

Christoph Häfeli

## **Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Eine Zwischenbilanz und Perspektiven**

---

Am 1. Januar 2013 ist das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nach fast 20-jähriger Vorbereitung in Kraft getreten. Das neue Recht soll die Menschenwürde von Menschen mit vorübergehenden oder dauernden Schwächezuständen und daraus resultierender Schutzbedürftigkeit gewährleisten und das Selbstbestimmungsrecht soweit als möglich erhalten und fördern. Neue Rechtsinstitute: Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung, ein massgeschneidertes System von behördlichen Massnahmen und die Professionalisierung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind die zentralen Leitideen. Ein Jahr nach Inkrafttreten sind Erfolgs- und Risikofaktoren sichtbar.

---

Rechtsgebiet(e): Kindes- und Erwachsenenschutzrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Christoph Häfeli, Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Eine Zwischenbilanz und Perspektiven, in: Jusletter 9. Dezember 2013

## Inhaltsübersicht

- I. Entstehungsgeschichte der Revision
    1. Vorarbeiten der Expertengruppe
    2. Vorentwurf 2003 der Expertenkommission und Vernehmlassung
    3. Botschaft 2006 und parlamentarische Beratung
  - II. Die zentralen Leitideen des neuen Rechts
    1. Die Gewährleistung der Menschenwürde durch grösstmögliche Selbstbestimmung
    2. Subsidiarität behördlicher Massnahmen
    3. Verhältnismässigkeit behördlicher Interventionen
  - III. Konkretisierung der Leitideen im neuen Erwachsenenschutzrecht
    1. Neue Rechtsinstitute: Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung
    2. Massgeschneiderte Massnahmen im Einzelfall
    3. Differenzierung der Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung
    4. Aufenthalt von urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen
    5. Verfahrensbestimmungen im ZGB
  - IV. Änderungen im Kinderschutz
    1. Terminologische und gesetzessystematische Anpassungen
    2. Materiell-rechtliche Änderungen
    3. Verfahrensbestimmungen
  - V. Umsetzung des neuen Rechts in den Kantonen
    1. Geringe Steuerung durch den Bundesgesetzgeber und die Rolle der KOKES
    2. Ablösung der kommunalen Miliz- und Laienbehörden durch interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden
    3. Erhöhte Anforderungen an die Berufsbeistandschaften
  - VI. Erfolgs- und Risikofaktoren
    1. Mehr Selbstbestimmung als Prüfstein
    2. Professionalität durch Interdisziplinarität
    3. Aufgabenteilung und neues Verhältnis zwischen KESB und Mandatsträgern
    4. Verhältnis zwischen KESB und Gemeinden
    5. Bewährungsprobe des materiellen Rechts
  - VII. Fazit und Perspektiven
- Literaturverzeichnis  
Materialien

## I. Entstehungsgeschichte der Revision<sup>1</sup>

### 1. Vorarbeiten der Expertengruppe

[Rz 1] Die Vorarbeiten zur Revision des letzten Teils des Familienrechts<sup>2</sup> haben bereits im September 1993 begonnen. Eine dreiköpfige Expertengruppe unter der Leitung von Prof. Bernhard Schnyder<sup>3</sup> hat einen Grundlagenbericht

<sup>1</sup> Ausführliche Darstellungen der Entstehungsgeschichte finden sich in BSK Erw.schutz- REUSSER, Allgemeine Vorbemerkungen; FamKomm Erwachsenenschutz/HÄFELI, Entstehung des Gesetzes; HÄFELI, S;L Erwachsenenschutzrecht, Teil I Grundlagen, 1. Kapitel Vom Vormundschaftsrecht zum modernen Erwachsenenschutz.

<sup>2</sup> Die Vorarbeiten für eine Revision des Familienrechts begannen bereits am 13. Dezember 1957 mit der Einsetzung einer Studienkommission unter dem Vorsitz von Prof. Jacques-Michel Grossen. Die Stationen der Revision: Adoption: Änderung des ZGB vom 30. Juni 1972, in Kraft seit 1. April 1973; übriges Kindesrecht: 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Januar 1978; Wirkungen der Ehe: 5. Oktober 1984, in Kraft seit 1. Januar 1988; Eheschliessung und Ehescheidung: 26. Juni 1998, in Kraft seit 1. Januar 2000; Namens- und Bürgerrecht: 30. September 2011, in Kraft seit 1. Januar 2013; Kindes- und Erwachsenenschutz: 28. Juni 2006, in Kraft seit 1. Januar 2013.

<sup>3</sup> Die beiden anderen Mitglieder waren Prof. Martin Stettler, Universität

mit Teilentwürfen erarbeitet und diesen an einer Tagung im Herbst 1995 der Fachöffentlichkeit vorgestellt. Dieselbe Expertengruppe hat 1998 einen vollständigen Vorentwurf mit Begleitbericht vorgelegt, der als Grundlage für die Arbeit der grossen Expertenkommission diente.

### 2. Vorentwurf 2003 der Expertenkommission und Vernehmlassung

[Rz 2] Unter dem Vorsitz von Dr. Ruth Reusser, stv. Direktorin des Bundesamtes für Justiz, hat eine Expertenkommission mit 20 Mitgliedern bis Ende Juni 2003 einen Vorentwurf (VE) erarbeitet, der vom Bundesrat am 25. Juni 2003 in die Vernehmlassung geschickt wurde.

