

**Luca Maranta**

lic. iur., Advokat  
Anwalt im Kindes- und Erwachsenenschutz  
(LEXTERNA AG, Basel)  
Hochschuldozent und Projektleiter  
maranta@lexterna.ch

**Daniel Rosch**

Prof. (FH) Dr. iur./  
Dipl. Sozialarbeiter/  
Systemischer Familien-  
Therapeut (DGSF)  
Hochschuldozent und Projektleiter  
sozialrecht@danielrosch.ch

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement  
Frau Bundesrätin Elisabeth Baume-Schneider  
Bundeshaus West  
3003 Bern

per e-mail zugestellt an: [zz@bj-admin.ch](mailto:zz@bj-admin.ch)

Basel/Bern, 31. Mai 2023

**Änderung des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz) /  
Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf vom 22. Februar 2023**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne unterbreiten wir Ihnen fristgerecht unsere Vernehmlassungsantwort  
aufgrund Ihrer Einladung zur Vernehmlassung. Wir freuen uns über eine Prüfung  
und Berücksichtigung unserer Argumente.

**1. Übersicht und Zusammenfassung:**

Wir empfehlen **aus fachlicher Sicht eine Rückstellung des  
Revisionsvorhabens zugunsten einer grundlegenden systematischen  
Auseinandersetzung mit zentralen Problemen des Erwachsenenschutzes,**  
weil die Vorlage:

- in weiten Bereichen **nicht notwendig erscheint** (siehe Ziff. 1),
- die **aktuelle Forschung zu nahestehenden Personen sowie zur  
Behindertenrechtskonvention nicht berücksichtigt** wird (Ziff. 2 und  
3),
- die **Familiensolidarität bzw. Solidarität mit den Betroffenen zu  
Lasten deren Selbstbestimmung überbetont** wird (Ziff. 3),

- tagespolitisch geprägt ist und **nicht die anstehenden (Praxis-) Probleme im Erwachsenenschutz bearbeitet** (Ziff. 4).

Sollte der Bundesrat wider Erwarten weiterhin an der Revision festhalten, haben wir **Verbesserungsvorschläge** zu den einzelnen Artikeln unterbreitet (Ziff. 5).

## 1. Zur Notwendigkeit der Reform

Die Vorgeschichte der Revision im Hinblick auf das zentrale Anliegen der Stärkung des Einbezugs «nahestehenden Personen» in das Erwachsenenschutzverfahren ist wie folgt zusammen zu fassen: Aufgrund einer sozialwissenschaftlichen Untersuchung der Hochschule Luzern im Auftrag des Bundesamtes für Justiz<sup>1</sup> hat der Bundesrat die Schlussfolgerung gezogen, der Einbezug nahestehender Personen müsse verbessert werden, weil «nur» 90% der nahestehenden Personen und Verwandten in den Prozess einbezogen würden.<sup>2</sup> Folglich wurde Prof. Dr. ROLAND FANKHAUSER mit einem Gutachtensauftrag betraut um zu prüfen, 1. ob es hinsichtlich nahestehenden Personen normative und institutionelle Schwachstellen gäbe, 2. welche Massnahmen zur Verbesserungen führen würden und 3. welche Vor- und Nachteile diese hätten.

Das Gutachten FANKHAUSER kommt zum Schluss, dass *kein* Handlungsbedarf bestehe. Falls entgegen der gutachterlichen Empfehlung dennoch von einem Regelungsbedarf ausgegangen würde, dürfe der Einbezug nahestehender Personen nicht gegen die erkennbare Ablehnung bzw. den Willen der betroffenen Person erfolgen, nicht deren Interessen zuwiderlaufen und schliesslich nicht zu einer unangemessenen Verzögerung bzw. zu unverhältnismässigen Kosten führen.<sup>3</sup>

In der Folge hat die Verwaltung eine Expertengruppe zusammengestellt und beauftragt, einen Vorentwurf auszuarbeiten.<sup>4</sup> Bedauerlicherweise erfolgte dieser Vorentwurf **ohne Einbezug der betroffenen Personen**. Insbesondere nach der entsprechenden Rückmeldung des Ausschusses zur BRK vom 25. März 2022<sup>5</sup> erscheint es aber aus fachlicher Sicht geboten, eine derart zentrale Auseinandersetzung mit den betroffenen Personen zu führen («Nothing about us without us»). Wie die jüngsten Revisionen in Österreich (in Kraft seit 1.7.2018) und Deutschland (in Kraft seit 1.1.2023) gezeigt haben, ist ein Einbezug der Betroffenen in den Gesetzgebungsprozess möglich. Prozedural ist damit klar, dass keine Änderungen ohne die Betroffenen erfolgen darf. Da die Revision zeitlich nicht dringlich ist, ist dieser Einbezug aus unserer Sicht zwingend nachzuholen.

---

<sup>1</sup> Bericht der Hochschule Luzern Soziale Arbeit vom 11. November 2016.

<sup>2</sup> Bericht des Bundesrates «Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht» vom 29. März 2017, S. 5 f., S. 47 ff.; Kritik bei: MITROVIC/JUD/ROSCHE, ZKE 2017, S. 189 f.; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 773.

