

Kindeg- und Erwachsenenschutzrecht im Wandel – Erfahrungen aus 20 Monaten Praxistest
Fachtagung vom 2- und 3. September 2014 in Biel

Referat 5

Neues Erwachsenenschutzrecht: Erste Erkenntnisse und Lehren aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Philippe Meier, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt,
ordentlicher Professor an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Lausanne

Obschon das neue Erwachsenenschutzrecht erst seit gut 20 Monaten in Kraft ist, konnte sich das Bundesgericht schon zu mehreren wichtigen Fragen des neuen Rechts äussern. Das Referat gibt einen Überblick über die wichtigsten Entscheide, die im Zusammenhang mit Beistandschaften, der Wahl der Beistandsperson, der Fürsorgerischen Unterbringung und zu verfahrensrechtlichen Fragen ergangen sind.

*Die Präsentationen und weitere Unterlagen der Fachtagung stehen
auf www.kokes.ch → Aktuell → Fachtagung 2014 zum Download bereit*

Das neue Erwachsenenschutzrecht: Erste Erkenntnisse und Lehren aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Prof. Philippe Meier, av.
Université de Lausanne
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique

KOKES Biel 03.09.2014

Einleitung

- **Ziel des Referates**
- **Grenzen des Referates**
 - Keine Hinweise auf die reiche, oft aber unveröffentlichte kantonale Rechtsprechung
 - Nur 20 Monate bundesgerichtliche Rechtsprechung (100 Jahre für das 1912 in Kraft getretene ZGB!) ...
 - Gelegenheiten, die sich dem BG zur Klärung einzelner Grundsätze für Beistandschaften, die FU und das Verfahren (insbes. Ernennung der Beistandsperson) geboten haben
 - Kinderschutz?
 - Die gebotene Zurückhaltung der Lehre...
- **Vorstellung der Dokumentation**

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

2

Beistandschaften (1)

- **Beistandschaft vs. Art. 392 ZGB**
 - BGE 140 III 49
 - Überführung Art. 394 aZGB in 394/395 ZGB nach Muster 5.43 der KOKES Praxisanleitung, ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit
 - Kantonale Beschwerdeinstanz hebt persönliche Hilfen auf, bestätigt nur Vermögenssorge
 - Das Bundesgericht wendet Art. 389 ZGB streng an
 - Vorhandene Unterstützung in einer Wohn- und Lebensgemeinschaft – staatliches Eingreifen erübrigt sich
 - Mögliche Interessenskonflikte (Vertragsbedingungen der Unterbringung)? Lösung über Art. 392 Ziff. 1 ZGB
 - Wieso nicht Art. 393 ZGB? Die betroffene Person wollte nicht!

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

3

Beistandschaften (2)

- **Massschneidung und Ermessen**
 - Entscheide 5A 667/2013 und 5A 4/2014
 - Feststellung des Schutzbedarfs: Kantonale Behörde mit weitem Ermessen und Zurückhaltung des Bundesgerichts
 - Möglichkeit einer Privatvollmacht prüfen
 - In beiden Fällen wurde die Notwendigkeit der Massnahme (Art. 394/395 ZGB) bestätigt

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

4

Beistandschaften (3)

- **Ähnlicher Schwächezustand (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)**
 - Entscheid 5A 773/2013
 - Muss mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung vergleichbar sein
 - Darf nicht der sozialen Disziplinierung der betroffenen Person dienen (Freiheiten): Schutz der betroffenen Person, nicht des Gemeinwesens oder der Erben!
 - In casu intellektuelle Fähigkeit intakt aber fehlende voluntative Fähigkeit
 - Wieso keine Einschränkung der Handlungsfähigkeit?

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

5

Beistandschaften (4)

- **Die Umsetzung von Art. 395 Abs. 3 ZGB und 409 ZGB**
 - Entscheid 5A 540/2013 (BGE 140 III 1, unveröffentlichte Erwägung)
 - Hinweis auf die Wirkungen (kein Sondervermögen) ...
 - ... und das Ermessen der kantonalen Behörde beim Bezeichnen gesperrter Vermögenswerte
 - Art. 409 ZGB ist anwendbar (je nach Bedarf der betroffenen Person, ihrem Einkommen, Vermögen und ihr verbleibender Verfügungsbefugnisse über andere Werte)
 - Für die betroffene Person kann ein Konto zur freien Verfügung eröffnet werden
 - Vermögen darf angezehrt werden (Beistandschaft schützt weder das Gemeinwesen noch die Erben)
 - Offenheit für Entwicklungen: Änderung von Amtes wegen (Verhältnismässigkeit «in der Zeit») oder auf Beschwerde Art. 419 ZGB

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

6

Wahl des Beistandes (1)

- **Waadtländer Praxis auf dem Prüfstand**

- Entscheide 5A 699/2013 und 5A 691/2013
- Vereinbarkeit von Art. 400 Abs. 2 ZGB mit Art. 4 EMRK (s. A. Flückiger) offen gelassen: Vorab wird geprüft, ob wichtige Gründe gegen die Amtsübernahme sprechen
- Privaten darf nicht jedes Mandat übertragen werden: Fälle mit Suchtproblematik (s. auch Art. 40 LVPÄE)
- Verfahrensmängel: erstinstanzlich keine Anhörung; vor der Beschwerdeinstanz keine Akteneinsicht!
- Ungenügende Abklärung: einschneidende Beistandschaft (Art. 398 ZGB); ein altes Gutachten (5 Jahre) weist schon auf Alkoholprobleme und Persönlichkeitsstörungen hin

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

7

Wahl des Beistandes (2)

- **Waadtländer Praxis auf dem Prüfstand (Fortsetzung)**

- Es ist von Amtes wegen zu prüfen, ob die vorgesehene Person über die nötigen persönlichen, sozialen und fachlichen Fähigkeiten verfügt und die erforderliche Zeit einsetzen kann
- Standardbegründungen einzelner Entscheidungen («Die Beistandschaft scheint keine aussergewöhnliche Probleme zu bieten und bedarf keines besonderen Aufwands») werden gerügt
- Art. 40 Abs. 2 LVPÄE: Anspruch auf eine unentgeltliche Basisausbildung

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

8

Wahl des Beistandes (3)

- **«Beistand der Wahl» und Interessenskollision**
 - BGE 140 III 1 und Urteil 5A 290/2014
 - KESB muss Wünsche der betroffenen Person einholen und ihr Gelegenheit geben, Einwände anzubringen (Art. 401 Abs. 1 und 3 ZGB)
 - Mündliche oder schriftliche Vorbringen je nach Umständen
 - Erstinstanzliche Mängel sind im Beschwerdeverfahren heilbar (in casu)
 - Grundsatz: Ernennung des Wunschbeistandes, vorbehältlich der Abklärung nach Art. 400 ZGB (Fähigkeit; Zeit) und Art. 403 ZGB (mögliche Interessenskollisionen)
 - Einwänden eher stattgegeben, wenn die Massnahme akzeptiert wird? (vgl. Urteil 5A_773/2013: Einwand gilt als unbegründet)
 - Kann ein Beistand nach Art. 449a ZGB auch Beistand nach Art. 393 ff ZGB sein? Nein, wenn er zur Ablehnung der Massnahme eingesetzt wurde, ja im umgekehrten Fall

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

9

Verfahren (1)

- **Kantonale Organisation**
 - BGE 139 III 98
 - Der Zürcher Bezirksrat genügt den Anforderungen von Art. 6 EMRK und Art. 30 BV; er darf als Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 Abs. 1 ZGB eingesetzt werden, obschon er in gewisser Hinsicht in die Zürcher Verwaltung eingebunden ist
- **Rechtliches Gehör**
 - Kein Anspruch der betroffenen Person auf mündliche Anhörung vor der Beschwerdeinstanz bei Rechtsmitteln betr. Beistandschaften (Urteile 5A 540/2013, 5A 4/2014 und 5A 290/2014)
 - Anhörungsrecht der vorgesehenen Mandatsperson (s. oben)

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

10

Verfahren (2)

- **Raum für kantonales Recht (Art. 450f CC)**
 - Urteile 5A 327/2013, 5A 478/2014 und 5A 479/2014
 - Zwei Beschwerdeinstanzen in SG
 - FU-Beschwerden an die erste Instanz müssen nicht begründet werden (Art. 450e Abs. 1 ZGB) ... jedoch Begründungspflicht bei der zweiten Beschwerdeinstanz (Art. 311 ZPO i.V.m. Art. 450f ZGB)
 - Sehr fragwürdige Lösung ... und wieso nur wurde die Möglichkeit zweistufiger Beschwerdeverfahren zugelassen!

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

11

Verfahren (3)

- **Beschwerde gegen vorsorglich angeordnete Beistandschaft**
 - Entscheid 5A 683/2013
 - Zwischenentscheid – Art. 93 BGG / Art. 98 BGG (vorsorgliche Massnahme)
 - Kein nicht wieder gutzumachender Nachteil für die Tochter der betroffenen Person, auf deren Verbeiständung verzichtet wurde (erbrechtliche Interessen, Art. 328 ZGB?)
 - Art. 98 BGG (vorsorgliche Massnahme)
- **Beschwerde gegen superprovisorische Massnahme (Art. 445 Abs. 2 ZGB)**
 - Entscheid 5A 268/2014 (Kindesschutz: 5A 429/2014)
 - Keine Beschwerde ans Bundesgericht, mangels Ausschöpfung des kantonalen Rechtswegs (vorsorgliche Massnahmen)
 - BG lehnt Beschwerdemöglichkeit ab, obschon gemäss Botschaft und überwiegender Lehre auf Kantonsebene zulässig. Weg über Art. 450a Abs. 2 ZGB, sollte sich das Superprovisorium hinziehen...!

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

12

Verfahren (4)

- **Beschwerdelegitimation nahestehender Personen**
 - Entscheid 5A 663/2013
 - Verweis auf Art. 397d aZGB
 - Beschwerdeführende Nahestehende müssen «geeignet» sein, die Interessen der betroffenen Person zu vertreten
 - 3 unterschiedliche Kreise: Eltern und in gemeinsamen Haushalt lebende Personen; aussenstehende Dritte; Mandatspersonen (wenn die betroffene Person die Beziehung bejaht)

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

13

Verfahren (5)

- **Beschwerdelegitimation der Sozialbehörde?**
 - Entscheid 5A 979/2013
 - Empfehlungen der KOKES, ZKE 2014 263 nach dem Entscheid SH ...
 - ... und Entscheid des Bundesgerichts im Fall SZ!
 - Änderung gegenüber BGE 135 V 134
 - Problem: Eine angeordnete Massnahme (hier für das Kind) wird vom kostenpflichtigen Gemeinwesen in Frage gestellt
 - Das Gemeinwesen kann keine Interessen der betroffenen Person geltend machen (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB): das können nur Nahestehende (im weiten Sinn) – was das Gemeinwesen grundsätzlich nicht ist

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

14

Verfahren (6)

- **Beschwerdelegitimation der Sozialbehörde? (Fortsetzung)**
 - Eigenes Interesse (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB)? Nein, die KESB darf sich nur vom Interesse der betroffenen Person leiten lassen
 - Eigenschaft als am Verfahren beteiligte Person (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB, Anhörung + Eröffnung)? Für Nahestehende und Dritte gelten Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 und 3 ZGB; Ziff. 1 zielt z.B. auf den Beistand oder weitere Drittbeteiligte
 - Verletzung der Gemeindeautonomie?

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

15

Verfahren (7)

- **Beschwerdelegitimation der betroffenen Person (Art. 416 ZGB)**
 - Entscheid 5A 101/2014
 - Unabhängig von der Art der Beistandschaft: Beschwerdelegitimation bei Urteilsfähigkeit und höchstpersönlichem Recht (Art. 19c Abs. 1 ZGB)
 - Im Erwachsenenschutzrecht unterscheidet das Bundesgericht weiterhin, ob die Streitsache vermögensrechtlicher Natur ist oder nicht
 - Diese Praxis vermag wie unter dem alten Recht nicht zu überzeugen: Entscheidend ist, dass die betroffene Person gegenüber der Massnahme ihre Autonomie verteidigen will!

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

16

Verfahren (8)

- **Psychiatrisches Gutachten**

- BGE 140 III 97
- Vergleich von Art. 446 Abs. 2 ZGB mit Art. 374 Abs. 2 aZGB
- Doppelte Voraussetzung:
 - Materiell: Einschränkung der Handlungsfähigkeit infolge psychischer Störung oder geistiger Behinderung
 - Formell: Kein Mitglied der Behörde verfügt über das nötige Fachwissen
- Tatsächlich jede Einschränkung, selbst leichtere? (In casu unterstreicht das BG, dass es um eine Beistandschaft nach Art. 398 ZGB geht)
- Wie verhält es sich mit der Genfer Lösung (echte interdisziplinärheit), die hier nicht gewürdigt wurde?

