

Die Begleitbeistandschaft - Per aspera ad astra? ¹

Daniel Rosch, lic. iur./dipl. Sozialarbeiter FH/MAS in Nonprofit-Management, Dozent/Projektleiter Kompetenzzentrum Kindes- und Erwachsenenschutz, Hochschule Luzern - Soziale Arbeit, Bern

Stichwörter: Begleitbeistandschaft, neues Erwachsenenschutzrecht, Vertretungsmacht, behördliche Massnahme.

Mots clefs: Curatelle d'accompagnement, nouveau droit de la protection des adultes, pouvoir de représentation, mesures étatiques.

Die Begleitbeistandschaft wird im revidierten Erwachsenenschutzrecht als neue behördliche Massnahme eingeführt. Sie ist massgeblich auf die Personensorge ausgerichtet und beschränkt die Handlungsfähigkeit nicht. Voraussetzung ist jedoch in jedem Falle, dass die schutzbedürftige Person der Begleitbeistandschaft zustimmt.

Im Rahmen ihrer Entstehungsgeschichte sind dieser Massnahme diverse Änderungen widerfahren. Diese Entstehungsgeschichte wird in einem ersten Teil ausgeleuchtet. In einem zweiten Teil soll sodann der Kontext dieser Änderungen, insbesondere der Zusammenhang von eigenem Begehren/Antrag und Zustimmung/Einwilligung sowie das Paradigma der Freiwilligkeit, näher erörtert werden. Im dritten Teil wird aufgrund der Erörterungen der beiden anderen Teile eine erste Auslegeordnung für die künftige Rechtsanwendung vorgenommen.

I. Die Entstehungsgeschichte und ihr Ergebnis

1. Die Betreuungsbeistandschaft der Personensorge

Der Bericht der Expertengruppe 1995² sah unter dem Randtitel «Persönliche Betreuung» folgenden Artikel vor:

Art. 1

«1 Einer volljährigen Person, die wegen psychischer Krankheit, geistiger Behinderung, Suchtkrankheit oder anderer in der Person liegender Schwächezustände ihre Angelegenheiten ganz

FamPra.ch-2010-269

oder teilweise nicht besorgen kann, wird auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen ein Betreuer/eine Betreuerin bestellt.

2 Dabei sind auch die Betroffenheit der Familie und der Schutz Dritter angemessen zu berücksichtigen.

3 Der Betreuer/die Betreuerin steht der betreuten Person mit Rat und Tat zur Seite und kümmert sich um ihr Wohl; er/sie achtet den Willen der betreuten Person, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.

4 Die persönliche Betreuung hat keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit und die Handlungsfreiheit der betreuten Person.»

In Abs. 1 und 2 wurden die allgemeinen für alle Erwachsenenschutzmassnahmen geltenden Voraussetzungen aufgeführt,³ in Abs. 3 und 4 die Rechtsfolgen umschrieben. Die Betreuungsbeistandschaft ist in ihrer Ausprägung, aber auch in ihrer Formulierung («Rat und Tat») nahe bei der Erziehungsbeistandschaft des Art. 308 Abs. 1 ZGB angelegt. Vorbild ist ferner Art. 394 ZGB und § 1896 des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gewesen.⁴ Die Massnahme sollte die Handlungsfähigkeit und auch die Handlungsfreiheit⁵ nicht beschränken.

Sie war als Grundpfeiler für die Personensorge und zugleich als subsidiärste behördliche Massnahme gedacht. Alle anderen Betreuungsformen sollten als solche verstanden werden, die (zusätzlich) zur persönlichen Betreuung hinzutreten,⁶ und sollten immer mit der Betreuungsbeistandschaft kombiniert werden können, wenn Personensorge notwendig erschien. Mit der Betreuungsbeistandschaft wollte man zugleich die Bedeutung der persönlichen Betreuung und Beratung (Personensorge) im neuen Erwachsenenschutzrecht herausstreichen.

FamPra.ch-2010-270

Es war vorgesehen, dass die Massnahme entweder auf Antrag der betroffenen Person oder von Amtes wegen errichtet werden kann.⁷ Damit sollte - wie im geltenden Recht bei den Beistandschaften der Art. 392 f. ZGB - gewährleistet werden, dass auch schutzbedürftige Personen ohne oder gegen ihren Willen unter eine Betreuungsbeistandschaft gestellt werden können.⁸

2. Die Persönliche Beistandschaft (Art. 102 f. Vorentwurf 98 [VE 98])

Aufgrund der Ergebnisse des an einer Tagung von 11./12. Sept. 1995 in Freiburg diskutierten Berichts der Expertengruppe sowie nach weiteren Beratungen in einer erweiterten Expertengruppe entstand der Begleitbericht mit Vorentwurf zuhanden des Bundesamtes für Justiz.⁹ Die Betreuungsbeistandschaft der Personensorge wurde zur Persönlichen Beistandschaft. Bis auf diese terminologische Veränderung, die Aufteilung auf zwei Artikel (Art. 101 f. VE 98) und den Hinweis, dass die Mitwirkung der Behörden bei besonderen Geschäften vorbehalten bleibe, änderte sich an der Bestimmung materiell nichts. Im Begleitbericht wurde aber das Verhältnis der Massnahmen zueinander um eine Nuance anders umschrieben. Neu wurde - entgegen dem Wortlaut des Art. 103 Abs. 1 VE 98, wonach eine besondere Beistandschaft bei Erforderlichkeit zusätzlich zur persönlichen Beistandschaft angeordnet wird - im Bericht erwähnt, dass «die persönliche Beistandschaft als Grundmassnahme in allen besonderen Beistandschaften mitenthalten sei».¹⁰ Damit wird angedeutet, dass das Verhältnis der Personensorge zu den weiteren Schutzbereichen wie Vermögenssorge und insbesondere Vertretung ungeklärt blieb, denn entweder die Persönliche Beistandschaft ist - analog zu Art. 308 Abs. 1 ZGB¹¹ - Grundmassnahme und somit *lex generalis*. Dann kann sie *in demselben Aufgabenbereich* nicht mit den spezielleren Bestimmungen - im Sinne von *lex specialis derogat legi generali* - kombiniert werden. Oder aber sie ist nicht *lex generalis* und somit eine eigenständige Massnahme

FamPra.ch-2010-271

und kann dann - gemäss Art. 103 Abs. 1 VE 98 - mit anderen behördlichen Massnahmen kombiniert werden.¹²

3. Die Begleitbeistandschaft (Art. 380 Vorentwurf [VE ZGB])

Der Bericht der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches vom Juni 2003 hat in Art. 380 VE ZGB die Persönliche Beistandschaft neu formuliert und zur Begleitbeistandschaft umbenannt¹³:

«1 Eine Begleitbeistandschaft wird errichtet, wenn eine hilfsbedürftige Person für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht.

2 Die Erwachsenenschutzbehörde kann anordnen, dass dem Beistand oder der Beiständin Einblick in diese Angelegenheiten und Auskunft darüber zu geben ist.

3 Die Begleitbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person nicht ein.»

Hintergrund dieser grundlegenden Überarbeitung des Artikels ist die Neuordnung der gesetzlichen Systematik und namentlich die Unterbringung von Grundsätzen und allgemeinen gemeinsamen Voraussetzungen der behördlichen Massnahmen in eigenen Kapiteln. Damit hat sich aber auch die Grundausrichtung der Betreuungsbeistandschaft/Persönlichen Beistandschaft leicht verändert. Einerseits wurde der auf Selbstbestimmung der hilfsbedürftigen Person ausgerichtete Passus «kümmert sich um ihr Wohl; er/sie achtet den Willen der betreuten Person, im Rahmen ihrer Fähigkeiten ihr Leben nach ihren eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten» in den allgemeinen Teil verschoben. Andererseits wurde ein neuer - in Anlehnung an Art. 307 Abs. 3 ZGB (Erziehungsaufsicht)¹⁴ - erinnernder Absatz eingefügt, welcher auf die Kontrolle der schutzbedürftigen Person abzielt.¹⁵ Damit war beabsichtigt, dass man mit dieser zusätzlichen Kontrollmassnahme weiter in die persönliche Freiheit eingreifende Massnahmen verhindern könne. Gedacht wurde insbe-

FamPra.ch-2010-272

sondere an schubweise verlaufende Krankheiten.¹⁶ Mit dem neuen Art. 380 VE ZGB hat sich der ursprünglich gedachte Grundpfeiler der Personensorge zumindest textlich entkernt.¹⁷

Beurteilt man diese Kontrolleinschübe *allgemein* in Anlehnung an Art. 307 Abs. 3 ZGB, so wären diese *de iure* nicht notwendig gewesen, da gerade bei schubweise verlaufenden Krankheiten eine Vertretungsbeistandschaft angeordnet werden könnte; *de facto* sind sie nicht nötig, da professionelle Soziale Arbeit neben ihrem psychosozialen Auftrag immer auch dessen Auswertung/Controlling/Evaluation umfasst. Problematisch erscheint insbesondere, dass die Erziehungsaufsicht des geltenden Rechts im Wesentlichen eine Massnahme darstellt, bei welcher die Aufsichtsperson verlängerter Arm der Behörde ist und nicht auf psychosoziale Betreuung und Beratung ausgerichtet ist. Die Aufsichtsperson ist Gehilfe der Behörde, nicht Beistand der schutzbedürftigen Person; sie hat beobachtende und rapportierende Funktion.¹⁸ Gerade diese Rollenkonfusion der Begleitbeistandschaft des Vorentwurfs, die aus dem Zusammenfügen von unterschiedlichen Massnahmen herrührt, hätte zur Folge gehabt, dass neben dem gewohnten Spannungsverhältnis in der Sozialen Arbeit zwischen Hilfe und Kontrolle (sog. doppeltes Mandat) offengeblieben wäre, wo der Schwerpunkt der Massnahme liegt.

Beurteilt man demgegenüber die konkreten *Kontrollaufträge gemäss Abs. 2*, so stellen diese eigentlich nur - und analog zur Erziehungsbeistandschaft - notwendige Informationskompetenzen für den Beistand/die Beiständin zur Erledigung seines/ihrer Auftrages dar, welche die schutzbedürftige Person zu dulden hat.¹⁹

Die Begleitbeistandschaft des Vorentwurfes verzichtet des Weiteren m.E. zu Recht darauf, dass die Massnahme die Handlungsfreiheit nicht beschränken darf. Betrachtet man die hier im Rahmen dieser

Massnahme möglichen faktischen Verhaltensweisen, sog. Realakte²⁰, wie Kochen, Essensplanung, Putzen, Beratung beim

FamPra.ch-2010-273

Abschluss eines Rechtsgeschäftes ohne Vertretungsrechte, Begleitung bei der sozialen Integration, Kontrolle der Medikamenteneinnahme etc., so beschränken diese sehr wohl die Handlungsfreiheit der schutzbedürftigen Person.