<sup>3</sup> Gutachten FANKHAUSER, Rz. 19.

<sup>4</sup> Erläuternder Bericht VE 2023, 16 f.

<sup>5</sup> Siehe Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13.4.2022, insb. Ziff. 9 f. (auf:

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCHE%2fCO%2f1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fCHE%2fCO%2f1&Lang=en) ).

Die obigen Ausführungen zeigen, **dass aus einer fachlichen Sicht keine Änderung im Hinblick auf nahestehende Personen angezeigt** ist. Eine Ausnahme gilt einzig in Bezug auf die Beschwerdelegitimation nahestehender vor dem Bundesgericht (vgl. unsere Anmerkung zu nArt. Art. 76 Abs. 1<sup>bis</sup> BGG). Selbst wenn ein genereller Revisionsbedarf im Hinblick auf nahestehende Personen bestünde, wäre eine solche Revision gar nicht zeitlichen anderen Reformvorhaben (wie die derzeit laufenden Abklärungen, ob das Recht der fürsorglichen Unterbringung revidiert werden muss<sup>6</sup>) voranzustellen.

## 2. Zur forschungsbasierten Grundlage der Revision

Wie festgehalten betrifft die Vorlage im Kern nahestehende Personen, ohne dass sich die Vorlage näher mit den möglichen Problematiken bei deren Einbezug beschäftigt: Nahestehende sind oft wesentliche Stützen für Menschen mit psychischen Erkrankungen oder geistiger Behinderung. Sie sind aber auch zuweilen diejenigen, welche die Autonomie der betroffenen Personen überschreiten. Dies zeigen **Forschungsergebnisse zu Gewalt im Alter und zu Missbrauch der Betroffenen durch Angehörige**<sup>7</sup> deutlich auf.

Zwar versucht die Revision, Personen, welche nicht die Interessen der Betroffenen wahren (können) als nahestehende Personen auszuschliessen.<sup>8</sup> Doch besteht in der erforschten Praxis der Behörden die Tendenz, nahe Bezugspersonen unkritisch als nahestehende Personen zu qualifizieren.<sup>9</sup> Im Unterschied zur Eignungsprüfung gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB<sup>10</sup> bestehen keine Schutzvorkehrungen, welche aktiv bzw. vertieft prüfen, inwieweit die nahestehende Person im Einzelfall tatsächlich im Interesse der betroffenen Person handelt.

**Je stärker die Rechtstellung nahestehender Personen ausgebaut wird, desto mehr besteht mithin die Gefahr, dass künftig Personen im Erwachsenenschutz mitwirken, welche die Autonomie der Betroffenen überschreiten.** Stossend erscheint deshalb auch, dass die betroffenen Personen nicht über ein Mitspracherecht verfügen, ob eine Person ihres Erachtens nahestehend ist (vgl. Ziff. 5, Anmerkungen zu nArt. 389a ZGB).

---

<sup>6</sup> <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-92242.html>

<sup>7</sup> Vgl. KRÜGER ET AL., Gewalt im Alter verhindern (auf:

[https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/forschung/forschungspublikationen/\\_jcr\\_content/par/externalcontent\\_130482312.bitextern.alcontent.exturl.pdf/aHR0cHM6Ly9mb3JzY2h1bmcuc296aWFsZS1zaWNoZXJoZWl0LW/Noc3MuY2gvd3AtY29udGVudC91cGxvYWRzLzIwMjAvMDkvMI8y/MERfZUJlcmJjaHRfbmV1LnBkZg==.pdf](https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/publikationen-und-service/forschung/forschungspublikationen/_jcr_content/par/externalcontent_130482312.bitextern.alcontent.exturl.pdf/aHR0cHM6Ly9mb3JzY2h1bmcuc296aWFsZS1zaWNoZXJoZWl0LW/Noc3MuY2gvd3AtY29udGVudC91cGxvYWRzLzIwMjAvMDkvMI8y/MERfZUJlcmJjaHRfbmV1LnBkZg==.pdf)); spezifisch im Hinblick auf den Erwachsenenschutz ROSCH, FamPra.ch 2019, 765 ff. (auf: [http://danielrosch.ch/wp-content/uploads/2020/01/FamPra\\_03\\_2019\\_Beitrag\\_Rosch\\_low.pdf](http://danielrosch.ch/wp-content/uploads/2020/01/FamPra_03_2019_Beitrag_Rosch_low.pdf)).

<sup>8</sup> Vgl. nArt. 389a, wonach die nahestehende Person geeignet erscheinen muss, die Interessen der betroffenen Person zu wahren.

<sup>9</sup> Siehe: MITROVIC/JUD/ROSCHE, ZKE 2017, 173 ff. De lege lata besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Vermutung, dass nahe Verwandte sowie Personen, die im gleichen Haushalt mit der betroffenen Person leben, als nahestehende Personen zu qualifizieren sind (vgl. BGer vom 7.12.2015, 5A\_112/2015, E. 2.5.1.2). De lege ferenda soll eine solche Vermutung normiert werden, vgl. nArt. 389a Abs. 2 ZGB.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu entsprechende Vorschläge bei ROSCH, FamPra.ch 2019, 807 ff. und mögliche Schutzvorkehrungen (813 ff.).

