253b OR, N 4: Der Schutz knüpft an den Sinn und Zweck des Wohnraums an, nämlich den dauernden Aufenthalt.

der Überlassung von Wohnraum dienen (Art. 253b Abs. 1 OR i. V.m. Art. 269 ff. OR), ist das Entgelt im Auftragsrecht im Rahmen der allgemeinen Schranken des Obligationenrechts (Art. 19–21 OR) frei vereinbar. Entsprechend kennt nur das Mietrecht eine *zwingende Vorschrift zur Form der Mietpreiserhöhung* (Art. 269d OR): nämlich per Formular, das vom Kanton genehmigt ist.¹⁰¹

Obschon Art. 382 ZGB die Kostentransparenz gesetzlich normiert, kann damit nach der hier vertretenen Ansicht aber noch nicht ausgeschlossen werden, dass die mietrechtlichen Formvorschriften bei einer Pensionsgelderhöhung ergänzend zur Anwendung gelangen. Aus dieser allgemeinen Kostentransparenzbestimmung lässt sich jedoch zugunsten des Bewohners oder der Bewohnerin ableiten, dass im Streitfall und bei Unklarheiten hinsichtlich Fragen des Entgelts die Einrichtung das Beweisrisiko zu tragen haben wird.

d) Abgrenzungen

Wegen der verschiedenen, teils *umfassenden und auf längere Zeit* zu erbringenden Betreuungs- und Pflegeleistungen, welche die Einrichtung für die Bewohnerin oder den Bewohner erbringt, geht der Betreuungsvertrag über einen *Beherbergungsvertrag (Hotellerievertrag)*¹⁰² oder einen *Bewirtungsvertrag* respektive über einen *Gastaufnahmevertrag*¹⁰³ – einer Kombination aus diesen beide Vertragsformen – hinaus.¹⁰⁴ Bei diesen Innominatkontrakten fehlt die besondere gesetzliche Regelung vollständig. Die im Zusammenhang mit der *Beherbergung* erbrachten Hotellerieleistungen wie beispielsweise das Bettenmachen, die Reinigungs-, Auskunft- oder Unterhaltungsdienste sind v.a. auftragsähnlicher Natur, wobei auch Werkvertrags-elemente auftreten können (z.B. Wasch- und Bügeldienst), und die bei einer *Bewirtung* erbrachte Zubereitung von Speisen kann werkvertragsrechtlicher Natur sein.

Da diese Verträge im Gegensatz zum Betreuungsvertrag typischerweise auf kurze Dauer geschlossen werden, sind sie *jederzeit kündbar* (z.B. Gastaufnahmevertrag¹⁰⁵). Im Gastaufnahmevertrag wird dem Gast ferner regelmässig ein möbliertes

101 BGer, 26.11.2012, 4A_113/2013, E. 2; s.a. das vorinstanzliche Urteil des OGer ZH, 26.1.2012, NG10007, E. 2.5.5.

102 «*Contrat de l'hébergement*» (BGE 120 III 252, E. 2a/b), der neben den miet-, kauf- und auftragsrechtlichen Elementen explizit auch ein Element des Hinterlegungsvertrags umfasst (Art. 487/488 OR).

103 Zum Gastaufnahmevertrag: BGE 108 II 449, E. 3 «*le restaurateur est tenu d'offrir, contre rémunération, des boissons et aliments, ainsi que de laisser le client consommer sur place, sans qu'il en résulte pour lui de préjudice (ATF 71 II 114 E. 5).*», betreffend Aufenthalt im Hotel mit Schwimmbadenbenützung gegen Entgelt BGE 113 II 424, E. 1b, BGer, 13.1.2014, 4A_359/2013, E. 3.3; HUGUENIN, Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 2014, Rz. 3979; HUGUENIN/RUSCH, Jusletter 10.10.2005, Rz. 2.

104 Auch bei diesen Verträgen ist die Terminologie nicht einheitlich: Der Beherbergungsvertrag wird auch *Hotellerievertrag* (im deutschen Recht), der Bewirtungsvertrag auch *Restaurationsvertrag* genannt.

105 BGE 130 III 19, E. 4.

Zimmer zum Gebrauch überlassen und nicht eine Wohnung oder ein unmöbliertes Zimmer, das nach eigenem Geschmack eingerichtet werden könnte.

3. Kantonale Rechtsgrundlagen

a) Kantonale Gesundheitsgesetzgebung

Hinzu kommt, dass kantonale Rechtsgrundlagen existieren, die schon seit längerer Zeit *zwingende Regelungen für den Betreuungsvertrag* vorsehen (s. Ziff. b).

Generell gilt, dass in Gesundheitsbelangen die Konsultation des kantonalen Rechts unerlässlich ist: So sind teils mehrere Regelungswerke zu berücksichtigen: solche, welche die Einrichtungen und/oder das Betreuungs- und Pflegeverhältnis betreffen, und/oder andere, die konkrete Vorgaben zu den Leistungsinhalten einer Einrichtung formulieren:¹⁰⁶ Die rechtlichen Grundlagen zu den Alters- und Pflegeheimen im Kanton Zürich finden sich beispielsweise in §§ 35–37 des *Zürcher Gesundheitsgesetzes*¹⁰⁷ und sehen Regelungen zur Bewilligungspflicht der Einrichtungen und zu deren Aufsicht (Gesundheitsdirektion) vor. Das *Zürcher Patientinnen- und Patientengesetzes*¹⁰⁸ regelt insbesondere die Voraussetzungen für die Zwangsmassnahmen (§§ 24) und das *Zürcher Pflegegesetz*¹⁰⁹ umfasst sodann Bestimmungen zur Sicherstellung des Pflegeangebots und dessen Finanzierung. In der *Zürcher Verordnung über die Pflegeversorgung* sind ausserdem konkrete Minimalvorschriften (§§ 5–6) zum *Standard der Unterkunft, Pflege und Alltagsgestaltung in Einrichtungen* enthalten, beispielsweise:

- § 5 lit. a Bereich Unterkunft Ziff. 2 «*tägliches Betten, Zimmer aufräumen, Grobreinigung der Nasszellen*»,
- § 5 lit. b. Bereich Pflege Ziff. 2 «*täglich drei bedarfsgerechte Mahlzeiten, davon mindestens eine warm*» und
- § 6 lit. a Ziff. 4 «*Einräumung von Besuchszeiten von 9.00–21.00 Uhr*».

Je nach kantonalem Recht ist eine Wohn- und Pflegeeinrichtung gelegentlich auch als eine Form der öffentlich-rechtlichen Anstalt ausgestaltet, sodass die Gemeinden oder Zweckverbände das Mass an Organisations- und Regelungsautonomie innerhalb der Einrichtung regeln.¹¹⁰ Ob das Verhältnis zwischen der Bewohnerin res-

¹⁰⁶ Botschaft 2006, 7015, vgl. z. B. Art. 41 des Gesundheitsgesetzes des Kantons Freiburg (SGF 821.0.1, i. d. F. 1.3.2014), das in Gesundheitsinstitutionen für die betroffene Person eine Begleitperson ohne Vertretungsbefugnisse vorsieht.

¹⁰⁷ Zürcher Gesundheitsgesetz vom 2. April 2007 (LS 810.1).

¹⁰⁸ Zürcher Patientinnen- und Patientengesetz vom 5. April 2004 (LS 813.13).

¹⁰⁹ Zürcher Verordnung über die Pflegeversorgung vom 22. November 2010 (LS 855.11).

¹¹⁰ Zu den unterschiedlichen Formen von Anstaltsverhältnissen vgl. HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 741 ff.; ist das gesetzliche Mass an zugestanderener Autonomie gross, so kann die Einrichtung weitgehend selbstbestimmt entscheiden, wie sie die Organisation und ihre Aufgaben erledigen will: ob mittels Reglementen, Weisungen oder Richtlinien (Rz. 746).

pektive dem Bewohner und Einrichtung öffentlich-rechtlicher Natur ist, bestimmt sich nach den kantonalen gesetzlichen Regelungen und setzt voraus, dass die Einrichtung einem öffentlich-rechtlichen Zweck dient und das Benutzungsverhältnis mit der Bewohnerin oder dem Bewohner einseitig durch die kommunalen Benutzungsordnungen geregelt ist.¹¹¹ – Die privatrechtlichen Wohn- und Pflegeeinrichtungen benötigen regelmässig eine staatliche Betriebsbewilligung.

b) Contrat-type d'hébergement

Neben Art. 382 ZGB gelangen auch obligatorische kantonale Vertragsregelungen zum Betreuungsvertrag zur Anwendung¹¹²; allerdings darf dabei das Schutzmass der bundesrechtlichen Bestimmungen nicht unterschritten werden. Als Beispiel sind hier die bereits erwähnten Regelungen des Kantons Neuenburgs zum «*contrat-type de l'hébergement*» zu nennen, welche die Rechte und Pflichten der Einrichtung einerseits und der Bewohnerinnen und Bewohner andererseits *ausführlich* bestimmen.¹¹³

1.) Namentlich ist eine *gegenseitige generelle Informationspflicht* festgeschrieben: v. a. über den Gesundheitszustand der künftigen Bewohnerinnen und Bewohner, aber auch über deren ggf. vorhandene Ansprüche auf staatliche Unterstützungsleistungen.

Ferner werden die gegenseitigen Leistungspflichten Punkt für Punkt explizit umschrieben:

2.) Die *Beherbergungs- und Verpflegungsleistung* inkl. die Anzahl der Mahlzeiten, der Kleiderwaschdienst und die Teilnahme an den im Preis inbegriffenen Freizeitangebote («*préstations socio-hôtelières comprises dans le forfait journalier*») sowie diejenigen Leistungen, die extra entschädigt werden müssen.

3.) Die *medizinischen Leistungen und Pflegedienstleistungen*, wobei eingangs die Freiheit der Arztwahl betont wird. Zusätzlich wird beispielsweise auch die Wahlfreiheit der Apothekerdienste festgeschrieben.

4.) Ausführlich werden die *finanziellen Leistungen* geregelt, welche der Bewohner zu erbringen hat, mit Ausführungen zum Modus der Rechnungsstellung und einer Verzugszinsenregelung. Interessant ist dabei etwa die Regelung, dass ein *Depot von maximal einem «Monatsbeitrag» zu leisten ist*, und zwar spätestens bis 15 Tage nach Eintritt in die Wohn- und Pflegeeinrichtung (Ziff. 5.3). – An ein solches denkt man bei der Lektüre von Art. 382 ZGB wohl regelmässig nicht.

111 HOPPLER-WYSS (Fn. 7), Rz. 748.

112 MEIER/LUKIC, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Genf 2011, Rz. 342; MÜLLER (Fn. 14), 249, 261 f.

113 Auf 12 Seiten, in 13 Vertragspunkten und insgesamt gut 80 Bestimmungen; gestützt auf Art. 4 *Loi sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public* (LPFES) hat der Chef des Gesundheitsdepartements die Bestimmungen zum Betreuungsvertrag erlassen, am 7. Juni 2013, in Kraft seit dem 31.12.2013; i. d. F. 2015: http://www.vd.ch/fileadmin/user_upload/organisation/dsas/sash/fichiers_pdf/Contrat_type_hébergement_2015.pdf, (28.3.2016).

5.) Des Weiteren wird geregelt, was im Falle einer Hospitalisation des Bewohners geschieht, v. a. dass sein Bett/Zimmer während max. 60 Tagen für diesen «frei» gehalten wird.

6.) Besonders beschrieben wird der *Soll-Zustand des Zimmers*, das benützt wird, sowie die Art und Weise, wie es benützt werden soll und kann.

Ein Zimmer ist beispielsweise innert dreier Tage nach Versterben des früheren Bewohners oder der Bewohnerin zu räumen (nach Ziff. 8.3.2).

7.) Nebst Regelungen zu *Versicherungspflichten* (gegen Krankheit und Unfall, Haftpflicht) ist etwa auch festgehalten, dass sich die *Haftung für den Verlust oder den Diebstahl* von Alltagsutensilien wie Brillen, Gehhilfen oder Hörgeräten der Einrichtung nach dem Hinterlegungsvertragsrecht und den Grundsätzen der Familienhaupte Haftung (Art. 487 ff. OR, Art. 331 ff. ZGB) richtet.

8.) Am Schluss folgen die Bestimmungen zur Auflösung des auf unbestimmte Zeit geschlossenen Vertrags: a) durch gegenseitige Vereinbarung, b) durch Kündigung des Bewohners unter Einhaltung einer *Frist von zehn Tagen*, c) durch Kündigung der Einrichtung mit gleicher Frist, vorausgesetzt allerdings, es liegen wichtige Gründe (*«juste motifs»*) *gemäss Ziff. 11.2.3* vor, wie beispielsweise Sicherheitsüberlegungen für alle Beteiligten, rapide Gesundheitsverschlechterung oder wiederholter Zahlungsverzug der Bewohnerin oder des Bewohners und d) durch den Todestag des Bewohners/der Bewohnerin.

