

**Gutachten**  
**«Die Stellung nahestehender Personen  
im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht»**

Prof. Dr. Roland Fankhauser

Februar 2019

# Inhaltsverzeichnis

|   |             |
|---|-------------|
| <b>INHALTSVERZEICHNIS</b>   | <b>II</b>   |
| <b>LITERATURVERZEICHNIS</b>   | <b>IV</b>   |
| <b>ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS</b>  | <b>X</b>    |
| <b>MATERIALIEN</b>  | <b>XIII</b> |
| <b>GUTACHTEN «DIE STELLUNG NAHESTEHENDER PERSONEN IM KINDES-<br/>UND ERWACHSENENSCHUTZRECHT»</b>                              | <b>1</b>    |
| <b>A. Gutachtensauftrag</b>   | <b>1</b>    |
| I. Vorgeschichte  | 1           |
| II. Fragestellungen   | 1           |
| III. Vorgehensweise   | 2           |
| <b>B. Beurteilung der Gutachtensfragen</b>  | <b>3</b>    |
| I. Einleitung   | 3           |
| II. Grundlagen  | 3           |
| 1. Einleitende Bemerkungen  | 3           |
| a) Zentrale Wertungen des Kindes- und Erwachsenenschutzes   | 3           |
| b) Dienende bzw. fremdnützige Funktion von nahestehenden Personen   | 4           |
| c) Geringe Bedeutung nahestehender Personen im Familienrecht  | 6           |
| d) Schlussfolgerungen   | 6           |
| III. Nahestehende Personen in ausgewählten Bereichen  | 8           |
| 1. Nahestehende Personen und die Sachverhaltsermittlung   | 8           |
| a) Rechtliche Ausgangslage  | 8           |
| b) Rechtspraxis   | 10          |
| c) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs  | 11          |
| d) Überlegungen zu normativen Änderungen  | 12          |
| 2. Exkurs: Zur generellen Verfahrensbeteiligung von nahestehenden Personen  | 13          |
| a) Gefährdungsmeldungen   | 13          |
| b) Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistandes sowie beauftragter Drittpersonen | 13          |
| c) Legitimation zur Erhebung von Rechtsmitteln  | 14          |
| d) Der Wille des Betroffenen als Grenze der Verfahrensbeteiligung   | 16          |
| e) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs  | 16          |
| 3. Berücksichtigung von nahestehenden Personen als Beistand   | 18          |
| a) Rechtliche Ausgangslage  | 18          |
| b) Nahestehende Personen als Beistände in der Rechtspraxis  | 23          |
| c) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs  | 25          |
| d) Überlegungen zu normativen Änderungen  | 27          |
| 4. Berücksichtigung von nahestehenden Personen beim Platzierungsort für Kinder  | 28          |
| a) Rechtliche Ausgangslage  | 28          |
| b) Rechtspraxis   | 29          |
| c) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs  | 30          |
| d) Überlegungen zu normativen Änderungen  | 31          |
| IV. Gefährdungsmeldungen  | 32          |

|  |    |
|--|----|
| 1. Rechtliche Ausgangslage   | 32 |
| 2. Rechtspraxis  | 33 |
| 3. Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs | 34 |
| V. Zusammenfassung   | 36 |

**ANHANG I****37**

## Literaturverzeichnis

- AFFOLTER KURT/VOGEL URS  
 Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 296-327c ZGB: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses: elterliche Sorge/Kinderschutz/Kindesvermögen, Bern 2016 (zit. BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. ... ZGB N ...)
- AMSTUTZ MARC et al. (Hrsg.)  
 Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-[BEARBEITER], Art. ... N ...)
- ARSTEIN-KERSLAKE ANNA  
 An empowering dependency: exploring support for the exercise of legal capacity, SJDR 2014, 77 ff.
- BAMBERGER HEINZ GEORG/ROTH HERBERT/HAU WOLFGANG/POSECK ROMAN (Hrsg.)  
 Beck'scher Onlinekommentar BGB, 46. Edition, München 2018 (zit. BeckOK BGB-[BEARBEITER], § ... N ...)
- BANTEKAS ILIAS/STEIN MICHAEL ASHLEY/ANASTASIOU DIMITRIS (Hrsg.)  
 The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, a commentary, Oxford 2018 (zit. Bantekas/Stein/Anastasiou-[BEARBEITER], Art. ... Rz. ...)
- BAUMANN WERNER  
 Die Bestellung des Vormundes nach Art. 380 und 381 ZGB, ZVW 1958, 1 ff.
- BERTSCHI NORA/MARANTA LUCA  
 Kindes- und Erwachsenenschutz: das Basler Modell – Organisation und Verfahren der KESB Basel-Stadt, FamPra.ch 2015, 832 ff.
- BIESEL KAY/JUD ANDREAS/LÄTSCH DAVID/SCHÄR CLARISSA/SCHNURR STEFAN/HAURI ANDREA/ROSCH DANIEL  
 Nicht Entweder-oder, sondern Sowohl-als-auch?, ZKE 2017, 139 ff.
- BOENTE WALTER  
 Zürcher Kommentar, Zivilgesetzbuch, Der Erwachsenenschutz, Die eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen, Art. 360-387 ZGB, Zürich 2015 (zit. ZK-BOENTE, Art. ... ZGB N ...)
- BOHREN ULRICH  
 Signs of Safety, ZEK 2018, 470 ff.
- BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.)  
 FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-[BEARBEITER], Art. ... N ...)
- CIPRIANO ALVAREZ et al.  
 Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149, Band II: Art. 150-352 ZPO - Art. 400-406 ZPO, Bern 2012 (zit. BK-[BEARBEITER], Art. ... ZPO N ...)
- COTTIER MICHELLE/STECK DANIEL  
 Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2012, 981 ff.
- DELACHAUX FRANÇOIS  
 Le choix du tuteur par l'autorité tutélaire, ZVW 1995, 21 ff.

- DIEDERICHSEN UWE Zur Reform des Vormundschafts- und Entmündigungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: Forstmoser Peter, Giger Hans, Heini Anton, Schluop Walter R. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 3 ff.
- DISCHLER RALPH Die Wahl des geeigneten Vormunds, Diss. Freiburg 1984
- DÖRFLINGER PETER Interdisziplinäre Zusammenarbeit – Wegmarken in einer weiten Landschaft, FamPra.ch 2015, 98 ff.
- FALB FRITZ Zum Vorrecht des nahen Verwandten bei der Bestellung des Vormundes (Art. 380 ZGB), ZVW 1948, 12 ff.
- FANKHAUSER ROLAND Die (fehl-)geleitete warme Hand, successio 2016, 190 ff. (zit. FANKHAUSER, successio 2016)
- DERS. Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts, Eine Studie an der Schnittstelle zwischen Ehe- und Erbrecht, Bern 2011 (zit. FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht)
- DERS. Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 240 ff. (zit. FANKHAUSER, BJM 2010)
- FASSBIND PATRICK Erwachsenenschutz, Zürich 2012
- FERRARI SUSANNE/GUGGENBERGER TANJA Neues Erwachsenenschutzrecht in Österreich, FamRZ 2017, 1468 ff.
- FORSTMOSER PETER/VOGT HANS-UELI Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/AF-FOLTER KURT/BIDERBOST YVO/STECK DANIEL (Hrsg.) Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016 (zit. FHB KESR-[BEARBEITER])
- FRITZ ROMANA Neuerungen im Verfahrensrecht, iFamZ 2017, 177 ff.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. BSK ZGB I-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- GERNHUBER JOACHIM/COESTER-WALTJEN DAGMAR Familienrecht, 6. Aufl., München 2010
- GROSS JOST Schweizerisches Staatshaftungsrecht: Stand und Entwicklungstendenzen, Bern 2001
- GROSSEN JACQUES-MICHEL Les liens de droit civil entre frères et soeurs, in: Vischer Frank/Staehelin Adrian et al. (Hrsg.), Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, 41 ff. (zit. GROSSEN, FS Hinderling)
- HÄFELI CHRISTOPH Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2016

- HAHNE MEO-MICAELA/SCHLÖGEL JÜRGEN/SCHLÜNDER ROLF (Hrsg.) Beck'scher Onlinekommentar FamFG, 26. Edition, München 2018 (zit. BeckOK FamFG-[BEARBEITER], § ... N ...)
- HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E. Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2018
- HEGNAUER CYRIL Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Das Familienrecht. 2. Abteilung: Die Verwandtschaft. 2. Teilband: Die Wirkung des Kindesverhältnisses. 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art. 270-295 ZGB, Bern 1997 (zit. BK-HEGNAUER, Art. ... ZGB N ...)
- DERS. Grosseltern und Enkel im schweizerischen Recht, in: Gauch Peter/Schmid Jörg/Steinauer Paul-Henri/Tercier Pierre/Werro Franz (Hrsg.), Familie und Recht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Bernhard Schnyder, Fribourg 1995, 421 ff. (zit. HEGNAUER, FS Schnyder)
- DERS. Zum Begriff der nahestehenden Person im Sinne von Art. 397d ZGB, ZVW 1984, 26 ff.
- HUBER EUGEN System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Band 1-4, Basel 1886-1893
- JAAG TOBIAS Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd. I/3, Staats- und Beamtenhaftung, Basel 2017
- KAISER DAGMAR/SCHNITZLER KLAUS/FRIEDERICI PETER/SCHILLING ROGER/RAKETE-DOMBEK INGEBORG (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch – BGB, Band 4: Familienrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit. Nomos-Komm-[BEARBEITER], § ... BGB N ...)
- KOKES (Hrsg.) Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Zürich/St.Gallen 2017 (zit. KOKES-Praxisanleitung Kinderschutzrecht, Rz. ...)
- KRAUSKOPF PATRICK/EMMENEGGER KATRIN/BABEY FABIO Kommentar zu Art. 12 und 13 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2016)
- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.) ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. OFK ZGB-[BEARBEITER], Art. ... N ...)
- LÄTSCH DAVID Wissenschaftlich fundierte Abklärungen im Kinderschutz: Überblick über den internationalen Entwicklungsstand – und ein Ausblick in die Schweiz, ZKE 2012, 1 ff.
- LÄTSCH DAVID/HAURI ANDREA/JUD-ANDREAS/ROSCH DANIEL Ein Instrument zur Abklärung des Kindeswohls – spezifisch für die deutschsprachige Schweiz, ZKE 2015, 1 ff.
- LIPP VOLKER Selbstbestimmung 2.0 – Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für das deutsche Betreuungsrecht, in: Rosch Daniel / Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0, Bern 2017, 1 ff. (zit. LIPP, Selbstbestimmung 2.0)

- DERS. Autonomie oder Fürsorge? – Erwachsenenschutz im Spiegel des Verfassungsrechts, in: Juristische Studiengesellschaft Jahresband 2012, Heidelberg 2013, 73 ff. (zit. LIPP, Autonomie)
- LIPP VOLKER/BRAUER DANIEL Autonomie und Familie in medizinischen Entscheidungssituationen, in: Steinfath Holmer/Wiesemann Claudia (Hrsg.), Autonomie und Vertrauen, Schlüsselbegriffe der modernen Medizin, Wiesbaden 2016, 201 ff.
- MALAURIE PHILIPPE/FULCHIRON HUGUES Droit de la famille, 4. Aufl., Paris 2011
- MARANTA LUCA Im «Irrgarten» zwischen Meldepflichten, Melde-rechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kinderschutz, ZKE 2018, 231 ff.
- MEIER PHILIPPE Droit de la protection de l'adulte, Articles 360-456 CC, Zürich 2016 (zit. MEIER)
- DERS. Le nouveau droit de protection de l'adulte – Présentation générale, Jusletter 17. November 2008 (zit. MEIER, Jusletter 17. November 2008)
- MEIER PHILIPPE/DE LUZE ESTELLE Le recours des proches au Tribunal fédéral en matière de protection de l'adulte - une Prozesstand-schaft? in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, 847 ff.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN Droit de la filiation, 5. Aufl., Genf 2014
- MITROVIC TANJA/JUD AN-DREAS/ROSCH DANIEL Praxis der KESB zum Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen, ZKE 2017, 173 ff.
- MOOR PIERRE Droit administratif, Bd. II: Les actes administratifs et leur contrôle, Bern 2011
- MOSER PETER Das Projekt «Heimbestand» der Vormundschafts-behörde Basel-Stadt, ZVW 2009, 95 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX Elemente einer Rechtssetzungslehre, Zürich 2013
- MÜLLER-FREIENFELS WOLFRAM Privatvorsorge und Staatsfürsorge im Altenrecht, in: Forstmoser Peter/Giger Hans/Heini Anton/Schluop Walter R. (Hrsg.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, 35 ff.
- REBER MARKUS/HURNI CHRISTOPH Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band II: Materialien Zum Zivilge-setzbuch, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007
- RIEMER HANS MICHAEL Grundriss des Vormundschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1997

- RÜEGGER CORNELIA/ORMANN  
YANN/BECKER-LENZ RO-  
LAND/GAUTSCHI JOEL/RACK OLIVER
- RUMMEL PETER/LUKAS MEINHARD  
(Hrsg.)
- ROSCH DANIEL
- RÖTHEL ANNE
- SAYAG ALAIN
- SCHAUER MARTIN
- SCHENK SEBASTIAN
- SCHMIDT-RECLA ADRIAN
- SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN
- SCHÖBI FELIX
- SCHOLTEN MATTHÉ/GATHER JAKOV
- SCHWENZER INGEBORG/FANKHAUSER  
ROLAND (Hrsg.)
- SEITERLE NICOLETTE
- STAUDINGER
- STAUFFER GERTRUD
- STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULA-  
KIS CHRISTIANA
- Gefährdungsmeldungen bezüglich älterer Men-  
schen im Erwachsenenschutz: wer meldet was und  
warum (nicht)?, ZKE 2017, 475 ff.
- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetz-  
buch, 4. Aufl., Wien 2014 (zit. Rummel/Lukas-[BE-  
ARBEITER], § ... N ...)
- Die Begleitbeistandschaft, Unter Berücksichtigung  
der UN-Behindertenrechtskonvention, Bern 2017
- Solidaritätskonzept und Statusorientierung des  
Erbrechts, in: Lipp Volker/Röthel Anne/Windel Pe-  
ter A., Familienrechtlicher Status und Solidarität,  
Tübingen 2008, 85 ff.
- La situation des grandparents dans le droit de la fa-  
mille, Rev. trim. de droit civil 1969, 40 ff.
- Die vier Säulen des Erwachsenenschutzrechts,  
iFamZ 2017, 148 ff.
- Die antizipierte Beweiswürdigung gemäss ZPO,  
Zürich 2017
- Kommentierung der §§ 271-341 FamFG, in: Rau-  
scher Thomas (Hrsg.) Münchener Kommentar zum  
FamFG, 2. Aufl., München 2013 (zit. Münchener-  
Komm-SCHMIDT-RECLA, § ... FamFG N ...)
- Berner Kommentar zum schweizerischen Privat-  
recht, Band II: Das Familienrecht. 3. Abteilung: Die  
Vormundschaft. 1. Teilband: System. Teil und  
Kommentar zu Art. 360-397 ZGB, 3. Aufl., Bern  
1984 (zit. BK-SCHNYDER/MURER, Art. ... ZGB N ...)
- Verfahrensfragen absorbieren zuviele Ressourcen,  
plädoyer 5/2016, 28 ff.
- Adverse consequences of article 12 of the UN Con-  
vention on the Rights of Persons with Disabilities  
for persons with mental disabilities and an alterna-  
tive way forward, Journal of Medical Ethics 2018,  
Volume 44, Issue 4
- FamKomm Scheidung, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. Fa-  
mKomm Scheidung-[BEARBEITER], Art. ... N ... /  
Anh. ... N ...)
- Pflegekinderhilfe in der Schweiz: Aktuelle Zahlen  
und Strukturen, Forum Erziehungshilfen 2017, 305  
ff.
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch – Staudinger BGB (zit. Staudinger/[BE-  
ARBEITER] § ... BGB N ...)
- Verwandte als Vormund, ZVW 1957, 121 ff.
- Droit des personnes physiques et de la protection  
de l'adulte, Bern 2014



- SUTTER THOMAS/FREIBURGHHAUS DIETER  
Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zürich  
1999
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA  
Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich  
2009
- VIEFHUES WOLFRAM (Hrsg.)  
juris PraxisKommentar BGB, Band 4: Familienrecht,  
7. Aufl., Saarbrücken 2017 (zit. jurisPraxKomm-[BEARBEITER], § ... N ...)
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.)  
Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015  
(zit. BSK BV-BEARBEITER, Art. ... N ...)
- ZIERL HANS PETER/SCHWEIGHOFER MICHAELA/WIMBERGER SABINE  
Erwachsenenschutzrecht, Praxiskommentar,  
2. Aufl., Wien 2018

## Abkürzungsverzeichnis

|             |  |
|-------------|--|
| §           | Paragraph  |
| §§          | Paragrafen   |
| a           | alt (z.B. aZGB, alte Fassung ZGB)  |
| a.a.O.      | am angegebenen Ort   |
| a.E.        | am Ende  |
| Abs.        | Absatz   |
| Amtl. Bull. | Amtliches Bulletin   |
| Anh.        | Anhang   |
| Art.        | Artikel  |
| Aufl.       | Auflage  |
| AussStrG    | Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen (Österreich)       |
| BBl         | Bundesblatt  |
| Bd.         | Band   |
| BeckOK      | Beck'scher Onlinekommentar (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| BGB         | Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)  |
| BGE         | Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)  |
| BGer        | Schweizerisches Bundesgericht  |
| BJM         | Basler Juristische Mitteilungen (Basel)  |
| BK          | Berner Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| BL          | Basel-Land   |
| BlgNR       | Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats (Österreich)                                 |
| BR          | Bundesrat  |
| BRK         | Übereinkommen der UNO über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109, Behindertenrechtskonvention) |
| BS          | Basel-Stadt  |
| BSK         | Basler Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| BV          | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (SR 101)  |
| BVerfG      | Bundesverfassungsgericht (Deutschland)   |
| BvR         | Aktenzeichen einer Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht (Deutschland)                          |
| bzw.        | beziehungsweise  |
| CHK         | Schweizer Handkommentar (vgl. Literaturverzeichnis)  |
| CRPD        | Convention on the Rights of Persons with Disabilities (BRK)  |

|                           |   |
|---------------------------|---|
| ErlRV                     | Erläuterungen zur Regierungsvorlage (Österreich)  |
| E.                        | Erwägung  |
| ESR                       | Erwachsenenschutzrecht  |
| et al.                    | et alii   |
| f.                        | folgende/folgender  |
| FamFG                     | Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Deutschland) |
| FamKomm                   | Kommentar zum Familienrecht (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| FamRZ                     | Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld)   |
| ff.                       | folgende (Plural)   |
| FFE                       | Fürsorgerischer Freiheitsentzug   |
| FHB                       | Fachhandbuch  |
| Fn.                       | Fussnote  |
| FS                        | Festschrift   |
| FU                        | Fürsorgliche Unterbringung  |
| GG                        | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland  |
| GP                        | Gesetzgebungsperiode (Österreich)   |
| h.L.                      | herrschende Lehre   |
| Hrsg.                     | Herausgeber   |
| iFamZ                     | Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht (Wien)  |
| jurisPraxKomm             | juris PraxisKommentar (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| Jusletter                 | Jusletter (Bern)  |
| KESB                      | Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde  |
| KESR                      | Kindes- und Erwachsenenschutzrecht  |
| KGer                      | Kantonsgericht  |
| KOKES                     | Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz   |
| LGVE                      | Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide  |
| m.E.                      | meines Erachtens  |
| m.w.H.                    | mit weiteren Hinweisen  |
| MünchenerKomm             | Münchener Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| N                         | Randnote  |
| NomosKomm                 | Nomos-Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis)   |
| OGer                      | Obergericht   |
| OFK                       | Orell Füssli-Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis)  |
| OLG                       | Oberlandesgericht   |
| PraxisKomm                | Praxiskommentar   |
| rev. trim. de droit civil | Revue trimestrielle de droit civil (Paris)  |
| Rn.                       | Randnummer  |

|              |  |
|--------------|--|
| Rz.          | Randziffer   |
| SJDR         | Scandinavian Journal of Disability Research  |
| SR           | Systematische Rechtssammlung   |
| Staudinger   | J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (vgl. Literaturverzeichnis) |
| System. Teil | Systematischer Teil  |
| VE           | Vorentwurf   |
| vgl.         | vergleiche   |
| Vorbem.      | Vorbemerkungen zu  |
| VwVG         | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)                              |
| ZGB          | Schweizerisches Zivilgesetzbuch (SR 210)   |
| ZH           | Zürich   |
| Ziff.        | Ziffer   |
| zit.         | zitiert als  |
| ZK           | Zürcher Kommentar (vgl. Literaturverzeichnis)  |
| ZKE          | Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (Zürich, bis 2009 ZVW)                 |
| ZPO          | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)                    |
| ZVW          | Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Zürich, ab 2010 ZKE)                            |

## Materialien

KESCHA im Jahr 2018: Kurzbericht des Instituts für Familienforschung und -beratung der Universität Freiburg vom 23. Januar 2019 (zit. Kurzbericht KESCHA)

Botschaft zur Änderung des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 15. Juni 2018 (zit. Botschaft BGG)

Erste Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 14.3776, 14.3891, 14.4113 und 15.3614 vom 29. März 2017 (zit. Bericht BR zum ESR 2017)

Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutz, Analyse der organisatorischen Umsetzung und Kennzahlen zu Leistungen und Kosten, Bericht vom 5. April 2016 zuhänden des Bundesamts für Justiz (zit. Studie Interface)

Vorentwurf und erläuternder Bericht zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erbrecht) vom 4. März 2016 (zit. Bericht VE Revision Erbrecht)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz) vom 15. April 2015 (zit. Botschaft Melderechte und -pflichten)

Modernisierung des Familienrechts, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607) vom 25. März 2015 (zit. Bericht BR Modernisierung des Familienrechts)

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

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7221 ff. (zit. Botschaft ZPO)

Zusammenstellung der Vernehmlassungen Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Oktober 2004 (zit. Vernehmlassung Zusammenstellung)

Bericht zum Vorentwurf für eine Revision des ZGB (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindsrecht) vom Juni 2003 (zit. Bericht VE)

Begleitbericht mit Vorentwurf für eine Änderung des ZGB (Erwachsenenschutz) vom Juni 1998 (zit. Bericht VE 1998)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fürsorgereische Freiheitsentziehung) und den Rückzug des Vorbehaltes zu Artikel 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 17. August 1977, BBl 1977 III 1 ff. (zit. Botschaft FFE 1977)

Kindes- und Erwachsenenschutz Kanton St. Gallen – Kenndaten für das Jahr 2017, <[https://www.sg.ch/home/soziales/kindes\\_und\\_erwachsenenschutz/\\_jcr\\_content/RightPar/downloadlist\\_teaser\\_1/DownloadListParTeaser/download\\_teaser\\_385399364.oc-File/2018-09-27%20Statistik%20KES%20C3%B6ffentlich%20def.pdf](https://www.sg.ch/home/soziales/kindes_und_erwachsenenschutz/_jcr_content/RightPar/downloadlist_teaser_1/DownloadListParTeaser/download_teaser_385399364.oc-File/2018-09-27%20Statistik%20KES%20C3%B6ffentlich%20def.pdf)> (zit. Kenndaten KES SG 2017)

Wirkungsbericht des Kantons St. Gallen vom 13. März 2018 über die Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, <<https://www.ratsinfo.sg.ch/content/ris/home/geschaeft/geschaeftssuche.geschaeftdetail.html?geschaeftid=3992AFD6-0099-4BA2-8D1B-5FD71EFF028D&ziel=1>> (zit. Wirkungsbericht KES SG)

UBS Optimus Foundation (Hrsg.), Kindeswohlgefährdung in der Schweiz – Formen, Hilfen, fachliche und politische Implikationen, Zürich Juni 2018, <[https://docs.wixstatic.com/ugd/fbe5a1\\_46f626b0efec40a59c58babc6a74c1d.pdf](https://docs.wixstatic.com/ugd/fbe5a1_46f626b0efec40a59c58babc6a74c1d.pdf)> (zit. Optimus-Studie)

Schlussbericht der Hochschule Luzern (Autoren: Rosch Daniel/Jud Andreas/Mitrovic Tanja) vom 11. November 2016: Praxis des Vorgehens der KESB bei Vaterschaftsfeststellungen, bei Unterhaltsverträgen und beim Einbezug von verwandten und nicht verwandten

Personen bei Kindesplatzierungen durch die KESB, <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2017/2017-03-29/schlussber-hslu-d.pdf>> (zit. Studie HSLU)

Committee on the Rights of Persons with Disabilities. General comment no. 1 (2014): Article 12, <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>> (zit. General Comment Nr. 1 BRK)

# Gutachten «Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht»

## A. Gutachtensauftrag

### I. Vorgeschichte

Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wurde vom Parlament am 19. Dezember 2008 verabschiedet und ist am 1. Januar 2013 in Kraft getreten. Der Bundesrat hat am 29. März 2017 einen Bericht zu den «Ersten Erfahrungen mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht» verabschiedet und damit vier Postulate beantwortet, die der Nationalrat überwiesen hatte. Der Bundesrat kommt in seinem Bericht zum Ergebnis, dass trotz der teilweise heftigen Kritik am neuen System aus der Sicht des Bundesgesetzgebers kein unmittelbarer Handlungsbedarf besteht. Abklärungsbedarf hat der Bundesrat allerdings im Bereich «Einbezug nahestehender Personen» festgestellt: Das nahe Umfeld einer Person wird offenbar teilweise nicht oder nur ungenügend in den Entscheidungsprozess über allfällige Massnahmen einbezogen. Zudem scheint es, dass einige Behörden den klaren Wunsch einer Person, wer als Beistand oder Beiständin eingesetzt werden soll, nicht ausreichend berücksichtigen. Der Bundesrat erachtet diese Vorgehensweise als problematisch.

