

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 1 *Samuel Zogg*: Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen
- 36 *Gian Paolo Romano*: Quelques remarques sur le nouveau Règlement n° 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes
- 84 *Evelyn Gallmetzer*: Ausgewählte rechtliche Folgen der Öffnung der Ehe (und eingetragenen Partnerschaft) unter besonderer Berücksichtigung des Kindesrechts
- 105 *Daniel Rosch*: Erwachsenenschutz zwischen Selbstbestimmung, Supported Decision Making und Substitute Decision Making
- 119 *Marc Spescha*: Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab Oktober 2017 bis Ende Oktober 2018

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 157 Gesetzgebung – Législation – Legislazione

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

186

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER  
MICHELLE COTTIER

## Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

## Redaktionsmitglieder

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



## IMPRESSUM

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

**Herausgeberinnen** Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Leimenstrasse 42, CH-4051 Basel, E-Mail: ingeborg.schwenzer@unibas.ch  
**Editrices**  
**Edatrici**

Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: lst.buechler@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: Michelle.Cottier@unige.ch

**Schriftleitung** Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen  
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: aeschlimann@svwam.ch, fampra-ius@unibas.ch

**Redaktion** lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel  
**Rédaction** Bähler, Oberrichter; Dr. iur. Linus Cantieni, Rechtsanwalt; lic. iur. Jeanne DuBois,  
**Redazione** Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwaltschaft; Dr. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.

**Verlag** Stämpfli Verlag AG,  
**Editions** Wölflistrasse 1, Postfach,  
**Edizioni** CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: verlag@staempfli.com  
Internet: [www.staempfliverlag.ch](http://www.staempfliverlag.ch)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

**Inserate** Stämpfli AG,  
**Annonces** Inseratemanagement, Wölflistrasse 1,  
**Inserti** Postfach, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 41  
E-Mail: inserate@staempfli.com

**Abonnemente** Stämpfli Verlag AG,  
**Abonnements** Periodika, Wölflistrasse 1,  
**Abbonamenti** Postfach, CH-3001 Bern

Telefon: ++41 31 300 63 25  
E-Mail: periodika@staempfli.com

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 441.– (Print und Online), Online Sfr. 398.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: Sfr. 100.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 466.–, Online Sfr. 398.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWST.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

## **Inhalt – Contenu – Contenuto**

<i>Samuel Zogg</i> : Selbständige Unterhaltsklagen mit Annexentscheid über die weiteren Kinderbelange – verfahrensrechtliche Fragen	1
<i>Gian Paolo Romano</i> : Quelques remarques sur le nouveau Règlement n° 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes	36
<i>Evelyn Gallmetzer</i> : Ausgewählte rechtliche Folgen der Öffnung der Ehe (und eingetragenen Partnerschaft) unter besonderer Berücksichtigung des Kindesrechts	84
<i>Daniel Rosch</i> : Erwachsenenschutz zwischen Selbstbestimmung, Supported Decision Making und Substitute Decision Making	105
<i>Marc Spescha</i> : Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab Oktober 2017 bis Ende Oktober 2018	119

---

## **DOKUMENTATION – DOCUMENTATION – DOCUMENTAZIONI**

Gesetzgebung – Législation – Legislazione	157
---	-----

## **Erwachsenenschutz zwischen Selbstbestimmung, Supported Decision Making und Substitute Decision Making<sup>1</sup>**

*Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management, Hochschule Luzern-Soziale Arbeit, Bern*

---

**Stichwörter:** *UN-Behindertenrechtskonvention, BRK, Supported Decision Making, Substitute Decision Making, unterstützte Entscheidungsfindung, Vertretung, Erwachsenenschutz, Betreuungsrecht, Selbstbestimmung, KESB, Abklärung, Safeguard, Mandatsführung, Eingriffssozialrecht*

**Mots-clés:** *Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées, CDPH, supported decision making, substitute decision making, prise de décision assistée, représentation, protection de l'adulte, sauvegarde des intérêts de l'adulte (Betreuungsrecht), autodétermination, APEA, évaluation, safeguard, exécution du mandat, droit d'intervention social*

---

### **I. Einleitung**

Die UN-Behindertenrechtskonvention (BRK) soll gemäss ihrem Art. 1 Abs. 1 den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte sowie der Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen fördern, schützen und gewährleisten. Gleichzeitig soll sie die Achtung der ihnen innewohnenden Würde fördern. In ihrem Kern enthält die UN-Behindertenrechtskonvention ein Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen. Sie garantiert ihnen die bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte.

Im Lichte der in Art. 5 Abs. 1 BRK verbrieften Gleichberechtigung aller Menschen will Art. 12 BRK vorab die Ungleichbehandlung derjenigen vermindern, die aufgrund einer Behinderung keine rechtlich wirksamen Erklärungen abgeben können und damit im Vergleich zu nicht behinderten Menschen ungleich behandelt werden. Dahinter steht die immer noch weitverbreitete Annahme, dass behinderte Menschen zu keiner rechtswirksamen Entscheidung fähig sind und entsprechend

---

<sup>1</sup> Überarbeitete Fassung eines Referates, das am 5. Weltkongress «Adult Guardianship» in Seoul vom 23. bis 25. Oktober 2018 gehalten wurde. Es finden sich vereinzelt Auszüge aus bisherigen Beiträgen des Autors, namentlich aus: Rosch, Die Begleitbeistandschaft unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Bern 2018.

automatisch als urteilsunfähig zu betrachten sind.<sup>2</sup> Die Schweiz hat Art. 12 BRK vorbehaltlos übernommen.<sup>3</sup> Art. 12 Abs. 3 und 4 BRK verpflichtet die Vertragsstaaten, geeignete Massnahmen zu treffen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit<sup>4</sup> gegebenenfalls benötigen.