4. Das Vernehmlassungsverfahren

Die Vernehmlassungsantworten haben die Begleitbeistandschaft teilweise regelrecht zerzaust. Sie ist auf breite Ablehnung gestossen. Es sei «darauf zu verzichten»²¹, sie «bleibe toter Buchstabe»²², sei gar eine «Totgeburt»²³, «sei absolut überflüssig»²⁴ etc. Unterstützung fand die Massnahme einzig bei den Interessenorganisationen²⁵. Bemängelt wurde insbesondere die mangelnde Abgrenzung zu anderen privaten und öffentlichen Tätigkeiten -insb. zur nicht wirtschaftlichen Sozialhilfe - und vor allem (von Kantonen und Interessengruppen), dass die Massnahme nur auf Begehren oder mit Zustimmung der schutzbedürftigen Person errichtet werden dürfe.²⁶

Hintergrund dieser teilweise deutlichen Ablehnung sind wohl die stetigen textlichen und inhaltlichen Veränderungen in der Entstehungsgeschichte. Sie haben dazu geführt, dass die Notwendigkeit und der Bedarf dieser Massnahme nicht (mehr) klar aufgezeigt werden konnte.

5. Die Begleitbeistandschaft (Art. 393 Entwurf [EZGB])

Infolge der Vernehmlassungsantworten wurde die Begleitbeistandschaft erneut überarbeitet und in Art. 393 EZGB wie folgt formuliert:

«1 Eine Begleitbeistandschaft wird mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet, wenn diese für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht.

2 Die Begleitbeistandschaft schränkt die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht ein.»

Im Rahmen dieser Neufassung gilt es positiv zu erwähnen, dass Art. 380 Abs. 2 VE ZGB in den allgemeinen Teil (Art. 392 EZGB) verschoben wurde, wo die Erwachsenenschutzbehörde ohne Errichtung einer Beistandschaft eine Aufsichtsper-

FamPra.ch-2010-274

son/oder -stelle bestellen kann. Dort ist diese Massnahme am richtigen Platz und könnte gerade bei der Überwachung von privatautonom Bevollmächtigten und Beauftragten, welche nicht mehr selbstständig durch die vollmacht- oder auftraggebende Person überwacht werden können, seine Bedeutung finden.

Demgegenüber kann gemäss Art. 393 EZGB eine Begleitbeistandschaft nur noch angeordnet werden, wenn die schutzbedürftige Person dieser zustimmt. Diese Reduktion auf Situationen, bei welchen die Zustimmung vorliegen muss, hat - wie noch genauer aufzuzeigen sein wird²⁷ - Konsequenzen.²⁸ In der Botschaft zum Entwurf wird dies so dargestellt, dass die Begleitbeistandschaft ohne Zustimmungserfordernis in der Vernehmlassung auf breite Kritik gestossen sei. Zum Teil sei gefordert worden, auf die Begleitbeistandschaft zu verzichten, zum Teil sei verlangt worden, die Massnahme der Zustimmung der hilfsbedürftigen Person zu unterstellen. Im Hinblick auf die grosse Verbreitung der Beistandschaft auf eigenes Begehren sähe der

Entwurf vor, die Begleitbeistandschaft der Zustimmung zu unterstellen.²⁹ Diese Ausführungen sind nicht zutreffend. In den Vernehmlassungsantworten ist vor allem moniert worden, dass auf die Begleitbeistandschaft zu verzichten sei, weil ausreichend private und öffentliche Dienstleistungen in diesem Bereich vorhanden seien. Demgegenüber scheint die Botschaft sagen zu wollen, dass auf die Begleitbeistandschaft zu verzichten sei, weil die Massnahme nicht der Zustimmung der schutzbedürftigen Person unterstellt würde. Das Argument des Zustimmungserfordernisses wurde aber weitgehend unabhängig von der Einordnung und dem Verhältnis der Massnahme zu anderen privaten und öffentlichen Dienstleistungen genannt. Die Vermischung der beiden Argumente ist gemäss den Vernehmlassungsantworten nicht zutreffend.³⁰

6. Die parlamentarische Debatte

Die parlamentarische Debatte beschränkt sich auf ein Votum zu Art. 393 EZGB. Dieses ist gleichzeitig das einzige Votum in den Räten zu den Beistandschaften. Darin wurde von Kommissionssprecher Franz Wicki darauf hingewiesen, dass die Begleitbeistandschaft die niedrigste Stufe der Beistandschaft sei, welche die Handlungsfreiheit und -fähigkeit nicht einschränke. Sie ermögliche es, betagten Personen, die alleine nicht mehr ganz zurechtkommen, helfend beizustehen und eine gewisse Kon-

FamPra.ch-2010-275

trolle auszuüben. Zudem habe sich aus der Diskussion in der Kommission ergeben, dass die Errichtung einer Begleitbeistandschaft «nicht hoch angesetzt» werden dürfe.³¹ Damit klingt auch bei diesem Votum an, dass bei der Begleitbeistandschaft neben der psychosozialen Betreuung weiterhin auch Kontrolle ausgeübt werden soll. Die erwähnte Diskussion in der Kommission meint vermutlich, dass die Reduktion auf das Zustimmungserfordernis und ein Verzicht auf eine Anordnung von Amtes wegen resp. gegen den Willen der Person bedeute, dass die Massnahme niederschwellig angesetzt sei. Das ist sogleich in Kapitel II zu diskutieren. Mit dem Votum F. Wicki wird aber auch herausgestrichen, dass die Begleitbeistandschaft nicht nur wie in Abs. 2 erwähnt die Handlungsfähigkeit, sondern zusätzlich auch nicht die Handlungsfreiheit der betroffenen Person einschränken darf.³²

Infolgedessen wurde Art. 393 EZGB mangels Anträgen in National- und Ständerat ohne Veränderungen angenommen.

7. Fazit

Die ursprünglich gedachte umfassende Grundnorm für die Personensorge hat sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens verändert. Einerseits wurde sie von einer ursprünglich rein zur psychosozialen Betreuung gedachten Massnahme - ohne dies im Gesetze zu nennen - mit Kontrolltätigkeiten verbunden, andererseits wurde mit der Reduktion auf das Zustimmungserfordernis die Massnahme an und für sich verändert und tendenziell in die Nähe von Art. 394 ZGB gestellt. Im gesamten Prozess wurde nie ganz klar, ob die Beistandschaft in ihren unterschiedlichen Ausgestaltungsformen als *lex generalis* zu den weiteren Beistandschaften zu verstehen sei oder aber als eigenständige Norm für die Personensorge, welche mit weiteren Beistandschaften kombiniert werden kann.

II. Eigenes Begehren, Antrag, Zustimmung, Einwilligung und Freiwilligkeit

Art. 393 rev. ZGB lässt die Anordnung einer Begleitbeistandschaft nur zu, wenn die schutzbedürftige Person zustimmt. Die Botschaft rechtfertigt dies mit Art. 394 ZGB, welcher ein eigenes Begehren voraussetzt, und

setzt die beiden Kriterien implizit gleich. Zudem werden mit dem eigenen Begehren resp. der Zustimmung immer wieder implizit die Freiwilligkeit der Massnahme und damit die Kooperationsbereitschaft der betroffenen Person suggeriert. Dieser Kontext, in welchem die Änderungen in der Entstehungsgeschichte der Begleitbeistandschaft stehen, verdient

FamPra.ch-2010-276

es, näher erörtert zu werden, damit herausgearbeitet werden kann, welche Struktur der Begleitbeistandschaft zgedacht ist.

1. Eigenes Begehren, Antrag und Zustimmung, Einwilligung

a) Das eigene Begehren und der Antrag

Ursprünglich wurde das eigene Begehren gemäss Art. 394 ZGB und Art. 372 ZGB als Antrag betrachtet. Der Antrag ist eine Verfahrenshandlung³³. Er setzt ein Verfahren in Gang oder nimmt Einfluss auf dessen Verlauf. Das eigene Begehren im Rahmen von Art. 394 ZGB, aber auch von Art. 372 ZGB führt im ursprünglichen Sinne nur dazu, dass die Behörde tätig wird. Mehr nicht.³⁴ Das eigene Begehren setzt Urteilsfähigkeit voraus.³⁵ Später wurde vorausgesetzt, dass die «begehrende» Person überblicken können muss, welche Massnahme sie beantragt und was für Auswirkungen diese für sie hat. Damit wurde implizit mit dem Antrag eine Zustimmung/ Einwilligung zur Massnahme verbunden.³⁶ Dies entspricht nunmehr herrschender Lehre und Rechtsprechung; eine Massnahme auf eigenes Begehren ist sogar zulässig, wenn das Verfahren von Amtes wegen eingeleitet wurde und die Zustimmung/Einwilligung im Rahmen des Verfahrens erteilt wird.³⁷ Damit wird die ursprünglich zugewiesene Begrifflichkeit ausgeweitet. Hintergrund dürfte sein, dass man die Beistandschaft auf eigenes Begehren, welche den Beiständen/den Beiständinnen eine grosse Vertretungsmacht überbindet, aber auch die Vormundschaft auf eigenes Begehren, welche verfahrensrechtlich einfacher ausgestaltet ist³⁸, aufgrund ihrer Praktikabilität und aufgrund ihrer geringeren Diskriminierung ausweiten wollte. Dies dürfte im Namen der Freiwilligkeit und zu Lasten der ursprünglich gedachten Begrifflichkeit geschehen sein. Dieser Tendenz entspricht auch, dass die Massnahmen

FamPra.ch-2010-277

auf eigenes Begehren oft als niederschwelliger als die übrigen Massnahmen bezeichnet werden,³⁹ was aber nur in Bezug auf die Errichtungsweise zutreffend ist. So sind Massnahmen auf eigenes Begehren oder mit Zustimmung/Einwilligung niederschwelliger als Massnahmen, bei welchen ein Antrag resp. ein eigenes Begehren fehlt, da das Gefühl der Fremdbestimmung mit der Zustimmung/Einwilligung oder dem Antrag/eigenem Begehren bei Massnahmeanordnung gemindert wird. Dies bedeutet aber nicht, dass solche Massnahmen in Bezug auf ihre Wirkungen gleichzeitig weniger weit in die persönliche Freiheit eingreifen. Im Gegenteil. So ist gerade Art. 394 ZGB zwar in Bezug auf die Errichtungsweise niederschwelliger als die übrigen Beistandschaften; von den Wirkungen her kommt dem Beistand/der Beiständin gemäss Art. 394 ZGB jedoch eine deutlich weitreichendere Vertretungsmacht («umfassende Vermögens- und Personensorge»⁴⁰) als bei den Beistandschaften gemäss Art. 392 und Art. 393 ZGB zu. Zutreffend ist aber, dass Massnahmen wenn immer möglich mit der Zustimmung/Einwilligung der betroffenen Person angeordnet werden; sie ist ein erster und wichtiger Schritt zum Arbeitsbündnis⁴¹ und zur Veränderungsmotivation.

b) Die Zustimmung resp. die Einwilligung

Die Zustimmung ist im Unterschied zum Antrag keine Verfahrenshandlung, sondern bezieht sich auf das materielle Recht. Sie ist ähnlich einer Einwilligung gelagert⁴². Die Einwilligung bezieht sich in der Regel auf einen Rechtfertigungsgrund und hebt je nach Lehrmeinung Tatbestand oder Rechtswidrigkeit eines Eingriffs

in die Persönlichkeit auf⁴³; die Zustimmung demgegenüber findet sich eher bei vertraglichen Situationen, insb. bei Vertretungssituationen.⁴⁴ Zustimmung und Einwilligung werden zudem oft synonym verwendet.⁴⁵ Ihre Voraussetzungen sind vergleichbar: Es

FamPra.ch-2010-278

handelt sich bei beiden um einseitige Willenserklärungen, die jederzeit widerrufbar⁴⁶ sind. Im Unterschied zur Einwilligung ist die Zustimmung nicht zwingend empfangsbedürftig.⁴⁷ Die Zustimmung wird als Nebenrechtsgeschäft verstanden, das zum Hauptrechtsgeschäft hinzutritt.⁴⁸ Ohne empfangene Einwilligung darf die Behörde bei Erwachsenenschutzmassnahmen und somit auch bei der Begleitbeistandschaft nicht von einer Zustimmung ausgehen. Damit dürfte es sich im rechtsdogmatischen Sinn um eine Einwilligung handeln, also um eine empfangsbedürftige, an eine Person oder Institution gerichtete Willenserklärung. Somit müsste man auch im Zusammenhang mit der Begleitbeistandschaft genau genommen von einer Einwilligung sprechen.