Er hat deshalb das EJPD beauftragt zu prüfen, wie der Einbezug nahestehender Personen in allen Phasen des Verfahrens und bei allen Entscheiden der KESB verbessert und sichergestellt werden kann. Nahestehende Personen seien nicht nur bei der Sachverhaltsabklärung zu berücksichtigen, sondern auch als mögliche Beistandspersonen oder als allfälligen Ort für Kindesplatzierungen zu prüfen. Weiter will der Bundesrat das Vorgehen der KESB bei Gefährdungsmeldungen untersuchen lassen.

### II. Fragestellungen

Im Rahmen des Gutachtens soll zu folgenden Fragen Stellung genommen werden:

- 1.1. Bestehen in Bezug auf nahestehende Personen normative, institutionelle Schwachstellen, insbesondere hinsichtlich
  - a. der Sachverhaltsabklärung?
  - b. der Berücksichtigung als Beistandspersonen?
  - c. der Option für eine Fremdplatzierung von Kindern?
- 1.2. Besteht aus Sicht des Gutachters Handlungsbedarf?
- 1.3. Welche Massnahmen, namentlich normativer oder institutioneller Art, könnten zu einer Verbesserung der Stellung nahestehender Personen führen, insbesondere hinsichtlich
  - a. der Sachverhaltsabklärung?
  - b. der Berücksichtigung als Beistandspersonen?
  - c. der Option für eine Fremdplatzierung von Kindern?
- 1.4. Welche Vor- und Nachteile sind mit den möglichen Verbesserungsmassnahmen verbunden?
- 2.1. Bestehen beim Vorgehen bei Gefährdungsmeldung Problemstellen?

- 2.2. Können allfällige Problemstellen durch konkretere normative Vorgaben behoben werden?
- 2.3. Welche Massnahmen zur Verbesserung sind denkbar?

### III. Vorgehensweise

- 4 Das Gutachten stellt ein Rechtsgutachten dar, welches sich insbesondere auf eine eingehende Literatur- und Rechtsprechungsanalyse stützt. Eigene rechtstatsächliche Untersuchungen waren nicht Gegenstand des Auftrags. Bestehende rechtstatsächliche Befunde werden – soweit sinnvoll – miteinbezogen.
- 5 Um die Sichtweise von externen Akteuren miteinzubeziehen, wurden vom Gutachter ausführliche (anhand einer standardisierten, vorgängig zugestellten Traktandenliste) Gespräche mit Vertreterinnen und Vertretern<sup>1</sup> der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sowie mit Kritikerinnen und Kritikern geführt<sup>2</sup>. Gespräche fanden in der zweiten Jahreshälfte 2018 mit folgenden Personen statt (alphabetische Reihenfolge): Christine Cabane, Co-Leiterin KESB Liestal (BL); Charlotte Christener, Präsidentin KESB Stadt Bern (BE); Peter Dörflinger, KESB Appenzell-Ausserrhoden (AR); Guido Fluri, Anlaufstelle Kindes- und Erwachsenenschutz (KESCHA); Ignaz Heim, Geschäftsführer KESD des Bezirks Bremgarten (AG), Präsident SVBB; NRin Barbara Keller-Inhelder, Präsidentin KESB-Schutz; Caroline Kühnlein, Kantonsrichterin (VD) und Vorstand KOKES; Gabriella Meuli Bianchi, Präsidentin KESB Paradiso und Agno (TI); NR Pirmin Schwander; Patrick Terzer, Präsident KESB Werdenberg (SG)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit werden im Text nicht durchwegs die männliche und die weibliche Form verwendet, beide sind aber stets mitgemeint.

<sup>2</sup> Vgl. auch Bericht BR zum ESR 2017, 78, wonach in Zusammenarbeit mit der Praxis und den betroffenen Kreisen abzuklären sei, wo im Einzelnen Handlungsbedarf bestehe und wie die identifizierten Probleme zu lösen sind.

<sup>3</sup> Des Weiteren ging eine Eingabe der Kinderanwaltschaft Schweiz ([www.kinderanwaltschaft.ch](http://www.kinderanwaltschaft.ch)) beim Gutachter ein.



## B. Beurteilung der Gutachtensfragen

### I. Einleitung

Im Rahmen eines Grundlagenteils soll aus übergeordneter Perspektive eruiert werden, von welchen Grundprinzipien allgemein das Erwachsenenschutzrecht und der Kinderschutz geleitet sind, und im Speziellen, ob und zu welchem Zweck nahestehende Personen in welchem Umfang von der Rechtsordnung berücksichtigt werden. Damit kann im Sinne einer grundlegenden Orientierung festgehalten werden, welche funktionale und rechtliche Stellung nahestehenden Personen zukommen soll, damit sich dies kohärent in die bisherigen Wertungsscheide des Gesetzgebers einfügen liesse. Anschliessend soll im eigentlichen Hauptteil die geltende Rechtslage entlang der aufgeworfenen Fragen dargelegt und die Situation in der Rechtswirklichkeit abgeschätzt werden. Darauf bauend wird beurteilt, ob Schwachstellen und Handlungsbedarf bestehen und welche denkbaren Massnahmen mit welchen Vor- und Nachteilen verbunden wären. Nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens ist die Frage, welcher Personenkreis unter den Begriff nahestehende Personen subsumiert werden kann<sup>4</sup>.

### II. Grundlagen

#### 1. Einleitende Bemerkungen

##### a) Zentrale Wertungen des Kindes- und Erwachsenenschutzes

Vormundschaftsrecht bzw. in der heutigen Terminologie Erwachsenenschutzrecht hat die zentrale Funktion der Fürsorge für hilfsbedürftige Personen, sowohl in persönlicher als auch finanzieller Hinsicht (Personen- und Vermögenssorge)<sup>5</sup>. Geschütztes Rechtsgut des Erwachsenenschutzrechts ist das Wohl der unterstützungsbedürftigen Person<sup>6</sup>, der tragende Leitgedanke ist das «Wohl des Schwachen»<sup>7</sup>. Die zusätzlichen Revisionsanliegen des Erwachsenenschutzes und damit zusätzliche<sup>8</sup> Wertungen des geltenden Rechts sind die Förderung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen<sup>9</sup> und die Stärkung der Solidarität der Familie<sup>10</sup> (durch die gesetzlichen Vertretungsrechte)<sup>11</sup>. Auch letzterer Gedanke ist nicht ein programmatischer gesellschaftspolitischer Steuerungsentscheid des Gesetzgebers, sondern dient letzt-

<sup>4</sup> Vgl. dazu statt vieler BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 32 f. sowie STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 903; vgl. zur Definition durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung BGer 5A\_663/2013 E. 3.2: «Das Wort "Nahestehen" meint eine auf unmittelbarer Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen, von diesem bejahte und von Verantwortung für dessen Ergehen geprägte Beziehung, die den Dritten geeignet erscheinen lässt, Interessen des Betroffenen wahrzunehmen.», wobei (nahe) Verwandte und/oder im gleichen Haushalt lebende Personen im Sinne einer Tatsachenvermutung als nahestehende Personen anerkannt werden, BGer 5A\_112/2015 E: 2.5.1.1.

<sup>5</sup> Vgl. statt vieler HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.10.

<sup>6</sup> Ausdrücklich Botschaft ESR, 7008: «Beim Vormundschaftsrecht geht es um rechtliche Massnahmen zugunsten schwacher Personen, die ihre Angelegenheiten nicht besorgen können und für die andere Hilfen nicht ausreichen.»; vgl. auch bereits BK-SCHNYDER/MURER, System. Teil N 20.

<sup>7</sup> HÄFELI, Grundriss, Rz. 04.01.

<sup>8</sup> Und nachrangige, vgl. HÄFELI, Grundriss, Rz. 05.01.

<sup>9</sup> Dies korreliert mit der allgemein zunehmenden Bedeutung der Selbstbestimmung in der Gesellschafts- und Rechtsordnung, ZK-BOENTE, Vorbem. Art. 360-373 ZGB N 100 m.w.N.

<sup>10</sup> Vgl. die Hinweise bei ZK-BOENTE, Vorbem. Art. 374-387 ZGB N 25 ff. Zu den kritischen Stimmen in der Vernehmlassung zum verwendeten Begriff der Familiensolidarität, vgl. BSK ZGB I-REUSSER, Vor Art. 374-376 ZGB N 8.

<sup>11</sup> Vgl. dazu und zu weiteren Revisionsanliegen, FHB KESR-REUSSER, Rz. 1.9 ff.

lich dazu, die Familie für die Unterstützung des hilfsbedürftigen Betroffenen fruchtbar zu machen, und nicht dazu, der Familie eine eigene Rechtsposition einzuräumen<sup>12</sup> bzw. sie zur Vertretung zu verpflichten<sup>13</sup>. Selbstbestimmung und gesetzlich vorgegebene Vertretung stehen in einem Spannungsverhältnis, gesetzliche Vertretung ist «das Gegenteil einer Selbstbestimmung»<sup>14</sup>. Zur Abfederung dieses Spannungsverhältnisses sieht das Gesetz entsprechende Korrekturen vor, denn auch die gesetzliche Vertretung hat im Interesse und dem Willen des betroffenen Vertretenen zu erfolgen<sup>15</sup>.

- 8 Im Kinderschutz stellen ebenfalls das *Kindeswohl* und die *Abwehr entsprechender Gefährdungen* (Art. 307 Abs. 1 ZGB) die Kernanliegen dar<sup>16</sup>. Es gilt der durch die Verfassung (Art. 11 BV) geschützte *Vorrang des Kindeswohls*<sup>17</sup>, wie er auch in Art. 3 Abs. 1 KRK verbrieft ist. Wie auch im Erwachsenenschutzrecht gilt auch im Kinderschutz das Subsidiaritätsprinzip, wonach eine behördliche Intervention erst erfolgen darf, wenn die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Zudem sollen die vorhandenen elterlichen Ressourcen im Sinne des Komplementaritätsprinzips<sup>18</sup> durch die behördlichen Schutzmassnahmen nicht verdrängt, sondern ergänzt werden.

*b) Dienende bzw. fremdnützige Funktion von nahestehenden Personen*

- 9 Nahestehende Personen werden im Erwachsenenschutz an verschiedener Stelle im Gesetz erwähnt<sup>19</sup>. Ganz überwiegend werden ihnen zu Kontrollzwecken und zur Interessenwahrung der betroffenen Person Antrags- oder Beschwerderechte eingeräumt<sup>20</sup>. Nur im Rahmen von Art. 390 Abs. 2 bzw. Art. 426 Abs. 2 ZGB sieht das Gesetz in beschränktem Umfang eine (Mit-)Berücksichtigung der eigenen Interessen von nahestehenden Personen vor<sup>21</sup>. Die Integration

<sup>12</sup> Dieses Zusammenspiel zu Gunsten des Betroffenen zeigt sich auch darin, dass einerseits die Unterstützung durch Angehörige bzw. nahestehende Personen primär vorgesehen ist (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB), andererseits diese dadurch aber auch nicht überlastet werden sollen (Art. 390 Abs. 2 ZGB). Schliesslich ist auch zu beachten, dass der Betroffene bspw. die Vertretung durch bestimmte Angehörige ausschliessen kann (FANKHAUSER, BJM 2010, 244 m.w.H.) oder seinen Wünschen bezüglich einer Beistandsperson entsprochen wird (Art. 401 Abs. 1 ZGB), jene der Angehörigen aber nur soweit tunlich berücksichtigt werden (Art. 401 Abs. 2 ZGB)

<sup>13</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 374 N 22 m.w.H. auf die h.L.; siehe auch BK-BOENTE, Art. 374 ZGB N 100 ff., der eine Pflicht auch ablehnt, hingegen den Ehegatten bzw. eingetragenen Partner dafür begründungspflichtig sieht.

<sup>14</sup> MÜLLER-FREIENFELS, FS Keller, 42; siehe dazu auch LIPP, Autonomie, 74.

<sup>15</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 375 ZGB N 9 in Bezug auf den Vorsorgeauftrag (ergibt sich indirekt auch aus Art. 376 Abs. 2 ZGB); Art. 378 Abs. 3 ZGB hinsichtlich medizinischer Massnahmen; zum allgemeinen Erfordernis bei gesetzlicher Vertretung MÜLLER-FREIENFELS, FS Keller, 43; kritisch zu den gesetzlichen Massnahmen MEIER, Jusletter 17. November 2008, Rz. 59, der die Überlassung in die Familiensolidarität dort problematisch sieht, wo familiäre Ungleichgewichte und Schutzbedarf zu Gunsten des Schwächeren bestehen.

<sup>16</sup> HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 17.151; BK-AFFOLTER/VOGEL, Vorbem. Art. 307-327 ZGB N 112; vgl. auch Bericht BR Modernisierung des Familienrechts, 16.

<sup>17</sup> BGE 141 III 328 E. 5.4 [«Mit Art. 11 BV genießt das Kindeswohl Verfassungsrang.»]; BGE 129 III 250 E. 3.4.2.

<sup>18</sup> Vgl. dazu BK-AFFOLTER/VOGEL, Vorbem. Art. 307-327 ZGB N 265 f.

<sup>19</sup> Vgl. dazu die Hinweise in der tabellarischen Übersicht in Anhang I.

<sup>20</sup> Vgl. dazu die Hinweise in der tabellarischen Übersicht in Anhang I.

<sup>21</sup> Vgl. dazu die Hinweise in Anhang I, Fn. 244.

von nahestehenden Personen im Regelwerk des Erwachsenenschutzes (und des entsprechenden Verfahrensrechts<sup>22</sup>) steht deshalb ausschliesslich im Dienste der Interessen der Betroffenen<sup>23</sup>. Die vom Gesetzgeber für nahestehende Personen und Familienangehörige vorgesehenen (Partizipations-)Rechte werden diesen nicht zu *ihren* Gunsten eingeräumt<sup>24</sup>, sondern stehen im Dienste der Betroffenen, sie haben dienende Funktion<sup>25</sup>. Sie stützen damit die tragenden Gedanken des Erwachsenenschutzrechts, das Wohl der hilfsbedürftigen Betroffenen und die Stärkung derer Selbstbestimmung. Schliesslich darf angenommen werden, dass diese Teilausprägung der Familiensolidarität im Erwachsenenschutzrecht nicht als eine Reaktion auf vermehrt effektiv auftretende innerfamiliäre Solidaritätsleistungen anzusehen ist, sondern als eine sog. normative Solidarität<sup>26</sup>, die vom Recht gewünscht wird. Dies alles unterstreicht den in der Revision zwar prominent deklarierten, aber materiell untergeordneten Charakter der Familiensolidarität im Erwachsenenschutzrecht<sup>27</sup>.

Das Kindesrecht und damit auch das Kindesschutzrecht befasst sich ganz überwiegend nur mit dem Verhältnis zwischen dem Kind und seinen (rechtlichen) Eltern bzw. den Inhabern der elterlichen Sorge. Zwar ist die Zweite Abteilung des Familienrechts mit «Verwandtschaft» betitelt, doch regeln der Siebente und Achte Titel die Entstehung und die Wirkungen des Kindesverhältnisses, erst der letzte und kürzeste, Neunte Titel beschlägt darüber hinaus die «Familiengemeinschaft». Diesem deutlich weniger praxisrelevanten Teil des Gesetzes liegen zumeist längst überholte Vorstellungen der Grossfamilie und eines entsprechenden Familienverbundes zugrunde<sup>28</sup>. Das Familienrecht kennt namentlich im Kontext der rechtlichen Situation von Kindern kaum explizite Anspruchsgrundlagen oder Verfahrensbestimmungen, welche nahestehende Personen von Kindern betreffen. Lediglich über Art. 274a ZGB können bei Vorliegen von ausserordentlichen Umständen Dritte (und damit auch nahestehende Personen) persönlichen Verkehr mit dem Kind beanspruchen. Diese Möglichkeit steht einzig im Interesse des Kindes<sup>29</sup>, es geht nicht um Rechtsansprüche Dritter<sup>30</sup>.

10

<sup>22</sup> In der Literatur zum diesbezüglich vergleichbaren deutschen Verfahrensrecht wird dies betont, MünchenerKomm-SCHMIDT-RECLA, § 274 FamFG N 13 («*eine altruistischen Motiven dienende Berechtigung*»).

<sup>23</sup> Dies zeigt sich im Übrigen auch bei den vertretungsberechtigten Ehegatten/eingetragenen Partnern bzw. Angehörigen, welche stets im Interesse des Betroffenen ihre Vertretungsrechte auszuüben haben, vgl. Art. 376 Abs. 1 ZGB bzw. Art. 378 Abs. 3 ZGB.

<sup>24</sup> Für das deutsche Recht siehe LIPP/BRAUER, 225. Das Bundesgericht bringt es in 5A\_427/2017 E. 3.2 auf den Punkt, wenn es ausführt: «*Beim Erwachsenenschutz geht es um die Wahrung der Interessen der betroffenen Person und nicht darum, Angehörigen Recht zu geben.*».

<sup>25</sup> LIPP/BRAUER, a.a.O.; MEIER/DE LUZE, 852: «*[...] dans le droit de la protection de l'adulte, le proche bénéficie d'un rôle étendu dans le but de protéger les intérêts de la personne concernée par une mesure de protection.*».

<sup>26</sup> Vgl. dazu RÖTHEL, 86 f., allerdings in Bezug auf das Erbrecht.

<sup>27</sup> Vgl. bereits FANKHAUSER, Ehegattenerbrecht, Rz. 36, Fn. 109.

<sup>28</sup> BSK ZGB I-KOLLER, Vorbem. zu Art. 328–348 N 2; OFK ZGB-FANKHAUSER, Art. 328 N 1; lediglich die Verwandtenunterstützungspflicht (Art. 328 ZGB), die Haftung des Familienoberhauptes (Art. 333 ZGB), (in ländlichen Kreisen) der Lidlohnanspruch (Art. 334 ZGB) sowie die Voraussetzungen der Familienstiftung (Art. 335 ZGB) haben heute noch eine nennenswerte Bedeutung. Zur weitestgehend fehlenden Bedeutung der Gemeinderschaft, vgl. OFK ZGB-FANKHAUSER, Art. 336 N 1.

<sup>29</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, Art. 274a N 2; vgl. zur vergleichbaren deutschen Rechtslage, wonach es sich deshalb um ein «*treuhänderisches und dienendes Recht*» handelt, BeckOK BGB/VEIT BGB § 1685 Rn. 12; OLG Brandenburg, FamRZ 2008, 2303.

<sup>30</sup> Vgl. jüngst BGer 5A\_22/2017 E. 3.1.2: «*En revanche, les grands-parents n'ont en principe pas un droit propre à entretenir des relations personnelles avec leurs petits-enfants (...)*». Ansprüche von

c) *Geringe Bedeutung nahestehender Personen im Familienrecht*

- 11 Wie dargelegt, kommt nahestehenden Personen (im Sinne von ausserhalb des Kernfamilienbereichs der Kind/Eltern-Beziehung stehenden Personen) kaum eine Bedeutung zu und wenn ja, dann nur in einer *fremdnützigen* Funktion. Das Recht berücksichtigt nahestehende Personen nicht um ihrer selbst willen, sondern, um den Schutz des hilfsbedürftigen Erwachsenen oder des gefährdeten Kindes besser zu gewährleisten. Diese «Fokussierung» bestand auch bereits in den kantonalen Rechten vor Inkrafttreten des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs<sup>31</sup> und steht damit auf einer jahrhundertlangen Rechtstradition. Auch die Rechtsentwicklung in der Vergangenheit und zukünftige Reformprojekte bestätigen diesen Befund bzw. lassen keine gegenteilige Tendenz erkennen. Die Kernfamilie, wenn sie auch nicht mehr rein statusorientiert und ohne ihre pluralistischen Ausformungen gedacht werden kann, und nicht die Grossfamilie nimmt eine entscheidende Position im Rechtsgefüge ein. Zudem hat die Familie als solidarischer Verbund der Generationen an Bedeutung verloren<sup>32</sup>. Die erwähnten singulären Rechtsfolgen (weiterer) verwandtschaftlicher Beziehungen sind symptomatisch für das im Vergleich mit früheren Zeiten rasch zurückgehende Verwandtschaftsgefühl<sup>33</sup>. Ebenso ist dieser rechtliche Bedeutungsverlust der Grossfamilie Ergebnis der zunehmenden Bedeutung des Individuums und seiner Freiheit der Lebensgestaltung<sup>34</sup>, welche zu einem Leitprinzip der rechtlichen Erfassung von Lebensbeziehungen unter Erwachsenen geworden ist<sup>35</sup>. Anzuführen ist, dass vom verfassungsrechtlichen Familienbegriff über die Paar- und Kindbeziehung (Kernfamilie) hinaus zwar weitere – effektiv gelebte – Verwandtschafts- oder Nahebeziehungen mitumfasst werden<sup>36</sup>, doch beschränken sich die konkreten Auswirkungen dann auffälligerweise doch wieder fast ausschliesslich auf die Bereiche der Paar- oder Eltern/Kind-Beziehungen<sup>37</sup>.

d) *Schlussfolgerungen*

- 12 Das Familienrecht sollte möglichst wertungskohärent ausgestaltet sein, Wertungswidersprüche sollen aus der Sicht des Gesetzgebers vermieden werden<sup>38</sup>. Um sich nicht in Wertungswidersprüche zu begeben, müsste deshalb eine verstärkte rechtliche Position Angehöriger

---

Grosseltern auf persönlichen Verkehr mit ihren Enkeln beschäftigte die Rechtsprechung seit Mitte des 19. Jahrhunderts, BK-HEGNAUER, Art. 274a ZGB N 2.