IV. Musterverträge

1. Vielfalt der Musterverträge – zusätzliche Vertragsbestandteile

Wo der Gesetzgeber (auf Bundes- und Kantonsebene) beabsichtigte, den Bewohnerinnen und Bewohnern sowie den Einrichtungen weitgehend selbstbestimmte Gestaltungsmöglichkeiten einzuräumen, *bestehen heute zahlreiche Musterverträge, die verschiedene Vertragsbestandteile aufweisen*.¹¹⁴

Mit dem Inkrafttreten von Art. 382 ZGB hat diese Tendenz zum Verfassen von Musterverträgen nicht etwa abgenommen, sondern sich eher noch verstärkt (v. a. betreffend Schriftformerfordernis, Entgelt). Inzwischen haben die meisten Institutionen ihre Musterverträge und deren Vertragsbestandteile seit dem Inkrafttreten des

¹¹⁴ Vgl. v. a. die Musterverträge von CURAVIVA (www.curaviva.ch), abrufbar unter: <<http://upload.sitesystem.ch/7589311EBD/5D242FAD61/542C66EFAF.pdf>>, (13.3.2015): «30 Tage nach Todestag; den Erben werden nur die Pensionstaxe abzüglich der Kosten für die Verpflegung belastet.» Insbesondere ist das Ende des Betreuungsvertrags zu regeln: Soll der Vertrag mit einer Kündigungsfrist aufgelöst werden können und/oder jederzeit aus wichtigen Gründen (Tod, längerfristige Hospitalisierung, notwendige Verlegung in eine andere Einrichtung, Veränderungen in der Familie [beispielsweise wird ein Zimmer im Haushalt eines Kindes frei]).

Erwachsenenschutzrechts überarbeitet. – So hat eine der von der Autorin besuchten Institutionen¹¹⁵ seit der Gesetzesrevision neben dem einfachen Standardvertrag einen neuen, besonderen Mustervertragsbestandteil kreiert, anhand dessen die künftigen Bewohnerinnen und Bewohner *auf elf Seiten zu den «eigenen Präferenzen in der pflegerischen Gestaltung der Sterbephase» befragt werden und durch Ankreuzen oder teils auch eigene Bemerkungen Stellung dazu nehmen können*. Allerdings weist diese Vorlage – entgegen den im Titel suggerierten Vermutungen – viele allgemeine Fragen zu den Präferenzen der Befragten im Alltag auf, u. a. zu «Ruhen und Schlafen», «Berührung/Kontaktaufnahme», «Körperpflege», «Essen und Trinken».¹¹⁶

115 Rita Mayr, Institut für Familienforschung und -beratung, und z. T. die Autorin haben im Laufe des Jahres 2014 insgesamt acht arttypisch verschiedene Wohn- und Pflegeeinrichtungen (in den Kantonen Freiburg, Zürich und St. Gallen) besucht und Bewohnerinnen/Bewohner sowie eine leitende Person u. a. zum Vertragsabschluss befragt. Frau Mayr sei an dieser Stelle herzlich gedankt. Die betreffenden Vorabklärungen haben u. a. gezeigt, dass diese Institutionen Musterverträge benützen, wobei das Unterzeichnen des Vertrags in der Regel von der künftigen Bewohnerin respektive dem Bewohner und der Heimleitung (persönlich) erfolgte. Inhaltlich stand meist ein Zimmer zur Auswahl, wobei dieses mit eigenen Möbeln ausgestattet werden konnte. Das Ausmass der Pflege wurde diskutiert. Die Initiative zum Eintritt in die Wohn- und Pflegeeinrichtung ging in der Regel von den Befragten aus. Grundsätzlich anders ist die Situation in einer auf Demenz spezialisierten Altersinstitution, in der sich von Anfang an der gesetzliche Vertreter (als privater oder öffentlicher Mandatsträger) um den Abschluss des Vertrags kümmert, während eine medizinische Fachperson die Demenzdiagnose bestätigt haben muss. Die gesamte Personen- und Vermögenssorge wird vom Vertreter übernommen. Alle Bewohner und Bewohnerinnen gelten als urteilsunfähige Personen.

116 Ein Beispiel: «Ruhen und Schlafen

Wenn Sie schlafen, wie ruhen / liegen Sie am liebsten?

Oberkörper hoch / flach / rechte Seite / linke Seite / Rücken

Bevorzugen Sie Musik zum Einschlafen?

Ja / Nein

Wenn ja, welche?

Ich schlafe in der Regel von ____ bis ____.

Schlafen Sie gerne aus?

Ja / Nein

Schlafen Sie gerne bei offenem / halboffenem / geschlossenem Fenster?

Sind Sie

geräuschempfindlich / wenig geräuschempfindlich?

Wünschen Sie eine sichtbare Uhr, einen Kalender in der Nähe Ihres Bettes?

Ja / Nein

Wünschen Sie in der Nacht ein kleines abgeschirmtes Licht?

Ja / Nein

Leiden Sie unter Einschlaf- oder Durchschlafstörungen?

ja Ja / Nein

Sind Ihnen die Ursachen dafür bekannt?

Was half Ihnen, damit umzugehen?

Schlafen Sie lieber auf einer

Weichen / normalen / harten Unterlage?»

Die drei ausgewählten Musterverträge, die im Folgenden näher ausgeführt werden, sind als repräsentativ zu betrachten. Zwei davon stammen von institutionellen Vertretern des Betreuungs- und Pflegewesens im Alter und der dritte beruht auf der Empfehlung eines kantonalen Gesundheitsdepartementes und entspricht insofern ebenfalls einer gängigen Regelungsform. Diese Musterverträge unterscheiden sich jedoch auch je nachdem, um welche Akteure es sich dabei handelt und welche Art der Pflegeform und -einrichtung sie vertreten, was die grosse Vielfalt der unterschiedlichen Wohn- und Pflegeeinrichtungen illustrieren soll. Zu beachten ist ferner, dass der nachfolgend erwähnte *Mustervertrag der Pro Senectute* primär auf die Betreuung der hilfsbedürftigen Person im eigenen Haushalt ausgerichtet ist – wenn auch nicht ausschliesslich – und damit *nicht* in erster Linie unter den Anwendungsbereich von Art. 382 ff. ZGB fällt (vgl. Ziff. III/1/a):

Die *Mustervorlage der Curaviva*, der sog. «*Pensionsvertrag*» (nachfolgend *Mustervertrag CV* genannt) regelt auf vier eng beschriebenen Textseiten insgesamt 27 Vertragspunkte. Einige dieser Bestimmungen sind sehr differenziert und regeln insbesondere die Entschädigungspflichten und -modalitäten des Bewohners respektive der Bewohnerin inkl. Höchstbetrag für eine Depotleistung (Ziff. 2–9). Integrierende *Vertragsbestandteile* sind ferner die *Preisliste* respektive die *Tarifordnung* für die einzelnen Pflegeleistungen sowie für die nicht als Pfl egetaxen abgegoltenen *privaten Auslagen* (Ziff. 6).

Der sog. «*Muster-Pensionsvertrag*» der *Vereinigung Aargauischer Spitäler, Kliniken und Pflegeinstitutionen (VAKA)*, der von dem *Departement für Gesundheit und Soziales des Kantons Aargau* genehmigt wurde und als Empfehlung dient, strukturiert die *zu regelnden Vertragspunkte* (Vertragsparteien inkl. Vertretung, Vertragsgegenstand, Dauer, Entschädigung, Rechte und Pflichten beider Parteien, Datenschutz, Sterbehilfe, Gerichtsstandsklausel, Vertragsänderungen) zwar klar, überlässt jedoch die konkreten Inhalte den Institutionen (z.B. die Kündigungsfristen). Nachfolgend wird ein darauf beruhendes Vertragsmuster *beigezogen*: der «*Pensionsvertrag des Pflegezentrums Zofingen*» (fortan *Mustervertrag Z* genannt). Dieser folgt der empfohlenen Struktur und erklärt die Taxordnung ebenfalls zum integrierten Vertragsbestandteil (Ziff. 5.2).

Der *Pro Senectute* «*Pflege- und Betreuungsvertrag*» (nachfolgend als *Mustervertrag PS* bezeichnet) ist übersichtlich gegliedert und einfach formuliert (fünf Seiten). Zuerst wird der Zweck umschrieben: die Sicherung der Unterkunft, Betreuung und Pflege der hilfsbedürftigen Person. Danach werden die wichtigen Leistungsvarianten betreffend Logis und Mahlzeit zum Ankreuzen aufgelistet. Einen *integrativen Bestandteil dieses Vertrags* bildet das sog. *Erhebungsblatt*, auf dem alle weiteren *individuellen Betreuungs- und Pflegeleistungen konkret angekreuzt* werden müssen. Das Erhebungsblatt wird jeweils laufend an den neuesten Gesundheitszustand angepasst. Der *Mustervertrag PS* kann gemäss den Hausdiensten der *Pro Senectute* auch

dann zur Anwendung gelangen, wenn die betreffende betagte Person zu Hause in ihren eigenen Wohnräumen betreut wird.

Allgemein ist festzuhalten, dass ergänzend zu den eigentlichen Musterverträgen weitere integrierende Vertragsbestandteile zur Anwendung gelangen können, darunter Preislisten oder Taxordnungen sowie die Hausreglemente oder die Hausordnung der jeweiligen Einrichtung, in denen die Rechte und Pflichten der Bewohnerinnen präzisiert werden. Ferner zeigt das Beispiel in Fussnote 110, dass per schriftliche Vorlage auch sehr detaillierte Abfragen zu den eigenen Präferenzen und «Wünschen» im Alltag vorkommen.

2. Einzelne Vertragsinhalte

a) Pflicht zur Leistung von Unterkunft, Verpflegung, Betreuung respektive Pflege

Alle drei Musterverträge regeln die Form der *Unterkunft und die Art der Verpflegung*. Im Mustervertrag CV sind zudem die sog. «*Hotellerieleistungen*» aufgelistet, für welche Pensionstaxen anfallen: Diese können teils angekreuzt (z. B. Bett- und Frottierwäschewechsel, Reinigungsdienst) und teils individuell ergänzt werden (Ziff. 2).

Zur Regelung der *Unterkunft* zählen regelmässig auch die Vereinbarungen betreffend den Zimmertypus sowie die Mitbenützung der gemeinsamen Aufenthalts- und Freizeiträume. Aber auch das Recht, das Zimmer in einem ordentlichen Zustand vorzufinden und mit eigenen Möbeln einzurichten, ist in allen drei Musterverträgen ein zu präzisierender Regelungspunkt. Im Mustervertrag PS sind beispielsweise auch verschiedene Formen von Logis und Mahlzeitenregelungen zum Ankreuzen vorformuliert.

Die Musterverträge regeln ausserdem die *Bevollmächtigungen*, gemäss denen die betreuenden Personen und Einrichtungen befugt sind, Zahlungen von Dritten entgegenzunehmen und – auf Absprache mit der betreffenden Seniorin oder dem Senior – auch Zahlungen zu veranlassen. Nach dem Mustervertrag PS erlischt diese Vollmacht jedoch mit der Urteilsunfähigkeit oder dem Tod.

Zusätzlich zu diesen *Hauptleistungspflichten* und der Regelung der Bevollmächtigung des Betreuungsvertrags hält der Mustervertrag CV einige allgemeine, gesetzlich geregelte Pflichten gegenüber den Bewohnerinnen und Bewohnern fest: Wahrung der Privatsphäre (Art. 28, 386 ZGB), Wahrung des Postgeheimnisses, Wahrung der Verhältnismässigkeit bei freiheitsbeschränkenden Massnahmen (Art. 383 ff. ZGB).

b) Entschädigungspflicht

Nach der Mustervorlage CV setzen sich die Entschädigungspflichten wie folgt zusammen (Ziff. 2–9): *Pensionstaxen* (für die Beherbergung, Hotellerieleistungen, Ziff. 2), *Pflege*taxen und Anteil an den *Pflege*taxen, den der Bewohner oder die Be-

wohnerin selber respektive die Krankenkassen zu leisten haben (Ziff. 3–9). *Vertragsbestandteile* sind des Weiteren die Preisliste respektive die Tarifordnung (Ziff. 6). Zudem wird darin der Höchstbetrag für eine Depotleistungspflicht auf den Betrag festgeschrieben, der 30 Tagen Pensionstaxen entspricht (Ziff. 9).

3. *Vertragsdauer und Vertragsauflösung*

Alle drei Musterverträge werden auf unbestimmte Zeit geschlossen. Der Mustervertrag Z kann jedoch ausdrücklich auch befristet geschlossen werden.

Der Mustervertrag CV sieht eine ordentliche Kündigungsfrist *von einem Monat* vor, und zwar jeweils auf Ende des Monats; der Mustervertrag Z legt eine beidseitige Kündigungsfrist *bei 20 Tagen* fest und der Mustervertrag PS eine Frist von *drei Monaten*. Alle drei Verträge ermöglichen bei wesentlichen Vertragsänderungen oder wichtigen Gründen eine ausserordentliche Auflösung.

Bei den Musterverträgen CV und Z reicht eine *schriftliche Kündigung*, während der Mustervertrag PS auf das Ende eines Kalendermonats mit eingeschriebenem Brief gekündigt werden muss.

Im Mustervertrag CV wird ferner explizit erwähnt (Ziff. 19), dass es sich hierbei *nicht* um *einen Mietvertrag* handle. Daraus ist der Wille ersichtlich, zwingende Kündigungsfristen nach Mietrecht auszuschliessen. Da die rechtliche Würdigung jedoch wie ausgeführt Sache des Gerichts bleibt, trägt diese Bestimmung im Streitfall kaum zur Klärung bei.