[Rz 3] Die 96 Artikel enthielten bereits alle Elemente des späteren definitiven Gesetzesentwurfs und zusätzlich einen Vorentwurf zu einem Bundesverfahrensgesetz. Letzteres wurde in der Vernehmlassung ebenso klar abgelehnt wie der Vorschlag des VE als Behörde ein interdisziplinäres Fachgericht einzusetzen. Im Übrigen fand der VE 2003 trotz vielen Detailkritiken und Änderungsvorschlägen weitgehend eine gute Aufnahme.

### 3. Botschaft 2006 und parlamentarische Beratung

[Rz 4] Die am 28. Juni 2006 veröffentlichte Botschaft<sup>4</sup> trug den Vernehmlassungsergebnissen Rechnung und liess den Kantonen namentlich in der Behördenorganisation mehr Freiheit und verzichtete auf ein Verfahrensgesetz. Zur Sicherstellung eines rechtsstaatlich einwandfreien Verfahrens wurden jedoch 18 allgemeine Verfahrensbestimmungen ins ZGB aufgenommen. Der Entwurf umfasste schliesslich trotz neuer Rechtsinstitute mit 107 Artikeln nur wenige Artikel mehr als das alte Vormundschaftsrecht.

[Rz 5] Der Ständerat hat als Erstrat den Entwurf mit geringfügigen Änderungen der Rechtskommission des Ständerats an seiner Sitzung vom 27. September 2007 einstimmig angenommen.<sup>5</sup>

[Rz 6] Die Rechtskommission des Nationalrats hat sich weitgehend der Fassung des Ständerats angeschlossen und der Nationalrat hat die Vorlage am 3. Oktober 2008 mit 144 zu 41 Stimmen verabschiedet.<sup>6</sup>

[Rz 7] Die wenigen Differenzen zwischen den beiden Räten betrafen den Vorsorgeauftrag, die Patientenverfügung und das Verfahren bei der fürsorgerischen Unterbringung. Sie konnten im Differenzbereinungsverfahren in der

Genf und Prof. Christoph Häfeli, Rektor der Hochschule Luzern Soziale Arbeit.

<sup>4</sup> BBl 2006, 7001 ff.

<sup>5</sup> AmtlBull SR 2007, 820 ff.

<sup>6</sup> AmtlBull NR 2008, 1533 ff.

Wintersession 2008 bereinigt werden. Die Schlussabstimmung fand am 19. Dezember 2008 statt. Die Vorlage wurde mit zwei Gegenstimmen verabschiedet und am 6. Januar 2009 publiziert.<sup>7</sup> Die Referendumsfrist lief am 16. April 2009 unbenützt ab.

## II. Die zentralen Leitideen des neuen Rechts

### 1. Die Gewährleistung der Menschenwürde durch grösstmögliche Selbstbestimmung

[Rz 8] Das Wohl des Schwachen liegt dem neuen Erwachsenenschutzrecht als tragender Leitgedanke zugrunde. Dieser Leitgedanke durchdringt das gesamte Erwachsenenschutzrecht, angefangen bei den Bestimmungen über die private Vorsorge und die Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen über die behördlichen Massnahmen mit den verschiedenen Beistandschaften und der fürsorglichen Unterbringung, namentlich aber auch bei den Bestimmungen über die Führung der Massnahme und beim Ausbau des Rechtsschutzes allgemein und bei der fürsorglichen Unterbringung im Besonderen. Die Rücksicht auf das Wohl des Schwachen hängt aufs Engste zusammen mit der Respektierung der Menschenwürde, die vom unverfügbaren Eigenwert jeder menschlichen Person ausgeht und ihren Ausdruck in der Selbstbestimmung der Person findet. Da in der Menschenwürde aber auch das Angewiesensein auf den Mitmenschen liegt, hat Menschenwürde ein Doppelseitiges: sie wird verletzt, wenn über den Menschen wie über eine Sache verfügt wird; sie wird aber auch verletzt, wenn dem Menschen in seinen grundlegendsten Bedürfnissen Hilfe versagt wird.<sup>8</sup>

[Rz 9] Die Gewährleistung der Menschenwürde ist im definitiven Gesetzestext nicht ausdrücklich als Grundsatz verankert, sondern nur indirekt erwähnt über die grösstmögliche Erhaltung und Förderung der Selbstbestimmung der betroffenen Person.<sup>9</sup> Der Mensch als Individuum und soziales Wesen mit dem Recht auf freie Lebensgestaltung und namentlich als Träger von Grundrechten und dem Anspruch auf umfassenden Schutz bei bestimmten Schwächezuständen steht im Mittelpunkt des neuen Erwachsenenschutzrechts.<sup>10</sup>

### 2. Subsidiarität behördlicher Massnahmen

[Rz 10] Die Subsidiarität behördlicher Massnahmen kommt bereits in der Systematik des Gesetzes zum Ausdruck. Die verschiedenen Beistandschaften, die Bestimmungen über

die Person des Beistands oder der Beistandin und die Führung der Beistandschaft und die fürsorgliche Unterbringung werden nach der eigenen Vorsorge und den Massnahmen von Gesetzes wegen<sup>11</sup> im elften Titel<sup>12</sup> umschrieben.

[Rz 11] Eine behördliche Massnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint.<sup>13</sup> Und wenn die hilfsbedürftige urteilsunfähige Person keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen hat und die Massnahmen von Gesetzes wegen nicht genügen.<sup>14</sup> Auch die Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen<sup>15</sup> sowie das neue, erweiterte Vertretungsrecht unter Ehegatten und eingetragenen Partnern und Partnerinnen<sup>16</sup> sind Ausdruck der Subsidiarität behördlicher Massnahmen und des Schutzes der Familie.