<sup>31</sup> Vgl. dazu HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. I, 182 ff., vgl. auch 599 ff., betreffend das Vorrecht *tauglicher* Verwandter.

<sup>32</sup> Bericht VE Revision Erbrecht, 11; relativierend GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, § 1 Rz. 4, wonach die vertikalen Generationenbeziehungen nicht zu unterschätzen seien, sie aber doch als unverbindlicher und auf freiwilliger Basis verstanden werden müssten.

<sup>33</sup> GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, § 1 Rz. 28-31; bezeichnend auch, dass familienrechtliche Rechtswirkungen ausserhalb des Eltern/Kind-Verhältnisses meist nur Gegenstand von vereinzelt Abhandlungen sind, vgl. bspw. GROSSEN, FS Hinderling, 41 ff., oder SAYAG, Rev. trim. de droit civil 1969, 40 ff.

<sup>34</sup> Vgl. zu diesem Zusammenhang auch MALAURIE/FULCHIRON, N 35 f.

<sup>35</sup> Vgl. Bericht BR Modernisierung des Familienrechts, 15.

<sup>36</sup> Vgl. BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 18 m.w.H.; BGE 140 I 77 E. 5.2.

<sup>37</sup> Vgl. die Anwendungsfälle bei BSK BV-UEBERSAX, Art. 14 N 51 ff.; vgl. aber auch BVerfG vom 24.6.2014, BvR 2926/13, Rz. 24, wonach aus Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie) bei Vorliegen einer tatsächlichen engeren familiären Bindung ein Recht von Grosseltern abgeleitet wird, bei der Bestellung eines Vormundes vorrangig berücksichtigt zu werden, ausser das Kindeswohl spreche dagegen.

<sup>38</sup> Bericht BR Modernisierung des Familienrechts, 18; allgemein zu diesem Gesetzgebungsprinzip MÜLLER/UHLMANN, Rz. 212, 342, vgl. auch Rz. 253, wonach die «Normenwahrheit» verletzt werde, wenn von den Wertungen abgewichen werde, die dem Gesetz zugrunde liegen würden.

bzw. nahestehender Personen stets im Interesse der Betroffenen ausgestaltet werden. Partizipationsrechte oder auch materielle Ansprüche müssten weiterhin im Dienste des Schutzes der Betroffenen stehen, anderenfalls ein Widerspruch zur grundlegenden Ausrichtung des geltenden Erwachsenenschutzrechts bzw. Kindesschutzrechts riskiert würde. Um schliesslich nicht in Konflikt mit dem im Wertegefüge des Erwachsenenschutzrechts ebenfalls zentralen Selbstbestimmungsrecht zu geraten, müsste sichergestellt werden, dass die Einbindung nahestehender Personen nicht dem wirklichen oder mutmasslichen Willen des Betroffenen widersprechen. Die durch das neue Erwachsenenschutzrecht grösstmöglich zu gewährende Autonomie gilt nicht nur gegenüber behördlicher, sondern auch familiärer Fremdbestimmtheit. Diese Aussage trifft in ausgeprägterem Masse zu, wenn sich diese Akzentuierung bzw. Besserstellung allein an formalen Kriterien orientieren würde, besteht doch eine klare Tendenz in Gesetzgebung und Rechtsprechung hin zur Massgeblichkeit *gelebter* Beziehungen und nicht nur formaler Verwandtschaftsbanden. Schliesslich ist anzufügen, dass auch die Behindertenrechtskonvention eine am Schutz und Willen der Betroffenen orientierte Ausgestaltung des Erwachsenenschutzrechts gebietet und Schutzbestimmungen (allein) zu Gunsten der Familie besonders problematisch sind<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Ähnlich LIPP, Selbstbestimmung 2.0., 25 f.

### III. Nahestehende Personen in ausgewählten Bereichen

#### 1. Nahestehende Personen und die Sachverhaltsermittlung

##### a) Rechtliche Ausgangslage

- 13 Unter dem alten Vormundschaftsrecht galt von Bundesrechts wegen der Untersuchungsgrundsatz<sup>40</sup>. Im ZGB selbst war dies nicht statuiert, erst recht nicht, welche Handlungen zur Sachverhaltsabklärung geboten waren bzw. in Frage kamen. Im neuen Erwachsenenschutzrecht ist die Anwendung des uneingeschränkten Untersuchungsgrundsatzes in Art. 446 Abs. 1 ZGB statuiert. Ob und wie nahestehende Personen in die Sachverhaltsermittlung einzubeziehen sind, ist im ZGB nicht ersichtlich, in Art. 446 Abs. 2 ZGB ist lediglich vorgesehen, die Erwachsenenschutzbehörde ziehe die «erforderlichen» Erkundigungen ein und erhebe die «notwendigen» Beweise. Die Notwendigkeit einzuholender Erkundigungen ergibt sich aus der Rechts-erheblichkeit der Sachumstände, rechtlich unerhebliche Aspekte brauchen nicht abgeklärt zu werden<sup>41</sup>. Damit gibt das materielle Recht vor, was abzuklären ist. Als rechtliches Grundprinzip im Erwachsenenschutzrecht sowie im Kinderschutz gilt das Subsidiaritätsprinzip<sup>42</sup> (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB bzw. Art. 307 Abs. 1 ZGB), weshalb sich daraus eine Pflicht der Behörden ableiten lässt, sachverhaltlich abzuklären, ob eine Unterstützung durch die Familie oder nahestehende Personen (beim Erwachsenenschutzrecht) oder durch die Eltern (im Kinderschutz) möglich ist<sup>43</sup>. Gleiches<sup>44</sup> gilt für die Vorgabe, dass bei einer Fremdplatzierung eines Kindes dieses in angemessener Weise unterzubringen ist (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Die Abklärung der Geeignetheit erfordert auch die Abklärung, ob eine familiäre Unterbringung möglich und geeignet ist. In welcher Form schliesslich diese Erkundigungen eingeholt werden, steht der Behörde frei<sup>45</sup>. Es ist m.E. damit aber nicht zwingend, dass diese sachverhaltlichen Erkundigungen ungeachtet der konkreten Umstände auch Befragungen der Familie und/oder nahestehender Personen oder die Einholung derer Ansichten umfassen muss<sup>46</sup>. Art. 447 ZGB wiederum sieht lediglich eine Pflicht zur Anhörung des Betroffenen vor, Verwandte oder nahestehende Personen werden von dieser Bestimmung nicht erfasst. Ergibt sich aus dieser Anhörung

<sup>40</sup> BK-SCHNYDER/MURER, Art. 373 aZGB N 125 ff. m.w.H.; in Bezug auf das Kinderschutzverfahren vgl. BSK ZGB I-BREITSCHMID [1996], Art. 314/314a aZGB N 5.

<sup>41</sup> BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI, Art. 446 ZGB N 4.

<sup>42</sup> Vgl. auch BGE 140 III 49 E. 4.3.1.

<sup>43</sup> So auch Bericht BR zum ESR 2017, 51 (in Bezug auf Fremdplatzierungen von Kindern); vgl. auch FamKomm Erwachsenenschutz-HÄFELI, Art. 389 ZGB N 10; CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 389 ZGB N 2; siehe auch KOKES-Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016 zu Angehörigen als Beistand, Ziff. 2, <[https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen\\_Angehoerige\\_als\\_Beistand\\_d.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen_Angehoerige_als_Beistand_d.pdf)> (besucht am 21.1.2019).

<sup>44</sup> Ebenso sind gemäss Art. 390 Abs. 2 ZGB die Belastung und der Schutz von Angehörigen zu berücksichtigen, was entsprechende Abklärungen erfordert, wenn es im konkreten Fall diesbezügliche Anzeichen gibt.

<sup>45</sup> BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI, Art. 446 ZGB N 10; FHB KESR-MURPHY/STECK, Rz. 18.89; deutlich auch (in Bezug auf die uneingeschränkte Untersuchungsmaxime nach Art. 296 Abs. 1 ZPO) BGer 5A\_645/2016 E. 3.2.3. («[...] schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären ist. Ebenso wenig erfasst die Bestimmung die Art der Erhebung der Beweismittel. Die Untersuchungsmaxime schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung der Beweisanerbieten nicht aus. Verfügt das Gericht über genügende Grundlagen für eine sachgerechte Entscheidung, kann es daher auf weitere Beweiserhebungen verzichten.»).

<sup>46</sup> Anders Bericht BR zum ESR 2017, 51 (in Bezug auf Fremdplatzierungen von Kindern).

glaubhaft, dass eine Betreuung durch nahestehende Personen nicht opportun oder nicht möglich ist, müssen bei den nahestehenden Personen keine eigenen Stellungnahmen eingeholt oder diese befragt oder angehört werden. Dies gehört zur freien Beweiswürdigung in pflichtgemäßem Ermessen und stellt letztlich ein Anwendungsbeispiel der (auch unter dem Untersuchungsgrundsatz möglichen<sup>47</sup>) antizipierten Beweiswürdigung dar<sup>48</sup>. Kein Gericht oder keine Behörde kann verpflichtet werden, sämtliche vorgebrachten oder möglichen Beweismittel abzunehmen<sup>49</sup>. Die Möglichkeit der antizipierten Beweiswürdigung liegt auch im Interesse der Verfahrensökonomie und verletzt weder den Anspruch auf Beweis noch auf rechtliches Gehör<sup>50</sup>.

Auch in den Verfahrensordnungen zu anderen rechtlichen Materien gibt es – über die Pflicht der persönlichen Anhörung der Betroffenen selbst – kaum bzw. keine Vorgaben, wie der Sachverhalt durch die rechtsanwendende Behörde bzw. das Gericht festzustellen ist. So bezeichnet bspw. die Schweizerische Zivilprozessordnung zwar in Art. 168 Abs. 1 ZPO die zulässigen Beweismittel, gibt aber nicht vor, für welche rechtserheblichen Tatsachen welche Beweise einzuholen sind. Zudem wird ohnehin für die Kinderbelange dieser numerus clausus durchbrochen (Art. 168 Abs. 2 ZPO). Auch im öffentlichen Verfahrensrecht bestimmen die Behörden nach pflichtgemäßem Ermessen, in welchem Umfang die notwendige Sachverhaltsermittlung zu erfolgen hat<sup>51</sup>. Das Familienrecht statuiert zwar in einigen wenigen Bereichen Vorgaben der Sachverhaltsermittlung, doch haben diese eindeutig funktionale Gründe:

Die Einforderungspflicht von Urkunden gemäss Art. 277 Abs. 2 ZPO mildert den Verhandlungsgrundsatz bei vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen. Die Guthabens- und Durchführbarkeitsbescheinigung der Vorsorgeeinrichtung nach Art. 280 ZPO sind wegen der Rechtskrafterweiterung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung notwendig<sup>52</sup>. Die nach Art. 298 ZPO geforderte Anhörung des Kindes ist Ausfluss dessen, dass das Kind (über dessen Belange in familienrechtlichen Verfahren entschieden wird) unmittelbar betroffen und nicht nur als Objekt zu verstehen ist, sondern dass es auch prozessual als Subjekt zu behandeln ist<sup>53</sup>. Das Adoptionsrecht verlangt bei der Abklärung, ob die Adoption im Kindeswohl entspricht, die Würdigung der Einstellung zukünftiger Adoptivgeschwister (Art. 268a<sup>quater</sup> Abs. 1 ZGB), was bei der Erwachsenenadoption auf die Ehegatten/eingetragenen Partner, die Eltern sowie die Nachkommen der zu adoptierenden Person ausgeweitet wird. Das Erwachsenenschutzrecht verlangt bei der fürsorglichen Unterbringung in Art. 450e Abs. 3 ZGB, dass bei psychischen Störungen die Beschwerdeinstanz aufgrund eines Sachverständigengutachtens entscheiden muss<sup>54</sup>.

Im (in der Regel ohnehin jeweils detaillierteren) *deutschen Recht* finden sich Beispiele für gesetzliche Vorgaben. So wird in § 1847 BGB explizit vorgesehen, dass *Familiengerichte* (denen die Beratung und Beaufsichtigung des Vormundes obliegt) «*in wichtigen Angelegenheiten Verwandte oder Verschwägerter des Mündels hören [sollen], wenn dies ohne erhebliche Verzögerung und ohne unverhältnismässige Kosten geschehen kann.*». Eine analoge Bestimmung verlangt dies auch bei der Bestellung eines Vormundes bei Minderjährigen (§ 1779 Abs. 3 BGB).

<sup>47</sup> BGE 130 III 734 E. 2.2.3.

<sup>48</sup> FHB KESR-MURPHY/STECK, Rz. 18.90.

<sup>49</sup> Botschaft ZPO, 7312; SCHENK, 26.

<sup>50</sup> BK-BRÖNNIMANN, Art. 152 ZPO N 58.

<sup>51</sup> Vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, PraxisKomm VwVG, Art. 12 N 18, 27 m.w.H.

<sup>52</sup> Zur ratio (bereits der Vorgängerbestimmung) statt vieler SUTTER/FREIBURGHANUS, Art. 122/141-142 N 65.

<sup>53</sup> FamKomm Scheidung-SCHWEIGHAUSER, Anh. ZPO Art. 298 N 7, 12 m.w.H.

<sup>54</sup> Was gemäss BGE 143 III 189 auch für ärztlich angeordnete FU gilt.

Diese Anhörungsvorgaben sind über § 1915 Abs. 1 BGB auch auf die Pflegschaft (bei Erwachsenen) entsprechend anwendbar. In der Lehre wird diese reglementierte Anhörungsvorgabe aber kritisiert bzw. relativiert<sup>55</sup> und deren Abschaffung gefordert<sup>56</sup>.

- 17 Mit Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzgesetzes in *Österreich* wurde auch ein explizites Informationsrecht von nahen Angehörigen in § 248 Abs. 2 ABGB statuiert<sup>57</sup>. Dieses ist begrenzt, weil vorgesehen ist, dass sich die Information nicht auf detaillierte medizinische Daten<sup>58</sup> bezieht und zu verweigern ist, wenn sie dem Willen<sup>59</sup> oder dem Wohl des Betroffenen widerspricht. Damit werden auch in *Österreich* bei der Interessenabwägung das Wohl und das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen höher als Angehörigenansprüche gewichtet<sup>60</sup>. Auf verfahrensrechtlicher Ebene wurde mit dem revidierten Erwachsenenschutzrecht ebenfalls ein Mittelweg gewählt, indem nächsten Angehörigen zwar gewisse Rechte zugestanden werden, gleichzeitig aber sollen dadurch bedingte Verzögerungen und die Verlagerung von Familienkonflikten in das Ernennungsverfahren (des Vertreters) verhindert werden<sup>61</sup>. Auch hier kann die betroffene Person verlangen oder zu erkennen geben, dass die Angehörigen nicht verständigt werden<sup>62</sup>.

#### b) Rechtspraxis

- 18 Darüber, wie stark nahestehende Personen tatsächlich in die Sachverhaltsermittlung einbezogen werden, gibt es wenig rechtstatsächliche Erkenntnisse. Immerhin empfiehlt die KOKES, im Rahmen der Abklärungen das Erstgespräch in der Regel mit der ganzen Familie durchzuführen<sup>63</sup>. Auch besteht zumindest bei Kindesschutzverfahren bei den Behörden offenbar die Auffassung, dass verwandte Personen bzw. nicht verwandte Personen mit Betreuungsbeziehungen ins Verfahren miteinbezogen werden müssen<sup>64</sup>. Aufgrund der vom Gutachter geführ-

<sup>55</sup> Vgl. NomosKomm-FRITSCHKE, § 1779 BGB N 14, wonach die Anhörung nur erfolgen solle, wenn die angehörte Person als möglicher Vormund in Frage komme.

<sup>56</sup> Staudinger/VEIT, § 1847 BGB N 7, 30; vgl. auch jurisPraxKomm-PAMMLER-KLEIN, § 1847 BGB N 13, wonach es sich um eine reine Ordnungsvorschrift handelt; es besteht auch keine Beschwerdemöglichkeit, NomosKomm-ROHDE/HEITMANN, § 1847 BGB N 4.

<sup>57</sup> Dies als Antwort auf entsprechende Kritik (siehe dazu <http://volksanwaltschaft.gv.at/artikel/sachwaltschaft-was-nun>), vgl. ErlRV 1461 BlgNR 25. GP, 27.

<sup>58</sup> Nach Wortlaut der Bestimmung bezieht sich die Information zwar auf «*deren geistiges und körperliches Befinden*», doch ist dies nach dem Willen des Gesetzgebers als allgemeine Überblicksinformation gedacht, ErlRV 1461 BlgNR 25. GP, 27.

<sup>59</sup> Wobei aus dem Gesetzestext klar hervorgeht («*zu erkennen gibt, dass sie eine solche Auskunftserteilung nicht will*»), dass dafür keine Urteilsfähigkeit (in *Österreich* sog. Entscheidungsfähigkeit) verlangt wird.

<sup>60</sup> Auch bei der Vertretung bei medizinischen Behandlungen zeigt sich dies, wenn in § 252 Abs. 2 ABGB der Beizug von Angehörigen gefordert ist, ausser die betroffene Person gibt zu erkennen, dass sie damit nicht einverstanden sei.

<sup>61</sup> FRITZ, iFamZ 2017, 177 ff., 179; ErlRV 1461 BlgNR 25. GP, 69.

<sup>62</sup> Vgl. § 127 AussStrG.

<sup>63</sup> KOKES-Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016 zu Angehörigen als Beistand, Ziff. 2, <[https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen\\_Angehoerige\\_als\\_Beistand\\_d.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen_Angehoerige_als_Beistand_d.pdf)> (besucht am 21.1.2019).

<sup>64</sup> MITROVIC/JUD/ROSCHE, ZKE 2017, 173 ff., 185; Bericht BR zum ESR 2017, 51.



ten Gespräche mit Behördenvertretern kann davon ausgegangen werden, dass die involvierten Behörden regelmässig<sup>65</sup> nahestehende Personen für die Sachverhaltsermittlung einbeziehen, vor allem dann, wenn aufgrund der ersten Gespräche mit den Betroffenen sich Hinweise ergeben, dass dies sinnvoll erscheint. Nicht selten würden auch die Gefährdungsmeldungen aus dem näheren verwandtschaftlichen Umfeld kommen, weshalb ohnehin deren spätere Anhörung<sup>66</sup> auf der Hand liege. Auch wird darauf hingewiesen, der Einbezug der Verwandten biete sich schon deshalb an, weil damit Ressourcen für die Unterstützung fruchtbar gemacht werden könnten. Nicht selten bestehe aber gar kein tragfähiges Umfeld von nahestehenden Personen<sup>67</sup>, weshalb es auch zur Meldung komme, oder die Verwandten seien schon gar nicht näher interessiert. Bei einem intakten Umfeld sei dessen Einbezug ohnehin kein Problem. Abklärungen bei Verwandten würden in der Regel unterbleiben, wenn die betroffene Person dies nicht wünsche oder keine Kontakte bestünden. Aufgeworfen wurde auch die Problematik des Amtsgeheimnisses. Der Einführung einer gesetzlichen Vorgabe zur Anhörung von nahestehenden Personen wird einstimmig mit grosser Skepsis begegnet. Dies berge die Gefahr, dass nicht mehr einzelfallgerecht abgeklärt werden könne, unnötiger Aufwand betrieben und ein unnötiges Einfallstor für verwandtschaftliche Einmischung und anschliessende Rechtsstreitigkeiten geschaffen werde. In den Gesprächen mit Kritikern wurde nicht in erster Linie der fehlende Einbezug<sup>68</sup>, sondern die Art und Weise des Kontakts moniert. Er werde nicht selten als arrogant, herablassend und wenig sachgerecht empfunden. Dies beziehe sich vor allem auf die Haltung gegenüber Betroffenen, aber auch gegenüber den Verwandten.

### c) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs

Das im Gesetz verankerte Subsidiaritätsprinzip und sowohl Lehre als auch Rechtsprechung stellen m.E. eine ausreichende Grundlage für einen Einbezug von nahestehenden Personen in der Sachverhaltsermittlung dar. Zudem wird dies in Handbüchern von Behördenverbänden sowie in behördlichen Checklisten oder Formularen vorgegeben. Es gibt kaum Hinweise, dass in der Praxis grössere Missstände vorhanden wären. Die gebotene Rücksichtnahme auf die Besonderheit des Einzelfalls spricht m.E. gegen eine detaillierte Vorgabe an die Behörden. Die aktuelle «offene» Grundlage entspricht zudem schweizerischer Verfahrenstradition und fügt sich friktionslos in die gesamte zivil(verfahrens)rechtliche Rechtsordnung, gibt es doch kaum Anwendungsbereiche, wo der Gesetzgeber explizite Vorgaben zur Sachverhaltsermittlung statuiert hätte. Eine gesetzliche, allgemein gültige Vorgabe liefe je nach Ausgestaltung Gefahr, entweder rein programmatischen Charakter zu haben oder dann das Risiko zu schaffen, Zwang zu irrelevanten Abklärungen zu produzieren, Sachverhaltsermittlung ins Blaue hinaus<sup>69</sup> zu fördern und zu unreflektierter Formalität zu degenerieren<sup>70</sup>. Dem Einbezug von nahestehenden Personen eine eigene Funktionalität allein zu Gunsten ihrer selbst zu verleihen, die über den Zweck der Sachverhaltsermittlung hinausginge, würde auch der dienenden Funk-

19

<sup>65</sup> Teilweise auch gestützt auf Merkblätter bzw. interne Manuals.

<sup>66</sup> Zeitlich nach dem Betroffenen.

<sup>67</sup> Paradigmatisch die Antwort, «zu 80% sind es ältere Damen im Pflegeheim».

<sup>68</sup> Anders hingegen in Kinderschutzelfällen, wo häufiger das Gefühl des fehlenden Einbezugs von Verwandten bestehe.