V. **Diskussion: von den Herausforderungen und Chancen des Betreuungsvertrags**

1. *Herausforderungen einer minimalen gesetzlichen Regelung (Art. 382 ZGB)*

a) Vielfalt der Rechtsgrundlagen

Die Tatsache, dass eine einzige bundesrechtliche Bestimmung den Betreuungsvertrag fragmentarisch regelt, stellt angesichts *der Vielfalt* der genannten Rechtsgrundlagen bereits für sich genommen eine Herausforderung dar: Erstens handelt es sich dabei nach wie vor um einen Innominatvertrag, der schuldrechtlich qualifiziert werden muss, und zweitens um einen Vertrag, auf den mehrere kantonale Bestimmungen anwendbar sein können (die man zuerst in Erfahrung bringen muss), und drittens existieren in der Praxis zahlreiche unterschiedliche Musterverträge mit weiteren integrierenden Vertragsbestandteilen.

Dem ist noch anzufügen, dass Art. 382 ZGB zusätzlich – ohne weitere Ausführungen – auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse zwischen einer Einrichtung und ihrem Bewohner oder der Bewohnerin anwendbar ist.

- b) Minimale inhaltliche Regelung ist von der Tragweite der Inhalte her nicht zu rechtfertigen.

Die Vorschrift aufzustellen, beim Eintritt in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung einen schriftlichen Betreuungsvertrag aufsetzen zu müssen, wenn die Person urteilsunfähig ist, mag zwar *einen ersten Schritt in Richtung eines verstärkten Schutzes der Bewohnerin oder des Bewohners und zu mehr Transparenz bezüglich der Vertragsleistungen darstellen*, denn vor dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts gab es überhaupt keine äquivalente Regelung. Art. 382 ZGB regelt aber nur minimale Aspekte des Betreuungsvertrags;¹¹⁷ allerdings existieren punktuell weiterführende kantonale Regelungen.¹¹⁸

Dieser *minimale Regelungsansatz* von Art. 382 ZGB stiess bereits im Vernehmlassungsverfahren auf Kritik.¹¹⁹ Eine vollständige Regelung des Betreuungsvertrags vermochte sich jedoch nicht durchzusetzen. Grund dafür waren gemäss der Botschaft u. a. Überlegungen wie beispielsweise, das Erwachsenenschutzrecht *könne die Details des Pflegerechts unmöglich abschliessend regeln, oder der Selbstbestimmung der betroffenen Person im Alter sollte – etwa bei der Wahl ihres Vertreters – ein möglichst grosser Spielraum gewährt werden* (Verhältnismässigkeitsprinzip).¹²⁰ – Auch die Frage nach der bundesrechtlichen Kompetenz in Sachen Gesundheit stand dabei im Raum.¹²¹ Alle drei Argumente vermögen indes nicht (mehr) vollständig zu überzeugen:

- aa) Spielraum für rechtliche Regelungskompetenz

Dem Argument eines fehlenden gesetzgeberischen Zuständigkeitsbereichs des Bundes im Gesundheitsbereich (Art. 118–120 BV, Art. 41 Abs. 1 lit. b, Art. 42 BV) steht zunächst allgemein entgegen, dass aber auch eine Bundeskompetenz in zivilrechtlichen also *vertrags- und erwachsenenschutzrechtlichen Angelegenheiten* zu legitimieren besteht (Art. 122 BV).¹²² Solange es sich also um privatrechtliche Verträge handelt, die den zivilrechtlichen Rechtsverkehr zwischen Einrichtung und Bewohner/Bewohnerin normieren, so steht ein typisches zivilrechtliches Ziel, die eigenen Verhältnisse per Vertrag zu regeln, im Vordergrund. Und den Kantonen steht es im

117 STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 18), Rz. 1025a; MÜLLER (Fn. 14), 249, 252; TRITTEN/LEUBA, ZVW 2003, 284, 286.

118 Dies erstaunt wenig, denn Gesetzgebung und Vollzug in der Gesundheit und Pflege liegen grundsätzlich in kantonaler Kompetenz (Art. 118–120 BV): z. B. im Kanton VD war und bleibt der *«contrat de hébergement»* auch neben dem neuen Erwachsenenschutzrecht geregelt, abrufbar unter: <http://www.vd.ch/themes/social/ems/contrat-dhebergement> (1.6.2014).

119 Vernehmlassungsbericht, 48 f.; BREITSCHMID/STECK/WITTWER, FamPra.ch 2009, 867, 869; BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 4.

120 Botschaft 2006, 7014 ff.

121 BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 8.

122 HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 36), N 1.21.

Rahmen von Art. 6 ZGB frei, dieses mit ihrem öffentlichen Recht zu ergänzen.¹²³ – Auch wenn der Tourismussektor (z.B. Steuern) in kantonaler Kompetenz liegt, kommt auch niemand auf die Idee, dass ein Hotellervertrag nicht dem Obligationenrecht unterliegen würde.

Ferner handelt es sich, wie bereits eingehend ausgeführt, um einen Innominatvertrag, dessen *Nähe zum Mietrecht und Mietvertragsrecht nicht ignoriert werden* kann und darf. Es geht letzten Endes darum zu entscheiden, wo die Bewohner/der Bewohner bis zum Lebensende wohnen möchte. Das ist nicht in erster Linie Frage der Gesundheit, sondern des Aufenthalts- und Wohnsitznahmerechts. Nach der Meinung des Gesetzgebers sollte der Betreuungsvertrag gerade keine medizinische Leistungsinhalte umfassen (vgl. Ziff. III/1/d).

Es bleibt deshalb nach der hier vertretenen Ansicht ein rechtlicher Spielraum, diesen Vertragstypus, wie den Vorsorgeauftrag oder die fürsorgliche Unterbringung auch, im Zivilrecht zu regeln. Hätte der Bundesrat keinerlei entsprechende Bundeskompetenz erkennen können, so hätte er dies wohl bereits bei der Interpellation Gutzwiller im Jahre 2003 zum Vorschlag einer entsprechenden Regelung im Obligationenrecht entsprechend abschlägig beurteilt.¹²⁴ Doch das war damals nicht der Fall.

Hinzu kommt, dass es sich bei einer vertragsrechtlichen Regelung *de lege feranda* durchaus um einen Vertragstypus handeln könnte, der allgemein auf Betreuungsverhältnisse, auch solche mit Kindergartenstätten oder Pendelmigrantinnen (wo auch ein gewisser Regelungsbedarf besteht) anwendbar wäre.

Zu überlegen wäre schliesslich auch noch, ob sich nicht eine Regelungskompetenz des Bundes gestützt auf Art. 118 Abs. 1 lit. b BV begründen liesse: als eine Kompetenz in Sachen *besonderer Krankheit* mit der Begründung, dass die *Demenz* von nationaler Bedeutung ist¹²⁵ und mit ganz spezifischen Fragen des Verlaufs konfrontiert ist.

bb) Die Details zu den Pflege- und Betreuungsleistungen bleiben materiell ungelöst

Zudem zeigen die Musterverträge aus der Praxis klar auf, dass die konkreten Betreuungs- und Pflegeinhalte darin *nicht im Detail aufgelistet sind; vielmehr werden diese jeweils erst in den weiteren individuellen Vertragsbestandteilen (Pfegelisten, Erhebungsblätter inkl. Taxordnungen usw.) näher ausgeführt*. Damit zielt das erstgenannte Argument auch inhaltlich ins Leere.

123 St. GallerKomm/LEUENBERGER, Art. 122 BV, N 4, 10.

124 Interpellation GUTZWILLER IP 03.3549 zum «Heimbetreuungsvertrag».

125 BaslerKomm/GÄCHTER/RENOLD-BURCH, Art. 118 BV, N 21, ohne dass die Demenz erwähnt wäre.

Es hat sich «der gute Mustervertrag», der alle Probleme befriedigend lösen würde, in der Praxis nicht entwickelt. Aus der Vielfalt der vorhandenen Musterverträge und der Tatsache, dass jeweils mehrere weitere Vertragsbestandteile erforderlich sind, lässt sich vielmehr der Schluss ziehen, dass man die Fragen rund um den Betreuungsvertrag durchaus materiell mittels einer gesetzlichen Rahmenordnung bundesweit hätte regeln können. Dann gäbe es heute wenigstens einen verbindlichen gesetzlichen «Mustervertrag» mit einheitlichen Kündigungsfristen und Auflösungsbedingungen, dessen Vertragsnatur ausser Frage stünde.

Schliesslich birgt Art. 382 ZGB trotz der Musterverträge und Vertragsbeilagen ein erhebliches Potenzial für Streitigkeiten rund um die Leistungsinhalte und deren Finanzierung in sich. Dies namentlich auch deshalb, weil die Leistungen der Einrichtung heute sehr detailliert und minutiös abgerechnet werden. Zudem lässt sich nicht immer ohne Weiteres nachvollziehen, ob eine Leistung zu den krankenkassenpflichtigen Pflegeleistungen zählt oder als Betreuungsleistung grundsätzlich von der Bewohnerin oder dem Bewohner zu tragen ist. *Zur Veranschaulichung ein Beispiel:* Der begleitete Spaziergang im Garten der Institution wird als Betreuungsleistung bewertet und der begleitete Gang zum Mittagessen in der Institution wird als Pflegeleistung abgerechnet. Zudem ist kaum auszumachen, ab wann ein *en passant* getätigter «Handstreich» einer Mitarbeiterin der Einrichtung bereits eine entgeltliche Pflege- oder Betreuungsleistung darstellt (z. B. zwei bis drei Minuten Hilfe beim Beziehen von Bettwäsche).

Dies führt zu einem sachnahen Problemkomplex *betreffend die zulässigen Leistungsinhalte des Betreuungsvertrags*: einer vertragsrechtlichen Vereinbarung zur sog. Rest(pflege)finanzierung, die an sich Sache der öffentlichen Hand ist (Art. 25a Abs. 5 KVG); genauer der Wohngemeinde ist.¹²⁶ Nach dem Ausgeführten betrifft die Restfinanzierung «nur» die durch Krankenversicherung und den Bewohner/die Bewohnerin *ungedeckten Pflegeleistungen*. – Unabhängig vom Verteilschlüssel zwischen Kanton und Gemeinde stellt sich etwa die Frage, was rechtlich zu gelten habe, wenn eine urteilsunfähige Person von einer Einrichtung in eine andere umzieht: Begründet sie dadurch einen zivilrechtlichen Wohnsitz (oder ist der Aufenthalt massgebend?) und welche Wohngemeinde ist für die Restfinanzierung zuständig? Dazu ein *konkretes Beispiel*: Eine verwirrte verwitwete Person wird von ihren Nachkommen aus dem Ausland in die Schweiz geholt und zieht in eine Einrichtung in der *Romandie* ein, wo ihr Sohn lebt. Sie begründet dort Wohnsitz. Da die demente Person die Sprache jedoch nicht (mehr) versteht respektive spricht, oft wegläuft und offensichtlich unglücklich ist, soll sie in eine Einrichtung in der Nähe des Wohnortes der Tochter in die Deutschschweiz ziehen. Die fragliche Einrichtung weigert sich, die betreffende demente Person aufzunehmen, mit der Begründung, nach wie vor sei der in der

¹²⁶ BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 27 ff.

Romandie gelegene Wohnsitzkanton dieser Person für die Restgeldfinanzierung zuständig. – Dies obschon die Tochter bereit ist, als Stellvertreterin der betroffenen Person (nach Art. 382 ZGB) der Einrichtung gegenüber schriftlich zu versichern, dass ihre Mutter persönlich in der Lage sei, während einer bestimmten limitierten Zeitdauer für die Betreuungskosten vollständig mit dem eigenen Vermögen aufzukommen, bis die Frage der Restgeldfinanzierung geregelt sei (was nachweisbar stimmt). Die Einrichtung vertritt indes den Standpunkt, eine «Restfinanzierung» sei nicht Gegenstand der Vertragsautonomie.

- cc) Im Vergleich zum Vorsorgeauftrag überzeugt die fehlende Regulationsdichte nicht

Ins Gewicht fällt ferner der Vergleich zum Vorsorgeauftrag. Denn es gelang dem Bundesgesetzgeber damals auch, seine Kompetenz für die Regelung des Vorsorgeauftrags zu erkennen und den Vorsorgeauftrag umfassend als ein neues Instrument zur Stärkung der Selbstbestimmung zu regeln (Art. 360 ff. ZGB).

Dies obschon der Vorsorgeauftrag (bis heute jedenfalls) noch wenig vorkommt,¹²⁷ während die *Betreuungsverträge so zahlreich sind wie die Menschen, die im Alter in einer Einrichtung leben*. Hinzu kommt, dass die Regelungen zur Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit (Art. 32 ff. OR) hinaus schon immer existierten, womit eine Regelung des Vorsorgeauftrags für sich genommen nicht als unerlässlich erschiene.

- c) Beschränkung der Regelung auf urteilsunfähige Personen
 - aa) Auch urteilsfähige Personen brauchen Unterstützung und Stärkung der Selbstbestimmung

Eine Regelung wie Art. 382 ZGB, die auf urteilsunfähige Personen beschränkt ist, suggeriert umgekehrt, dass urteilsfähige Personen im hohen Alter (und mit allfälligen Gesundheitsproblemen) fähig seien, mit einer Wohn- und Pflegeeinrichtung einen Muster-Betreuungsvertrag mit zahlreichen integrierenden Vertragsbestandteilen zu verstehen und zu schliessen, was regelmässig eine Illusion sein dürfte.¹²⁸

127 FOUNTOLAKIS, Die Teilnahme urteilsunfähiger Erwachsener am Rechtsverkehr, BJM 2015, 189 ff.: Dieser Beitrag nährt u. a. den Verdacht, dass es heutzutage mehr rechtliche Probleme mit dem Vorsorgeauftrag gibt als Anzahl Vorsorgeaufträge; dies zumal es bereits das Rechtsinstitut der Vollmacht über die Handlungsunfähigkeit hinaus gibt (Art. 32 ff. OR), mit dem die Betroffenen sehr weit kommen.

