

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 06
Fax +41 31 635 48 14
Obergericht-Zivil.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

KES 16 813

Bern, 27. März 2017

Besetzung

Oberrichterin Grütter (Referentin), Oberrichter Hurni und Oberrichter D. Bähler
Gerichtsschreiberin Miescher

Verfahrensbeteiligte

A._____

Beschwerdeführerin 1

B._____

Beschwerdeführerin 2

beide vertreten durch Rechtsanwalt C. _____

gegen

Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Emmental,
Dorfstrasse 21, 3550 Langnau i. E.

Vorinstanz

D._____

vertreten durch Rechtsanwalt E. _____

Mitbeteiligter

Gegenstand

Vorsorgeauftrag

Beschwerde gegen den Entscheid der KESB Emmental vom 28.
Oktober 2016 (Dokument 864312/ Dossier 2016-5557)



Regeste:

- Voraussetzungen für die Wirksamkeit des gültig errichteten Vorsorgeauftrags gemäss Art. 360 ZGB (Ziff. 28 – 34).
- Die Beschwerdeführerin ist für das Verfahren über die Frage der Urteils- und damit Prozessfähigkeit als prozessfähig zu bezeichnen, ansonsten sie keine Möglichkeit hätte, die im Entscheid der KESB festgestellte Urteilsunfähigkeit zu bestreiten (Ziff. 22 und 23). Für den Rückzug des Rechtsmittels dürfen nicht höhere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit der Beschwerdeführerin gestellt werden als für die Ergreifung des Rechtsmittels (Ziff. 24).

Erwägungen:

I.

1. Die Betroffene (Beschwerdeführerin 1), Jahrgang 1924, errichtete am 31. Januar 2014 einen notariell beurkundeten Vorsorgeauftrag. Als Beauftragten setzte sie D._____ (einen ihrer Söhne) und im Fall von dessen Verhinderung Notar F._____ ein (Vorakten p 4). Notar F._____ ist ihr Neffe (Eingabe Beschwerdeergänzung vom 20. Dezember 2016, S. 4, p 53). Der Auftrag war umfassend und beinhaltete insbesondere die Sicherstellung eines geordneten Alltags, die Wahrung der finanziellen Interessen, Verwaltung des gesamten Vermögens, Verfügungen darüber, Erwerb, Belastung und Veräusserung von Grundstücken, sämtliche zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Prozesshandlungen und die umfassende Vertretung im Rechtsverkehr (Ziff. 2 des Vorsorgeauftrags).
2. Am 20. Juli 2016 errichtete die Betroffene eine Patientenverfügung, mit welcher sie B._____ (Beschwerdeführerin 2), ihre Treuhänderin, als Vertreterin für medizinische Belange einsetzte (Beschwerdebeilage [BB] 3).
3. Am 22. September 2016 unterschrieb die Betroffene eine vorgedruckte „Beistandserklärung“, mit welcher B._____ mit sofortiger Wirkung zu ihrer Beiständin ernannt werden sollte. Diese wäre beauftragt, alle geschäftlichen und privaten Angelegenheiten anzuordnen und auszuführen. Sie hätte insbesondere sofort die Stiftung «G._____» zu gründen, welche «den Nachlass» (recte wohl: die Nachlassregelung) zu Gunsten der Grosskinder und zu deren Ausbildung «bezweckt». Das bisherige Testament, beglaubigt durch Notar F._____, sollte per sofort ausser Kraft gesetzt werden. B._____ hätte zudem sofort die Kündigungen und Auflösungen der Darlehen an H._____ AG und I._____ GmbH zu veranlassen (Vorakten p 20; HR-Auszug BB 5).

Bei der Liegenschaften-Verwaltungsgesellschaft H._____. AG handelt es sich um eine Familienfirma, an welcher die Betroffene bis 2012 als Kommanditärin beteiligt war, und welche heute von den beiden Kindern J._____ und K._____

geführt wird. Die Betroffene hatte der Gesellschaft (vor langer Zeit) ein zinsloses Darlehen von CHF 700'000.00 gewährt, welches nach wie vor besteht (Beschwerde, KESGer-Akten p 11). Die Betroffene verfügt über ein steuerbares Vermögen von knapp CHF 9 Millionen und ein Einkommen (v.a. Vermögensertrag) von rund CHF 380'000.00 pro Jahr (Vorakten, p 11).

4. Am 12. Oktober 2016 reichte D._____ bei der KESB Emmental eine Gefährdungsmeldung ein und wies auf den bestehenden Vorsorgeauftrag vom 31. Januar 2014 hin. Er erwähnte, die Betroffene sei nicht mehr in der Lage, administrative und finanzielle Aufgaben zu erledigen und habe hierzu eine ihm – D._____ – nicht genehme und nicht vertrauenswürdige Person beauftragt, welche sehr hohe monatliche Kosten verursache. Es bestehe ein erhebliches finanzielles Risiko. Seine beiden Geschwister J._____ und K._____ seien über die Gefährdungsmeldung informiert (Vorakten p 7, 6).
5. Am 20. Oktober 2016 erklärte sich D._____ gegenüber der KESB Emmental bereit und in der Lage, den Vorsorgeauftrag anzunehmen und reichte gleichzeitig ein Arztzeugnis von Dr. med. M._____ vom 18. Oktober 2016 ein (Vorakten p 13). Dr. med. M._____ bescheinigte gestützt auf den Abklärungsbericht der Memory Clinic des Spitals Emmental über die Untersuchungen vom 4. und 12. Oktober 2016, dass aus medizinischer Sicht die Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit im Hinblick auf die Besorgung finanzieller administrativer Angelegenheiten bei der Betroffenen nicht mehr gegeben seien. Auch für die Urteilsfähigkeit betreffend die Auftragserteilung seien die medizinischen Grundvoraussetzungen nicht mehr gegeben. Aufgrund der medizinischen Prognose sei nicht anzunehmen, dass die Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit wieder erlangt werden könnten (Vorakten p 9).
6. Gestützt auf die zur Verfügung stehenden Unterlagen validierte die KESB Emmental den Vorsorgeauftrag am 28. Oktober 2016 (Vorakten p 19).
7. Kurz darauf teilte B._____ der KESB Emmental mit, dass sie von der Betroffenen im Rahmen einer Patientenverfügung bevollmächtigt worden sei und dass diese Vollmacht dem Vorsorgeauftrag vorgehe (sinngemäss, Rekonstruktion aus dem Antwortschreiben der KESB Emmental an B._____ vom 7. November 2016, Vorakten p 21). Die KESB Emmental klärte B._____ am 7. November 2016 über die Rechtslage auf und teilte ihr mit, dass der Vorsorgeauftrag aufgrund des vorgelegten Arztzeugnisses zu Recht validiert worden sei (Vorakten p 21). Sie hielt in ihrem Schreiben insbesondere Folgendes fest: «Nach eingehender Prüfung stellt die KESB Emmental fest, dass in der Patientenverfügung lediglich Ihre Bevollmächtigung in gesundheitlichen/medizinischen Belangen geregelt ist. Das Vertretungsrecht bezüglich Regelung der Finanzen und Besorgung der Administration fehlt hingegen (wird üblicherweise auch nicht in einer Patientenverfügung geregelt). Auch die Beistandserklärung von Frau A._____ kommt aus formellen/rechtlichen Gründen nicht zum Tragen. Hier stellt sich allenfalls die Frage, ob dieses Dokument als Vollmacht betrachtet werden kann. Dabei ist zu beachten, dass das mit der Vollmacht begründete Auftragsverhältnis mit dem entsprechenden Verlust der Handlungsfähigkeit erlischt (Art. 405 OR). Somit können Sie vorliegend