<sup>69</sup> Wendung entlehnt bei BeckOK FamFG-BURSCHEL, § 26 N 9.

<sup>70</sup> Vgl. zu den Gefahren zunehmender normativer Vorgaben im Kinderschutzverfahren in England auch der Munro Review of Child Protection: Final Report, 136 ff., <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/175391/Munro-Review.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/175391/Munro-Review.pdf)> (besucht am 21.1.2019).

tion von nahestehenden Personen und damit der Gesamtkonzeption des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts (Rz. 9 ff.) widersprechen. Als möglicher Vorteil eines partizipativen Einbezugs ist zu konzedieren, dass sich damit möglicherweise die Akzeptanz einer späteren behördlichen Massnahme gegenüber diesen Personen erhöht<sup>71</sup>. Dieser Effekt würde sich aber auch bei einem ermessensweisen Einbezug einstellen.

*d) Überlegungen zu normativen Änderungen*

20 Sollte entgegen der gutachterlichen Empfehlung die Notwendigkeit einer normativen Vorgabe bejaht werden, müsste sichergestellt werden, dass ein Einbezug (i) nicht gegen den Willen bzw. gegen die erkennbare Ablehnung erfolgen soll, (ii) nicht den Interessen des Betroffenen zuwiderlaufen darf<sup>72</sup> und schliesslich (iii) nicht zu einer unangemessenen Verzögerung bzw. unverhältnismässigen Kosten führt. Denkbarer Ort und Wortlaut einer solchen Vorgabe wäre ein neuer Art. 446 Abs. 2<sup>bis</sup> ZGB:

21 <sup>2bis</sup> Nahestehende Personen werden, soweit tunlich<sup>73</sup>, in die Sachverhaltsermittlung einbezogen<sup>74</sup>. Ein Einbezug hat insbesondere zu unterbleiben, wenn dies dem Willen, der erkennbaren Äusserung<sup>75</sup> oder dem Wohl der betroffenen Person widerspricht [oder zu einer unangemessenen Verzögerung oder unverhältnismässigen Kosten führt]<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Handbuch KES-FASSBIND, Rz. 224.

<sup>72</sup> Wobei hier aber eine gewisse konkrete Gefahr zu verlangen wäre, damit nicht unter Anrufung dieses Kriteriums pauschal Verwandtenanhörungen unterbleiben.

<sup>73</sup> Diese Voraussetzung könnte auch die Art und den Umfang des Einbezugs begrenzen. Die Umschreibung «soweit tunlich» wird verschiedentlich im ZGB verwendet. Innerhalb eines Gesetzes sollte auf eine einheitliche Begriffsverwendung geachtet werden, MÜLLER/UHLMANN, Rz. 333.

<sup>74</sup> «Einbeziehen» ist weiter als eine «Befragung» und unterstreicht in gewisser Weise den partizipativen Charakter und die damit erhoffte Wirkung. Das Verb «beiziehen» (die partizipative Konnotation ist geringer, aber der Wortstamm identisch) wird bspw. auch in Art. 411 Abs. 2 ZGB verwendet (sofern eine Angleichung erfolgen soll, dann müsste es heissen «*Nahestehende Personen werden, soweit tunlich, bei der Sachverhaltsermittlung beigezogen.*».)

<sup>75</sup> Mit dieser Wendung soll sichergestellt werden, dass keine Urteilsfähigkeit gefordert ist.

<sup>76</sup> Der letzte Satzteil «*oder zu einer unangemessenen Verzögerung oder unverhältnismässigen Kosten führt*» könnte weggelassen werden, weil dies auch unter die Voraussetzung «soweit tunlich» subsumiert werden könnte.

## 2. Exkurs: Zur generellen Verfahrensbeteiligung von nahestehenden Personen

### a) Gefährdungsmeldungen

Nahestehende Personen können eine Gefährdungsmeldung absetzen, doch berechtigt die Eigenschaft als Absender einer Gefährdungsmeldung nicht zu einer Beteiligung am Verfahren<sup>77</sup>. Das Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB führt noch nicht zu einer Verfahrensbeteiligung, sondern dies ist nur dort die Folge, wo das Gesetz ein eigentliches Antragsrecht vorsieht (bspw. in den Art. 368 Abs. 1, 376 Abs. 2, 381 Abs. 3, 390 Abs. 3, 399 Abs. 2 und Art. 423 Abs. 2 ZGB). Soweit es einzig um ein Melderecht geht, hat die Meldung erstattende Person kein Recht auf Mitteilung über die Eröffnung eines Verfahrens, auf Teilnahme am Verfahren oder auf Eröffnung eines materiellen Entscheides, weshalb nach Auffassung des Bundesgerichts einem eine Gefährdung meldenden Grossvater zu Recht die Beschwerdelegitimation gegen die Nichteröffnung eines Kindesschutzverfahrens verweigert worden sei<sup>78</sup>. Zu beachten ist, dass ein eigentlicher Antrag auf eine Beistandschaft im Sinne von Art. 390 Abs. 3 ZGB (und nicht nur eine Gefährdungsmeldung) zumindest im Erwachsenenschutz zu einer Verfahrensbeteiligung führen würde<sup>79</sup>.

### b) Anrufung der Erwachsenenschutzbehörde gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistandes sowie beauftragter Drittpersonen

Nach Art. 419 ZGB können neben den Betroffenen auch nahestehende Personen gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands sowie der durch die Erwachsenenschutzbehörde beauftragten Drittpersonen oder Stellen die Erwachsenenschutzbehörde anrufen. Auch diese Bestimmung ist über Art. 314 Abs. 1 ZGB im Bereich des Kindesschutzes anwendbar<sup>80</sup>. Über Art. 419 ZGB können Nahestehende in dieser Funktion wiederum nur Interessen des Verbeiständeten geltend machen<sup>81</sup>. Ob sich die Anrufung der Behörde nur gegen beschlossene oder auch gegen beabsichtigte Handlungen richten kann, ist unklar<sup>82</sup>. M.E. ist letzteres zu bejahen, denn ist die Handlung erfolgt und nicht mehr zu korrigieren oder die Unterlassung nicht mehr gutzumachen, fehlt es der Beschwerde an einem aktuellen Interesse und auf sie ist, ausser bei Vorliegen eines sog. virtuellen Interesses, nicht einzutreten<sup>83</sup>. Auch wenn der Gesetzeswortlaut lediglich von einer «Anrufung» der Erwachsenenschutzbehörde ausgeht, ist dies m.E. einem eigentlichen Antragsrecht gleichzusetzen, was zu einer Verfahrensbeteiligung

<sup>77</sup> FHB KESR-MURPHY/STECK, Rz. 18.54.

<sup>78</sup> BGer 5A\_750/2018 (Einzelrichterentscheid) E. 5 m.w.H. auf die Lehre. Vgl. allerdings a.M. OGer BE, 9.1.2018 (KES 17 775), E. 15.1-3; ähnlich OGer ZH, 29.9.2017 (PQ170040), E. 4.2.

<sup>79</sup> FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390 ZGB N 39.

<sup>80</sup> BGer 5A\_724/2017 E. 6.1; BGer 5A\_562/2016 E. 3.1; BSK ZGB I-ROSCH, Art. 419 N 2b, 13.

<sup>81</sup> OFK ZGB-FASSBIND, Art. 419 N 3 m.w.H.

<sup>82</sup> Verneinend BSK ZGB I-ROSCH, Art. 419 N 12; a.M. OFK ZGB-FASSBIND, Art. 419 N 3 a.E., der empfiehlt, gegebenenfalls beabsichtigte Handlungen vorzeitig anzukündigen, um die Beschwerdemöglichkeit zu eröffnen.

<sup>83</sup> BGer 5A\_186/2014 E. 3, wonach ein virtuelles Interesse vorliegt, wenn sich die aufgeworfene Frage unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnte, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt; BGer 5A\_724/2017 E. 6.1.

von nahestehenden Personen führt<sup>84</sup> (vgl. zur Qualifikation der Verfahrensbeteiligung auch unten Rz. 27).

c) *Legitimation zur Erhebung von Rechtsmitteln*

i. Im Erwachsenenschutz

- 24 Im *Erwachsenenschutzrecht* statuiert Art. 450 Abs. 2 ZGB, wer zur Beschwerde gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde befugt ist. Es sind dies die am Verfahren beteiligten Personen (Ziff. 1), die nahestehenden Personen (Ziff. 2) sowie jene Personen, welche ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des Entscheids haben (Ziff. 3).
- 25 *Nahestehende Personen* berufen sich deshalb in erster Linie auf Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB, wo sie als direkt Legitimierte ausdrücklich aufgeführt werden. Die Möglichkeit von nahestehenden Personen, Rechtsmittel gegen Entscheide zu erheben, geht zurück auf Art. 397d aZGB der Bestimmungen zum altrechtlichen Fürsorgerischen Freiheitsentzug (FFE; jetzt FU)<sup>85</sup>. Im alten Vormundschaftsrecht gab es mit Ausnahme der erwähnten Regelung beim FFE keine Bestimmung, welche explizit nahestehenden Personen Antrags- oder Beschwerderechte einräumte. Nahestehende Personen wurden als beschwerdeberechtigt vorgesehen, um dennoch eine gerichtliche Überprüfung zu ermöglichen, wenn sich der Betroffene selbst nicht für sich wehren kann<sup>86</sup>. Dass es hier *lediglich um die Wahrung der Interessen des Betroffenen und nicht um Eigeninteressen* geht, zeigt sich auch darin, dass als nahestehende Personen im Sinne von Art. 397d aZGB jene ausgeschlossen waren, die eigene Interessen verfolgten<sup>87</sup>. Eine Ausnahme galt nur, wenn die Eigeninteressen hätten (im Sinne eines Anspruchs) berücksichtigt werden müssen, diese mithin als schutzwürdig galten<sup>88</sup>. Art. 397d aZGB sollte keine materiellen Änderungen herbeiführen, weil bereits nach Art. 420 aZGB nahe Angehörige beschwerdeberechtigt waren, sondern (in Kodifizierung der Rechtsprechung zu Art. 420 aZGB) klarstellen, dass nur legitimiert ist, wer «Mündelinteressen wahren will»<sup>89</sup>. Auch die Botschaft zum neuen Erwachsenenschutzrecht hat die «Fremdnützigkeit» der Stellung von nahestehenden Personen an sich betont<sup>90</sup>. Diese korrekte Interpretation wird aber an gleicher Stelle in der Botschaft<sup>91</sup> («*setzt nicht notwendigerweise voraus, dass Interessen der betroffenen Person wahrgenommen werden*») verkannt und ins Gegenteil verkehrt, was teilweise in der Lehre ohne nähere Prüfung übernommen wird<sup>92</sup>. Mit dem neuen Gesetzeswortlaut sollte gerade die zu weite Formulierung («*jedermann, der ein Interesse hat*») der einschränkenden Interpretation von Lehre und Praxis angepasst werden. Das BGer hat in BGE 137 III 67 dies noch nicht entschieden, aber dennoch einschränkend festgehalten, sofern nicht Mündelinteressen verfolgt würden, könnten nur Interessen aktivlegitimierend wirken, deren Berücksichti-

<sup>84</sup> Soweit ersichtlich äussert sich die Lehre dazu nicht.

<sup>85</sup> Vgl. bereits Bericht VE 1998; Botschaft ESR, 7084.

<sup>86</sup> HEGNAUER, ZVW 1984, 26 f.

<sup>87</sup> HEGNAUER, ZVW 1984, 27.

<sup>88</sup> BGE 137 III 67 E. 3.5 a.E.

<sup>89</sup> Botschaft FFE 1977, 37; siehe auch HEGNAUER, ZVW 1984, 26 f.

<sup>90</sup> Botschaft ESR, 7084.

<sup>91</sup> Botschaft ESR, 7084.

<sup>92</sup> FamKomm Erwachsenenschutz-VAERINI, Art. 385 ZGB N 5; FH KESR-ANDERER/MÖSCH PAYOT, Rz. 7.75.

gung vom Recht gefordert wird bzw. die mithin schutzwürdig sind. In einem jüngeren Entscheid<sup>93</sup> hat es sich aber – in Auseinandersetzung mit der widersprüchlichen Passage in der Botschaft – klar dafür ausgesprochen, dass nahestehende Personen im Sinne von Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB nur legitimiert sind, wenn sie Interessen des Betroffenen wahrnehmen<sup>94</sup>.

Nahestehende Personen verfügen ausserhalb dieser speziellen Legitimationsgrundlage kaum über eine Möglichkeit, gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde Rechtsmittel zu ergreifen. Die geschützten Interessen, wie sie in Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB gefordert werden, sind kaum je gegeben. Auch dort, wo der Erwachsenenschutz wie in Art. 401 Abs. 2 ZGB die tunliche Berücksichtigung von Wünschen der nahestehenden Personen vorsieht, verleiht dies nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein rechtlich geschütztes Interesse<sup>95</sup>. Verlangt wird ein rechtlich geschütztes Interesse, das sich aus den Normen des Kindes- und Erwachsenenschutzes ergibt und in direktem Zusammenhang mit der Massnahme steht<sup>96</sup>, wobei wirtschaftliche Interessen keine Beschwerdebefugnis begründen<sup>97</sup>. 26

Schliesslich ist eine Berufung auf Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ausserhalb des Betroffenenkreises ebenfalls schwierig. Die dafür erforderliche *Eigenschaft einer Verfahrensbeteiligung* und damit eine Beschwerdebefugnis ist nur dann gegeben, wenn der betroffenen Person ein Antragsrecht zusteht<sup>98</sup>, was bei der gewöhnlichen Gefährdungsmeldung nicht der Fall ist (siehe oben Rz. 22). Allein der Umstand, dass eine Person im erstinstanzlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen oder dass ihr der Entscheid eröffnet wurde, verschafft ihr jedoch nicht ohne Weiteres auch die Befugnis zur Beschwerde gegen den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde<sup>99</sup>. Die reine Verfahrensbeteiligung genügt zudem nicht zur Beschwerdebefugnis, vorausgesetzt ist zusätzlich ein tatsächliches, aktuelles Interesse an der Beschwerde<sup>100</sup>. 27

Im *bundesgerichtlichen Verfahren* wiederum ist nicht Art. 450 ZGB zur Beurteilung der Aktivlegitimation massgebend, sondern Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG, der ein eigenes schutzwürdiges Interesse voraussetzt. Für nahestehende Personen wirkt sich dort nachteilig aus, dass bei Art. 76 BGG die Geltendmachung von Betroffeneninteressen – anders als im kantonalen Instanzenzug – nicht legitimierend wirken. Nahestehende Personen sind damit im Regelfall von einem Weiterzug ans Bundesgericht ausgeschlossen. Eigene geschützte Interessen werden nicht einmal dort angenommen, wo das ZGB ausdrücklich die nahestehenden Personen 28

<sup>93</sup> BGer 5A\_112/2015 E. 2.5.1.1.; bestätigt in BGer 5A\_522/2016 E. 2.2.2.; BGer 5A\_746/2016 E. 2.3.2.

<sup>94</sup> Wie hier BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 35a; MEIER, Rz. 257, mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>95</sup> BGer 5A\_729/2015 E. 2.2.3; vgl. auch zu ähnlichen Konstellationen BGer 5A\_1012/2017 E. 3.2.

<sup>96</sup> Vgl. zum Ganzen BSK ZGB I-DROESE/STECK, Art. 450 N 37 ff.; jüngst zusammenfassend zur Legitimation nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB, BGer 5A\_502/2018 E.3.2.4 (keine Legitimation des Kindes- und Erwachsenenschutzdienstes bei Kürzung der Entschädigung der dort angestellten Berufsbeiständin).

<sup>97</sup> BGer 5A\_483/2015 E. 3.2 m.w.H.; MEIER, Rz. 258 Fn. 388; vgl. aber anders BGer 5A\_746/2016 E. 2.3.3.

<sup>98</sup> BGer 5A\_750/2018 E. 5 m.w.H. auf die Lehre; MEIER, Rz. 254 Fn. 376.

<sup>99</sup> So wörtlich 5A\_979/2013 E. 6.

<sup>100</sup> BGer 5A\_746/2016 E. 2.3.1.

erwähnt, was in der Lehre kritisiert wird<sup>101</sup>. Diese recht rigide Haltung wird nur einzelfallweise aufgegeben<sup>102</sup>.

## ii. Im Kindesschutz

- 29 Das Kindesrecht selbst kennt keine Bestimmung, welche wie Art. 450 ZGB die Beschwerdelegitimation in Kindesschutzverfahren regeln würde. Art. 314 Abs. 1 ZGB erklärt aber die Verfahrensbestimmungen des Erwachsenenschutzrechts für sinngemäss anwendbar, womit die Bestimmungen von Art. 450 ZGB über die Beschwerdelegitimation auch im Bereich des Kindesschutzes zur Anwendung gelangen<sup>103</sup>. Diesbezüglich zu ergänzen ist, dass bei Kindesschutzverfahren das Kind immer auch als am Verfahren beteiligte Person nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB gilt<sup>104</sup>.

### d) Der Wille des Betroffenen als Grenze der Verfahrensbeteiligung

- 30 Wie aufgezeigt, wird von nahestehenden Personen verlangt, die Interessen der betroffenen Person geltend zu machen, was gemessen an der gesetzgeberischen Grundkonzeption sachgerecht ist. Die Einflussnahme in das Verfahren durch eine nahestehende Person kann nicht als im Interesse der betroffenen Person stehend betrachtet werden, wenn diese die Einmischung ablehnt<sup>105</sup>. Dies ist nicht mit einem Zustimmungserfordernis gleichzusetzen. Auch das Bundesgericht verlangt eine solche nicht<sup>106</sup>. Soweit die Verfahrensrechte von nahestehenden Personen positivrechtlich akzentuiert werden sollen, so muss dies m.E. zwingend unter dem Vorbehalt ablehnender Haltung des Betroffenen stehen, soweit sich diese nicht direkt als Ergebnis des den Schutzbedarf auslösenden Zustandes erweist<sup>107</sup>.

### e) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs

- 31 Aus der Sicht des Gutachters erscheinen aus allgemeiner verfahrensrechtlicher Sicht für nahestehende Personen vor allem zwei der oben dargelegten Umstände als suboptimal. Als erster Punkt ist eine Friktion zwischen dem kantonalen Rechtsmittelweg und dem bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren erkennbar. Während über Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sich nahestehende Personen für die Interessen der Betroffenen mittels Beschwerde einsetzen können, ist dies bei der Beschwerdeerhebung an das Bundesgericht in weiten Bereichen nicht möglich.

<sup>101</sup> MEIER, Rz. 261 Fn. 395.

<sup>102</sup> Vgl. bspw. BGer 5A\_338/2015 E. 1.1., wo bei einem Sohn, der sich gegen die von der Beiständin angeordnete Heimeinweisung mit einer Beschwerde nach Art. 419 ZGB wehrte, ein «persönliches Interesse» [sic!] bejaht wurde, weil ihm damit die Möglichkeit abgesprochen werde, die Mutter selbst zu betreuen. Dies erstaunt zusätzlich, weil ebenda auch ausgeführt wird, der Sohn sei im kantonalen Verfahren Partei gewesen, womit er ja über Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG bereits beschwerdeberechtigt wäre.

<sup>103</sup> BGer 5A\_979/2013 E. 3.2, welcher auch ausdrücklich einen anderen Massstab für die Beschwerdelegitimation ablehnt, wenn es sich um einen Entscheid der Kindesschutzbehörde handelt.

<sup>104</sup> BGer 5A\_618/2016 E. 1.2.

<sup>105</sup> OGer ZH, 29.9.2017 (PQ170040), E. 4.2.

<sup>106</sup> Die in BGer 5A\_112/2015 E.2.5.1.3 sowie BGer 5A\_663/2013 E. 3.2., unter Hinweis auf HEGNAUER, ZVW 1984, 27 Ziff. 5, verwendete Formel der legitimierenden Notwendigkeit der «Bejahung durch den Betroffenen» bezieht sich auf die Beziehung und nicht auf die Verfahrenseinmischung. Dies geht deutlich aus dem in BGer 5A\_663/2013 E. 3.2. aufgeführten Hinweis auf HEGNAUER, ZVW 1984, 27 Ziff. 5, hervor. Die Kritik von BSK ZGB I-ROSCH, Art. 419 N 7, der die bundesgerichtliche Formel als notwendige Zustimmung zur Beschwerdeerhebung interpretiert, geht deshalb fehl. Wie hier BSK ZGB I-MARANTA, Vor Art. 443-450g N 24.

<sup>107</sup> BSK ZGB I-ROSCH, Art. 419 N 7.

Nahestehende Personen per se haben keine Beschwerdelegitimation. Es wäre zu überdenken, ob der Instanzenzug bis zum Bundesgericht analog Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB nicht auch für nahestehende Personen (die Betroffeneninteressen verfolgen) eröffnet werden soll. Dies würde aber eine Anpassung des BGG bedingen<sup>108</sup>. Der zweite zu überdenkende Punkt betrifft die Folgen der Gefährdungsmeldung in Bezug auf die Parteistellung. Die Abgrenzung einer Gefährdungsmeldung (ohne Parteistellung) und eines Antrags auf Beistandschaft (mit der Folge der Parteistellung) erscheint etwas zufällig. Zu erwägen wäre, ob nicht zumindest nahestehende Personen, welche zum Schutz von betroffenen Erwachsenen oder Kindern Gefährdungsmeldungen tätigen, auch verfahrensbeteiligt werden sollten und gegen eine allfällige Verweigerung von Schutzmassnahmen vorgehen dürfen. Aus der Optik einer möglichst optimalen dienenden Funktion zu Gunsten von Betroffenen ist dieser Ausbau der Stellung nahestehender Personen sinnvoll. Letztlich könnte dieses Ergebnis im Bereich des Erwachsenenschutzes wohl auch durch eine etwas grosszügigere Interpretation<sup>109</sup> von Gefährdungsmeldungen erreicht werden. Im Bereich des Kinderschutzes ist m.E. unklar<sup>110</sup> (aber zu bejahen<sup>111</sup>), ob Art. 390 Abs. 3 ZGB ebenfalls (sinngemäss) anwendbar ist und damit auch dort die erwähnte extensive Auslegung ohne gesetzgeberische Anpassung zum gleichen Ergebnis führen könnte. Zu bedenken ist schliesslich, dass die Qualifikation als verfahrensbeteiligte Person grundsätzlich zu den damit verbundenen Rechten, namentlich dem Akteneinsichtsrecht nach Art. 449b ZGB, führt<sup>112</sup>, welches nur in Ausnahmefällen verweigert werden kann<sup>113</sup>. Dieser Zusammenhang führt auch dazu, dass in der Lehre postuliert wird, bei Gefährdung der Interessen des Betroffenen kritisch zu hinterfragen, ob überhaupt die Qualifikation als verfahrensbeteiligte Person vorliege. Diese konfligierenden Interessen von betroffenen Personen einerseits und nahestehenden Personen andererseits unterstreichen die Voraussetzung der Fremdnützigkeit des Dritthandelns und des Vorbehalts der Ablehnung durch die betroffene Person.