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

17

Verfahren (9)

- **Psychiatrisches Gutachten**

- Entscheid 5A_211/2014
- Übertragung der Praxis zur stationären Begutachtung (Art. 397a aZGB/Art. 449 Abs. 1 ZGB – vgl. Entscheid 5A_900/2013) auf das psychiatrische Gutachten nach Art. 446 Abs. 2 ZGB
- Um Art. 29 BV (Verhältnismässigkeit) zu genügen, müssen Umstände auf ein Schutzbedürfnis schliessen lassen, das eine Erwachsenenschutzmassnahme ernsthaft in Betracht kommen lässt (Art. 388 Abs. 1 ZGB). Allgemeine Erwägungen ohne konkrete Elemente genügen nicht (z.B. blosser Hinweis auf psychische Störung)
- In casu erwachsenenschutzrechtlich kein Gutachten nötig (aus Kinderschutzgründen trotzdem, weil ein Kind mitbetroffen ist)

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

18

FU (1)

- **Gutachten und Entscheid**

- BGE 140 III 101, Entscheide 5A 63/2013, 5A 189/2013, 5A 469/2013, 5A 391/2014

- Elemente des Gutachtens:

- Gesundheitszustand
- Selbst- bzw. Drittgefährdung von Leben oder persönlicher Integrität
- Betreuungs- oder Behandlungsbedarf
- Konkrete Risiken, wenn Betreuung oder Behandlung unterbleiben
- Unerlässlichkeit einer stationären Betreuung oder Behandlung
- Krankheits- und Behandlungseinsicht der betroffenen Person
- Wahl der geeigneten Einrichtung

FU (2)

- **Gutachten und Entscheid**

- BGE 140 III 101, Entscheide 5A 63/2013, 5A 189/2013, 5A 469/2013, 5A 212/2014, 5A 391/2014 (Fortsetzung)

- Entscheid: Gleiche Elemente mit rechtlicher Würdigung +

- Verhältnismässigkeit (ambulante Behandlung kommt nicht infrage, weil... fehlende Krankheits- und Behandlungseinsicht, Betreuung unzumutbar für Familienangehörige, etc.; s. auch Entscheid 5A_212/2014: Zu schwere Anorexie für Aufnahme in Tagesstruktur)
- Fähigkeit, bei Bedarf von sich aus Hilfe zu suchen (freiwilliger Eintritt in eine Einrichtung) kann für das Absehen von einer FU ausreichen
- Allgemeine Ausführungen («die Person gefährdet sich selber», «ihre Wohnung ist verwaorlost») genügen nicht!

- Notwendige Aktualität des Gutachtens, insbes. für den Entscheid, ob die Voraussetzungen einer Unterbringung noch erfüllt sind

FU (3)

- **Anhörung vor der Beschwerdeinstanz**
 - BGE 139 III 257 und Entscheid 5A 519/2013
 - Vor der KESB: Art. 447 Abs. 2 ZGB
 - Ebenso vor der Beschwerdeinstanz (Untersuchungsgrundsatz – die Anhörung dient der Sachverhaltsermittlung; Beschwerdebegründung wird nicht verlangt – Begründung anlässlich der Anhörung)
 - Quid in Kantonen mit gerichtlichen Behörde als KESB? Spielt keine Rolle!
 - Achtung: Erneute Anhörung ≠ Erneute Begutachtung (drängt BGE 140 III 105 etwas anderes auf?)

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

21

FU (4)

- **Beschwerde gegen ärztliche Unterbringung**
 - Entscheide 5A 675/2013 et 5A 849/2013
 - Keine Beschwerde gegen ärztliche Unterbringung:
 - Entscheid der KESB ersetzt die ärztliche Unterbringung
 - ... deren Höchstdauer ohnehin abgelaufen ist!
 - Wieso nicht weniger restriktiv auf ein aktuelles Interesse verzichten?
- **Gegenstandslosigkeit der Beschwerde nach Entlassung**
 - Entscheid 5A 290/2013
 - Bestätigung von BGE 118 II 54 und 136 III 497
 - Die Feststellung der Widerrechtlichkeit einer FU muss nach der Entlassung mit einer Verantwortlichkeitsklage erwirkt werden (Art. 454 ZGB)

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

22

FU (5)

- **Periodische Prüfung (Art. 431 ZGB)**
 - BGE 140 III 105
 - Gutachten gleichen Inhalts wie beim Unterbringungsentscheid nötig: Art. 450e Abs. 3 ZGB gilt für alle Entscheide betreffend einer FU (das Gutachten der KESB war nicht mehr aktuell)
 - Zu prüfen sind namentlich Änderungen seit der Unterbringung
 - Gutachten auch wenn eine Fachperson Mitglied des Gerichts ist (BGE 137 III 289) – Verweis auf das EGMR-Urteil *N.D. c. Suisse vom 29.03.2001* (Recueil CourEDH 2001-III S. 21 § 53)
 - Achtung: Dieser EMRK-Entscheid steht im Gegensatz zur Professionalisierung und Interdisziplinarität der Behörden; er hätte nicht ungeprüft in einen publizierten Leitentscheid des BG übernommen werden dürfen!

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

23

FU (6)

- **Zwangsbehandlung**
 - Entscheid 5A 485/2013
 - Zwangsbehandlung ausgeschlossen, wenn die Klinik auf Delegation der KESB entlassen hat ... selbst wenn die betroffene Person danach wieder freiwillig eingetreten ist
 - Entscheid 5A 666/2013
 - Die Nachbetreuung im Anschluss an eine FU ist nicht bundesrechtlich sondern im kantonalen Recht geregelt
 - Zwangsbehandlung = Verabreichung unter physischer Gewalt ODER mit Zustimmung unter angedrohter oder nach einmal tatsächlich vorgenommener Zwangsbehandlung
 - Z.B. Weisung, zur Verabreichung der Medikamente regelmässig die Klinik aufzusuchen

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

24

FU (7)

- **Zwangsbehandlung**
 - Entscheid 5A 666/2013 (Fortsetzung)
 - Verweis auf BGE 127 I 6 und BGE 130 I 16 (Art. 36 BV; Verhältnismässigkeit!)
 - In casu zulässig (die betroffene Person ist zu wenig kooperativ, um die Medikamente in Tablettenform mit schwächeren Nebenwirkungen einzunehmen)

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

25

Schlussfolgerung

- **Prinzipien des neuen Rechts (Verhältnismässigkeit und Massschneidung) auch bei DER gängigen Beistandschaft (Art. 394/395 ZGB) beachten**
- **Willkommene verfahrensrechtliche Klärungen:**
 - Ernennung der Beistandsperson (aber schon bald parlamentarische Initiative Schwaab ...)
 - Inhalt von Gutachten und Entscheide im Bereich der FU (s. schon ZGB vor 2013)
 - Eine bisweilen etwas formalistische Sicht von Organisation und Verfahren der Kantone
- **Eine Rechtsprechung mit Qualität ... und manchmal etwas oberflächlichen Verweisen auf die Lehre ...**

KOKES 03.09.2014 Prof. Ph. Meier

26

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Bundesgerichtsrechtsprechung im neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht 2013/2014 *

Phillipe Meier, Dr. iur. , Rechtsanwalt, Professor an der Universität Lausanne

(deutsche Fassung: Thomas Häberli, Fürsprecher, Richter am Verwaltungsgericht des Kantons Bern)

A. Kindesschutz

Fürsorgerische Unterbringung einer Minderjährigen (ÜR 63-13)

BGer 5A_188/2013 vom 17. Mai 2013 (d):

1. Eine inzwischen 16-Jährige ist ihren Eltern (offenbar im Zusammenhang mit "Männerkontakten") wiederholt davongelaufen. Nach einem weiteren Vorfall entzieht die Kinderschutzbehörde den Eltern das Obhutrecht und ordnete eine fürsorgerische Unterbringung im Jugendheim an. **2.** Gemäss Art. 314b Abs. 2 ZGB können urteilsfähige Unmündige selber das Gericht anrufen, weshalb die Betroffene zur selbständigen Beschwerdeführung legitimiert ist. **3.** Muss ein Kind in einer geschlossenen Einrichtung untergebracht werden, sind die Bestimmungen des Erwachsenenschutzes über die fürsorgerische Unterbringung sinngemäss anwendbar (Art. 314b Abs. 1 ZGB). Die materiellen Voraussetzungen für die Unterbringung Minderjähriger richten sich jedoch nach Art. 310 Abs. 1 ZGB (Entzug der elterlichen Obhut).

Entzug des Obhutrechts und Beistandschaft, Art. 314abis ZGB (ÜR 25-14)

BGer 5A_507/2013 vom 29. Oktober 2013 (f):

1. Gemäss Art. 314abis ZGB ordnet die KESB wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (Abs. 1). Sie prüft die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist (Abs. 2 Ziff. 1). Der Beistand des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Abs. 3). Der Entscheid des Sachgerichts beruht auf einer Interessenabwägung, die das Bundesgericht nur mit Zurückhaltung überprüft. **2.** In Frage stand hier die Fremdplatzierung von vier Kindern, von denen drei an gesundheitlichen Problemen leiden, die eine besondere Behandlung und Betreuung erfordern. Die Eltern vermögen nicht mit den involvierten Personen zusammenzuarbeiten. Das Wohl des Kindes erforderte einen Prozessbeistand, der nur dessen eigene Interessen vertritt. Keine Verletzung von Bundesrecht durch die kantonalen Behörden.

Unterbringung des Kindes bei einem Elternteil durch den Vormund (ÜR 27-14)

BGer 5A_742/2013 vom 24. Dezember 2013 (d):

1. Der Vormund ist als Inhaber des Obhutrechts grundsätzlich befugt, über den Aufenthalt des Minderjährigen zu befinden. Für die Unterbringung eines Kindes in einer geschlossenen Einrichtung oder einer psychiatrischen Klinik (Art. 327c Abs. 3 ZGB) finden indes die Bestimmungen über die FÜU von Erwachsenen sinngemässe Anwendung. Der Abschluss eines Dauervertrags über die Unterbringung eines Kindes bedarf der Zustimmung durch die KESB (Art. 327c Abs. 2 i.V.m. Art. 416 ZGB). **2.** Der Vormund kann, auch wenn den Eltern mit Scheidungsurteil die elterliche Sorge entzogen wurde, die Kinder einem der Elternteile auf Zusehen zur Pflege und Erziehung überlassen (BGE 112 II 16). Die Verhältnisse können sich bei den Eltern nachträglich in einer Weise geändert haben, dass der Unterbringung beim Vater oder bei der Mutter in einem Zeitpunkt, in dem sich die Frage der Platzierung aus nicht in der Person der Eltern liegenden Gründen neu stellt, aus der Sicht des Kindeswohls keine schwerwiegenden Hindernisse entgegen stehen.

* Die Zusammenfassungen sind der Rechtsprechungsübersicht der Zeitschrift Kindes- und Erwachsenenschutz, welche dreimal jährlich auf Französisch (Ph. Meier) und auf Deutsch (Ph. Meier/Th. Häberli) erscheint, entnommen. Die Referenz ÜR xx-yy bezeichnet die Nummer und das Jahr der Veröffentlichung des Entscheides. Jene Elemente, welche sich nicht direkt mit dem neuen Recht beschäftigten, wurden an dieser Stelle nicht veröffentlicht. Entscheide wurden bis zum 15. Juli 2014 berücksichtigt.

Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Kindesschutzmassnahme (ÜR 28-14)

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_815/2013 vom 9. Januar 2014 (d):

1. Ist eine Kindesschutzmassnahme beendet, besteht kein aktuelles und praktisches Interesse an ihrer Überprüfung mehr (BGE 136 III 497; ÜR 109-10). Fehlt es auch an einem virtuellen Interesse, wird auf die Beschwerde nicht eingetreten. Für sein Begehren um Feststellung einer Verletzung der EMRK ist der Betroffene auf die Klage nach Art. 454 ZGB zu verweisen (ÜR 68-13). **2.** Im Gegensatz zu aArt. 429a ZGB ist Art. 454 ZGB nicht auf den Bereich der FÜU beschränkt.

Bemerkung: Vgl. zur selben Frage auch BGer 5A_9/2014 vom 12. Februar 2014 (f).

Prozessbeistandschaft – Kindesschutzverfahren (ÜR 32-14)

BGer 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014 (f):

1. Anfechtung eines Obhutsrechtsentzugs. **2.** Das (zehnjährige) Kind war nicht Partei des Verfahrens, seine Beschwerdebefugnis kann aber bejaht werden, soweit es – hier über einen Prozessbeistand – geltend macht, keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten zu haben (Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG). **3.** Voraussetzungen für die Anordnung der Prozessbeistandschaft (Art. 314abis ZGB; vgl. oben ÜR 25-14). **4.** Da insoweit ein Ermessensentscheid des Sachgerichts in Frage steht, übt das Bundesgericht Zurückhaltung bei der Überprüfung. Mit Beschwerde gemäss Art. 98 BGG kann nur Willkür (Art. 9 BV) gerügt werden. **5.** Ob das Kind durch einen Beistand vertreten werden muss, prüft das Gericht von Amtes wegen, insbesondere in den Fällen gemäss Art. 299 Abs. 2 ZPO. Selbst in diesen ist indes nicht automatisch ein Vertreter zu ernennen oder formell über die Bestellung eines solchen zu entscheiden; das Gericht trifft insoweit einen Ermessensentscheid über eine Option. Verlangt aber das urteilsfähige Kind selber einen Beistand, hat das Gericht einen solchen zu bestellen (vgl. U R 87-13, 101-12). **6.** Der Vertreter gemäss Art. 12 KRK handelt bloss als Mittler, falls keine direkte Anhörung des Kindes angezeigt ist. Art. 12 KRK gibt dem Kind weder Anspruch auf eine Verbeiständung noch auf Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme. **7.** Die Rüge einer Verletzung von Art. 314abis ZGB und Art. 299 ZPO als ergänzendes kantonales Recht (Art. 450f ZGB) ist nicht zu hören, da keine Verfassungsverletzung in Frage steht (vgl. Art. 98 BGG). Im Übrigen war das Kind nacheinander durch zwei Vormünderinnen vertreten, die über den Verlauf des Verfahrens informiert wurden, aber nie eine Prozessbeistandschaft verlangt hätten.