auch gestützt auf die „Beistandserklärung“ für Frau A. _____ nicht rechtsgültig handeln.»

8. Daraufhin reichte Rechtsanwalt C. _____ am 24. November 2016 im Namen der Betroffenen und von B. _____ Beschwerde gegen den Validierungsentscheid vom 28. Oktober 2016 ein und stellte folgende Anträge (KESGer-Akten p 1 ff.):

- «1. Es sei die Validierung des Vorsorgeauftrages von Frau A. _____ für nichtig zu erklären, eventualiter aufzuheben;
2. Sub-eventualiter: Es sei von der Einsetzung von Herrn D. _____ als Vorsorgebeauftragten (sowie von Herrn F. _____ als dessen Stellvertreter im Falle einer Verhinderung von Herrn D. _____) abzusehen und eine amtliche Verbeiständung der Beschwerdeführerin 1 anzuordnen;
3. Sub-sub-eventualiter: Es sei der Vorsorgebeauftragte Herr D. _____ zur Einreichung eines Inventars sowie zur periodischen Rechenschaftsablegung zu verpflichten und sofern erforderlich, (seien) die Befugnisse dem Vorsorgebeauftragten Herrn D. _____ ganz oder teilweise zu entziehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.»

In der Beschwerde wird bestritten, dass die Betroffene in Bezug auf die im Vorsorgeauftrag genannten Aufgabenbereiche urteilsunfähig ist. Ihr Verhältnis zu ihren Kindern habe sich seit Errichtung des Vorsorgeauftrages verschlechtert. Es sei zum Eklat gekommen, als sie ihnen mitgeteilt habe, dass sie erwäge, ein Viertel ihres Erbes gemeinnützigen Zwecken zukommen zu lassen und hierfür eine Stiftung zu errichten. Dies habe die Kinder veranlasst, die Betroffene durch ein Arztzeugnis für urteilsunfähig erklären zu lassen. Das in den KESB-Akten liegende (ihr nicht bekannte) Arztzeugnis treffe nicht zu.

Für den Fall der Urteilsunfähigkeit der Betroffenen wird (sinngemäss) die Eignung des Vorsorgebeauftragten und dessen Vertreters angezweifelt. Der Vorsorgebeauftragte befinde sich in einem Interessenkonflikt, sei er doch federführend bei der Validierung des Vorsorgeauftrages gewesen, nachdem er erfahren hatte, dass den Geschwistern der verfügbare Teil des Erbes möglicherweise nicht zukommen werde. Der entsprechende Sachverhalt sei hier unvollständig abgeklärt worden. Zumindest müsse der Vorsorgebeauftragte bei der Ausübung des Auftrags streng beaufsichtigt, gegebenenfalls seine Vertretungsbefugnisse beschränkt werden (Beschwerde S. 9, Ziffern A.7 und 8, sowie 12, Ziff. B.3.4).

Im Weiteren wird die Verletzung des Rechts der Betroffenen als Beschwerdeführerin 1 auf Akteneinsicht (als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs) gerügt. Die KESB bzw. der Vorsorgebeauftragte hätten sich trotz Anfrage ihrer Vertreterin, der Beschwerdeführerin 2, geweigert, den Validierungsentscheid und das massgebende Arztzeugnis vorzulegen. Ferner sei der Betroffenen das ihr gemäss Art. 447 ZGB zukommende Anhörungsrecht durch die KESB Emmental nicht gewährt worden (KESGer-Akten p 23).

Der Beschwerde wurde unter anderem eine Vollmacht der Betroffenen vom 18. November 2016 zugunsten der Rechtsanwälte N._____ und C._____ betreffend «Nachlass, Vorsorgeauftrag, etc.» beigelegt (BB 1). Entsprechend wird die Betroffene neben B._____ im Rubrum auch als Beschwerdeführerin 1 geführt.

9. Am 12. Dezember 2016 überbrachte die Betroffene persönlich, begleitet von Notar F._____, den Rückzug der Beschwerde der Zivilkanzlei des Obergerichts (KESGer-Akten p 37).
10. Mit Eingabe vom 20. Dezember 2016 führte Rechtsanwalt C._____ aus, die Betroffene habe ihm die Vertretungsvollmacht bislang nicht entzogen, so dass er sich nach wie vor in ihrem Namen äussere (KESGer-Akten p 47 ff.). Er machte im Namen der Beschwerdeführerinnen geltend, die Betroffene sei von ihren Kindern bzw. Notar F._____ unter Druck gesetzt worden, den Beschwerderückzug zu unterzeichnen. Die Betroffene habe B._____ gesagt, sie fürchte nach diesen Vorfällen ihre Kinder und bitte darum, ihre Beschwerde aufrecht zu erhalten. Sie habe Angst und könne sich ausser B._____ niemandem mehr anvertrauen. Hierzu wird die Befragung der Betroffenen und von B._____ beantragt (p 51).
11. Die KESB Emmental ordnete für die Betroffene am 28. Dezember 2016 vorsorglich eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung gemäss Art. 445 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB, SR 210) i.V.m. Art. 394 und Art. 395 ZGB an und setzte D._____ als Beistand ein (KESGer-Akten p 59 ff.). Da die Validierung des Vorsorgeauftrags infolge Anfechtung nicht rechtskräftig geworden sei, brauche die schutzbedürftige Betroffene anderweitige Unterstützung. Die KESB Emmental entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.
12. In der Folge beauftragte der Beistand D._____ einen Rechtsanwalt, um im Namen der Betroffenen deren Interessen im Beschwerdeverfahren zu vertreten (Schreiben von Rechtsanwalt E._____ vom 9. Januar 2017, KESGer-Akten p 75). Die Instruktionsrichterin verwies ihn für die nötige Zustimmung an die KESB Emmental (KESGer-Akten p 85).
13. Die KESB Emmental schloss in ihrer Vernehmlassung vom 23. Januar 2017 auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne (KESGer-Akten p 97 ff.). Sie führte namentlich aus, durch die Validierung des Vorsorgeauftrags sei sie dem Willen der Betroffenen, den diese im urteilsfähigen Zustand im Vorsorgeauftrag (am 31. Januar 2014) geäussert habe, gefolgt. Deshalb und aufgrund der ärztlich attestierten Urteilsunfähigkeit der Betroffenen habe sie auf die persönliche Anhörung der Betroffenen verzichtet. Bezüglich der Frage der Urteilsfähigkeit der Betroffenen erklärte die KESB Emmental, sie habe sich bei der Validierung des Vorsorgeauftrags auf das ärztliche Zeugnis von Dr. med. M._____ vom 18. Oktober 2016 gestützt (p 101).
14. Die Beschwerdeführerinnen replizierten mit Eingabe am 24. Januar 2017 (KESGer-Akten p 105 ff.). Als Beleg für die Urteilsfähigkeit der Betroffenen legten sie der Eingabe ein Arztzeugnis von PD Dr. med. O._____, dem langjährigen Vertrau-