«Zustimmung» und «Einwilligung» müssen gerade bei persönlichkeitsbezogenen Gütern ein Akt wirklicher Selbstbestimmung sein. Dies erfordert, dass «der Betroffene die Fähigkeit besitzt, Bedeutung und Tragweite des Eingriffes zu beurteilen und, dass ihm die Freiheit der Entscheidung nicht durch ausserhalb der Sache liegenden Einfüsse, insb. Willensmängel, genommen ist».⁴⁹

Mit der Begleitbeistandschaft des revidierten Rechts wird mit dem Begriff der Zustimmung/Einwilligung verdeutlicht, dass nicht mehr ein Antrag resp. ein eigenes Begehren für die Massnahme notwendig ist, welcher sich in der Rechtswirklichkeit zu einer eigentlichen Einwilligung gewandelt hat, sondern dass die effektive Zustimmung/Einwilligung ausreichend ist. Dies ist grundsätzlich zu begrüssen. Das Erfordernis der Zustimmung/Einwilligung grenzt aber die Begleitbeistandschaft in ihrem Wirkungskreis ein, da nicht wie bei den Beistandschaften des geltenden Rechts - wenn auch eingeschränkt - gegen den Willen der Person eine Beistandschaft errichtet werden kann.⁵⁰

Problematisch erscheint zudem die pauschale Gleichbehandlung von Zustimmung/Einwilligung/Antrag resp. eigenes Begehren mit der sog. Freiwilligkeit, wie soeben zu zeigen sein wird.

FamPra.ch-2010-279

2. Das Paradigma der Freiwilligkeit

Insbesondere bei den Massnahmen auf eigenes Begehren (im geltenden Recht: Art. 394, Art. 372 ZGB, Beiratschaft auf eigenes Begehren) wird in der Lehre und Rechtsprechung immer wieder betont, dass der entscheidende Vorteil dieser Massnahmen darin bestehe, dass die schutzbedürftige Person, indem sie einen Antrag stellt, freiwillig um vormundschaftlichen Schutz nachsucht und damit implizit auch kooperiert.⁵¹ Folge davon ist, dass in der Stufenfolge die Massnahmen auf eigenes Begehren - wie oben aufgezeigt⁵² - regelmässig als mildere Form im Vergleich zu den anderen Massnahmen verstanden werden.⁵³

Diese in Praxis, Lehre und Alltag herrschende Sichtweise, dass Freiwilligkeit einerseits Kooperationsbereitschaft für die Dauer der gesamten Massnahme und andererseits Veränderungsmotivation bedeutet sowie insbesondere auch eine weitgehend unabhängig von äusseren Umständen gefasste Willensbildung beinhaltet, ist m.E. eine verklärte, nicht zutreffende Sicht. Die vermeintliche Kausalkette Freiwilligkeit - Kooperationsbereitschaft⁵⁴ - Veränderungsmotivation - Problemlösung (-Abschluss des Mandates) ist zwar möglich, aber m.E. zu wenig differenziert gedacht und auch wenig praxisnah.

a) Die differenzierte Sicht auf die Freiwilligkeit

Einerseits wird heute seitens der Hirnforschung die Willensfreiheit grundsätzlich in Frage gestellt, was andererseits seitens eines Teils der Psychoanalyse, der Humangenetik und der Psychologie schon lange als zutreffend erachtet wurde.⁵⁵ In jüngster Zeit haben Vertreter der Neurobiologie aber sogar den Rest an Entscheidungsfreiheit den Menschen vermeintlich wahrnehmen und für Entscheidungen nutzen, als soziales Konstrukt zu entlarven versucht.⁵⁶ Unabhängig von dieser Kritik setzt das Recht (zu Recht) weiterhin auf die Einwilligung und die Zustimmung, auch um die gesellschaftliche Ordnung aufrechterhalten zu können. Angezeigt ist aber m.E. innerhalb dieser Kategorien eine Differenzierung, wie sie insbesondere im

FamPra.ch-2010-280

deutschsprachigen Raum von Kähler vorgeschlagen wird.⁵⁷ Dieser verzichtet auf die Gegensätze «freiwillig» und «unfreiwillig». Hierfür unterscheidet er zwischen Initiative zur Kontaktaufnahme und Motivation zur Veränderung.

aa) Die Initiative zur Kontaktaufnahme

Die Initiative zur Kontaktaufnahme wird in selbstinitiierte und fremdinitiierte⁵⁸ Kontaktaufnahmen unterteilt. Bei der selbstinitiierten Form geht die Initiative zur Kontaktaufnahme von der Person selbst aus. Die fremdinitiierten Kontaktaufnahmen werden demgegenüber unterteilt in Kontaktaufnahmen aufgrund rechtlicher Vorgaben (Verwaltungszwang [Vorladungen aufgrund einer Gefährdungsmeldung], Mitwirkungspflichten, Strafen etc.) und Kontaktaufnahmen, welche durch Einflüsse (insb. Druck) des informellen oder formellen Netzwerkes entstehen.⁵⁹ Damit wird die sog. Freiwilligkeit entscheidend auf selbstinitiierte Kontaktaufnahmen eingegrenzt.

Die selbstinitiierte Kontaktaufnahme setzt im Kontext des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes in aller Regel Problembewusstsein und -einsicht voraus. Die hierzu relevanten Bestimmungsgrößen wie Selbstvertrauen, verbale Kommunikationsfähigkeit, Fähigkeit zu langfristiger Zukunftsorientierung, Kontrollüberzeugung, Bildungsstand zeigen auf, dass Personen, welche besonders problem betroffen sind, tendenziell zugleich am wenigsten über die Fähigkeit verfügen, eine Handlungsbereitschaft überhaupt zu entwickeln.

Oftmals werden Personen aber auch aufgrund von Einflussnahme des Netzwerkes dazu bewegt, Hilfe in Anspruch zu nehmen. Beispiel für eine derartige Kontaktaufnahme ist der alkoholranke Mann, der sich an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wendet, weil seine Ehefrau ihm gedroht hat, ihn andernfalls zu verlassen. Solche Netzwerkeinflüsse können im Einzelfall weit mehr Druck auslösen als rechtliche Vorgaben. Die Behörde schätzt den alkoholranken Mann aber als sog. freiwilligen Klienten ein.⁶⁰

Die so konzipierte Einteilung in fremd- und selbstinitiierte Kontaktaufnahme bricht den Gegensatz «freiwillig» und «unfreiwillig» auf, indem es die Motive der Kontaktaufnahme miteinbezieht und automatisch die Sicht von der vordergründig freiwilligen Kontaktaufnahme zu den motivationalen Hintergründen der Kontaktaufnahme verlagert. Zur Eruiierung dieser Hintergründe kann die Bilanzierung der Druckmittel und der Anreize für die Kontaktaufnahme zusammen mit der Klientin/dem Klienten erörtert werden.⁶¹ Zudem hat die Beschränkung auf die Phase der Kon-

FamPra.ch-2010-281

taktaufnahme zur Folge, dass die vermeintliche Kausalkette Freiwilligkeit - Kooperationsbereitschaft unterbrochen wird.

bb) Die Motivation zur Veränderung

Von der Kontaktaufnahme wird die Motivation zur Veränderung unterschieden. Es sind zwei weitgehend unabhängig voneinander wirkende Elemente. Hintergrund ist, dass jemand zwar aufgrund des Drucks Dritter, also fremdinitiiert, Kontakt mit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde aufnimmt, und ist er/sie einmal da, durchaus Veränderungsmotivation zeigt und umgekehrt. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass «Menschen in psychosozialen Notsituationen keine ausgeprägte Behandlungsmotivation mitbringen, insbesondere dann nicht, wenn sie nicht von sich aus eine Einrichtung aufsuchen».⁶² Die Motivation ist somit nicht die Voraussetzung, sondern erstes Teilziel der Zusammenarbeit.⁶³

3. Folgerungen für die Begleitbeistandschaft

Das Zustimmungserfordernis der Begleitbeistandschaft ist im Sinne einer Einwilligung zu verstehen. Als einseitige empfangsbedürftige, bis zum Ernennungsbeschluss jederzeit widerrufbare Willenserklärung⁶⁴ ist sie materielle Voraussetzung zur Errichtung einer Begleitbeistandschaft. Die Verabschiedung von den bisherigen - für den vorliegenden Kontext m.E. wenig zutreffenden - Begrifflichkeiten des eigenen Begehrens, resp. Antrags bewirkt eine begriffliche Klarstellung.

Aufgrund der hier dargestellten differenzierten Auffassung der Kontaktaufnahme und Veränderungsmotivation von Klienten/-innen im Zwangskontext besagt die Zustimmung/Einwilligung zwar, dass die schutzbedürftige Person zum Zeitpunkt der Zustimmung/Einwilligung sich für diese Massnahme - mit mehr oder weniger grossem Druck des Netzwerkes - entschieden hat, nicht jedoch dass die Kooperationsbereitschaft und insbesondere die Veränderungsmotivation für die Mandatsführung als gegeben vorausgesetzt werden kann. Die Gleichsetzung von Zustimmung/Einwilligung mit der Freiwilligkeit und diese wiederum mit der Kooperationsbereitschaft ist - gerade bei Einflussnahme des Netzwerkes - nicht mehr telquel zulässig. Die Zustimmung/Einwilligung ist somit eine Momentaufnahme, welche nur begrenzte Aussagekraft im Hinblick auf die Mandatsführung, insb. die Kooperation

FamPra.ch-2010-282

und die Veränderungsmotivation, haben. Letztere sind die ersten Ziele in der Mandatsführung.