Aufgrund des General Comments No. 1 des ständigen UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen<sup>5</sup> wird diesbezüglich kontrovers erörtert, inwiefern beiständliches Vertretungshandeln gemäss der BRK überhaupt noch zulässig ist.<sup>6</sup>

- 
- 2 Botschaft des Bundesrates zur BRK, BBl 2013, 689 f.; LACHWITZ, in: KREUTZ/LACHWITZ/TRENK-HINTERBERGER: Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis. Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013; Art. 12 BRK, N 1 f.; WINTERSTEIN, Welche Weiterentwicklung des Betreuungsrechts ist aufgrund des Artikels 12 UN-BRK erforderlich? – Eine rechtspolitische Betrachtung, Informationsdienst Altersfragen 2014, 30; ROSCH (Fn. 1), N 619.
- 3 Im Unterschied zu anderen Ländern vgl. hierzu MEIER, CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé?, in: ZIEGLER/KUFFER (éds.): Les Minorités et le Droit. Minorities and the Law. Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson, Zürich 2016, 337 ff.
- 4 Zur kontroversen Diskussion betr. die Bedeutung der Rechts- und Handlungsfähigkeit bzw. die legal capacity siehe AICHELE/DEGENER, Frei und gleich im rechtlichen Handeln – eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK, in: AICHELE (Hrsg.): Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013, 41, 43 f.; LACHWITZ (Fn. 2), Art. 12, N 5; LIPP, Betreuungsrecht und UN-Behindertenkonvention, FamRZ 2012, 672; LACHWITZ, Funktion und Anwendungsbereiche der «Unterstützung» («support») bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gemäss Artikel 12 UN-BRK – Anforderungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung, in: AICHELE (Hrsg.): Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013, 68, 71; SCHMAHL, Grund- und menschenrechtliche Anforderungen an den Erwachsenenschutz, in: COESTER-WALTJEN/LIPP/SCHUMANN/VEIT: Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes. 11. Göttinger Workshop zum Familienrecht 2012, Göttingen 2013, 18 ff. m. w. H.; Im Detail: WOLF, Geschäftsunfähigkeit und Behindertenrechtskonvention. Zur Vereinbarkeit von §§ 104 Nr. 2, 105, 131 BGB mit Art. 12 Abs. 2 BRK, Diss. Göttingen 2015, 113 ff. m. w. H.; CRPD, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014), Article 12: Equal recognition before the law, auf: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/GC.aspx> (10. 11. 2018), Ziff. 12; zusammenfassend in Bezug auf die Bedeutung im Hinblick auf das schweizerische Recht: ROSCH (Fn. 1), N 620 f., der zum Schluss kommt, dass die Begrifflichkeit der legal capacity mit der Rechts- und Handlungsfähigkeit – trotz missverständlicher Formulierung von Art. 16 ZGB – korrespondiert.
- 5 Vgl. CRPD Comment Ziff. 17. Darin wird erwähnt, dass die Unterstützung bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, den Willen und die Präferenzen der Menschen mit Behinderungen respektieren muss und niemals die Form einer stellvertretenden Entscheidung annehmen sollte.
- 6 Vgl. BOENTE, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, FamPra.ch 2016, 115 m. w. H. zur Diskussion in Deutschland, Österreich und Spanien. Zur Diskussion hierzu auch LACHWITZ (Fn. 2), Art. 12, N 15, N 34; LIPP, Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK, in: AICHELE (Hrsg.): Das Menschenrecht auf gleiche Anerken-

Art. 12 Abs. 3 BRK umschreibt die Hilfe zur Selbsthilfe bzw. zur Selbstbestimmung des Betroffenen. Er stellt den Paradigmawechsel dar, und zwar weg vom paternalistischen Substitute Decision Making, also insb. der Vertretung, hin zum Supported Decision Making. Der Begriff Supported Decision Making wird dabei oft als Gegenbegriff von Substitute Decision Making verwendet. Deshalb wird auch Substitute Decision Making hier als Ausgangspunkt gewählt. Der Ausschuss der UN-Behindertenrechtskonvention hat in Paragraph 27 seines General Comment Substitute Decision Making wie folgt umschrieben:

«Substitute decision-making regimes can take many different forms, including plenary guardianship, judicial interdiction and partial guardianship. However, these regimes have certain common characteristics: they can be defined as systems where:

- (a) legal capacity is removed from a person, even if this is in respect of a single decision;
- (b) a substitute decision maker can be appointed by someone other than the person concerned, and this can be done against his or her will; OR<sup>7</sup>
- (c) any decision made by a substitute decision maker is based on what is believed to be in the objective <best interests> of the person concerned, as opposed to being based on the person's own will and preferences.»<sup>8</sup>

Es geht somit primär um zwei Konstellationen: um Entzug der Handlungsfähigkeit und um stellvertretendes Entscheiden und Handeln. In der alten Fassung, die bis zum 26. Januar 2018 galt, konnte die Aufzählung als kumulativ verstanden werden. Aufgrund der Änderung von «AND» zu «OR» vor lit. c ist entsprechend von einem weiteren Begriff des Substitute Decision Making auszugehen, weil die einzelnen litera alternativ genannt werden.<sup>9</sup>

---

nung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013, 334 f.; WOLF (Fn. 4), 142 ff.; LACHWITZ (Fn. 4), 84 f.; TOLMEIN, Art. 12. Gleiche Anerkennung vor dem Recht, in: WELKE (Hrsg.): UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Berlin 2012, 139 f.; SCHMAHL (Fn. 4), 22 f. im Detail: ROSCH (Fn. 1), N 625 ff. und LIPP, Selbstbestimmung 2.0 – Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für das deutsche Betreuungsrecht, in: ROSCH/MARANTA (Hrsg.): Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, 1 ff.; BOENTE, Handlungsfähigkeits- und Erwachsenenschutzrecht auf dem Prüfstand der (Behindertenrechtskonvention und) Bundesverfassung, in: ROSCH/MARANTA (Hrsg.): Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, 109 ff.; BOENTE, Erste Auswirkungen der Behindertenrechtskonvention auf das Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 2018, 110 ff.

7 «AND» wurde in «OR» verändert aufgrund der Änderung vom 26. Januar 2018 auf: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhnsbHatvuFkZ%2bt93Y3D%2baa2ogCGdBDXD5mD2CB3hWh47WG8jRjVHBOsP6EzrdQQrm%2bDiu9dVqzWrXIToV%2fYQiM%2bYgBcbkqb%2ftDIy%2fGGwFUAF> (10.11.2018).

8 Ausschuss BRK, General Comment, Ziff. 23 in der korrigierten Fassung aufgrund der Änderung vom 26. Januar 2018.

9 Siehe auch: KEENE auf: <http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/crpd-corrections-and-updates/> (10.11.2018).