ensarzt der Betroffenen, vom 20. Januar 2017 bei. Sie beantragten die Befragung von PD Dr. med. O. _____ als Zeuge. PD Dr. med. O. _____ bescheinigte in seinem Zeugnis vom 20. Januar 2017 insbesondere Folgendes: «Die Patientin wirkte [bei der Kontrolle vom 10. Januar 2017] diesbezüglich [bezüglich dem zerebralen Zustand] orientiert und präsent und schilderte die Problematik dahingehend, dass sie von ihren Kindern, namentlich einer Tochter, stark bedrängt und teilweise in ihrer Freiheit beschnitten und fast genötigt werde. [...] Angesichts der aktuellen Verunsicherung bezüglich des zerebralen Zustandes von Frau A. _____ habe ich mir erlaubt, die Patientin in der Memory Clinic des Inselspitals zu einer eingehenden Abklärung und Beurteilung anzumelden.» Zur Urteilsfähigkeit der Betroffenen äusserte sich Dr. O. _____ in seinem Zeugnis nicht.

15. Dem Bericht von PD Dr. med. O. _____ war der Bericht von Prof. Dr. med. P. _____, Neurozentrum Inselspital, vom 13. April 2016, beigelegt, welcher Schwankschwindel und kognitive Einschränkungen bei Leuko-Enzephalopathie und frontotemporaler zerebraler Atrophie diagnostizierte. Zum neurologischen Befund hielt Prof. Dr. med. P. _____ Folgendes fest: «Freundliche, im Gespräch primär kognitiv altersentsprechend wirkende Frau. Bei näherer neuropsychologischer Testung fallen jedoch schwere optisch konstruktive Leistungsstörungen sowie Merkfähigkeits- und Frischgedächtnis-Störungen auf. Im Moca Test 13/30 Punkten. Hirnnerven intakt [...]» Weiter wurde im Bericht unter der Rubrik «Beurteilung» Folgendes erwähnt: «Diese bald 92-jährige Patientin macht auf den ersten Blick einen rüstigen Eindruck. Altersentsprechend ist sie sehr beweglich. Bei etwas näherer kognitiver Testung fallen jedoch stärkere Einschränkungen bei optisch konstruktiven Leistungen sowie Merkfähigkeit und Frischgedächtnis auf. Im Kernspintomogramm vom 15.2.2016, angefertigt im Lindenhof Spital, wird eine ausgeprägte Leuko-Encephalopathie, kombiniert mit einer alterstypischen frontalen und temporalen Atrophie sichtbar. Die Hauptklage der Patientin, nämlich der Schwankschwindel, dürfte mit der Leuko-Encephalopathie erklärt sein. Viel gewichtiger dürften jedoch die von der Patientin nicht beklagten und nur wenig wahrgenommenen kognitiven Störungen sein. Die Ätiologie dieser zerebralen Veränderungen muss ich offen lassen. Am wahrscheinlichsten handelt es sich um einen altersbedingten neurodegenerativen Prozess, wahrscheinlich ein Mischbild einer vaskulären Leukenzephalopathie kombiniert mit Amyloidablagerungen und senilen Plaques. Therapeutisch hat dies leider keine Konsequenzen». Schliesslich wurde im Bericht ausgeführt: «Am Ende des Konsilium kam das Thema Fahreignung zur Sprache. Hierzu sind die kognitiven Einschränkungen, insbesondere die optisch konstruktiven Leistungsstörungen zu ausgeprägt, um ein sicheres Verfahren fahren (sic!) zu gewährleisten. Aus neurologischer Sicht ist die Fahreignung leider nicht mehr gegeben. Im weiteren berichtet die Patientin, dass sie in ihrer Firma Sitzungen leite und auch über finanzielle Investitionen entscheide. Wichtig ist hierbei, dass sie solche Entscheidungen nicht alleine, sondern gemeinsam mit ihren Kindern oder ihrer Treuhänderin fällt.»
16. Am 2. Februar 2017 wurde das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht in Kenntnis über einen Brief gleichen Datums gesetzt, welchen D. _____ als Beistand – im Namen der Betroffenen und vertreten durch Rechtsanwalt E. _____ – dem

Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin 2 zukommen liess. Er liess die auf die Rechtsanwälte N._____ und C._____ lautende Vollmacht der Betroffenen vom 18. November 2016 widerrufen und ersuchte B._____, Telefonate mit der Betroffenen zu unterlassen (KESGer-Akten p 133).

17. Mit Schreiben vom 22. Februar 2017 teilte D._____ mit, dass die KESB Emmental mit Entscheid vom 14. Februar 2017 die für die Betroffene bestehende Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 ZGB i.V.m. Art. 395 ZGB um den Aufgabenbereich der Vertretung in rechtlichen Verfahren erweitert habe. Zudem erklärte er, die von der Betroffenen am 24. November 2016 eingereichte Beschwerde werde zurückgezogen (KESGer-Akten p 145).
18. Ebenfalls am 22. Februar 2017 (Postaufgabe: 24. Februar 2017) reichte D._____, vertreten durch Rechtsanwalt E._____, eine Stellungnahme ein (KESGer-Akten p 161 ff.) und beantragte, auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 vom 24. November 2016 sei nicht einzutreten, eventualiter sei diese abzuweisen (Rechtsbegehren 1), das Verfahren bezüglich der Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 sei infolge Rückzugs abzuschreiben (Rechtsbegehren 2), unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin 2 (Rechtsbegehren 3).

