

## **Die Revision des Erwachsenenschutzrechts in der Schweiz**

Prof. Daniel Rosch, Bern, MLaw, dipl. Sozialarbeiter FH/MAS in Nonprofit-Management, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit.

### **I. Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutzrecht**

In einem Grossteil von Europa ist das Erwachsenenschutzrecht seit ungefähr 20 Jahren im Umbruch. Trotz der Unterschiedlichkeit der nationalen Ansätze ist in der Mehrheit der Reformen ein Trend zu mehr Flexibilität der Erwachsenenschutzmassnahmen erkennbar.<sup>1</sup>

Das am 1. Januar 2013 in der Schweiz in Kraft getretene Erwachsenenschutzrecht löst das aus den Jahren 1907/1912 stammende Vormundschaftsrecht ab. Dieses alte Vormundschaftsrecht ist seit seinem Inkrafttreten 1912 weitgehend unverändert geblieben. Ausnahme davon ist das im Jahre 1978 ins Vormundschaftsrecht eingefügte Gesetz über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung, welches die zuvor im kantonalen Recht stehenden administrativen Versorgungsgesetze abgelöst hat. Mit diesem Gesetz wurden das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) um die Artikel 397a–397f ZGB ergänzt und das schweizerische Recht mit den Anforderungen von Artikel 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) in Einklang gebracht. Das Vormundschaftsrecht ist von den gesellschaftlichen Werten geprägt, die 1907/1912 herrschten und zeichnet sich zum Einen durch seine paternalistische Haltung aus: Vormundschaftsrecht als Handhabe zur Sanktionierung unerwünschten Verhaltens (Disziplinierung und Normalisierung).<sup>2</sup> Zum Anderen lag neben dieser Werthaltung ein starres und wenig flexibles Massnahmensystem vor, bestehend aus den Hauptmassnahmen Beistandschaft, Beiratschaft und Vormundschaft. Damit das alte Vormundschaftsrecht überhaupt solange bestehen bleiben konnte und auch für die Praxis noch handhabbar war, musste das Gesetz „geltungszeitlich angepasst“ werden und benötigte deshalb auch ein paar kreative juristische Ideen. So wurden aus der Not Massnahmen miteinander kombiniert<sup>3</sup>, Massnahmen, die zeitlich beschränkt waren als Dauermassnahmen konzipiert<sup>4</sup>, eine im Gesetz nicht vorhandene Stillschweigepflicht für die vormundschaftlichen Organe konstruiert<sup>5</sup>, eine einvernehmliche Amtsniederlegung ermöglicht, damit die zu kurz geratenen Amtsenthebungsgründe nicht angewendet werden müssen etc. Kurzum, Praxis, Rechtsprechung und Lehre ermöglichten, dass das alte Recht anwendbar blieb. Hinzu kam, dass die Vormundschaftsbehörde als zentrales Organ des Vormundschaftsrechtes, welches Massnahmen abklärte und anordnete, seit 1912 in einem Grossteil der Schweiz („Deutschschweiz“) den Gemeinden oblag, wo in der Regel Gemeinderäte<sup>6</sup> über mitunter schwere Eingriffe gegenüber schutzbedürftigen Personen befanden. Anders als in den Nachbarländern sah (und sieht) das ZGB keine gerichtliche Behörde vor.<sup>7</sup> Gemeinderäte werden in der Schweiz politisch gewählt; es

---

<sup>1</sup> FamKomm-Heckendorn/Urscheler, Rechtsvergleichung, N 1, 3.

<sup>2</sup> Vgl. FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 5 ff. m.w.H.

<sup>3</sup> z.B. Art. 392 Ziff. 1 mit Art. 393 Ziff. 2 aZGB.

<sup>4</sup> So Art. 392 Ziff. 1 aZGB „dringende Angelegenheit“.

<sup>5</sup> Aus Sinn und Zweck des Vormundschaftsrechts, der EMRK und der Bundesverfassung hergeleitet.

<sup>6</sup> Gemeinderäte sind Exekutivmitglieder auf kommunaler Ebene.

<sup>7</sup> FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 16.

bedurfte somit keines speziellen Wissens betr. rechtlichen, geschweige denn vormundschaftsrechtlichen Fragestellungen. Damit war die Vormundschaftsbehörde weitgehend eine Miliz- und Laienbehörde.<sup>8</sup> Je nach Grösse der Gemeinde<sup>9</sup> war auch die dazugehörige Verwaltung entsprechend professionell bzw. unprofessionell ausgestattet. Gerade in kleinen Gemeinden war es nicht unüblich, dass der Gemeinderat selbst Abklärungen im Kindes- und Erwachsenenschutz vornahm. Demgegenüber fand in grösseren Städten eine Steuerung des Entscheides und somit der Behörde durch professionalisierte Verwaltungseinheiten statt. Besonders problematisch war zudem, dass die Gemeinde nicht nur für das Vormundschaftsrecht zuständig war, sondern oft auch für die Finanzierung der Massnahmen, sodass teilweise notwendige Massnahmen mit Kostenargumenten verhindert wurden. Die Fachleute waren sich einig, dass der dritte Teil des Familienrechts teils oder ganz revisionsbedürftig war. Zeichen dafür waren auch die seit den 60er Jahren diesbezüglich über 50 erschienen Aufsätze und Abhandlungen.<sup>10</sup> Damit wurde absehbar, dass das Recht revidiert werden musste.