128 Es ist etwa aus der Health-literacy-Forschung bekannt, dass gerade kranke Menschen weniger verstehen als angenommen wird: KICKBUSH/MAAG, Health Literacy, in: HEGGENHOUGH/QUAH (Hrsg.), International Encyclopedia of Public Health, Vol. 3, San Diego 2008, 204 ff.; KORANSKY, Informed consent for patients with limited health literacy: moving from the conceptual to the actual. Paper presented at: The Foundation for Patient Safety, Empowerment, and Quality Health Care: Reading, Writing, and Arrhythmias, June 2006; krit. auch BÜCHLER/MICHEL (Fn. 72), 157.

Verschärfend kommt hinzu, dass nach der Regelungssystematik und dem Wortlaut von Art. 387 ZGB gemäss Bundesrecht nur diejenigen Wohn- und Pflegeeinrichtungen einer Aufsichtspflicht unterstellt sind, die urteilsunfähige Personen betreuen. – Das heisst mit anderen Worten: In allen anderen Fällen kommt es auf die kantonalen Regelungen zu den Aufsichtspflichten an. *Auch urteilsfähige Personen im hohen Alter – z. B. mit Hör- oder Leseschwäche usw. – haben nach der hier vertretenen Ansicht Anspruch auf eine gewisse Unterstützung beim Abschluss des Betreuungsvertrags mit seinen verschiedenen Vertragsbestandteilen (z. B. über besondere Aufklärungspflichten der Einrichtung oder unabhängige Beratungsstellen) und auf einen geregelten Ablauf in einer Einrichtung.*¹²⁹

Infolge der Unterscheidung zwischen urteilsfähigen und urteilsunfähigen Personen im Alter stellt sich bereits beim Vertragsschluss und beim Eintritt in eine Einrichtung theoretisch wie auch praktisch die Frage: Wer beurteilt letztendlich, wann bei einem Vertragsschluss mit einem Pensionär oder einer Pensionärin ein Vertreter oder eine Vertreterin beigezogen werden und mitunterschreiben muss? Nehmen wir beispielsweise an, die betroffene Person zeige erste Anzeichen von Verwirrung und habe sich gerade aus diesem Grund bewusst entschieden, in eine Einrichtung einzutreten. Ist nun diese Person als (noch) urteilsfähig einzustufen und kann sie diesen Vertrag selbständig unterzeichnen? – Art. 382 ZGB ändert an dieser allgemeinen Problematik nichts. Vielmehr wird zur eigenen Absicherung regelmässig eine *angehörige Person oder eine Bezugsperson bezeichnet, die den Vertrag mitunterschreibt*.

Urteilsfähig oder nicht, zentral ist, dass jede künftige Bewohnerin und jeder Bewohner die für sie *relevanten Informationen zum Lebensalltag* in der Einrichtung zur Verfügung haben, bevor sie sich entscheiden können, ob sie eintreten wollen (vgl. Ziff. III/1/c). Die Mitwirkungsrechte ernst zu nehmen (Ziff. III/1/d), heisst beispielsweise ein Probewohnen in einem Demenzheim, sodass die Bewohnerin oder der Bewohner spüren kann, ob er/sie dort leben will oder nicht.

Wichtiger wäre es auch dafür zu sorgen, dass alle, die in der betreffenden Einrichtung am alltäglichen Leben beteiligt sind, ein verstärktes Problembewusstsein entwickeln würden und in den Genuss einer entsprechenden Ausbildung kämen: *erstens*, um das strukturelle Ungleichgewicht und die persönlich schwierige Situation der betroffenen Person im Alter (dazu nachfolgend Ziff. 2) erkennen und ansprechen zu können, und *zweitens*, um dem rechtlichen *Grundprinzip der Relativität der Urteilsfähigkeit* sowohl bei Vertragsschluss als auch im Alltagsleben nachkommen zu können. – Was freilich in vielen Fällen ohne den Beizug einer medizinischen Fachmeinung nicht funktionieren wird.

129 Diese Pflicht zur Unterstützung und Stärkung der Selbstbestimmung ergibt sich auch aus Art. 12 UN-Behindertenkonvention (SR) und dem Behindertengesetz (SR). – wobei nicht alle Bewohnerinnen und Bewohner unter die Umschreibung einer Behinderung (Art. 2 BehiG) passen werden.

bb) Schrittweiser Verlust der Urteilsfähigkeit als Regelfall

Mit einer Regelung, die sich auf die Urteilsunfähigkeit beschränkt, wird dem in der Praxis sehr häufig vorkommenden, *schrittweisen Verlust der Urteilsfähigkeit* keinesfalls Rechnung getragen.¹³⁰

Aufseiten der Einrichtung werden sich auch *bei den bestehenden Verträgen* immer wieder konkret die Fragen stellen, wer im Alltag in welchen Alltagssituationen entscheidet, wie entschieden wird und ob eine Bewohnerin oder ein Bewohner als urteilsunfähig respektive urteilsfähig einzustufen ist. Ist es akzeptabel, dass je nach dem in Frage stehenden Alltagsakt – entsprechend dem *Grundsatz der Relativität*¹³¹ – jemand anders entscheidet? – Jedenfalls herrscht disziplinenübergreifend zunehmend Einigkeit darüber,¹³² dass es sich bei der Frage nach der Urteilsfähigkeit um einen schwierigen Entscheid handelt. Grundsätzliche Einigkeit kann auch darin gesehen werden, dass das Gericht oder die Behörde betreffend Rechtsfragen nach Art. 16 ZGB und dem Grundsatz der Relativität jeden Akt für sich entscheiden (sollten), während die Urteilsunfähigkeit nach medizinischen Kriterien und einer sorgfältigen Differentialdiagnose festgestellt wird: Allerdings sind weder die juristischen noch die medizinischen Kriterien unumstritten; ebenso wenig sind diese Kriterien not-

130 STETTLER, Le critère de l'incapacité de discernement est entré dans le droit de la protection de l'adulte, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ/HÜRLIMANN-KAUP/FOUNTOLAKIS (Hrsg.), Une empreinte sur le Code civil, Bern 2013, 277, 281 ff.; STETTLER, L'accompagnement socio-juridique de la personne très âgée de lege lata et ferenda, FS Hausheer, Bern 2002, 717, 724; WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss. Zürich 2010, 278 f.; MEIER, Perte du discernement et planification du patrimoine – droit actuel et droit futur, in: BADDELEY ET AL. (Hrsg.), La planification du patrimoine, Genf/Zürich 2009, 39, Rz. 10.

131 Zum Prinzip Alles oder Nichts und der Relativität der Urteilsfähigkeit s. nur: MEIER/DE LEUZE, Art. 16 ZGB, N 102 ff., die zwischen zeitlicher und inhaltlicher Relativität unterscheiden, und: STETTLER (Fn. 130), 277, 282 m. w. H.

132 Bereits: GUTZWILLER, Zur Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen des Vorsorgeauftrags, AJP 2007, 556, 558, DERS., Über die Substanz der Urteilsfähigkeit, AJP 2008, 1223 ff.; PETERMANN, Urteilsfähigkeit, Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich/St. Gallen 2008; BREITSCHMID, Über die Urteilsunfähigkeit des Urteilsfähigen und die Urteilsfähigkeit des Urteilsunfähigen, in: PETERMANN (Hrsg.), Urteilsfähigkeit, St. Gallen 2014, 91, 95; STETTLER (Fn. 130), 277, 281 ff.; AEBI-MÜLLER, perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, 150, 156 m. w. H.; HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO, Selbstbestimmung – Auch eine Frage des Alters, ZBJV 2012, 773 ff., vgl. zur Kritik am rechtlichen Begriff der Urteilsfähigkeit: TRACHSEL/HERMANN/BILLER-ANDORNO, Urteilsfähigkeit: Ethische Relevanz, konzeptionelle Herausforderungen und ärztliche Beurteilung, Schweiz. Med. Forum 2014, 221 ff. zur situativen, zeitlichen und risikobezogenen Relativität von Urteilsfähigkeit; TRACHSEL, Med. Wkly. 2014., Swiss Med. Wkly 142w: w1370; vgl. Richtlinie zum Lebensende der SMAW (s. allg. unter Ziff. 2.1.4), welche die Feststellung der Urteilsfähigkeit nach den folgenden Punkten definiert: 1.) Fähigkeit, Information aufzunehmen, 2.) Fähigkeit, sich Alternativen vorstellen zu können, 3) Fähigkeit, die Information im Kontext des eigenen Wertesystems einzubetten und 4.) die eigene Wahl zu äussern.

wendigerweise deckungsgleich¹³³. – Das beantwortet jedoch die wichtige Frage nach dem Entscheidungsträger im Alltag einer Einrichtung von Situation zu Situation noch nicht.¹³⁴

d) Korrelation von Vertretungsmacht und Schutz je nach Art der Einrichtung?

Mit der Schwierigkeit der Unterscheidung zwischen Urteilsfähigkeit und Urteilsunfähigkeit steht ferner in Zusammenhang, dass es für sämtliche Beteiligten eine Überforderung darstellt, wenn aus der Perspektive eines betroffenen urteilsunfähigen (z. B. dementen) Menschen im Alter, der *keinen erkennbaren Widerstand* leistet, rechtlich auch nötig ist, zwischen einer «geschlossenen» oder «offenen» Wohn- und Pflegeeinrichtung zu differenzieren (vgl. Ziff. III/1/e/cc: Dass Art. 382 ZGB zum Umfang der Vertretungsmacht unbefriedigend formuliert ist, wurde bereits hinlänglich erörtert.) Mit anderen Worten: Ob also ein niederschwelliges Verfahren nach Art. 382 mit Stellvertreterentscheid oder ein behördliches Verfahren nach Art. 426 ff. ZGB zur Anwendung gelangen kann, hängt dann von der Art der Einrichtung ab.

Einem solchen Ansatz entspräche wohl die *ratio legis*, dass der Schutz einer urteilsunfähigen dementen Person im Alter tiefer angesetzt werden kann als der Schutz eines urteilsunfähigen Menschen, der in *einer psychiatrischen Einrichtung* untergebracht wird (Art. 380 ZGB).¹³⁵

133 STEIDL/NIGG, Gerontologie, Geriatrie und Gerontopsychiatrie, Lehrbuch für Pflege- und Gesundheitsberufe, 4. Aufl., Wien 2014, 104 ff., 113 ff., in der Praxis steht die kurze, oft am Bett getätigte Minimal Mental State Examination (MMSE) im Vordergrund: ein Screening-Test betreffend zeitliche, örtliche Orientierung, Wörter wiederholen und rechnen können, Benennen, Nachsprechen, schriftliche Aufforderung usw.; neuste Untersuchungen kommen zum Schluss, dass bei mehr als 26 Pkt. von einem unproblematischen und bei unter 13 Pkt. von einem problematischen Resultat ausgegangen werden könne, mehr lasse sich nicht aussagen: TRACHSEL/HERMANN/BILLER-ANDORNO, Schweiz. Med. Forum 2014, 221, 224; traditionell: 27–30 Pkt.: normale Hirnleistungen, 20–26 Pkt.: leichte Demenz, 10–19 Pkt.: mittelschwere Demenz, 0–9 Pkt.: schwere Demenz: MONSCH, Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit, insbesondere bei Menschen mit Demenz, in: WOLF (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2012, 7, 11, 19 ff.; SozGer ZH, 20.2.2013, IV.2011.01142; verbreitet ist auch der MacCAT-Test nach APPLEBAUM/GRISSO; s. a. Richtlinien SAMW zum Lebensende und zur Kommunikation (2013), die praktische Anleitungen in diesem Sinne des MacCAT-Tests enthalten: 1.) Sachverhalt/Behandlung verstehen, 2.) in eigenen Worten wiedergeben können, 3.) Konsequenzen von Alternativen abwägen können 4.) Entscheidung ausdrücken können; vgl. Kurzüberblick zu den medizinischen Methoden: HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO, ZBJV 2012, 773, 790 ff., die generell von einer *Fehlerquote* von 10% ausgehen.

134 Ähnlich: GRAF, Arbeitskreis 4 der KOKES: Beurteilung der Urteilsfähigkeit als zentrales Element im Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutz, Neues Erwachsenenschutzrecht – konkrete Umsetzungsfragen, Fachtagung vom 11./12. September 2012 in Freiburg.

135 So eine gängige Begründung: FamKomm/LEUBA/VAERINI, Einf. zu Art. 382–387 ZGB, N 13.

Führt man sich nochmals die in der Wohn- und Pflegeeinrichtung kritische Situation vor Augen, dass der demente Mensch im Alter keinen offensichtlichen Widerstand zeigt, so muss die Frage erlaubt sein, ob es denn in einer psychiatrischen Klinik tatsächlich schwieriger ist, ausfindig zu machen, ob der betreffende Mensch Widerstand gegen den Eintritt oder den Wechsel leistet.