II.

19. Für die Beschwerde gegen den Kammerentscheid der KESB Emmental ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht zuständig (Art. 450 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 65 des Gesetzes über den Kindes- und Erwachsenenschutz [KESG, BSG 213.316]).
20. Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet sich nach den Bestimmungen gemäss Art. 450 ff. ZGB. Subsidiär gelangt kantonales Verfahrensrecht, nämlich Art. 65 ff. KESG, zur Anwendung (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. d KESG). Dieses verweist seinerseits in Art. 72 KESG auf die Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG, BSG 155.21).
21. Da sich vorliegend kaum fachspezifische Fragen stellen, erfolgt die Entscheidfindung durch drei hauptamtliche Richterinnen und Richter (Art. 45 Abs. 3 Satz 1 und lit. b des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG, BSG 161.1]).
22. Die Prozessfähigkeit gehört zu den Verfahrensvoraussetzungen und ist von Amtes wegen zu prüfen. Sie muss im Allgemeinen zu Beginn eines Verfahrens gegeben sein und jedenfalls im Entscheidzeitpunkt vorliegen (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, in: Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, N 1 zu Art. 11 VRPG).

Wer nicht urteilsfähig und damit nach dem Zivilrecht nicht handlungsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine

rechtliche Wirkungen herbeizuführen und ist daher mindestens dem Grundsatz nach schlechthin prozessunfähig (e contrario aus Art. 11 Abs. 1 VRPG; Art. 18 ZGB). Für sie handelt der gesetzliche Vertreter vorbehaltlich der Geltendmachung der absolut höchstpersönlichen Rechte. In diesem Bereich ist die Vertretung ausgeschlossen, weshalb diesen Personen die gerichtliche Durchsetzbarkeit dieser Rechte in der Regel verschlossen bleibt. Eine Ausnahme bestünde nur dann, wenn gerade die Frage der Urteilsfähigkeit Gegenstand des Prozesses bildet (vgl. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], E.STAEHELIN/SCHWEIZER, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Art. 67 N 9; BGE 116 II 385 E. 4; BGE 99 III 4 E. 5; MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., N 1 und 4 zu Art. 11 VRPG). In diesem Sinne hielt das Bundesgericht in seinem Entscheid BGE 77 II 7 fest, dass es seine Praxis sei, Berufungen (Beschwerden), die sich gegen die (altrechtliche) Entmündigung oder die Nichtaufhebung der (altrechtlichen) Vormundschaft richten, nicht wegen Prozessunfähigkeit der beschwerdeführenden Partei als unwirksam zu erklären, sondern materiell zu beurteilen, auch wenn die Akten darauf schliessen liessen, dass die beschwerdeführende Partei wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche nicht imstande sei, zur Frage, ob sie unter Vormundschaft gehöre, vernunftgemäss Stellung zu nehmen (E. 2). Diese Praxis gehe aber immerhin nicht so weit, in den erwähnten Angelegenheiten (Beschwerden gegen die Entmündigung oder die Nichtaufhebung der Vormundschaft, Eheehinsprache, usw.) auch den mit Bezug hierauf absolut Urteilsunfähigen als prozessfähig zu betrachten, sondern ihr Sinn sei nur, dass an die Urteilsfähigkeit hier nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden dürften wie anderwärts. In einem Verfahren, das die Frage betraf, ob die beschwerdeführende Betroffene zur Überprüfung der über sie verhängten vormundschaftlichen Massnahmen selbständig einen Anwalt beauftragen kann oder nicht, hielt das Bundesgericht fest, die beschwerdeführende Betroffene werde für die Zwecke des Verfahrens als prozessfähig bezeichnet, weil sich der Streit um ihre Urteils- und damit Prozessfähigkeit drehe (Urteil des Bundesgerichts 5A_194/2011 vom 30. Mai 2011 E. 1).

23. Vorliegend stellte die KESB Emmental mit Entscheid vom 28. Oktober 2016 die Urteilsunfähigkeit der Betroffenen für die im Vorsorgeauftrag genannten Aufgabenbereiche (insbesondere die Sicherstellung eines geordneten Alltags, die Wahrung der finanziellen Interessen, sämtliche zur Erfüllung des Auftrags notwendigen Prozesshandlungen und die umfassende Vertretung im Rechtsverkehr) fest und validierte (nach Prüfung der Gültigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 363 Abs. 2 ZGB) den Vorsorgeauftrag vom 31. Januar 2014. Die Betroffene bestreitet in ihrer Beschwerdeschrift insbesondere, dass die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags eingetreten seien, insbesondere, dass sie urteilsunfähig geworden sei, und dass der Vorsorgebeauftragte für seine Aufgaben geeignet sei. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet somit hauptsächlich die Frage der Urteilsfähigkeit der Betroffenen. Vor dem Hintergrund der oben zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Betroffene deshalb in casu als prozessfähig betrachtet werden, da sie sonst keine Möglichkeit hätte, die im Entscheid der KESB Emmental festgestellte Urteilsunfähigkeit zu bestreiten. Ausserdem kommt der hier fragliche Vorsorgeauftrag, mit welchem eine umfassende Betreuung und Vertretung der Betroffenen sichergestellt wurde, einer umfassenden

Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB sehr nahe (vgl. RUMO-JUNGO, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch 1, 5. Auflage, N 41 zu Art. 360 ZGB). Die Stellung der Betroffenen verhält sich in casu somit nicht anders als im altrechtlichen Entmündigungsverfahren, weshalb sie als prozessfähig zu gelten hat.