Demgegenüber hat sich für den Begriff des Supported Decision Making – soweit ersichtlich – noch keine Definition durchgesetzt. Es finden sich lediglich Hinweise in § 29 des General Comment No 1. des Ausschusses.

Inhaltlich geht es um den Prozess, Unterstützung zur Verfügung zu stellen, damit Menschen, die ohne Unterstützung nicht fähig wären, einen Entscheid zu treffen, dazu befähigt werden.<sup>10</sup> Es geht somit um die Frage, was Menschen benötigen, damit sie entscheiden können.<sup>11</sup> Oder anders – und ein wenig umfassender – wird Supported Decision Making als personenzentrierte Assistenzleistung verstanden mit dem Ziel, das persönliche rechtliche Handeln inklusive der persönlichen Entscheidung zu ermöglichen. Dabei ist auch hier das Verhältnismässigkeitsprinzips zu berücksichtigen.<sup>12</sup>

Die vier zentralen Merkmale der unterstützten Entscheidungsfindung können in Anlehnung an § 29 des General Comment No 1. des Ausschusses wie folgt gesehen werden:

- Anknüpfungspunkt sind die Wünsche und der Wille des Menschen mit Beeinträchtigung und nicht seine Handlungsfähigkeit; damit steht ein bedürfnisorientierter Ansatz zur Befähigung im Zentrum
- diskriminierungsfreier Zugang zur Unterstützung
- Sicherungsmassnahmen (Safeguards) zur Wahrung der Selbstbestimmung
- Unterstützung kann zurückgewiesen werden

## **II. These 1: Selbstbestimmung bedeutet im Erwachsenenschutz in aller Regel «fremdbestimmte Selbstbestimmung»**

Das Regime des Erwachsenenschutzes baut auch in der Schweiz traditionell im Grundsatz auf einem System des Substitute Decision Making auf. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) setzt einen Beistand ein und gibt diesem Kompetenzen, in der Regel Vertretungskompetenzen.<sup>13</sup> Die behördliche Anordnung kann, muss aber nicht im Einvernehmen mit der betroffenen Person erfolgen; jedoch ist sie im Prinzip verbindlich und kann nicht zurückgewiesen werden. Damit liegt ein Zwangskontext vor. Von weit her betrachtet, erscheint somit Erwachsenenschutz als typischer Fall von Substitute Decision Making. Dies gilt nicht nur für die Schweiz, sondern analog für Österreich und Deutschland. Schaut man aber genauer hin, erscheint die Ausgangslage vielschichtiger:

10 DAVIDSON/KELLY/MACDONALD/RIZZO/LOMBARD/ABOGUNRIN/CLIFT/MARTIN, Supported decision making: A review of the international literature, *International Journal of Law and Psychiatry* 2015, 61.

11 DAVIDSON/KELLY/MACDONALD/RIZZO/LOMBARD/ABOGUNRIN/CLIFT/MARTIN, *International Journal of Law and Psychiatry* 2015, 62.

12 AICHELE/DEGENER (Fn. 4), 49; ähnlich: LIPP (Fn. 6), 332; WOLF (Fn. 4), 139.

13 Siehe KOKES Statistik 2017 auf: [https://www.kokes.ch/download\\_file/view/1010/262](https://www.kokes.ch/download_file/view/1010/262) (10.11.2018).

1. *Personenzentrierter Ansatz:*

Zunächst einmal befindet sich schweizerisches Erwachsenenschutzrecht im Bereich des Eingriffssozialrechts.<sup>14</sup> Es geht somit von der Zwecksetzung her nicht um den Schutz der Gesellschaft oder Dritter, sondern typischerweise um das Wohl und den Schutz der hilfsbedürftigen Person (vgl. Art. 388 ZGB). Folglich sind die Massnahmen auf das Individuum und seine Bedürfnisse fokussiert.

2. *Subsidiarität und Standardisierung:*

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hat die Massnahme anzuordnen, die möglichst subsidiär zum Erwachsenenschutz ist und zudem auch verhältnismässig ist. Damit stellt sich ganz praktisch die Frage nach den Alternativen zum Erwachsenenschutz. Es müssen an dieser Stelle ein paar Hinweise reichen: Es finden sich zwar der Vorsorgeauftrag, die Patientenverfügung und gesetzlich vorgesehene Vertretungsrechte, die im Falle der Urteilsunfähigkeit automatisch greifen können. Hinzu kommen Auftrag und Vollmacht im Rahmen des allgemeinen Obligationenrechts, aber auch weiterer möglicher Support, der auch noch weiter ausgebaut werden könnte (z. B. spezialisierte Beratungsstellen, Unterstützung durch Peer-Gruppen, aber auch methodische Aspekte wie die Family Group Conference<sup>15</sup>). Das heisst zunächst für die Behörde, dass sie den subsidiären Handlungsspielraum ausschöpfen und damit auch Standards für die Abklärungen haben müssen. Hierher gehört auch das Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz, welches Abklärungen mit IT-Unterstützung standardisiert hat.<sup>16</sup> Standardisiert heisst aber auch individualisiert. Dem Einzelfall ist weitestmöglich Beachtung zu schenken und es sind – soweit die Betroffenen noch genügend in der Lage sind – mit ihnen zusammen Wege zu finden, die abseits derjenigen von behördlichen Massnahmen stehen. Das geht nur gemeinsam mit einer Haltung, die nicht (ausschliesslich) eine Expertenhaltung ist, sondern eine begleitend-beratende. Es geht oft um eine Koproduktion von Abklärerin und betroffener Person mit dem Ziel, eine Lösung für die betroffene Person zu finden, die wenn immer möglich nicht Beistandschaft heisst. Methodisch gesprochen: Es geht darum, das schutzbedürftige System zu befähigen, zu empowern,<sup>17</sup> damit es wieder möglichst selbständig die Verantwortung übernehmen kann.

---

14 Vgl. ROSCH, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, Einführung, N 8 ff. m. w. H.; FASSBIND, Erwachsenenschutz, Zürich 2012, 33; vgl. ferner: FamKomm Erwachsenenschutz/GÄCHTER/KAUFMANN, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, N 1 ff.

15 Siehe hierzu: HAURI/ROSCH, Familienrat (Family Group Conference) im Spannungsfeld zwischen methodischen Ansprüchen, verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Persönlichkeitsschutz, FamPra.ch 2018, 677 ff.