Die Zustimmung/Einwilligung sind aber nach wie vor im Grundsatz wichtige Elemente für eine partizipative Prozessgestaltung im Recht. Sie ermöglicht einen tendenziell selbstbestimmten Umgang mit Eingriffen in die Persönlichkeit und überlässt wichtige und notwendige Freiheiten dem Individuum. Dennoch wäre die - mit der sog. Freiwilligkeit begründete - Reduktion der Begleitbeistandschaft auf das Zustimmungserfordernis bei der hier vorgeschlagenen differenzierten Betrachtung nicht notwendig gewesen. Vielmehr hätte diese Sichtweise vermutlich bewirkt, dass die sog. Freiwilligkeit relativiert worden wäre und die Begleitbeistandschaft im ursprünglich gedachten Sinne ins neue Recht hätte überführt werden können.⁶⁵

III. Die Begleitbeistandschaft im revidierten Recht

Nachdem die vorangegangenen Teile sich vorab mit der Entstehungsgeschichte und deren Kontext auseinandergesetzt haben, soll sich dieser dritte Teil vorab mit der Begleitbeistandschaft, wie sie ins geltende Recht überführt wird, befassen. Dabei sollen einerseits Auslegungsfragen und Unsicherheiten, die sich im Gesetzgebungsprozess ergaben, besonders berücksichtigt, andererseits neu auftretende Fragen in Berücksichtigung des Gesetzgebungsprozesses beleuchtet werden.

1. Begleitung als umfassender Begriff für die Personensorge

Der Begriff «Begleitung» ist neu ins ZGB aufgenommen worden. Er wurde in den Materialien nicht näher erläutert, könnte aber wie folgt umschrieben werden: «Begleitung» im Sinne der Begleitbeistandschaften umfasst beraterische, vermittelnde, unterstützende sowie betreuende Hilfestellungen in einem in der Regel am-

FamPra.ch-2010-283

bulanten⁶⁶ Setting.⁶⁷ Als psychosoziale Hilfestellung zur Ausgleicheung der Schutzbedürftigkeit ist sie m.E. - wie ursprünglich gedacht - ausschliesslich im Bereich der Personensorge anzusiedeln.⁶⁸ Gegenstand der Betreuung sind Realakte, also faktische Verhaltensweisen wie Kochen, Putzen, Erstellen eines Essensplans, Beratungsgespräche, Begleitung bei der sozialen Integration (z.B. Vereinstätigkeiten, Hobbies etc.) zur Minderung oder Verhinderung von Isolation, Begleitung und Beratung in Bezug auf Rechtsgeschäfte ohne Vertretungsrechte (z.B. Abschluss Erbvertrag, Patientenverfügung etc.), Beratung in Bezug auf die persönliche Hygiene, Fahrten zum Arzt, Kontrolle der Medikamenteneinnahme⁶⁹, Organisation von Nachbarschaftshilfe⁷⁰ oder von Ferien, Durchsetzung des Verbots zu persönlichem Kontakt zu Drittpersonen etc.

2. Vertretungsmacht

Die Begleitbeistandschaft des neuen Rechts ist - auch wenn sie mit dem Gesetzgebungsprozess näher zu Art. 394 ZGB des geltenden Rechts gerückt ist - in Bezug auf die Vertretungsmacht des Mandatsträgers/der Mandatsträgerin analog einer Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB ausgestaltet und somit nicht wie Art. 394 ZGB mit einer umfassenden Vertretungsmacht versehen. Die Begleitbeistandschaft ist wie die Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 Abs. 1 ZGB eine vertretungslose Betreuung.⁷¹ Sie schränkt die Handlungsfähigkeit nicht ein, da die Schutzbedürftigkeit nicht in einer Vertretungsbedürftigkeit, sondern in einer Hilfestellungsbedürftigkeit besteht. Die schutzbedürftige Person kann weiterhin vollumfänglich selbstständig handeln; sie bedarf aber der helfenden Intervention eines Begleitbeistandes/einer Begleitsbeiständin, weil sie alleine die Gefährdung ihres Wohls oder ihren Schwächezustand nicht auszugleichen vermag.⁷² Auch bei Urteilsunfähigkeit kann der Begleitstand/die Begleitstänidin die betroffene Person nicht im Rahmen dieser behördlichen Massnahme vertreten.

FamPra.ch-2010-284

Ausgenommen hiervon sind Vertretungsmöglichkeiten *ausserhalb* des behördlichen Auftrages. So kann eine verbeiständete Person den Beistand/die Beiständin gemäss Stellvertretungsrecht (Art. 32 ff. OR, inkl. Duldungsvollmacht⁷³ und ermächtigungslose Stellvertretung⁷⁴) und/oder Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) zur Erledigung von Tätigkeiten einsetzen. Zudem kann er/sie als Geschäftsführer/als Geschäftsführerin ohne Auftrag (Art. 419 ff. OR) oder im Rahmen der Notstandshilfe⁷⁵ tätig sein. Es gilt für Voraussetzungen und Haftungsfragen das Obligationenrecht.

Demgegenüber gehören für das Mandat notwendige Informationskompetenzen zum behördlichen Auftrag. Sie stehen der mit Kontrolle begründeten Pflichten gemäss Art. 380 der Begleitbeistandschaft des Vorentwurfs nahe.⁷⁶ Der Mandatsträger/die Mandatsträgerin muss die notwendigen Auskünfte, Urkunden, Belege von der schutzbedürftigen Person oder gegebenenfalls von Dritten erhalten, um seiner/ihrer Aufgabe nachkommen zu können. Dies ergibt sich auch aus Art. 405 Abs. 1 rev.ZGB.⁷⁷ Er/sie hat dabei gemäss dem Berufskodex für Sozialarbeitende bei der schutzbedürftigen Person anzusetzen und erst dann Drittinformationen einzuholen⁷⁸. Die schutzbedürftige Person muss dies dulden (Duldungspflicht).⁷⁹ Damit soll aber nicht gesagt sein, dass der schutzbedürftigen Person keine Intimsphäre mehr zukommt. Es gilt die Privatsphäre zu schützen. Die

Informationskompetenzen beziehen sich ausschliesslich auf den behördlichen Auftrag und erlauben nur die Beschaffung von zwingend für die Erfüllung der Aufgaben notwendigen Daten.⁸⁰ In den meisten Fällen dürfte dies gerade dann unproblematisch sein, wenn die Erwachsenenschutzbehörde den Sachverhalt ausreichend und vertieft abgeklärt hat und ihren Entscheid

FamPra.ch-2010-285

dementsprechend ausführlich begründet. Diese im Entscheid enthaltenen Informationen müssen in aller Regel für den Begleitbeistand/die Begleitbeiständin ausreichend sein, um eine Vorstellung über die Einbettung seines/ihrer Auftrages zu erhalten. Wird aus Sicht der schutzbedürftigen Person das Mass der Informationskompetenzen überschritten, steht ihr der Beschwerdeweg des Art. 419 rev. ZGB offen.

Damit wird die Handlungsfreiheit⁸¹ der schutzbedürftigen Person - wenn auch nur geringfügig, aber dennoch entgegen den Vorstellungen des Gesetzgebers⁸² - eingeschränkt.

3. Nahtstelle 1: die Begleitbeistandschaft und andere öffentliche und private Dienstleistungen

In den Vernehmlassungsantworten ist m.E. zu Recht darauf hingewiesen worden, dass das Verhältnis der Begleitbeistandschaft des VE ZGB zu bestehenden anderen öffentlichen und privaten Dienstleistungen zu wenig geklärt sei. Der Bericht der Expertengruppe 95 hat sich mit dieser Nahtstelle und insb. mit dem Verhältnis zur Sozialhilfe auseinandergesetzt. Die Abgrenzung zur Sozialhilfe findet sich gemäss diesem Bericht darin, dass die Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes Eingriffssozialrecht darstellen, wohingegen sich die Sozialhilfe, insb. ihr Beratungs- und Betreuungsangebot, als freiwillige Dienstleistung⁸³ versteht. Zudem könne die Massnahme - zumindest damals noch - auch gegen den Willen der schutzbedürftigen Person angeordnet werden, was ein massgeblicher Unterschied zum Sozialhilferecht darstelle.⁸⁴ Neben der Sozialhilfe bestehen aber weitere Dienstleistungsangebote von Verbänden wie Pro Infirmis, Pro Mente Sana, Pro Senectute etc. Diese bieten alle auch Beratungs- und teilweise Betreuungsdienstleistungen an. Es stellt sich somit die Frage, wie sich das Zusammenspiel der Begleitbeistandschaft des revidierten Rechts, welche insb. nicht gegen resp. ohne den Willen der betroffenen Person angeordnet werden kann, mit der Sozialhilfe und den genannten weiteren privaten Dienstleistungen gestaltet. Hierbei hilft das Verhältnismässigkeitsprinzip weiter.⁸⁵ Die Begleitbeistandschaft ist eine behördliche, hoheitlich angeordnete Massnahme. Auch wenn sie der Zustimmung/Einwilligung bedarf, muss sie von der Erwachsenenschutzbehörde errichtet werden. Die Massnahme untersteht mit ihrer

FamPra.ch-2010-286

Anordnung der Aufsicht der Erwachsenenschutzbehörde. So kommt dem Mandatsträger/der Mandatsträgerin die Berichterstattungspflicht des Art. 411 rev. ZGB zu, und sie hat Informationskompetenzen gemäss Art. 405 Abs. 1 rev. ZGB⁸⁶. Zudem bedürfen nur die Massnahme und deren Aufgabenbereich der Zustimmung/Einwilligung und nicht jede einzelne spätere Handlung des Beistandes/der Beständin.

Das in Art. 389 rev. ZGB ausdrücklich genannte Verhältnismässigkeitsprinzip für behördliche Massnahmen besagt, dass die Erwachsenenschutzbehörde eine behördliche Massnahme gemäss Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 rev. ZGB nur anordnen darf, wenn die schutzbedürftige Person durch Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste, resp. Dienstleistungen (franz. «services»), nicht ausreichend oder von vornherein als ungenügend abgedeckt erscheint.