Bemerkung: Das Urteil betrifft das gleiche Verfahren wie BGer 5A_787/2012 (vgl. ÜR 49-14). Das Gesuch um amtliche Verbeiständung ist vom Bundesgericht (wegen Aussichtslosigkeit des Verfahrens) abgewiesen worden und die Verfahrenskosten von Fr. 1000.– sind dem Kind auferlegt worden. Angesichts der Stossrichtung der Beschwerde, die unmittelbar die Wahrung der Parteirechte eines Kindes in einem familienrechtlichen Verfahren bezweckte, wäre eigentlich eine andere Kostenverlegung bzw. ein Verzicht auf Verfahrenskosten gestützt auf Art. 66 Abs. 1 Satz 2 BGG angebracht gewesen (vgl. Art. 107 Abs. 1 lit. c ZPO und aArt. 147 Abs. 3 ZGB).

Beistandschaft für das noch nicht gezeugte Kind (*nondum conceptus*) (ÜR 90-14)

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_600/2013 vom 21. März 2014 (d):

1. Der Enkel wird testamentarisch als Vorerbe eines Grundstücks eingesetzt, wobei Nacherben seine zukünftigen Nachkommen bilden bzw. bei deren Fehlen seine künftige Ehefrau (Art. 545 Abs. 1 ZGB). Der Enkel klagt auf Feststellung, dass er nicht mit einer Nacherbschaft belastet sei. Der eingesetzte Willensvollstrecker hat seinerseits die Errichtung einer Beistandschaft zur Sicherung der Anwartschaft der nicht vorhandenen Nacherben beantragt. **2.** Lehrmeinungen zur Beistandschaft für den noch nicht gezeugten Nacherben (*nondum conceptus*) unter altem Recht (vgl. auch BGE 73 II 85). **3.** Das geltende Erwachsenenschutzrecht kennt keine Vermögensverwaltungsbeistandschaft infolge Ungewissheit der Erbfolge mehr, wie sie bisher in aArt. 393 Ziff. 3 ZGB vorgesehen war. Immerhin wird der zweite von aArt. 393 Ziff. 3 ZGB geregelte Aspekt – Wahrung der Interessen des Kindes vor dessen Geburt – durch den neuen Art. 544 Abs. 1^{bis} ZGB weitergeführt: Die KESB ernennt dem Nasciturus, falls es dessen Interessen erfordern, einen Beistand. **4.** Da es hier einzig darum geht, sich gegen die Klage des Vorerben zur Wehr zu setzen, rechtfertigt sich die Anordnung einer Erbschaftsverwaltung gestützt auf Art. 490 Abs. 3 bzw. Art. 554 Abs. 1 Ziff. 2 oder 3 ZGB nicht. Dem Bedürfnis nach Sicherstellung genügt, wenn die Interessen des *nondum conceptus* im Prozess in analoger Anwendung von Art. 544 Abs. 1^{bis} ZGB durch einen Beistand wahrgenommen werden.

Kinderanhörung und Prozessvertretung (ÜR 92-14)

BGer 5A_869/2013 vom 24. März 2014 (f):

1. Streitigkeit über Obhutsrecht und Besuchsrecht. **2.** Rechtsprechung zur Kindesanhörung (Art. 314a Abs. 1 ZGB und Art. 298 ZPO). Art. 12 KRK vermittelt keine über das Bundesrecht hinausgehenden Ansprüche. **3.** Voraussetzungen für eine Vertretung des Kindes nach Art. 314a^{bis} ZGB. Die Bestellung eines Prozessvertreters beruht auf einer Interessenabwägung, weshalb sich das Bundesgericht bei der Überprüfung zurückhält. **4.** Im Berufungsverfahren verlangt der Vater erstmals die Anhörung des Kindes, das mit einem Alter von 6 Jahren und 9 Monaten nicht urteilsfähig ist. Keine Verletzung von Art. 12 KRK. **5.** Eine Anhörung würde vorab der weiten Sachverhaltsabklärung dienen, auf die in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden durfte, nachdem sich der Gutachter dreimal mit dem Kind unterhalten hatte. Wurde das Kind bereits (insb. im Rahmen einer Begutachtung) durch eine Drittperson angehört, kann das Gericht auf eine erneute Anhörung verzichten, wenn diese für das Kind zu einer unzumutbaren Belastung führen würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären (oder wo der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zur durch eine erneute Befragung verursachten Belastung stünde).

Entzug des Obhutsrechts und Prozessvertretung (ÜR 93-14)

BGer 5A_875/2013 vom 10. April 2014 (f):

1. Fortsetzungen von (Art. 310 Abs. 1 ZGB. **2.** Die Voraussetzungen, die gemäss Gutachten für eine Rückkehr der drei Kinder zu den Eltern gegeben sein müssen, sind nicht erfüllt und diese weigern sich weiterhin, mit den involvierten Fachpersonen zusammenzuarbeiten. **3.** Infragestellung der verschiedenen Beistandschaften durch die Eltern. **4.** Den Kindern wurde gestützt auf Art. 314a^{bis} ZGB ein Rechtsanwalt als Prozessvertreter bestellt. **5.** Art. 400 und 401 Abs. 2 ZGB regeln den Erwachsenenschutz und sind daher nicht einschlägig. **6.** Die restlichen Beistandschaftsmandate sind einer Mitarbeiterin des Jugendamts übertragen worden (Beistandschaft zur Organisation und Überwachung des persönlichen Verkehrs, Erziehungsbeistandschaft, etc.). Es gibt keine Hinweise, welche die Einsetzung einer andern Person nahelegen würden; der Umstand, dass zwischen Beiständin und Eltern Meinungsverschiedenheiten bestehen, reicht nicht aus.

Bemerkung: Auch wenn Art. 400 f. ZGB vom Verweis in Art. 314 Abs. 1 ZGB nicht erfasst werden, ist der explizite Wunsch des Kindes in analoger Anwendung von Art. 401 Abs. 1 ZGB zu berücksichtigen (namentlich für eine Prozessvertretung). Hierzu hat sich das Bundesgericht indes nicht geäußert, als es – zu Recht, geht es doch vorliegend gerade um den Schutz des Kindes vor seinen Angehörigen – eine Anwendung von Art. 401 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen hat.

Verhältnis zwischen Kinderschutz und öffentlichen Finanzinteressen (ÜR 96-14)

BGer 5A_979/2013 vom 28. März 2014 (d):

1. Entzug des Obhutsrechts der Adoptiveltern und Platzierung eines suizidgefährdeten Kindes. Beschwerde der kommunalen Sozialhilfebehörde, die von der KESB zur Stellungnahme eingeladen worden war. **2.** Zu den beschwerdefähigen Entscheiden der Erwachsenenschutzbehörde i.S.v. Art. 450 Abs. 1 ZGB gehören auch jene, die sie in ihrer Funktion als Kinderschutzbehörde gefällt hat (Art. 440 Abs. 3 ZGB; vgl. auch Art. 314 Abs. 1 ZGB). **3.** Bei der Gemeinde als Kostenträgerin handelt es sich nicht um eine «Person», die über ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB verfügt. Vorab verwirft das Bundesgericht als Argument für eine generelle Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens die Ausführungen in BGE 135 V 134 E. 3.2 (in denen für das alte Recht von einer entsprechenden Legitimation ausgegangen wurde). **4.** Weiter erwägt es, dass die Geltendmachung des eigenen (wirtschaftlichen oder ideellen) rechtlich geschütztes Interesses einer Drittperson nur zulässig ist, wenn dieses mit der fraglichen Massnahme direkt zusammenhängt bzw. mit der Massnahme geschützt werden soll und deshalb von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde hätte berücksichtigt werden müssen (gleich verhielt es sich schon unter Geltung von aArt. 420 ZGB; BGE 137 III 67 E. 3.1). Ein Dritter ist nicht zur Beschwerde befugt, wenn er vorgibt, Interessen der betroffenen Person wahrzunehmen, aber nicht als nahestehende Person in Betracht fällt. **5.** Nicht massgebend ist, dass BGE 134 II 45 E. 2.2.1 für die Beschwerdebefugnis gemäss Art. 89 Abs. 1 BGG vermögensrechtliche Interessen des Gemeinwesens als Erbringer von Fürsorgeleistungen genügen lässt; diese Bestimmung setzt ein «schutzwürdiges Interesse» voraus, das nicht mit dem rechtlich geschütztes Interesse gleichzusetzen ist, und das, anders als Letzteres, namentlich auch (bloss) tatsächlicher Natur sein kann.

6. Über Obhutentzug und Unterbringung des Kindes (Art. 310 Abs. 1 ZGB) ist allein aufgrund der Gefährdung des Kindeswohls zu entscheiden; das Gesetz sieht nicht vor, dass die KESB bei ihrer Entscheidung auch die wirtschaftlichen Interessen der Wohnsitzgemeinde als Kostenträgerin der Massnahme berücksichtigen müsste. Ob die Unterbringung «in angemessener Weise» in einer Pflegefamilie, einer betreuten Wohngruppe oder in einem Pflegeheim erfolgt, beurteilt sich allein nach der spezifischen Gefährdungslage (vgl. Urteil 5C.258/2006; ÜR 15-07). **7.** Soweit die Gemeinde rügt, die Fremdplatzierung diene nicht dem Kindeswohl und stelle nicht die mildeste Massnahme dar, macht sie nicht ihre eigenen Interessen, sondern jene des Kindes geltend. Hierfür müsste sie eine nahestehende Person i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sein. Eine Rechtsbeziehung ist für das Näheverhältnis nicht erforderlich; entscheidend ist vielmehr die faktische Verbundenheit, wie sie zum Beispiel bei Eltern, Kindern, andern Verwandten, Freunden, Lebensgefährten, aber auch bei Beistandspersonen, Ärzten, Sozialarbeitern oder Geistlichen gegeben sein kann (BGer 5A_663/2013; ÜR 45-14). Die Gemeinde macht nicht geltend, dass eine natürliche Person, die als Organ oder auf andere Weise in ihren Diensten steht, ein Näheverhältnis zum Kind aufweist. **8.** Die Gemeinde ist auch keine am Verfahren beteiligte Person i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB. Damit sind vorab die Betroffenen gemeint, d.h. in einem Kindesschutzverfahren das Kind und die Eltern. Soweit die Handlungen oder Unterlassungen eines Beistands Verfahrensgegenstand bilden, muss auch dieser als beteiligte Person gelten. Im Schrifttum wird zudem vertreten, soweit sie sich am erstinstanzlichen Verfahren vor der KESB tatsächlich beteiligt haben, von Amtes wegen beteiligt wurden oder ihnen mindestens der Entscheid der Behörde zugestellt wurde könnten weitere Personen «beteiligte Person» sein. Allein der Umstand, dass jemand im erstinstanzlichen Verfahren zur Stellungnahme eingeladen oder dass ihm der Entscheid eröffnet wurde, verschafft ihm jedoch nicht ohne Weiteres auch die Befugnis zur Beschwerde gegen den Entscheid der KESB. Denn nahestehende Personen oder Dritte, auch wenn sie sich im beschriebenen Sinn am Verfahren beteiligt haben, sind nur im Rahmen ihrer nach Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 oder 3 ZGB bestehenden Legitimation zur Beschwerde zuzulassen. **9.** Offen gelassen wurde, ob die vom neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht geforderte Professionalität einem Beschwerderecht des die Massnahme finanzierenden Gemeinwesens generell entgegensteht, wie dies teils postuliert wird. **10.** Schliesslich verneint das Bundesgericht, dass das Recht des Kantons Schwyz den Gemeinden im interessierenden Bereich Autonomie belässt. Vielmehr ist die Kostenpflicht verbindlich geregelt, auch wenn sie subsidiärer Natur ist und die Gemeinden nur insoweit belastet, als die betreuungsbedürftige Person oder die gesetzlich Verpflichteten die Kosten nicht decken können.

Bemerkung: Das Urteil ist mindestens in zweierlei Hinsicht zu begrüssen. Erstens beendet es die Unsicherheiten, welche die KOKES angesichts von widersprüchlichen kantonalen Urteilen zum Verfassen der – mit dem vorliegenden Urteil bestätigten – Empfehlungen über den Einbezug von Sozialhilfebehörden in die Entscheidungsfindung der Kindesschutzorgane (ZKE 2014 S. 263 ff.) bewogen hat. Zweitens überzeugen die Erwägungen zu Art. 450 Abs. 2 ZGB (der ein Paradebeispiel einer missverständlichen Bestimmung darstellt) und klären das Verhältnis der drei Ziffern zueinander. Zu bemerken ist sodann, dass die Verneinung der Beschwerdebefugnis des Gemeinwesens nicht etwa bedeutet, dass dieses nicht mehr zur Stellungnahme einzuladen wäre, sofern dadurch nicht eine dringliche Entscheidung in einem Schutzverfahren verzögert wird (vgl. auch Ziff. 2.3.3 lit. a der Empfehlung der KOKES). Allenfalls mag ein wenig irritieren, dass das Bundesgericht dem Umstand Gewicht zu geben scheint, dass der Kanton Schwyz keine kommunalen, sondern kantonale KESB geschaffen hat (E. 7.3). U.E. würde auch eine kommunale Organisationsstruktur der KESB nicht für das Bestehen von Autonomie der Gemeinden sprechen, da sich an der alleinigen Massgeblichkeit des Kindeswohls nichts ändern würde und der Entscheid so oder anders nicht durch finanziellen Überlegungen beeinflusst werden darf (vgl. BGE 138 V 58).

