



## Handeln für den Entmündigten bei Interessenkollision

### Sachverhalt

Die sehr vermögenden Eltern eines entmündigten und unter erstreckter elterlicher Sorge stehenden Behinderten wollen das unbelastete Bauland (Wert ca. 12 Mio., keine Hypotheken, keine Belastungen, etc.), an die Söhne als reine Schenkung, ohne Gegenleistung übergeben. (Mit der Tochter, welche den Landwirtschaftsbetrieb übernehmen soll, werde noch verhandelt.)

In Art. 421/422 ZGB ist bei Entgegennahme von Schenkungen keine Zustimmung der VB vorgesehen. Da unser Klient urteilunfähig ist, kann er die Schenkung nicht entgegennehmen und rechtsgültig erwerben (Art. 241 OR). Es ist davon auszugehen, dass die VB dieser Schenkung zustimmen muss, da die Schenker, welche ja gleichzeitig gesetzliche Vertreter sind, dies nicht tun können. Es stellt sich aber innerhalb unserer Administration die Frage, ob die Zustimmung der VB eine reine Formsache sei, d.h. das Geschäft materiell nicht geprüft werden muss, da es sich ja um eine Schenkung handelt. Wir gehen davon aus, dass das Schenkungsversprechen öffentlich beurkundet wird.

Konkret interessiert uns nun die Antwort auf folgende Fragen:

#### Frage 1

Ist es tatsächlich so, dass die Vormundschaftsbehörde bei Schenkungen über Grundstücke oder Anteile davon, bei Urteilsunfähigkeit des Mündels, die Zustimmung anstelle des Mündels erteilen muss? Art. 239 ff OR?

#### Frage 2

Wenn ja, ist es tatsächlich so, dass eine solche Zustimmung eine reine „Formsache“ darstellt und das Schenkungsversprechen nicht geprüft werden soll/muss? Was ist, wenn das schriftliche Schenkungsversprechen schlussendlich trotzdem Auflagen/Bedingungen enthält?

### Erwägungen

1. Es wird bezüglich des Sachverhalts vorausgesetzt, dass der Behinderte urteilsunfähig ist. Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen (z.B. Art. 54 OR) durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen (Art. 18 ZGB).
2. Wäre der Entmündigte urteilsfähig, könnte er ohne Zustimmung der gesetzlichen Vertretung unentgeltliche Vorteile erlangen (Art. 19 Abs. 2 ZGB). E contrario kann ein Urteilsunfähiger auch das nicht. Das wird in Art. 241 OR noch ausdrücklich so geregelt („Eine Schenkung entgegen nehmen und rechtsgültig erwerben kann auch ein Handlungsunfähiger, wenn er urteilsfähig ist“).
3. Wer nicht handlungsfähig ist, handelt durch seinen gesetzlichen Vertreter, welches hier gestützt auf Art. 369 ZGB (Entmündigung) und Art. 385 Abs. 3 ZGB

(Unterstellung unter die erstreckte elterliche Sorge) die Eltern sind. Weil die Eltern die Schenker und der Handlungsunfähige der Beschenkte ist, können die Eltern nicht selbst handeln (Verbot des Selbstkontrahierens, BGE 126 III 363, 39 II 561; Handkommentar Schöbi, OR Art. 33 N 11). Anders wäre es nur, wenn eine Parallelität der Interessen bestünden und eine Benachteiligung ausgeschlossen wäre (BGE 93 II 461, 481; 98 II 211, 219), was hier nicht der Fall ist. Vielmehr geht es um einen Erbvorbezug unter eher komplexen vermögensrechtlichen Verhältnissen. Im Falle des Interessenkonfliktes bedarf es demnach eines Kollisionsbeistandes (Art. 392 Ziff. 2 ZGB).