Ein vertragsrechtlicher Stellvertreterentscheid nach Art. 382 ZGB stellt für jede Wohn- und Pflegeeinrichtungen *ohne Willenserklärung* der urteilsunfähigen Bewohnerin oder des Bewohners in schriftlicher Form (Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vollmacht) eine rechtliche wie auch eine faktische Herausforderung dar. Dies insbesondere dann, wenn unklar ist, ob bei fehlendem Widerstand der betroffenen urteilsunfähigen Person hinsichtlich des Eintritts tatsächlich von einem Einverständnis ausgegangen werden kann. Nach der hier vertretenen Ansicht geht der Abschluss eines Betreuungsvertrags deshalb mit der Pflicht jedwelcher Wohn- und Pflegeeinrichtung einher, die betroffene urteilsfähige oder urteilsunfähige Person neben der stellvertretenden Person vorab *persönlich anzuhören* und ihr dabei (vorher oder nachher) die Einrichtung zu zeigen und die Vertragsinhalte zu erklären – das heisst, es gilt eine Aufklärungspflicht.

Bestehen Zweifel über die (fehlende) Willensbekundung der vertretenen hilfsbedürftigen Person, hat die Einrichtung die Erwachsenenschutzbehörde respektive den Arzt zu benachrichtigen und es ist ggf. eine FU anzuordnen.¹³⁶ Es existieren bereits *Empfehlungen zuhanden der Stätten* zum Betreuungs- und Pflegevertrag (z. B. Pro Senectute, Stand: 2011), dass bei Zweifeln an der Urteilsfähigkeit der Hausarzt beizuziehen sei, oder dass – falls kein Einverständnis mit dem Stellvertreter (wörtlich: mit den Angehörigen respektive den zukünftigen Erben) erzielt werden könne – eine behördliche Massnahme (Beistandschaft) anzustreben sei.

Es darf jedenfalls nicht so weit kommen, dass die FU *de facto* nur bei fremdbestimmten Eintritten in die psychiatrische Klinik anwendbar ist¹³⁷, vielmehr kommen deren Voraussetzungen auch bei einer Unterbringung in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung zum Tragen, wenn eine solche dem Willen der betroffenen Person nicht entspricht. Es gilt als ein übergreifendes Ziel des Erwachsenenschutzrechts, zu gewährleisten, dass keine Personen mehr fremdbestimmt und unkontrolliert in «geeigneten» Einrichtungen untergebracht werden können.

136 FamKomm/GUILLOD, Art. 426 ZGB, N 17.

137 MICHEL, FamPra.ch 2015, 797, 816 f.

2. Weshalb Musterverträge keine guten Alternativen sind

a) Musterverträge sind unterschiedlich und nicht einfach zu verstehen

Im VE 2003 wurde noch der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass sich neben der neuen gesetzlichen Regelung möglicherweise ein «guter Mustervertrag» entwickeln würde. *Drei Jahre nach Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts zeigt sich «auf dem Papier», dass die erwähnten Musterverträge für jede Person – sei diese urteilsfähig oder nicht respektive handle es sich um die direkt betroffene oder die stellvertretend handelnde Person – eine Herausforderung darstellen (das Mustervertragsbeispiel der Pro Senectute sei hier ausgenommen). – Wie gross diese Herausforderung aber tatsächlich ist, müsste mit einer rechtstatsächlichen Untersuchung herausgefunden werden.*¹³⁸

Die Regelungssysteme sind je nach Kanton völlig unterschiedlich (in gewissen Kantonen ist der Vertrag gesetzlich geregelt, in anderen hingegen werden die Musterverträge behördlich kontrolliert); zudem bestehen viele unterschiedliche Musterverträge: Nicht einmal die bundesrechtliche Terminologie von Art. 382 ZGB wurde übernommen; ebenso wenig wurden die Auflösungsregelungen respektive die Kündigungsfristen (sie variieren bei den erwähnten Beispielen zwischen *20 Tagen, einem Monat und drei Monaten*; Ziff. IV/3) oder die Zimmerräumungsfristen nach einem Todesfall vereinheitlicht. Zudem sind die Musterverträge relativ umfangreich, umfassen mitunter über 20 Bestimmungen und sind damit weder einfach zu lesen noch zu verstehen. Beispielsweise dürfte eine ausführliche gesetzliche Regelung aus dem Kanton Neuenburg für einen juristischen Laien kaum einfach zugänglich oder ohne Weiteres verständlich sein.

Noch wenig beachtet erscheint, aber dennoch erheblich erschwerend kommt für die betroffene Partei hinzu, dass in der Realität die vielen unterschiedlichen Musterverträge *je mit ein bis drei zusätzlichen Schriftstücken als sog. integrierende Vertragsbestandteilen zur Anwendung gelangen*. Das bedeutet eine zusätzliche Herausforderung und impliziert das Risiko, dass diese namentlich für die Frage des Entgelts wichtigen Beilagen vielfach ungenügend beachtet werden dürften. Dabei kommt etwa auch vor, dass der eigentliche Mustervertrag bloss eine Seite kurz und gut verständlich ist, während der Zusatz zu der Art der Pflegeleistungen und den besonderen Betreuungswünschen rund zehn umfasst, wobei u. a. detaillierte Fragen zum Schlafverhalten gestellt werden.

Fakt ist jedenfalls, dass die *Inhalte des Betreuungsvertrags* für die betroffene Person im Alter *persönlich wie auch finanziell von grosser Tragweite* sind, ob sie noch urteilsfähig ist oder nicht. Deswegen müsste der Selbstbestimmung oder der Mitwirkung der betreffenden Person beim Vertragsschluss, bei der Änderung und der Auflösung des Vertrags besondere Bedeutung zukommen.

¹³⁸ Welche der SNF jedoch bisher verweigerte zu unterstützen.

- b) Selbstbestimmung oder Mitwirkung ist grundsätzlich zu hinterfragen
 - aa) Vordruckte Vertragsinhalte als Widerspruch zur Stärkung der Selbstbestimmung

Sind die Vertragsinhalte vordruckt, bleibt seitens der künftigen Bewohnerin oder des Bewohners generell kein oder wenig Spielraum zum Verhandeln von inhaltlichen Aspekten. Besonders irritierend erscheint dies bei einem Betreuungsvertrag, denn schliesslich soll ein solcher Vertrag einen Lebensabschnitt von voraussichtlich langer Dauer regeln und ist von persönlichkeitsnahen und finanziell relevanten Inhalten geprägt. Diesbezüglich ist also festzuhalten, dass vordruckte Vertragsinhalte in einem persönlichkeitsnahen Bereich *im fundamentalen Widerspruch stehen zu den Zielen des Erwachsenenschutzrechts, denn diese bestehen ja gerade darin, die Selbstbestimmung und Mitwirkung der betroffenen Menschen in diesen persönlichkeitsnahen Bereichen zu stärken.*

Da diese Muster-Betreuungsverträge von den Einrichtungen (teils von den Verbänden oder Behörden zugunsten der Einrichtungen) verfasst und schriftlich angeboten werden, sind es *de facto* direkt oder indirekt die Wohn- und Pflegeeinrichtungen, welche diese vordruckten Inhalte einseitig bestimmen. – Ausgenommen sind diejenigen Fälle, in denen das kantonale Recht die Vertragsbestimmungen vorsieht – wie dies auf den Kanton Neuenburg zutrifft – oder die kantonalen Behörden den rechtlichen Rahmen des Mustervertrags kontrollieren wie im Kanton Aargau. – Damit werden die Möglichkeiten der Selbstbestimmung und Mitwirkung einer Vertragspartei *einseitig beschnitten*. Die Einrichtung kann also beispielsweise mittels des Mustervertrags (wie ausgeführt) *einseitig beeinflussen, welche Rechtsregeln des Obligationenrechts zur Anwendung gelangen* sollen. Die Bestimmungen zur Miete, dem Auftrag, dem Werk- und Kaufvertrag werden – wie vor dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts – ergänzend zur Anwendung gelangen. Umgekehrt kann der vertragsunterzeichnende künftige Bewohner oder sein Stellvertreter selbst bei einem Mustervertrag nicht unbedingt verhindern, dass allenfalls ein Richter oder einer Richterin die zwingenden Kündigungsbestimmungen des Mietrechts oder gar des Auftragsrechts anwenden wird. Bekanntlich bleibt die Qualifikation eine Rechtsfrage, auch wenn einige Musterverträge explizit erwähnen, dass das Mietrecht ausgeschlossen oder der Vertrag «kein Mietvertrag» sei.

- bb) Besondere Vertragsumstände

Hinzu kommt, dass die spezifische Vertragsverhandlungssituation und die entsprechenden Gespräche zwischen der Einrichtung und der betroffenen Person respektive deren Stellvertretung *ganz besonderer Natur sind*. Die künftige Bewohnerin oder der künftige Bewohner wird sich regelmässig in einer persönlich neuen, schwierigen Vertragssituation befinden und die stellvertretend handelnde Person dürfte oft mit unangenehmen Faktizitäten wie Zeit- oder Gelddruck und mit ihrer Verantwor-

tung konfrontiert sein. Im Resultat werden Menschen im Alter, die in eine Einrichtung eintreten wollen respektive müssen, vorformulierte Verträge vorgesetzt, die sie aufgrund der besonderen Vertragsumstände *de facto regelmässig* annehmen werden, ohne dass ihnen eine *Alternative dazu angeboten würde*.¹³⁹ Sei dies beispielsweise, weil:

- die Zeit drängt (z. B. plötzliche Krankheit oder Todesfall der Partnerin, was das Wohnen zu Hause verunmöglicht),
- es gar nicht genügend entsprechende Einrichtungen gibt,
- in der Nähe des eigenen Wohnorts keine andere Einrichtung mehr über ein freies Bett oder ein freies Zimmer verfügt,
- die betroffene Person sich schlicht in einer ihr völlig ungewohnten, neuen oder/und ihr unangenehmen Situation befindet,
- finanzielle Gründe der Person keine andere Wahl erlauben
- oder weil die Angehörigen bereits alles organisiert und vorbereitet haben, und die betroffene Person deshalb nicht in der Lage ist, den Vertragsschluss oder einzelne Bestimmungen in Frage zu stellen.

Auch dann, wenn ein Angehöriger die betroffene Person zur Besichtigung und Vertragsunterzeichnung begleitet oder wenn der Vertreter respektive die Vertreterin nach Art. 382 ZGB im Namen und auf Rechnung der künftigen urteilsunfähigen Bewohnerin oder des Bewohners beim Vertragsschluss (im Interesse der betroffenen Person) tätig wird, finden diese Begleitpersonen die gleichen besonderen Vertragsumstände vor und sehen sich mit den gleichen vorformulierten Bestimmungen konfrontiert, sodass sich wiederum dieselbe *Frage nach dem tatsächlichen Verhandlungsspielraum stellt und danach, ob für die betroffene Person oder ihren Vertreter überhaupt von einer realen Abschluss- und Inhaltsfreiheit ausgegangen werden kann*.¹⁴⁰

cc) Strukturelles Ungleichgewicht zwischen den Parteien

Oft wird es sich so verhalten, dass die betroffenen Menschen im Alter gar nicht (mehr) in der Lage sind, einen solchen Betreuungsvertrag *selbstbestimmt und aus eigener Initiative* aufzusetzen oder ihn massgeblich zu beeinflussen, weil ihnen die Lust und Energie dazu fehlt oder weil sie schon (schreib-/lese-) schwach respektive *krank* sind – dies ist unabhängig von der Frage nach ihrer Urteilsfähigkeit zu beurteilen.

Mit anderen Worten: Zwischen den Vertragsparteien des Betreuungsvertrags, also zwischen *der Einrichtung* und der *Einzelperson im hohen Alter (unabhängig davon, ob diese über eine Vertretung verfügt oder nicht)*, besteht regelmässig ein situa-

¹³⁹ MÜLLER (Fn. 14), 249, 268 ff.

¹⁴⁰ Bereits der Bericht Vernehmlassungsverfahren (Fn. 31), 354.

tionsbedingtes strukturelles Machtungleichgewicht. Dieses ist zum einen auf die besonderen persönlichen Vertragsumstände zurückzuführen und zum anderen auf die Tatsache, dass die Einrichtungen viel finanzkräftiger sind, dass ihnen viel mehr Wissen und zahlreiche Möglichkeiten (u. a. in Form von gesunden Mitarbeiterinnen und Fachpersonen) zur Verfügung stehen. Abgesehen davon bieten sie einen *Vertragsgegenstand an, der auf dem aktuellen Markt absolut rar ist*.¹⁴¹

Das strukturelle Machtungleichgewicht erscheint in diesem letzten Punkt *noch ausgeprägter, als es sich bereits in einem durchschnittlichen Mietverhältnis präsentiert*. – Doch anstatt dass dabei zumindest auf den Teilvertragsgegenstand «Unterkunft auf Dauer» das hierfür zutreffende Schutzrecht, das Mietvertragsrecht, angewendet und dieses zum Schutze der Bewohnerin oder des Bewohners – egal ob die betreffende Person nun urteilsfähig oder nicht – festgeschrieben wird, wird mittels eines Muster-Betreuungsvertrags der Versuch unternommen, dieses Recht wegzubedingen.

Das strukturelle Machtungleichgewicht kommt im Betreuungsvertrag *auch noch viel ausgeprägter zum Ausdruck, als dies in einem durchschnittlichen Verbraucherungsvertragsverhältnis (Konsumentenschutzverhältnis)* der Fall ist, das nicht auf Dauer ausgerichtet ist und regelmässig weniger komplexe und kostspielige Kaufgegenstände und Dienstleistungen umfasst.

Im Zwischenresultat ist deshalb mit einem Zitat aus dem Vernehmlassungsbericht festzuhalten: «*La liberté contractuelle du résident est donc une chimère*». ¹⁴² Es wäre an der Zeit, die Konsequenzen daraus zu ziehen.