### **3. Zur Überbetonung der Familiensolidarität bzw. Solidarität mit den Betroffenen zu Lasten deren Selbstbestimmung**

Die Totalrevision des Erwachsenenschutzes im Jahr 2013 hatte die Selbstbestimmung der betroffenen Personen im Fokus. Die vorliegende Revision besinnt sich durch die Stärkung der nahestehenden Personen auf tendenziell paternalistische Überlegungen der Familiensolidarität bzw. Solidarität mit den Betroffenen zurück, ohne wirksame Sicherungsmassnahmen (vgl. Art. 12 Abs. 4 BRK) gegen Missbräuche vorzusehen.

Damit berücksichtigt die Revision – bewusst<sup>11</sup> – die Diskussion um die BRK nicht, wonach **der Wille und die Präferenzen der Betroffenen bzw. deren bestmögliche Interpretation im Erwachsenenschutz handlungsleitend** sein sollten.<sup>12</sup> Damit will der Erwachsenenschutz (auch) gemäss der Konvention gerade nicht die Wünsche von nahestehenden Personen befriedigen.

### **4. Die zentralen anstehenden Probleme im Erwachsenenschutz**

Die Revisionsvorlage arbeitet vorab die aktuellen offenen politischen Vorstösse ab. Schon die voranstehenden Überlegungen zeigen jedoch, dass diese nicht ohne eine grundlegende systematische Auseinandersetzung mit zentralen Problemen des Erwachsenenschutzes gelöst werden können. Zudem bewirkten tagespolitisch movierte Vorlagen in der Vergangenheit, dass in hoher Kadenz das Gesetz erneut angepasst werden musste, teilweise noch bevor die anzupassende Gesetzesbestimmung überhaupt in Kraft getreten ist. Die hohe Gesetzgebungskadenz zeigt sich insbesondere an drei Stellen in der Vorlage:

- Gestützt auf eine Revision von Art. 451 Abs. 2 ZGB, welche per 1. Januar 2024 in Kraft treten wird, sollte der Bundesrat eine Verordnung über die Auskunft zu Massnahmen des Erwachsenenschutzes erlassen. Nachdem eine solche Verordnung im Vernehmlassungsverfahren auf deutliche Kritik gestossen ist,<sup>13</sup> möchte der Bundesrat nun auf den Erlass einer Verordnung verzichten und die erst per 1. Januar 2024 vorgesehene Revision von Art. 451 Abs. 2 ZGB mit der vorliegenden Vorlage bereits wieder abändern.<sup>14</sup>
- Meldepflicht und Mitwirkungspflicht (Art. 443 sowie Art. 448 ZGB) wurden erst per 1. Januar 2019 im Zusammenhang mit der Änderungen betreffend die Meldepflichten und die Mitwirkungspflicht im Kinderschutz<sup>15</sup> revidiert. Mit der vorliegenden Revision sollen diese Bestimmungen erneut verändert werden.
- Am 1. Januar 2024 wird eine Änderung von Art. 449c ZGB in Kraft treten, welche den Kreis von Behörden, an welchen die KESB ihre Entscheide zustellen muss, erweitern wird. Noch vor ihrem Inkrafttreten soll die Bestimmung nun mit dem Vorentwurf wieder abgeändert werden.

---

<sup>11</sup> Vgl. Erläuternder Bericht VE 2023, 54.

<sup>12</sup> Vgl. anstelle Vieler: SHK BRK-ROSCHE, Art. 12 N 1 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Bericht Vernehmlassung VE 2019.

<sup>14</sup> Erläuternder Bericht, 22.

<sup>15</sup> Die Revision basierte auf der Motion Aubert vom 9. Dezember 2008 (08.3790: Schutz des Kindes vor Misshandlung und sexuellem Missbrauch). Folge waren hauptsächlich die Änderungen im Kinderschutzrecht in Art. 314c ff. ZGB (vgl. Botschaft, BBl 2015, S. 3431 ff.; AS 2018, S. 2947 ff.), vgl. MARANTA, ZKE 2018, 231 ff.

Diese Beispiele zeigen, dass eine **punktueller Änderung ohne Berücksichtigung des Gesamtkontextes und der anstehenden grundsätzlicher Fragen zu Revisionen in hoher Kadenz führt**. Wie die wiederholten Revisionen der Meldepflicht sowie der Mitwirkungspflicht aufzeigen, können sie auch die Entwicklung einer beständigen Rechtspraxis erschweren. Sie sind daher rechtstaatlich nicht unproblematisch.