24. Nun hat die Betroffene ihre Beschwerde mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 zurückgezogen. Es ist deshalb zu prüfen, ob auch der Rückzug der Beschwerde durch die Beschwerdeführerin 1 wirksam ist. Dies muss bejaht werden, denn in Prozessen der erwähnten Art, in welchen es um die Frage der Urteilsfähigkeit der beschwerdeführenden Betroffenen geht, dürfen für den Rückzug des Rechtsmittels nicht höhere Anforderungen an die Urteilsfähigkeit gestellt werden als für die Ergreifung des Rechtsmittels. Folglich ist der vorliegende Beschwerderückzug der Beschwerdeführerin 1 am 12. Dezember 2016 gültig erfolgt. Zog sich die Beschwerdeführerin 1 somit aus dem Verfahren zurück, wird in diesem Verfahren auch ihre Vertretung durch Rechtsanwalt C._____ ab diesem Zeitpunkt obsolet, ungeachtet der ursprünglich ausgestellten Vollmacht. Rechtsanwalt C._____ konnte sich somit am 20. Dezember 2016, nach erfolgtem Beschwerderückzug, nicht mehr im Namen der Beschwerdeführerin 1 äussern. Die Beschwerde der Betroffenen wird somit infolge Rückzugs als gegenstandslos abgeschrieben.
25. Als nahestehende Person kommt der Beschwerdeführerin 2 eigenständige Beschwerdebefugnis zu (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB). Auf die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist daher einzutreten.
26. Zu den in der Beschwerde gestellten Beweisanträgen betreffend Befragung der Betroffenen, der Beschwerdeführerin 2 und von PD Dr. med. O._____ als Zeuge ist festzuhalten, dass solche nicht notwendig erscheinen, da dadurch keine relevanten neuen Erkenntnisse zu gewinnen wären (antizipierte Beweiswürdigung). Der Sachverhalt ist rechtsgenügend erstellt (vgl. unten Ziff. 32). Deshalb sind diese Beweisanträge abzuweisen.

III.

27. In der Beschwerde wird geltend gemacht, die KESB Emmental habe den Anspruch der Betroffenen auf rechtliches Gehör verletzt. Anders als sonst üblich (vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1) wird die formelle Frage der Verletzung des rechtlichen Gehörs erst nach der Prüfung der Frage betreffend die Urteilsfähigkeit der Betroffenen behandelt (vgl. unten Ziff. 35 ff.).

Rechtliches zum Vorsorgeauftrag

28. Eine handlungsfähige Person kann eine natürliche oder juristische Person beauftragen, im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit die Personensorge oder die Vermögenssorge zu übernehmen oder sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Sie muss die Aufgaben, die sie der beauftragten Person übertragen will, umschreiben und kann Weisungen für die Erfüllung der Aufgaben erteilen. Sie kann für den Fall, dass die beauftragte Person für die Aufgaben nicht geeignet ist, den Auftrag nicht annimmt oder ihn

kündigt, Ersatzverfügungen treffen (Art. 360 Abs. 1-3 ZGB). Der Vorsorgeauftrag ist eigenhändig zu errichten oder öffentlich zu beurkunden (Art. 361 Abs. 1 ZGB). Die auftraggebende Person kann ihren Vorsorgeauftrag jederzeit in einer der Formen widerrufen, die für die Errichtung vorgeschrieben sind (Art. 362 Abs. 1 ZGB).

Liegt ein Vorsorgeauftrag vor, so prüft die Erwachsenenschutzbehörde, ob:

1. dieser gültig errichtet worden ist,
2. die Voraussetzungen für seine Wirksamkeit eingetreten sind;
3. die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist; und
4. weitere Massnahmen des Erwachsenenschutzes erforderlich sind (Art. 363 Abs. 2 ZGB).

Nimmt die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag an, so weist die Behörde sie auf ihre Pflichten nach den Bestimmungen des Obligationenrechts über den Auftrag hin und händigt ihr eine Urkunde aus, die ihre Befugnisse wiedergibt (Art. 363 Abs. 3 ZGB). Bei Interessenkollision entfallen von Gesetzes wegen die Befugnisse der beauftragten Person (Art. 363 Abs. 3 ZGB).

Sind die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet oder nicht mehr gewahrt, so trifft die Erwachsenenschutzbehörde von Amtes wegen oder auf Antrag einer nahestehenden Person die erforderlichen Massnahmen. Sie kann insbesondere der beauftragten Person Weisungen erteilen, diese zur Einreichung eines Inventars zur periodischen Rechnungsablage und zur Berichterstattung verpflichten oder ihr die Befugnisse teilweise oder ganz entziehen (Art. 368 Abs. 1 und 2 ZGB).

Wird die auftraggebende Person wieder urteilsfähig, so verliert der Vorsorgeauftrag seine Wirksamkeit von Gesetzes wegen. Werden dadurch die Interessen der auftraggebenden Person gefährdet, so ist die beauftragte Person verpflichtet, so lange für die Fortführung der ihr übertragenen Aufgabe zu sorgen, bis die auftraggebende Person ihre Interessen selber wahren kann (Art. 369 Abs. 1 und 2 ZGB).

29. Vorliegend ist die gültige Errichtung des Vorsorgeauftrages nicht in Zweifel gezogen worden. Dass in der «Beistandserklärung» vom 22. September 2016 (Vorakten p 20) ein gültiger Widerruf liege, wird – zu Recht – nicht geltend gemacht. Auch dass die Betroffene den Vorsorgeauftrag auf andere (gesetzliche) Weise widerrufen hätte, wird nicht behauptet. Hingegen wird bestritten, dass die Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Auftrags eingetreten sind (d.h. dass die Betroffene urteilsunfähig geworden ist) und dass die beauftragte Person für ihre Aufgaben geeignet ist.

Urteilsfähigkeit

30. Urteilsfähig ist nach Art. 16 ZGB jede Person, der nicht [...] infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Bezugspunkt der Urteilsfähigkeit ist das Handeln, an das die Rechtsordnung Rechtsfolgen anknüpft. In diesem Sinne ist die Urteilsfähigkeit «relativ» zu verstehen. Die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, setzt

zweierlei voraus: ein intellektuelles Element, als Fähigkeit, Sinn, Zweckmässigkeit und Wirkungen einer bestimmten Handlung zu erkennen, und ein voluntatives, auch sogenanntes willensmässiges bzw. charakterliches Element, gemäss der vernünftigen Erkenntnis nach seinem freien Willen zu handeln (BOENTE, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erwachsenenschutz, N 80-82 zu Art. 360 ZGB). In Bezug auf den Vorsorgeauftrag bezieht sich die Urteilsfähigkeit auf den zur Übernahme gestellten Aufgabenbereich der Personen- und Vermögenssorge oder der Vertretung im Rechtsverkehr (ebenda, N 84). Die Urteilsunfähigkeit ist als Sachverhalt von der Erwachsenenschutzbehörde nach Art. 446 Abs. 1 ZGB von Amtes wegen zu erforschen. Sie zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu (BOENTE, N 101 zu Art. 363 ZGB). Die Anordnung eines Gutachtens ist nicht zwingend vorgeschrieben. Es genügt auch ein ärztliches Zeugnis. Festgestellt werden müssen jedoch in jedem Fall die die Urteilsunfähigkeit begründenden Tatsachen (N 102). Die Urteilsunfähigkeit muss für die im Vorsorgeauftrag benannten Aufgabenbereiche eingetreten sein (N 106).