### 3. Verhältnismässigkeit behördlicher Interventionen

[Rz 12] Bereits im Vormundschaftsrecht von 1912 galt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Es fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen allgemein und jeder Eingriff des Staates in die Freiheit und Rechtsstellung einer Person zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst nach Lehre und Rechtsprechung drei Elemente, die kumulativ beachtet werden müssen: Die Eignung oder Zwecktauglichkeit der Massnahme, die Erforderlichkeit oder Notwendigkeit einer Massnahme und die Zumutbarkeit oder die Verhältnismässigkeit von Zweck und Wirkung der Massnahme.<sup>17</sup> Im neuen Recht sind die Erforderlichkeit und die Geeignetheit in den allgemeinen Grundsätzen der behördlichen Massnahmen ausdrücklich kodifiziert.<sup>18</sup> Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit schlägt sich ausserdem im neuen System massgeschneiderter Massnahmen nieder. Es erlaubt optimal und subtil abgestimmte Eingriffe in die Handlungsfreiheit und Handlungsfähigkeit der zu betreuenden Person.

<sup>7</sup> Amtl. Sammlung 2011, 725.

<sup>8</sup> Bericht Expertengruppe, 38 f.

<sup>9</sup> Art. 388 Abs. 2 ZGB.

<sup>10</sup> HÄFELI, SJL Erwachsenenschutzrecht, Rz. 04.01.

<sup>11</sup> Art. 360–387 ZGB.

<sup>12</sup> Art. 388–439 ZGB.

<sup>13</sup> Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.

<sup>14</sup> Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB.

<sup>15</sup> Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3–7 ZGB.

<sup>16</sup> Art. 374 ZGB.

<sup>17</sup> HÄFELI/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, N 581 ff.

<sup>18</sup> Art. 389 Abs. 2 ZGB.

### III. Konkretisierung der Leitideen im neuen Erwachsenenschutzrecht

#### 1. Neue Rechtsinstitute: Vorsorgeauftrag<sup>19</sup> und Patientenverfügung<sup>20</sup>

[Rz 13] Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung sollen die Selbstbestimmung fördern und die Subsidiarität behördlicher Massnahmen stärken. Wer mit diesen Verfügungen im Zustand der Urteilsfähigkeit für Zeiten vorübergehender oder dauernder Urteilsunfähigkeit vorsorgt und eine oder mehrere Personen bezeichnet, die ihn vertreten und Anordnungen für medizinische Behandlungen trifft, braucht keine behördliche Vertretung. Die Patientenverfügung war bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts verbreitet; sie ist im neuen Erwachsenenschutzrecht erstmals bundesrechtlich geregelt und auferlegt der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Aufsichts- und Eingriffspflichten.<sup>21</sup> Die Vertretung in rechtsgeschäftlichen Angelegenheiten und bei der Vermögensverwaltung konnte, und kann grundsätzlich auch weiterhin, mittels Vollmachten auch für den Zustand der Urteilsunfähigkeit geregelt werden.<sup>22</sup> Banken und Versicherungen akzeptieren aber kaum mehr Vollmachten mit Gültigkeit über die Urteilsfähigkeit und den Tod hinaus. Sie sind auch problematisch, weil der Vollmachtgeber die bevollmächtigte Person nicht mehr kontrollieren kann.

#### 2. Massgeschneiderte Massnahmen im Einzelfall

[Rz 14] Anstelle der Errichtung einer Beistandschaft kann die KESB in einer liquiden Angelegenheit selber handeln oder eine bloss punktuelle Anordnung in Bezug auf ein einzelnes Geschäft treffen.<sup>23</sup> Die Einheitsmassnahme Beistandschaft erfährt verschiedene Ausgestaltungen: Von der Begleitbeistandschaft, die nur mit Zustimmung der betroffenen Person errichtet werden kann und die keine Vertretungsbefugnis enthält,<sup>24</sup> bis hin zur umfassenden Beistandschaft<sup>25</sup> mit dem Entzug der Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen sind vielfältige Kombinationen von Begleitbeistandschaft, Vertretungsbeistandschaft allgemein,<sup>26</sup> der Vertretung im Rahmen einer Vermögensverwaltung<sup>27</sup> und der Mitwirkung<sup>28</sup> in den Bereichen persönlicher Hilfe, Vermögensverwaltung

und Vertretung im Rechtsverkehr zu einem eigentlichen «Betreuungsportfolio»<sup>29</sup> möglich. Darin kommt der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, den bereits unter dem alten Recht geltenden Grundsatz «so wenig wie möglich, so viel wie nötig» zu verwirklichen.

#### 3. Differenzierung der Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung

[Rz 15] Die Begriffe, welche die Voraussetzungen für die fürsorgerische Unterbringung (FU) umschreiben, werden an die aktuelle medizinische und juristische Terminologie angepasst. Darüber hinaus verbessern die Neuerungen namentlich den Rechtsschutz und schliessen Lücken. Insbesondere wird die Lücke der medizinischen Behandlung von Personen, die nach den Bestimmungen über die FU eingewiesen werden, geschlossen. Das Bundesgericht hatte wiederholt festgehalten, dass die Bestimmungen über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) dafür keine Rechtsgrundlage darstellen.<sup>30</sup> Die Voraussetzungen und das Verfahren für die Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung ist im neuen Recht abschliessend geregelt.<sup>31</sup> Die zeitliche Beschränkung der ärztlichen Einweisungskompetenz auf sechs Wochen<sup>32</sup> und die ergänzenden Verfahrensbestimmungen,<sup>33</sup> die periodische Überprüfung<sup>34</sup> und die Bestimmungen über die Anrufung des Gerichts<sup>35</sup> verstärken den Rechtsschutz.