---

<sup>108</sup> Die derzeitige Revision sieht diesbezüglich keine Änderung vor. Immerhin ist zu beachten, dass die Revision mit der Streichung von Art. 112 Abs. 2 BGG eine Verbesserung im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes herbeiführen würde, indem alle Entscheide oberer kantonaler Instanzen zu begründen wären, vgl. Botschaft BGG, 4648.

<sup>109</sup> Indem in einer gewöhnlichen Gefährdungsmeldung auch ein konkludenter Antrag auf Schutzmassnahmen bzw. Errichtung einer Beistandschaft im Sinne von Art. 390 Abs. 3 ZGB gesehen wird.

<sup>110</sup> Soweit ersichtlich gibt es zu dieser expliziten Frage weder (höchstrichterliche) Rechtsprechung noch Stellungnahmen in der Literatur; vgl. bspw. COTTIER/STECK, FamPra.ch 2012, 981 ff., 991.

<sup>111</sup> M.E. verweist Art. 314 Abs. 1 ZGB nicht nur auf die formell ausgewiesenen Verfahrensbestimmungen von Art. 443 ff. ZGB (siehe aber Botschaft ESR, 7075, 7101), sondern der Verweis umfasst auch materielle Verfahrensbestimmungen ausserhalb des Zweiten Abschnitts (Art. 443 ff. ZGB).

<sup>112</sup> BSK ZGB I-MARANTA, Vor Art. 443-450g N 13; es besteht kein Anspruch mit Kopien bedient zu werden, aber das Recht Kopien anzufertigen, BGer 5A\_706/2013 E. 4.2. Das Einsichtsrecht erfordert ein Gesuch, die KESB kann aber auch von sich aus Akten zustellen, BGer 5A\_18/2015 E. 3.2.

<sup>113</sup> Vgl. bspw. OFK ZGB-FASSBIND, Art. 449b N 1, wonach bei privaten Interessen schwerwiegende absehbare Unannehmlichkeiten genügen, oder OGer BE 21.12.2017 (KES 17 734) E. 5.5, wonach drohende Belästigungen genügen, nicht aber lediglich Unannehmlichkeiten.

### 3. Berücksichtigung von nahestehenden Personen als Beistand

#### a) Rechtliche Ausgangslage

- 32 Art. 380 aZGB sah ein Vorrecht (aber schon seit Entstehung des ZGB keinen Rechtsanspruch<sup>114</sup>) von nahen Verwandten bzw. Ehegatten bei der Bestellung eines Vormundes vor, sofern keine wichtigen Gründe dagegen sprachen und vorbehältlich der Eignung sowie der Berücksichtigung der persönlichen und örtlichen Verhältnisse. Ebenso ging das Vorschlagsrecht des Betroffenen nach Art. 381 aZGB diesem Verwandtenvorrecht vor<sup>115</sup>. Das Vorrecht von Verwandten bei der Wahl des Vormundes gemäss Art. 380 aZGB stand (früh) in der Kritik durch Lehre (und Praxis)<sup>116</sup>. Es wurde dabei auch konstatiert, dass Verwandte häufig nicht für diese Aufgaben geeignet seien<sup>117</sup>. Wegen der fehlenden Legitimation der Verwandten im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren<sup>118</sup> hat sich das Bundesgericht kaum je zum materiellen Gehalt dieses altrechtlichen Vorrechts ausgesprochen. Immerhin betonte es im Jahre 2000<sup>119</sup> den auch in Art. 380 aZGB innewohnenden Grundsatz der Subsidiarität staatlicher Eingriffe, wobei es an den im Gesetz verankerten Vorbehalt erinnerte, wonach das Verwandtenvorrecht nur spiele, wenn keine wichtigen Gründe dagegenstünden. Art. 381 aZGB sah zudem ein Vorschlagsrecht nicht nur des Betroffenen, sondern auch von dessen Eltern vor. Aus diesem Vorschlagsrecht konnte aber kein Anspruch auf die Wahl der vorgeschlagenen Person abgeleitet werden, weshalb den Eltern auch kein geschütztes rechtliches Interesse zur Beschwerdelegitimation zugestanden wurde<sup>120</sup>. Das Bundesgericht hielt fest<sup>121</sup>, Art. 381 aZGB sei eine «*Vorschrift, die ausschliesslich im öffentlichen Interesse und nicht im privaten der Eltern des Mündels aufgestellt worden ist. Die Vormundschaft ist eine öffentliche Angelegenheit, und ihre Ausgestaltung lässt die persönliche Rechtsstellung der Eltern des Mündels unberührt (...).*».
- 33 Seit dem Inkrafttreten des Erwachsenenschutzrechts sieht Art. 401 Abs. 1 ZGB<sup>122</sup> vor, dass unter dem Vorbehalt der Eignung die Erwachsenenschutzbehörde einem *Vorschlag bzw. Wunsch des Betroffenen* für eine Vertrauensperson als Beistand zu entsprechen habe. Ebenfalls ist die Behörde nach höchstrichterlicher Rechtsprechung verpflichtet, den Betroffenen auf

<sup>114</sup> HANS MICHAEL RIEMER, Grundriss des Vormundschaftsrechts [1997], § 4 Rz. 130; vgl. schon EUGEN HUBER, in: REBER/HURNI (Hrsg.), Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bd. II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, N 716: «*Allein allen diesen Bestimmungen steht die freie Prüfung der Behörde gegenüber, die eine derart bezeichnete Persönlichkeit nur dann zu wählen hat, wenn sie nach ihrem Urteil als tauglich erfunden wird.*». Zu beachten ist, dass hingegen eine allgemeine Übernahmepflicht in Art. 382 aZGB vorgesehen war, wobei dies faktisch kaum durchgesetzt wurde.

<sup>115</sup> Vgl. LGVE 1974 III Nr. 16; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO [13. A.], § 52 Rz. 9.

<sup>116</sup> So ausführlich STAUFFER, ZVW 1957, 121 ff., insb. 126 ff.; BAUMANN, ZVW 1958, 2; vgl. auch bereits die kritischen Untertöne bei FALB, ZVW 1948, 12 ff.; CHK [1. Aufl.]-AFFOLTER/STECK/VOGEL, Art. 380/381 aZGB N 2; OFK ZGB [2006/2011]-HRUBESCH-MILLAUER, Art. 380 N 5; vgl. die aufgeführte Rechtsprechung in BK-SCHNYDER/MURER [1984], Art. 380/381 ZGB N 60 ff.; vgl. auch DELACHAUX, ZVW 1995, 29, wonach im Kanton Neuenburg in der Praxis grundsätzlich keine Verwandten ernannt wurden.

<sup>117</sup> BK-SCHNYDER/MURER [1984], Art. 380/381 ZGB N 26; ähnlich die Kritik auch in Deutschland (wo das Verwandtenvorrecht strikter gehandhabt wurde), vgl. die Hinweise bei DIEDERICHSEN, FS Keller, 9.

<sup>118</sup> BGE 117 Ia 506.

<sup>119</sup> BGer 5P.332/2000 E. 5.

<sup>120</sup> BGE 107 II 504 E. 3; 118 Ia 229 E. 2.

<sup>121</sup> BGE 107 II 504 E. 3.

<sup>122</sup> Zu dieser Bestimmung (und zu Art. 400 ZGB) gab es in der parlamentarischen Beratung keine einzige Wortmeldung, vgl. Amtl. Bull. SR 2007, 835; Amtl. Bull. NR 2008, 1522.



dieses Vorschlagsrecht hinzuweisen<sup>123</sup>. Gemäss Abs. 2 der nämlichen Bestimmung berücksichtigt sie zudem – soweit tunlich – Wünsche der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen. An sich wird seitens des Betroffenen für sein Vorschlagsrecht Urteilsfähigkeit verlangt<sup>124</sup>, doch sind gemäss einem Teil der Lehre (unklar die Rechtsprechung<sup>125</sup>) an diese keine hohen Anforderungen zu stellen<sup>126</sup>. Sofern die Eignung der betroffenenseits vorgeschlagenen Person feststeht, muss die Erwachsenenschutzbehörde diese Person ernennen, es besteht dann kein Ermessensspielraum mehr<sup>127</sup>. Auch kann nicht eine gewünschte geeignete Person abgelehnt werden, nur weil bspw. ein Berufsbeistand noch geeigneter wäre<sup>128</sup>. Die Ablehnung ist begründungspflichtig<sup>129</sup>.

Auch beim Vertrauensbeistand muss gemäss Art. 400 Abs. 1 ZGB die *Eignung in persönlicher und fachlicher Hinsicht*<sup>130</sup> für die betreffende Beistandschaft und die damit verbundenen Aufgaben bestehen, und die gewünschte Person muss auch über die entsprechenden zeitlichen Ressourcen verfügen, die Aufgaben selbst wahrzunehmen. Die persönliche Eignung ist insbesondere bei jenen Personen fraglich, bei denen (auch nur schon abstrakte<sup>131</sup>) Interessenkonflikte in Frage stehen<sup>132</sup>. Auch wenn aus einem verwandtschaftlichen oder freundschaftlichen Verhältnis noch nicht auf eine abstrakte Interessenkollision geschlossen werden kann<sup>133</sup>, so werden in der Lehre (mit Hinweisen auf die Praxis<sup>134</sup>) dennoch Verwandte als Beistände

<sup>123</sup> BGer 5A\_540/2013 E. 3.1.2 [nicht publ. E. von BGE 140 III 1]; auch die kantonale Rechtsprechung betont dies [i.c. sogar bei Mandatswechsel wegen organisatorischen Änderungen], vgl. OGer ZH 11.10.2017 (PQ170074), E. 5.

<sup>124</sup> Zu prüfen wäre, ob Art. 12 BRK sogar eine engere Bindung an den Wunsch der betroffenen Person gebietet, vgl. bspw. General Comment Nr. 1 BRK Rz. 17 («*persons with disabilities may choose one or more trusted support persons to assist them in exercising their legal capacity [...]*»). LIPP, Selbstbestimmung 2.0, 15, 20, sieht beim diesbezüglich vergleichbaren deutschen Recht keine Friktionen zur BRK. Bemerkenswert die Situation in Deutschland, wonach der Wunsch auch beachtlich ist, wenn die natürliche Einsichtsfähigkeit fehlt, GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, § 76 Rz. 51, mit dem Hinweis, dass das Kriterium des Wohls des Betroffenen als Korrektiv wirkt.

<sup>125</sup> BGer 5A\_904/2014 E. 2.2 führt zwar aus «*A cet égard [Ablehnung des vorgesehenen Beistands], il n'y a pas lieu de fixer des exigences élevées*», verweist aber nicht auf bisherige Rechtsprechung. M.E. geht das Bundesgericht von reduzierten Anforderungen hinsichtlich der Prozessfähigkeit/Urteilsfähigkeit nur dann aus, wenn gerade die Urteilsfähigkeit selbst Gegenstand der materiellen Beurteilung ist. Daraus muss aber nicht zwingend auf weniger hohe Anforderungen beim Vorschlagsrecht nach Art. 401 Abs. 1 ZGB geschlossen werden, in diese Richtung zeigend BGer 5A\_729/2015 E. 2.1.1 («*Der [...] zitierte Grundsatz bezieht sich auf die besondere Situation, dass Eintretens- und materielle Streitfrage identisch sind. Hier ist indessen nicht die Einschränkung der Handlungsfähigkeit im [...] Prozess strittig, sondern allein die Person des Prozessbeistandes.*»)

<sup>126</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 8 (allerdings unter Verweis auf u.a. vorgenannte, m.E. dies nicht bestätigende Entscheide); OFK ZGB-FASSBIND, Art. 401 N 2; ohne diese Einschränkung, CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 401 ZGB N 3; MEIER, Rz. 956 ff.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1170.

<sup>127</sup> Statt vieler BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 12; BGer 5A\_427/2017 E. 3; ähnlich die Empfehlung Nr. 3 Ziff. 1 des Kurzberichts KESCHA.

<sup>128</sup> OFK ZGB-FASSBIND, Art. 401 ZGB N 2.

<sup>129</sup> BGer 5A\_706/2017 E. 6.2; die Empfehlungen Nr. 3 Ziff. 1-3 des Kurzberichts KESCHA entsprechen deshalb bereits geltendem Recht.

<sup>130</sup> Vgl. statt vieler FASSBIND, 251 ff.

<sup>131</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 400 N 23; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1164.

<sup>132</sup> BGE 140 III 1 E. 4.2.; BGer 5A\_706/2017 E. 6.2.; vgl. auch Art. 12 Abs. 4 BRK, wonach gewährleistet werden muss, dass es bei der Unterstützung der Betroffenen nicht zu Interessenkollisionen kommt.

<sup>133</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 400 N 23.

<sup>134</sup> Offener aber KOKES-Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016 zu Angehörigen als Beistand, Ziff. 2 lit. e, wo keine grundsätzliche Skepsis gegenüber Angehörigen erkennbar ist,

vielfach grundsätzlich (auch wegen der fehlenden Distanz bzw. Unabhängigkeit<sup>135</sup>) als problematisch angesehen<sup>136</sup>. Auch das Bundesgericht hat jüngst<sup>137</sup> festgehalten, bei der Eignung einer nahestehenden Person müsse auch die gesamte Familienkonstellation berücksichtigt werden. Die Beistandschaft solle keinesfalls zur Folge haben, dass die familiären Beziehungen beeinträchtigt werden. Stehen Familienkonflikte im Raum, könne folglich ein Angehöriger auch deshalb als ungeeignet erscheinen, weil er von anderen Angehörigen abgelehnt wird und seine Ernennung einen Konflikt verstärken könnte<sup>138</sup>. Dabei spiele auch keine Rolle, wer letztlich für eine solche Entwicklung verantwortlich sei, sondern allein das Wohl des Verbeiständeten gebiete es, mit der Wahl eines solchen Beistands die ihn belastenden Familienkonflikte nicht noch zu verstärken. Vor allem bei steigendem inhaltlichem Komplexitätsgrad wird eine Berufsbeistandschaft empfohlen, auch weil die Anforderungen in fachlicher Hinsicht ansteigen<sup>139</sup> (wozu bspw. auch das Wissen über die Anspruchsverfolgung von Sozialleistungen oder die Nutzbarmachung von privaten Unterstützungsangeboten gehört<sup>140</sup>). Eine solche Präferenz wird auch vom Bundesgericht geschützt<sup>141</sup>. Dem Gesetzgeber war ebenfalls bewusst<sup>142</sup>, dass aufgrund der Komplexität vieler Betreuungsaufgaben der Einsatz von Privatpersonen beschränkt bleibt, selbst wenn diese gut auf ihre Aufgabe vorbereitet und während der Ausübung ihres Amtes begleitet werden, wie dies in Art. 400 Abs. 3 ZGB vorgesehen ist<sup>143</sup>.

- 35 Die nahestehenden Personen können sich auch über Art. 401 Abs. 2 ZGB einbringen, wonach Wünsche der Angehörigen oder nahestehenden Personen, soweit tunlich, zu berücksichtigen sind. Die betreffenden Personen können sich auch selbst vorschlagen<sup>144</sup>. Die Bestimmung soll

---

<[https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen\\_Angehoerige\\_als\\_Bei-stand\\_d.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen_Angehoerige_als_Bei-stand_d.pdf)> (besucht am 21.1.2019).

<sup>135</sup> Exemplarisch KGer FR 14.4.2015 (106 2015 26) E. 2a: «*les relations avec la parenté comportent aussi une dimension émotionnelle – positive ou source de conflits –, ce qui ne permet pas au curateur de prendre la distance suffisante par rapport aux événements et l’empêche de prendre les décisions pertinentes et allant dans le sens des intérêts de la personne à protéger.*»; vgl. auch die Beispiele bei FASSBIND, 252, 258 sowie Fn. 580 («*besondere(n) Problematik der Eignung nahestehender Personen*»).

<sup>136</sup> PraxKomm Erwachsenenschutz-HÄFELI, Art. 401 ZGB N 3; HÄFELI, Rz. 21.26; FASSBIND, 252, 258; DELACHAUX, ZVW 1995, 21, 29 [zum alten Recht]; vgl. auch bereits DISCHLER, 101 Fn. 236 m.w.H. in Fn. 235, wonach die Gefahr zu grosser Rücksichtnahme auf den Willen des Betroffenen und auf innerfamiliäre Situationen darum «*oft Angehörige/Verwandte [...] zur Vormundschaftsführung ungeeignet [macht]*». Ganz anders die Befürworter einer konsequenten Umsetzung von Art. 12 BRK und des «supported decision-making», vgl. bspw. ARSTEIN-KERSLAKE, 85: «*The goal of the supported decision-maker is to do everything in her power to not impose her own will and preferences on the individual whom she is supporting.*». Dass aber eine (zu) konsequente Umsetzung des supported decision-Modells die Gefahr übermässigen Einflusses erhöht, wird in der Literatur ebenfalls ange-mahnt, vgl. die Hinweise bei SCHOLTEN/GATHER, Journal of Medical Ethics, Volume 44, Issue 4, Fn. 24-26.

<sup>137</sup> BGer 5A\_427/2017 E. 3.2.

<sup>138</sup> So auch OGer BE vom 8.11.2017 (KES 17 512), Rz. 36; KGer FR 14.4.2015 (106 2015 26) E. 2a.

<sup>139</sup> CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 400 ZGB N 5; Handbuch KES-FREY/PETER, Rz. 356; OFK ZGB-FASSBIND, Art. 400 N 1; MEIER, Rz. 945; HÄFELI, Rz. 21.09.

<sup>140</sup> Vgl. ausführlich Handbuch KES-MÖSCH PAYOT, Rz. 445 ff.; ROSCH, Rz. 398, der von Kenntnissen über «Kooperationspartner» spricht.

<sup>141</sup> BGer 5A\_699/2013 E. 4; BGer 5A\_691/2013 E. 2.1.

<sup>142</sup> Botschaft ESR, 7050; Bericht VE, 43; Vernehmlassung Zusammenstellung, 203 (Kanton BE).

<sup>143</sup> FASSBIND, 255, sieht diese Schnittstelle und die Kooperation zwischen KESB und privaten Amtsträgern als essentiellen Faktor bei der Verwirklichung der Ziele des Erwachsenenschutzes.

<sup>144</sup> CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 401 ZGB N 4.

die Kenntnisse der nahestehenden Personen fruchtbar machen, um einen geeigneten Beistand zu finden<sup>145</sup>, sie steht deshalb im individuellen Interesse der verbeiständeten Person bzw. einem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Erwachsenenschutz und nicht im Interesse der nahestehenden Personen selbst<sup>146</sup>. Auch wenn damit mangels rechtlich geschützten Interesses das Nichteinholen von entsprechenden Wünschen keine Verletzung eines rechtlichen Gehörsanspruchs darstellt bzw. dies umstritten ist<sup>147</sup>, so postuliert doch die Lehre<sup>148</sup>, die Behörde habe den in Art. 401 Abs. 2 ZGB aufgeführten Personen Gelegenheit zu geben, ihre Wünsche äussern zu können. Bereits der Wortlaut der Bestimmung («*Soweit tunlich*», «*berücksichtigt*» statt «*entspricht*») macht klar, dass die Behörde ein grosses Ermessen beim (zu begründenden) Entscheid hat, ob dem Vorschlag gefolgt werden soll<sup>149</sup>. Ihr steht es frei, eine (z.B. wegen der Komplexität der Aufgaben) besser geeignete Person (bspw. auch einen Berufsbeistand) vorzuziehen, wobei auch mitzuberücksichtigen ist, dass eine Beistandsperson aus dem sozialen Umfeld die Akzeptanz der Massnahme erhöhen kann<sup>150</sup>.

Hinzuweisen ist an dieser Stelle, dass das Gesetz zwar bei der *Errichtung der Beistandschaft* nahestehende Personen aufführt, diese aber bei den Bestimmungen über die *Führung der Beistandschaft* (Art. 405-414 ZGB) nicht erwähnt. Ihnen steht aber die Möglichkeit offen, gemäss Art. 419 ZGB gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands die Erwachsenenschutzbehörde anzurufen. Zu bedenken ist, dass der Beistand gemäss Art. 413 Abs. 2 ZGB zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Verschwiegenheitspflicht stellt eine zentrale Voraussetzung dar, um das nach Art. 406 Abs. 2 ZGB geforderte Vertrauensverhältnis zur verbeiständeten Person aufzubauen<sup>151</sup>. Eine Information von Dritten, wozu auch Angehörige oder Nahestehende gehören, ist gemäss Art. 413 Abs. 2 und 3 ZGB nur mit ausdrücklichem Einverständnis der (urteilsfähigen) verbeiständeten Person<sup>152</sup>, bei überwiegenden Interessen, in begrenztem Umfang (nämlich nur über den Umstand der Beistandschaft) zum Zwecke der gehörigen Aufgabenerfüllung oder bei Vorliegen von gesetzlichen Auskunftsrechten<sup>153</sup> (wie bei Ehegatten/eingetragenen Partnern) zulässig. Obwohl diese gesetzlichen Voraussetzungen an sich sehr eng gefasst sind, wird ein Offenbarungsrecht angenommen, soweit damit die Wirksamkeit der Massnahme zum Wohl der betroffenen Person erhöht oder die zusätzliche Unterstützung ermöglicht werden kann<sup>154</sup>. Eine andere, das Informationsbedürfnis von nahestehenden Personen akzentuierende Lösung wäre m.E. mit dem

36

<sup>145</sup> Botschaft ESR, 7050.

<sup>146</sup> BGer 5A\_729/2015 E. 2.2.3.

<sup>147</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 27; a.M. MEIER, Rz. 965; CHK-FOUNTOLAKIS, Art. 401 ZGB N 8.

<sup>148</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 27; MEIER, Rz. 965; CHK-FOUNTOLAKIS, Art. 401 ZGB N 8; a.M. OFK ZGB-FASSBIND, Art. 401 N 3, der nur eine Orientierungspflicht über die bevorstehende Massnahme bejaht, aber eine Hinweispflicht auf die Möglichkeit nach Art. 401 Abs. 2 ZGB verneint.

<sup>149</sup> Statt vieler OFK ZGB-FASSBIND, Art. 401 N 3.

<sup>150</sup> OFK ZGB-FASSBIND, Art. 401 N 3; BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 19; vgl. zu dieser vermuteten Wirkung auch GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, § 76 Rz. 50.

<sup>151</sup> ROSCH, Rz. 490.

<sup>152</sup> FHB ESR-HUBER, Rz. 22.122.

<sup>153</sup> FHB ESR-HUBER, Rz. 22.124.

<sup>154</sup> OFK ZGB-FASSBIND, Art. 413 N 2 f.; BSK ZGB I-AFFOLTER, Art. 413 N 9 führt Informationen über Auffälligkeiten oder Bedürfnisse gegenüber Dritten an, die «*mit der nötigen Diskretion*» [sic!] die Arbeit des Beistandes unterstützen können; die Botschaft ESR, 7055, erwähnt (ohne weitere Begründung) das Beispiel, dass eine Beiständin einer geistig behinderten Person die Eltern über wichtige Ereignisse orientieren dürfe (hier bestünde aber eine gesetzliche Anspruchsgrundlage, einerseits über die elterliche Sorge bzw. Art. 275a ZGB bei Eltern ohne elterliche Sorge).