B. Erwachsenenschutz

aa) Beistandschaften

Fehlende Erforderlichkeit einer Beistandschaft (ÜR 39-14)

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_702/2013 vom 10. Dezember 2013 (d):

1. Ablösung einer Beistandschaft auf eigenes Begehren nach aArt. 394 ZGB durch eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit. Auf Beschwerde hin werden die Regelung betreffend Unterkunft sowie gesundheitliches und soziales Wohl (lit. a – c) aufgehoben, aber die Unterstützung in administrativen und in finanziellen Angelegenheiten (lit. d u. e) beibehalten. **2.** Beschwerde ans Bundesgericht. **3.** Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer insbesondere in finanziellen Angelegenheiten auf Hilfe angewiesen ist. Maximen der Subsidiarität und Proportionalität (Art. 389 ZGB). **4.** Dass dem Beschwerdeführer die nötige Unterstützung nur mittels einer Vertretungsbeistandschaft verschafft werden kann, die die Erledigung sämtlicher finanzieller Angelegenheiten erfasst, ist nicht ersichtlich. Ein derart schwerwiegender erwachsenenschutzrechtlicher Eingriff kann angezeigt sein, wenn der Betroffene über ein beträchtliches Vermögen verfügt und ohne fremde Unterstützung ernsthaft Gefahr laufe, seine wirtschaftliche Situation in unhaltbarer Weise aufs Spiel zu setzen, was vorliegend nicht der Fall ist (der Beschwerdeführer lebt in einer gemeinnützigen Wohn- und Lebensgemeinschaft). Unter den gegebenen Umständen reicht es aus, wenn die KESB die Verantwortlichen der Wohngemeinschaft verpflichtet, sie über bevorstehende Vertragsänderungen zu informieren, die für den Beschwerdeführer mit Preiserhöhungen für Kost und Logis verbunden sind. Gesetzliche Grundlage für eine solche mildere Massnahme bildet Art. 392 Ziff. 1 ZGB (Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft). **5.** Zum von der Vorinstanz bei der Bezugsperson des Beschwerdeführers festgestellten Interessenkonflikt hält das Bundesgericht fest, dass er die betreffende Person (den Verwaltungsratspräsidenten der Gesellschaft, dem die Liegenschaft der Wohn- und Lebensgemeinschaft gehört) gegebenenfalls als Vorsorgebeauftragten einsetzen könnte. Es müsse ihm deshalb auch möglich sein, ihre Hilfe als noch Urteilsfähiger in Anspruch zu nehmen. **6.** Da keine Zustimmung des Beschwerdeführers vorliegt, scheidet die Möglichkeit aus, die in der Zwischenzeit rechtskräftig aufgehobene altrechtliche Beistandschaft auf eigenes Begehren durch eine Begleitbeistandschaft nach neuem Recht (Art. 393 ZGB) zu ersetzen.

Umwandlung einer altrechtlichen Beistandschaft auf eigenes Begehren (ÜR 40-14)

BGer 5A_667/2013 vom 12. November 2013 (d):

1. Anlässlich von Prüfung und Genehmigung des Berichts der Beiständin wird die Beistandschaft auf eigenes Begehren nach aArt. 394 ZGB in eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 i.V.m. Art. 395 ZGB umgewandelt. **2.** Die KESB hat das Recht und die Pflicht, über das Schicksal der altrechtlichen Beistandschaft zu befinden und kann dabei zum Schluss kommen, dass die bisherigen Massnahmen nicht genügen. Sie hat die Beistandschaft auf eigenes Begehren nicht zwingend in eine Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) umzuwandeln. **3.** Zentrales Anliegen des neuen Erwachsenenschutzrechts ist das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen, was u.a. zum weitgehenden Verzicht auf gesetzlich umschriebene, starre Schutzmassnahmen geführt hat. Stattdessen trifft die KESB "Massnahmen nach Mass", die den Bedürfnissen der Betroffenen entsprechen (Art. 391 Abs. 1 ZGB). Es gilt der Grundsatz "soviel staatliche Fürsorge wie nötig, so wenig staatlicher Eingriff wie möglich". **4.** Die Wahl der richtigen Massnahme ist ein Ermessensentscheid, der stark von der genauen Kenntnis des Sachverhalts abhängt. Das Bundesgericht übt bei der Überprüfung solcher Entscheide eine gewisse Zurückhaltung: Es greift nur ein, wenn die kantonale Instanz von dem ihr zustehenden Ermessen falschen Gebrauch gemacht hat, das heisst wenn sie grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist, wenn sie Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder wenn sie rechtserhebliche Umstände ausser Acht gelassen hat. Aufzuheben und zu korrigieren sind ausserdem Ermessensentscheide, die sich als im Ergebnis offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen. **5.** Vorliegend ist die Erforderlichkeit einer Vertretungsbeistandschaft (ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit) erstellt.

Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung nach Mass (ÜR 99-14)

BGer 5A_4/2014 vom 10. März 2014 (d):

1. Ablösung der umfassenden Beistandschaft (Art. 398 ZGB) durch eine Vertretungsbeistandschaft mit Einkommens- und Vermögensverwaltung (Art. 394 f. ZGB) mit den Aufgabenbereichen (1) Verkehr mit Krankenkasse, medizinischen Leistungserbringern, AHV und IV/EL sowie (2) Verwaltung der Leistung aus der ersten Säule zur Deckung von Krankenkassenprämien, Krankheitskosten und AHV/IV-Beiträgen. **2.** Das ZGB schreibt im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz keine persönliche Anhörung vor; eine solche kann aber nach kantonalem Verfahrensrecht oder nach der als kantonales Recht anwendbaren ZPO (Art. 450f ZGB) geboten sein. Insoweit steht allein die Anwendung des kantonalen Rechts in Frage, weshalb nur die Verletzung verfassungsmässiger Rechte, namentlich des Willkürverbots geltend gemacht werden kann; es gilt das Rügeprinzip (Art. 106 Abs. 2 BGG). **3.** Die Voraussetzungen von Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB sind hier erfüllt. **4.** Mangels Einsicht in seine Hilfsbedürftigkeit ist der Beschwerdeführer nicht in der Lage, einer geeigneten Person oder Stelle die Vollmacht für bestimmte Aufgaben zu übertragen. Kein Verstoß gegen die Subsidiarität gemäss Art. 389 Abs. 1 ZGB. **5.** Die behördliche Massnahme muss verhältnismässig sein (Art. 389 Abs. 2 ZGB), also den konkreten Bedürfnissen der betroffenen Person entsprechen (Art. 391 Abs. 1 ZGB).

Beistandschaft wegen eines «ähnlichen Schwächezustands» (ÜR 100-14)

BGer 5A_773/2013 vom 5. März 2014 (d):

1. Der «ähnliche in der Person liegende Schwächezustand» gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB ist als Auffangtatbestand restriktiv zu handhaben. Anlass zur Errichtung einer Beistandschaft kann nur ein Schwächezustand geben, der im Hinblick auf die Hilfsbedürftigkeit mit einer geistigen Behinderung oder einer psychischen Störung vergleichbar ist. Eine Person kann nicht allein deshalb verbeiständet werden, weil sie in einer Art und Weise mit ihrem Geld umgeht, die nach landläufiger Auffassung unvernünftig ist. Das Erwachsenenschutzrecht dient dem Schutz der hilfsbedürftigen Person, nicht jenem ihrer Erben oder des Gemeinwesens. **2.** Einzuschreiten hat die Erwachsenenschutzbehörde aber dann, wenn eine Person urteilsunfähig ist (Art. 16 ZGB). Hier sind die intellektuellen Fähigkeiten gegeben, aber die Beschwerdeführerin ist nicht in der Lage, auch ihrem Willen entsprechend zu handeln. Sie steht in einem Abhängigkeitsverhältnis zu einem Ehepaar, dem sie ohne Gegenleistung beträchtliche Mittel überlässt. **3.** Der Vorschlag, jene Person als Beistand einzusetzen, zu der das Abhängigkeitsverhältnis besteht, musste und durfte die KESB nicht berücksichtigen (Art. 401 Abs. 1 ZGB). Es werden keine objektiven Gründe für die Ablehnung der eingesetzten Beistandin vorgebracht (Art. 401 Abs. 3 ZGB).

Bemerkung: Es erstaunt, dass die KESB nicht die Handlungsfähigkeit der Betroffenen beschränkt hat. Zwar kann sich diese gegebenenfalls auf ihre fehlende Urteilsfähigkeit berufen, aber es wäre hier wohl einfacher gewesen, die Handlungsfähigkeit – allenfalls bloss gegenüber dem als «Gefahrenherd» identifizierten Ehepaar – einzuschränken; die Beschränkung hätte zudem auf bestimmte Rechtsgeschäfte begrenzt werden können.

bb) Wahl des Beistand

Bestimmung der Person des Beistands – Vorschlagsrecht / Art. 395 Abs. 3 ZGB (unveröffentlicht im BGE) (ÜR 42-14)

BGE 140 III 1 (BGer 5A_540/2013 vom 3. Dezember 2013) (f):

1. Art. 447 Abs. 1 ZGB garantiert dem Betroffenen das Recht, von der Behörde persönlich und mündlich angehört zu werden. Ausnahmen sind jedoch zulässig, sofern die persönliche Anhörung nach den gesamten Umständen als unverhältnismässig erscheint. Die Anhörung dient gleichzeitig der Verteidigung des Betroffenen und der Sachverhaltsabklärung durch die Behörde. Dieser muss sich zu allen Aspekten äussern können, die zur Anordnung einer Schutzmassnahme führen könnten. Was die Person des Beistands betrifft, hängt die Tragweite von Art. 447 Abs. 1 ZGB von den konkreten Umständen ab. **2.** Anders als bei einer FÜU (BGE 139 III 257; ÜR 113-13) hat der Betroffene bei einer Verbeiständung keinen Anspruch darauf, von der Beschwerdeinstanz mündlich angehört zu werden. **3.** Gemäss Art. 401 ZGB kann der Betroffene der KESB eine Vertrauensperson als Beistand vorschlagen (Abs. 1) oder Einwände gegen jene Person erheben, die als Beistand vorgesehen ist (Abs. 3). Wie unter Geltung von aArt. 381 ZGB hat

sich die Behörde nach den Wünschen des Betroffenen bezüglich der Person des Beistands zu erkundigen (BGE 107 Ia 343; BGer 5P.394/2002 [ÜR 25-03]), ansonsten eine Gehörsverletzung vorliegt. **4.** Ob eine mündliche Befragung angezeigt ist oder eine schriftliche Stellungnahme genügt, beurteilt sich aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls. **5.** Eine Verletzung von Art. 401 ZGB kann durch die Beschwerdeinstanz geheilt werden, da diese über volle Kognition verfügt (Art. 450a Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). **6.** Vorliegend ist der Beschwerdeführer zur Anordnung der Beistandschaft persönlich angehört worden, wobei er weder auf sein Vorschlagsrecht hingewiesen noch ihm die als Beistand vorgesehene Person bekanntgegeben wurde. Er konnte jedoch im Beschwerdeverfahren schriftlich einen Vorschlag unterbreiten, sodass der Mangel geheilt wurde, zumal eine mündliche Anhörung zur Person des Beistands nicht erforderlich war. **7.** Schlägt der Betroffene eine Person als Beistand vor, so entspricht die KESB seinem Wunsch, wenn die vorgeschlagene Person für die Beistandschaft geeignet (Art. 400 ZGB) und zu deren Übernahme bereit ist (Art. 401 Abs. 1 ZGB). Die Erfolgchancen der Beistandschaft erhöhen sich, wenn der Betroffene eine Person wählen kann, der er vertraut. Im Zentrum steht dabei das Selbstbestimmungsrecht, stärker noch als unter Geltung von aArt. 381 ZGB, der einzig öffentlichen Interessen diene. **8.** Entscheidend für die Eignung als Beistand sind fachliche und soziale Kompetenz, zeitliche Disponibilität und persönliche Wahrnehmung der Aufgaben (Art. 400 Abs. 1 ZGB), aber auch das Fehlen von Interessenkonflikten (vgl. Art. 403 Abs. 1 ZGB). **9.** Ein Interessenkonflikt kann darin liegen, dass eine Person nacheinander zwei gegensätzliche Beistandschaften ausübt (hier eine Prozessbeistandschaft nach Art. 449a ZGB und anschliessend eine Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung). **10.** Lehnt der Betroffene die Verbeiständung grundsätzlich ab, ist es in der Regel nicht angezeigt, jene Person als Beistand einzusetzen, die ihn im Verfahren vertreten hat. Hat er jedoch einer Verbeiständung zugestimmt oder – wie hier – diese gar selber verlangt, ist nicht ausgeschlossen, die beiden aufeinanderfolgenden Mandate der gleichen Person zu erteilen. **11.** Liegt kein anderer Grund vor, der gegen ihre Einsetzung spricht, ist die vom Betroffenen vorgeschlagene Prozessbeiständin zur Vertretungsbeiständin zu ernennen. **12.** Hat der Betroffene die als Beistand vorgesehene Person abgelehnt, ist seinem Wunsch soweit tunlich zu entsprechen (Art. 400 Abs. 3 ZGB). Das Ablehnungsrecht ist indes nicht absolut und es gilt zu vermeiden, dass eine wiederholte Ablehnung die Errichtung der Beistandschaft verhindert. Die KESB hat zu prüfen, ob erhobene Einwände plausibel sind; sie ist dabei weniger streng, wenn sich der Betroffene der Massnahme nicht widersetzt und zum ersten Mal eine Person als Beistand ablehnt. Der angefochtene Entscheid ist insoweit ungenügend begründet. **13.** Vorliegend wurden alle Bankkonten dem Zugriff des Beschwerdeführers entzogen (Art. 395 Abs. 3 ZGB). Die gesperrten Mittel bleiben dem Beistand zugänglich, der sie für die Bedürfnisse des Schutzbefohlenen einsetzt. Die KESB hat die Bedürfnisse des Betroffenen zu beachten, wenn sie die Vermögenswerte bestimmt, die vom Beistand verwaltet werden sollen (Art. 391 Abs. 1 ZGB). Sie verfügt über einen grossen Ermessensspielraum, weshalb sich das Bundesgericht bei der Überprüfung zurückhält. **14.** Mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht und das Verhältnismässigkeitsprinzip ist der Beistand gehalten, der betroffenen Person angemessene Beträge zur freien Verfügung zu überlassen (Art. 409). Dabei ist insbesondere Einkommen und Vermögen des Betroffenen sowie den Vermögenswerten, die dieser weiterhin selber verwaltet und auf die er Zugriff hat, Rechnung zu tragen; zu berücksichtigen ist sodann sein Lebensstandard. Diese Kriterien können sich alle verändern, genau wie der Betrag, der "angemessen" erscheint. **15.** Die Verbeiständung bezweckt allein den Schutz des Betroffenen und nicht jenen von öffentlichen oder privaten Interessen an der Erhaltung bzw. Vergrösserung von dessen Vermögen; dieses kann unter Umständen angegriffen werden. Das Prinzip der Proportionalität verlangt zudem, dass auf Massnahmen, die sich als nicht mehr erforderlich erweisen, zurückgekommen wird. Der Betroffene kann insoweit gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistands die KESB anrufen (Art. 419 ZGB). **16.** Der Beschwerdeführer leidet an einer beginnenden kognitiven Einschränkung und läuft Gefahr, durch Dritte beeinflusst zu werden. Zu seinem Schutz erscheint es angebracht, jeglicher Schädigung seines Vermögens vorzubeugen. Allein der Umstand, dass er in einem Altersheim lebt, schützt ihn nicht vor Beeinflussung durch Dritte. Von der Massnahme werden nur die bestehenden Konten erfasst; wenn es der Beistand für angebracht hält, kann er ein neues, dem Beschwerdeführer zur freien Verfügung stehendes Konto eröffnen, auf das der – mit Blick auf Einkommen, Vermögen und Lebensstandard des Betroffenen bestimmte – angemessene Betrag überwiesen wird.