## II. Revision des Erwachsenenschutzrechts

Seit September 1993 wurden Vorarbeiten getätigt, die in einem Grundlagenbericht zuhanden des Bundesamtes für Justiz mündeten. Der Grundlagenbericht 1993 mit Thesen und Teilentwürfen wurde von einer dreiköpfigen Expertengruppe verfasst, bestehend aus Prof. Ch. Häfeli, MLaw/Sozialarbeiter & ehem. Rektor der Hochschule Luzern-Soziale Arbeit, Prof. Dr. B. Schnyder, Universität Fribourg und Prof. Dr. M. Stettler, Universität Genf. Daraufhin wurden die Experten im November 1996 mit der Erarbeitung eines Vorentwurfs beauftragt (Bericht VE98), der im Juni 1998 vorgelegt wurde. Aufgrund dessen wurde 1999 eine interdisziplinäre Expertenkommission eingesetzt, welche einen Vorentwurf und einen dazugehörigen Bericht ausarbeitete (Bericht VE03). Gestützt auf die Justizreform im Jahr 2000 und die dazugehörige Neuregelung der Bundeszuständigkeit für das Zivilprozessrecht (Art. 122 Bundesverfassung [BV]), wurde Alt Oberrichter Dr. D. Steck mit der Ausarbeitung eines Verfahrensgesetzes beauftragt (Bericht Verfahren VE03). Im Sommer 2003 wurde zu beiden Vorentwürfen eine breit angelegte Vernehmlassung eröffnet. Die Gesamtrevision wurde grossmehrheitlich gut aufgenommen. Höchst umstritten war die Einsetzung eines Fachgerichtes für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Unterschiedlich wurde auch der Vorentwurf über das Verfahren aufgenommen (Vernehmll.04), weshalb der Entwurf dann auf eine eigenständige Vorlage verzichtete. Der Bundesrat gab 2004 den Auftrag zur Ausarbeitung der Botschaft, diese lag 2006 vor. Im Jahre 2007 hat der Ständerat als Erstrat das neue Recht beschlossen, im Herbst 2008 folgte ihm der Nationalrat. Beide Parlamentskammern haben das Recht ohne grosse Veränderungen beschlossen. Die Inkraftsetzung erfolgte per 1.1.2013.

---

<sup>8</sup> Eine Studie aus dem Jahre 2005 zeigte, dass 70% aller Behörden der Schweiz Gemeinderäte waren, 14% spezialisierte kommunale Behörden und nur 16% überkommunale oder gerichtliche oder berufliche Behörden (Häefeli/Voll, ZVW 2007, S. 51).

<sup>9</sup> In der Schweiz gibt es Gemeinden mit ein paar Hundert Einwohnern und solche, die mehr als 100'000 Einwohner haben.

<sup>10</sup> Rosch, Einführung N 51, in: Rosch/Büchler/Jakob: Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB.

Die zentralen Revisionsanliegen waren

- die Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge gemäss Art. 360 ff. ZGB (Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag),
- die Stärkung der Solidarität in der Familie (z.B. Vertretungsrechte des anderen Ehegatten bei Urteilsunfähigkeit, Verzicht auf Inventarpflicht, die Rechnungsablage etc. gemäss Art. 420 ZGB) und die Entlastung des Staates (z.B. eigene Vorsorge nach Art. 360 ff. ZGB, Subsidiaritätsprinzip gemäss Art. 389 ZGB),
- ein besserer Schutz der urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (z.B. bei bewegungseinschränkenden Massnahmen nach Art. 383 ff. ZGB),
- die behördlichen Massnahmen nach Mass,
- der Verzicht auf die erstreckte elterliche Sorge,
- der Verzicht auf die Veröffentlichung der Einschränkung oder des Entzugs der Handlungsfähigkeit,
- eine Verbesserung des Rechtsschutzes und die Schliessung von Lücken bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (z.B. medizinische Massnahmen ohne Zustimmung nach Art. 434 ZGB),
- die Einrichtung von Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde,
- die Verankerung der wesentlichen Verfahrensgrundsätze im ZGB (z.B. Untersuchungs- und Officialmaxime (Art. 446 ZGB)),
- die Koordination mit dem Personen- und Kindesrecht,
- eine zeitgerechte Terminologie.<sup>11</sup>

### III. Selbstbestimmungsrecht und massgeschneiderte behördliche Massnahmen

#### 1. Selbstbestimmung

Das tendenziell paternalistisch geprägte Vormundschaftsrecht wurde somit abgelöst durch ein den aktuellen gesellschaftlichen Werten verpflichtetes Recht. Dabei spielte die Selbstbestimmung eine wesentliche Rolle. Das alte Vormundschaftsrecht sah im Einzelfall durchaus in Bezug auf den Schutz überschüssende Massnahmen vor. Deutlichstes Beispiel war die Beistandschaft auf eigenes Begehren gemäss Art. 394 aZGB. Diese Massnahme wurde oft bei älteren Menschen angewendet. Es bedurfte eines eigenen Begehrens und eines Minimums an Kooperation mit dem Beistand. Aufgrund des eigenen Begehrens wurde die Massnahme in Bezug auf die Initialphase der Mandatsführung als sehr niederschwellig betrachtet. Hinsichtlich der Kompetenzen, welche dem Beistand übertragen wurden, war die Massnahme aber sehr weitgehend, da der Beistand damit für umfassende Personen- und Vermögenssorge zuständig war. Diese Kompetenzen hatte er unabhängig vom Ausmass des Schwächezustands und des Schutzbedarfs im Einzelfall. In den allermeisten Fällen wären solch umfassende Kompetenzen nicht notwendig gewesen. Mit dem Paradigmawechsel hin zur Selbstbestimmung sind im neuen Recht solche überschüssenden Kompetenzen bzw. Massnahmen nicht mehr gewünscht. Zweck der behördlichen Massnahmen sind das Wohl und der Schutz der hilfsbedürftigen Person, wobei die Selbstbestimmung so weit als möglich erhalten und gefördert

---

<sup>11</sup> Botschaft, 7011 ff.

werden soll.<sup>12</sup> Dabei hat der Beistand auf die Meinung der schutzbedürftigen Person soweit tunlich Rücksicht zu nehmen, hat ihren Willen zu achten und hat auch dafür besorgt zu sein, dass die schutzbedürftige Person ihr Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten kann.<sup>13</sup> Damit wird paternalistisches, zum Schutz notwendiges Intervenieren tendenziell zur ultima ratio. Diese Werthaltung entspricht sozialarbeiterischen Standards und wird durch die gesetzliche Verankerung lediglich verstärkt.