#### 4. Aufenthalt von urteilsunfähigen Personen in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen

[Rz 16] Die Bestimmungen über den Betreuungsvertrag,<sup>36</sup> die Einschränkung der Bewegungsfreiheit<sup>37</sup> und den Schutz der Persönlichkeit<sup>38</sup> sollen die Menschenwürde von urteilsunfähigen Personen in stationären Einrichtungen gewährleisten und sie vor «Übergriffen» von Betreuungspersonen schützen. Sie tragen der Tatsache Rechnung, dass aufgrund demographischer Veränderungen immer mehr, namentlich hochbetagte, Personen mit vielfältigen Demenzerkrankungen, die zu dauernder Urteilsunfähigkeit führen, in stationären Einrichtungen betreut werden.

<sup>19</sup> Art. 360–369 ZGB.

<sup>20</sup> Art. 370–373 ZGB.

<sup>21</sup> Art. 373 ZGB.

<sup>22</sup> Art. 35 Abs. 1 OR; BGE 134 III 385 und BGE 135 III 597.

<sup>23</sup> Art. 392 ZGB.

<sup>24</sup> Art. 393 ZGB

<sup>25</sup> Art. 398 ZGB.

<sup>26</sup> Art. 394 ZGB

<sup>27</sup> Art. 395 ZGB.

<sup>28</sup> Art. 396 ZGB.

<sup>29</sup> HÄFELI, Sjl, Erwachsenenschutzrecht, Rz. 15.13.

<sup>30</sup> BGE 118 II 254 ff; BGE 125 III 169; BGE 126 I 112; BGE 127 I 9; BGE 130 I 18.

<sup>31</sup> Art. 434 ZGB.

<sup>32</sup> Art. 429 ZGB.

<sup>33</sup> Art. 430 ZGB.

<sup>34</sup> Art. 431 ZGB.

<sup>35</sup> Art. 439 ZGB.

<sup>36</sup> Art. 382 ZGB.

<sup>37</sup> Art. 383 ff. ZGB.

<sup>38</sup> Art. 386 ZGB.

## 5. Verfahrensbestimmungen im ZGB

[Rz 17] Schon das Vormundschaftsrecht und andere Teile des Familienrechts enthielten bundesrechtliche Verfahrensbestimmungen, die für die Durchsetzung des materiellen Rechts als unerlässlich angesehen wurden. Seit dem Inkrafttreten der eidgenössischen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011<sup>39</sup> enthalten das Kindesrecht und das Eherecht keine Verfahrensbestimmungen mehr. Diese sind in der ZPO integriert. Weil im Vernehmlassungsverfahren die Kantone trotz der entsprechenden verfassungsmässigen Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts<sup>40</sup> ein Bundesverfahrensgesetz für das Erwachsenenschutzrecht kategorisch ablehnten, hat der Bundesgesetzgeber zur einheitlichen Durchsetzung des materiellen Rechts eine punktuelle und rudimentäre Regelung des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens im ZGB vorgenommen. Insgesamt 18 Bestimmungen regeln das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde<sup>41</sup> und vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz,<sup>42</sup> ergänzt um die Bestimmung über die subsidiär sinngemässe Anwendung der ZPO<sup>43</sup> und einer Bestimmung über die Vollstreckung.<sup>44</sup>

## IV. Änderungen im Kinderschutz

### 1. Terminologische und gesetzssystematische Anpassungen

[Rz 18] Der Begriff der Vormundschaftsbehörde wurde durch den Begriff der Kinderschutzbehörde ersetzt<sup>45</sup> und weil dieselbe Behörde für den Kindes- und Erwachsenenschutz zuständig ist,<sup>46</sup> hat sich der Begriff der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) etabliert. Mündigkeit wurde durch den Begriff Volljährigkeit<sup>47</sup> und Unmündigkeit durch Minderjährigkeit<sup>48</sup> ersetzt.

[Rz 19] Wenn ein Kind nicht unter elterlicher Sorge steht, weil der alleinige Inhaber der elterlichen Sorge<sup>49</sup>, oder bei gemeinsamer elterlicher Sorge beide Elternteile gestorben<sup>50</sup> oder ihnen die elterliche Sorge entzogen wurde<sup>51</sup>, und ebenso, wenn die unverheiratete Mutter minderjährig ist

und die elterliche Sorge nicht dem Vater übertragen werden kann, wird dem Kind ein Vormund ernannt.<sup>52</sup> Mit m.E. wenig überzeugender Begründung<sup>53</sup> werden im Kinderschutz die Begriffe Vormundschaft und Vormund beibehalten. Die Minderjährigenvormundschaft ist neu im Anschluss an das Kindesvermögensrecht geregelt.<sup>54</sup> Diese neue systematische Zuordnung als fünfter Abschnitt der Wirkungen des Kindesverhältnisses ist zu begrüßen und macht deutlich, dass die dritte Abteilung des Familienrechts<sup>55</sup> grundsätzlich nur noch dem Erwachsenenschutz gewidmet ist.<sup>56</sup>

### 2. Materiell-rechtliche Änderungen

[Rz 20] Das Instrumentarium des Kinderschutzes<sup>57</sup> wurde bei der Revision des Kindesrechts<sup>58</sup> neu gestaltet und hat sich in den 30 Jahren bewährt, so dass kein Revisionsbedarf bestand.