Ergibt sich somit aufgrund der Sachverhaltsabklärung der Behörde («Diagnose») eine Schutzbedürftigkeit und bedarf die betroffene Person aufgrund der behördlichen Prognosestellung einer Intervention, so ist zunächst zu

prüfen, ob nicht das persönliche Umfeld der betroffene Person oder andere öffentliche und private Dienstleistungen zur Behebung, Ausgleicheung oder genügenden Minderung der Schutzbedürftigkeit ausreichend sind. Damit ist auch gesagt, dass diese Dienstleistungen den behördlichen Massnahmen vorgehen. Auf die vorliegende Situation angewendet, bedeutet dies, dass wenn immer die Schutzbedürftigkeit ausreichend ausgeglichen, gemindert oder behoben werden kann, indem das private System oder aber private oder öffentliche Dienstleistungsnehmer/-innen entspringen können oder solche Dienstleistungen durch die Behörde eingerichtet werden, diesen nicht behördlichen Massnahmen der Vorrang zu geben ist. Somit gehen die Beratungsangebote der Pro Infirmis, der Pro Senectute, von Pflegeheimen, Jugendheimen etc., aber auch die nichtwirtschaftlichen Dienstleistungspakete der Sozialhilfe der Begleitbeistandschaft vor.⁸⁷

4. Nahtstelle 2: die Begleitbeistandschaft im behördlichen Massnahmensystem

Neben der Nahtstelle zu anderen privaten und öffentlichen Dienstleistungen stellt sich auch die Frage des Verhältnisses zu den anderen behördlichen Massnahmen. Diese soll im Folgenden erörtert werden.

a) Die Personensorge als Abgrenzungskriterium der Begleitbeistandschaft zu den übrigen Beistandschaften des revidierten Rechts

FamPra.ch-2010-287

Bei der Betreuungsbeistandschaft der Personensorge war ursprünglich gedacht, dass wenn immer Betreuungsbedarf resp. Bedarf nach Personensorge für die Mandatsführung vorliegt, eine Betreuungsbeistandschaft zu errichten sei. Damit hätte zu jeder Beistandschaft - mit Ausnahme der umfassenden Beistandschaft - eine Betreuungsbeistandschaft angeordnet werden müssen. Die Betreuungsbeistandschaft war somit im Verhältnis zu den anderen Massnahmen als gleichgestellte Massnahme konzipiert.

Die Veränderungen im Gesetzgebungsprozess und insbesondere die Reduktion der Begleitbeistandschaft auf das Zustimmungserfordernis hat eine neue Ausgangslage geschaffen. Würde man nämlich bei dieser ursprünglich gedachten Konzeption verbleiben, würde das zur Folge haben, dass ohne die Zustimmung/Einwilligung der betroffenen Person bei der Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaft gar keine Personensorge geleistet werden könnte.⁸⁸ Dies ist weder erwünscht noch durchführbar. Selbst das deutsche Recht, welches sich auf die Vermögenssorge und die rechtsgeschäftliche Vertretung tendenziell zurückgezogen hat, lässt Personensorge bei den nicht primär auf Personensorge ausgerichteten Massnahmen zu.⁸⁹ Dies liegt in der Natur der Sache. Geht man davon aus, dass die behördlichen Massnahmen der Selbstbestimmung des Betroffenen/der Betroffenen weitgehend Rechnung zu tragen haben, wie dies ausdrücklich in Art. 406 rev. ZGB erwähnt wird, ist dieser Auftrag auch im Falle einer Vertretungs- oder/und Mitwirkungsbeistandschaft, sofern sie von einer gewissen Dauer sind, nicht zu bewerkstelligen, ohne dass sich der Beistand/die Beiständin intensiv mit der schutzbedürftigen Person auseinandersetzt. Er/sie muss gemäss den Grundsätzen der professionellen Sozialen Arbeit die Situation des Klienten/der Klientin erfassen, ihren Lebensentwurf erkennen und unter Berücksichtigung seiner/ihrer Schutzbedürftigkeit Lösungen zur Minderung oder Behebung - wenn immer möglich gemeinsam mit dem Klienten/der Klientin - eruieren, planen, durchführen und auswerten. Hierfür ist ein Vertrauensverhältnis in aller Regel notwendig. Ein solches kann nur bedingt verordnet werden⁹⁰. Vielmehr muss ein Vertrauensverhältnis mit Gesprächen, vertrauensbildenden Massnahmen, Beratungen etc., also allesamt Instrumente resp. Realakte der Personensorge, gefördert und entwickelt werden. Auf diese Instrumente kann nicht verzichtet werden, wenn der behördliche Auftrag gesetzeskonform und lege artis ausgeführt werden soll. Würde man der

ursprünglichen Konzeption der Betreuungsbeistandschaft folgen, hätte dies eine bedenklich grosse Lücke der Personensorge zur Folge, welche sich immer dann öffnet, wenn eine schutzbedürftige Person einer Begleitbeistandschaft nicht zustimmt. Zudem könnten die im revidierten Recht unter dem Abschnitt Führung der Beistand-

FamPra.ch-2010-288

schaften erwähnten gesetzlichen Minimalbestimmungen wie persönliche Kontaktaufnahme etc. nicht gewährleistet werden.

Auch bei der Mitwirkungs- und der Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 rev. ZGB können *Rechtsgeschäfte und rechtsgeschäftsähnliche Handlungen* der Personensorge in den Aufgabenkreis miteingeschlossen werden. Eine mögliche Abgrenzung zwischen zustimmungsbedürftiger Begleitbeistandschaft und den weiteren Beistandschaften könnte darin bestehen, dass man die Realakte der Personensorge bei der Begleitbeistandschaft als Handlungen spezifiziert, die nicht rechtsgeschäftlich oder rechtsgeschäftsähnlich sind. Damit würde klar, welche Handlungen der Einwilligung/Zustimmung bedürfen und welche nicht. Folge wäre aber einerseits, dass diese Tathandlungen/Realakte auch bei Urteilsunfähigkeit höchstens im Rahmen der Einwilligung einer Vertretungs- oder Mitwirkungsbeistandschaft zugänglich wären, andererseits dass eine neue - noch nicht vorgesehene - Kategorie im Handlungsfähigkeitsrecht geschaffen würde (Realakte ohne rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Charakter).

Diese Lösung ist m.E. abzulehnen, da sie im Vergleich zu anderen Rechtsbereichen wenig kohärent wäre. So werden ähnliche Realakte oder Tathandlungen der Personensorge, insbesondere persönliche und pflegerische/fürsorgerische Betreuung im Rahmen von Heimverträgen⁹¹, Verträgen mit Kinderkrippen⁹², Spitalaufnahmeverträgen⁹³ oder im Rahmen des Auftragsrechtes als Tathandlungsaufträge⁹⁴ oder analog zu Tathandlungsaufträgen, qualifiziert, die durchaus rechtsgeschäftlichen Charakter haben und dem Stellvertretungsrecht (analog)⁹⁵ zugänglich sind.

b) Das Handlungsfähigkeitsrecht als Abgrenzungskriterium der Begleitbeistandschaft zu den übrigen Beistandschaften des revidierten Rechts

Der soeben dargestellten Differenzierung aufgrund der Qualifikation der Realakte der Personensorge ist m.E. eine Abgrenzung auf der Basis des Handlungsfähigkeitsrechtes vorzuziehen. Hier wäre im Rahmen der Abklärung und dabei insbesondere im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu eruieren, ob die zum Schutze der Person notwendigen Begleithandlungen im Rahmen einer vertretungslosen Vertretung, also der Begleitbeistandschaft, im Rahmen der Mitwirkung, also der Mitwirkungsbeistandschaft, im Rahmen der konkurrierenden Kompetenz der Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 Abs. 1 rev. ZGB oder im Rahmen der ausschliesslichen Kompetenz des Art. 394 Abs. 2 rev. ZGB angeordnet werden muss.

FamPra.ch-2010-289

Damit wird die Kooperationsfähigkeit und -willigkeit der Person abgeklärt und prognostisch eingeschätzt, inwiefern diese ggf. die Handlungen des Beistandes/der Beiständin durchkreuzen oder vereiteln würde. Kommt man zum Schluss, dass die schutzbedürftige Person die Begleithandlungen nicht durchkreuzen würde, ist deren Zustimmung/Einwilligung einzuholen. Verweigert sie diese oder kann sie mangels Urteilsfähigkeit nicht rechtsgültig einwilligen, kann ggf. eine Vertretungsbeistandschaft des Art. 394 Abs. 1/2 rev. ZGB angeordnet werden.

Mit dieser hier vertretenen Lösung ist sodann zu prüfen, ob anstelle der Begleitbeistandschaft nicht Tathandlungsaufträger⁹⁶, also Auftragsrecht gemäss Art. 394 ff. OR, angewendet, resp. eingerichtet werden müsste, das gemäss Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 rev. ZGB behördlichen Massnahmen⁹⁷ vorzuziehen wäre. Damit würde der Anwendungsbereich der Begleitbeistandschaft begrenzt auf Situationen, in denen die Behörde aufgrund ihrer Abklärungen es als notwendig erachtet, dass weitere im Zusammenhang mit behördlichen Massnahmen stehende Kontroll-/Aufsichtsmassnahmen wie die Berichterstattungspflicht etc. vonnöten sind.

c) Die beiläufige Personensorge bei allen Beistandschaften

Zudem stellt sich die Frage, ob die zwingend mit einer Mitwirkungs- und Vertretungsbeistandschaft zusammenhängenden Realakte der Personensorge, wie Kontaktaufnahme, vertrauensbildende Massnahmen, Beratungshandlungen etc., jeweils im Rahmen einer Begleitbeistandschaft separat angeordnet werden sollen und damit auch jeweils eine Zustimmung eingeholt werden muss. Meines Erachtens gehören diese Realakte der Personensorge, die zur Aufgabenerfüllung einer Vertretungs- oder Mitwirkungsbeistandschaft unerlässlich sind und ohne die die Massnahme gar nicht lege artis durchgeführt werden kann, genuin zur Vertretungs- resp. Mitwirkungsbeistandschaft. Zu dieser «beiläufigen Personensorge» gehören in Anlehnung an das deutsche Recht insbesondere die Kontakte zur Vorbereitung, zur Planung, zur Durchführung und zur Auswertung der behördlichen Massnahme sowie die für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses notwendigen Kontakte und Massnahmen.⁹⁸ Darüber hinausgehende Realakte der Personensorge wie Kochen, Essensplanung, Aufbau von persönlichen Kontakten mit Drittpersonen zwecks Vermeidung von zusätzlicher Isolation gehören demgegenüber in der Regel nicht dazu. Es versteht sich von selbst, dass bei einer Errichtung einer Begleitbeistandschaft wiederum die sog. «beiläufige Personensorge» mit enthalten ist. Mit der hier vertretenen Unterscheidung befinden wir uns aber wieder nahe bei der Lösung des heute geltenden Rechts. Sowohl bei den Beiratschaften als auch bei einzelnen Beistandschaften hat

FamPra.ch-2010-290

sich im geltenden Recht immer wieder die Frage gestellt, inwiefern die Personensorge auch zur Massnahme gehört.