## 2. Massgeschneiderte behördliche Massnahmen

Mit dieser Hinwendung zur Selbstbestimmung sollen die behördlichen Massnahmen massgeschneidert werden. Neu ist zunächst, dass es im Erwachsenenschutz keine Beiratschaft und auch keine Vormundschaft mehr gibt. Es gibt nur noch die Beistandschaft. Idee der Massschneiderung ist, dass die sich aus dem Schwächezustand ergebende Schutzbedürftigkeit mit den neu individuell zu bestimmenden Aufgabenbereichen korreliert. Dazu ein Beispiel: Eine an Demenz leidende Person<sup>14</sup>, die aufgrund ihrer Erkrankung ihre finanziellen Angelegenheiten nicht mehr besorgen kann und vereinsamt<sup>15</sup>, würde wohl eine Beistandschaft mit den Aufgabenbereichen Einkommensverwaltung und/oder Vermögensverwaltung sowie Schaffung von sozialen Kontakten erhalten. In einem zweiten Schritt wäre sodann zu fragen, welche Kompetenzen der Beistand für die Mandatsführung in den einzelnen Aufgabenbereichen benötigt. Das revidierte Recht sieht folgende Kategorien vor:

- begleitendes Handeln ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit,
- vertretendes Handeln mit und ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit
- Mitwirkung des Beistandes: die urteilsfähige Person handelt noch selbständig; damit ein Rechtsgeschäft aber rechtsgültig abgeschlossen wird, bedarf es der Zustimmung des Beistandes,
- umfassende Kompetenzen, wobei .

Entsprechend diesen Kategorien werden für die jeweiligen Aufgabenbereiche eine Begleit-<sup>16</sup>, Vertretungs-<sup>17</sup> beziehungsweise Mitwirkungsbeistandschaft<sup>18</sup> angeordnet. Diese *Beistandschaftsarten* können miteinander kombiniert werden. So kann es sein, dass die als Beispiel erwähnte demente Person für die Einkommensverwaltung eine Vertretungsbeistandschaft, für die Vermögensverwaltung eine Vertretungsbeistandschaft unter Beschränkung der Handlungsfähigkeit und für die Schaffung von sozialen Kontakten eine Begleitbeistandschaft erhält. Es entsteht ein individualisiertes „Betreuungsportfolio“.<sup>19</sup> Dort, wo hingegen umfassende Kompetenzen aufgrund einer ausgeprägten Hilfsbedürftigkeit erforderlich sind, muss eine umfassende Beistandschaft angeordnet werden. Diese ist das Nachfolgeinstrument der früheren Vormundschaft.

Mit dieser Massschneiderung wird die Verhältnismässigkeitsprüfung zentral: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat Verfassungsrang<sup>20</sup> und fordert, dass jeder

---

<sup>12</sup> Vgl. Art. 388 ZGB.

<sup>13</sup> Art. 406 Abs. 1 ZGB.

<sup>14</sup> Demenz wäre der Schwächezustand gemäss Art. 390 ZGB („geistige Behinderung“, „psychische Störung“ oder „ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand“).

<sup>15</sup> Die finanziellen Angelegenheiten und die zunehmende Isolation wäre der Schutzbedarf.

<sup>16</sup> Art. 393 ZGB.

<sup>17</sup> Art. 394 f. ZGB.

<sup>18</sup> Art. 396 ZGB.

<sup>19</sup> Siehe Häfeli, in FamPra.ch, 2007, 10.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV.