Anstelle von tagespolitisch motivierten Revisionen bedarf es unseres Erachtens einer **grundlegende Auseinandersetzung mit den in der Praxis des Erwachsenenschutzes drängenden Themen**. Bedauerlicherweise bearbeitet die Revision diese Themen gar nicht, ja sie klammert diese Themen zu Unrecht bewusst aus.<sup>16</sup> Bei den problematischen Aspekten handelt es sich um:

- Eine **einheitliche Verfahrensordnung für den Kindes- und Erwachsenenschutz**. Der Bedarf ist seitens der Praxis und auch der Lehre<sup>17</sup> ausgewiesen. Die komplizierte Regelung in Art. 450f ZGB führt zu einer hohen Rechtsunsicherheit. Auch wenn im Rahmen der hier vorliegenden Vorlage der Bundesrat offenbar implizit zum Schluss kommt, dass eine solche Vereinheitlichung nach wie vor nicht notwendig ist,<sup>18</sup> ist doch anzumerken, dass viele der vorgeschlagenen Änderungen verfahrensrechtlicher Natur sind.
- Die **Umsetzung der Behindertenrechtskonvention im Erwachsenenschutzrecht**. Die Stellungnahme des Ausschusses zur BRK zum schweizerischen Erwachsenenschutzrecht,<sup>19</sup> die rechtswissenschaftliche Diskussion,<sup>20</sup> aber auch die entsprechenden Revisionen in den Nachbarländern (insb. Deutschland, Österreich) zeigen, dass Änderungen im Erwachsenenschutz aus der Perspektive der BRK zu diskutieren sind. Neben den weiter oben erwähnten prozeduralen Aspekten, sind auch inhaltliche Justierungen des Rechts notwendig (vgl. z.B. Ziff. 5, nArt. 406 ZGB; Abschaffung der umfassenden Beistandschaft). Im Rahmen einer solchen Gesamtschau sind auch die Frage der Bedeutung von nahestehenden Personen zu diskutieren.
- Die **fürsorgerische Unterbringung (FU)**. Der Bundesrat hat die Notwendigkeit erkannt und eine Evaluation der aktuellen Bestimmungen der FU in Auftrag gegeben. Die entsprechende Studie hat diverse Änderungsvorschläge eingebracht. Im Rahmen des vorliegenden Entwurfes finden sich trotz umfangreicher Verbesserungsvorschläge der Evaluation und auch dem Bedarf seitens der Lehre<sup>21</sup> lediglich die Klärung hinsichtlich der periodischen Überprüfung gemäss Art. 431 ZGB und der örtlichen Zuständigkeit bei einer Beschwerde gegen ärztliche fürsorgerische Unterbringungen. Auch diese beiden Änderungen sind nicht dringlich, da sie vorab durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtes abgestützt sind.

---

<sup>16</sup> Erläuternder Bericht, 53 f.

<sup>17</sup> Vgl. z.B. KOFMEL EHRENZELLER, Das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren – ein Plädoyer für eine gesamtschweizerische Vereinheitlichung mit Leitlinien für die inhaltliche Ausgestaltung, FamPra.ch 2023, 409 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Erläuternder Bericht, 10 f.

<sup>19</sup> Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13.4.2022, insb. Ziff. 9 f. (auf: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fCO%2fCO%2f1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fCO%2fCO%2f1&Lang=en)).

<sup>20</sup> Vgl. anstelle vieler NAGUIB ET AL., UNO-Behindertenrechtskonvention, Stämpfli Verlag 2023.

<sup>21</sup> Vgl. GEISER/ROSCH, FamPra.ch 2017, 391 ff. m.w.H.

Es zeigen sich grundsätzliche dogmatische und praktische Schwierigkeiten der Bestimmungen der FU, die entsprechend integral angegangen werden müssen.

**Aufgrund der voranstehenden Überlegungen empfehlen wir dem Bundesrat eine grundlegende Revision des Erwachsenenschutzes in Auftrag zu geben, die kohärente Ergebnisse unter Berücksichtigung von praxisbezogenen und dogmatischen Anliegen erarbeitet. Wie bereits festgehalten sollte eine derart zentrale Auseinandersetzung, gemäss dem Motto «Nothing about us without us», zusammen mit den betroffenen Personen geführt werden.**

## **5. Eventualiter: Verbesserungsvorschläge (ausgewählte Artikel)**

Wie bereits dargelegt, finden sich in der Folge – sollte der Bundesrat keine grundlegende Revision des Erwachsenenschutzes in Auftrag geben wollen bzw. die Revision nicht zurückstellen – noch einige Hinweise zu den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen. Es handelt sich dabei um zentrale Verbesserungsaspekte, ohne dass die nachfolgenden Ausführungen einen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Unsere Vorschläge sind selbstredend mit den betroffenen Menschen im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zu diskutieren bzw. auszuhandeln.

Vorschläge betreffend die Neuformulierung von Gesetzesartikeln sind kursiv verfasst.

### **5.1. nArt. 374 ZGB**

Dieser **Artikel kann unseres Erachtens in der vorgeschlagenen Form revidiert werden**. Dennoch drängen sich zwei Anmerkungen auf.