31. Die Betroffene ist 92½ Jahre alt. Sie lebt im eigenen Haushalt. Sie wird von der Spitex (zweimal pro Tag) und durch eine in Teilzeit angestellte Person unterstützt, welche die hauswirtschaftlichen Belangen, die Medikamenteneinnahme, die Versorgung des Haushaltes mit Lebensmitteln sowie die Besorgung des Gartens sicherstellt.

Die KESB Emmental stellte zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit der Betroffenen auf den Arztbericht von Dr. med. M._____ vom 18. Oktober 2016 ab. Dr. med. M._____, Innere Medizin FMH, bescheinigte gestützt auf den Abklärungsbericht der Memory Clinic des Spitals Emmental über die Untersuchungen vom 4. und 12. Oktober 2016, dass aus medizinischer Sicht die Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit im Hinblick auf die Besorgung finanzieller administrativer Angelegenheiten bei der Betroffenen nicht mehr gegeben seien. Aufgrund der medizinischen Prognose sei nicht anzunehmen, dass die Voraussetzungen der Urteilsfähigkeit wieder erlangt werden könnten (Vorakten p 9). Aufgrund dieses Zeugnisses ging die KESB Emmental in ihrem Entscheid vom 28. Oktober 2016 von einer Urteilsunfähigkeit der Betroffenen in Bezug auf die im Vorsorgeauftrag umschriebenen Aufgabenbereiche aus.

Als Beleg für die Urteilsfähigkeit der Betroffenen reichten die Beschwerdeführerinnen im Beschwerdeverfahren ein Arztzeugnis des behandelnden Arztes PD Dr. med. O._____, Facharzt FMH Innere Medizin sowie Kardiologie, vom 20. Januar 2017 nach. Dieser erläuterte, die Patientin wirke bezüglich ihrem zerebralen Zustand orientiert und präsent und schildere die Bedrängnis und Beschneidung ihrer Freiheit, fast Nötigung durch die Kinder, namentlich der Tochter. Zu der Urteilsfähigkeit der Betroffenen äussert sich Dr. O._____ nicht. Er spricht die «aktuelle Verunsicherung bezüglich des zerebralen Zustandes» der Betroffenen an und stellt eine eingehende Abklärung in der Memory Clinic des Inselspitals in Aussicht.

Dem Bericht von Dr. O._____ war der Bericht von Prof. P._____, Konsiliararzt, spezialisiert auf Neurologie und zerebrovaskuläre Erkrankungen vom 13. April 2016 beigelegt. Prof. P._____ stellte bei der Betroffenen im Frühjahr 2016 kognitive Einschränkungen bei Leuko-Enzephalopathie (krankhafte Veränderung der weissen Hirnsubstanz) und frontotemporaler (im Bereich der Stirn und der Schläfe gelegener) zerebraler Atrophie (Verlust von Hirnsubstanz), Einschränkungen bei optisch konstruktiven Leistungen sowie Merkfähigkeit und Frischgedächtnis fest. Im Kernspintomogramm vom 15.2.2016, angefertigt im Lindenhof Spital, wird eine ausgeprägte Leuko-Enzephalopathie, kombiniert mit einer alterstypischen frontalen und temporalen Atrophie sichtbar. Prof. P._____ stellte fest, dass die Patientin sich über die kognitiven Störungen nicht beklage und diese nur wenig wahrnehme. Zur Urteilsfähigkeit in Bezug auf administrative und finanzielle Belange äusserte sich der Arzt nicht. Von eigenständigen geschäftlichen Entscheiden rät er der Betroffenen aber ab.

32. Aus den in den Akten liegenden Arztzeugnissen ergibt sich folgendes Bild:

Die Betroffene leidet an einer im Frühjahr 2016 diagnostizierten Veränderung und einem Verlust der Hirnsubstanz. Dies vermindert ihre kognitiven Fähigkeiten, wobei sie selber diese Störung nur wenig wahrnimmt. Gemäss Prof. P._____ wirkt sich dies insbesondere so aus, dass sie keine eigenständigen geschäftlichen Entscheidungen treffen sollte. Gestützt auf Untersuchungen in der Memory Clinic des Spitals Emmental vom 4. und 12. Oktober 2016 bescheinigte Dr. med. M._____, dass die Betroffene im Hinblick auf die Besorgung finanzieller administrativer Angelegenheiten mittlerweile nicht mehr urteilsfähig sei.

Der Bericht von Dr. O._____ vom 20. Januar 2017 vermag daran keine Zweifel zu wecken. Er bestätigt, dass die Betroffene auf den ersten Blick vital erscheint, bejaht aber nicht ihre Urteilsfähigkeit, obwohl sein Zeugnis für das Verfahren gefragt war (Beschwerde S. 9, p 17). Er verwies für den unsicheren zerebralen Zustand der Betroffenen auf weitere Abklärungen. Eine Abklärung durch eine Memory-Clinic hat aber schon statt gefunden. Das entsprechende Resultat wurde durch Dr. med. M._____ übermittelt. Es gibt keinerlei Grund, an der korrekten Wiedergabe der Resultate der Untersuchungen zu zweifeln. Sie erscheinen im Lichte der Untersuchungen vom Frühjahr 2016 vielmehr plausibel, handelt es sich doch um eine altersbedingte, fortschreitende Beeinträchtigung, welche zu zunehmenden kognitiven Ausfällen führt. Die Schlussfolgerungen, zu welchen Dr. med. M._____ in seinem Zeugnis kommt, sind begründet und geeignet, über die Urteilsfähigkeit der Betroffenen hinsichtlich der im Vorsorgeauftrag genannten Aufgabenbereiche sichere Kenntnisse zu liefern. Die KESB Emmental stellte zur Beurteilung der Urteilsfähigkeit der Betroffenen daher zu Recht auf den Arztbericht von Dr. med. M._____ vom 18. Oktober 2016 ab.

Dass die Betroffene nicht mehr in der Lage ist, klar abgewogene Entscheidungen zu treffen, zeigt sich auch darin, dass sie je nach fragender Person widersprüchliche Angaben macht. Sie ist offensichtlich nicht mehr fähig, einen eigenen freien

Willen zu bilden und danach zu handeln. Gerade für diesen Fall aber hat sie vorgesorgt: Ihr Sohn D. _____ soll an ihrer Stelle entscheiden.