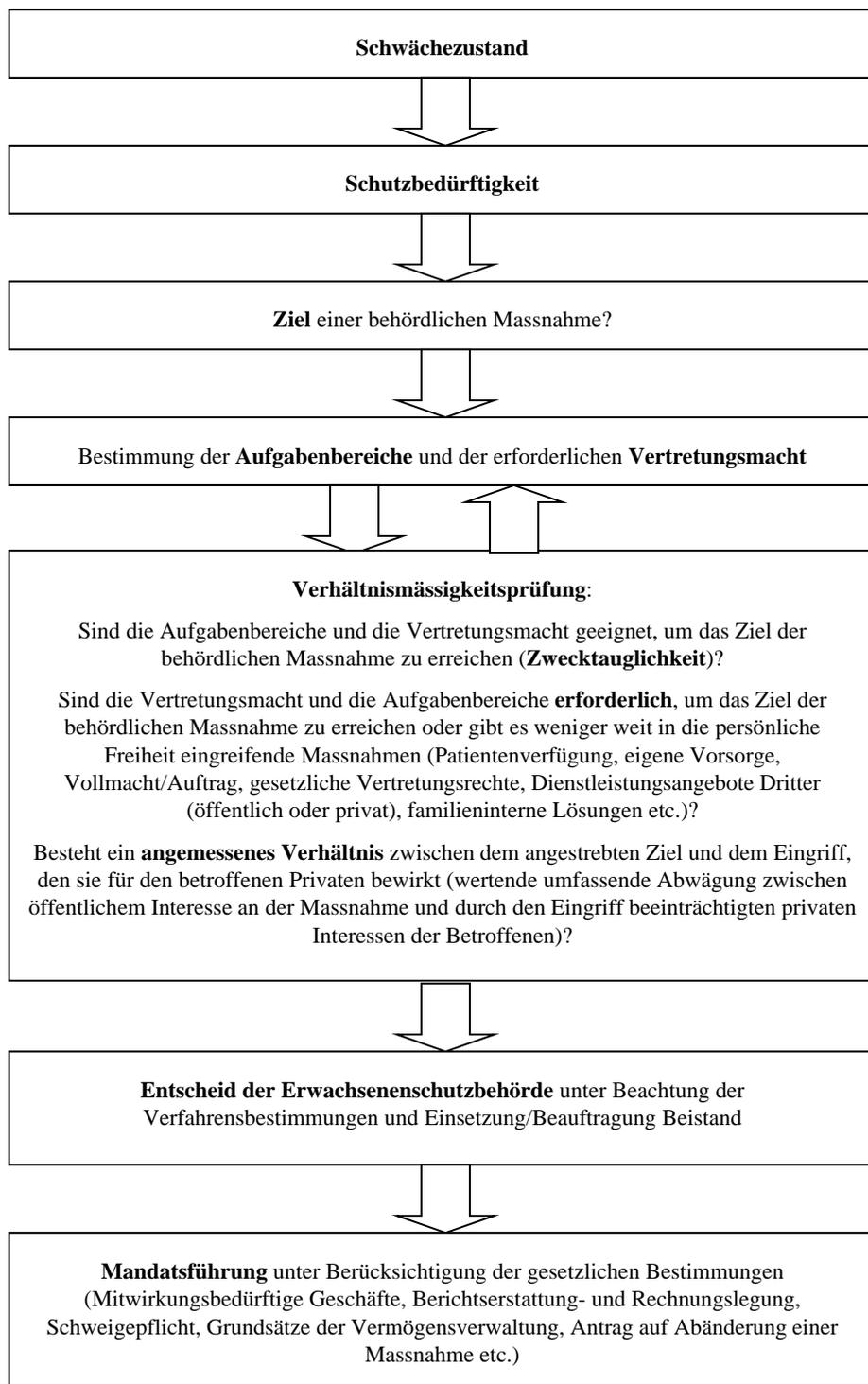
Eingriff des Staates in die Rechtsstellung von Personen in Bezug auf das Ziel („öffentliches Interesse“) geeignet, so gering als möglich und in einem angemessenen Zweck-Mittel-Verhältnis<sup>21</sup> stehen muss.<sup>22</sup> Einerseits wird mit der Verhältnismässigkeitsprüfung das im Erwachsenenschutz bestehende Spannungsverhältnis von Selbst- und Fremdbestimmung austariert. Andererseits wird gewährleistet, dass eine behördliche Massnahme möglichst wenig Fremdbestimmung zulässt und dennoch wirksam ist. Da die neuen behördlichen Massnahmen derart flexibel sind, können auch entsprechend genaue und verhältnismässige Massnahmen angeordnet werden. Es wird „Haute Couture“ betrieben. Eine Übersicht über den

---

<sup>21</sup> Das Verhältnis zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung für die betroffene Person wird hier in einer umfassenden Interessenabwägung beurteilt.

<sup>22</sup> Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, Rz. 581 ff.; Art. 389 ZGB.

Ablauf im neuen Erwachsenenschutzrecht gibt das folgende Schema:



#### IV. Alternativen zu behördlichen Massnahmen

Das revidierte Recht will Selbstbestimmung soweit möglich zulassen. Dies ist auch der Grund dafür, weshalb das neue Gesetz Massnahmen vorsieht, welche urteilsfähige Personen für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit ergreifen können, um weitestgehende Selbstbestimmung zu ermöglichen. Der Vorsorgeauftrag sieht vor, dass eine handlungsfähige Person für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit entweder eine juristische oder eine natürliche Person einsetzen kann, welche für

umschriebene Aufgabenbereiche an ihrer statt handeln soll.<sup>23</sup> Daneben sieht das Gesetz auch die Patientenverfügung als Selbstvorsorgemassnahme vor: Eine urteilsfähige Person kann für den Fall ihrer eigenen Urteilsunfähigkeit entweder eine Person einsetzen, die für sie einer medizinischen Massnahme zustimmt, oder sie bestimmt selber, welcher Massnahme sie (nicht) zustimmt.<sup>24</sup>

Wird eine Person urteilsunfähig und hat die Person keine Selbstvorsorgemassnahmen vorgesehen, so sieht das neue Recht für bestimmte Situation gesetzliche Vertretungsrechte vor: So können Ehegatten und eingetragene Partner für ihren urteilsunfähigen Ehegatten bzw. Partner alle Rechtshandlungen vornehmen, die zur Deckung des Unterhaltsbedarfs üblicherweise erforderlich sind; sie können die ordentliche Verwaltung des Einkommens und der übrigen Vermögenswerte übernehmen und nötigenfalls auch die Post öffnen und erledigen.<sup>25</sup> Soweit eine Person diese gesetzlichen Vertretungsrechte nicht möchte, muss sie einen Vorsorgeauftrag erstellen. Daneben sieht das neue Recht für den Fall der Urteilsunfähigkeit und bevorstehenden notwendigen medizinischen Massnahmen eine Kaskade von Personen mit Entscheidungskompetenzen vor: Die ärztliche Aufklärungspflicht und die Zustimmung zur medizinischen Massnahme bei Urteilsunfähigkeit richtet sich an einen Vertreter, sofern keine Patientenverfügung vorliegt. Folgende Personen sind der Reihe nach berechtigt, die urteilsunfähige Person zu vertreten sowie die Zustimmung zu erteilen bzw. zu verweigern<sup>26</sup>:

1. die in einer Patientenverfügung oder in einem Vorsorgeauftrag bezeichnete Person;
2. der Beistand mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen;
3. wer als Ehegatte oder eingetragener Partner einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
4. die Person, die mit der urteilsunfähigen Person einen gemeinsamen Haushalt führt und ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet;
5. die Nachkommen, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
6. die Eltern, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten;
7. die Geschwister, wenn sie der urteilsunfähigen Person regelmässig und persönlich Beistand leisten.