16 Vgl. ROSCH/ZOBRIST, Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz, in: ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Hrsg.): Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, 2. Aufl. Bern 2018, 674 ff.

17 Vgl. HERRIGER, Empowerment in der Sozialen Arbeit, Kohlhammer, 5. Aufl., Stuttgart 2014.



Das braucht Zeit für die Abklärung, denn ein bis zwei Gespräche reichen hier nicht mehr. Damit wird dieser auf Subsidiarität ausgerichtete Ansatz auch zur Ressourcenfrage.

3. *Auch bei Vertretung gilt prioritär begleitende und beratende Unterstützung:*

Der eingesetzte Beistand hat i. d. R. Vertretungskompetenzen. Hier ist jedoch zu differenzieren. Gemäss Art. 406 i. V. m. Art. 388 Abs. 2 ZGB hat er die Selbstbestimmung weitestgehend zu gewährleisten, indem er die Aufgaben im Interesse der betroffenen Person wahrnimmt und soweit wie möglich auf deren Meinung Rücksicht nimmt. Er hat ihren Willen zu achten und das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten. Ähnlich umschreibt es das deutsche Recht in § 1901 BGB und das österreichische Recht in § 239 und 241 ABGB.

Der Beistand hat somit trotz Vertretungskompetenzen primär die verbeiständete Person zur Selbstbestimmung zu unterstützen, zu beraten und zu begleiten. Ziel der beiständlichen Arbeit ist es, dass die verbeiständete Person selbständig ihre Handlungen vornimmt, ohne sich zu schädigen. Der Beistand soll befähigen und nur ultima ratio vertreten. Es ist also zu unterscheiden zwischen dem Verhältnis von Beistand und verbeiständeter Person, dem Innenverhältnis, und dem Verhältnis zwischen Beistand und Drittem, dem Aussenverhältnis, das insbesondere bei Rechtsgeschäften zum Tragen kommen kann. Wie im Stellvertretungsrecht des Obligationenrechts bedeutet Vertretungskompetenzen zu besitzen nicht, dass die Beiständin handeln muss. Es ist die bloss *Ermächtigung*, vertretungsweise im Aussenverhältnis zu handeln. Im Innenverhältnis ist der behördliche Auftrag massgeblich. Dieser ist – wie der obligationenrechtliche Auftrag – verpflichtend und nicht eine bloss *Ermächtigung*. Der behördliche Auftrag ist entsprechend von der Vertretungsmacht zu unterscheiden. Sie sind voneinander weitgehend unabhängig, also abstrakt. Der behördliche Auftrag wird namentlich durch die gesetzlichen Bestimmungen der Art. 400 ff., 405 ff. ZGB gerahmt und konkretisiert. Er zeigt insbesondere auf, dass Beiständinnen im Erwachsenenschutz, wenn immer möglich, die Selbstbestimmung unterstützen sollen.<sup>18</sup> Damit ist auch gesagt, dass das Innenverhältnis der zentrale Dreh- und Angelpunkt ist. Es bestimmt letzten Endes auch über das Aussenverhältnis, den Schritt also, wann der Beistand zum Schutz des Betroffenen im Aussenverhältnis tätig werden muss. Gleichzeitig werden über das Innenverhältnis auch die Sorgfaltspflichten des Beistandes konkretisiert.<sup>19</sup> Gerade, wenn Menschen urteilsfähig sind, ist dem Innenverhältnis besondere Beachtung zu schenken. Nur wenn Betroffene bei der Ent-

18 ROSCH (Fn. 1), N 637 ff. m. w. H.; ROSCH, SVBB-Leitfaden für Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände, 2. Aufl. Bern 2018, 27 ff.

19 GL. M. BOENTE, FamPra.ch 2018, 123; ROSCH (Fn. 1), N 466; ROSCH (Fn. 18), 27 ff.; vgl. hierzu auch BOENTE, Why does the law resist? Thoughts on Art. 12 CRPD vom 22. 9. 2018, Ziff. (j) und Bst. C, auf: <http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/whydoesthelawresist/> (10. 11. 2018).

scheidungsfindung nicht mehr mitwirken können (z.B. Neugeborenes, schwer demente Person), wird einzig im Aussenverhältnis gearbeitet werden können. Bei Urteilsunfähigkeit ist jedoch die betroffene Person – analog zu Art. 377 Abs. 3 ZGB – auch in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen. Es gelten nicht die objektiven Interessen, sondern der sog. mutmassliche Wille. Darauf ist zurückzukommen. Machen wir ein Beispiel: Die Beiständin kann im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit im Bereich «Wohnungsangelegenheiten» direkt im Aussenverhältnis einen Mietvertrag mit dem Vermieter abschliessen (Vertretungsmacht). Sie sollte dies aber nur ultima ratio tun, weil der behördliche Auftrag sie im Rahmen der Selbstbestimmung dazu verpflichtet, wenn immer möglich, die verbeiständete Person zu motivieren, zu begleiten und zu unterstützen, damit sie den Mietvertrag (ggf. mithilfe der Beiständin) selbständig abschliesst.<sup>20</sup>

Hinzu kommt, dass der Beistand trotz Vertretungskompetenzen autonome, selbstbestimmte Räume in der Mandatsführung zu orte und zu ermöglichen hat. Er hat gemäss Art. 409 ZGB dem Betroffenen angemessene Beiträge zur freien Verfügung zu stellen, und zwar unabhängig von der Massnahmearart. Dies gilt somit auch, wenn die Handlungsfähigkeit eingeschränkt wurde. Wenn selbst bei der Einkommens- und Vermögensverwaltung aber vom Gesetzgeber gewünscht ist, dass trotz Schwächezustand Teile des Einkommens bzw. des Vermögens zur selbständigen Verwaltung übergeben werden, dann muss das erst recht in den anderen Lebensbereichen gelten. Das heisst, dass nach hier vertretener Auffassung nicht nur beim Einkommen, sondern in allen Aufgabenbereichen analog zu Art. 409 ZGB autonome, selbstbestimmte Freiräume geschaffen werden müssen. Der Betroffene muss aber im Rahmen der Selbstbestimmung dazu auch fähig sein. Dabei sind hier nicht überaus hohe Anforderungen zu stellen.<sup>21</sup>