Die beanstandete Ernennungspraxis der Waadtländer Behörden vor der Umsetzung der Initiative "Schwaab"8 (ÜR 44-14)

BGer 5A_699/2013 vom 29. November 2013 (f):

1. Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV. Art. 53 ZPO, der gemäss kantonalem Recht Anwendung findet (Art. 450f ZGB), gewährt keine weitergehenden Ansprüche. **2.** Der Beschwerdeführer konnte sich vor der KESB nicht zu seiner Ernennung als Beistand äussern, von der er erst durch Eröffnung des Entscheids Kenntnis erhielt. Diese offensichtliche Verletzung des rechtlichen Gehörs wurde vor der Beschwerdeinstanz nicht geheilt. **3.** Ob die Pflicht zur Übernahme der Beistandschaft gemäss Art. 400 Abs. 2 ZGB vor dem Verbot von Zwangsarbeit (Art. 4 EMRK) standhält, ist umstritten, braucht aber nur geklärt zu werden, falls der streitigen Ernennung nichts anderes entgegensteht. **4.** Art. 40 LVPAE unterscheidet zwischen "leichten oder einfachen Fällen", die einem privaten Beistand übertragen werden können, und "schweren Fällen", die einem Berufsbeistand zu übertragen sind. **5.** Nach den Vorstellungen des Waadtländer Gesetzgebers sind Verbeistandungen von Suchtkranken häufig, aber nicht immer schwere Fälle, wobei der KESB bezüglich der Unterscheidung ein weiter Ermessensspielraum belassen wird. **6.** In Lehre und Praxis ist unbestritten, dass auch Privatpersonen mit der Mandatsführung betraut werden können. Der Umstand, dass im Gesetz auf eine Hierarchisierung der Gruppen von Mandatsträgern verzichtet wird, bedeutet nicht, dass einem Privaten jedes Mandat übertragen werden darf. Ein Privater sollte in der Regel nicht zum Beistand eines Suchtkranken ernannt werden. **7.** Vorliegend hat die Behörde ihren Entscheid auf Akten gestützt, in die der als Beistand Vorgesehene keine Einsicht hatte. Zudem spielte sie dessen Aufgabe herunter, obschon eine umfassende Verbeistandung nach Art. 398 ZGB in Frage steht, die nur gegenüber besonders hilfsbedürftigen Personen angeordnet wird. Ferner erwähnt das Gutachten – das fünf Jahre alt ist und die seitherige Entwicklung nicht dokumentiert – beim Verbeiständeten neben Alkoholproblemen auch eine Persönlichkeitsstörung. Schliesslich kann nicht aufgrund blosser Annahmen davon ausgegangen werden, dass die Beistandschaft keine besonderen Schwierigkeiten bereiten und keinen grösseren Aufwand verursachen wird; die entsprechende Einschätzung hat auf einer vollständigen Sachverhaltsabklärung zu beruhen. Der Untersuchungsgrundsatz gilt auch vor der Beschwerdeinstanz. **8.** Rückweisung der Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung. **9.** Im Übrigen sieht Art. 40 Abs. 2 LVPAE vor, dass eine Privatperson nur zum Beistand ernannt werden darf, nachdem ihr eine unentgeltliche Grundausbildung angeboten worden ist. Auch dieser Punkt ist noch zu klären.

Bemerkung: Das Bundesgericht hat seinen Entscheid in einem weiteren Waadtländer Verfahren bestätigt: Zwar sind einige Argumente, die der Beschwerdeführer gegen seine Ernennung vorgetragen hat, nicht stichhaltig, aber die KESB wird von Amtes wegen zu prüfen haben, ob er über die nötige Sozial-, Selbst- und Fachkompetenz für das Amt verfügt (BGer 5A_691/2013 vom 14. Januar 2014) (f).

Persönliche Anhörung und Wechsel der Person des Beistands (ÜR 101-14)

BGer 5A_290/2014 vom 14. Mai 2014 (f):

1. Rechtsprechung gemäss BGE 140 III 1 (ÜR 42-14). **2.** Rüge einer Gehörsverletzung (Art. 29 Abs. 2 BV). Allerdings hatten die Beschwerdeführer im Verfahren keine persönliche Anhörung verlangt. Weiter betrifft das Verfahren nicht die Anordnung oder Aufrechterhaltung einer Schutzmassnahme, bei welcher der persönliche Eindruck der Behörde gegebenenfalls eine wichtige Rolle spielen kann, sondern die Bestimmung der Person des Beistands. Die Beschwerdeführer konnten in ihrem Gesuch darlegen, weshalb sie einen Wechsel des Beistands wünschen. In der Beschwerdebegründung konnten sie ihren Standpunkt erneut erläutern. Weshalb zudem eine persönliche Anhörung erforderlich oder nützlich sein könnte, wird nicht dargelegt. **3.** Bei einer Verbeistandung hat der Betroffene keinen Anspruch darauf, von der Beschwerdeinstanz mündlich angehört zu werden (ÜR 42-14; unpubl. E. 3.1 von BGE 140 III 1).

cc) Fürsorgerische Unterbringung

Zurückbehaltung in FFE – Gutachten (ÜR 64-13)

BGer 5A_63/2013 vom 7. Februar 2013 (d):

1. Die Betroffene leidet an paranoider Schizophrenie und wird seit Ende 2008 in einem Wohnheim zurückbehalten. Die FFE wird jährlich überprüft, wobei die Entlassung Ende 2012 erneut verweigert wurde. **2.** Nach aArt. 397e Ziff. 5 ZGB darf bei psychisch Kranken nur unter Beizug eines Sachverständigen

entschieden werden, unabhängig davon, ob eine Unterbringung, eine Zurückbehaltung oder ein Entlassungsgesuch zu beurteilen ist. **3.** Anforderung an ein Gutachten gemäss aArt. 397e Ziff. 5 ZGB (ÜR 67-13, 38-13, 78-11). **4.** Die Vorinstanz hat ihren Entscheid auf ein Gutachten aus dem Jahr 2010 und einen ergänzenden Bericht von Ende 2012 gestützt. Ob ein (früheres) Gutachten noch hinreichend aktuell ist, beantwortet sich nicht primär aufgrund von dessen Alter. Massgeblich ist vielmehr die materielle Frage, ob Gewähr dafür besteht, dass sich die Ausgangslage seit der Erstellung des Gutachtens nicht gewandelt hat (BGE 134 IV 246 E. 4.3). **5.** Ist die Fortführung einer früher angeordneten FFE zu prüfen und darüber zu befinden, ob die betroffene Person weiter in der Einrichtung zurückbehalten werden darf, so hat das Gutachten die Tatsachen zu liefern, die dem Gericht die Prüfung der rechtlichen Voraussetzungen für eine Fortführung der Massnahme ermöglichen. Es hat sich mithin darüber zu äussern, ob und inwiefern in den im früheren bzw. ursprünglichen Gutachten festgestellten tatsächlichen Parametern eine Änderung eingetreten ist. **6.** Das Gutachten aus dem Jahr 2010 kann dieser Anforderung von vornherein nicht genügen. Auch der Ergänzungsbericht ist unzureichend, zumal er sich nur oberflächlich zur Entwicklung der im früheren Gutachten festgestellten geistigen Gesundheit der Beschwerdeführerin äussert. **7.** Rückweisung an die Vorinstanz, um innert dreissig Tagen ein taugliches Gutachten einzuholen, ansonsten die FFE ohne weiteres dahinfällt.

Bemerkung: Im zweiten Rechtsgang war der Fürsorgebedarf i.S.v. Art. 426 Abs. 1 ZGB als dann erstellt, allerdings vorab mit Blick auf die ausgewiesenen Spätfolgen der Zuckerkrankheit und eine fehlende Krankheits- und Behandlungseinsicht; die Zurückbehaltung der Beschwerdeführerin in der Anstalt erwies sich "im Ergebnis" als verhältnismässig (BGer 5A_254/2013 vom 17. April 2013) (d).

Fürsorgerische Unterbringung wegen Alkoholsucht (ÜR 67-13)

BGer 5A_189/2013 vom 11. April 2013 (d):

1. Die Rekurskommission für fürsorgerische Unterbringungen des Kantons Basel-Stadt ist eine interdisziplinär zusammengesetzte gerichtliche Behörde. Sie besteht aus Fachärzten für Psychiatrie und Psychotherapie, aus Fachleuten im psychosozialen Bereich sowie aus Juristen, wobei alle Mitglieder (mindestens) die Wählbarkeitsvoraussetzungen für Richter zu erfüllen haben. Damit verfügt die Kommission über die nötige institutionelle Unabhängigkeit. Sie prüft Tat- und Rechtsfragen mit freier Kognition (Art. 450a ZGB) und behandelt Beschwerden gegen die fürsorgerische Unterbringung Erwachsener als kantonal einzige Instanz; es handelt sich um ein oberes kantonales Gericht, das als Rechtsmittelinstanz entscheidet (Art. 75 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 135 II 94 E. 3.3). **2.** Die streitige Einweisung erfolgte zwar am 7. Dezember 2012 noch in Anwendung von aArt. 397a Abs. 1 ZGB, sie wurde aber am 17. Januar 2013 durch die neu geschaffene Rekurskommission nach geltendem Recht beurteilt; anwendbar ist damit auch vor Bundesgericht das neue Recht (Art. 14 Abs. 1 SchlTZGB). **3.** Nach Art. 426 Abs. 1 ZGB darf eine Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann. Die fürsorgerische Unterbringung dient dem Schutz der betroffenen Person und nicht der Umgebung. Vorausgesetzt wird einer der drei abschliessend genannten Schwächezustände: psychische Störung, geistige Behinderung oder schwere Verwahrlosung. Erforderlich ist sodann eine sich aus dem Schwächezustand ergebende Notwendigkeit der Behandlung oder Betreuung. Weitere Voraussetzung bildet, dass der Person die nötige Behandlung oder Betreuung nicht auf andere Weise als durch die Einweisung bzw. Zurückbehaltung in eine Anstalt gewährt werden kann, wobei eine geeignete Einrichtung vorzuliegen hat. **4.** Fortführung der Rechtsprechung zu aArt. 397e Ziff. 5 ZGB (BGE 137 III 289 E. 4.5): Bei psychischen Störungen muss gemäss Art. 450e Abs. 3 ZGB gestützt auf das Gutachten einer sachverständigen Person entschieden werden. Ist eine Alkoholsucht zu beurteilen, hat sich das Gutachten insbesondere über den Gesundheitszustand der betroffenen Person sowie darüber zu äussern, wie sich allfällige gesundheitliche Störungen hinsichtlich der Gefahr einer Selbst- oder Drittgefährdung, aber auch der Verwahrlosung auswirken können und ob sich daraus ein Handlungsbedarf ergibt. In diesem Zusammenhang interessiert, ob eine Behandlung der Sucht möglich ist. Zu erörtern ist ferner, mit welcher konkreten Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person oder von Dritten zu rechnen ist, wenn die Behandlung der Sucht bzw. ihrer gesundheitlichen Folgen unterbleibt. Im Weiteren hat das Gutachten anzugeben, ob die betroffene Person über glaubwürdige Krankheits- und Behandlungseinsicht verfügt. Schliesslich hat der Experte die Frage zu beantworten, ob eine Anstalt zur Verfügung steht und warum die vorgeschlagene Anstalt gegebenenfalls infrage kommt (vgl. BGE 112 II 486 E. 4c). **5.** Entscheide betreffend fürsorgerische Unterbringung haben