3. Chancen des Betreuungsvertrags

a) Als Instrument der Selbstbestimmung und Mitwirkung erkennen

Die Tatsache, dass der Betreuungsvertrag als ein Instrument des Erwachsenenschutzrechts ins ZGB aufgenommen wurde, ist trotz der zahlreichen damit einhergehenden Herausforderungen grundsätzlich als *erster positiver Schritt* zu bewerten: Denn dieser Vertragstypus ist erstens wegen seiner *grossen Verbreitung in der Bevölkerung (dafür sprechen auch die Musterverträge)* und zweitens aufgrund seiner *längeren Dauer und seiner grundlegenden, persönlichkeitsnahen sowie finanziellen Inhalte* grundsätzlich wirkungsmächtig und verdiente deshalb eine höhere Beachtung.

Der Betreuungsvertrag enthält namentlich Angaben zu den folgenden Vertragsinhalten:

141 Das renommierte Demenzheim Sonnweid (AG) hat aktuell etwa eine Warteliste von 200 Personen: Interview mit dem Leiter, Wochenzeitung (WOZ) vom 28. Juni 2016.

142 Zitat aus dem Vernehmlassungsbericht (Fn. 31), 354.

- *eigene Wohnform inkl. örtlicher, baulicher und sozialer Lebensraum,*
- *Art und Häufigkeit der täglichen Verpflegung,*
- *Art und Umfang der Betreuungsleistungen,*
- *die je nach dem eigenen Gesundheitszustand nötigen und gewünschten Pflegeleistungen.*

Konkrete Wünsche zur Lebensgestaltung, wie etwa:

- *zur Zimmereinrichtung,*
- *zu den Essens- und Schlafgewohnheiten,*
- *zur Körperpflege,*
- *zur Seelsorge und zur Sterbebegleitung.¹⁴³*
- *Das Entgelt ist regelmässig hoch und nicht einfach zu berechnen.*

Diese Inhalte sind lebensgestaltend und lebensprägend; daher gilt es, die Chancen der Gestaltungsmöglichkeit des künftigen Lebensalltags durch den Betreuungsvertrag zu erkennen und besser nutzbar zu machen. Mit anderen Worten: Der Betreuungsvertrag ist vermehrt auch *als Instrument der Selbstbestimmung und der Mitwirkung der künftigen urteilsfähigen Bewohner und Bewohnerinnen im Alltag der Einrichtung zu betrachten*. Wäre jeder Person die grosse Bedeutung des Betreuungsvertrags für *ihren Lebensalltag* frühzeitig bewusster, könnte wohl auch ein Beitrag dazu geleistet werden, dass Musterverträge kritischer gelesen und besser verstanden würden. Gleichzeitig bekämen entsprechende individuelle massgeschneiderte Ergänzungen oder Abänderungen mehr Raum und jede Person würde sich mit ihren Rechten und Bedürfnissen auseinandersetzen.

b) Unwägbarkeit der künftigen körperlichen und psychischen Befindlichkeit antizipieren

Eine grundlegende Problematik beim Abschluss eines Betreuungsvertrags sind die ungewisse *Dauer* und die *Unwägbarkeit der künftigen körperlichen und psychischen Befindlichkeit der Menschen im Alter*, die in einer Einrichtung leben. Eine Vertragslösung ist nicht zuletzt auch deshalb eine Chance, weil sich dadurch flexible Lösungsansätze antizipieren lassen.

Gerade demente Menschen verlieren etwa sukzessive die Fähigkeit, ihre persönlichen und finanziellen Angelegenheiten zu regeln.¹⁴⁴ Erst mit diesem Wandel (der nicht immer einfach festzustellen ist) stellen sich u. U. auch die schwierigen Fragen nach dem *gewünschten Mass an Ordnung in einer Einrichtung*, z. B. durch den Einsatz von Bettgittern. Während stellvertretend handelnde Person und/oder die betreffende Einrichtung möglicherweise versuchen, eine Bewohnerin respektive einen Bewohner aus unterschiedlichen Motiven (z. B. aus Kostengründen oder wegen Verleug-

143 Botschaft 2006, 7038; BaslerKomm/STECK, Art. 382 ZGB, N 42.

144 BAG/GDK, Nationale Demenzstrategie 2014–2017.

nung von Defiziten oder Schuldgefühlen) weiterhin wie bisher zu betreuen,¹⁴⁵ würde sich die nunmehr demente Person unter ihresgleichen in einer anderen Einrichtung mit einem kontrollierten Mass an Unordnung vielleicht wohler fühlen.¹⁴⁶

Was für eine Person vor respektive bei ihrem Eintritt in eine Einrichtung noch richtig erschienen sein mag, kann sich in innert relativ kurzer Zeit verändern – sei es, weil der Gesundheitszustand sich rapide verändere oder weil sich in der Einrichtung neue soziale Beziehungen ergeben. Zudem kann es sein, dass weil gewisse künftige Fragen schlicht nicht bedacht worden sind. Das Problem des Wandels bei einer selbstbestimmten rechtsgeschäftlichen Vorsorge zeigt sich in Form der *Selbstbindung*, dass eine Partei für die Folgen ihres selbstbestimmten Handelns in Zukunft geradestehen und ggf. sogar dafür haftbar gemacht wird.¹⁴⁷ Damit ist auch die Frage verknüpft, was für Sachverhalte in der Einrichtung im künftigen Alltagsleben für wen antizipierbar sind, und schliesslich noch grundlegender, ob Selbstbestimmung im Hinblick auf ein zukünftiges Ereignis oder einen zukünftigen Zeitpunkt überhaupt möglich sei. – Eine Frage, die bereits die rechtlichen Diskussionen rund um die Patientenverfügung beschäftigt.¹⁴⁸

145 KASTNER/LÖBACH, Handbuch Demenz, 3. Aufl., München 2014, 166.

146 Demente Menschen brauchen eine an ihre Bedürfnisse angepasste Ordnung: vgl. LAY, Ethik in der Pflege, 2. Aufl., Hannover 2012, 215; WELTER/HÜRLIMANN/HÜRLIMANN-SIEBKE, Gestaltung von Betreuungseinrichtungen für Menschen mit Demenzerkrankungen: Arbeitsbuch für Trägerschaften, Leitungen von Heimen und Pflegewohngruppen, Behörden, Architekten, Innenarchitekten sowie Bauausführende, Zürich 2006; WETTSTEIN/KÖNIG/SCHMID/PERREN, Belastung und Wohlbefinden bei Angehörigen von Menschen mit Demenz, Zürich 2005 (NFP45 Sozialstaat).

147 SCHWAB, Selbstbestimmung im Alter, ZBJV 2006, 561, 575: Er bezweifelt, dass mit der privatautonomen Vorsorge so einfach ein Maximum an Selbstbestimmung erzielt werden könne; s. zum Problem des veränderten Willens und dem notwendigen Zusammenspiel von privater und öffentlicher Vorsorge: BREITSCHMID/MATT, Wirrungen um die (altrechtliche) Vorsorgevollmacht (BGE 134 III 385 ff.), Pflegerecht 2012, 223, 225.

148 Es besteht eine gegenwärtige Tendenz in (medizin-)ethischen Diskursen, das Autonomieprinzip in Frage zu stellen: STEENEBREKER, Selbstbestimmung und Demenz – medizinethische Grenzen der Patientenverfügung?, MedR 2012, 725, 726; DAMM, Medizinische Grundprinzipien im Kontext von Pflege und Demenz – «Selbstbestimmung und Fürsorge», MedR 2010, 451, 453; in eine ähnliche Richtung geht seit Kurzem auch ein Teil der juristischen Lehre in der Schweiz: HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO, ZBJV 2012, 773, 799; AEBI-MÜLLER, ZBJV 2013, 150, 174: Sie sprechen von einer «Scheinautonomie» oder umgekehrt, von der Fähigkeit «der Antizipation» für das Aufsetzen einer Patientenverfügung, s. a. BRAUER, 3.). Als Alternative zum Autonomiekonzept wird v. a. der Respekt vor der «Menschenwürde» herangezogen: z. B. SCHABER, Instrumentalisierung und Würde, Paderborn 2010, 74 ff., oder das «Vertrauensprinzip»: vgl. WIESEMANN/SIMON, Patientenautonomie, theoretische Grundlagen, praktische Anwendungen, Münster 2013; s. a. ILLHARDT, Die ausgeblendete Seite der Autonomie: Kritik eines bioethischen Prinzips, Berlin 2008, 193 ff.; das Standardwerk dabei: BEAUCHAMP/CHILDRESS, Principles of Biomedical Ethics, 7. Aufl., Oxford 2013, 99 ff., 105, die das Autonomieprinzip nicht aufgeben, dieses aber auch relativieren möchten.

Man mag ohne Weiteres zugestehen, dass dem in den Rechtswissenschaften seit dem 18. Jahrhundert bestehenden Autonomiekonzept unrealistische Vorstellungen zu Grunde liegen (z. B. die Vorstellung vom rationalen, gesunden und informierten Mann), und nach naturwissenschaftlichen Kri-

Dass im Einzelfall – wenn seit der Vertragsunterzeichnung viel Zeit verstrichen ist und der Gesundheitszustand des Bewohners ein ganz anderer geworden ist – kein stures Festhalten am Vertrag angebracht ist, erscheint gerade aufgrund der höchstpersönlichen Inhalte der Leistungen ohne Weiteres gegeben (vertragsrechtliche Lösungen wie *clausula rebus sic statibus* oder im Notfall über die Sittenwidrigkeit nach Art. 19 f. OR/Art. 27 Abs. 2 ZGB).

c) Konfliktpotenzial antizipieren

Die Vertragsparteien werden regelmässig Teil eines Beziehungsgeflechts sein, das unter Umständen komplex ist und Konfliktpotenzial in sich birgt.

Zunächst verfügt eine Einrichtung regelmässig über einige bis viele Mitarbeitende, die in unterschiedlichen (leitenden und/oder betreuenden, pflegenden oder beratenden) Funktionen tätig und vertragsrechtlich regelmässig *als Hilfspersonen* anzusehen sind. Möglicherweise handelt es sich aber auch um Substituten – etwa wenn von der Institution eine medizinische Fachperson für eine pflegerische oder medizinische Leistung beigezogen wird. Dass ein Bewohner in einem besonderen Vertrauens-, aber auch in einem Abhängigkeitsverhältnis zu den sie betreuenden Pfl-

terien besteht aller Grund, an der Willensfreiheit zu zweifeln (HOTZ, Faktische und normative Aspekte der Vertragsfreiheit, FS Ott, Zürich 2008, 371). Den Anspruch auf (die Fiktion der) Selbstbestimmung deswegen grundsätzlich in Frage zu stellen, nur weil dieser auf die Zukunft gerichtet ist, erscheint jedoch kaum (rechts-)förderlich – zumal die konkrete Alternative, die sich zu einer (späteren) Fiktion der Selbstbestimmung stellt, weder neu noch sonderlich erbaulich ist: Bestenfalls entscheidet eine fremde medizinische oder juristische Fachperson stellvertretend über den «eigenen mutmasslichen Willen». Es besteht indes nicht nur für die Patientenverfügung, sondern für alle vertraglichen Selbstbindungen, welche die persönliche Sorge, das heisst die höchstpersönliche Rechte betreffen, Klärungsbedarf dafür, wie die Schranke, deren Abänderbarkeit und deren Widerruf anzusetzen sind. So kann es beispielsweise nicht angehen, dass ein Mensch im Alter einen Vorsorgebeauftragten eingesetzt hat, der sich schlichtweg über die ihm gegenüber mündlich geäusserten, neuen wirren Wünsche seines Auftraggebers betreffend Einrichtung hinwegsetzt – es sei denn, es resultiere daraus eine Gefahr für Leib und Leben. Ebenso muss ein rechtlicher Weg dafür aufgezeigt werden, wie etwa bei einem Autounfall der eigene Partner noch auf die Schnelle mündlich als «Vorsorgebeauftragter» eingesetzt werden kann (vgl. BREITSCHMID/MATT, Pflegerecht 2012, 223 Fn. 30 mit einem Hinweis auf das Nottestament und Fn. 49 mit Hinweis auf die Rest-Urteilsfähigkeit, die eine Anpassung des Vorsorgeauftrags noch erlaubte: HOTZ, ZKE 2011, 102, 111; a.A. STEINAUER/FOUNTOULAKIS [Fn. 18], Rz. 837a m. w. H.). Ferner stellt sich bei letztwilligen Verfügungen niemand die Frage, ob die Antizipation eines künftigen Willens *per se* möglich sei, und trotz einer Scheidungsrate von 50% werden weiterhin Vereinbarungen «bis in alle Ewigkeit» geschlossen, die man trotz ihrer Realitätsferne nicht ausschliessen möchte. Ferner gilt es Folgendes zu bedenken: Würde eine Einrichtung für Menschen im Alter im Alltag generell auf die Menschenwürde referenzieren statt auf die Autonomie, so gäbe es trotzdem unzählige Situationen, in denen Rechte wertend abgewogen werden müssten: Dabei ist etwa an das Selbstbestimmungs- oder Persönlichkeitsrecht des Opas vs. die Vertretungsrechte der Nachkommen oder an die Fürsorgepflicht der Einrichtung/des Arztes oder des Staates vs. die Selbstbestimmung eines Sterbewilligen zu denken.

gepersonen lebt, ist hinlänglich bekannt. Interessenkonflikten kann seitens der Einrichtung vorgebeugt werden, beispielsweise durch die Befolgung der Empfehlungen in der Richtlinie der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften zur Betreuung von Patienten am Lebensende.¹⁴⁹

Der Betreuungsvertrag bietet an dieser Stelle auch eine Chance, gewissen Interessenkonflikten durch antizipierende Regelungen, wie beispielsweise die Benennung der Bezugspersonen¹⁵⁰ (am besten in Kaskadenreihenfolge) oder der medizinischen Fachperson nach Wahl, im Betreuungsvertrag praktisch entgegenzuwirken.