[Rz 21] Die Fälle der Interessenkollision und der Verhinderung der Vertretung werden neu im selben Artikel im Abschnitt über die elterliche Sorge geregelt.<sup>59</sup>

[Rz 22] Ein Kindesvermögensinventar muss nur noch eingereicht werden, wenn ein Elternteil stirbt.<sup>60</sup>

### 3. Verfahrensbestimmungen<sup>61</sup>

[Rz 23] Die Verfahrensbestimmungen vor der Erwachsenenschutzbehörde und der gerichtlichen Beschwerdeinstanz finden auch sinngemässe Anwendung im Kinderschutzverfahren.<sup>62</sup>

[Rz 24] Die Anhörung von Kindern ist in einer eigenen Bestimmung und verbindlicher als bisher geregelt.<sup>63</sup> Dasselbe gilt für die Vertretung des Kindes.<sup>64</sup> Neu ist die Bestimmung, wonach die KESB die Eltern in geeigneten Fällen zu einem Mediationsversuch auffordern kann.<sup>65</sup>

[Rz 25] Kontrovers diskutiert wird die Bestimmung, wonach die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die FU bei der Unterbringung des Kindes in einer geschlossenen

<sup>39</sup> SR 272.

<sup>40</sup> Art. 122 Abs. 1 BV.

<sup>41</sup> Art. 443–449c ZGB.

<sup>42</sup> Art. 450–450e ZGB.,

<sup>43</sup> Art. 450f ZGB.

<sup>44</sup> Art. 450g ZGB.

<sup>45</sup> Art. 440 Abs. 3 ZGB.

<sup>46</sup> Art. 440 Abs. 3 ZGB.

<sup>47</sup> Art. 14 ZGB.

<sup>48</sup> Art. 17 ZGB.

<sup>49</sup> Art. 298 Abs. 2 ZGB.

<sup>50</sup> Art. 297 Abs. 3 ZGB.

<sup>51</sup> Art. 311 f. ZGB.

<sup>52</sup> Art. 298 Abs. 2 ZGB.

<sup>53</sup> Botschaft 7023 f.

<sup>54</sup> Art. 327a–c ZGB.

<sup>55</sup> Art. 360–456 ZGB.

<sup>56</sup> Botschaft 7103.

<sup>57</sup> Art. 307–313 ZGB.

<sup>58</sup> Fassung gemäss Ziff I 1 des BG vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Januar 1978 (AS 1977 237; BBl 1974 II 1).

<sup>59</sup> Art. 306 Abs. 2 ZGB an Stelle von Art. 392 Ziff. 2 und 3 a.F. ZGB.

<sup>60</sup> Art. 318 Abs. 1 ZGB.

<sup>61</sup> Vgl. ausführlich HÄFELI, SjL Erwachsenenschutz § 38 III, Rz. 38.13 ff.

<sup>62</sup> Art. 314 i.V.m. Art. 443 ff. ZGB.

<sup>63</sup> Art. 314a ZGB.

<sup>64</sup> Art. 314a<sup>bis</sup> ZGB; vgl. die französische Bezeichnung: autorité interdisciplinaire und italienisch: autorità specializzata.

<sup>65</sup> Art. 314 Abs. 2 ZGB.

Einrichtung oder psychiatrischen Klinik sinngemäss anzuwenden seien.<sup>66</sup>

## V. Umsetzung des neuen Rechts in den Kantonen

### 1. Geringe Steuerung durch den Bundesgesetzgeber und die Rolle der KOKES

[Rz 26] Nachdem die Kantone bereits in der Vernehmlassung zum VE 2003 die Organisations- und Verfahrenshoheit für sich beanspruchten, hielt sich der Bundesgesetzgeber in den entsprechenden Bestimmungen zurück und liess den Kantonen namentlich in der Ausgestaltung der Behördenorganisation grosse Freiheit. Danach ist die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Fachbehörde.<sup>67</sup> Die Botschaft enthält einige Anhaltspunkte für die Auslegung dieses Begriffs. Sie laden jedoch vielmehr zur Beliebigkeit als zur Klarheit der Auslegung bei<sup>68</sup>:

- die KESB kann als Verwaltungsbehörde oder als Gericht ausgestaltet sein;
- es fehlt ein Anforderungsprofil für die Behördenmitglieder. Immerhin muss ein Jurist oder eine Juristin verantwortlich sein für die korrekte Rechtsanwendung;
- die weiteren Mitglieder können verschiedenen Berufen angehören und der Spruchkörper kann volatil oder konstant sein;
- die Behörde kann weiterhin kommunal, regional oder kantonal organisiert sein;
- für die Anzahl Mitglieder gibt es keine Richtlinien; immerhin soll die Behörde i.d.R. als Kollegialbehörde mit mindestens drei Mitgliedern entscheiden. Die Delegation von Einzelkompetenzen ist jedoch richtigerweise zulässig und die Kantone haben davon auch regen, aber unterschiedlichen Gebrauch gemacht.

[Rz 27] Noch mehr Freiheit haben die Kantone bei der Ausgestaltung der Aufsichtsbehörden. Der Bundesrat kann zwar Bestimmungen über die Aufsicht erlassen.<sup>69</sup> Zurzeit ist aber keine entsprechende Initiative zu erwarten.