Die Einräumung eines gesetzlichen Vertretungsrechts an die faktische Lebenspartner:in ist zu begrüssen. Entgegen dem erläuternden Bericht<sup>22</sup> sollten jedoch zumindest die Materialien darlegen, was die Gesetzgeberin in nArt. 374 ZGB (sowie in nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) unter einer **faktischen Partnerschaft** versteht: Zunächst ist nicht einsichtig, weshalb eine Definition der nahestehenden Person erfolgen soll (nArt. 389a ZGB), eine Konkretisierung der faktischen Lebenspartnerschaft aber unterbleiben soll. Zudem kommt der faktischen Lebenspartner:in weitreichende Befugnisse zu (vgl. neben nArt. 389a ZGB nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 3). Unseres Erachtens sollte die faktische Lebenspartnerschaft mit Blick auf die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung definiert werden: Gemäss dem Bundesgericht ist der Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft mit demjenigen des gefestigten oder qualifizierten Konkubinats gleichzusetzen. Als solches gilt eine auf längere Zeit, wenn nicht auf Dauer angelegte umfassende Lebensgemeinschaft von zwei Personen mit grundsätzlich Ausschliesslichkeitscharakter, die sowohl eine geistig-seelische, als auch eine körperliche und wirtschaftliche Komponente aufweist (BGE 145 I 108, 114).

---

<sup>22</sup> Erläuternder Bericht, 57.

Der Verzicht auf eine weitere **Abgrenzung zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Vermögensverwaltung** (vgl. nArt. 374 Abs. 2 Satz 2 ZGB) ermöglicht mehr Rechtsicherheit und ist deshalb zu begrüssen. Wenn dieser Verzicht damit begründet wird, die Abgrenzung zwischen diesen Verwaltungsformen sei schwierig<sup>23</sup> (vgl. erläuternder Bericht, S. 57), stellt sich allerdings die Frage, ob nicht auch im Rahmen der zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte von Beistandspersonen auf diese Abgrenzung verzichtet werden sollte (vgl. Art. 416 Abs. 1 Ziff. 5 ZGB).

## 5.2 nArt.387 ZGB

Die Einräumung des medizinischen **Vertretungsrechts an faktische Lebenspartnerinnen** und Lebenspartner (nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) ist zu begrüssen. Allerdings setzt die faktische Lebensgemeinschaft per definitionem voraus, dass die Partner einen gemeinsamen Haushalt führen oder sich regelmässig und persönlich Beistand gewähren. Der vorgesehene Text von nArt. 378 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB verlangt seinem Wortlaut nach eine doppelte Realbeziehung.

### Vorgeschlagene Formulierung von nArt. 387 Abs. 1 ZGB

*3. die Ehegattin oder der Ehegatte, die eingetragene Partnerin oder der eingetragene Partner, die oder der einen gemeinsamen Haushalt mit der urteilsunfähigen Person führt oder ihr regelmässig und persönlich Beistand leistet sowie die faktische Lebenspartnerin oder der faktische Lebenspartner.*

## 5.3 nArt. 389a ZGB

Das ZGB zeichnet sich dadurch aus, dass es kaum Legaldefinitionen enthält. Insofern ist der Vorschlag eine Besonderheit und im Kontext zu sehen, dass sie eine Korrektur zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung darstellt. Doch ist die angedachte Definition der nahestehenden Personen sehr paternalistisch ausgestaltet: Augenfällig ist, dass die Haltung der betroffenen Person zur Drittperson – entgegen der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (gemäss Bundesgericht muss die betroffene Person die Beziehung zur nahestehende Person bejahen, vgl. BGer v. 7.12.2015, 5A\_112/2015, E.2.5.1.2) – keine Rolle spielt. Dies erscheint uns nicht einleuchtend: Da die nahestehende Person eine «dienende Funktion» gegenüber der betroffenen Person hat, sollte das **Bestehen eines Vertrauensverhältnisses Grundvoraussetzung** sein (siehe entsprechender Vorschlag unten).

Die in nAbs. 2 vorgesehenen **Vermutungen sollten nicht normiert werden**, zumal sie bereits unbestrittener bundesgerichtlicher Rechtsprechung entsprechen.

Die Bestimmung sollte zudem **in das Verfahrensrecht verschoben** werden (nArt. 446b ZGB). Dies rechtfertigt sich, weil die nahestehende Person sowohl im materiellen Recht als auch im Verfahrensrecht vor

<sup>23</sup> Erläuternder Bericht VE 2023, 57.

Bedeutung ist. Eine Verschiebung in das Verfahrensrecht hätte zudem den Vorteil, dass sich die Legaldefinition der nahestehenden Personen an die Legaldefinition der Verfahrensbeteiligten – zu welchen die nahestehenden Personen gehören (vgl. nArt. 446a Ziff. 2 ZGB) – anschliessen liesse. Damit würde das Gesetz laienfreundlicher.

<b>Vorschlag Formulierung nArt. 389a ZGB/nArt. 446b ZGB</b>
---

<i>Als nahestehende Person gilt eine Person, welche aus Sicht der betroffenen Person ihr eng vertraut erscheint und in der Lage ist, deren Willen und Präferenzen wahrzunehmen und umzusetzen.</i>
--

#### **5.4 nArt. 390 Abs. 2 ZGB**

Der **Absatz ist zu streichen** (bzw. eine lediglich terminologische Anpassung ist abzulehnen): Die Berücksichtigung von Belastungen Dritter bei der Errichtung einer Beistandschaft ist nicht mit der BRK vereinbar.