Die Begleitbeistandschaft wird somit voraussichtlich als deutlich exklusivere Massnahme für einzelne Situationen zur Anwendung kommen, als dies ursprünglich gedacht war, da sie immer nur dann angewendet werden kann, wenn die Zustimmung/Einwilligung der schutzbedürftigen Person vorliegt, Auftragsrecht nicht zur Anwendung kommen soll und Realakte der Personensorge betroffen sind, welche nicht zur «beiläufigen Personensorge» gehören. Wird nur die «beiläufige Personensorge» im Rahmen einer anderen Massnahme benötigt, muss keine Begleitbeistandschaft errichtet werden.

d) Schlussfolgerungen

e) Verhältnis zu den Vertretungsbeistandschaften (Art. 394 f. rev. ZGB)

Wie soeben dargelegt, kann mit Zustimmung/Einwilligung der betroffenen Person zu Begleithandlungen der Personensorge die Begleitbeistandschaft als eigenständige Massnahme mit Bereichen, in denen Vertretungshandeln notwendig wird, gemäss Art. 397 rev. ZGB kombiniert werden. Fehlt die Zustimmung/Einwilligung oder kann sie nicht rechtsgültig eingeholt werden, kann anstelle der Begleitbeistandschaft eine Vertretungs- oder Mitwirkungsbeistandschaft angeordnet werden.

f) Verhältnis zur Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 rev. ZGB)

Wie bei den Vertretungsbeistandschaften kann eine Begleitbeistandschaft mit Zustimmung/Einwilligung neben einer Mitwirkungsbeistandschaft resp. gegebenenfalls eine Mitwirkungsbeistandschaft mangels Zustimmung anstelle der Begleitbeistandschaft errichtet werden.

g) Verhältnis zur umfassenden Beistandschaft (Art. 398 rev. ZGB)

Die umfassende Beistandschaft ist, als erratischer Block in der neuen Welt der Massschneiderei, nicht kombinierbar mit den übrigen Beistandschaften, weil sie gemäss Art. 398 Abs. 2 rev. ZGB bereits eine umfassende Personen- und Vermögenssorge sowie Rechtsvertretung beinhaltet.

h) Verhältnis zur Aufsichtsperson/-stelle (Art. 392 Ziff. 3 rev. ZGB)

Die Aufsichtsperson/-stelle des Art. 392 Ziff. 3 rev. ZGB geht wie unter III.3 erörtert sämtlichen Beistandschaften vor.

5. Einzelfragen

Neben diesen sich weitgehend aus dem Gesetzgebungsprozess ergebenden Fragestellungen für die Rechtsanwendung der Begleitbeistandschaft stellen sich auch

FamPra.ch-2010-291

weitere Einzelfragen, welche insbesondere Realakte der Personensorge betreffen; die wichtigsten sollen hier kurz erörtert werden.

a) Öffnen der Post, Zutritt zur Wohnung (Art. 391 Abs. 3 rev. ZGB)

Das Öffnen der Post und der Zutritt zur Wohnung stellen Interventionen der Personensorge dar. Es handelt sich um faktische Verhaltensweisen, also um Realakte. Art. 391 Abs. 3 rev. ZGB sieht vor, dass ohne Zustimmung der Behörde der Beistand/die Beiständin gegen den Willen der betroffenen Person⁹⁹ weder deren Post öffnen noch deren Wohnung betreten darf. Damit definiert der Gesetzgeber die gesetzlichen Voraussetzungen für einen rechtmässigen Eingriff in das in Art. 8 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV umschriebene entsprechende Grundrecht Achtung des Privat- und Familienlebens, des Rechts auf Wohnung und der Achtung des Briefverkehrs.

Das Betreten der Wohnung und das Öffnen der Post werden als einschneidende Eingriffe in die Persönlichkeit des Betroffenen verstanden, weshalb sie auch dem expliziten grundrechtlichen Schutz unterstellt sind. Fraglich ist, wie mit ähnlich weit eingreifenden Massnahmen, insbesondere im Bereich der Begleitbeistandschaften, z.B. die Bestimmung über den Aufenthalt einer bestimmten Person¹⁰⁰, umgegangen wird. Im Hinblick auf Art. 391 Abs. 3 rev. ZGB ist m.E. e contrario davon auszugehen, dass ohne explizite gesetzliche Grundlage keine gleich intensiven oder intensiveren Eingriffe in die Persönlichkeit zugelassen sind.

b) Die Bestimmung über den Aufenthalt gegen den Willen der betroffenen Person

Die Bestimmung über den Aufenthalt gegen den Willen der betroffenen Person ist ein Realakt der Personensorge.¹⁰¹ Die Bestimmung über den Aufenthalt gegen den Willen der betroffenen Person stellt einen massiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person dar. Wie bei der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung, aber auch wie beim Obhutsentzug ist hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage notwendig.¹⁰² Die Fürsorgerische Unterbringung (FU) des revidierten

FamPra.ch-2010-292

Rechts sieht nun vor, dass «Unterbringung»¹⁰³ und «Einrichtung»¹⁰⁴ in einem weiten Sinn verstanden werden sollen. So soll es künftig möglich sein, dass eine schutzbedürftige Person, soweit die übrigen Voraussetzungen der FU erfüllt sind, bei ihrer Tochter gegen ihren Willen untergebracht oder in ihrer Wohnung eingeschlossen werden kann. Damit wird es möglich, über den Aufenthalt gegen den Willen einer Person zu befinden. Sind die Voraussetzungen einer FU nicht gegeben, so stellt sich die Frage, ob hier eine Begleitbeistandschaft oder eine Vertretungsbeistandschaft angeordnet werden könnte. Fraglich erscheint, ob mit den Bestimmungen der FU das Recht, über den Aufenthalt einer Person gegen ihren Willen zu bestimmen, abschliessend geregelt werden sollte. Damit stellt sich zugleich die Frage, ob man bei einer Einwilligung der betroffenen Person in den Aufgabenkatalog auch bei der darauffolgenden Mandatsführung noch von «Handlungen gegen den Willen» sprechen kann.¹⁰⁵ Dies verdient einer vertieften Diskussion, die den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde. Gegen eine abschliessende Regelung könnte man - unabhängig der Fragestellung, ob eine solche Einwilligung nicht in den Anwendungsbereich von Art. 27 Abs. 2 ZGB fällt und analog im Erwachsenenschutzrecht Anwendung finden sollte - anführen, dass die Begleitbeistandschaft nur mit der Zustimmung/Einwilligung der betroffenen Person errichtet resp. in Bezug auf den Aufgabenkatalog abgeändert werden kann. Daraus könnte man schliessen, dass mit der Einwilligung der betroffenen Person auch dieser Aufgabenbereich einem Beistand/einer Beiständin übertragen werden kann. Dies dürfte jedoch nicht dem (ursprünglichen) Willen des Gesetzgebers entsprochen haben, der die Begleitbeistandschaft auch unabhängig einer Einwilligung hätte errichten wollen. Dann hätte die Behörde auch im Rahmen der Begleitbeistandschaft die Bestimmung über den Aufenthalt gegen den Willen der betroffenen Person anordnen können, womit eine FU weitgehend obsolet geworden wäre. Zudem dürfte mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs der FU dem

FamPra.ch-2010-293

Bedürfnis der Praxis ausreichend nachgekommen sein. Deshalb erscheint mir eine Ausweitung auf die Begleitbeistandschaft als nicht zulässig.

Aus denselben Gründen ist eine Vertretungsbeistandschaft nicht zulässig. Demgegenüber kann der Abschluss eines Betreuungsvertrages in einem Pflegeheim oder die Kündigung einer Wohnung einer Vertretungsbeistandschaft unter Berücksichtigung der Mitwirkung der Behörde gemäss Art. 416 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 rev. ZGB zugänglich sein.¹⁰⁶

c) Widerruf der Zustimmung/Einwilligung resp. Aufhebungsantrag der Person unter Begleitbeistandschaft

Herrschende Lehre und Rechtsprechung sehen vor, dass bei einer Beistandschaft auf eigenes Begehren gemäss Art. 394 ZGB die Massnahme automatisch dahinfällt, wenn die schutzbedürftige Person die Aufhebung beantragt.¹⁰⁷ Dies muss m.E. auch für die Begleitbeistandschaft gelten, da sie gemäss dem Gesetzgeber nun insb. auch wegen des Zustimmungserfordernisses zusätzlich in die Nähe von Art. 394 ZGB gerückt wurde. Der Widerruf der Zustimmung/Einwilligung ist demgegenüber - analog zu Rechtsprechung und herrschender Lehre zu Art. 372 ZGB - nur bis zum Zeitpunkt, in dem die Begleitbeistandschaft ausgesprochen wurde, möglich.¹⁰⁸ Ebenfalls analog zu dieser Rechtsprechung und Lehre hat auch bei der

Begleitbeistandschaft die Behörde bei vorliegendem Aufhebungsantrag resp. rechtmässigem Widerruf der Zustimmung/Einwilligung zu prüfen, ob weitere Beistandschaften angeordnet werden müssen.¹⁰⁹

IV. Schlussbemerkungen

Mit diesen Ausführungen wurde versucht, aufgrund der Entstehungsgeschichte der Begleitbeistandschaft und deren Kontext eine erste Auslegeordnung für die künftige Rechtsanwendung vorzunehmen. Ob dieser Versuch die Begleitbeistandschaft trotz der Widerwärtigkeiten des Gesetzgebungsprozesses ad astra - zu den Sternen - tragen wird, oder zumindest dazu beiträgt, muss vorerst offenbleiben und wird sich mit der künftigen Rechtsprechung und -anwendung erst zeigen. Aufgrund der Einschränkung des Anwendungsbereichs durch das Zustimmungserfordernis ist zu vermuten, dass ihr keine sehr grosse praktische Relevanz zukommen wird.

FamPra.ch-2010-294

Zusammenfassung: Der Aufsatz nimmt eine erste Auslegeordnung für die künftige Rechtsanwendung der Begleitbeistandschaft vor. Dabei werden der Gesetzgebungsprozess und dessen Kontext, insbesondere das Paradigma der Freiwilligkeit, aber auch die Zustimmung, die Einwilligung, der Antrag und das eigene Begehren näher beleuchtet. Die sich daraus ergebenden offenen Punkte werden in einem abschliessenden Teil unter besonderer Berücksichtigung der Kohärenz mit den übrigen behördlichen Massnahmen diskutiert und ausgelegt.

Résumé: Cet essai procède à une première interprétation en vue de la future mise en oeuvre de la curatelle d'accompagnement. Il met en lumière le processus législatif et son contexte, en particulier le paradigme de la non-coercition, de même que le consentement, l'assentiment, la demande d'un proche et la curatelle volontaire. Les questions restées ouvertes sont traitées et interprétées dans une section finale, en particulier sous l'angle de la cohérence avec les autres mesures étatiques.

^[1] Über Widerwärtigkeiten zu den Sternen resp. zum Ziel.

^[2] Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe zur Revision des Schweizerischen Vormundschaftsrechts vom Juli 1995.

^[3] Nicht ausdrücklich erwähnt wird aber der für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bedeutsame Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Er gilt aber auch hier aufgrund von Art. 36 BV und wäre gemäss der Expertengruppe wohl in den Grundsätzen untergebracht worden (Exp.Bericht 95 [Fn. 1], 154, 146).

^[4] Exp.Bericht 95 (Fn. 1), 79.

^[5] Bei der Handlungsfreiheit geht es um die persönliche Freiheit der betroffenen Person, somit um ihre Freiheit, «diese oder jene Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, ihr Leben so oder anders zu gestalten» (Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB [Erwachsenenschutz] zur Revision des Vormundschaftsrechts vom Juli 1998, 18). Die Einschränkung der Handlungsfähigkeit hat eine entsprechende Einschränkung der Handlungsfreiheit zur Folge. Die Beschränkung der Handlungsfreiheit muss demgegenüber nicht zwingend eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit bewirken (Schmid, Einführung in die Beistandschaften [Art. 377-384 VE], in: ZSR 2003, 311, 314). Typisches Beispiel aus dem geltenden Recht ist, dass sich die betroffene Person bei einer Verwaltungsbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB die Handlungen des Beistandes/der Beiständin anrechnen lassen muss (Beschränkung der Handlungsfreiheit), ohne dass sie dabei in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt ist.