Selbstbestimmungsrecht und dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht vereinbar, auch wenn dies zuweilen für Angehörige vermutungsweise nicht einfach nachvollzogen werden kann. Die Herausforderung des Beistandes liegt deshalb darin, den nahestehenden Personen die massgebenden Wertungen (Wohl, Selbstbestimmungsrecht und Persönlichkeitsrecht des Betroffenen) zu vermitteln und das Verständnis dafür zu fördern. Dabei kann in Erinnerung gerufen werden, dass völlig unabhängig von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen auch sonst keine Auskunftsansprüche zu Gunsten von nahestehenden Personen bestehen, vorbehaltlich der Auskunftsansprüche zwischen Ehegatten oder minderjährigen Kindern und Eltern. Das Erwachsenenschutzrecht kann nicht Ansprüche statuieren, welche sonst zwischen diesen Personen nicht bestehen würden.

- 37 Die Rechtslage in *Deutschland* hinsichtlich der Ernennung des Beistandes ist mit jener in der Schweiz vergleichbar. § 1897 Abs. 4 BGB sieht vor, dass einem Vorschlag des Betroffenen zu entsprechen ist, wenn dies nicht dem Wohl des Betroffenen zuwiderläuft<sup>155</sup> und keine Interessenkollision<sup>156</sup> besteht. Einem Vorschlag kann von vorneherein nur gefolgt werden, wenn der Betreuer geeignet ist<sup>157</sup>. Auch in Teilen der deutschen Lehre werden in Bezug auf die persönliche Eignung in bestimmten Fallkonstellationen Verwandte als Betreuer grundsätzlich als problematisch angesehen<sup>158</sup>. Sofern kein Vorschlag des Betroffenen existiert, muss gemäss § 1897 Abs. 5 BGB auf die verwandtschaftlichen (Eltern, Kindern, Ehegatten oder Lebenspartner) und sonstigen Bindungen (Lebensgefährten, Freundeskreis) Rücksicht genommen werden. Ein eigentlicher Anspruch dieser Personen ergibt sich daraus nicht, aber Art. 6 Abs. 1 GG gebiete eine bevorzugte Berücksichtigung der Familienangehörigen<sup>159</sup>.
- 38 In *Österreich* kann seit Inkrafttreten (1.7.2018) des neuen Erwachsenenschutzrechts nach § 264 ABGB ein Betroffener trotz geminderter Entscheidungsfähigkeit<sup>160</sup> selbst eine nahe stehende Person als Vertreter bestimmen (sog. gewählter Erwachsenenvertreter), sofern er zumindest in den Grundzügen Bedeutung und Folgen einer Bevollmächtigung versteht. Die Wahl bleibt begrenzt auf Personen, die zum Betroffenen in einem gewissen Vertrauensverhältnis stehen, bspw. Angehörige, Freunde oder auch Nachbarn<sup>161</sup>. Auch hier erfolgt aber insofern eine Eignungsprüfung, als kein Hinderungsgrund nach § 243 ABGB vorliegen darf<sup>162</sup>. Eine

<sup>155</sup> GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, § 76 Rz. 50.

<sup>156</sup> Wofür konkrete Hinweise vorliegen müssen, eine abstrakte Gefahr genügt nicht, Staudinger/BIENWALD, § 1897 BGB N 16.

<sup>157</sup> NomosKomm-HEITMANN, § 1897 BGB N 42; Staudinger/BIENWALD, § 1897 BGB N 20.

<sup>158</sup> NomosKomm-HEITMANN, § 1897 BGB N 20 m.w.H. nennt Eltern/Kind-Situationen sowie Angehörige von Sucht- oder psychisch Kranken; a.M. Staudinger/BIENWALD, § 1897 BGB N 29, wonach die Anforderungen an die persönliche Eignung nicht überspannt werden dürften, denn niemand habe Anspruch an die Gesellschaft auf «*die bestmögliche und völlig problemfreie Besorgung seiner Angelegenheiten mit einer reibungslos funktionierenden persönlichen Betreuung*», vgl. aber auch seine Hinweise auf die diesbezüglich skeptische Rechtsprechung bei N 64 ff.

<sup>159</sup> BVerfG FamRZ 2006, 1509, allerdings nur bezogen auf die Betreuung eines volljährigen Kindes durch die Eltern; MüKomm/SCHWAB, § 1897 BGB N 33; GERNHUBER/COESTER-WALTJEN, § 76 Rz. 52, auch Ehegatten/Lebenspartner einschliessend, aber auch mit dem Hinweis, es müsse weiterhin eine Gesamtbeurteilung vorgenommen werden.

<sup>160</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP, 38; SCHAUER, iFamZ 2017, 152, spricht sogar von im Regelfall stark reduzierter Entscheidungsfähigkeit.

<sup>161</sup> ErlRV 1461 BlgNR 25. GP, 39.

<sup>162</sup> Die Eignung ist nach § 243 Abs. 1 Ziff. 2 ABGB zu verneinen, wenn jemand eine dem Wohl des Betroffenen förderliche Ausübung der Vertretung nicht erwarten lässt, was gegeben sein kann, wenn der Betroffene unter Druck gesetzt wurde oder eine Beeinflussung ganz offensichtlich ist, ErlRV 1461

professionelle Ausübung ist nicht vorgesehen<sup>163</sup>. Auch der gewählte Erwachsenenvertreter unterliegt einer regelmässigen pflegeschäftsgerichtlichen Kontrolle<sup>164</sup>. Dieses neue Vertretermodell wurde eingeführt, um die Zufriedenheit und Akzeptanz von Betroffenen zu erhöhen, wurde doch die altrechtliche Einsetzung eines Vertreters nicht selten als «Entmündigung» empfunden<sup>165</sup>. Die Möglichkeit des gewählten Erwachsenenvertreters dürfte sich im Ergebnis als ein Vorrecht nahestehender Personen bei der Vertreterwahl auswirken, wobei die (gesetzlich enger als in der Schweiz gefassten<sup>166</sup>) Eignungshinderungsgründe und die gerichtliche Kontrolle zum Schutz der Betroffenen als Korrektiv wirken.

#### *b) Nahestehende Personen als Beistände in der Rechtspraxis*

Gesamtschweizerische Daten darüber, wie oft nahestehende Personen bzw. Angehörige als Beistände eingesetzt werden, existieren nicht. Kantonale Kennzahlen zeigen jedoch einen Anteil von privaten Amtsträgern bei Erwachsenenbeistandschaften von 30-40%<sup>167</sup> bzw. 15-25% Verwandtenbeistände<sup>168</sup>, was von der Grössenordnung her mit weiteren Hinweisen korrespondiert<sup>169</sup>. Erhebungen in Deutschland, welches einen ähnlichen Regelungsrahmen kennt (oben Rz. 37), weisen einen Anteil von ca. 30% von Verwandtenbetreuern aus<sup>170</sup>. Auch in Österreich wird festgestellt, vor allem in städtischen Bereichen würden nahe Angehörige nicht

39

---

BlgNR 25. GP, 23. Nach Ziff. 3 mangelt es an der Eignung, wenn der Vertreter in einem Abhängigkeitsverhältnis oder in einer vergleichbar engen Beziehung zu einer Einrichtung steht, in der sich die volljährige Person aufhält oder von der diese betreut wird.

<sup>163</sup> ZIERL/SCHWEIGHOFER/WIMBERGER, Rz. 404; ErIRV 1461 BlgNR 25. GP, 39.

<sup>164</sup> ZIERL/SCHWEIGHOFER/WIMBERGER, Rz. 442; FERRARI/GUGGENBERGER, FamRZ 2017, 1470.

<sup>165</sup> ErIRV 1461 BlgNR 25. GP, 39.

<sup>166</sup> Dies wird angesichts der spärlichen Literatur und Rechtsprechung vermutet, auch wenn mangelnde Verlässlichkeit und Interessenkollision ebenfalls als Hinderungsgründe qualifiziert werden, Rummel/Lukas-STABENTHEINER, § 273, 274 ABGB N 3.

<sup>167</sup> Siehe für ZH KESB-Kennzahlen Kanton Zürich Bericht 2017, 12, <[https://www.kesb-zh.ch/sites/default/files/attachments/kesb-kennzahlen\\_bericht\\_2017.pdf](https://www.kesb-zh.ch/sites/default/files/attachments/kesb-kennzahlen_bericht_2017.pdf)> (besucht am 21.1.2019). Als private Amtsträger werden betrachtet Angehörige, Bekannte aus dem sozialen Umfeld und Privatpersonen, die freiwillig oder aufgrund der Amtspflicht einzelne Mandate führen. Demgegenüber gehören zu den Fachbeiständ/innen Anwältinnen und Anwälte, freiberuflich tätige Fachpersonen (z.B. Treuhänder/innen) oder Mitarbeitende einer Fachberatungsstelle (z.B. Pro Senectute). Dies deckt sich bspw. auch mit Schätzungen in der Lehre, FamKomm Erwachsenenschutz-HÄFELI, Art. 400 ZGB N 7 (zwei Drittel Berufsbeistände); Wirkungsbericht KES SG, 32 (36-51%); Studie Interface, 58.

<sup>168</sup> So bestanden im KESB-Kreis Liestal (BL) im 2017 546 Beistandschaften im Erwachsenenschutz, wovon 248 Beistandschaften von privaten Mandatsträgern geführt wurden und davon wiederum waren 50% Verwandte, Auskunft Co-Leiterin KESB Liestal vom 29.8.2018. Dies entspricht einem Anteil von 22.7% der gesamten Beistände. Im Kanton Bern bestehen 17'433 Erwachsenenbeistandschaften. Davon werden 4939 Mandate von privaten Mandatsträgern geführt, mithin 28.3%. Geschätzt dürften davon 50% (auf die Gesamtzahl an Beistandschaften gerechnet damit ca. 14%) Verwandte als Beistände amten; Auskunft Präsidentin KESB Bern.

<sup>169</sup> Vgl. bspw. Kanton AG, wonach ein Drittel Privatbeistände seien, oft Familienangehörige, <[www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails\\_64647.jsp](http://www.ag.ch/de/weiteres/aktuelles/medienportal/medienmitteilung/medienmitteilungen/mediendetails_64647.jsp)> (besucht 5.2.2019); Kanton GR auch ein Drittel Privatbeistände, <[www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/PV/Seiten/20180214Dosch13.aspx](http://www.gr.ch/DE/institutionen/parlament/PV/Seiten/20180214Dosch13.aspx)> (besucht 5.2.2019); im Kanton NE betrug der Anteil an Privatbeiständen (Verwandte nicht ausgewiesen) 54%, vgl. Folie 3 der Séance d'information aux curateurs privés, <<https://www.ne.ch/Recherche/pages/results.aspx?k=curateur>> (besucht 5.2.2019); vgl. auch die aufgeführten Anteile an Privatbeiständen in LU, ZG und SG im Bericht der Luzerner Zeitung vom 26.7.2016, <<https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/beistand-luzerner-kesb-sucht-mehr-freiwillige-ld.98852>> (besucht 5.1.2019).

<sup>170</sup> Vgl. die Hinweise bei juris PraxKomm BGB/BIEG, § 1897 N 5.

ausreichend zur Verfügung stehen<sup>171</sup>. Anzuführen bleibt, dass in der Schweiz seit einigen Jahren vereinzelt Bestrebungen existieren, Beistandschaften durch Personen des sozialen Nahraums zu besetzen<sup>172</sup> bzw. die Rekrutierung von Privatbeiständen zu forcieren<sup>173</sup>.

- 40 Aufgrund der Gespräche mit den Behördenvertretern entsteht der Eindruck, dass das Vorschlagsrecht der Betroffenen sehr ernst genommen wird und standardmässig der Hinweis auf diese Möglichkeiten erfolgt<sup>174</sup>. Bei familiären Konfliktsituationen ergibt sich eher das Bild einer differenzierten Herangehensweise als jenes einer grundlegenden Ablehnung. Betont wurde, massgebend seien die Intensität und das Blockadepotential der Streitigkeiten, die Haltung des Betroffenen sowie die Prognose darüber, wie sich die Ernennung auf den Konflikt auswirken wird. Verwandtenbeistandschaften würden sich v.a. eignen bei der erstreckten elterlichen Sorge oder bei Altersbeistandschaften, die durch die Kinder der Betroffenen übernommen werden. Hingegen sei bei Suchtkrankheiten oder psychischen Erkrankungen in der Regel eine Überforderung der Angehörigen zu erkennen<sup>175</sup>. Zuweilen seien die Privatbeistände auch mit Akzeptanz- bzw. Durchsetzungsproblemen gegenüber dem Betroffenen und auch Dritten konfrontiert. Auch eher schlechte Erfahrungen würden gemacht, wenn die finanzielle familiäre Situation konfliktbeladen sei. Ebenfalls wird bei Verwandtenbeiständen das erhöhte Risiko von Schadenfällen angesprochen, weil bspw. die Beantragung von möglichen staatlichen Leistungen unterblieben sei. Der (Kosten)Aufwand der fachlichen Unterstützung von Privatbeiständen (Art. 400 Abs. 3 ZGB<sup>176</sup>) sei teilweise beträchtlich<sup>177</sup>. Schliesslich wurde in Erinnerung gerufen, auch bei einer Berufsbeistandschaft sei das familiäre Netzwerk als Ressource gefragt und wichtig. Weil letztlich jeder Einzelfall anders sei, in den allermeisten Fällen ohnehin kein funktionierendes soziales Netzwerk bestehe und die Stellung als nahestehende Person alleine keine Vermutung einer fachlichen und persönlichen Eignung rechtfertige, sprechen sich alle behördlichen Interviewpartnerinnen und -partner gegen eine gesetzliche Vorrangregelung aus. Von Kritikern wird angeführt, Berufsbeistände mit zahlreichen Mandaten hätten kaum Zeit für die Betroffenen, weshalb nahestehende Personen, welche jeweils nur eine Person betreuen würden, vorzuziehen seien. Auch wird postuliert, die Behörden würden bei nahestehenden Personen in den Aufbau eines entsprechenden Vertrauensverhältnisses zu wenig investieren.

<sup>171</sup> Vgl. ErlRV 1461 BlgNR 25. GP, 3.

<sup>172</sup> Vgl. MOSER, ZVW 2009, 95 ff.; gemäss Auskunft der KESB BS soll dies weiter durch ein Projekt Quartierbeistände gefördert werden.

<sup>173</sup> Vgl. in Bezug auf den Kanton Waadt die erfolgreiche Sensibilisierungskampagne <<https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-des-institutions-et-de-la-securite-dis/office-des-curatelles-et-tutelles-professionnelles-octp/actualites/news/la-campagne-de-recrutement-de-curateurs-prives-volontaires-a-suscite-un-vif-interet-et-des-vocations/>> (besucht am 5.2.2019); vgl. auch in Bezug auf den Kanton LU der Bericht der Luzerner Zeitung vom 26.7.2016, <<https://www.luzernerzeitung.ch/zentralschweiz/luzern/beistaende-luzerner-kesb-sucht-mehr-freiwilige-ld.98852>> (besucht 5.1.2019).

<sup>174</sup> Vgl. auch die unvoreingenommene Haltung im KOKES-Merkblatt und Empfehlungen vom November 2016 zu Angehörigen als Beistand, Ziff. 2, <[https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen\\_Angehoerige\\_als\\_Beistand\\_d.pdf](https://www.kokes.ch/application/files/4714/8049/1109/Empfehlungen_Angehoerige_als_Beistand_d.pdf)> (besucht am 21.1.2019).

<sup>175</sup> Erwähnt wird auch, dass bei jungen Erwachsenen nicht selten verlangt werde, die Eltern nicht zu kontaktieren oder als Beistände in Erwägung zu ziehen.

<sup>176</sup> Vgl. auch das diesem Zweck dienende priMa Modell-Handbuch der KOKES für Private Mandatsträger/innen, <<https://www.kokes.ch/de/publikationen/prima-modell-handbuch>> (besucht am 21.1.2019).

<sup>177</sup> Siehe auch OFK ZGB-FASSBIND, Art. 400 ZGB N 4 («*nicht zu unterschätzende Ressourcen*»), Wirkungsbericht KES SG, 32, wonach erhebliche zusätzliche Ressourcen für die Unterstützung der privaten Beistände geschaffen wurden.

Verwandte seien nicht unbedingt weniger geeignet, aber es bedürfe eines grösseren Aufwandes, sie zu unterstützen, weshalb auch deswegen diese als Beistände abgelehnt würden.

*c) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs*

Solange die Unterstützung und das Wohl des Schutzbedürftigen als zentrale Funktionen des Erwachsenenschutzrechts ernst genommen werden, kann an der (fachlichen und persönlichen) Eignung des möglichen Beistands als sine qua non seiner Ernennung nicht gerüttelt werden. Jegliches Vorrecht nahestehender Personen ohne Vorbehalt der Eignung würde dieses Ziel markant schwächen, zumal nicht erkennbar ist, auf welche sonstigen Wertungen in der Rechtsordnung sich eine derart vorgenommene Interessenabwägung zwischen Schutz des Betroffenen einerseits und individuellen Vorrechten des Dritten andererseits abstützen könnte (oben Rz. 11 f.). Der bestehende Art. 401 Abs. 1 ZGB tariert m.E. die beiden im Erwachsenenschutzrecht vorherrschenden Prinzipien des Schutzes des Hilfsbedürftigen und des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen in vorbildlicher Weise aus. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist diesbezüglich nicht ausgewiesen. Gleiches gilt grundsätzlich für das Vorschlagsrecht von Nahestehenden. Gerät es in Konflikt mit dem Vorschlagsrecht des Betroffenen, ist letzterem der Vorrang einzuräumen, anderenfalls das Selbstbestimmungsrecht in unzulässigerweise beschnitten würde. Bei Fehlen eines Vorschlags des Betroffenen wäre eine Verstärkung der Position von Nahestehenden lediglich insofern denkbar, als auch hier nur die Geeignetheit die Grenze darstellen würde, der Ermessensspielraum also insofern eingeschränkt würde, als die Behörde eine vorgeschlagene geeignete Person nicht mehr deswegen ablehnen könnte, wenn eine noch besser geeignete Person zur Verfügung stünde, die Situation deren Ernennung aber nicht erfordert. Der Gesetzgeber würde diesfalls Abstriche am möglichen Schutz vornehmen (es ist nicht der für die vorliegende Konstellation am besten geeignete Beistand zu ernennen, sondern eine nur geeignete, aber nahestehende Person). Diese Relativierung einer der zentralen Anliegen des Erwachsenenschutzes würde allein zu Gunsten von nahestehenden Personen erfolgen, denen die sonstige Rechtsordnung diese nicht fremdnützigen<sup>178</sup> Privilegien ausserhalb des Kernfamilienbereichs in der Regel nicht einräumt (oben Rz. 9 ff.). Sollte der Gesetzgeber aus rechtspolitischen Überlegungen davon abweichen, müsste m.E. diese Besserstellung zwingend auf den (gelebten) Kernfamilienbereich<sup>179</sup> begrenzt bleiben.

41

Bei einem Vorrang von nahestehenden Personen stellen sich auch heikle Fragen in Bezug auf die in Art. 454 ZGB vorgesehene Haftung des Kantons für behördliche Massnahmen<sup>180</sup>. Je mehr die Freiheit der kantonalen Behörden eingeschränkt wird, geeignete Personen als Beistände auszuwählen, desto fragwürdiger ist eine direkte Kausalhaftung des Staates für das sorgfaltswidrige Verhalten jener Beistände, deren Auswahl

42

<sup>178</sup> Es kann nicht von Fremdnützigkeit gesprochen werden, wenn das Vorrecht von nahestehenden Personen im Ergebnis die Ernennung eines geeigneteren Beistands verhindert.

<sup>179</sup> Also im Verhältnis Eltern/Kinder, Ehegatten, eingetragene Partner und faktische Lebenspartner. Ob auch (Voll?)Geschwister einzubeziehen wären, ist schwierig zu beurteilen. Dafür sprechen würde Art. 420 ZGB, dessen Aufzählung eine gesellschaftliche Wertung dieser Angehörigen widerspiegelt (OFK ZGB-FASSBIND, Art. 420 ZGB N 1; vgl. auch die Vertretungskaskade von Art. 378 Abs. 1 ZGB, mit Geschwistern an letzter Stelle). Dagegen spricht, dass im Erbrecht Geschwister nicht pflichtteilsberechtigt sind und auch sonst Geschwistern kaum Ansprüche eingeräumt werden (Ausnahme Anspruch auf persönlichen Verkehr über Art. 274a ZGB oder Art. 286a quater Abs. 1 ZGB bzgl. zukünftiger Adoptivgeschwister).

<sup>180</sup> Statt vieler vgl. STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Rz. 1278 ff.; MEIER, Rz. 301 ff.

er kaum mehr beeinflussen könnte und bei deren Überwachung Einschränkungen gesetzlich (Art. 420 ZGB) vorgesehen sind<sup>181</sup>. Eine grosse Sorgfalt in der Auswahl des Beistands reduziert die Wahrscheinlichkeit von Schadens- bzw. Staatshaftungsfällen<sup>182</sup>.

- 43 Allenfalls denkbar wären Feinjustierungen in untergeordneten Bereichen und auf der Ebene der Behördenpraxis bzw. Rechtsprechung. (i) Kritisch zu hinterfragen wäre an sich die teilweise in Lehre und Rechtsprechung aufscheinende grundsätzliche Ablehnung von Familienangehörigen, weil es ihnen (der Natur nach) an der nötigen Distanz und Unabhängigkeit mangle. Aufgrund der Gespräche, der entsprechenden Empfehlungen des Behördenverbands sowie des Umstandes, dass bspw. in Deutschland der Anteil von Verwandtenbeiständen ähnlich hoch ist, ergeben sich m.E. zumindest keine klaren Indizien für eine solche Voreingenommenheit auch in der Behördenpraxis. Nicht ausgeschlossen werden kann, dass hier in den letzten Jahren eine gewisse Sensibilisierung und Entwicklung stattgefunden hat. Dies zu Recht, weil eine grundsätzliche Skepsis hin zur Voreingenommenheit nicht sachgerecht erscheint. Nahestehenden Personen ist immanent, dass sie eine gewisse emotionale Nähe zur verbeiständeten Person aufweisen, was nicht per se als negativ und als mangelnde Eignung zu qualifizieren ist<sup>183</sup>. Der erwähnte Wandel in der Einstellung der Behörden ist deshalb zu begrüssen. Zu bedenken ist aber, dass einem gesellschaftspolitischen Postulat der vermehrten Berücksichtigung von nahestehenden Personen als Beistände eine verstärkte gesellschaftliche Fehler-Akzeptanz gegenüberstehen müsste. Wer die fachliche und persönliche Eignung als Voraussetzung zu Gunsten der sozialen Nähe als Kriterium relativieren will, muss mit dem erhöhten Risiko suboptimaler Mandatsführung leben können. (ii) Des Weiteren wäre zu bedenken, ob in Bezug auf das Vorschlagsrecht des Betroffenen wirklich (auch mit geringen Anforderungen) Urteilsfähigkeit gefordert ist, weil das Kriterium der Geeignetheit ohnehin als Korrektiv wirkt<sup>184</sup>. (iii) Schliesslich könnte zur Diskussion gestellt werden, ob und inwiefern nahestehende Personen bei der Führung der Beistandschaft vermehrt miteinbezogen werden könnten. Unabdingbar ist wegen der Verschwiegenheitspflicht (oben Rz. 36) die Einwilligung des Betroffenen, dann ist aber der Einbezug auch unter der aktuellen Rechtslage ohne weiteres möglich, weshalb keine Gesetzesänderung notwendig ist. Soweit der Betroffene infolge fehlender Urteilsfähigkeit nicht einwilligungsfähig ist, kann ein Einbezug und die damit regelmässig verbundene Offenlegung intimer und privater Belange nur dann gerechtfertigt sein, wenn eine Interessenabwägung höherwertige Interessen ausweisen kann. Mittels generell-abstrakter Regelung die Angehörigeninteressen an Teilhabe per se höher zu gewichten, ist mit den auch verfassungsrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechten nicht vereinbar. Es ist deshalb nicht zu empfehlen, hier gesetzgeberisch einzugreifen.