Aus dem Gesagten ist Folgendes zu schliessen: Anknüpfungspunkt für den behördlichen Entscheid ist ein Schwächezustand (in der Schweiz insb. psychische Störung oder geistige Behinderung) und ein damit zusammenhängender Schutzbedarf. Gleiches gilt in Deutschland in § 1896 BGB und Österreich in § 264 bzw. 268 ABGB materiell, aber mit einer anderen Terminologie. Dieser legitimiert die behördliche Massnahme und ist auch Zweck der Mandatsführung. Innerhalb dieser Rahmung ist dem Betroffenen aber zu möglichst viel Selbstbestimmung zu verhelfen. Um dies zu tun, greift man bei Urteilsunfähigkeit auf den mutmasslichen Willen zurück und stellt sich

---

20 Für das deutsche Recht finden sich hierzu analoge Ausführungen von Prof. Dr. DAGMAR BROSEY in ihrem Aufsatz «Wunsch und Wohl betreuter Menschen im Lichte der UN-BRK» (BROSEY, Wunsch und Wohl betreuter Menschen im Lichte der UN-BRK, in: AICHELE [Hrsg.], Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Baden-Baden 2013, 355 ff.) bzw. im österreichischen Recht in § 239–241 ABGB.

21 Vgl. ROSCH (Fn. 1), N 639; ROSCH (Fn. 18), WB 10.

die Frage, wie die betroffene Person entscheiden würde, wenn sie noch urteilsfähig wäre.<sup>22</sup> Erwachsenenschutz sieht aber vor, dass auch urteilsfähige Menschen, die an einem Schwächezustand leiden, eine behördliche Massnahme erhalten können. Hier stellt sich die Frage ähnlich wie beim mutmasslichen Willen, einfach allgemeiner: «Inwiefern kann die verbeiständete Person unter Berücksichtigung ihres Schwächezustandes für die vorliegende Fragestellung selbstbestimmt bzw. eigenverantwortlich handeln?» oder wie würde die verbeiständete Person handeln, wenn sie nicht an dem Schwächezustand leiden würde, an dem sie leidet?<sup>23</sup> Damit wird die Fragestellung nicht selten sehr hypothetisch. Z. B.: Wie würde ein an paranoider Schizophrenie erkrankter Mensch handeln, wenn er die Wahnvorstellungen nicht hätte? Was würde eine an Magersucht erkrankte Person wollen, wenn sie die Magersucht nicht hätte? Diese Fragestellungen können hilfreich sein, in der Praxis sind sie zum Teil aber nur schwierig oder gar nicht beantwortbar. Daraus folgt aber nicht ein Rückgriff auf objektive Kriterien. Vielmehr geht es letzten Endes um eine Interessenabwägung. Folgendes Beispiel möge dies illustrieren: Eine demente, unterdessen urteilsunfähige Person hat ihr Leben lang zum Abendessen Wein getrunken. Der Arzt warnt, dass dadurch der Blutdruck steige, und empfiehlt, dass auf den Alkohol zu verzichten sei. Hier wäre zwar der mutmassliche Wille so weit erkenntlich, wir wissen aber nicht, ob er auch aktuell, also in der vorliegenden Situation, gelten würde. Hätte die Person trotzdem Wein getrunken, auch wenn der Arzt wegen Bluthochdruck davor gewarnt hätte? Vielleicht – vielleicht auch nicht. Daher muss der Beistand letzten Endes oft eine Interessenabwägung machen unter Berücksichtigung der Lebenseinstellung des Betroffenen. Grundsätzlich hätte er diesen Weinkonsum im Sinne der Selbstbestimmung dem Betroffenen zuzugestehen, es sei denn, der Weinkonsum wäre besonders gefährlich oder sogar lebensgefährlich. Dann hätte er soweit bekannt auch hier die Lebenseinstellung des Betroffenen zu berücksichtigen und abzuwägen, was für den Weinkonsum und was dagegen spricht. Damit zeigt sich, dass es letzten Endes um eine Interessenabwägung geht, die von der Selbstbestimmung aber ausgehen muss.<sup>24</sup> Der Beistand hat aber über die Selbstbestimmung zu entscheiden und braucht dazu gelegentlich auch Mut zur Selbstbestimmung.

Das zeigt, dass Erwachsenenschutz – sei es in der Abklärung oder in der Mandatsführung – letzten Endes möglichst viel Selbstbestimmung in Richtung von Supported Decision Making will. Es ist aber in der Konsequenz «fremdbestimmte Selbstbestimmung», da der Beistand bzw. die Behörde entscheidet. Insofern ist Erwachsenenschutz nicht «reines» Substitute Decision Making, sondern anforderungsreiches, personenzentriertes Handeln, das auf Selbstbestimmung ausgerichtet ist.

---

22 Deutschland kennt hier als «Zwischenschritt» noch den sog. natürlichen Willen, der v. a. im Rahmen von § 1896 Abs. 1a BGB relevant wird.

23 Vgl. ROSCH, Die Selbstbestimmung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutz, ZKE 2015, 220 ff. Vgl. für das deutsche Recht: § 1901 BGB.

24 Weitergehend im Kontext des natürlichen Willens: BOENTE (Fn. 19), Bst. F.

### **III. These 2: Die Begleitbeistandschaft im schweizerischen Recht als typisches Hybrid von Erwachsenenschutz und Supported Decision Making oder: Supported Decision Making muss nicht «reine» Selbstbestimmung bedeuten**

Der schweizerische Erwachsenenschutz kennt eine besondere Form der Beistandschaft, welche in Deutschland und Österreich zwar diskutiert, aber nicht ins Gesetz aufgenommen wurde. Es geht um die Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB. Sie setzt wie jede andere Beistandschaft auch einen Schwächezustand und eine Schutzbedürftigkeit voraus. Der Beistand erhält aber nicht wie bei der Vertretungsbeistandschaft Vertretungskompetenzen, sondern Begleitkompetenzen. Er kann nur begleiten, beraten, nie aber vertreten. Der Beistand ist aber – im Unterschied zur freiwilligen Beratung – verpflichtet, Begleitung und Beratung zu ermöglichen. Insofern geht es um verpflichtende, «aufsässige» Beratung und Begleitung. Er hat mittels Beratung und Begleitung das System zu befähigen. Mehr Möglichkeiten hat er nicht. Folge davon ist auch, dass die betroffene Person in Bezug auf den Aufgabenbereich vollumfänglich handlungsfähig sein muss. Diese Massnahme wirkt vor allem im Innenverhältnis und hat nur selten Aussenwirkung.<sup>25</sup>