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Urteilsunfähigkeit der Betroffenen hinsichtlich der im Vorsorgeauftrag genannten Aufgabenbereiche erstellt ist. Deshalb sind weitere Beweismassnahmen wie die Befragung der Betroffenen oder ihres Hausarztes Dr. O. _____ durch das Gericht entbehrlich (vgl. oben Ziff. 27).

Eignung der beauftragen Person

33. Die vorsorgebeauftragte Person ist im Sinne von Art. 363 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB für ihre Aufgaben geeignet, wenn sie die Interessen der vorsorgenden Person (vorsorgeauftragsvertrags-)pflichtgemäss zu besorgen vermag. Dies ist der Fall, wenn durch ihre Fürsorge die Interessen der auftraggebenden Person weder gefährdet noch nicht mehr gewahrt sind und ihr deswegen die Befugnisse teilweise oder ganz zu entziehen wären (BOENTE, a.a.O., N 111 zu Art. 363 ZGB). Die KESB darf gemäss Botschaft nur dann von sich aus vom Willen des Auftraggebers oder der Auftraggeberin abweichen, wenn offensichtlich ist, dass die bezeichnete Person ihren Aufgaben nicht gewachsen ist (vgl. Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht], BBl 2006 S. 7027). Die Geeignetheit im Sinne des Art. 363 Abs. 2 Ziff. 2 entspricht nicht derjenigen von Art. 400 Abs. 1 Satz 1 ZGB (BOENTE, N 117 zu Art. 363 ZGB). Der Wille der vorsorgenden Person soll möglichst respektiert werden, ohne zusätzliche Kriterien einzuführen. Da der Vorsorgeauftrag daher stark im Dienst der Selbstbestimmung steht, hat die KESB mit Blick auf die Frage der Interessenkollision des Vorsorgebeauftragten zur Auftraggeberin Zurückhaltung zu üben. Dies gilt ganz besonders da, wo die Auftraggeberin die Interessenkollision bei der Auftragserteilung bereits gekannt hat (vgl. RUMO-JUNGO, a.a.O., N 24 zu Art. 363 ZGB).
34. Die Beschwerdeführerin 2 erklärt nicht näher, weshalb der Beauftragte für seine Aufgabe nicht (mehr) geeignet sein soll. Aus der Rechtsschrift lässt sich vermuten, dass drei Umstände dafür massgebend sein sollen: Der Beauftragte habe selber das Validierungsverfahren (unterstellt: böswilligerweise) in Gang gesetzt (Beschwerde S. 12 p 23); der Beauftragte habe der Betroffenen die sie betreffenden ärztlichen Zeugnisse und Entscheide verheimlicht (S. 8 p 15, S. 12 p 23); die Kinder und insbesondere der Beauftragte wollten die geschäftlichen Pläne der Betroffenen durchkreuzen, um ihr Erbe zu erhalten (S. 7 p 13).

Dass der Vorsorgebeauftragte und seine Geschwister aufgrund der festgestellten Urteilsunfähigkeit das Validierungsverfahren ins Rollen brachten, genügt nicht als Grund dafür, dass der Beauftragte für seine Aufgabe als Vorsorgebeauftragter nicht geeignet sein soll, auch wenn die Betroffene durch diese Entwicklung der Dinge allenfalls gekränkt worden sein sollte. Sie war und sieht sich immer noch als Geschäftsfrau (Bericht Prof. P. _____ vom 13. April 2016), und fühlt sich, nachdem die Kinder dies offensichtlich anders sehen, von ihnen nicht mehr ernst genommen

bzw. unter Druck gesetzt. Die Beschwerdeführerin 2 hingegen bestärkt sie in eigenen Geschäftsplänen. Letzteres dürfte der Betroffenen genehmer sein als die Vorhaltungen der Kinder. Das ändert aber nichts daran, dass die Betroffene nicht mehr in der Lage ist, finanzielle Entscheide mit Vernunft zu treffen, dass also ihre Kinder und nicht ihre Treuhänderin (Beschwerdeführerin 2) mit ihrer Einschätzung richtig liegen.

Auch dass der Beauftragte mit den neuen finanziellen Plänen der Betroffenen nicht einverstanden ist, stellt seine Eignung nicht in Frage. Da die Betroffene in geschäftlichen Dingen – wie hiavor dargelegt – urteilsunfähig ist, sind ihre entsprechenden Bekundungen für den Beauftragten nicht verpflichtend. Er wird sie zur Kenntnis nehmen und soweit im Interesse der Betroffenen umsetzen, muss aber selber Vernunft walten lassen.

Ebenso hindert ihn die Eigenschaft als Pflichtteilserbe nicht daran, das Vermögen der Betroffenen sachgerecht zu verwalten. Wie die KESB Emmental in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausführt, nahm die Betroffene bei der Errichtung des Vorsorgeauftrags und der Einsetzung ihres Sohnes als Vorsorgebeauftragten die latent abstrakte Interessenkollision hinsichtlich der erbrechtlichen Ansprüche ihrer Kinder in Kauf. Die KESB Emmental hatte diesem Willen der Betroffenen Rechnung zu tragen (KESGer-Akten p 102 f.).

Weitere Gründe für Zweifel an der Eignung des Beauftragten führt die Beschwerdeführerin 2 nicht an. Der Beauftragte ist offensichtlich nicht an der erwähnten Familienfirma beteiligt (Beschwerde S. 6 p 11, Handelsregisterauszug) und wäre deshalb von einer Kündigung des Darlehens über CHF 700'000.00 nicht direkt betroffen. Sollte es trotzdem zu Interessenkonflikten kommen, wird der Beauftragte von Gesetzes wegen seine Vertretungsbefugnis verlieren. Es gibt auch keine Hinweise darauf, dass Überprüfungsmassnahmen der KESB nötig wären. Insofern dient die nur zurückhaltende Einmischung der KESB im Falle des Vorliegens eines Vorsorgeauftrages gerade der Stärkung des Willens der betroffenen Person – des Willens während bestehender Urteilsfähigkeit, während nach Eintreten der Urteilsfähigkeit eben gerade kein verbindlicher Wille mehr vorliegt. Der Vorsorgeauftrag soll behördliche Interventionen möglichst gering halten, um die private Regelung der Angelegenheit zu honorieren. Solange keine Gefährdung der Interessen der Betroffenen vorliegt – wofür es hier keine Anzeichen gibt –, ist ein Eingriff der KESB auch in Form der Berichterstattungspflicht des Beauftragten deshalb nicht gerechtfertigt.