auszuführen, aufgrund welcher Tatsachen das Gericht einen Schwächezustand angenommen hat (Art. 112 Abs. 1 lit. b BGG). Hinsichtlich des Fürsorgebedarfs ist die durch Gutachten ermittelte konkrete Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person bzw. von Dritten zu nennen, die besteht, wenn die Behandlung der psychischen Störung bzw. die Betreuung unterbleibt. Anhand dieser tatsächlichen Angaben ist in rechtlicher Hinsicht zu beurteilen und im Urteil auszuführen, ob und wenn ja warum eine Behandlung einer festgestellten geistigen Störung bzw. eine Betreuung "nötig" ist. Ferner sind die Tatsachen anzugeben, aufgrund derer das Gericht zum (rechtlichen) Schluss gelangt, die Einweisung oder Zurückbehaltung in der Anstalt sei verhältnismässig. In diesem Zusammenhang gilt es darzulegen, aus welchen tatsächlichen Gründen eine ambulante Behandlung oder die erforderliche Betreuung ausserhalb einer Einrichtung nach Ansicht der Beschwerdeinstanz nicht infrage kommen (z.B. fehlende Krankheits- und Behandlungseinsicht; Unmöglichkeit der Betreuung durch Familienangehörige). Schliesslich sind gegebenenfalls die Tatsachen zu nennen, aufgrund derer das Gericht die vorgeschlagene Einrichtung als geeignet erachtet (Rechtsfrage). **6.** Die rechtliche Würdigung der Alkoholsucht der Beschwerdeführerin als psychische Störung i.S.v. Art. 426 Abs. 1 ZGB entspricht der Ansicht des Gesetzgebers, der Drogen- und Medikamentensucht, insbesondere auch die Alkoholsucht, entsprechend bewertet (vgl. BBl 2006 7043). **7.** Indes hat die Vorinstanz nicht aufgezeigt, mit welcher konkreten Gefahr zu rechnen ist, wenn die Behandlung der Sucht bzw. ihrer gesundheitlichen Folgen unterbleibt; es wird insoweit lediglich auf eine Verwahrlosung der Wohnung der Betroffenen verwiesen, ohne diese allerdings konkret anhand von klaren Sachdarstellungen aufzuzeigen. Eine allgemeine Gefahr der Verwahrlosung vermag eine Unterbringung nur zu rechtfertigen, wenn sie derart intensiv ist, dass sie zu einer akuten Selbstgefährdung der betroffenen Person führt. Frühere freiwillige Klinikeintritte zeigen jedoch, dass die Beschwerdeführerin von sich aus Hilfe sucht, wenn ihr die Dinge über den Kopf zu wachsen drohen. **8.** Bei dieser ungewissen Sachlage kann ein Fürsorgebedarf i.S.v. Art. 426 Abs. 1 ZGB nicht mit der Alkoholsucht bzw. der resultierenden "Verwahrlosung" begründet werden. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut und ordnet die sofortige Entlassung der Betroffenen an, zumal diese bereits seit vier Monaten gegen ihren Willen in einer Anstalt untergebracht war.

Bemerkungen: In einem andern Verfahren betreffend eine auf Art. 426 Abs. 1 ZGB gestützte fürsorgerische Unterbringung (wegen paranoider Schizophrenie bei fehlender Krankheits- und Behandlungseinsicht) hat das Bundesgericht die Einweisung geschützt (BGer 5A_346/2013 vom 17. Mai 2013) (d). Intertemporalrechtlich hat es bezüglich der Aufhebung einer Bevormundung, die am 19. Juni 2012 erstinstanzlich und am 8. November 2012 kantonal letztinstanzlich beurteilt worden war, noch altes Recht (aArt. 433 ff. ZGB) angewandt (BGer 5A_19/2013 vom 28. Januar 2013) (f). Ebenso ist es betreffend einer (altrechtlichen) fürsorgerischen Freiheitsentziehung verfahren (BGer 5A_8/2013 vom 16. Januar 2013) (d).

Fürsorgerische Unterbringung – aktuelles Rechtsschutzinteresse und EMRK (ÜR 68-13)

BGer 5A_290/2013 vom 3. Juni 2013 (d):

1. Die Beschwerdeführerin wurde bereits aus der Psychiatrischen Universitätsklinik entlassen, weshalb sie über kein aktuelles Interesse an der Beschwerde gegen ihre fürsorgerische Unterbringung verfügt. **2.** Bezüglich der gerügten Verletzungen der EMRK gilt Folgendes: Im Verantwortlichkeitsprozess nach aArt. 429a ZGB war eine Feststellung der Widerrechtlichkeit als andere Art der Genugtuung möglich und zulässig (BGE 118 II 254), wobei dies den Anforderungen von Art. 5 Ziff. 5 EMRK betreffend Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen genügte (vgl. BGE 136 III 497 E. 2.4). Daher trat das Bundesgericht nach Entlassung der betroffenen Person auf entsprechende Feststellungsbegehren nicht ein. **3.** Mit Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist aArt. 429a ZGB durch Art. 454 ZGB ersetzt worden, dessen Abs. 1 einer Person, die im Rahmen behördlicher Massnahmen des Erwachsenenschutzes durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen verletzt wurde, einen Anspruch auf Schadenersatz und – sofern es die Schwere der Verletzung rechtfertigt – auf Genugtuung einräumt. **4.** Angesichts des praktisch gleichen Wortlautes der alten und der geltenden Bestimmung ist die bisherige Rechtsprechung fortzuführen. Die Beschwerdeführerin ist daher mit Bezug auf ihre Feststellungsbegehren in das Verfahren nach Art. 454 ZGB zu verweisen.

Voraussetzungen für eine fürsorgerische Unterbringung (ÜR 112-13)

BGer 5A_609/2013 vom 23. September 2013 (f):

1. Materielle Voraussetzungen einer fürsorgerischen Unterbringung. **2.** Es muss mindestens einer der drei

im Gesetz abschliessend genannten Schwächezustände vorliegen (psychische Störung, geistige Behinderung oder schwere Verwahrlosung). Aus dem Schwächezustand muss sich zudem die Notwendigkeit einer Behandlung oder Betreuung ergeben, die nicht auf andere Weise als durch Einweisung bzw. Zurückbehaltung in einer Anstalt gewährt werden kann. Schliesslich hat eine geeignete Einrichtung vorzuliegen (vgl. ÜR 67-13). **3.** Anwendung dieser Voraussetzungen auf eine Person, die an einer psychotischen Störung mit Wahnvorstellungen (Bespitzelung und Verfolgung durch eine "neue Welle") leidet. **4.** Aufgrund von vagen Bedrohungen sah sich die Beschwerdeführerin mehrmals zur Flucht gezwungen, wobei sie teils in verwahrlostem Zustand im Ausland endete und nicht mehr in der Lage war, ohne Unterstützung ihrer Familie in die Schweiz zurückzukehren. Hier schläft sie im Auto und kann ihre Grundbedürfnisse (Unterkunft, Hygiene und Ernährung) nicht selber befriedigen. **5.** Der Gutachter empfiehlt eine stationäre Behandlung mit antipsychotischen Medikamenten. Gerechtfertigt erscheint die Einweisung zudem mit Blick auf die von der Beschwerdeführerin verkannten Selbstgefährdung und die allfällig erforderliche Zwangsmedikation (Art. 434 ZGB).

Bemerkungen: In einem andern Verfahren bejahte das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der bevorstehenden kalten Jahreszeit, eine konkrete Selbstgefährdung beim Beschwerdeführer, der – an einer psychischen Störung leidend – seine Genitalien in der Öffentlichkeit nur ungenügend bedeckt oder nur leicht bekleidet und ohne Schuhe den schneebedeckten Pilatus besteigt (BGer 5A_687/2013 vom 27. September 2013 [d]; vgl. sodann BGer 5A_755/2013 vom 21. Oktober 2013 [d] und BGer 5A_687/2013 vom 27. September 2013 [d]). Schliesslich beurteilte es im Rahmen einer periodischen Überprüfung der Unterbringung gemäss Art. 431 Abs. 1 ZGB die Zurückbehaltung eines schwer Alkoholabhängigen (BGer 5A_638/2013 vom 20. September 2013 [d]).

Fürsorgerische Unterbringung – Einvernahme durch die Beschwerdeinstanz (ÜR 113-13)

BGE 139 III 257 (BGer 5A_299/2013 vom 6. Juni 2013) (f):

1. Die durch aArt. 397f Abs. 3 ZGB vorgeschriebene mündliche Einvernahme diene einerseits dem rechtlichen Gehör und garantierte andererseits das Recht auf persönliche Äusserung im Hinblick auf einen Eingriff in zentrale Rechtsgüter, der eigene Eindrücke des Gerichts voraussetzt (BGE 115 II 129). Die Regelung erfasste nur das erstinstanzliche Verfahren und nicht auch jenes vor der Beschwerdeinstanz, die den Betroffenen von Bundesrechts wegen nicht persönlich anzuhören brauchte (BGer 5A_564/2008; ÜR 36-09). **2.** Das Erfordernis der persönlichen Anhörung wurde in Art. 447 Abs. 2 ZGB für das Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 428 Abs. 1 ZGB) weitergeführt, wobei der Betroffene in der Regel durch die Kollegialbehörde anzuhören ist. Gemäss den Ausführungen in der Botschaft ist eine Delegationsmöglichkeit nicht mehr generell ausgeschlossen und der Verzicht auf die persönliche Anhörung denkbar, etwa wenn der Betroffene eine solche ablehnt oder die Durchführung aus anderen Gründen "unmöglich ist" (BBl 2006 7080). **3.** Durch Art. 450e Abs. 4 Satz 1 ZGB wird neu auch die Beschwerdeinstanz zur persönlichen Anhörung verpflichtet, in der Regel als Kollegium. **4.** Bei der Beschwerde gegen die fürsorgerische Unterbringung handelt es sich um ein ordentliches Rechtsmittel mit voller Kognition der Beschwerdeinstanz (Art. 450a ZGB); ausserordentlich ist einzig der Umstand, dass die Beschwerde – mit Blick auf den in einer Krisensituation regelmässig dringlichen Handlungsbedarf – keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 450e Abs. 3 ZGB). Die Beschwerdeinstanz prüft den angefochtenen Entscheid von Amtes wegen; es gelten Untersuchungsgrundsatz und Officialmaxime. **5.** Für eine Verpflichtung der Beschwerdeinstanz zur persönlichen Anhörung spricht massgeblich der Umstand, dass die Beschwerde, obschon schriftlich zu erheben, nicht begründet zu werden braucht (Art. 450e Abs. 1 ZGB). Eine Begründung ist darum entbehrlich, weil sich der Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme mündlich erklären kann. **6.** Offen bleibt, ob Art. 450e Abs. 1 ZGB auch auf jene Personen Anwendung findet, die neben dem direkt Betroffenen zur Beschwerdeführung legitimiert sind (vgl. Art. 450 Abs. 2 ZGB). **7.** Die persönliche Anhörung des Betroffenen ist überdies notwendig, weil sich die Beschwerdeinstanz nur so eine eigene Meinung über dessen Zustand machen kann, der sich seit Ausfällung des erstinstanzlichen Entscheids verändert haben kann. **8.** Der Gesetzgeber hat nicht übersehen, dass – je nach kantonaler Regelung – die Erwachsenenschutzbehörde eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht sein kann (vgl. BBl 2006 7083); dieser Umstand ist für die Auslegung von Art. 450e Abs. 4 Satz 1 ZGB unerheblich. **9.** Die Beschwerdeinstanz darf auf ein unabhängiges Gutachten abstellen, das die Erwachsenenschutzbehörde eingeholt hat, und braucht kein eigenes solches einzuholen (BBl 2006 7088). Es erscheint nicht zwingend, insoweit gleich wie bezüglich der persönlichen Anhörung zu verfahren. **10.** Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst insbesondere das Recht, von

jedem Aktenstück und jeder dem Gericht eingereichten Stellungnahme Kenntnis zu nehmen und sich dazu äussern zu können, unabhängig davon, ob die Eingabe neue und erhebliche Gesichtspunkte enthält und ob sie geeignet ist, den Verfahrensausgang zu beeinflussen. Dieses Replikrecht gilt für sämtliche Gerichtsverfahren. Jede Stellungnahme und jedes neue Aktenstück muss den Parteien weitergeleitet werden, damit diese beurteilen können, ob sie sich dazu vernehmen lassen wollen. **11.** Vorliegend war das rechtliche Gehör verletzt worden, weil dem Beschwerdeführer zwei Schreiben seiner Vormünderin nie zugestellt worden waren, auf die das Kantonsgericht sein Urteil abstützte; das Bundesgericht hob den angefochtenen Entscheid deshalb auf und wies die Sache zu neuem Entscheid zurück.