Damit schafft der Gesetzgeber Rechtssicherheit im Umgang mit Urteilsunfähigen, dort wo gleichzeitig eine medizinische Massnahme angezeigt ist. Gleichzeitig stellt die Kaskade den Versuch dar, das Näheverhältnis einer Person zu einer anderen in einer pluralistischen Gesellschaft wertemässig zu definieren, was nicht unwidersprochen geblieben ist.<sup>27</sup>

Dieselbe Kaskade ist auch anwendbar für den Abschluss eines Betreuungsvertrages, wenn eine urteilsunfähige Person für längere Zeit in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut werden muss.

---

<sup>23</sup> Art. 360 ZGB.

<sup>24</sup> Art. 370 ZGB.

<sup>25</sup> Art. 374 ZGB.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 378 ZGB.

<sup>27</sup> Fankhauser, BJM 2010, 240 ff.

## V. Die Fürsorgerische Unterbringung (FU)

Soweit es um die Bestimmung des Aufenthaltes einer Person geht, kommt die Fürsorgerische Unterbringung (FU), als Nachfolge der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, zur Anwendung. Gegen den Willen einer urteilsfähigen Person bzw. gegen den mutmasslichen Willen einer urteilsunfähigen Person kann mit einer FU eine Person mit dem Ziel der Personensorge zum Zwecke der Betreuung oder der medizinischen Behandlung in einer Einrichtung untergebracht werden. Voraussetzung ist eine psychische Störung, geistige Behinderung oder schwere Verwahrlosung sowie der Umstand, dass die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann.<sup>28</sup> Das neue Recht beinhaltet eine einheitliche Regelungen auf Bundesebene für eine Medikation von psychischen Störungen ohne Zustimmung<sup>29</sup> und für bewegungseinschränkende Massnahmen<sup>30</sup> im Rahmen einer FU. Zusätzlich können die Kantone die Nachbetreuung regeln und dafür auch ambulante Zwangsmassnahmen vorsehen.<sup>31</sup>

## VI. Die interdisziplinäre Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

Das revidierte Recht sieht eine interdisziplinäre, spezialisierte Fachbehörde<sup>32</sup> vor. Die Interdisziplinarität ergibt sich aus dem Umstand, dass Erwachsenenschutz- wie Kinderschutzrecht eine Vielzahl von Referenzdisziplinen kennt, wie Soziale Arbeit, Psychologie, Psychiatrie/Medizin, Treuhand, Pflegewissenschaften etc. Dementsprechend werden die meisten Behördenstellen vorwiegend von Juristen, aber auch von Sozialarbeitenden und Personen aus weiteren Referenzdisziplinen besetzt. Damit hat sich die Behörde massgeblich professionalisiert. Gleichzeitig sind die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden überwiegend Verwaltungsbehörden geblieben. Vereinzelt finden sich Gerichte.<sup>33</sup> Damit arbeitet die Mehrheit der Behörden auch weiterhin im verwaltungsrechtlichen Kontext.<sup>34</sup>

## VII. Zwei Spezifika des Erwachsenenschutzes in der Schweiz

### 1. Rechtstheoretische Einordnung<sup>35</sup> und Auswirkungen

Die Familie hatte immer schon einen Einfluss auf die Vormundschaft, jedoch je nach historischem Kontext in unterschiedlichem Ausmass.<sup>36</sup> Bis in die Neuzeit hinein war die Vormundschaft im westlichen Europa primär auf das Problem der Verwaltung und Bewahrung des Familienvermögens bezogen.<sup>37</sup> Daher entstammt wohl auch die Einordnung in die Zivilgesetzgebung. Das Erwachsenenschutzrecht ist formell Zivilrecht und eng mit dem Handlungsfähigkeitsrecht verknüpft; zugleich verweist es

---

<sup>28</sup> Art. 426 ZGB.

<sup>29</sup> Art. 434 ZGB.

<sup>30</sup> Art. 438 ZGB.

<sup>31</sup> Art. 437 ZGB.

<sup>32</sup> Deutscher Gesetzestext: „Fachbehörde“, französischer Gesetzestext: „autorité interdisciplinaire“, italienischer Gesetzestext: „autorità specializzata“.

<sup>33</sup> Gerichte finden sich v.a. in der französischsprachigen Schweiz und in den Kantonen Aargau und Schaffhausen.

<sup>34</sup> Vgl. unten Rechtstheoretische Einordnung und Auswirkungen.

<sup>35</sup> Nachstehend findet sich eine gekürzte Fassung aus: Rosch, Einführung N 35 ff., in: Rosch/Büchler/Jakob: Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB.

<sup>36</sup> Heider, die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung, Diss. Bochum, 2011, S. 230.

<sup>37</sup> Vgl. auch FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 3.

im Rahmen des Eingriffssozialrechts auf die Grundrechtsdogmatik und somit auf das öffentliche Recht. Inhaltlich stellt das Erwachsenenschutzrecht als Eingriffssozialrecht zu erheblichen Teilen öffentliches Recht dar.<sup>38</sup> Rechtstheoretisch fällt die Einordnung schwer: Einerseits finden sich privatrechtliche Normen über die individuelle Personensorge, über die eigene Vorsorge sowie Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit, andererseits Normen öffentlich-rechtlicher Natur wie die der fürsorglichen Unterbringung oder die Organisation und Tätigkeiten der Erwachsenenschutzbehörde.<sup>39</sup> Damit ist das Erwachsenenschutzrecht ein Mischgebilde aus formellem Privatrecht mit öffentlich-rechtlichem Charakter. Die Zuordnung zum öffentlichen Recht hat zur Folge, dass es sich in Bezug auf Auslegung und Lückenfüllung an den verwaltungsrechtlichen Leitlinien orientiert; verfahrensmässig wird es unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK subsumiert.<sup>40</sup> Die Gesetzestexte legen sich in dieser Frage nicht fest.<sup>41</sup> Zudem verweisen die Verfahrensbestimmungen des revidierten Rechts in Art. 430f ZGB subsidiär auf die singemässe Anwendung der Zivilprozessordnung und, soweit die Kantone die Möglichkeit nutzen, auf kantonales (Verwaltungsverfahren-) Recht.