#### **5.5 nArt. 400 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB**

Der **Absatz ist zu streichen**: Die vorgesehene Prüfung, ob private Beistandspersonen ein Mandat übernehmen können, wird in der Praxis – bereits aufgrund der hohen Anzahl Mandate, welche Berufsbeistandspersonen übernehmen müssen – vorgenommen. Ein genereller Vorrang von privaten Beistandspersonen gegenüber Berufsbeistandspersonen rechtfertigt sich allerdings nicht (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 2). Der Absatz verschiebt zudem zu Unrecht den Fokus vom Unterstützungsbedarf der betroffenen Person – und der damit zusammenhängenden Eignung der Beistandsperson – zu Vorrechten privater Mandatsträger:innen.

#### **5.6 nArt. 406 ZGB**

Die heutige Formulierung von Art. 406 ZGB entspricht nicht den Anforderungen der BRK: Die Konvention erachtet den Willen und die Präferenzen der Betroffenen bzw. die bestmögliche Interpretation der Willen und Präferenzen als handlungsleitend (vgl. Art. 12 BRK). Mithin geht sie von einem subjektiven Ausgangspunkt aus. Die derzeitige Bestimmung, wonach die Beistandsperson «soweit tunlich» auf die Meinung der verbeiständeten Person Rücksicht nehmen muss (Art. 406 Abs. 1 ZGB), geht demgegenüber zu Unrecht von einem objektiven Massstab aus.

Um eine stärkere Betonung der Selbstbestimmung sicherzustellen, sollte die Bestimmung nicht nur eine terminologische Anpassung erfahren, sondern in Anlehnung an das deutsche Recht (§ 1821 BGB) wie folgt **totalrevidiert** werden.



**Vorschlag Formulierung nArt. 406 ZGB**

(1) *Die Beiständin oder der Beistand hat die Angelegenheiten der verbeiständeten Person so zu besorgen, dass diese im Rahmen ihrer Möglichkeiten ihr Leben nach ihrem Willen und ihren Präferenzen gestalten kann.*

(2) *Ist die verbeiständete Person urteilsunfähig, hat die Beiständin oder der Beistand den Willen und die Präferenzen der betroffenen Person bestmöglich zu interpretieren.*

(3) *Der Wille und die Präferenzen oder die bestmögliche Interpretation des Willens und der Präferenzen sind für den Beistand massgebend. Ausnahmsweise hat die Beiständin oder der Beistand den Willen und die Präferenzen der verbeiständeten Person oder der bestmöglichen Interpretation des Willens und der Präferenzen nicht zu entsprechen, soweit*

1. *die Umsetzung des Willens oder der Präferenzen rechtswidrig wäre; oder*

2. *aus Sicht der betroffenen Person Schutzpflichten des Staates bestehen, welche deren Willen und Präferenzen eindeutig überwiegen.*

**5.7 nArt. 426 Abs. 2 ZGB**

Der **Absatz ist zu streichen** (bzw. eine lediglich terminologische Anpassung ist abzulehnen): Die Belastung und der Schutz von nahestehenden Personen bei der Errichtung einer fürsorgerischen Unterbringung ist nicht mit der BRK kongruent. Eine fürsorgerische Unterbringung ist nur zulässig, wenn eine Person aufgrund eines Schutzbedarfes nicht selbstbestimmt für ihre Behandlung oder Betreuung sorgen kann.

**5.8 nArt. 441a ZGB**

Wünschenswert wäre, dass der **Bund die Erstellung einer Statistik über die Anzahl der Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes übernimmt.**

Sollte von einer Zuständigkeit des Bundes abgesehen werden, müsste der Bund zumindest Grundsätze und Modalitäten für die Kantone in Bezug die statistische Erhebung festlegen. Derzeit erfolgt die statistische Erhebung je nach Kanton teilweise nach unterschiedlichen Grundsätzen. nArt. 441a Abs. 2 ZGB wäre insofern abzuändern, als der Bund nicht «nur» Grundsätze und Modalitäten festlegen kann, sondern diese Grundsätze und Modalitäten festlegen muss.

**Vorschlag Formulierung nArt. 441a ZGB**

*Der Bund erstellt periodisch Statistiken in Bezug auf die Anzahl der Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes. Die Kantone*

*sorgen für die Bereitstellung der statistischen Grundlagen und Kennzahlen zu den Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes.*

### **5.9 nArt. 443a**

Eine Ausdehnung der Meldepflicht auf alle Fachpersonen aus den Bereichen der Personen- oder Vermögenssorge, die beruflich regelmässig Kontakt zu hilfsbedürftigen Personen haben, erscheint zu weitgehend, zumal dieser Personenkreis bereits heute für einen hohen Anteil der Meldungen verantwortlich ist. Näherliegend erscheint vielmehr eine **Beschränkung des mitteilungspflichtigen Personenkreises analog der Regelung im Kinderschutz** (Art. 314d ZGB).