4. Ist ein Kollisionsbeistand einzusetzen, so übernimmt er die Pflichten des gesetzlichen Vertreters im Kollisionsbereich. Er unterliegt diesbezüglich den genau gleichen Sorgfaltspflichten wie der gesetzliche Vertreter, wenn dieser handeln müsste und könnte (Art. 304-306, 407 i.V.m. Art. 367 Abs. 3 ZGB). Vertretung ist keine Formsache, sondern inhaltliche Interessenwahrung (A. BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Auflage Rz 110 ff., 164-170, 507; Berner Kommentar SCHNYDER/MURER, ART. 385 N 52, ART. 392 N 18).
5. Der vormundschaftsbehördlich bestellte Vertreter ist für die sorgfältige Amtsführung verantwortlich und haftet für Schaden, wenn solcher durch die absichtliche oder fahrlässige Missachtung von Regeln einer sorgfältigen Verwaltung entsteht (Art. 426 ZGB).
6. Die Vormundschaftsbehörde kann anstelle eines Beistandes selbst handeln, wenn ein besonderer Grund vorliegt. Das ist der Fall, wenn die Angelegenheit dringlich, infolge ihrer Liquidität rasch lösbar ist und die Anordnung einer Beistandschaft eine unnötige Formalität darstellen würde (Berner Kommentar SCHNYDER/MURER, Art. 361 ZGB N 59 ff. und Art. 392 ZGB N 36; BSK ZGB I-Langenegger, Art. 392 N 14). Aber auch diese ad-hoc-Handlung der Vormundschaftsbehörde ist nie eine Formsache, sondern kann nur erfolgen, wenn die Interessenlage des Mündels geprüft und als gewahrt beurteilt worden ist. Die vorliegende Angelegenheit ist alles andere als einfach, weshalb von der Bestellung eines Vertretungsbeistandes nicht Umgang genommen werden kann. Allerdings ist auch nicht erkennbar, was sachlich daran hindern sollte, diese Vertretungsbeistand einzusetzen, weil er dazu dient, eine sachgerechte Lösung zu finden. Es ist auch in Betracht zu ziehen, dass der Entmündigte, wenn er in Besitz von Bauland gerät, mit vielen weiteren Herausforderungen konfrontiert werden kann, was nach einer Neuorganisation der Vermögensverwaltung ruff (Vormundschaft, ab 1.1 2013 umfassende Beistandschaft).
7. Ihre Fragen können demnach wie folgt beantwortet werden:
  - a. **Ist es tatsächlich so, dass die Vormundschaftsbehörde bei Schenkungen über Grundstücke oder Anteile davon, bei Urteilsunfähigkeit des Mündels, die Zustimmung anstelle des Mündels erteilen muss? Art. 239 ff OR?**  
Nein. Aber es wird hier nicht um eine Schenkung, sondern allem Anschein nach um einen Erbvorbezug gehen, zu welchem alle Erben (Nachkommen) ihre Zustimmung werden erteilen müssen (Art. 421 Ziff. 9 ZGB), da die Tochter den Hof und die Söhne das Bauland erhalten. Das können die Eltern nur dann gefahrlos arrangieren, wenn die ganze Familie damit einverstanden ist. Sonst riskieren sie später Erbschaftsstress.

- b. Wenn ja, ist es tatsächlich so, dass eine solche Zustimmung eine reine „Formsache“ darstellt und das Schenkungsversprechen nicht geprüft werden soll/muss? Was ist, wenn das schriftliche Schenkungsversprechen schlussendlich trotzdem Auflagen/Bedingungen enthält?**

Nein, Interessenvertretung ist nie eine Formsache. Im Vormundschaftswesen gibt es praktisch keine Formsachen. Das mag von einzelnen Behörden zwar anders gesehen werden, das ist aber auch mit ein Grund, weshalb die Vormundschaftsbehörden professionalisiert werden müssen, um solche Fehleinschätzungen zu verhindern.

Mit freundlichen Grüßen

Kurt Affolter, lic. iur., Fürsprecher und Notar, Ligerz, 27. Mai 2011