Hinzu kommt, dass für die Errichtung der Massnahme die Zustimmung des (urteilsfähigen) Betroffenen zwingend vorausgesetzt ist. Ohne Zustimmung keine Begleitbeistandschaft.<sup>26</sup>

Betrachtet man die Begleitbeistandschaft, so ist diese stark geprägt von der Assistenz zur Inklusion. Sie ermöglicht Supported Decision Making im Sinne der Konvention. Die Begleitbeistandschaft ist aber gleichzeitig auch nicht gleichzusetzen mit einem Auftragsverhältnis nach Obligationenrecht. Im Unterschied zum Auftrag ordnet die Behörde hoheitlich eine Begleitbeistandschaft an; sie muss zwar bei einem Widerruf der Zustimmung auch die Begleitbeistandschaft aufheben, prüft aber in diesem Falle auch eine stärkere Massnahme. Damit steht die Begleitbeistandschaft weiterhin im Bereich des Erwachsenenschutzes mit umfassender Aufsicht und auch im Zwangskontext. Sie tangiert zwar die Handlungsfähigkeit nicht, aber die Handlungsfreiheit und ist damit auch ein Hybrid von Erwachsenenschutzmassnahmen und unterstützender Begleitung im Sinne von Art. 12 BRK.<sup>27</sup> Mit anderen Worten ist Auftrags- und Stellvertretungsrecht vorrangig bzw. subsidiär zur Begleitbeistandschaft.

Die Begleitbeistandschaft zeigt, dass es Unterstützungsformen gibt, die der Konvention entsprechen, die aber aufgrund ihres Kontextes nicht zwingend auch «reine»

---

25 Siehe ROSCH (Fn. 1), N 182 ff., 410 ff.

26 Siehe ROSCH (Fn. 1), N 298 ff.

27 Vgl. ROSCH (Fn. 1), N 650 ff. sowie bei N 438 ff. eine ausf. Darstellung zur Handlungsfreiheit mit Hinweisen zu anderen Auffassungen und zur Entstehungsgeschichte.

Selbstbestimmung bedeuten müssen. Der erwachsenenschutzrechtliche Kontext und insb. die Machtasymmetrie zwischen Staat und Betroffenen können die Handlungsfreiheit trotz Supported Decision Making als eingeschränkt erscheinen lassen. Bei der Handlungsfreiheit und dem Supported Decision Making handelt es sich damit um zwei Begrifflichkeiten, die nicht in jedem Fall deckungsgleich sind. Ob im Einzelfall Supported Decision Making auch «reine» Selbstbestimmung bedeutet, entscheidet vielmehr der jeweilige Kontext.

#### **IV. These 3: Supported und Substitute Decision Making sind zwei Pole desselben Spektrums**

Aufgrund des Gesagten müssen Supported Decision Making und Substitute Decision Making als zwei Pole oder Grössen gelesen werden, nach denen man Unterstützungsmöglichkeiten ausrichten oder zuordnen kann. Damit zeigt sich, dass bei genauer Betrachtung die Abgrenzung von Substitute Decision Making und Supported Decision Making letzten Endes fließend ist.<sup>28</sup> Als zentrales Unterscheidungskriterium im schweizerischen Recht muss die Urteilsfähigkeit bzw. die Urteilsunfähigkeit gelten.<sup>29</sup> Soweit eine Person urteilsfähig ist, bedarf sie in der Regel keiner (staatlichen) Unterstützung im Entscheidungsprozess bzw. kann eine solche angeordnete Unterstützung sogar *diskriminierend* sein. Es kann aber durchaus auch sein, dass (urteilsfähige) Menschen Unterstützung im Entscheidungsprozess benötigen, weil sie vulnerabel sind oder an einem Schwächezustand leiden. Dann sind sie mit persönlicher oder technischer Hilfe zu unterstützen. Ist hingegen jemand urteilsunfähig, so bedeutet stellvertretendes Handeln gerade die Ermöglichung von Selbstbestimmung im Geschäftsverkehr, weil die gesetzliche Vertretung im Grundsatz gemäss dem mutmasslichen Willen der urteilsunfähigen Person zu handeln hat. Insofern wäre es nach der hier vertretenen Auffassung gerade nicht im Sinne der Behindertenrechtskonvention, in solchen Fällen Vertretung als konventionswidrige Unterstützung zu verbieten. Nur durch die beiständliche Vertretung kann die Person als eigenverantwortliche Entscheidungsträgerin trotz Schwächezustand im Rechtsverkehr auftreten. Damit wird Selbstbestimmung verwirklicht.<sup>30</sup> Die Art und Weise, wie vertreten wird, hängt aber davon ab, ob die betroffene Person überhaupt einmal Lebensvorstellungen entwickeln konnte. Soweit jemand von Geburt an urteilsunfähig

28 MAYRHOFER, Begriffsbestimmungen und entscheidende Fragen an eine gute Praxis unterstützter Entscheidungsfindung. Anregungen für die Implementierung dieses Unterstützungsmodells, iFamZ 2014, 65; s. a. ROSCH (Fn. 1), N 662 ff.; BOENTE (Fn. 19), Bst. C, D.

29 Für das österreichische Recht wäre es die Entscheidungsfähigkeit nach § 24 ABGB.

30 LIPP, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000, 51, 59 f., 75 ff., 240; ROSCH (Fn. 1), N 1; LIPP (Fn. 6), 340 ff.; AICHELE/DEGENER (Fn. 4), 54 ff.; MEIER (Fn. 4), 346 f.; a. M. CRPD, General Comment, Ziff. 15.

hig war, ist dies nur begrenzt möglich. Folglich wird man sich an einem Best Interest Standard orientieren,<sup>31</sup> wobei auch hier die mutmasslichen (erkennbaren) Bedürfnisse und Vorlieben zu berücksichtigen sind («best interpretation of will and preferences»<sup>32</sup>). In anderen Fällen, wo jemand Lebensvorstellungen entwickelt hat, ist nach dem Substitute Judgement Standard vorzugehen.