[Rz 28] Bei so viel Beliebigkeit grenzt es an ein (politisches) Wunder, dass dank der Bemühungen der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), die

neben den konkreten und gut begründeten Empfehlungen<sup>70</sup> regelmässige Zusammenkünfte der kantonalen Projektleitungen organisierte, insgesamt, bei allen Unterschieden und unübersehbarem Qualitätsgefälle, eine Behördenlandschaft entstand, die von einer Ernsthaftigkeit im Bestreben nach Professionalisierung und Professionalität zeugt. Die Kantone haben damit trotz verbreiteter Kritik an den hohen Kosten, welche die Professionalisierung der Behörden tatsächlich generiert, ihre Verantwortung mehrheitlich wahrgenommen und professionelle Behördenstrukturen geschaffen.<sup>71</sup>

[Rz 29] Die KOKES hat den vieldeutigen Begriff der «Fachbehörde» konkretisiert:

- In der KESB sollen Recht, Sozialarbeit und Pädagogik/ Psychologie als Kernkompetenzen vertreten sein;
- die Behördenmitglieder werden von einem professionellen Sekretariat mit administrativem, juristischem und sozialarbeiterischem Sachverstand unterstützt;
- der Spruchkörper von drei Personen tagt in konstanter Besetzung, weil in volatiler, ständig wechselnder Zusammensetzung keine Professionalität im Sinne einer kohärenten Praxis erreicht werden kann;
- das Behördenamt wird hauptberuflich, nicht unbedingt vollamtlich, ausgeübt;
- das Einzugsgebiet umfasst mindestens 50'000 bis 100'000 Einwohnerinnen und Einwohner, was einem Mengengerüst von ca. 1'000 laufenden und 200 bis 250 jährlich neu angeordneten Massnahmen entspricht.<sup>72</sup>

### 2. Ablösung der kommunalen Miliz- und Laienbehörden durch interdisziplinär zusammengesetzte Fachbehörden

[Rz 30] Beim Inkrafttreten des neuen Rechts präsentierte sich die neue Behördenlandschaft wie folgt:

- Die starke Regionalisierung und Zentralisierung führte zu einer Reduktion von 1420 mehrheitlich kommunalen auf 148 mehrheitlich regionale Behörden. Nur noch grosse Städte (z.B. Zürich und Bern), verfügen über kommunale Behörden;
- Recht und Sozialarbeit setzen sich durch als in der Behörde ständig vertretene Disziplinen; weitere einschlägige Disziplinen sind unterschiedlich vertreten;
- die grosse Mehrheit der Kantone hat die bisherige

<sup>66</sup> Art. 314b ZGB; vgl. die kritische Würdigung von HÄFELI, S JL Erwachsenenschutzrecht, Rz. 38.31–38.46 und die teilweise a.M. FamKomm Erwachsenenschutz/COTTIER, Art. 314b ZGB

<sup>67</sup> Art. 440 ZGB.

<sup>68</sup> Botschaft 7073 f.

<sup>69</sup> Art. 441 ZGB.

<sup>70</sup> Vgl. KOKES, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge) – Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), ZVW 4/2008, 63 ff.

<sup>71</sup> HÄFELI, S JL Erwachsenenschutzrecht, Rz. 29.08.

<sup>72</sup> KOKES Empfehlungen, ZVW 4/2008, 75 ff.

staatsrechtliche Zuordnung der KESB als Verwaltungs- bzw. Gerichtsbehörde beibehalten. Neu haben der Kanton Schaffhausen die KESB als Spezialgericht und der Kanton Aargau die KESB in die Gerichtsorganisation integriert und in den Bezirksgerichten Familiengerichte geschaffen;

- nur noch fünf Kantone kennen (inter)kommunale Behörden. Mehrheitlich wurden die Behörden kantonalisiert und regionalisiert. Die Kantone, welche bereits bisher kantonale Behörden hatten, behalten dieses Modell bei;
- nur die Kantone VS, TI<sup>73</sup> und AI haben keine hauptamtlichen (> 50%) Präsidien; auch bei den übrigen Behördenmitglieder überwiegt die hauptamtliche Tätigkeit;
- das Einzugsgebiet beträgt mit Ausnahme der Kantone mit einer Bevölkerung von weniger als 50'000 Einwohnerinnen und Einwohnern i.d.R. mehr als 50'000.<sup>74</sup>

[Rz 31] Mit der Schaffung von Familiengerichten und damit einer einheitlichen Zuständigkeit für alle familienrechtlichen Belange einschliesslich des Kindes- und Erwachsenenschutzes beschreitet der Kanton Aargau als erster und vorerst einziger Kanton neue Wege. Namentlich die Beseitigung der Doppelzuständigkeit für den Kinderschutz (Zivilgericht in eherechtlichen Verfahren und Verwaltungsbehörde in den übrigen Fällen) und damit der zahlreichen Kompetenzkonflikte, ist ausserordentlich begrüssenswert. Die erstinstanzlichen Gerichte sind neu organisiert und als eine von fünf Abteilungen ein Familiengericht eingeführt worden, das für sämtliche Kindes- und eherechtlichen Verfahren und für den gesamten Kindes- und Erwachsenenschutz zuständig ist. Der Spruchkörper im Kindes- und Erwachsenenschutz setzt sich aus einem Gerichtspräsidenten, und je einem Fachrichter oder einer Fachrichterin Sozialarbeit und Psychologie zusammen. Diese Fachrichter können auch in den Kindes- und eherechtlichen Verfahren beigezogen werden. Die weiteren Abteilungen sind: Strafgericht, Zivilgericht, Arbeitsgericht und Jugendgericht. Auch im Jugendgericht kommen die Fachrichter und Fachrichterrinnen zum Einsatz. Das Modell stellt hohe Anforderungen an alle Akteure und bedingt einen eigentlichen Kulturwandel in den Gerichten.<sup>75</sup>

### 3. Erhöhte Anforderungen an die Berufsbeistandschaften

[Rz 32] Beiständinnen und Beistände müssen für die vorgesehenen Aufgaben persönlich und fachlich geeignet sein und

die dafür erforderliche Zeit einsetzen können.<sup>76</sup> Das Bundesrecht konkretisiert weder die Eignung noch die erforderliche Zeit. Die Eignung ist im Schrifttum näher umschrieben.<sup>77</sup> Die Anforderungen an die Mandatsführung, bzw. die Rechte und Pflichten der Mandatsträgerinnen und Mandatsträger sind im Abschnitt über die Führung der Beistandschaft griffiger und verbindlicher beschrieben als im alten Recht.<sup>78</sup>