**Abs. 2 ist zu streichen**, da die Grenzen des Rechts, eine Meldung «nur» an die vorgesetzte Person zu erstatten, in der Praxis zu Unsicherheiten führen.

**Abs. 3 ist – wie auch Art. 314d Abs. 3 ZGB - aufzuheben:** Die Möglichkeit der Kantone, Meldepflichten einzuführen, führt zu einem unübersichtlichen Regulierungsrahmen.

#### **Vorschlag Formulierung nArt. 443a ZGB**

*Folgende Personen, soweit sie nicht dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind zur Meldung verpflichtet, wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass eine Person hilfsbedürftig ist, und sie der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können:*

- 1. Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Bildung, Finanz- und Sozialberatung und Religion, die beruflich regelmässig Kontakt zu hilfsbedürftigen Personen haben;*
- 2. wer in amtlicher Tätigkeit von einem solchen Fall erfährt.*

### **5.10 nArt. 446 Abs. 2<sup>bis</sup> ZGB**

Dieser **Absatz ist zu streichen**. Beim Beizug der nahestehenden Personen handelt es sich um eine Selbstverständlichkeit. Zudem leuchtet es nicht ein, weshalb mit Abs. 2<sup>bis</sup> eine Sondernorm zum Einbezug nahestehender in das Abklärungsverfahren, während über den Einbezug der betroffenen Personen während der Abklärungsphase keine Sondernorm besteht.

### **5.11 nArt. 446a ZGB**

Eine **Legaldefinition der Verfahrensbeteiligten ist zu begrüssen**. Allerdings müssen – analog von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB – auch **Dritte, die ein durch den Erwachsenenschutz geschütztes Interesse am Ausgang eines Verfahrens haben**, Verfahrensrechte ausüben können.

Zu denken ist z.B. an die Beistandsperson bei einer Beschwerde gegen die Mandatsführung.<sup>24</sup>

Die **derzeit vorgesehene Ziff. 3 ist zu streichen**: Weshalb z.B. Verwandte, die nicht als nahestehende Personen im Sinne von nArt. 389a ZGB gelten, weil sie vor der Einleitung des Verfahrens keinen Kontakt mit der betroffenen Person mehr hatten, allenfalls Verfahrensrechte ausüben können sollten,<sup>25</sup> erschliesst sich uns nicht.

#### **Vorschlag Formulierung nArt. 443a ZGB**

*Am Verfahren beteiligte Personen sind:*

- 1. die betroffene Person;*
- 2. nahestehende Personen auf Antrag oder wenn die Erwachsenenschutzbehörde dies als im Interesse der betroffenen Person erforderlich erachtet;*
- 3. die Beiständin oder der Beistand sowie weitere Personen, sofern sie durch den Erwachsenenschutz geschütztes Interesse am Ausgang des Verfahrens haben.*

#### **5.12 nArt. 448 ZGB**

Die Mitwirkung Dritter ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis sollte aufgrund der Bedeutung der Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz die Ausnahme sein. Der vorgesehene **Abs. 1<sup>bis</sup> muss deshalb restriktiver ausgestaltet werden**. Die Bestimmung sollte insofern angepasst werden, als eine Mitwirkung ohne Entbindung vom Berufsgeheimnis voraussetzt, dass die Mitwirkung dem Willen und der Präferenzen der betroffenen Person entsprechen würde.

Ein **absolutes Mitwirkungsverweigerungsrecht** gemäss Abs. 2 sollte neben den Anwält:innen auch denjenigen **Verfahrensbeiständ:innen zukommen, welche nicht Anwält:innen sind**.

#### **Vorschlag Formulierung nArt. 448 ZGB**

*(1<sup>bis</sup>) Betrifft das Verfahren eine volljährige urteilsunfähige Person, so sind Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, zur Mitwirkung berechtigt, ohne sich vorgängig vom Berufsgeheimnis entbinden zu lassen, sofern eine Mitwirkung dem Willen und den Präferenzen der betroffenen Person entsprechen würde. Diese Bestimmung gilt nicht für die nach dem Strafgesetzbuch an das Berufsgeheimnis gebundenen Hilfspersonen.*

*(2) Personen, die dem Berufsgeheimnis nach dem Strafgesetzbuch unterstehen, sind zur Mitwirkung verpflichtet, wenn die geheimnisberechtigte Person sie dazu ermächtigt hat oder die*

<sup>24</sup> Vgl. hierzu MARANTA/ROSCH, jusletter 25. November 2019, Ziff. 4.3; auf: [https://danielrosch.ch/wp-content/uploads/2020/03/Jusletter\\_eine-beschwerde-ist-1272ce5e67\\_de.pdf](https://danielrosch.ch/wp-content/uploads/2020/03/Jusletter_eine-beschwerde-ist-1272ce5e67_de.pdf)

<sup>25</sup> So im Ergebnis erläuternder Bericht VE 2023, 68.