Daraus ist zu schliessen, dass jedes Instrument im Bereich des Erwachsenenschutzes, sei es rechtlicher oder methodischer Natur, auf Aspekte zu untersuchen sind, die eher in Richtung Supported Decision Making bzw. Substitute Decision Making hinweisen, um eine genauere Einordnung fern von Schlagworten zu ermöglichen und damit auch das Potenzial für die Betroffenen besser eingeschätzt werden kann.

Urteilsfähigkeit		Urteilsunfähigkeit	
Kein Support notwendig	Supported Decision Making	Substitute Decision Making	
		Substitute Judgement Standard	Best Interest Standard
←		→	
Diverse Konzepte und Ansätze <ul style="list-style-type: none"> <li>– Begleitbeistandschaft</li> <li>– Vertretungsbeistandschaft</li> <li>– Mehrfachbeistandschaft</li> <li>– Supported Network/ Trusted Person</li> <li>– Personligt Ombudsman</li> <li>– Family Group Conference</li> <li>– Peer Group</li> <li>– Shared Decision Making</li> <li>– Co-Consent</li> <li>– Auftrag/Vollmacht</li> </ul>		Diverse Konzepte und Ansätze <ul style="list-style-type: none"> <li>– Vertretungsbeistandschaft</li> <li>– Vorsorgeauftrag/ Vorsorgevollmacht</li> <li>– Patientenverfügung</li> <li>– Gesetzliche Vertretung (z. B. Art. 382 ff. ZGB)</li> <li>– Auftrag/Vollmacht mit Weitergültigkeitsklausel über die Urteilsunfähigkeit hinaus</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vertretungsbeistandschaft</li> <li>– Gesetzliche Vertretung</li> </ul>

Schaubild aus ROSCH (Fn. 1), N 663

31 Das Konzept des Best Interest Standard definiert sich nicht selbst. Vielmehr finden sich hier teilweise implizit Widersprüche, z. B. Best Interest in Bezug auf die finanziellen Interessen, der dem Best Interest in Bezug auf die Lebensqualität widersprechen kann. Siehe hierzu ausf. FROLIK, Standards for Decision Making in: DAYTON (ed.): Comparative perspectives on Adult Guardianship, North Carolina 2014, 47 ff.

32 Damit kommt man de facto wohl zu dem, was der Ausschuss unter «best interpretation of will and preferences» versteht, vgl. hierzu General Comment, Ziff. 21.

## **V. These 4: Erwachsenenschutz hat ein Substitute-Decision-Making-Problem; Supported Decision Making ohne behördliche Massnahmen hat ein Safeguard-Problem**

Die Arbeit mit vulnerablen Menschen ist missbrauchsanfällig, weil das Machtungleichgewicht auch bei Beiständen ausgesprochen gross ist. Es bedarf deshalb unter anderem der Aufsicht solcher Arbeit. Aus Sicht der Behindertenrechtskonvention müsste im Kontext von Art. 12 Abs. 4 BRK der Erwachsenenschutz in Bezug auf die Safeguards in aller Regel Vorzeigefunktion haben. Erwachsenenschutz gewährleistet zumindest in der Schweiz eine umfassende behördliche Aufsicht über vulnerable Personen durchaus auch im unterstützenden Sinne. Natürlich könnte man an dieser Stelle diskutieren, ob diese Aufsicht angemessen ist. Interessanter scheint mir jedoch, diesen Aspekt im Zusammenhang mit Supported Decision Making zu betrachten.

Soweit nicht staatliche Konzepte und Ansätze angeboten werden, stellt sich immer die Frage, inwiefern sie ausreichend missbrauchsresistent sind. Dies gilt insbesondere bei Menschen mit Schwächezuständen und insbesondere bei solchen an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit. Missbrauch und Risiken sind aber auch ganz allgemein bei methodischen Konzepten und Ansätzen möglich, weil z. B. mangels Kontrolle der Wille der betroffenen Person überstrapaziert wird oder das Abhängigkeitsverhältnis keinen Widerstand zulässt. Folgender Zusammenhang ist zu beachten: Je stärker eine Person mit Schwächezustand auf die Hilfe Dritter angewiesen ist, weil sie für sich allein den Entscheid nicht mehr vollumfänglich zustande bringen kann und damit begleitende Unterstützung im Bereich der kognitiven Fähigkeiten benötigt, desto stärker ist sie potentiell auch Manipulationen ausgesetzt durch Personen, denen sie vertraut.<sup>33</sup>

Dies gilt für viele der international diskutierten Modelle vom God Man und vom Personligt Ombudsman in Schweden über den Ansatz Supported Network/Trusted Person aus Kanada bis hin zur diskutierten persönlichen Assistenz oder zu Peer-Group-Ansätzen.<sup>34</sup>

Denkt man noch weiter, so gelangt man zu den Grenzen der Urteils(un)fähigkeit, weil das Kommunikationsverhalten Dritter Auswirkungen auf die Urteils(un)fähigkeit hat: So ist es durchaus möglich, dass eine Person in einem Kommunikationssetting als urteilsfähig beurteilt wird, in einem anderen jedoch nicht, obwohl es in beiden Fällen um dieselbe Angelegenheit geht. Damit besteht eine Korrelation zwischen Urteilsfähigkeit und Kommunikationsverhalten, z. B. der Fähigkeit, komplexe Zusammen-

33 ROSCH (Fn. 1), N 732; DEVI/BICKENBACH/STUCKI, Moving towards substitute or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, *Alter-European Journal of Disability Research* 2011, 255, 263; LACHWITZ (Fn. 4), Art. 12, N 35.