Rechtliches Gehör

35. In der Beschwerde wird vorgebracht, die KESB Emmental bzw. der Vorsorgebeauftragte habe sich trotz Anfrage der Vertreterin, der Beschwerdeführerin 2, geweigert, den Validierungsentscheid und das massgebende Arztzeugnis (von Dr. M._____) vorzulegen. Dass das Einsichtsrecht der Beschwerdeführerin 2 verletzt worden wäre, wird hingegen nicht geltend gemacht.
36. Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV hat die betroffene Person Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits

stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293 mit weiteren Hinweisen).

37. Nachdem die KESB Emmental und nun das angerufene Gericht die Urteilsunfähigkeit der Betroffenen festgestellt haben, wäre die ausschliessliche Zustellung des Entscheids an die Betroffene nicht gültig gewesen. Zu Recht ist die KESB Emmental nach Validierung des Vorsorgeauftrags dem Willen der Betroffenen gefolgt und hat den angefochtenen Entscheid dem Vorsorgebeauftragten eröffnet.

Eine Beistandschaft wird behördlich errichtet (vgl. Art. 390 Abs. 1 ZGB). Deshalb konnte die Betroffene die Beschwerdeführerin 2 mittels der «Beistandserklärung» vom 22. September 2016 nicht zu ihrer Beiständin ernennen. Zudem konnte die Betroffene der Beschwerdeführerin 2 aufgrund der Urteilsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auch keinerlei Handlungsvollmacht erteilen. Der KESB Emmental und dem Vorsorgebeauftragten kann daher kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie den Vorstössen (hinsichtlich Vorlegung des Validierungsentscheids und des Arztzeugnisses von Dr. med. M._____) der Beschwerdeführerin 2 im Namen der Betroffenen keine Folge leistete. Wollte sich die Beschwerdeführerin 2 gestützt auf die Patientenverfügung über den Gesundheitszustand der Betroffenen erkundigen, so hatte sie sich direkt an die Ärztinnen und Ärzte zu wenden, deren Schweigepflicht durch die Verfügung aufgehoben wurden (Ziff. 3 der Bevollmächtigung).

38. In der Beschwerde wird sodann vorgebracht, die Betroffene sei von der KESB Emmental zu Unrecht nicht persönlich angehört worden.
39. Wie hiavor dargelegt ergibt sich der Anspruch auf rechtliches Gehör zunächst aus Art. 29 Abs. 2 BV. Der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör räumt aber keinen Anspruch auf eine mündliche Anhörung ein (BGE 134 I 140 E. 5.3; BGE 130 II 425 E. 2.1). Dieser kann indes durch eidgenössisches oder kantonales Verfahrensrecht über die Minimalgarantie von Art. 29 Abs. 2 BV hinaus ausgedehnt werden. Der Bundesgesetzgeber hat dies mit Art. 447 ZGB getan, indem er die persönliche Anhörung der betroffenen Person vorgeschrieben hat, soweit dies im Einzelfall nicht als unverhältnismässig erscheint (vgl. AUER/MARTI, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., N 5 f. zu Art. 447 ZGB). Die persönliche Anhörung ist Ausdruck des Persönlichkeitsrechts. Sie steht der betroffenen Person um ihrer Persönlichkeit willen zu und stellt ein höchstpersönliches Recht dar (vgl. AUER/MARTI, a.a.O., N 7 zu Art. 447 ZGB).

40. Vorliegend kann offen bleiben, ob die Vorinstanz die Betroffene hätte persönlich anhören müssen, oder ob dies unter den gegebenen Umständen unverhältnismässig gewesen wäre. Die Anhörung hätte vor oberer Instanz nachgeholt werden und ein allfälliger Verfahrensmangel geheilt werden können. Allerdings hat die Betroffene ihre Beschwerde mit Schreiben vom 12. Dezember 2016 zurückgezogen (KES-Ger-Akten, p 37). Sie hat den erstinstanzlichen Entscheid akzeptiert und hat damit konkludent auch auf ihr Anhörungsrecht verzichtet.

Zu prüfen bleibt, ob sie trotzdem, gestützt auf den Antrag der Beschwerdeführerin 2 persönlich angehört werden müsste. Zur Klärung des Sachverhalts ist die Anhörung der Betroffenen nicht erforderlich, nachdem dieser aufgrund der Aktenlage erstellt ist. Soweit die Anhörung durch die Wahrung des höchstpersönlichen Rechts der Betroffenen begründet wird, so muss daran erinnert werden, dass dieses Recht nur durch die Betroffene wahrgenommen werden kann. Nachdem vorliegend die Beschwerdeführerin durch den Beschwerderückzug konkludent auf ihr Anhörungsrecht verzichtet hat, kann der Gehörsrüge durch eine nahestehende Person kein Erfolg mehr beschieden sein.

41. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde der Betroffenen als gegenstandslos abzuschreiben und die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 abzuweisen.

IV.

42. Die gestützt auf Art. 46 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 lit. a des Dekrets betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (VKD; BSG 161.12) oberinstanzlichen Verfahrenskosten werden auf CHF 1'000.00 bestimmt. Sie werden der Beschwerdeführerin 1, welche ihre Beschwerde zeitig zurück gezogen und somit nur geringen Aufwand verursacht hat, zu 1/5, ausmachend CHF 200.00, und der Beschwerdeführerin 2 zu 4/5, ausmachend CHF 800.00, auferlegt (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 1 VR-PG). Diese Kosten werden mit dem vor oberer Instanz geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.
43. Oberinstanzlich wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Das Gericht entscheidet:

1. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 wird als gegenstandslos abgeschrieben.
2. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird abgewiesen.
3. Die Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 1'000.00, werden der Beschwerdeführerin 1 zu 1/5, ausmachend CHF 200.00, und der Beschwerdeführerin 2 zu 4/5, ausmachend CHF 800.00, auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Vorschuss in der Höhe von CHF 1'000.00 verrechnet.
4. Oberinstanzlich wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Zu eröffnen:
 - den Beschwerdeführerinnen, vertreten durch Rechtsanwalt C. _____
 - der Vorinstanz
 - dem Mitbeteiligten, vertreten durch Rechtsanwalt E. _____

Mitzuteilen:

- dem Kantonalen Jugendamt, Gerechtigkeitsgasse 81, 3011 Bern

Bern, 27. März 2017

Im Namen des Kindes- und
Erwachsenenschutzgerichts

Die Referentin:

Oberrichterin Grütter

Die Gerichtsschreiberin:

Miescher

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen.

Hinweis: Der Entscheid ist rechtskräftig.