## VI. Erfolgs- und Risikofaktoren

[Rz 33] Ein Jahr nach Inkrafttreten des neuen Rechts zeichnen sich deutlich fünf Erfolgs- und Risikofaktoren ab:

### 1. Mehr Selbstbestimmung als Prüfstein

[Rz 34] Die gesetzlichen Grundlagen zur Verwirklichung von mehr Selbstbestimmung sind nahezu perfekt. Der Anspruch ist jedoch für alle Beteiligten enorm hoch und die Umsetzung angesichts der durchwegs zu knappen personellen Ressourcen zurzeit noch gefährdet. Auch der dafür erforderliche «Kulturwandel» ist noch nicht überall vollzogen. «Verwalten» ist einfacher als Fördern der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung. Sicherheit ist weniger «gefährlich» als Risikofreudigkeit und Risikokontrolle. Das Aushalten und Austarieren des Spannungsverhältnisses zwischen den Erwartungen von Angehörigen und der Gesellschaft und den legitimen individuellen Interessen von betreuten Personen ist ein weiteres Hindernis für mehr Selbstbestimmung.

[Rz 35] Die Beurteilung der persönlichen und sozialen Ressourcen einer Person mit erwachsenenschutzrechtlich relevanten Schwächezuständen und daraus resultierender Hilfs- und Schutzbedürftigkeit ist zudem sehr anspruchsvoll. Sie setzt eine fundierte Abklärung vor Errichtung der Massnahme und die periodische Überprüfung im Rahmen der Berichterstattung voraus. Die dafür erforderliche Fach- und Methodenkompetenz ist noch nicht bei allen mit Abklärungen beauftragten Fachleuten vorhanden.

### 2. Professionalität durch Interdisziplinarität

[Rz 36] Die Interdisziplinarität als verknüpftes Miteinander an Stelle von reinem Nebeneinander bei der Multidisziplinarität ist noch kaum umgesetzt.<sup>79</sup> Die Akteure sind verständlicherweise noch mit dem neuen Rollenverständnis und dem Einüben der disziplinübergreifenden Kommunikation beschäftigt.

<sup>76</sup> Art. 400 Abs. 1 ZGB.

<sup>77</sup> Vgl. HÄFELI, SjL Erwachsenenschutzrecht, Rz. 21.11 ff. und zum Erfordernis der zeitlichen Verfügbarkeit: KOKES, Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht, Rz. 6.12 ff.

<sup>78</sup> Art. 405–414 ZGB; vgl. auch HÄFELI, SjL Erwachsenenschutzrecht, § 22 Die Führung der Beistandschaft, S. 179–215.

<sup>79</sup> Zu den Begriffen und Rahmenbedingungen vgl. Wider, Multi-, inter- oder transdisziplinäre Zusammenarbeit in der KESB - Begriffe, Bedingungen und Folgerungen in FS Häfeli, 85 ff.

<sup>73</sup> Der Kanton TI hat nach Inkrafttreten des neuen Rechts, aber noch im laufenden Jahr, ebenfalls hauptamtliche Pensen für die Präsidien eingeführt.

<sup>74</sup> FamKomm Erwachsenenschutz/WIDER, Art. 440 ZGB N 28.

<sup>75</sup> Vgl. ausführlich dazu, HÄFELI, Familiengerichte FamPra.ch 4/2012, 1001 ff.

Auch hier ist die durchwegs ungenügende personelle Dotierung der KESB ein grosses Hindernis. Neben den mehr als 80'000 altrechtlichen vormundschaftlichen Massnahmen, die auf die neuen Behörden übertragen wurden und bis Ende 2015 in Massnahmen des neuen Rechts überführt werden müssen, wurden die Behörden vom ersten Tag an mit einer Flut von Gefährdungsmeldungen «eingedeckt», so dass eigentliche «Überlebensstrategien» absoluten Vorrang haben.

[Rz 37] Mittelfristig hängt jedoch der Erfolg des neuen Erwachsenenschutzrechts massgeblich von der Verwirklichung der Interdisziplinarität in den KESB ab.

### 3. Aufgabenteilung und neues Verhältnis zwischen KESB und Mandatsträgern

[Rz 38] Dass das Verhältnis zwischen der die Massnahmen anordnenden und die Aufsicht über die Mandatsträgerinnen und Mandatsträger führenden KESB und den Berufsbeiständinnen und Berufsbeiständen und damit der Wiederherstellung der gesetzlichen Hierarchie mit einigen Anpassungsschwierigkeiten auf beiden Seiten verbunden ist, war vorauszusehen.<sup>80</sup> Die Entwicklung einer neuen Kommunikations- und Zusammenarbeitskultur, in der beide Hauptakteure sich mit gegenseitigem Respekt und Anerkennung der je anderen Rolle begegnen und die anspruchsvollen Aufgaben gemeinsam bewältigen, ist an sich herausfordernd und angesichts der bereits geschilderten Rahmenbedingungen mit der verbreiteten personellen Unterdotierung der Behörden und der Kindes- und Erwachsenenschutzdienste zusätzlich erschwert.

[Rz 39] Aufgabenteilung und Zusammenarbeit zwischen KESB und professionellen Mandatsträgerinnen und Mandatsträgern unter gegenseitiger Respektierung der vom Gesetzgeber vorgegebenen Rollen und der gegenseitigen Wertschätzung bildet einen entscheidenden Erfolgsfaktor bei der Umsetzung des neuen Rechts.