<sup>181</sup> Direkte Staatshaftung stellt grundsätzlich eine Organisationshaftung dar, vgl. MOOR, Bd. II, 831 f.; GROSS, 4; die Rechtfertigung der Haftung liegt in der dem Staat als Arbeitgeber obliegenden Sorgfalt in der Auswahl, Instruktion und Überwachung des Personals, JAAG, Rz. 45; FamKomm Erwachsenenschutz-GEISER, Art. 454 ZGB N 6 a.E.

<sup>182</sup> Exemplarisch dazu das Rundschreiben und die Empfehlung des Walliser Staatsrats an die KESB-Präsidien vom 13. Dezember 2018, <<https://www.vs.ch/documents/233551/234817/Nomination+du+curateur+-+Exercice+de+la+curatelle.pdf/022c9d4c-3682-4957-a7fd-a6cca409ca64>> (besucht am 8.2.2019).

<sup>183</sup> Bantekas/Stein/Anastasiou-SERIES/NILSON, Art. 12 CRPD Rz. 6.2. m.w.H., weisen bspw. darauf hin, dass eine solche Nähe ein notwendiges Element für das System eines «supported decision-making regime» sei.

<sup>184</sup> Wie im deutschen Recht, vgl. oben Fn. 124.



*d) Überlegungen zu normativen Änderungen*

Aufgrund der erwähnten Schlussfolgerungen besteht kein Regelungsbedarf, weshalb sich weiterführende Überlegungen zu Änderungen erübrigen. 44

#### 4. Berücksichtigung von nahestehenden Personen beim Platzierungsort für Kinder

##### a) Rechtliche Ausgangslage

- 45 Art. 310 ZGB sieht bei einem Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts vor, dass das Kind «in angemessener Weise unterzubringen ist». Verwandte oder sonst nahestehende Personen des Kindes werden als Fremdplatzierungsort im ZGB nicht ausdrücklich aufgeführt, hingegen Pflegefamilien (im gleichen Art. 310 ZGB in Abs. 3), worunter auch die Unterbringung bei nahestehenden Personen subsumiert werden kann<sup>185</sup>, oder Einrichtungen (vgl. Art. 314b ZGB). Auch in der Literatur wird die Möglichkeit der Unterbringung bei Verwandten nicht übermässig thematisiert<sup>186</sup>. Der Platzierungsort hat sich allein am Wohl des Kindes<sup>187</sup> und an der spezifischen Gefährdungslage<sup>188</sup> zu orientieren. Massgebend sind die konkreten Erziehungs- und Pflegebedürfnisse<sup>189</sup>, wobei auch dem Kriterium der Kontinuität oder der besonderen Eignung einer Institution Rechnung zu tragen ist<sup>190</sup>. Eine abstrakte Gefahr aufgrund von potentiellen Rollenkonflikten von Verwandten genügt aber nicht für eine Ablehnung von Verwandten als Unterbringungsort<sup>191</sup>. Auch wenn die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität von Kindesschutzmassnahmen gebieten, die familiären Kontakte zu den Eltern nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten<sup>192</sup>, kann m.E. daraus keine Bevorzugung der Unterbringung bei Verwandten oder nahestehenden Personen abgeleitet werden, geht doch das Wohl des Kindes als Kriterium vor<sup>193</sup>.
- 46 Soweit es um die *Wahl des Beistands* nach Art. 308 ZGB geht (was nicht mit der Wahl der Unterbringung zu vergleichen ist), können die Bestimmungen von Art. 401 ZGB hinsichtlich der Vorschlagsrechte im Erwachsenenschutzrecht zwar nicht analog angewendet werden, doch sind die darin enthaltenen Grundwertungen ebenfalls mitzubeherrschenden<sup>194</sup>. In Deutschland wird gestützt auf Art. 6 Abs. 1 GG (Schutz der Familie)

<sup>185</sup> Vgl. FHB KESR-CANTIENI/BLUM, Rz. 15.94, die von «milieunahen» Pflegefamilien sprechen; ähnlich CHK-BIDERBOST, Art. 310 ZGB N 12: «verwandte oder bekannte (...) Pflegefamilien».

<sup>186</sup> Keine ausdrückliche Erwähnung: BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 310 N 8; OFK ZGB-HÄFELI, Art. 310 N 4; KUKO ZGB-COTTIER, Art. 310 N 3; Handbuch KES-ROSCH/HAURI, Rz. 1086 ff.; MEIER/STETTLER, Rz. 1293; zumindest erwähnt BK-AFFOLTER/VOGEL, Art. 310/314b ZGB N 18 [Angehörige werden an zweiter Stelle genannt], anders hingegen N 78-87 (keine Erwähnung von Verwandten); CHK-BIDERBOST, Art. 310 ZGB N 12 [verwandte oder bekannte Pflegefamilien]; ebenso KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 2.93; ausführlicher FHB KESR-CANTIENI/BLUM, Rz. 15.93 f.

<sup>187</sup> OFK ZGB-HÄFELI, Art. 310 N 4; MEIER/STETTLER, Rz. 1293 Fn. 2993; OGer LU, FamPra.ch 2005, 967; KUKO ZGB-COTTIER, Art. 310 N 3 [an den Bedürfnissen und spezifischen Gefährdungslage orientierend]; BGer 5A\_507/2013 E. 3.2 [appropriés aux besoins de l'enfant].

<sup>188</sup> BGer 5A\_979/2013 E. 4.3; BGer 5A\_188/2013 E. 5.1; vgl. allerdings HEGNAUER, FS Schnyder, 427, wonach der Wunsch von Enkeln, bei den Grosseltern platziert zu werden, zu respektieren sei, wenn nicht wichtige Gründe dagegen sprechen würden.

<sup>189</sup> Vgl. bspw. die Toolbox Indikationen für verschiedene Unterbringungsformen bei Handbuch KES-ROSCH/HAURI, Rz. 1088.

<sup>190</sup> KGer FR 25.5.2018 (106 2018 38) E. 2.2.

<sup>191</sup> KGer BL vom 20.9.2017 (810 17 168) E. 4.3, in Bezug auf Grosseltern.

<sup>192</sup> MEIER/STETTLER, Rz. 1295. Vgl. auch Art. 20 Abs. 3 KRK, wonach bei der Wahl der Unterbringung die erwünschte Kontinuität in der Erziehung des Kindes sowie die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen ist.

<sup>193</sup> Exemplarisch OGer LU, FamPra.ch 2005, 967 f.

<sup>194</sup> KGer LU vom 26.10.2017, SJZ 2018, 456 f.; ähnlich, aber die Art. 401 ZGB innewohnenden Grundsätze bei der *Wahl des Beistands* anwendend AppGer BS 31.8.2016 (VD.2016.34), E. 3.1. Vgl. auch

bei Vorliegen einer tatsächlichen engeren familiären Bindung ein Recht von Grosseltern abgeleitet, bei der Bestellung eines Vormundes vorrangig berücksichtigt zu werden, sofern nicht das Kindeswohl dagegen spricht<sup>195</sup>.

### b) Rechtspraxis

Wie hoch der Anteil der fremdplatzierten Kinder ist<sup>196</sup>, welche bei nahestehenden Personen in Obhut sind, kann nur geschätzt werden. Es fehlen gesamtschweizerische, vergleichbare Zahlen, doch eine jüngere, auf neun Kantone beschränkte Auswertung geht bei den Pflegekindern (ohne die in Heimen platzierten Kinder<sup>197</sup>) von einer Quote von rund 34% verwandtschaftlicher Pflegeverhältnisse aus<sup>198</sup>. Eine vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegebene Studie legt zudem nahe, dass bei den Entscheidungsträgern die überwiegende Auffassung besteht, nahestehende Personen mit effektiven Betreuungsbeziehungen seien als Pflegepersonen zu berücksichtigen<sup>199</sup>. Beachtlich ist, dass für Praktiker entwickelte Abklärungsinstrumente/manuals explizit anraten, *in der Familie oder im Umfeld der Familie* nach vorhandenen Ressourcen zu suchen, die genutzt werden können, um die Gefährdung abzuwenden<sup>200</sup>. Auch werden in Praxishandbüchern familiennahe Pflegefamilien explizit erwähnt<sup>201</sup>. Der Kanton St. Gallen hat sogar einen speziellen (und ausführlichen) Ratgeber für Verwandtenpflegeeltern herausgegeben<sup>202</sup>.

47

Im Rahmen der Gespräche mit Behördenvertretern wird erwähnt, dass bei Fremdplatzierungen familiennahe Ressourcen standardmässig evaluiert würden, es aber gerade typisch sei, dass in den meisten Fällen keine familiennahen Möglichkeiten bestünden. In einem nicht geringen Teil der Fremdplatzierungen lägen zudem Elternkonflikte zugrunde<sup>203</sup> oder es lägen andere familieninterne Ursachen vor, in welche auch die Grosseltern involviert seien bzw. Partei ergreifen würden. Diesfalls würde sich noch eine zweite Konfliktebene öffnen<sup>204</sup>, weshalb

48

---

BGer 5A\_232/2016 E. 5, wonach bei der Wahl einer Verfahrensvertretung die Wünsche nach Möglichkeit zu berücksichtigen seien. Vgl. allerdings KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 8.9, wonach Art. 401 ZGB im Kindesschutz nur eine geringe Tragweite besitze.

<sup>195</sup> BVerfG vom 24.6.2014, BvR 2926/13, Rz. 24.

<sup>196</sup> Anzuführen ist, dass autoritative Fremdplatzierungen (Art. 310 Abs. 1 ZGB) bzw. Rücknahmeverbote (Art. 310 Abs. 3 ZGB) lediglich ca. 10% aller Kindesschutzmassnahmen ausmachen.

<sup>197</sup> Der Anteil der Heimkinder dürfte zwischen 50 und 75% liegen, vgl. SEITERLE, Forum Erziehungshilfen 2017, 305 ff. (50%) bzw. KOKES-Statistik 2016, ZKE 2017, 369 Fn.3.

<sup>198</sup> SEITERLE, Forum Erziehungshilfen 2017, 305 ff.; vgl. auch Kennzahlen KES SG 2017, 13.

<sup>199</sup> Studie HSLU, 26.

<sup>200</sup> Vgl. BIESEL/JUD/LÄTSCH/SCHÄR/SCHNURR/HAURI/ROSCHE, ZKE 2017, 139 ff., 143; vgl. auch das dort ebenfalls beschriebene Prozessmanual zur dialogisch-systemischen Kindeswohlklärung, wo Dialog und Begegnung mit dem Kind, den Eltern und weiteren Familienmitgliedern empfohlen werden (147 f.).

<sup>201</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 2.93, wo [an erster Stelle] auf verwandte oder bekannte Pflegefamilien hingewiesen wird. Ebenso noch ausführlicher FHB KESR-CANTIENI/BLUM, Rz. 15.93 f.

<sup>202</sup> Vgl. [https://djs.tg.ch/public/upload/assets/65572/SG\\_Ratgeber%20Verwandte.pdf](https://djs.tg.ch/public/upload/assets/65572/SG_Ratgeber%20Verwandte.pdf) (besucht am 8.2.2019).

<sup>203</sup> Vgl. auch Kurzbericht KESCHA, Ziff. 1.2.1, wonach aus Sicht der Berater in drei Vierteln der Fälle familieninterne Konflikte die Ursache seien (vgl. auch Ziff. 1.4).

<sup>204</sup> Sowohl Kinder als auch Grosseltern/Verwandte würden in solchen Konstellationen in zusätzliche Loyalitätskonflikte geraten.

eine Unterbringung der Kinder in diesem Spannungsfeld suboptimal sei<sup>205</sup>. Der andere grosse Teil betreffe Jugendliche<sup>206</sup> mit schweren Entwicklungsstörungen, bei denen entsprechendes Fachwissen notwendig sei und Verwandte (z.B. Grosseltern) sehr schnell an ihre Grenzen kommen würden. Oft hätten fremdplatzierte Kinder zudem besonderen Förderungsbedarf, der bei den Verwandten nicht geleistet werden könne. Ohnehin stünden in der Mehrheit der Fälle keine familiennahen Alternativen zur Verfügung, auch weil diese die Zusatzbelastung ablehnen<sup>207</sup>. Gerade bei Grosseltern schätze man deren Rolle und Ressourcen sehr, doch sollen diese ihre wertvolle Funktion behalten und nicht zu Ersatzeltern werden<sup>208</sup>. Angeregt<sup>209</sup> wird, öfters (und schnell<sup>210</sup>) Kindesvertretungen anzuordnen<sup>211</sup> und im Kindeschutz bei der Kostenauflegung zurückhaltend(er) zu sein. Müssten Verwandte im Sinne eines Vorrangs besonders berücksichtigt werden, würde dies auch zu einem Rechtfertigungsdruck (und -aufwand) und damit verbunden zu einer Abwertung von Verwandten führen. Ein Vorrecht von Verwandten würde als Pauschalregelung den besonderen Bedürfnissen und der Gefährdungslage der Kinder nicht gerecht. Unter den Kritikern wird auch zu bedenken gegeben, dass zuweilen vorschnell Fremdplatzierungen angeordnet würden, auch weil zu spät<sup>212</sup> mit den notwendigen Ressourcen konfliktdämpfend eingegriffen werden könne (v.a. bei Besuchsrechtsstreitigkeiten).

*c) Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs*

- 49 Ein gesetzgeberischer Missstand besteht nicht. Es ist unbestritten, dass die in Art. 310 Abs. 1 ZGB erwähnte Unterbringung auch bei familiennahen Pflegefamilien erfolgen kann, auch wenn dies nicht explizit erwähnt bzw. im Begriff «Pflegefamilie» mitumfasst ist. Derartige Ressourcen von nahestehenden Personen werden denn auch in der Praxis standardmässig evaluiert bzw. dies wird in entsprechenden Praxisanleitungen empfohlen. Aufgrund der vorhandenen Datenlage und den Gesprächen mit Behördenvertretern ergeben sich keine Indizien, dass familiennahe Unterbringungsmöglichkeiten aus normativen oder anderen Gründen unternutzt sind. Die häufigsten möglichen Indikationen von Kindesgefährdungen und allfälligen Fremdplatzierungen lassen es plausibel erscheinen, dass aufgrund der konkreten Anforderungen an eine möglichst angemessene Unterbringung familiennahe Pflegefamilien vielfach nicht in Frage kommen.
- 50 Oberste Richtschnur bei Kindeschutzmassnahmen und damit auch der Fremdplatzierung ist das Wohl des Kindes sowie eine Unterbringung, welche der konkreten Gefährdungs- und Bedürfnislage Rechnung trägt. Ein gesetzlicher Vorrang der Fremdplatzierung von Kindern bei

<sup>205</sup> Dies wird auch von kritischen Stimmen so gesehen.

<sup>206</sup> Bei denen in der Pubertät auch vielfach die Ablösung ein grosses Thema sei, welches bei Verwandten sich dann akzentuieren würde.

<sup>207</sup> Einzelne Beobachtungen gehen dahin, dass bei Familien mit Migrationshintergrund diese Bereitschaft grösser sei.

<sup>208</sup> Bspw. auch als Entlastungspflegefamilie.

<sup>209</sup> Auch von den gegenüber der KESB eher kritisch eingestellten Personen.

<sup>210</sup> Eine kritische Stimme erwähnt einen Fall, in welchem es allein Monate gegangen sei, bis eine Kindesvertretung angeordnet worden sei.

<sup>211</sup> Und diese Kosten über einen Pool zu finanzieren und nicht den Eltern aufzuerlegen.

<sup>212</sup> Es wird auch angeführt, teilweise sei wegen des medialen Drucks eine Angstkultur und -blockade behördenseitig zu erkennen, schnell und couragiert Entscheide zu fällen. Andererseits wird von Kritikern postuliert, die Haftung von Amtsträgern zu verschärfen und damit den «Druck zur sorgfältigen Arbeit» zu erhöhen.

nahestehenden Personen würde einem gesetzgeberischen Pauschalurteil gleichgesetzt, wonach familiennahe Unterbringungsorte bzw. eine Unterbringung bei nahestehenden Personen stets besser für das Kindeswohl seien. Damit würde vom zentralen Prinzip bei Kindesschutzmassnahmen, die Gefährdung des Kindeswohls abzuwenden, abgerückt und das durch die Verfassung geschützte Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie die UN-Kinderrechtskonvention (Art. 3 Abs. 1 und 2 KRK, Vorrang des Kindeswohls) verletzt. Nach der hier vertretenen Auffassung sprechen auch gewichtige Gründe gegen einen «relativierten Vorrang», bei dem beispielsweise eine familiennahe Unterbringung vorzuziehen ist, wenn dies mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Vorab ist festzuhalten, dass ex lege-Rechtsfolgen für jene Fälle vorbehalten sein sollten, die dem in der Rechtswirklichkeit vorkommenden «Normalfall» entsprechen; die Regelfallgerechtigkeit muss sich grundsätzlich am typischen Fall orientieren<sup>213</sup>. Eine familiennahe Unterbringung dürfte aber in den meisten Fällen weder zur Verfügung stehen noch den konkreten Schutzbedürfnissen des Kindes entsprechen. Die vom Gesetzgeber anzustrebende Regelfallgerechtigkeit<sup>214</sup> würde missachtet. Diesfalls müsste auch in zahlreichen Fällen vom Regelfall abgewichen werden, was einen erheblichen zusätzlichen Begründungsaufwand erfordert, der zudem die Vertrauensbasis der gewünschten Zusammenarbeit und Nutzung der familiennahen Ressourcen gefährden würde. Schliesslich ist in Erinnerung zu rufen, dass die Fremdplatzierung gerade zum Schutz eines gefährdeten Kindes erfolgt, weshalb dann die Wahl einer lediglich kindeswohlverträglichen und nicht der kindeswohlbesten Unterbringungslösung widersprüchlich erscheint<sup>215</sup>.

#### d) Überlegungen zu normativen Änderungen

Aufgrund der erwähnten Schlussfolgerungen besteht kein Regelungsbedarf, weshalb sich weiterführende Überlegungen zu Änderungen erübrigen.

51

<sup>213</sup> FORSTMOSER/VOGT, § 12 N 143; ähnlich bereits vgl. schon EUGEN HUBER, in: REBER/HURNI (Hrsg.), Berner Kommentar, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bd. II, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900, N 34.

<sup>214</sup> FORSTMOSER/VOGT, § 12 N 70.

<sup>215</sup> Vgl. aber BGer 5A\_243/2018 E. 3.1., wonach in Bezug auf die Unterbringung in einer Institution lediglich eine *geeignete* Einrichtung vorhanden sein muss, und nicht verlangt werden könne, dass geradezu eine *ideale* Lösung zur Verfügung stehe.

## IV. Gefährdungsmeldungen

### 1. Rechtliche Ausgangslage

- 52 In den Artt. 443 ff. ZGB hat der Bundesgesetzgeber diejenigen wesentlichen Verfahrensgrundsätze festgelegt, welche für die einheitliche Verwirklichung des materiellen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts als notwendig erachtet wurden<sup>216</sup>. Über Art. 450f ZGB kommt es zu einer komplizierten kaskadenartigen Anwendung von kantonalen Verfahrensregeln bzw. jenen der ZPO, was als unschönes Nebeneinander von 26 Verfahrensordnungen qualifiziert wird<sup>217</sup>. Hinsichtlich der Gefährdungsmeldung (Art. 443 ZGB) schreibt das ZGB keinen eigentlichen Verfahrensablauf vor, sondern statuiert nur die wesentlichsten Verfahrensgrundsätze, namentlich über die Prüfung der Zuständigkeit (Art. 444 ZGB), die Möglichkeit von vorsorglichen Massnahmen (Art. 445 ZGB), den Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime (Art. 446 Abs. 1 und 3 ZGB), die Anhörung des Betroffenen (Art. 447 ZGB), die Mitwirkungspflichten von Parteien und Dritten (Art. 448 ZGB), die Verfahrensvertretung (Art. 449a ZGB) sowie die Akteneinsicht von Verfahrensbeteiligten (Art. 449b ZGB). Auch die kantonalen Ausführungsbestimmungen<sup>218</sup> weisen diesbezüglich eine unterschiedliche Regelungsdichte auf<sup>219</sup>. Nahestehende Personen werden in den Verfahrensbestimmungen nicht explizit erwähnt, auch nicht, ob und inwiefern sie in das Verfahren einbezogen werden sollen.
- 53 Das Melderecht nach Art. 443 Abs. 1 ZGB dient dem Schutz der betroffenen Person, denn die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erhält nur über dieses Instrument Kenntnis von Situationen, welche eine Schutzmassnahme erfordern<sup>220</sup>. Um insbesondere bei Kindeswohlgefährdungen den Schutz zu verbessern, wurden jüngst (seit 1.1.2019) die Meldepflichten mit Art. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB auf all jene Personen erweitert, welche beruflich regelmässig Kontakt zu Kindern haben<sup>221</sup>. Gleichzeitig wurde aber im Erwachsenenschutzrecht bei der Meldepflicht für Personen in amtlicher Tätigkeit in Art. 443 Abs. 2 ZGB (das Subsidiaritätsprinzip unterstrichen<sup>222</sup> und) festgehalten, diese greife nur, wenn die meldepflichtige Person der Hilfsbedürftigkeit im Rahmen ihrer Tätigkeit nicht selber Abhilfe schaffen könne.
- 54 Gegenüber mutwilligen Meldungen wider besseres Wissens stünden die Instrumente gegenüber Persönlichkeitsverletzungen zur Verfügung, unter Umständen können auch strafrechtliche Tatbestände (bspw. Ehrverletzung, Art. 173 ff. StGB) erfüllt sein<sup>223</sup>. Wer aus einer ex ante-

<sup>216</sup> BSK ZGB I-MARANTA, Vor Art. 443-450g N 3, Botschaft ESR, 7021 f.

<sup>217</sup> BSK ZGB I-MARANTA, Vor Art. 443-450g N 5 m.w.H.; SCHÖBI, plädoyer 5/2016, 28 f.