Bemerkungen: Im zweiten Rechtsgang hat das Bundesgericht die fürsorgerische Unterbringung geschützt (BGer 5A_519/2013 vom 2. August 2013) (f). In einem andern Verfahren hat das Bundesgericht wegen eines ungenügenden Gutachtens (Art. 450e Abs. 3 ZGB; BGE 137 III 289 [ÜR 80-11]) die sofortige Entlassung des Betroffenen angeordnet. Der zuständige Oberarzt war zwar an der Verhandlung angehört worden, in den Akten fehlten aber jegliche Angaben darüber, dass er als gerichtlicher Gutachter bestellt worden war, und es lag auch kein schriftliches Gutachten vor. Zwar ist ein mündliches Gutachten zulässig, die (mündliche) Befragung muss aber in den Akten festgehalten werden. Eine blosser kurze Zusammenfassung der Befragung im Entscheid genügt nicht (BGer 5A_469/2013 vom 17. Juli 2013) (d).

Keine Zwangsbehandlung ohne gültige fürsorgerische Unterbringung (ÜR 115-13)

BGer 5A_485/2013 vom 30. Juli 2013 (d):

1. Voraussetzung für eine Behandlung ohne Zustimmung bildet, dass die betroffene Person zur Behandlung einer psychischen Störung in einer Einrichtung untergebracht worden ist. **2.** Der Beschwerdeführer wurde nach seinem Entweichen aus der Klinik "administrativ entlassen". Damit wurde die fürsorgerische Unterbringung aufgehoben, zumal die entsprechende Kompetenz an die ärztliche Leitung delegiert worden war (Art. 428 Abs. 2 ZGB). Dass der Beschwerdeführer von der Polizei in die Klinik zurückgebracht wurde, ändert daran nichts. Vorbehaltlich einer erneuten fürsorgerischen Unterbringung nach Art. 428 Abs. 1 oder Art. 429 Abs. 1 ZGB ist seine weitere Zurückbehaltung nicht zu rechtfertigen. **3.** Auch die Zwangsbehandlung darf erst wieder angeordnet werden, nachdem der Beschwerdeführer durch die zuständige Instanz fürsorgerisch in einer Einrichtung untergebracht worden ist (Art. 426 Abs. 1 ZGB).

Ambulante Zwangsbehandlung nach der Entlassung? (ÜR 116-13)

BGer 5A_666/2013 vom 7. Oktober 2013 (d):

1. Entlassung aus der Klinik mit der Weisung, sich alle drei Wochen wieder einzufinden, um die notwendige Depotmedikation verabreicht zu erhalten (Massnahme gemäss Art. 437 ZGB i.V.m. § 67k Abs. 1 lit. b und § 67m EG ZGB/AG). **2.** Anordnungen gestützt auf Art. 437 ZGB unterliegen der Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG). **3.** Die Verpflichtung, sich einer medikamentösen Behandlung zu unterziehen, kann nicht als Nachbetreuung des Betroffenen gemäss Art. 437 Abs. 1 ZGB angeordnet werden. Solche Massnahmen können die Kantone gestützt auf Art. 437 Abs. 2 ZGB regeln. **4.** Als Zwangsbehandlung gilt vorab, wenn dem Betroffenen gegen seinen Willen unter Anwendung physischer Gewalt Medikamente verabreicht werden. Von einer Zwangsbehandlung ist ferner auszugehen, wenn der Patient unter dem Druck bevorstehenden unmittelbaren Zwangs in die ärztliche Behandlung einwilligt (ÜR 32-03) oder nach einer tatsächlich vorgenommenen zwangsweisen Verabreichung von Medikamenten diese im weiteren Verlauf des Aufenthalts "ohne Druck" bzw. "freiwillig" einnimmt (ÜR 127-12). **5.** Hier liegt eine Zwangsbehandlung vor, da der Beschwerdeführer mit erneuter Einweisung in eine Einrichtung rechnen muss, falls er die angeordnete Behandlung verweigert. **6.** Rechtsprechung zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage sowie zur Interessenabwägung (BGE 127 I 6, 130 I 16 [ÜR 27-04]). **7.** Der Gutachter bestätigt, dass der Beschwerdeführer unter Nebenwirkungen leidet. Das betreffende Medikament kann jedoch als einziges mit einer Depotspritze verabreicht werden, während die andern, besser verträglichen Medikamente alle bloss in Tablettenform erhältlich sind. Sie sind nur für Patienten geeignet, die kooperativ sind und die verordneten Medikamente selbständig einnehmen.

Bemerkung: Art. 67k – 67p EG ZGB/AG enthalten eine detaillierte Regelung der Weisungen, die im Kanton Aargau mit einer (probeweisen) Entlassung aus der fürsorgerischen Unterbringung verbunden werden können.

Anordnung einer FÜU – Gutachten und Entscheid (ÜR 53-14)

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_872/2013 vom 17. Januar 2014 (f):

1. Gemäss Art. 450e Abs. 3 ZGB muss bei psychischen Störungen gestützt auf das Gutachten eines Sachverständigen entschieden werden (zu den Anforderungen an das Gutachten vgl. ÜR 67-13, 38-13, 78-11). **2.** Ist das Gutachten, auf das sich der angefochtene Entscheid stützt, unvollständig, weist das Bundesgericht die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung zurück (vgl. etwa BGer 5A_469/2013 [ÜR 113-13] und 5A_879/2012 [ÜR 38-13]). **3.** Anforderungen an den Entscheid der KESB (vgl. ÜR 67-13, 64-13). **4.** Vorliegend äussern sich weder der angefochtene Entscheid noch das psychiatrische Gutachten zur konkreten Gefahr, die für die Gesundheit oder das Leben der betroffenen Person bzw. von Dritten besteht, falls auf eine Einweisung verzichtet wird. Es wird bloss in allgemeiner Weise festgehalten, die Betroffene gefährde sich selber. **5.** Rückweisung an die Vorinstanz zwecks Vervollständigung der Sachverhaltsabklärung und erneuter Beurteilung innert 30 Tagen, ansonsten die FÜU hinfällig wird.

Ärztliche Unterbringung vor einer FÜU (ÜR 54-14)

BGer 5A_675/2013 vom 25. Oktober 2013 (d):

1. Erfolgreiche Anfechtung einer ärztlichen Unterbringung nach Art. 429 ZGB, die durch eine FÜU abgelöst wurde. **2.** Gegen die ärztliche Einweisung ist die Beschwerdeführerin erst in einem Zeitpunkt an das Bundesgericht gelangt, als die gesetzliche Höchstdauer der Massnahme abgelaufen und diese bereits durch eine von der KESB angeordnete FÜU ersetzt worden war. Bei Einreichung der Beschwerde in Zivilsachen war der Streit um die ärztliche Einweisung schon gegenstandslos. **3.** Für eine allfällige Feststellung der Widerrechtlichkeit der ärztlichen Unterbringung wird die Beschwerdeführerin auf die Verantwortlichkeitsklage nach Art. 454 ZGB verwiesen. **4.** Es besteht kein Grund, ausnahmsweise auf das Erfordernis des aktuellen praktischen Interesses zu verzichten; trotz der verhältnismässig kurzen Höchstdauer einer ärztlichen Unterbringung von sechs Wochen (Art. 429 Abs. 1 ZGB) ist nicht von vornherein auszuschliessen, dass das Bundesgericht eine neuerliche ärztliche Unterbringung der Beschwerdeführerin rechtzeitig überprüfen könnte.

Bemerkung: In einem gleich gelagerten Verfahren hat das Bundesgericht ebenfalls einen Nichteintretensentscheid gefällt. Aus der Begründung ergibt sich noch klarer, dass das Rechtsschutzinteresse an einer Überprüfung der ärztlichen Unterbringung "ohne Weiteres" mit Erreichen von deren Höchstdauer dahinfällt, vorbehaltlich eines virtuellen Interesses. Diese Rechtsprechung erscheint uns nicht unproblematisch, dürfte doch eine höchstrichterliche Überprüfung der Massnahme innert sechs Wochen kaum je möglich sein (BGer 5A_849/2013 vom 27. November 2013) (d).

Einweisung zwecks Begutachtung (ÜR 55-14)

BGer 5A_900/2013 vom 11. Dezember 2013 (d):

1. Die Einweisung nach Art. 449 Abs. 1 ZGB dient der Abklärung der Verhältnisse und ist zulässig, soweit eine FÜU ernsthaft in Betracht gezogen werden kann, aber wichtige Grundlagen für einen definitiven Einweisungsentscheid fehlen. Eine Behandlung der Betroffenen ist unzulässig und der zur Begutachtung verfügte Aufenthalt ist auf die absolut notwendige Zeit zu beschränken. **2.** Hier sind die Voraussetzungen erfüllt: Verdacht einer anhaltenden wahnhaften Störung, wobei die Betroffene nicht krankheitseinsichtig ist; Strafverfahren wegen körperlicher Züchtigung ihrer Kinder, ungeklärter Tod eines Kindes und jährliche Schwangerschaften. Die Einweisung zur Begutachtung erscheint unumgänglich und damit verhältnismässig. **3.** Eine Begutachtung ist auch mit Blick auf Art. 450e Abs. 3 ZGB erforderlich, wonach eine FÜU wegen einer psychischen Störung eines Gutachtens bedarf, das der KESB die tatsächlichen Grundlagen zur Beantwortung der Rechtsfragen gemäss Art. 426 Abs. 1 ZGB liefern soll (zu den Anforderungen an das Gutachten vgl. ÜR 67-13, 38-13, 78-11). Für die Anordnung einer Begutachtung ist nicht massgebend, dass die Rechtsmittelbehörde bei der Überprüfung einer ärztlichen Einweisung zum Schluss gelangte, es liege keine Selbst- und Fremdgefährdung vor, zumal diese Einschätzung ohne Gutachten erfolgte.

Fortsetzung von BGE 138 III 593 (ÜR 56-14)

BGer 5A_614/2013 vom 22. November 2013 (d):

1. FFE bei einem geisteskranken jungen Erwachsenen, der eine Prostituierte vergewaltigt, stranguliert und anschliessend umgebracht hat; Vollzug im Massnahmenzentrum für junge Erwachsene der

Justizvollzugsanstalt Lenzburg. **2.** Abweisung eines Entlassungsgesuchs. **3.** Rechtsprechung zu den Voraussetzungen einer FÜU und zu den Anforderungen an Gutachten und Entscheid (vgl. oben ÜR 53-14). **4.** Die Voraussetzungen für eine FFE bzw. FÜU sind immer noch erfüllt. **5.** Bestätigung der altrechtlichen Rechtsprechung zur "geeigneten Anstalt" (BGE 112 II 486, 114 II 213, 121 III 306): Es muss sich um eine Institution handeln, die mit den ihr zur Verfügung stehenden organisatorischen und personellen Mitteln in der Lage ist, die wesentlichen Bedürfnisse der eingewiesenen Person bezüglich Behandlung und Betreuung zu befriedigen. Erfüllt eine Strafanstalt diese Voraussetzungen, kommt sie ausnahmsweise als Einrichtung infrage. **6.** Die "ersten Phase" der Unterbringung, für welche die Justizvollzugsanstalt als geeignete Einrichtung bezeichnet worden war, ist abgeschlossen, wobei das Bundesgericht von Anfang an betont hatte, dass der Beschwerdeführer in absehbarer Zeit in eine für seine Behandlung besser geeignete – allenfalls ausserkantonale – Einrichtung verlegt werden soll. Zurzeit absolviert er einmal wöchentlich eine persönlichkeits- und deliktorientierte forensische Psychotherapie, obschon nach dem behandelnden Psychologen drei wöchentliche Therapiestunden nötig wären. Bereits wegen des ungenügenden Therapieangebots ist eine Fortsetzung des heutigen Unterbringungs- und Behandlungsmodells nicht mit dem Bundesrecht vereinbar. Teilweise Gutheissung der Beschwerde (keine Entlassung) unter Anweisung des Bezirksgerichts, innert zweier Monate für eine entsprechende Ausdehnung der Psychotherapie zu sorgen. **7.** Ohne es im Dispositiv zum Ausdruck zu bringen, verlangt das Bundesgericht sodann, dass der Beschwerdeführer so rasch als möglich in einer psychiatrischen Klinik, einer anderen Einrichtung oder an einem andern Ort untergebracht wird, wo die erforderliche Therapie gewährleistet werden kann. Es gelte zu bedenken, dass Problemfälle der vorliegenden Art auch besondere Lösungen erheischen, die den Rahmen dessen sprengen, was eine bestimmte Anstalt normalerweise bietet.

Frühere Gutachten – FÜU als «ultima ratio» (ÜR 107-14)

BGer 5A_391/2014 vom 23. Mai 2014 (d):

1. Anforderung an ein Gutachten (BGE 137 III 289 [ÜR 80-11]; BGer 5A_189/2013 [ÜR 67-13], 5A_879/2012 [ÜR 38-13]). **2.** Anordnung einer FÜU am 16. April 2014 gestützt auf Gutachten und Ergänzungsgutachten von 2012 und 2013 betreffend frühere FÜU. Dem ersten Gutachten fehlt die nötige zeitliche Nähe zur streitigen FÜU, aber die beiden letzteren sind erst wenige Monate alt; dass sich die Verhältnisse in der Zwischenzeit verändert haben, ist unwahrscheinlich und wird nicht behauptet. **3.** Das Bundesgericht zeigt sich aber erstaunt, dass das empfohlene Behandlungs- und Betreuungskonzept (betreute Wohnsituation mit Tagesstruktur) nicht umgesetzt worden ist, und erinnert daran, dass die FÜU eine «ultima ratio» darstellt. Diesem Anliegen widerspricht es, wenn mangels Anordnung anderer geeigneter Massnahmen immer wieder FÜU nötig werden.