### 1.1. Verhältnis Mandatsträger zur schutzbedürftigen Person

In Bezug auf das *Verhältnis des Mandatsträgers zur schutzbedürftigen Person* wird gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung von einem privatrechtlichen Verhältnis ausgegangen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist diesbezüglich einheitlich: Gemäss BGer 5A.15/2003 E. 1 sei nach der im alten Recht verankerten Auffassung die Bevormundung und alles, was mit der Führung der Vormundschaft (bzw. Beistandschaft) zusammenhängt und im ZGB geregelt sei, als Teil des Privatrechts zu betrachten. Gemäss BGE 83 II 180 E. 3 gehört die Entscheidung über eine nach Art. 406 aZGB zu treffende vormundschaftsrechtliche Massnahme zu den Zivilsachen. In BGE 98 V 230 E. 4a äussert sich das Bundesgericht (zum alten Vormundschaftsrecht) wie folgt:

„Das Gesetz spricht denn auch vom Vormund als "vormundschaftlichem Organ" (Art. 360 aZGB) und enthält im 11. Titel je einen Abschnitt "Das Amt des Vormundes" und "Das Amt des Beistandes". Nach EGGER steht der Vormund zum Staat in einem verwaltungsrechtlichen Verhältnis und ist ihm gegenüber öffentlichrechtlich zur Erfüllung seiner Pflicht verbunden; das Amt beruht auf öffentlicher Übertragung (Art. 379, 385, 387 aZGB; EGGER, N. 4 zu Art. 367 ZGB). Der Vormund steht jedoch nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis und ist nicht Beamter des Gemeinwesens. Auch die II. Zivilabteilung des Bundesgerichtes bemerkt, der Vormund handle - bei der Prozessführung - zwar nicht namens oder in unmittelbarem Interesse des Gemeinwesens, aber doch in Ausübung eines ihm von diesem verliehenen Amtes, also nicht in eigener Sache (BGE 83 II 186, 192). Die Tätigkeit des Vormundes im Rahmen seiner gesetzlichen Pflichten und Befugnisse dient, wie die Einrichtung seines Amtes und die der gesamten vormundschaftsrechtlichen Behördenorganisation sowie deren öffentlich-rechtliche Ausgestaltung durch formelles Bundeszivilrecht und ergänzendes kantonales Recht (vgl. KAUFMANN, N. 11, 29, 30; EGGER, N. 15, 16), der Verwirklichung von Zivilrecht: denn das materielle Vormundschaftsrecht, insbesondere die Bestimmungen über

<sup>38</sup> Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, Familienrecht Rz. 19.20

<sup>39</sup> CHK-Affolter/Steck/Vogel, Art. 360 aZGB N 2; BK-Murer/Schnyder, Syst. Teil N 66 ff.

<sup>40</sup> CHK-Affolter/Steck/Vogel, Art. 360 aZGB N 2; BK-Murer/Schnyder, Syst. Teil N 85; siehe auch BGE 98 V 230)

<sup>41</sup> Es wird zwar in Art. 402 aZGB und Art. 421 ff. aZGB von einem Amt gesprochen, von der Pflicht zur Übernahme und Modalitäten der Entlassung aus dem Amt. Dies ist im Unterschied zum geltenden Recht (z.B. Art. 405 ZGB; Art. 420 ZGB) der einzige Hinweis auf eine Nähe zum öffentlichen Recht. Die Haftung ist – im Unterschied zum alten Recht – demgegenüber öffentlich-rechtlicher Natur.

die Handlungsfähigkeit des Mündels, das Verhältnis des Vormundes zum Mündel, die Vertretung des Mündels, die Fürsorgepflicht, die Vermögensverwaltung und die persönliche Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe, ist im wesentlichen Privatrecht (EGGER, N. 12). Gleicher rechtlicher Natur ist auch der Hauptzweck der Tätigkeit des Vormundes: gesetzliche Vertretung von und individuelle Fürsorge für Person und Vermögen des Mündels. Jedoch ist dieses Handeln zum Wohle des Mündels nicht nur Interessenwahrung für eine natürliche Person, sondern nach dem Gesagten auch Ausübung amtlicher Pflichten und Befugnisse kraft staatlicher Ernennung unter Aufsicht und Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden und nach Massgabe öffentlich-rechtlicher Bestimmungen. Der nebenamtliche Vormund (vom Amtsvormund ist hier nicht die Rede) hat demnach gegenüber der übergeordneten Behörde eine ähnliche Stellung wie der (nebenamtliche) Grundbuchführer (ZAK 1958 S. 63), der Handelsregisterführer, der Friedens- und der Zivilrichter; sie alle üben öffentliche Funktionen aus, die der Verwirklichung des materiellen Zivilrechts dienen.“

SCHNYDER/MURER verweisen darauf, dass zwar die Mandatsträger öffentlich rechtlich angestellt seien, sie in ihrer öffentlichen Funktion demgegenüber jedoch materielles Zivilrecht verwirklichten. Privat- und Berufsbeistände nähmen im Verhältnis zur hilfs- und schutzbedürftigen Person die genau gleiche Rechtsstellung ein wie der Privatbeistand. Der einzige Unterschied zwischen Privat- und Berufsbeistand bestünde somit im unterschiedlich gestalteten Verhältnis zum Gemeinwesen.<sup>42</sup> DESCHENAUX/STEINAUER verweisen darauf, dass Mandatsträger im Rahmen ihrer Amtsausübung in einer öffentlich-rechtlichen Beziehung stehen.<sup>43</sup> Für GEISER wiederum ist im Rahmen der Grundrechtslehre ein privates Interesse (bei der Prüfung der öffentlichen Interessen) ausreichend.<sup>44</sup> Dies führen SCHNYDER/MURER aus und stellen sich auf den Standpunkt, dass die vormundschaftlichen Organe mittelbar eine öffentlich-rechtliche Aufgabe wahrnehmen; sie aber unmittelbar und in erster Linie den Interessen des Schutzbedürftigen dienen und nicht jenen des Gemeinwesens. Deshalb hätten die Mandatsträger keine Beamtenstellung im Verhältnis zum Mündel.<sup>45</sup>