- d) Betreuungsverträge gilt es neben Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung zu etablieren und abzugrenzen
 - aa) Umfassender Gesetzesregelung *de lege ferenda*

Wünschenswert ist, dass der Betreuungsvertrag – allein schon aufgrund *seiner grossen Verbreitung und zentralen Bedeutung für die künftigen Bewohner und Bewohnerinnen von Einrichtungen und seiner Signalwirkung für antizipierende gute Lösungen – de lege ferenda umfassender geregelt wird*. So könnten wenigstens die fünf wesentlichen Leistungsinhalte (Unterkunft, Verpflegung, Betreuung und Pflege sowie Entgelt) gesetzlich umschrieben und ausformuliert, die Vertretungsrechte konkretisiert und gegenüber der FU abgrenzt sowie die Leistungsstörungsregeln und Kündigungsfristen verbindlich festgelegt werden. Dadurch liessen sich *elementare Rechtsunsicherheiten* vermeiden – beispielsweise ob zwingende mietrechtliche Kündigungsfristen oder auftragsrechtliche Widerrufsregeln zur Anwendung gelangen müssen oder ob die Vertretungsmacht der stellvertretenden Person anders aussieht, je nachdem, ob die betroffene urteilsunfähige Person in einer «geschlossenen» oder einer «offenen» Wohn- und Pflegeeinrichtung untergebracht wird. Deshalb sollten *de lege ferenda* noch weitere bundesrechtliche Regelungen folgen, beispielsweise nach dem Neuenburger Vorbild, und vor allem wäre es angebracht, den Vertrag für alle Bewohnerinnen und Bewohner, seien sie nun urteilsfähig oder nicht, gesetzlich gleichermassen zu regeln.

Erst dann wäre garantiert, dass die Musterverträge einheitlicher würden und die zu regelnden Inhalte vorab bekannter wären. Die zahlreichen existierenden Musterverträge würden dann quasi in «eine Gesetzesform gegossen» und die diversen, heute existierenden integrierenden Vertragsbestandteile würden immer noch für genügend Flexibilität in der individuellen Regelung der Pflegeleistungen garantieren. – Ob das ZGB für die Regelung des Betreuungsvertrags der richtige Ort ist, darüber liesse sich

149 Z.B. Ziff. 5: Das Personal ist bei der Durchführung eines Suizids auszuschliessen; Ziff. 8: die Institution sorgt dafür, dass das Personal keine Zuwendungen, Geschenke oder Erbschaften erhält.

150 Z.B. § 2 Abs. 2 Patientinnengesetz des Kanton Zürich (LS 813.13).

ernsthaft diskutieren.¹⁵¹ Als umfassend geregelter Vertragstypus liesse sich der Betreuungsvertrag, wie unter Ziff. I erörterter, auch auf andere Wohn- und Betreuungsverhältnisse anwenden, was nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich für seine ausführlichere Regelung im Obligationenrecht sprechen würde.

Als Alternative zu einem bundesrechtlichen Gesetzgebungsvorschlag (für deren Kompetenz Spielraum besteht gemäss Ziff. V/1/b/aa) wäre auch denkbar, dass den Kantonen eine Gesetzgebungspflicht zur Regelung des Betreuungsvertrags auferlegt würde.

Aus der Sicht der Menschen im Alter sollte das Ziel angestrebt werden, den Betreuungsvertrag neben dem Vorsorgeauftrag – der bekanntlich im Vergleich zum ersteren noch sehr selten vorkommt (v. a. in der Romandie) – und der Patientenverfügung bei vertragsrechtlichen Lösungen im Hinblick auf die eigene Hilfsbedürftigkeit gesetzlich zu etablieren. Hat sich eine noch urteilsfähige Person in Vorfeld bereits mit dem Lebensalltag in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung *befasst, oder hat sie sich beim Eintritt in eine Einrichtung genügend damit befassen können, so steigen die Chancen, dass sie sich im Alltag in der betreffenden Einrichtung wohl fühlen wird.*

bb) Abgrenzung gegenüber dem Vorsorgeauftrag

Es sollte für alle Menschen im Alter klar sein, welche primären rechtlichen Instrumente ihnen zur Verfügung stehen, um für ihre Zeiten der künftigen Handlungsunfähigkeit in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung vorzusorgen und einen Stellvertreter zu bestimmen, der sich um die Fragen der Wohn- und Pflegeeinrichtungen kümmert.

Es sind dies erstens der *Vorsorgeauftrag* (Art. 360 ff. ZGB), zweitens die *Patientenverfügung* (Art. 370 ff. ZGB) und drittens die *Bevollmächtigung über die Handlungsunfähigkeit hinaus* (Art. 32 ff. OR). Schliessen sie jedoch zu Zeiten der Urteilsfähigkeit einen schriftlichen Betreuungsvertrag mit einer Einrichtung ab – was häufig der Fall sein wird –, so haben sie *rechtlich die Möglichkeit, den Betreuungsvertrag konkret dazu nutzbar zu machen, um der Einrichtung ihre individuellen Bedürfnisse hinsichtlich der aufkommenden längeren Dauer kundzutun und entsprechende Vereinbarungen zu treffen* – jenseits der existierenden Musterverträge. Wird die Bewohnerin während der Vertragsdauer urteilsunfähig, wird ihr – vertragsrechtlich betrachtet – eine stellvertretend Person zugeordnet (Art. 382 ZGB).

151 Interpellation S. Fn. 123, IP GUTZWILLER 03.3549 zum «Heimbetreuungsvertrag», welcher im Obligationenrecht knapp geregelt werden sollte. Dabei sollte eine Bestimmung die Kantone dazu anhalten, Rahmengesetze zu erlassen; der erste Vorentwurf von 1998 liess allerdings noch offen, ob der Betreuungsvertrag überhaupt geregelt werden sollte (Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des Zivilgesetzbuches, Juni 1998, 41 f.).

Bereits *de lege lata* ist abschliessend zu beachten, dass die Grenzen zwischen einem stellvertretend ausgeübten Betreuungsvertrag und einem Vorsorgeauftrag inhaltlich fließend sein und sich punktuell überschneiden können. Daher sind die unterschiedlichen *Formvorschriften* der verschiedenen Instrumente grundsätzlich im Auge zu behalten. Eine Person kann und soll mittels Vorsorgeauftrag ihre eigenen Vorstellungen über die Region sowie die Art und Weise der gewählten Einrichtung, der Art ihrer Wohnung oder ihres Zimmers (z. B. Einzel- oder Mehrfachzimmer, Zimmer mit eigenem Mobiliar oder nicht) und ihres gesamten Alltagslebens in einem Wohn- oder Pflegeeinrichtung vorausschauend festhalten und die Person bestimmen, welche alle persönlichen und oder finanziellen Fragen während des künftigen Aufenthaltes in einer Einrichtung erledigen soll. Entsprechende Hinweise finden sich beispielsweise in der Dokumentation von CURAVIVA;¹⁵² interessanterweise figurieren in den konsultierten Musterverträgen (Vorsorgeaufträgen) jedoch (noch) keine entsprechenden Klauseln hinsichtlich des Eintritts in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung.¹⁵³ Spannende Fragen dürften sich dann möglicherweise bei der Auslegung oder Ergänzung des Vorsorgeauftrags stellen,¹⁵⁴ wenn es darum gehen wird, festzuhalten, was die vertretungsberechtigte Person im Einzelnen tun darf respektive tun soll, beispielsweise wenn bloss die generelle Zuständigkeit zur Personensorge oder «nur» die Wahl der Einrichtung geregelt ist. Schreibt die betroffene Person jedoch im Vorsorgeauftrag ausdrücklich fest, dass sie niemals in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung eintreten möchte, so schliesst sich ein Stellvertreterentscheid nach Art. 382 ZGB aus und es muss in jedem Fall eine FU angeordnet werden.

Oder umgekehrt stellt sich etwa die Frage, ob sich eine Einrichtung durch eine entsprechende Klausel im Musterbetreuungsvertrag von allen Fragen der Vermögensvorsorge ihrer Bewohnerinnen und Bewohner distanzieren kann, wenn seitens einer Drittperson ein Vorsorgeauftrag besteht.

Eine weitere offene Frage zum Vorsorgevertrag lautet, inwiefern eine teilweise urteilsunfähige Bewohnerin noch einen Vorsorgeauftrag errichten kann, für diejenigen Bereiche, für die sie noch als urteilsfähig anzusehen ist.¹⁵⁵ – Wer hilft ihr

152 CURAVIVA, Erwachsenenschutzrecht: Informationen zum Vorsorgeauftrag und Musterdokument, Bern 2012, abrufbar unter: <http://upload.sitesystem.ch/131D5358A8/4BFEA0B204/A3E5CED00E.pdf> (4.7.2016).

153 Vgl. etwa die Musterdokumente von CURAVIVA, Pro Senectute, KESB Zürich oder des Bundesamtes für Justiz.

154 BaslerKomm/RUMO-JUNGO, Art. 364 ZGB, N 13 f.; LEUBA/GIUDICE, Le mandat pour cause d'incapacité: état des lieux, in: GUILLOD/BOHNET (Hrsg.), Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Basel 2012, 211, 231 ff., 235: zur Problematik der paternalistischen Auslegung des Vorsorgeauftrags im Allgemeinen, mit Beispielen.

155 Gemäss BaslerKomm/RUMO-JUNGO, Art. 360 ZGB, N 23 und WIDMER BLUM (Fn. 130), 273 ff., kann eine beschränkt handlungsfähige Person für diejenigen Bereiche, in denen sie noch voll handlungsfähig ist, einen Vorsorgeauftrag errichten; a. A. SCHMID (Fn. 42), Art. 360 ZGB, N 7: Er ist der Meinung, dass die betroffene Person keinen Vorsorgeauftrag errichten kann, sobald ihre Handlungs-

ggf. dabei? Die stellvertretende Person nach Art. 382 ZGB? Soll respektive/muss die Einrichtung sie auf die Möglichkeit eines Vorsorgeauftrags aufmerksam machen? Schliesslich wird sich in der Praxis – gerade in einer Einrichtung – der Umgang mit informellen Änderungen etablieren müssen.

Werden etwa Regelungen zur Pflege in der Sterbephase, evtl. Sterbehilfe (die in den Musterverträgen oft ausgeschlossen werden) und/oder palliative Care, im Betreuungsvertrag oder seinen Vertragsbestandteilen aufgenommen, so sind dies Inhalte, die auch den Regeln zur Patientenverfügung unterliegen. Da aber mit der Unterzeichnung eines Mustervertrags regelmässig die einfache Schriftlichkeit und damit die Formvorschriften nach Art. 370 ZGB erfüllt sind, bereiten diese Punkte keine Probleme. – Sie können ohne Weiteres Teil des Betreuungsvertrags sein.

Auch die fließenden Grenzen zu den strengeren formpflichtigen Vertragsinhalten des Vorsorgeauftrags (Art. 360 ff. ZGB z.B: Eigenhändigkeit) erscheinen dann als unproblematisch, wenn die künftige Bewohnerin den *Betreuungsvertrag mit der Einrichtung noch selbstbestimmt verfasst und unterzeichnet hat und erst im Verlauf ihres Aufenthaltes zunehmend urteilsunfähig wird (erst ab dann wird nach Art. 382 ZGB Schriftlichkeit vorausgesetzt)*. Damit ist die zuständige Stellvertreterin nach Art. 382 Abs. 3 ZGB zwar noch nicht notwendigerweise bestimmt, wohl aber die lebensgestaltenden wesentliche Inhalte, die auch für die nunmehr einsetzende gesetzliche Stellvertretung nach Art. 382 Abs. 3 ZGB massgebend sein muss. Ferner ist möglich, in den Betreuungsvertrag mit der Einrichtung aufzunehmen, wer als *externe Person jeweils zu kontaktieren sei*, und zusätzlich, wer *bei Urteilsunfähigkeit gegebenenfalls stellvertretend die medizinischen und/oder die pflegerisch-betreuenden Entscheide treffen solle*. Dafür reicht gemäss Art. 382 Abs. 3 i. V.m. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ebenfalls die Form der Patientenverfügung, das heisst die einfache Schriftlichkeit.