*vorgesetzte Behörde oder die Aufsichtsbehörde sie auf Gesuch der Erwachsenenschutzbehörde vom Berufsgeheimnis entbunden hat. Nicht mitwirkungspflichtig sind Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Verfahrensbeiständinnen und Verfahrensbeistände.*

### **5.13 nArt. 449c ZGB**

Die **Mitteilungspflicht an die Wohnsitzgemeinde ist ganz zu streichen**: Nach wie vor ist nicht ersichtlich, weshalb die Wohnsitzgemeinde Informationen zur Beistandschaft benötigt.

### **5.14 Art. 451 Abs. 1<sup>bis</sup> ZGB**

Dieser **Absatz ist zu streichen**. Es besteht kein Bedarf, Informationen der KESB an nahestehende Personen gesondert zu regeln.

### **5.15 Art. 76 Abs. 1<sup>bis</sup> BGG**

Diese **Änderung ist ausdrücklich zu begrüßen**.

## **6. Weitere vorgeschlagene punktuelle Änderungen:**

### **6.1 Art. 373 ZGB/ Verordnung über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung**

Die Betroffenen können den Standort ihrer Patientenverfügung in der Versichertenkarte eintragen lassen (Art. 371 Abs. 2 ZGB). Nach geltendem Recht ist es der KESB verwehrt, in die Versichertenkarte Einblick zu nehmen (vgl. Anhang zur Verordnung über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung). Dies kann für die KESB beim Eingreifen nach Art. 373 ZGB problematisch sein. Zum Beispiel, wenn ein Teil der Angehörige geltend machen, es bestünde noch eine weitere, jüngere Patientenverfügung (welche grundsätzlich vorrangig ist), ein anderer Teil demgegenüber das Vorliegen einer solchen Verfügung verneint.

**Der Anhang zur Verordnung über die Versichertenkarte für die obligatorische Krankenpflegeversicherung sollte deshalb insofern geändert werden, als die KESB in Verfahren nach Art. 373 ZGB prüfen kann, ob die betroffene Person der Standort einer Patientenverfügung in der Versichertenkarte eingetragen hat.**

### **6.2 Art. 449a ZGB**

Gemäss der Rechtsprechung des EGMR müssen Personen, welche aufgrund ihres gesundheitlichen Zustandes in einer psychiatrischen Einrichtung eingewiesen worden sind, in Verfahren betreffend die Fortdauer, Suspension oder Aufhebung ihrer Unterbringung eine

Vertretung erhalten. Dies ohne sich selbständig um eine Vertretung bemühen zu müssen. Spezielle Umstände bleiben vorbehalten.<sup>26</sup>

Diese Rechtsprechung des EGMR ist in Art. 449a ZGB überzuführen, auch weil das Institut der Verfahrensbeistandschaft für die Wahrnehmung der Selbstbestimmung der betroffenen von zentraler Bedeutung ist.<sup>27</sup>

**Vorschlag Formulierung nArt. 449a ZGB**

*(2) Die Erwachsenenschutzbehörde ordnet bei Verfahren betreffend die fürsorgliche Unterbringung in der Regel eine Verfahrensbeistandschaft an.*

**6.3 Art. 398 ZGB**

**Art. 398 ZGB** ist zu streichen. Die Anordnung einer umfassenden Personen- und Vermögenssorge sowie der umfassende Entzug der Handlungsfähigkeit wäre auch nach einer Streichung von Art. 398 ZGB gewährleistet: Dies im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB.

Für das Institut der umfassenden Beistandschaft besteht mithin aus Sicht des Erwachsenenschutzes kein Bedarf.<sup>28</sup> Zudem ist zu berücksichtigen, dass die umfassende Beistandschaft der betroffenen Person schematisch diverse Rechte aberkennt, ohne dass geprüft werden kann, ob die Aberkennung jeweils verhältnismässig ist: So kann eine umfassend verbeiständete Person die elterliche Sorge per se nicht ausüben (Art. 296 Abs. 3 ZGB), auch wenn die Person dadurch das Kindeswohl nicht gefährden würden.<sup>29</sup>

Aus diesen Gründen betrachtet die Lehre denn auch die Konformität von Art. 398 ZGB zur BRK kritisch.<sup>30</sup>

Bei Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Luca Maranta



Daniel Rosch

<sup>26</sup> EGMR, 19.2.2015, No. 75450/12, M.S./Kroatien, Rz 153; so schon in Bezug auf den Strafvollzug psychisch erkrankter Personen EGMR, 12.5.1992, No. 63/1991/315/386, Megyeri/Deutschland, Rz 23.

<sup>27</sup> MARANTA, Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzverfahren, FamPra.ch 2019, 374 ff.

<sup>28</sup> So auch die wohl h.L.; vgl. die Nachweise bei BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 398 N 7.

<sup>29</sup> Vgl. die Übersicht bei KUKO ZGB-ROSCH, Art. 398 N 5.

<sup>30</sup> Vgl. WIDER, Stellungnahme der Generalsekretärin KOKES: Die Beistandschaft als Unterstützung zu mehr Selbstbestimmung, in: Rosch/Maranta (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0, 171 ff., 193 f.; für weitere Hinweise siehe: ROSCH, humanrights.ch vom 7.9.2022 auf:

<https://www.humanrights.ch/de/news/umfassende-beistandschaft-gehört-abgeschafft?search=1>