## 1.2. Behörde

Demgegenüber ist die *Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und der Aufsichtsbehörde*, deren Rolle und Organisation, der Charakter der Anordnungen, die Bestimmungen des Verfahrens, die Haftung im revidierten Recht etc. materiell dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Gemäss BGer 5A.15/2003 E. 1 sind theoretisch Verfügungen im Bereich des Vormundschaftswesens zum öffentlich Recht hinzuzählbar. Gemäss BGer vom 6.6.2007, 5A.147/2007 E.1 stellt die Verantwortlichkeitsklage gegen einen Beirat ein öffentlich-rechtliches Verfahren auf dem Gebiet der Aufsicht über die Vormundschaftsbehörden dar, das in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zivilrecht steht. Dem entspricht auch Art. 72 Abs. 2 lit. b. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG), in welchem die Entscheide der Behörde als „öffentlich-rechtliche Entscheide, die in unmittelbarem Zusammenhang mit Zivilrecht stehen“ qualifiziert werden und nur deshalb als Beschwerde in Zivilsachen ans Bundesgericht weitergezogen werden können.

---

<sup>42</sup> BK-Schnyder/Murer, Art. 360 ZGB N 49 ff., N 59 ff.)

<sup>43</sup> Deschenaux/Steinauer, Personnes, Rz. 845

<sup>44</sup> Geiser, FS Schnyder, Rz. 4.6.; BSK ZGB I-Geiser, Vor Art. 397a-f aZGBN 8a.

<sup>45</sup> BK-Schnyder/Murer, Art. 360 aZGB N 22 ff.

Die Zuordnung zum öffentlichen Recht hat zur Folge, dass es sich in Bezug auf Auslegung und Lückenfüllung an den verwaltungsrechtlichen Leitlinien orientiert. Von der Natur der Sache her handelt es sich somit um öffentliches Recht.<sup>46</sup>

### 1.3. Schlussfolgerungen

Aus dem Ausgeführten ist zu schliessen, dass Rechtsprechung und überwiegende Lehre tendenziell von einem zivilrechtlichen Verhältnis zwischen Mandatsträger/in und schutzbedürftiger Person ausgehen. Meines Erachtens wäre materiell eine Zuordnung des Verhältnisses zwischen schutz- und hilfsbedürftiger Person und Beistand materiell durchaus auch ausschliesslich zum öffentlichen Rechts vertretbar. Das von SCHNYDER/MURER aufgeführte Spannungsverhältnis zwischen Interessen des Schutzbedürftigen und des Gemeinwesens sind in der Sozialen Arbeit typisch: Das sogenannte doppelte Mandat zeichnet die Soziale Arbeit insbesondere im gesetzlichen Rahmen aus und findet sich vor allem auch im Sozialhilferecht, einem typischerweise dem öffentlichen Recht zugeordneten Bereich. Dem steht die Nähe zum Handlungsfähigkeitsrecht nicht entgegen; diese Normen sind auch im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Amtsführung zu beachten.

Demgegenüber sind die Handlungen der Erwachsenenschutzbehörde grundsätzlich dem öffentlichen Recht zuzuordnen; gleiches gilt für die Aufsichtsbehörden. Auch wenn das Erwachsenenschutzrecht rechtshistorisch aus dem Familienrecht herauswuchs, so ist das öffentliche Recht zumindest auf der Ebene der Behörde allgegenwärtig. Die dem öffentlichen Recht zugeordnete *Offizialmaxime*<sup>47</sup> und *Untersuchungsmaxime*<sup>48</sup> gelten uneingeschränkt. Zumeist sind die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden auch im künftigen Recht Verwaltungsbehörden und wenden in aller Regel das kantonale Verwaltungsverfahren an.<sup>49</sup> Zudem findet sich in den vergangenen Jahrzehnten im Erwachsenenschutzrecht eine zunehmend grundrechtliche Perspektive<sup>50</sup>: Erwachsenenschutzrecht wird nicht nur im Sinne des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes behandelt, sondern auch als Eingriff in das Grundrecht auf Persönliche Freiheit<sup>51</sup> verstanden. Deshalb sind auch die Aspekte des Grundrechtseingriffs<sup>52</sup> jeweils zu prüfen. Diese grundrechtliche Perspektive führt das revidierte Recht durchaus fort und stärkt sie noch. Damit werden auch die vielerorts vorhandenen auslegungsbedürftigen Ermessensbegriffe mit einem grundrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen Verständnis konkretisiert.

## 2. Behördliche Aufsicht

Trotz der heterogenen, föderalistischen Struktur im Erwachsenenschutz war bereits im alten Recht die behördliche Aufsicht über die Mandatsführung insbesondere dort eine umfassende, wo professionalisierte Dienste bestanden. Zielsetzung der Aufsicht ist die Vereinheitlichung der Rechtsanwendung, die Sicherstellung, dass die Mandatsführung funktioniert und dass die Beistände ihre Arbeit gemäss ihren Sorgfaltspflichten rechtlich und methodisch korrekt erledigen.<sup>53</sup> Geprägt vom Zweck

<sup>46</sup> BSK Erwachsenenschutz- Auer/Marti, Art. 446 N 2.

<sup>47</sup> Art. 446 Abs. 3 ZGB.

<sup>48</sup> Art. 446 ZGB.

<sup>49</sup> Vgl. Art. 450f ZGB.

<sup>50</sup> So auch: FamKomm-Voll, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 9.