<sup>218</sup> Vgl. die betreffenden Ausführungsbestimmungen unter <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/revision-vormundschaftsrecht/umsetzung-den-kantonen>> (besucht am 21.1.2019).

<sup>219</sup> Z.B. stellen §§ 31 f. EG ZGB AG und §§ 3 f. V KESR AG detaillierte Vorgaben für die Vorabklärung (inkl. Inhalt der Abklärungsberichte) auf; andererseits kaum detaillierte Regelungen bspw. im EG ZGB BS bzw. VoKESG BS, vgl. auch BERTSCHI/MARANTA, FamPra.ch 2015, 841 f., mit Hinweis auf den Verzicht einer ausführlichen Regelung in Basel-Stadt, aber detaillierten Vorgaben in den Kantonen Zürich oder Bern.

<sup>220</sup> FamKomm Erwachsenenschutz-STECK, Art. 443 ZGB N 5; BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI, Art. 443 ZGB N 1; Handbuch KES-FASSBIND, Rz. 249, mit Hinweis auf die hohe Dunkelziffer bei Kindeswohlgefährdungen; OGer BE vom 15.1.2018 (KES 17 553), E. 21; vgl. auch EGMR 2.12.2008, Nr. 18620/03, Rz. 41 ff.

<sup>221</sup> Vgl. Botschaft Melderechte und -pflichten, 3446 ff.; MARANTA, ZKE 2018, 231, 231; kritisch BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 314c-314e N 1 ff.

<sup>222</sup> Vgl. BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI, Art. 443 N 19.

<sup>223</sup> FamKomm Erwachsenenschutz-STECK, Art. 443 ZGB N 9; OFK ZGB-FASSBIND, Art. 443 N 2; BSK ZGB I-MARANTA/AUER/MARTI, Art. 443 N 39 f.

Perspektive vernünftigerweise von einer Hilfs- oder Schutzbedürftigkeit ausgehen kann, dessen Meldung kann aber im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen gelten und erfolgte sicherlich nicht mutwillig<sup>224</sup>. Gemäss dem Wortlaut von Art. 443 Abs. 1 ZGB besteht denn auch das Melderecht bereits, wenn der Betroffene hilfsbedürftig «erscheint». Nicht jede, die mit einer Meldung zögert, ist für eine effektive Gefährdung mitverantwortlich, und nicht jeder Meldende, der die gefährdungsindizierenden Signale überbewertet, ist ein Denunziant<sup>225</sup>.

## 2. Rechtspraxis

Vorab ist festzuhalten, dass ungefähr in 40% der Gefährdungsmeldungen das Verfahren ohne Anordnung einer Massnahme<sup>226</sup> endet. Aus den Gesprächen wird deutlich, dass die eingeschlagenen Verfahren standardisiert sind (sei es durch Vorgaben in Gesetzen/Verordnungen, sei es durch interne Prozessmanuals). Wie bereits ausführlich dargelegt (oben Rz. 18), ist aufgrund der geführten Gespräche mit Behördenvertretern davon auszugehen, dass regelmässig nahestehende Personen in der Abklärungsphase miteinbezogen werden. Dies gelte namentlich dann, wenn sich in den Gesprächen mit den Betroffenen Hinweise ergeben, dass dies sinnvoll erscheine. Häufig kämen auch die Gefährdungsmeldungen aus dem näheren verwandtschaftlichen Umfeld<sup>227</sup>, weshalb sich ohnehin deren spätere Anhörung aufdränge. Einhellig wird der Anteil von denunzierenden Meldungen, welche von Kritikern moniert werden, als verschwindend gering angesehen<sup>228</sup>. Es existieren in gewissen Kantonen auch Empfehlungen zur Zusammenarbeit zwischen Ärzteschaft und den Behörden, um das Vorgehen bei Gefährdungsmeldungen zu regeln (ebenso im Verhältnis zu Schulen)<sup>229</sup>.

55

<sup>224</sup> OFK ZGB-FASSBIND, Art. 443 N 2.

<sup>225</sup> Vergleich übernommen von BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 314c-314e N 4; vgl. auch EGMR 2.12.2008, Nr. 18620/03, Rz. 42: «*There is a delicate and difficult line to tread between taking action too soon and not taking it soon enough.*».

<sup>226</sup> KOKES-Statistik 2017, Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen, ZKE 2018, 394 ff., 397; gleiche Erkenntnis durch die Gespräche sowie die dort erwähnten Zahlen. Vgl. auch MARANTA, ZKE 2018, 231, 231; Studie Interface, 55 f. (geschätzter Anteil gestützt auf Befragungen ca. 43%).

<sup>227</sup> Einzelne Schätzungen gehen bei Gefährdungsmeldungen im Erwachsenenschutz von einer deutlichen Mehrheit aus und im Kinderschutz von rund der Hälfte. Häufig genannt werden auch Behörden (Sozialdienst, Polizei, Schule) oder private Institutionen (Beratungsstellen, Altersheime). Die KOKES erfragt die Herkunft von Gefährdungsmeldungen (siehe <<https://www.kokes.ch/de/dokumentation/statistik/statistik-ab-2013>>; besucht am 21.1.2019), konnte aber gemäss Auskunft vom 15.1.2019 bisher keine aussagekräftigen Zahlen publizieren, weil die Angaben der Kantone im Moment noch zu unterschiedlich und zum Teil auch unvollständig seien. Möglicherweise ändert dies für die Statistik 2018, die im Herbst 2019 veröffentlicht wird. Zur Heterogenität der Gefährdungsmeldungen siehe auch RÜEGGER/ORMANNS/BECKER-LENZ/GAUTSCHI/RACK, ZKE 2017, 475 ff.

<sup>228</sup> Als problematisch erwähnt werden namentlich Meldungen aus der Verwandtschaft aus Sorge um das zukünftige Erbe; zur geringen Wirkung derartiger Interventionen vgl. FANKHAUSER, *successio* 2016, 190 ff.; siehe auch MARANTA, ZKE 2018, 231, 231, wonach 4/5 der Meldungen im Kinderschutz von Fachpersonen ausgehen, unter Hinweis auf Optimus-Studie, 20 f. (dort auch mit dem Hinweis, dass auffallend selten Meldungen durch Schulen erfolgen).

<sup>229</sup> Vgl. für den Kanton ZH <https://www.kesb-zh.ch/empfehlungen-zur-zusammenarbeit-zwischen-C3%A4rztenschaft-und-kesb> sowie <https://www.kesb-zh.ch/neuer-leitfaden-f%C3%BCr-die-zusammenarbeit-zwischen-schulen-und-kesb> (besucht am 19.1.2019); für den Kanton SG [https://www.sg.ch/home/soziales/kindes\\_und\\_erwachsenenschutz/kes\\_materialien\\_und\\_merkblaetter.html](https://www.sg.ch/home/soziales/kindes_und_erwachsenenschutz/kes_materialien_und_merkblaetter.html) (besucht am 19.1.2019).

- 56 In der Literatur, namentlich in Praxisanleitungen, wird das Vorgehen bei Gefährdungsmeldungen ausführlich dargelegt<sup>230</sup> und ein systematisches, dem Fall angepasstes methodisches Vorgehen empfohlen<sup>231</sup> und auch entsprechend entwickelte Abklärungsinstrumente propagiert<sup>232</sup>. Dabei stehen aber nicht nahestehende Personen, sondern das zuverlässige Erkennen von Gefährdungssituationen im Vordergrund. Die Behörden stellen auch Formulare bereit, um Gefährdungsmeldungen zu deponieren, in denen auch nach nahestehenden Personen gefragt wird<sup>233</sup>.
- 57 In jüngerer Zeit wird vermehrt die *behördliche Kommunikation* – auch nach Eingang von Gefährdungsmeldungen<sup>234</sup> – breit thematisiert. In den wissenschaftlichen und praxisorientierten Fokus gerät zunehmend die Frage nach der angemessenen Sprache im Umgang mit Betroffenen und den sonstigen Akteuren in den Fokus<sup>235</sup>, wozu auch die nahestehenden Personen gehören. Dabei wird auch auf die Wichtigkeit angemessener Kommunikation mit dem familialen Umfeld hingewiesen<sup>236</sup>.

### 3. Würdigung der Ausgangslage und Beurteilung des Handlungsbedarfs

- 58 Wie bereits dargelegt (oben Rz. 19), wird für das Abklärungsstadium eine gesetzliche Vorgabe zum *besseren Einbezug von nahestehenden Personen* nicht als zwingend angesehen, im Sinne einer Alternative aber eine Ergänzung von Art. 446 ZGB zur Diskussion gestellt, weshalb darauf verwiesen werden kann (Rz. 20 f.). Diese Befunde gelten auch im Kontext der Gefährdungsmeldungen, stellen diese doch meist den Ausgangspunkt des Abklärungsverfahrens dar.
- 59 Des Weiteren wurde bereits oben (Rz. 22, 31) angeregt, nahestehende Personen, welche Gefährdungsmeldungen einreichen, als verfahrensbeteiligte Personen zu qualifizieren und den

<sup>230</sup> Vgl. bspw. Handbuch KES, Teil II: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung (ca. 100 Seiten) oder KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Teil I. 3. Abklärung und Entscheid (ca. 40 Seiten).

<sup>231</sup> KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 3.28; DÖRFLINGER, FamPra.ch 2015, 98, 112 f.

<sup>232</sup> Vgl. statt vieler BIESEL/JUD/LÄTSCH/SCHÄR/SCHNURR/HAURI/ROSCHE, ZKE 2017, 139 ff. m.w.H. auf das «Berner und Luzerner Abklärungsinstrument zum Kindesschutz» sowie das «Prozessmanual zur dialogisch-systemischen Kindeswohlabklärung» bzw. LÄTSCH/HAURI/JUD/ROSCHE, ZKE 2015, 1 ff. Vgl. auch die Webseite der Hochschule Luzern «*Neue Abklärungsinstrumente im Kindes- und Erwachsenenschutz – Bei Gefährdungssituationen standardisiert vorgehen*», <<https://www.hslu.ch/de-ch/soziale-arbeit/institute/sozialarbeit-und-recht/kindes-und-erwachsenenschutz/abklaerungstools>> (besucht am 21.1.2019). Vgl. auch jüngst BOHREN, ZEK 2018, 470 ff.; vgl. auch die Übersicht über Einschätzungsinstrumente im internationalen Umfeld bei LÄTSCH, ZKE 2012, 1, 8 ff.

<sup>233</sup> Vgl. z.B. in BE: [https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/kindes\\_erwachsenenschutz/erwachsenenschutz/gefaehrdungsmeldung.html](https://www.jgk.be.ch/jgk/de/index/kindes_erwachsenenschutz/erwachsenenschutz/gefaehrdungsmeldung.html) (besucht 19.1.2019).

<sup>234</sup> Vgl. bspw. BOHREN, ZEK 2018, 470, 473, 475, 476 (hier mit dem Hinweis, dass auch der Begriff «Gefährdungsmeldung» suboptimal sei und durch «Meldung an die KESB» zu ersetzen sei; ebenso zum Begriff und auch zur Notwendigkeit eines um- und vorsichtigen Umgangs mit Gefährdungsmeldungen Handbuch KES-FASSBIND, Rz. 237 ff., 249).

<sup>235</sup> Vgl. KOKES-Praxisanleitung Kindesschutzrecht, Rz. 21.1 ff. («Adressatengerechte Kommunikation») sowie die dort aufgeführte Literatur.

<sup>236</sup> Handbuch KES-FASSBIND, Rz. 225 ff., wo auch Fähigkeiten wie Verständnis, Mitgefühl, Milde, Demut, Bescheidenheit, Zurückhaltung etc. und das Verhindern von arrogant oder wichtigtuerisch wirkender Kommunikation angemahnt wird.



*Beschwerdeweg* ans Bundesgericht *zu erleichtern*. Damit würden die Möglichkeiten von nahestehenden Personen, sich zu Gunsten der Betroffenen gegen unrechtmässige Massnahmen zu wehren, verbessert.

Gefährdungsmeldungen variieren sowohl hinsichtlich der Betroffenen (Erwachsene, Jugendliche, Kinder) als auch der Gefährdungslage sehr stark. Hier über die bereits in der Praxis verbreiteten Ablaufstandards hinaus gesetzliche und damit generell-abstrakte Vorgaben zu machen, kann nicht empfohlen werden. Professionelle Dienste sollten je nach Einzelfall in der Lage sein, angemessen und sachgerecht zu reagieren<sup>237</sup>, was entsprechenden Ermessensspielraum voraussetzt und mit gesetzlichen Vorgaben eingeschränkt würde. In Bezug auf die *Kommunikation* hat sich in den letzten Jahren eine erhebliche Sensibilisierung eingestellt, weshalb auch hier gesetzliche Vorgaben (die es diesbezüglich in anderen Rechtsgebieten auch nicht gibt) abzulehnen sind.

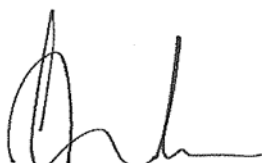
60

---

<sup>237</sup> Im einen Fall mag eine schriftliche Kontaktnahme geboten sein, im anderen ist es möglicherweise opportuner, zuerst das Telefon zur Hand zu nehmen. Nach dem Inkrafttreten des neuen Erwachsenenschutzes hat die Professionalisierung der Behörden wohl zu einer Zunahme der Verschriftlichung der Prozesse geführt (DÖRFLINGER, ZKE 2011, 447, 453). Dies ist im Sinne einer auch rechtlichen Überprüfung standhaltender Dokumentation der Abläufe sinnvoll, in der Kommunikation mit Dritten aber auch kritisch zu hinterfragen.

## V. Zusammenfassung

- 61 Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht dient in erster Linie dem Schutz der Betroffenen bzw. dem Wohl des Kindes. Nahestehenden Personen kommt im Kindes- und Erwachsenenschutz eine dienende Funktion zu, um den Schutz der Betroffenen und Kinder zu garantieren. Den nahestehenden Personen darüber hinaus eine verstärkte Rechtsposition einzuräumen, stünde im Widerspruch zu den sonstigen Wertentscheidungen des Gesetzgebers und würde die Vorrangstellung des Schutzes der Betroffenen und des Wohls des Kindes relativieren. Wer gesetzlich und damit generell-abstrakt nahestehende Personen als Beistandsperson oder als Platzierungsort für Kinder ungeachtet der konkreten Umstände bevorzugt, relativiert den Schutz der Betroffenen, der erst die behördliche Massnahme rechtfertigt. Die Behörden könnten diesfalls nicht mehr die den individuellen Schutzbedürfnissen geeignetste Lösung treffen. Zudem bestehen Bedenken, eine gesetzliche Vorranglösung festzuschreiben, welche in der Realität in vielen Fällen gar nicht zur Verfügung steht. Dort, wo familiennahe Ressourcen bestehen, dürften diese bereits jetzt schon genutzt werden. Schliesslich müsste die bestehende Kausalhaftung der Kantone für das Verhalten der Beistände dann hinterfragt werden, wenn das Ermessen bei der Wahl der Beistände erheblich eingeschränkt würde. In Bezug auf einen vermehrten Einbezug von nahestehenden Personen in der Sachverhaltsermittlung ist zu konstatieren, dass es schweizerischer Tradition entspricht, in Verfahrensordnungen nicht für alle Fälle generell vorzuschreiben, welche Sachverhaltsermittlungsschritte jeweils vorgenommen werden müssen. Ein allfällig gesetzlich vorgegebener Einbezug nahestehender Personen müsste unter dem Vorbehalt der Ablehnung durch die Betroffenen, des Wohls des Betroffenen sowie der Verfahrensökonomie stehen. Die verschiedenen Möglichkeiten von nahestehenden Personen, sich zu Gunsten der Betroffenen auf dem Rechtsweg gegen behördliche Entscheide wehren zu können, könnten optimiert werden (grosszügigere Gewährung der Parteistellung, Beschwerderecht bis ans Bundesgericht). Bei Gefährdungsmeldungen stehen in der Praxis zahlreiche standardisierte Verfahren zur Verfügung, und es sind keine normativen oder institutionellen Schwachstellen erkennbar. Die Sensibilisierung, dass die entsprechenden Verfahren eine sachgerechte Kommunikation erfordern, erscheint weit verbreitet. Die Varianz von Gefährdungsmeldungen (hinsichtlich Herkunft und Art der Meldungen, der Betroffenen sowie der Gefährdungslage) ist derart gross, dass allgemeingültige Vorgaben über die jetzigen gesetzlichen Bestimmungen hinaus nicht indiziert sind. Die oben erwähnten Optimierungen prozeduraler Natur würden aber auch zu einer Verbesserung der Stellung nahestehender Personen im Kontext von Gefährdungsmeldungen führen.



Prof. Dr. Roland Fankhauser

# Anhang I

## Übersicht Bestimmungen im Erwachsenenschutzrecht für nahestehende Personen

| Artikel | Regelungsbereich   | Stellung der nahestehenden Person  | Funktion / Zweck  |
|---------|--|--|---|
| 368 I   | Vorsorgeauftrag (Einschreiten ESB)   | Antragsberechtigung  | Interessenwahrung des Betroffenen <sup>238</sup> ;<br>Verwirklichung Willen des Betroffenen <sup>239</sup>                            |
| 373 I   | Patientenverfügung (Einschreiten ESB)  | Antragsberechtigung  | Interessenwahrung/Verwirklichung Willen des Patienten   |
| 376 II  | Vertretung durch Ehegatten oder eingetragene/-r Partner/-in (Einschreiten ESB)                         | Antragsberechtigung  | Interessenwahrung des Betroffenen, Kontrollfunktion <sup>240</sup>  |
| 381 III | Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Einschreiten ESB)   | Antragsberechtigung  | Interessenwahrung des Betroffenen <sup>241</sup> ,<br>Kontrollfunktion  |
| 385 I   | Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen<br>Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Einschreiten ESB) | Antragsberechtigung  | Interessenwahrung des Betroffenen, Kontrollfunktion <sup>242</sup>  |
| 389 I 1 | Behördliche Massnahmen, Beistandschaft   | falls hilfsbedürftige Person ausreichend unterstützt wird, schliesst dies Beistandschaft aus | Subsidiarität; Solidarität in der Familie <sup>243</sup>  |
| 390 II  | Errichtung Beistandschaft  | Mitberücksichtigung eigener Schutzbedürfnisse und Belastung                                  | Grenze der Familiensolidarität, Mitberücksichtigung Interessen der Familie, gegen Interessen des Betroffenen gerichtet <sup>244</sup> |
| 390 III | Errichtung Beistandschaft  | Antragsberechtigung <sup>245</sup> nahestehender Personen                                    | Interessen des Betroffenen (teilweise auch eigene Interessen, siehe Art. 390 Abs. 2)  |
| 399 II  | Aufhebung Beistandschaft   | Antragsberechtigung nahestehender Personen   | Interessenwahrung des Betroffenen, Kontrollfunktion   |

<sup>238</sup> BSK ZGB I-JUNGO, Art. 368 N 1.

<sup>239</sup> Botschaft ESR, 7029.

<sup>240</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 376 N 20 ff.

<sup>241</sup> CHK-FANKHAUSER, Art. 381 ZGB N 1.

<sup>242</sup> CHK-BREITSCHMID, Art. 383-385 ZGB N 2.

<sup>243</sup> FHB KESR-REUSSER, Rz. 2.7; zur Stärkung der familiären Solidarität allgemein, Botschaft ESR, 7013 f.; die Solidarität in der Familie wird insofern «belohnt», als der Staat von behördlichen Massnahmen absieht.

<sup>244</sup> Botschaft ESR, 7043 f.; die Interessen (ob dazu auch der Wunsch nach «klaren» Verhältnissen zu zählen ist, erscheint fraglich; siehe OGer ZH 28.6.2017 (PQ170036) Erw. 6.8.2; anders im Ergebnis KGer LU 13.11.2015, LGVE 2015 II Nr. 12) müssen gewichtig sein und das Schutzbedürfnis der Angehörigen kann alleine kein Grund für eine Beistandschaft sein, FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390 ZGB N 27 ff.; BGer 5A\_614/2017 E. 5.3.2; BGer 5A\_795/2014 E. 4.2.1.

<sup>245</sup> Die Antragsstellung führt zu einer Parteistellung im entsprechenden Verfahren, nicht hingegen eine Gefährdungsmeldung nach Art. 443 ZGB, FamKomm Erwachsenenschutz-MEIER, Art. 390 ZGB N 39; s. auch BSK ZGB I-JUNGO, Art. 368 N 12.

|          |   |  |  |
|----------|---|--|--|
| 401 II   | Ernennung Beistand  | tunliche Berücksichtigung der Wünsche für eine geeignete Person als Beistand   | Förderung der Selbstbestimmung/Interessen des Betroffenen <sup>246</sup> bzw. öffentliches Interesse <sup>247</sup> , Stärkung des Vertrauens zw. Betroffenen und Beistand <sup>248</sup> , kein Vorrecht <sup>249</sup> |
| 419      | Einschreiten ESB gegen Handlungen/Unterlassungen eines Beistands                | Antragsberechtigung nahestehender Personen                                     | Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>250</sup>  |
| 423 II   | Entlassung Beistand   | Antragsberechtigung nahestehender Personen                                     | Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen   |
| 426 II   | Anordnung Fürsorgerische Unterbringung  | vgl. 390 II  | vgl. Art. 390 II   |
| 426 IV   | Fürsorgerische Unterbringung (Gesuch um Entlassung)                             | Antragsberechtigung nahestehender Personen                                     | Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>251</sup>  |
| 430 V    | Fürsorgerische Unterbringung durch Ärzte  | Informationspflicht und Rechtsmittelbelehrung gegenüber nahestehenden Personen | Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>252</sup>  |
| 439 I    | Fürsorgerische Unterbringung (Anrufung Gericht)                                 | Beschwerdelegitimation vor gerichtlicher Beschwerdeinstanz                     | Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>253</sup>  |
| 450 II 2 | Allg. Verfahrensbestimmung, Beschwerdelegitimation gegenüber Entscheide der ESB | Beschwerdelegitimation   | Kontrollfunktion/Interessenwahrung des Betroffenen <sup>254</sup>  |

<sup>246</sup> Botschaft ESR, 7050.

<sup>247</sup> Vgl. BGer 5A\_729/2015 E. 2.2.3, wonach sich aus Art. 401 Abs. 2 ZGB «kein eigenes schutzwürdiges Interesse der Angehörigen» ergebe, sondern die betreffenden Vorschläge «dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Erwachsenenschutz und dem individuellen Interesse der zu verbeiständenden Person, einen geeigneten Beistand zu erhalten» diene.

<sup>248</sup> BSK ZGB I-REUSSER, Art. 401 N 6.

<sup>249</sup> CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 401 ZGB N 4.

<sup>250</sup> Botschaft ESR, 7059; BSK ZGB I-ROSCHE, Art. 419 N 6.

<sup>251</sup> BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 N 50.

<sup>252</sup> FamKomm Erwachsenenschutz-GUILLOD, Art. 430 ZGB N 20.

<sup>253</sup> BSK ZGB I-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 439 N 20.

<sup>254</sup> Vgl. BGer 5A\_112/2015 E. 2.5.2.1.