^[6] Exp.Bericht 95 (Fn. 1), 74, 79.

[7] *Exp.Bericht 95 (Fn. 1), 79.*

[8] *Natürlich immer unter der Voraussetzung, dass die Massnahme auch geeignet ist, die Schutzbedürftigkeit zu beheben, auszugleichen oder zu mindern. So haben Rechtsprechung und Lehre schon im geltenden Recht festgehalten, dass die Anordnung einer Beistandschaft gegen den Willen der Person nur zulässig sei, wenn zu erwarten ist, dass diese sich schliesslich mit der Vertretung durch den Beistand abfindet und mit diesem, soweit nötig, kooperiert (BaslerKomm/Langenegger, Art. 392 ZGB, N 8, BGer, 6.3.2003, 5C.262/2002 E. 4.1). Diese Einschränkung kommt insbesondere daher, dass die Beistandschaften die Handlungsfähigkeit der schutzbedürftigen Personen nicht beschränken und die betroffene Person die Handlungen des Beistandes/der Beiständin durchkreuzen oder vereiteln können. Deshalb ist der Beistand/die Beiständin massgeblich auf die Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit der schutzbedürftigen Person angewiesen. Zum noch geltenden Verständnis der Freiwilligkeit im Recht und der Rechtsprechung siehe nachstehend II.2.*

[9] *Bericht 98 (Fn. 5), 2.*

[10] *Bericht 98 (Fn. 5), 15.*

[11] *Biderbost, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Diss. Freiburg 1996, 114 f.*

[12] *Zu Art. 102 VE 98 wird zudem kommentiert, dass es «denkbar sei, dass der Beistand der Person in Vermögensangelegenheiten beisteht» (Bericht 98 [Fn. 5], 16). Die Formulierung dieser Selbstverständlichkeit («es ist denkbar.») deutet auf die Unsicherheiten im vorliegenden Zusammenhang hin.*

[13] *Bericht der Expertenkommission für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches vom Juni 2003.*

[14] *So ausdrücklich in: Bericht 03 (Fn. 13), 35.*

[15] *«Bei der Begleitbeistandschaft handelt die betroffene Person selbst. Es schaut ihr jedoch und unterstützt und begleitet sie. Dieser Kontrolle kann sich die betroffene Person nicht entziehen» (Bericht 03, [Fn. 14], 35).*

[16] *Bericht 03 (Fn. 13), 35.*

[17] *Im Begleitbericht wird entsprechend vorab über die Kontrolle geschrieben. Ein grosser Teil der Kommentierung begründet die Notwendigkeit der Kontrolle und weniger die Wichtigkeit einer ausschliesslich auf Personensorge ausgerichteten Beistandschaft unter Beachtung des Selbstbestimmungsrechts.*

[18] *Biderbost (Fn. 11), 452 ff.; Henkel, Die Anordnung der Kindesschutzmassnahmen gemäss rev.Art. 307 ZGB, Diss. Zürich 1977, 77 ff.*

[19] *Siehe eingehend hinten III.2.*

[20] *Realakte sind Tathandlungen, die nicht auf einen rechtlichen, sondern einen tatsächlichen Erfolg ausgerichtet sind (Häfelin/Müller/Uhlmann, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechtes, 5. Aufl., Zürich, Basel, Genf, St. Gallen 2006, N 883 ff.; BernerKomm/Bucher, Art. 17/18 ZGB, N 16; BernerKomm/Zäch, Vorb. Art. 32-40 OR, N 113 f.). Demgegenüber definieren Hausheer/Aebi-Müller Realakte als faktische Verhaltensweisen mit rechtsgeschäftsähnlichen Wirkungen, welche i.d.R. keine Handlungsfähigkeit voraussetzen; an Realakte können Rechtswirkungen gebunden werden (Hausheer/Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, N 07.13, N 07.48; so auch: Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 4. Aufl., Basel 2009 Rz. 96 f.).*

[21] *Kantone Aargau und Zürich.*

[22] *Kanton Bern.*

[23] *Kanton Glarus.*

[24] *Kanton Basel-Stadt.*

[25] *Insieme, Pro Mente Sana, Pro Senectute.*

[26] *Die einzelnen Vernehmlassungsantworten finden sich in: Zusammenstellung der Vernehmlassungen Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Oktober 2004, 182 ff.*

[27] *Siehe III.4.*

[28] *Mit dem Zustimmungserfordernis nähert sich die schweizerische Regelung zusätzlich derjenigen des deutschen BGBs in § 1896 Abs. 1a an, wonach kein Betreuer gegen den freien Willen des Volljährigen bestellt werden darf, wobei dort auch urteilsunfähige Personen trotzdem verbeiständet werden können (Münchener Kommentar/Schwab, § 1896 BGB N 26 m.w.H.).*

[29] *Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006 in BBl. 06.063, 7045.*

[30] *Zumindest ist positiv darauf hinzuweisen, dass evtl. dank dieser wenig zutreffenden Argumentation die Begleitbeistandschaft ins künftige Recht hinübergerettet werden konnte.*

[31] *AmtlBull SR 2007, 835.*

[32] *Ebenso Botschaft (Fn. 29), 7045.*

[33] *So auch: ZürcherKomm/Egger, Art. 372 ZGB, N 4.*

[34] *So noch ZürcherKomm/Kaufmann, Art. 372 ZGB, N 7, der auch bei einer Zustimmung eine Entmündigung nur gemäss Art. 369 f. ZGB zulässt.*

[35] *BaslerKomm/Langenegger, Art. 372 ZGB, N 11; BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 27 ff.; anders das deutsche Recht: Gemäss § 1896 Abs. 1 BGB kann auch ein Geschäftsunfähiger einen Antrag stellen.*

[36] *M.E. ist diese beim Begehren zu Beginn des Verfahrens angelegte Zustimmung/Einwilligung nur in dem Falle zutreffend, in dem die schutzbedürftige Person über die rechtlichen und faktischen Auswirkungen einer Erwachsenenenschutzmassnahme ausreichend informiert ist, was in der Praxis zumeist eben nicht der Fall ist. Nur dann kann sie nämlich wirksam und mit freiem Wille zustimmen/einwilligen. Deshalb erscheint es mir angebracht, auch bei einem Begehren mit impliziter Zustimmung/Einwilligung im Rahmen des rechtlichen Gehörs nochmals die Zustimmung/Einwilligung zu verifizieren (in diese Richtung weist auch BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 29 f.).*

[37] *BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 24, und ZürcherKomm/Egger, Art. 372 ZGB, N 5; BGE 106 II 298.*

[38] *BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 16, 85 f.*

[39] *BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 394 ZGB, N 10 f., Syst. Teil N 256 ff.; Art. 372 ZGB, N 11, N 23 ff.; ZürcherKomm/Kaufmann, Art. 372 ZGB, N 1, spricht von «freiwilliger» Entmündigung.*

[40] *BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 394 ZGB, N 12.*

[41] *Zum Arbeitsbündnis eingehend: Kähler, Erstgespräche in der sozialen Einzelhilfe, 4. Aufl. Freiburg i.Br. 2001, 69 ff., 172 ff., der das Arbeitsbündnis zutreffend nicht als technisches Instrument im Sinne eines Vertragsabschlusses sieht.*

[42] *Siehe auch: Haas, die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss. Luzern 2007, 29 ff.*

[43] *Geiser, Die fürsorgliche Freiheitsentziehung als Rechtsgrundlage für eine Zwangsbehandlung, FS Schnyder, Freiburg i.Ue. 1995, 289, 290, N 1.4.*

[44] *Siehe z.B. Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR; Art. 19 Abs. 1 ZGB oder Art. 434 rev. ZGB (Medikation ohne Zustimmung); in BGE 128 IV 270 wird die Zustimmung als allgemeiner Begriff verwendet; die Einwilligung demgegenüber als qualifizierte Zustimmung. Zum Verhältnis des strafrechtlichen und zivilrechtlichen Begriffs der Einwilligung, siehe Haas (Fn. 42), 49 ff.*

[45] *Z.B. Bucher (Fn. 20), N 415, N 497ff; Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. Zürich 2009, § 51, N 12 (Fn. 25).*

[46] *Bucher, Der Persönlichkeitsschutz beim ärztlichen Handeln, in: Wiegand (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Arzt und Recht, Bern 1985, 39, 43; Geiser (Fn. 43), 289, 293 f., N 1.7.*

[47] *Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 20), N 07.86, in Bezug auf urteilsfähige Un- resp. Entmündigte.*

[48] *Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 20), N. 07.86 f., welche die Zustimmung noch in zeitlicher Hinsicht strukturieren in (vorgängige) Ermächtigung, (gleichzeitige) Mitwirkung und (nachträgliche) Genehmigung (N 07.89 ff.).*

[49] *Pedrazzini/Oberholzer, Grundriss des Personenrechts, 4. Aufl., Bern 1993, 125; ebenso: Hausheer/Aebi (Fn. 20), N 12.16 ff.; für das Strafrecht: Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3. Aufl., Bern 2005, § 10 N 33 ff., der aber einen Unterschied zwischen Einwilligung und faktischem Einverständnis macht (§ 10 N 23); faktisches Einverständnis dürfte hier mit dem Begriff der Zustimmung deckungsgleich sein; dem entspricht dann auch die Unterscheidung in BGE 128 IV 270 (siehe Fn. 44).*

[50] *Siehe Fn. 8.*

[51] *Vgl. Fn. 39 sowie BaslerKomm/Langenegger, Art. 372 ZGB, N 17.*

[52] *Siehe II.1.a)*

[53] *BaslerKomm/Langenegger, Art. 372 ZGB, N 17; BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 98.*

[54] *Häfeli unterscheidet zwischen Zustimmung und Kooperation, indem er zur Begleitbeistandschaft schreibt, dass die Massnahme angeordnet werden kann, wenn die verbeiständete Person zu minimaler Kooperation bereit ist oder «diese Bereitschaft innert nützlicher Frist nach der Anordnung (d.h. trotz der Zustimmung zur*

Anordnung [A.d.V.] entwickelt» (Häfeli, *Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts. Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität*, *FamPra.ch* 2007, 1, 10).

[55] Prinz, *Der freie Wille als Artefakt*, in: Lösel/Bender/Jehle (Hrsg.): *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik. Entwicklungs- und Evaluationsforschung*, Mönchengladbach 2007, 593 ff.

[56] Roth, *Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung*, in: Roth/Grün, *Das Gehirn und seine Freiheit*, Göttingen 2006, 9 ff.

[57] Kähler, *Soziale Arbeit in Zwangskontexten*, München, Basel 2005.

[58] Kähler (Fn. 57), 17, spricht hier von Zwangskontext.

[59] Kähler (Fn. 57), 17.

[60] Kähler (Fn. 57), 18 ff., 21 ff., 25 ff. m.w.H.