<sup>51</sup> Art. 10 BV.

<sup>52</sup> Art. 36 BV sieht für einen zulässigen Grundrechtseingriff eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches Interesse, die Verhältnismässigkeit sowie dass der Kerngehalt nicht angetastet wird, vor.

<sup>53</sup> Analog zum Ziel der Aufsichtsbehörden bei BSK ZGB I-Geiser, Vor Art. 420-425 N 2.

des Erwachsenenschutzes, des Wohls und des Schutzes der betroffenen Person, hat sich auf Behördenseite oftmals ein weites Verständnis der Aufsicht durchgesetzt. Die zuständigen Dienststellen der Behörde konnte regelmässig kontaktiert werden, es fanden oft Austausche über einzelne Mandate statt, private Mandatsträger wurden in Bezug auf ihre Fragen und Unsicherheiten unterstützt etc. Die Aufsicht stand mit anderen Worten zur Verfügung für diverse fachliche, rechtliche und alltägliche Fragen der Mandatsführung. Dieses Verständnis von Aufsicht findet sich oft im verwaltungsrechtlichen Kontext und steht in einem deutlichen Unterschied zu gerichtlicher Aufsichtspflicht. Diese wird in aller Regel nur zurückhaltend und im Rahmen eines formalisierten Verfahrens ausgeübt.

### **VIII. Eine erste Einschätzung**

Das revidierte Erwachsenenschutzrecht steht im Zeichen der Selbstbestimmung. Damit finden die gesellschaftlich vorherrschenden Werte Eingang ins neue Recht. Das hochindividualisierte massgeschneiderte Massnahmensystem korrespondiert mit einer hochindividualisierten Gesellschaft. Dabei ist diese Tendenz nicht nur im Erwachsenenschutz spürbar: Das 2007 revidierte Jugendstrafrecht zeigt ähnlich vielfältig kombinierbare Strafen und Massnahmen. Beide verfügen über einen postmodernen Ansatz. Zwar ist in Bezug auf die Rechtsfolgen vieles möglich, in der Praxis wird aber dennoch nicht alles möglich sein; vielmehr wird es auch mit dem neuen Recht zu Standardisierungen kommen. Zudem dürfte eine allzu enge Massschneidung nicht im Sinne des Erwachsenenschutzes sein. Wenn beispielsweise nicht die Aufgabenbereiche, sondern auch die Aufgaben massgeschneidert würden, dann hätte das wohl zur Folge, dass in regelmässigen (in der Regel wohl monatlichen) Abständen der Behördenbeschluss aufgrund der veränderten Situation angepasst werden müsste. Damit würden sich die Behörde und der Mandatsträger aber vor allem selbst beschäftigen und zu wenig mit dem Klienten. Das dürfte auch nicht im Sinne des Gesetzgebers sein.

Die Möglichkeiten, Selbstvorsorge zu betreiben, sind zu begrüssen; inwiefern diese angewendet werden und insbesondere, welche gesellschaftlichen Schichten diese anwenden werden, bleibt abzuwarten. Es ist aber davon auszugehen, dass diese neuen Instrumente erst im Laufe von Jahren allgemein bekannt sein dürften.

Die Professionalisierung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde dürfte demgegenüber im Bereich der Zusammenarbeit einige Änderungen mit sich bringen. Bisher waren oftmals die Mandatsträger die einzigen Professionellen. Diese hatten nicht selten auch die Behörden instruiert, was im Einzelfall zu tun sei. Damit ist eine Hierarchieumkehr entstanden, die mit den neuen Behörden wohl korrigiert wird. Mit der Wiederherstellung der Hierarchie ergibt sich die Chance eines Austausches unter Professionellen auf gleicher Augenhöhe. Diese Chance gilt es zu nutzen, auch wenn die neue Zusammenarbeit vielleicht im Einzelfall gewöhnungsbedürftig ist und sicherlich Zeit benötigt. Gerade dort, wo weiterhin die schutzbedürftige Person im Zentrum der Tätigkeit und des Interesses bleibt, kann sich diese neue Zusammenarbeit nur zugunsten des Klienten auswirken. Voraussetzung ist aber auch hier, dass die Kantone und Gemeinden ausreichend personale und finanzielle Ressourcen für die Umsetzung zur Verfügung stellen; nur so kann man dem Anspruch des revidierten Rechts gerecht werden.

Kurzum: Das neue Erwachsenenschutzrecht ist meines Erachtens ein gutes, vorbildliches Gesetz, das aber auf verschiedenen Ebenen in der Umsetzung auch anspruchsvoll sein wird.

## Literatur:

Marc Amstutz et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2007 (zit. CHK – Autor).

Andrea Büchler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), FamKommentar Erwachsenenschutz, Zürich 2012 (zit. FamKomm – Autor)

Henri Deschenaux/Paul Henri Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 4. Aufl., Bern 2001.

Roland Fankhauser, die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 240 ff.

Thomas Geiser/Ruth Reusser, Basler Kommentar Erwachsenenschutz, Basel 2012 (zit. BSK Erwachsenenschutz – Autor)

Thomas Geiser, die FFE als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung?, FS Schnyder, Freiburg i.Ü 1995, 289 ff.

Christoph Häfeli/Peter Voll, die Behördenorganisation im Kindes- und Erwachsenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht, ZVW 2007, 51 ff.

Christoph Häfeli, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts – Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra.ch 2007, 1 ff.

Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.

Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2010.

Mirjam Heider, die Geschichte der Vormundschaft seit der Aufklärung, Diss. Bochum, 2011.

Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 4. Aufl., Basel 2010 (zit. BSK ZGB I-Autor).

Daniel Rosch/Andrea Bühler/Dominique Jakob (Hrsg.) Das neue Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB, Basel 2011.

Bernhard Schnyder/Erwin Murer, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 360-397 ZGB, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 1984 (zit. BK-Schnyder/Murer).