### 4. Verhältnis zwischen KESB und Gemeinden

[Rz 40] Das Verhältnis zwischen KESB und Gemeinden muss an vielen Orten als gespannt bezeichnet werden. Die Ambivalenz vieler Gemeinden gegenüber der vom Bund «verordneten» Professionalisierung der KESB und die Befürchtung des Verlusts von Bürgernähe, verbunden mit dem tatsächlichen Verlust von Gemeindeautonomie und gleichzeitig höheren Kosten sowie der Erfahrung der ersten Monate, dass die Profibehörden die hochgesteckten Erwartungen manchenorts noch nicht erfüllen können, sind die wesentlichen Elemente der zurzeit vorherrschenden Stimmung. Dem sachgerechten Einbezug der Gemeinden bei der Umsetzung

des neuen Rechts allgemein und im Einzelfall haben deshalb die neuen Behörden grösste Aufmerksamkeit zu schenken. Die Gemeinden ihrerseits müssen akzeptieren, dass die KESB als unabhängige Behörden mit richterlichen Qualitäten primär dem Wohl des Schwachen<sup>81</sup> verpflichtet sind und die Interessen von hilfs- und schutzbedürftigen Personen legitimen wirtschaftlichen Interessen der Gemeinden als (Mit)kostenträger vorgehen. Kommunale Sozialbehörden sind namentlich an rechtskräftige Massnahmen der KESB gebunden.<sup>82</sup>

### 5. Bewährungsprobe des materiellen Rechts

[Rz 41] Der Erfolg einer grundlegenden Gesetzesreform, die, wie das Erwachsenenschutzrecht eigentliche Paradigmenwechsel enthält, ist immer ungewiss. Zahlreiche ungeklärte rechtsdogmatische Fragen tragen bis zur Klärung durch Lehre und Rechtsprechung zur Unsicherheit bei. Lehre und Rechtsprechung sind deshalb gefordert. Die zahlreichen bereits erschienen und weiter zu erwartenden Publikationen, namentlich in der von der KOKES herausgegebenen Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz, tragen sukzessive zur Klärung wichtiger Fragen bei.

### VII. Fazit und Perspektiven

[Rz 42] Trotz aller Anfangsschwierigkeiten und noch bestehender Unvollkommenheiten ist Zuversicht berechtigt. Das neue Erwachsenenschutzrecht war kein Schnellschuss. Die Vorbereitungsarbeiten haben nicht nur lange gedauert, sie waren auch intensiv und das Resultat zeugt von ernsthaften Bemühungen, ein modernes Erwachsenenschutzrecht zu verwirklichen, das den gesellschaftlichen Veränderungen Rechnung trägt und ethische, medizinische und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse berücksichtigt. Die KOKES und die Kantone haben absolut bemerkenswerte Anstrengungen unternommen und grosse Investitionen getätigt, um einen geordneten Übergang vom alten zum neuen Recht sicher zu stellen. Eine mehrjährige «Holperstrecke» ist normal und erfordert von allen Beteiligten Geduld und bei allem Stress, der damit verbunden ist, auch eine gewisse Gelassenheit und insbesondere keine vorschnellen «Endurteile» über das Neue und die Idealisierung des Vergangenen. Es gibt auch in diesem ersten Jahr viele ermutigende Erfahrungen, die zuversichtlich stimmen: viele neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den neuen Behörden, die mit hohem Engagement und Sachverstand die neuen Aufgaben trotz ungenügender personeller Ressourcen zu bewältigen versuchen und professionelle Mandatsträgerinnen und Mandatsträger, die ebenso engagiert und mit ihrer Erfahrung aus dem alten

<sup>80</sup> Vgl. bereits DÖRFLINGER, Der Berg wird steiler, wenn du näher kommst, ZKE 6/2011, 447 ff.

<sup>81</sup> Vgl. II.1. hievor.

<sup>82</sup> BGE 135 V 137.

Recht einen wesentlichen Beitrag leisten, um dem neuen Recht im Interesse der ihnen anvertrauten hilfs- und schutzbedürftigen Personen zum Erfolg zu verhelfen.

## Literaturverzeichnis

DÖRFLINGER PETER, Der Berg wird steiler, wenn du näher kommst, ZKE 6/2011, 447 ff.

HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kinderschutz, Bern 2013 (zit. HÄFELI, SJL Erwachsenenschutzrecht).

HÄFELI CHRISTOPH, Familiengerichte im Kanton Aargau als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, FamPra 4/2012, 1001 ff. (zit. HÄFELI, Familiengerichte).

HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010.

KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St. Gallen 2012 (zit. KOKES Praxisanleitung).

KOKES, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Analyse und Modellvorschläge), Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), ZVW 4/2008 63 ff. (zit. KOKES Empfehlungen).

WIDER DIANA, Multi-, inter- oder transdisziplinäre Zusammenarbeit in der KESB – Begriffe, Bedingungen und Folgerungen, in: Festschrift Häfeli, Zwischen Schutz und Selbstbestimmung, Bern 2013 (zit. FS Häfeli).

## Materialien

Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, Bericht der vom Bundesamt für Justiz im Hinblick auf die Revision des Vormundschaftsrechts eingesetzten Expertengruppe vom Juli 1995 (zit. Bericht Expgr. 1995).

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001.

---

CHRISTOPH HÄFELI, Jurist und Sozialarbeiter, em. Professor und langjähriger Rektor der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, war Mitglied der Expertengruppe Schnyder/Stettler/Häfeli und der Expertenkommission für die Revision des Vormundschaftsrechts und ist seit seiner Pensionierung Berater von KESB und Berufsbeistandschaften.

---

\* \* \*