[61] Kähler (Fn. 57), 43 ff.; Druckmittel ist bspw. die Befürchtung, dass die Vormundschaftsbehörde den Eltern das Kind fremdplatziert; Anreiz ist bspw. die mit der Kontaktaufnahme verbundene Hoffnung, dass sich die Familiensituation verbessert. Diese Bilanzierung vermag die Situation besser zu erfassen.

[62] Kähler (Fn. 57), 59.

[63] Kähler (Fn. 57), 57 ff.

[64] Analog zur Regelung bei der geltenden Vormundschaft auf eigenes Begehren: CH-Affolter/Steck/Vogel, Art. 372 ZGB N 2; BaslerKomm/Langenegger, Art. 372 ZGB, N 16; BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 42 ff.; BGE 106 II 298 E.2, siehe auch: III.5.c).

[65] Es ist aber zu hoffen, dass dieselben Fehler in Bezug auf den Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB betr. elterlicher Sorge nicht erneut begangen werden. Dort wird u.a. gerade bei Art. 298c VE ZGB einen m.E. nicht zulässigen Zusammenhang zwischen Verhalten, welche zum Verfahren führen, und Veränderungsmotivation ursächlich hergestellt. Es wird unterstellt, dass die Person gegen die das Kindesverhältnis mit einer Vaterschaftsklage hergestellt werden muss, gleichzeitig ein nicht genügendes Interesse hat, für das Kind zu sorgen, weshalb hier nicht automatisch die gemeinsame elterliche Sorge gelten soll. Dies ist m.E. eine zu vereinfachte Sicht und berücksichtigt nicht, dass es andere Gründe gibt, welche eine Anerkennung verunmöglichen (z.B. fehlende Ausweispapiere, faktische Abwesenheit etc.). Aufgrund der Vernehmlassung wurde diese unterschiedliche Beurteilung - mit einer anderen Begründung - (einstweilen) fallen gelassen (Jurius, *Gemeinsame elterliche Sorge mehrheitlich begrusst*, Jusletter vom 4. Januar 2010).

[66] Mit dem neuen Recht und der Ausweitung des Wirkungsbereiches der Fürsorgerischen Unterbringung erscheint auch eine Begleitbeistandschaft in stationären Einrichtungen möglich, z.B. in Pflegeheimen.

[67] M.E. ist der Begriff für den Erwachsenenschutz möglichst weit auszulegen. Die Konkretisierung der Aufgaben im Einzelfall erfolgt im revidierten Recht über Art. 391 rev. ZGB, wonach die Erwachsenenschutzbehörde bei jeder Beistandschaft die Aufgabenbereiche des Beistandes/der Beiständin gemäss der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Person genau zu umschreiben hat.

[68] Zur Begründung siehe III.4.a).

[69] Hier könnte aber ggf. eine Aufsichtsperson gemäss Art. 392 rev. ZGB angeordnet werden.

[70] Soweit die Nachbarschaftshilfe im Rahmen der Subsidiarität gemäss Art. 389 rev. ZGB ohne grossen Aufwand eingerichtet werden kann, bedarf keiner Massnahme und somit auch keiner Aufgabenübertragung an einen Beistand/eine Beiständin.

[71] Häfeli (Fn. 54), 1, 11; Biderbost (Fn. 11), 279 f.

[72] Zu Art. 308 Abs. 1 ZGB: Biderbost (Fn. 11), 276 f.

[73] Die Duldungsvollmacht ermöglicht, dass jemand als Vertreter eines anderen handelt, der Vertretene davon tatsächlich vorgängig Kenntnis hat, diese Vertretung nicht will, diese aber duldet und der als Vertreter handelnde den fehlenden Bevollmächtigungswillen nicht erkennt (Treu und Glauben) (BernerKomm/Zäch, Art. 33 OR, N 47 ff.). Biderbost (Fn. 11), 278 Fn. 72, verlangt aber zu Recht Zurückhaltung bei der Annahme einer Duldungsvollmacht. Der Beistand/die Beiständin habe seine/ihre Handlungen mit der schutzbedürftigen Person resp. den Eltern zu besprechen und nicht auf ein Dulden derselben zu spekulieren.

[74] Gemäss Art. 38 f. OR kann ein Rechtsgeschäft dennoch zustande kommen, wenn zwar ein Stellvertreter/eine Stellvertreterin ohne Ermächtigung handelt, der/die Vertretene die Handlung des Stellvertreters aber nachträglich genehmigt.

[75] Eine Notstandssituation ist nicht leichthin anzunehmen. Der Begleitbeistand/die Begleitständin muss aber die Möglichkeit haben in Notsituationen und bei zeitlicher Dringlichkeit zum Wohle der betroffenen Person vertretungsweise handeln zu können.

[76] Siehe oben: I.3.

[77] Art. 405 Abs. 1 rev. ZGB lautet: «Der Beistand oder die Beiständin verschafft sich die zur Erfüllung der Aufgaben nötigen Kenntnisse und nimmt persönlich mit der betroffenen Person Kontakt auf.»

[78] Art. 9 Abs. 1 des Berufskodex, aber auch Datenschutzgesetz des Kt. Aargau: § 13 Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG), SR 150.700.

[79] Biderbost (Fn. 11), 412 ff.; Bericht 03 (Fn 13), 35 f.

[80] Analog zu den in den meisten Datenschutzgesetzen zur Amtshilfe erwähnten Voraussetzungen bei besonders schützenswerten Daten; vgl. BaslerKomm/Jöhri/Studer, Art. 19 DSGVO N 8 ff.; Rosch, Schweigen und Sprechen im System, Bern 2005, 84 ff.

[81] Zur Definition siehe Fn. 5.

[82] Andernfalls wäre die Mandatsführung gar nicht möglich (zu den Vorstellungen des Gesetzgebers siehe oben unter I.6.).

[83] Freiwillig in diesem Kontext meint, dass Sozialhilfe eine verzichtbare Dienstleistung ist, wohingegen das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht immer der Offizialmaxime untersteht.

[84] Exp.Bericht 95 (Fn. 1), 79.

[85] Kritisch: Langenegger, System der amtsgebundenen Massnahmen, ZVW 2003, 329, der insbesondere negative Kompetenzkonflikte zwischen Sozialhilfe und Erwachsenenschutz zu Lasten der schutzbedürftigen Personen befürchtet.

[86] Siehe III.2.

[87] Gl. M. im Ergebnis Häfeli (Fn. 54), 1, 11; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 4. Aufl., Bern 2010, Rz. 20.88.

[88] So aber wohl Häfeli (Fn. 54), 1, 10 i.f.

[89] *Münchener Kommentar/Schwab*, § 1896 BGB N 47.

[90] Siehe Fn. 8.

[91] Breitschmid/Steck/Wittwer, *Der Heimvertrag*, *FamPra.ch* 2009, 867 ff., 886.

[92] Rusch/Hochstrasser, *Verträge mit Kinderkrippen*, *jusletter* 22.10.2007, Rz. 9 ff.

[93] *BaslerKomm/Amstutz/Schluemp*, *Einl. Vor Art. 184 ff. OR*, N 347; Bettoja, *Der Gastaufnahmevertrag, eine systematische Darstellung*, *Diss. Zürich* 2000, 111

[94] *BernerKomm/Fellmann*, Art. 394, N 79 ff.; *BaslerKomm/Weber*, Art. 396 OR N 2 f.

[95] *BernerKomm/Zäch*, *Vorbemerkungen zu Art. 32-40 OR*, N 113 f.; Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, 600.

[96] Siehe Fn 94.

[97] Siehe oben III.3.

[98] *Münchener Kommentar/Schwab*, § 1896 BGB, N 47.

[99] *Mit Einwilligung der betroffenen Person und weiterer rechtfertigender Tatbestände wie die pflichtgemässe Ausübung des Amtes gemäss Art. 14 StGB, Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 52 OR ist dies ohne weiteres möglich.*

[100] Siehe III.5.b).

[101] Häfeli, *Die Wegleitung für vormundschaftliche Organe*, 4. Aufl., Zürich 2005, 146 spricht in Bezug auf die Obhut von einem Zustand.

[102] *Demgegenüber scheint das deutsche Recht die Bestimmung über den Aufenthalt einer Person ohne Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage als normaler Aufgabenkreis eines Beistandes/einer Beiständin zu sehen. Dem Vertretungsbeistand/der Vertretungsbeiständin wird das Recht, in die Aufenthaltsbestimmung einzuwilligen, vertretungsweise überbunden (Münchener Kommentar/Schwab, § 1986 BGB, N 80 ff.); siehe auch III.5.a) i.f.*

[103] *«Unterbringung zerfällt in die ohne oder gegen den Willen der betroffenen Person angeordnete Freiheitsentziehung einerseits, in die Betreuung in der Anstalt andererseits» (Exp.Bericht 95 [Fn. 1], 91).*

[104] *Der Begriff der Einrichtung ist weit auszulegen (Botschaft [Fn. 29], 7062). Dazu sollen auch Alters- und Pflegeeinrichtungen ohne geschlossene Abteilungen gehören, die keine freiheitsentziehenden Massnahmen im Sinne von Art. 5 EMRK durchführen (Urteil EUGH, H.M c/Suisse, 39187/98 vom 26.2.2002, in VPB.66.106). Ob das bisherige Kriterium für eine Anstalt, bei welcher die Bewegungsfreiheit aufgrund der Betreuung und*

Überwachung spürbar eingeschränkt werden muss (BGE 121 III 306, E. 2) auch im neuen Recht noch relevant bleibt (so: Hausheer/Geiser/Aebi-Müller [Fn. 87], Rz. 20.166) ist m.E. offen. Die Ausweitung der Begriffe Einrichtung und Unterbringung führt dazu, dass auch der Personenkreis, welcher der medizinischen Massnahmen ohne Zustimmung (Art. 434 f. rev. ZGB) unterstellt sind, sich vergrössert.

[105] Aufgrund des hier dargestellten nicht ursächlichen Zusammenhangs zwischen Initiative zur Kontaktaufnahme und Motivation zur Veränderung (siehe II.2.) wäre prima facie davon auszugehen, dass man auch bei einer Einwilligung zum Aufgabenbereich durchaus noch von anschliessendem Handeln gegen den Willen sprechen kann, insb. wenn eine Person nicht einverstanden ist, aber dies nicht der Behörde meldet (ähnlich der Ausgangslage bei einer Duldungsvollmacht).

[106] Zum geltenden Recht schon: Geiser, Demenz und Recht, ZVW 2003, 97, 105 f. N 2.20 ff.

[107] CH-Affolter/Steck/Vogel, Art. 394 ZGB, N 3; BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 394 ZGB, N 13.

[108] CH-Affolter/Steck/Vogel, Art. 372 ZGB, N 2; BaslerKomm/Langenegger, Art. 372 ZGB, N 16; BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 42 ff.; BGE 106 II 298 E.2.

[109] Zum geltenden Recht: CH-Affolter/Steck/Vogel, Art. 372 ZGB, N 2; BaslerKomm/Langenegger, Art. 372 ZGB, N 16; BernerKomm/Schnyder/Murer, Art. 372 ZGB, N 42 ff.