34 Siehe zu den einzelnen Modellen ausf. ROSCH (Fn. 1), N 670 ff. mit jeweiligen Einschätzungen zur Bedeutung für das schweizerische Recht.

hänge einfach und verständlich auszudrücken. Die Kommunikation mit Personen, die einen Schwächezustand haben, ist anforderungsreicher, individueller und kontextabhängiger als bei Menschen ohne Schwächezustand. So scheinen im Zusammenhang mit demenziellen Erkrankungen verschiedene Anpassungsmöglichkeiten und Therapieformen die Kommunikation zu stützen. Akzeptiert man, dass das Kommunikationsverhalten für die Frage der Urteilsfähigkeit mitentscheidend sein kann, werden letzten Endes die Grenzen der Urteilsunfähigkeit fließend. So kann die Aufgabe einer unterstützenden Person auch darin bestehen, dass sie dank ihrer (geschulten) Kommunikation der betroffenen Person die Urteilsfähigkeit gewährleisten bzw. beibehalten kann. Damit steht die Frage im Raum, wann überhaupt jemand urteilsunfähig sein kann und welche Teilaspekte der Urteilsfähigkeit zwingend vorhanden sein müssen, um noch von Urteilsfähigkeit sprechen zu können. Einig ist man sich hier, dass eine Ko-Produktion zweier urteilsunfähiger Menschen, auch wenn diese sich durchaus ergänzen, noch nicht Urteilsfähigkeit ermöglicht, genauso wenig, wie Eltern die Urteilsunfähigkeit ihrer Kinder kompensieren können. Welche nicht delegierbaren Aspekte aber zu einem sog. Kern der Urteilsfähigkeit gehören können, wäre zu diskutieren. Hierfür braucht es Forschung und Theoriebildung, auch damit diese Konzepte besser zugunsten der betroffenen Personen genutzt werden können. Das würde den Rahmen dieser Ausführungen sprengen.<sup>35</sup>

Aus dem Gesagten ist abzuleiten, dass bei Supported Decision Making abseits von behördlichen Massnahmen vor allem die Safeguards im Zentrum stehen. Der Staat hat für diese – wie bei den behördlichen Massnahmen – zu sorgen und der Entscheidung, dass (staatliche) Safeguards notwendig sind, bedeutet gleichzeitig eine Differenzierung zu Menschen, die keine Safeguards benötigen. Das muss man sich für einen diskriminierungsfreien Umgang mit Safeguards bewusst sein. Damit stehen wir an einer ähnlichen Stelle der Diskussion, wie bei den behördlichen Massnahmen mit dem Unterschied, dass hier primär von Supported Decision Making ausgegangen wird.

Es zeigt sich aber auch, dass abseits der Grenze von behördlichen und «freiwilligen» Massnahmen eines im Zentrum steht: eigensinnigen und eigenwilligen Menschen mit Schwächezuständen soll möglichst viel Selbstbestimmung überantwortet werden, sie sollen die Möglichkeit haben, «Fehler» zu begehen und auch daraus zu lernen, auch wenn sie (teilweise) schutzbedürftig sind. Die zentrale Frage ist aber, wann, wie viel Schutz notwendig ist bei behördlichen Massnahmen oder mittels Sa-

---

35 ROSCH (Fn. 1), N 716 ff.; HABERSTROH/OSWALD, Unterstützung der Autonomie bei medizinischen Entscheidungen von Menschen mit Demenz durch bessere Person-Umwelt-Passung?, Informationsdienst Altersfragen 2014, 16 f. m. w. H. zu Forschungsergebnissen, die darauf hinweisen, dass die unterschiedliche Beurteilung der Urteilsfähigkeit durch Ärzte auch mit deren Kommunikationsfähigkeiten zusammenhängen können; ebenso: HABERSTROH/KNEBEL/MÜLLER, Menschen mit Demenz zu selbstbestimmten Entscheidungen über medizinische Massnahmen befähigen – das Projekt EmMa, BtPrax 2014, 195 f.; contra: BOENTE (Fn. 6), 133 ff; BOENTE, FamPra.ch 2018, 115 ff.



feguards. Wenn wir also über Supported Decision Making sprechen, sollten wir auch besonders über den Bedarf und den Umfang von Safeguards, m. a. W. über die Massschneidung der Safeguards, durch den Staat sprechen. Lieber heute als morgen.

---

**Zusammenfassung:** *Die UN-Behindertenrechtskonvention verpflichtet die Staaten zu vermehrter Unterstützung in der Entscheidungsfindung, zu sog. Supported Decision Making und Selbstbestimmung. Dies hat auch Auswirkungen auf den Erwachsenenschutz. Das revidierte schweizerische Recht beinhaltet Massnahmen, die Substitute Decision Making fokussieren, und andere, die eher im Kontext des Supported Decision Making stehen. Dabei zeigt sich, dass Substitute Decision Making und Supported Decision Making lediglich zwei Pole darstellen, die viel vielschichtiger miteinander verknüpft sind, als auf den ersten Blick ersichtlich ist. Im Beitrag werden anhand des schweizerischen Erwachsenenschutzrechts diese Bezüge aufgezeigt und – unter Bezugnahme von weiteren Konzepten des Supported Decision Making sowie der Forderung nach Selbstbestimmung – diskutiert. Es zeigt sich, dass eine genaue Auseinandersetzung im Einzelfall zu differenzierten Ergebnissen zwischen Substitute/Supported Decision Making und Selbstbestimmung führt. Daraus können auch Schlussfolgerungen zu den Safeguards, den staatlich erforderlichen Sicherungsmassnahmen zum Schutz vor Missbräuchen gegenüber vulnerablen Personen, gezogen werden.*

**Résumé:** *La convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées oblige les Etats à offrir davantage de soutien au niveau de la prise de décision, soit la supported decision making et l'autodétermination. Cette convention a donc aussi des répercussions sur la protection de l'adulte. Le droit suisse révisé comprend des mesures qui mettent l'accent sur le régime de la substitute decision making (prise de décision substitutive) et d'autres qui se situent plutôt dans un contexte de supported decision making (prise de décision assistée). Or il s'avère que les régimes de substitute decision making et de supported decision making sont deux pôles qui sont reliés entre eux à bien plus de niveaux qu'il n'y paraît à première vue. L'article s'appuie sur le droit suisse de la protection de l'adulte pour démontrer ces liens et les discute en se référant à d'autres concepts de supported decision making et à l'exigence d'autodétermination. Une discussion détaillée spécifique à chaque cas d'espèce conduit à des résultats différenciés en matière de substitute/ supported decision making et d'autodétermination. Cela permet également de tirer des conclusions sur les « safeguards », ces mesures de sauvegarde étatiques nécessaires afin de prévenir les abus à l'encontre des personnes vulnérables.*

---