VI. Statt eines Schlusswortes einige Formulierungsvorschläge

Dass die Steuerung von grossen Rechtsreformen wie derjenigen des Erwachsenenschutzrechts eine komplexe fachliche und politische Aufgabe darstellt, und dass die Umsetzung einer neuen Regelung in der Praxis vermutlich mehr als drei Jahre beanspruchen wird, ist unbestritten. Der Ruf nach mehr Regelung des Betreuungsvertrags durch das Recht mag daher speziell zu diesem Zeitpunkt keinen Anklang finden. Jedoch erscheint die Rechtslage, mit der sich Menschen im hohen Alter, die in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung eintreten wollen oder sollen, konfrontiert sehen,

fähigkeit eingeschränkt ist; nach LANGENEGGER, Die eigene Vorsorge, Art. 360 ZGB, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, 2. Aufl., Basel 2015, 43, N 15 muss eine beschränkt handlungsfähige Person die Fähigkeit zur Errichtung eines Vorsorgeauftrages grundsätzlich für alle Bereiche behalten.

insgesamt doch sehr herausfordernd. Im Vergleich zu anderen Vertragstypenregelungen, die anerkanntermassen seit längerem oder kürzerem im Zeichen des Sozial-schutzes des Schuldrechts stehen – wie namentlich das Mietvertragsverhältnis oder das «Verbrauchervertragsverhältnis»¹⁵⁶ oder eben auch der sehr ausführlich geregelte Vorsorgeauftrag –, ist die Regelungsselektion schwer nachvollziehbar. Dabei böte auch ein sorgfältiger Betreuungsvertrag den Menschen im hohen Alter zahlreiche Chancen, um angemessen Einfluss auf den künftigen Lebensalltag nehmen zu können. Im Sinne eines kurzfristig realisierbaren Lösungsansatzes sei Menschen im Alter jedoch empfohlen, ihre Willensbekundungen zu ihrem Leben in einer Wohn- und Pflege-Einrichtung in ihrem Vorsorgeauftrag aufzunehmen.

Abschliessend sollen drei Formulierungsvorschläge zur weiteren Diskussion gestellt werden, die von den *Chancen einer selbstbestimmten vertragsrechtlichen Regelungen ausgehen* (der erste aus Sicht des Vorsorgeauftrags und die anderen aus Sicht des Betreuungsvertrags) und zugleich wesentliche Herausforderungen antizipierend aufnehmen möchten (Verlauf der Gesundheit und Vertretungsrecht sowie das strukturelle Ungleichgewicht):

1.) Ein Formulierungsvorschlag im *Rahmen eines handschriftlichen oder öffentlich beurkundeten Vorsorgeauftrags* zwischen auftraggebender und beauftragter Person, der antizipierend Bezug auf das künftige Leben in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung nimmt, könnte etwa entsprechend wie folgt lauten:

Klausel «Leben in einer Wohn-und Pflege-Einrichtung

Ich möchte so lange als möglich in meiner Wohnung, in XXX, leben. Falls aber eine Rundum-Betreuung und -Pflege nötig wird und ich nicht mehr entscheiden kann, wer mich dabei unterstützen soll, so möchte ich gerne in der Wohn- und Pflegeeinrichtung XXX leben. Sollte das nicht möglich sein oder bestehen Zweifel, entscheidet mein Sohn, geb. X von X, hinsichtlich Ort und Art meiner Unterkunft, Betreuung- und Pflege und trifft alle Vereinbarungen. (Er ist auch im Besitze der Patientenverfügung.)

Es bedeutet mir viel, dass ich Gelegenheit bekomme, meine zwei Bilder mitzunehmen und den Garten zu benützen. Mir ist unwichtig, ob ich ein Einzelzimmer bekomme.

Sollte mein Sohn nicht entscheiden können oder wollen, entscheidet an seiner Stelle meine Enkelin Z.

Für alle meine finanziellen Belange bleibt, wie bereits ausgeführt, die Vorsorgebeauftragte Y zuständig. Sie hat sich diesbezüglich in Belangen der Einrichtung mit meinem Sohn X (oder mit meiner Enkelin Z) zu einigen.»

156 Das es in der Schweiz so nicht gibt. Die sog. «Konsumverträge» sind nur punktuell geregelt, z.B. besteht ein 14-tägiges Widerrufsrecht für Haustür- und Telefongeschäfte in Art. 40a ff. OR; für Ehe-Partnerschaftsvermittlungsvertrag n. Art. 406d Ziff. 5 und 6, für Konsumkreditverträge n. Art. 16 KKG (SR 221.214.1) und ein einseitiges Rücktrittsrecht bei Pauschalreisegeschäften n. Art. 10 Abs. 1 PauRG (SR 944.43) sowie ein Vertragsauflösungsrecht bei nicht Erbringen besonderer Informationspflichten nach Versicherungsvertragsrecht n. Art. 3a VVG (SR 221.229.1).

2.) Ein Formulierungsvorschlag für eine *«Unterstützungs- und Vertretungsklausel»*, die in einem schriftlichen Betreuungsvertrag zwischen Bewohner/Bewohnerin und Einrichtung, der *zum Zeitpunkt der Urteilsfähigkeit des Bewohners/der Bewohnerin geschlossen wird und antizipierend Bezug auf den Gesundheitsverlauf sowie die Unterstützungs- und die Vertretungsproblematik nimmt*, könnte beispielsweise wie folgt lauten:

Klausel «Unterstützung und Vertretung:

- a) Die Einrichtung hat den Bewohner/die Bewohnerin in seinen/ihren Entscheidungen und Wünschen zu unterstützen.*
- b) Die Einrichtung hat bei allfälligen Fragen/Zweifeln/Problemen hinsichtlich der Entscheidungen und Wünsche des Bewohners/der Bewohnerin XXX als Kontaktperson beizuziehen.*
- c) XXX kann stellvertretend für den Bewohner/die Bewohnerin handeln für den Fall, dass dieser/diese im Verlaufe der Vertragsdauer trotz Unterstützung (lit. a und b) nicht mehr fähig sein sollte, die persönlichen und finanziellen Angelegenheiten in dieser Einrichtung zu entscheiden.»*

3.) Ein Formulierungsvorschlag für eine Klausel zur *«Informationspflicht und ein Widerrufs- respektive Kündigungsrecht»*, die in einem schriftlichen Betreuungsvertrag zwischen Bewohner/Bewohnerin und Einrichtung, geschlossen wird und *antizipierend Rücksicht auf das strukturelle Ungleichgewicht nimmt*, könnte beispielsweise wie folgt lauten:

«Informationspflicht

- a) Die Einrichtung hat den Bewohner/die Bewohnerin über alle für den Vertragsabschluss wesentlichen Inhalte in einfacher Weise informiert, namentlich über: 1.) die ihm/ihr zur Benützung überlassenen individuellen und gemeinschaftlichen Wohnräume inkl. Mobiliars, 2.) die zur Verfügung stehende Verpflegung und 3.) die zur Verfügung stehenden Betreuungs- und Pflegeleistungen sowie 4.) die Höhe des Entgelts (inkl. Ausschlüsselung) sowie einer allfällig zu leistenden Kautions und 5.) über ihre Selbstbestimmungs- und Mitwirkungsrechte in der Einrichtung und 6.) über das Widerrufs- respektive Kündigungsrecht.*

Widerrufs- respektive Kündigungsrecht

- a) Dem Bewohner oder der Bewohnerin steht ein Widerrufsrecht zu. Der Widerruf ist an keine Form gebunden. Die Widerrufsfrist beträgt 21 Tage ab dem tatsächlichen Eintritt in die Einrichtung.*
- b) Nach der Ausübung des Widerrufsrechts sind empfangende Leistungen gegenseitig zurückzuerstatten. Auslagen und Verwendungen für bereits geleistete Dienstleistungen sind zu ersetzen. Die Einrichtung kann die von ihr erbrachten Dienstleistungen angemessen in Rechnung stellen. Sie schuldet hierfür eine genaue Abrechnung.*
- c) Danach kann der Bewohner/die Bewohnerin den Vertrag mit einer Kündigungsfrist von 30 Tagen schriftlich kündigen.*
- d) Die Einrichtung kann den Vertrag nur aus wichtigen Gründen (z. B. Personalmangel, Betrieb wird eingestellt/reduziert) schriftlich kündigen. Die Kündigungsfrist beträgt 30 Tage.»*

Zusammenfassung: *Der Betreuungsvertrag zwischen Bewohnerin oder Bewohner und Wohn- und Pflegeeinrichtung ist trotz zunehmender Verbreitung und trotz seiner lebensprägenden Bedeutung für Menschen im hohen Alter im schweizerischen Zivilrecht marginal geregelt. Dies etwa im Gegensatz zu einem Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB) oder zu anderen Vertragstypenregelungen, die anerkanntermassen im Zeichen des Sozialschutzes stehen (z. B. Mietvertrag nach Art. 253 ff. OR). Das führt in der Praxis u. a. zu heteronomen, einseitig vorformulierten Musterverträgen, mit denen künftige Bewohnerinnen und Bewohner konfrontiert sind; dies in einer für sie regelmässig sehr schwierigen Situation (Auflösung des eigenen Haushalts, keine Auswahl an Einrichtung und/oder Zimmer, Todesfall der Partnerin/ Partners, eigene Behinderung/Krankheit usw.). Damit bestehen grundsätzliche Zweifel an ihrer Selbstbestimmung und Mitwirkung bei Vertragsschluss und an der Abschluss- und Inhaltsfreiheit eines Betreuungsvertrags.*

Art. 382 ZGB regelt, dass im Fall einer Urteilsunfähigkeit eines künftigen Bewohners oder einer künftigen Bewohnerin einer Wohn- und Pflegeeinrichtung die stellvertretende Person den Betreuungsvertrag mit der Einrichtung schliessen soll. Ein schriftlicher Vertrag soll dabei die zentralen Leistungsinhalte, namentlich die Frage nach dem Entgelt umfassen. Diese Regelung sorgt zwar für eine gewisse Transparenz. Sie lässt aber zahlreiche Fragen offen, namentlich etwa die zu den anwendbaren Vertragsauflösungsbestimmungen und die zu den Grenzen der gesetzlichen Stellvertretung. – Wer bestimmt, ob die künftige Bewohnerin «nur» sehbehindert ist und den Vertrag nicht unterzeichnen kann oder ob sie auch urteilsunfähig ist? Wann liegen beispielsweise genügend Anzeichen von Widerstand der künftigen Bewohnerin oder des Bewohners vor, sodass eine Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB) zur Anwendung gelangen muss? Und wann fällt die Stellvertretung aufgrund einer Interessenkollision dahin?

Diese Schwierigkeiten rund um den Betreuungsvertrag verlangen längerfristig nach einer gesetzlichen Rahmenregelung. Kurzfristiger realisierbarer sind etwa: die Schriftform als Errichtungserfordernis zu bewerten und die Lancierung von Formulierungsvorschlägen für Betreuungsverträge durch dritte, staatliche oder private Akteure in diesem Feld (z. B. Informationspflicht, Auflösungsbestimmung). Im Entscheid, in eine Wohn- und Pflegeeinrichtung einzutreten und dabei mittels Betreuungsvertrags über das eigene Wohnen, die Verpflegung und die Betreuung sowie die Pflege mitentscheiden zu können, liegt nämlich für Menschen im hohen Alter theoretisch auch ein Potenzial, selbstbestimmt vorzusorgen. Ein sorgfältig ausgearbeiteter Betreuungsvertrag bietet die Chance, Einfluss auf den künftigen Lebensalltag in einer Wohn- und Pflegeeinrichtung zu nehmen, Wünsche anzubringen und wesentliche Herausforderungen antizipierend aufzunehmen.

Résumé: *Le contrat d'assistance passé entre les résidents et les établissements médico-sociaux n'est réglé que de façon marginale dans le droit civil suisse, bien qu'il*

soit de plus en plus répandu et ait un impact important sur la vie des personnes d'âge avancé. Il se distingue en cela du mandat pour cause d'incapacité (art. 360 ss CC) ou d'autres types de contrats qui sont connus pour être placés sous le signe de la protection sociale (p. ex. le bail à loyer selon les art. 253 ss CO). En pratique, cela amène les futurs résidents à être confrontés à des contrats-types hétéronomes, préétablis de manière unilatérale, alors qu'ils se trouvent dans une situation qui est souvent très difficile à vivre (dissolution de leur ménage, pas de choix de l'institution et/ou de la chambre, décès du/de la partenaire, propre handicap/maladie, etc.). Cela fait naître de sérieux doutes en ce qui concerne leur autodétermination et participation lors de la conclusion du contrat ainsi qu'au sujet de la liberté de contracter et de déterminer le contenu d'un contrat d'assistance.

Aux termes de l'art. 382 CC, il incombe au représentant de conclure le contrat d'assistance avec l'institution en cas d'incapacité de discernement d'un futur résident d'un établissement médico-social. Le contrat écrit doit alors contenir les prestations essentielles, notamment la question de la rémunération. Cette réglementation assure une certaine transparence. Mais elle laisse de nombreuses questions ouvertes, notamment sur les dispositions applicables en cas de dissolution du contrat et sur les limites de la représentation légale. – Qui détermine si la future résidente est « seulement » malvoyante et n'est pas en mesure de signer le contrat ou si elle est aussi incapable de discernement? Quand y a-t-il par exemple suffisamment de signes de résistance de la part de la future résidente ou du résident qui justifieraient que soit appliqué le placement à des fins d'assistance (art. 426 ss CC)? Quand la représentation prend-elle fin pour cause de conflit d'intérêts?

Ces difficultés au sujet du contrat d'assistance exigent à plus long terme un cadre législatif. A plus court terme, on pourrait notamment envisager le respect de la forme écrite pour la constitution du contrat et demander à des tiers, acteurs publics ou privés de ce domaine, de proposer des formulations pour les contrats d'assistance (p. ex. devoir d'information, disposition sur la dissolution). La décision d'entrer dans un établissement médico-social et le fait d'avoir son mot à dire sur son hébergement, sur la nourriture, la prise en charge et les soins au travers du contrat d'assistance offrent en théorie aux personnes de grand âge la possibilité d'agir de manière prévoyante par elles-mêmes. Un contrat d'assistance soigneusement élaboré offre l'opportunité d'influer sur son futur quotidien dans un établissement médico-social, d'émettre des souhaits, d'anticiper et affronter des défis importants.