Periodische Überprüfung gemäss Art. 431 ZGB (ÜR 108-14)

BGE 140 III 105 (BGer 5A_236/2014 vom 11. April 2014) (d):

1. Anforderung an Gutachten (vgl. oben ÜR 107-14). **2.** Beschwerde gegen die Bestätigung einer FÜU im Rahmen einer periodische Überprüfung nach Art. 431 Abs. 1 ZGB. Art. 450e Abs. 3 ZGB verlangt ein aktuelles Gutachten unabhängig davon, ob eine Unterbringung, ein Entlassungsgesuch oder eine periodische Überprüfung betroffen ist. **3.** Der Verwendung von Gutachten früherer Verfahren sind allein schon deshalb enge Grenzen gesetzt, weil sich der Gutachter zu den Fragen des konkreten Verfahrens zu äussern hat. Bezüglich der Fortführung einer FÜU ist auszuführen, ob und inwiefern in den im früheren Gutachten festgestellten tatsächlichen Parametern eine Änderung eingetreten ist. **4.** Ein Fachrichter vermag den Beizug eines unabhängigen Experten nicht zu ersetzen (BGE 137 III 289 E. 4.4). **5.** Rückweisung zu neuem Entscheid innert 30 Tagen, ansonsten die FÜU ohne weiteres dahinfällt.

Bemerkung: In einem andern Verfahren betreffend Art. 426 ZGB hat das Bundesgericht die Hospitalisation einer an Anorexie Leidenden für verhältnismässig erachtet; eine ambulante Therapie war ungeeignet bei einem Body-Mass-Index (BMI), der mit 15 kg/m² weit unter dem gesundheitlichen Minimalwert von 18 kg/m² lag (*BGer 5A_212/2014 vom 1. April 2014) (f).*

Entschädigung des amtlichen Rechtsbeistands (ÜR 109-14)

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_39/2014 vom 12. Mai 2014 (d):

1. Gutheissung einer Beschwerde gegen eine FÜU. Ausrichtung einer reduzierten Parteientschädigung für den amtlichen Rechtsbeistand. **2.** Es wurde die Rechtsprechung der Strafabteilung angewandt, gemäss der

dem amtlichen Verteidiger das gegebenenfalls reduzierte Honorar gemäss einschlägigem Anwaltstarif unabhängig vom Prozessausgang ausgerichtet wird (BGE 139 IV 261). Dieses Vorgehen widerspricht der bernischen Regelung der Parteientschädigung (Art. 70 Abs. 1 KESG i.V.m. Art. 108 Abs. 3 VRPG) und würde auch gegen Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 122 Abs. 2 ZPO verstossen. Es ist willkürlich, die Parteientschädigung nach den für die staatliche Entschädigung geltenden Tarifregeln zu kürzen, wenn eine unentgeltlich vertretene Partei obsiegt (BGE 121 I 113 E. 3d). **3.** Gleichzeitig lag eine Praxisänderung vor, die den verfassungsmässigen Anforderungen an eine solche nicht genügt (BGE 136 III 6 E. 3). **4.** Schliesslich wurde auch gegen Art. 29 Abs. 2 BV verstossen, weil die Reduktion mehrerer Positionen der Kostenliste im Entscheid ohne Begründung blieb.

Amtliche Verbeiständung und Verfahrensbeistandschaft (Art. 449a ZGB) (ÜR 110-14)

BGer 5A_83/2014 vom 21. März 2014 (d):

1. Das Obergericht heisst die Beschwerde gegen eine FÜU gut, weist aber das Gesuch um amtliche Verbeiständung ab. **2.** Hiergegen gelangen KESB und Sozialdienst ans Bundesgericht, da sie die Verfahrensbeiständin zu entschädigen haben. **3.** Die Beschwerde ist offensichtlich unzulässig: kein schützenswertes Interesse.

Fremdgefährdung im Rahmen der FÜU (ÜR ???-14)

BGer 5A_355/2014 vom 2. Juni 2014 (d):

1. Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, die fürsorgerische Unterbringung damit zu rechtfertigen, dass er seine Mutter gefährdet und sich ihr gegenüber aggressiv verhalten habe. **2.** Die Ursache der Unterbringung lag tatsächlich aber im Gesundheitszustand des Betroffenen und damit in seinem Schutzbedürfnis. Die Fremdgefährdung wurde nur insofern berücksichtigt, als der Beschwerdeführer nach dem Vorfall nicht einfach zu seiner Mutter nach Hause geschickt werden konnte. **3.** Der Beschwerdeführer behauptet weiter, die fürsorgerische Unterbringung sei unrechtmässig, weil ihm die Krankheits- und Behandlungseinsicht abgehe. Gerade aus diesem Grund aber erweist sich die fürsorgerische Unterbringung als nötig (anderenfalls könnte gegen den Willen des Betroffenen nie eine fürsorgerische Unterbringung verfügt werden).

Bemerkung: Im Entscheid 5A_444/2014 vom 26. Juni 2014 erinnerte das BG einmal mehr daran, dass die fürsorgerische Unterbringung trotz Art. 426 Abs. 2 ZGB dem Schutz der betroffenen Person und nicht ihrer Umgebung dienen muss. Der Schutz Dritter darf in die Beurteilung einbezogen werden, kann für sich allein aber grundsätzlich nicht ausschlaggebend sein. In casu zeigte die betroffene Person ein aggressives Verhalten gegenüber Dritten und verkannte die Realität völlig; sie gefährdete die eigene Gesundheit, wenn sie nicht in einer Einrichtung die gebotene Behandlung erhielte (sie hatte bereits einen Infarkt erlitten und nahm Ritalin ein, das bei Schizophrenie kontraindiziert ist).

dd) Organisation und Verfahren

Erwachsenenschutz - neue Zürcher Gerichtsorganisation (ÜR 30-13)

BGer 139 III 98 (Urteil 5C_2/2012 vom 17. Dezember 2012) (d):

1. Nach altem Recht war in Zürich der Bezirksrat Aufsichtsbehörde erster Instanz und die vom Regierungsrat bezeichnete Direktion Aufsichtsbehörde zweiter Instanz, unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Obergerichts zur Behandlung von Rechtsmitteln (BGE 118 Ia 473). **2.** Diese Zuständigkeitsordnung wurde entgegen dem Antrag des Regierungsrats beibehalten, der bezüglich der Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) einen Rechtsmittelzug über das Bezirksgericht an das Obergericht bevorzugt hätte. **3.** Gemäss Art. 450 Abs. 1 ZGB kann gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden. **4.** Eine Auslegung dieser Bestimmung führt im Einklang mit dem Schrifttum zum klaren Ergebnis, dass der Bundesgesetzgeber nicht von einem formellen, sondern von einem materiellen Begriff des Gerichts ausgeht (wie schon bei aArt. 397d ZGB bezüglich der FFE; vgl. BGE 108 Ia 178 E. 4b). **5.** Der Bezirksrat genügt den Anforderungen, die Art. 6 EMRK und Art. 30 BV an ein Gericht stellen, namentlich auch hinsichtlich Unabhängigkeit und Unparteilichkeit. Daran ändert nichts, dass einige Mitglieder der Bezirksräte über keine juristische Ausbildung verfügen. Der Umstand, dass ihnen ein juristisch ausgebildeter Ratsschreiber zur Seite steht, begründet keine

unzulässige Abhängigkeit (BGE 134 I 16 E. 4.3). In der Rechtsprechung ist der Bezirksrat nicht weisungsgebunden und seine Entscheide beruhen auf vollständiger Sachverhaltsermittlung und freier Rechtsanwendung. **6.** Angesichts der Verflechtung von Aufgaben und Funktionen beim Gesetzesvollzug, bei der Aufsicht und in der Rechtsprechung mag der Bezirksrat im öffentlich-rechtlichen Bereich als in die Verwaltung eingebunden erscheinen und deshalb nicht als gerichtliche Instanz anerkannt werden. Im zivilrechtlichen Bereich sind die dem Bezirksrat zugewiesenen Aufgaben demgegenüber beschränkt. **7.** Zwar beaufsichtigt der Bezirksrat die Gemeinden (und deren Zweckverbände) sowie die interkommunalen Zusammenschlüsse, die die Mitglieder der KESB ernennen, deren Entscheide der Bezirksrat wiederum erstinstanzlich zu überprüfen hat. Zweifel an der richterlichen Unabhängigkeit sind aber nicht angebracht, zumal die KESB nicht mehr - wie früher - politisch zusammengesetzt sind (Mitglieder des Gemeinderats), sondern als Fachbehörden nach rein fachlichen Gesichtspunkten gebildet werden. **8.** Der Anspruch auf öffentliche Verhandlung und öffentliche Verkündung des Urteils (Art. 30 Abs. 3 BV bzw. Art. 6 Ziff. 1 EMRK) kann insbesondere wegen schützenswerter Interessen Privater beschränkt werden. Gemäss Art. 54 Abs. 4 ZPO sind familienrechtliche Verfahren nicht öffentlich; das Zürcher Einführungsgesetz schliesst die Öffentlichkeit auch für das Erwachsenenschutzverfahren aus. Mit dieser gesetzlichen Regelung haben sich die Beschwerdeführer nicht auseinandergesetzt.

Bemerkung: Das Bundesgericht hat die Beschwerdelegitimation der Demokratischen Juristinnen und Juristen Zürich (DJZ) verneint, ist auf die Beschwerde aber eingetreten, soweit sie (auch) von in Zürich wohnhaften Einzelpersonen erhoben wurde. Zudem hat es bezüglich einer weiteren Einzelperson ein gleichlautendes Urteil gefällt (vgl. BGer 5C_1/2012 vom 18. Januar 2013) (d).

Zweite kantonale Beschwerdeinstanz – Begründung des Rechtsmittels? (ÜR 114-13)

BGer 5A_327/2013 vom 17. Juli 2013 (d):

1. Begehren auf Feststellung von Verletzungen der EMRK sind in einem Verantwortlichkeitsprozess nach Art. 454 ZGB zu behandeln, nicht im Verfahren betreffend Entlassung aus fürsorgerischer Unterbringung (Bestätigung von BGE 118 II 254). **2.** Zweistufiges Beschwerdeverfahren im Kanton St. Gallen: Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde können bei der Verwaltungsrekurskommission und anschliessend beim Kantonsgericht angefochten werden. **3.** Das Verfahren wird von Art. 450 – 450e ZGB geregelt, wobei Art. 443 ff. ZGB ergänzend Anwendung finden, da die Beschwerde ein devolutives Rechtsmittel ist (Art. 450a ZGB). Die weitergehende Regelung des Verfahrens vor der Beschwerdeinstanz liegt in der Kompetenz der Kantone, wobei die ZPO sinngemäss anwendbar ist, falls das kantonale Recht nichts anderes bestimmt (Art. 450f ZGB). **4.** Zwar sieht das Bundesrecht mit der Beschwerde nach Art. 450 ZGB systematisch ein einziges einheitliches Rechtsmittel gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde vor. Nach dem Willen des Gesetzgebers können die Kantone aber ein zweistufiges gerichtliches Beschwerdeverfahren einführen (BBl 2006 7074). Das Verfahren vor der zweiten kantonalen Beschwerdeinstanz untersteht mangels ausdrücklicher bundesrechtlicher Regelung dem kantonalen Recht (Art. 450f ZGB). Dieses kann eine begründete Beschwerde an die zweite kantonale Instanz verlangen, auch wenn im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung jene an die erste Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450^e Abs. 1 ZGB nicht begründet zu werden braucht. **5.** Soweit das Kantonsgericht die Begründungspflicht auf Art. 311 ZPO gestützt hat, handelt es sich um kantonales Recht, dessen willkürliche Anwendung nicht rechtsgenügend gerügt wurde.

Bemerkungen: Die Botschaft ist in systematischer Hinsicht etwas unglücklich abgefasst, zumal die Möglichkeit, zwei Beschwerdeinstanzen vorzusehen, im Rahmen der Erläuterung von Art. 441 ZGB (Aufsichtsbehörde) erwähnt wird. Sie könnte deshalb so verstanden werden, dass einer Behörde die Aufsicht und der andern die Rechtskontrolle zu übertragen ist. Eine rein grammatikalische Lektüre der Botschaft führt letztlich aber zur Erkenntnis, dass die Auslegung des Bundesgerichts dem Willen des Gesetzgebers entspricht (so auch Steck, FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013, Vorbem. zu Art. 433 – 450g N 18; der deutsche Text scheint diesbezüglich klarer als der französische [vgl. FF 2006 6707]). Unerwähnt bleibt im Urteil, dass gemäss einem Teil der Lehre die Verfahrensgrundsätze von Art. 443 ff. ZGB "selbstverständlich" auch im Verfahren vor der zweiten Beschwerdeinstanz anwendbar sind (Steck, a.a.O., Art. 450 N 8), dies obschon die entsprechende Auffassung u.E. einiges für sich hat. In einem andern Verfahren hat das Bundesgericht erwogen, zwar seien neu einige wesentliche Verfahrensgrundsätze für den Kindes- und Erwachsenenschutz im ZGB verankert, die Kantone seien im Übrigen aber frei bei der Ordnung des Verfahrensrechts; nur wenn ein Kanton keine Regelung erlässt, kommt subsidiär die ZPO zur Anwendung. Im konkreten Fall ging es um eine kantonale Norm, die den Fristenstillstand ausschloss (BGer

5A_360/2013 vom 25. Juli 2013) (d).

Interkommunale Schutzbehörde – Ausstandspflicht (ÜR 117-13)

BGer 5A_326/2013 vom 20. Juni 2013 (f):

1. Die neue – für St. Maurice zuständige – interkommunale KESB hat ihre Tätigkeit Anfang 2012 aufgenommen, wobei sie bis Ende 2012 die Angelegenheiten der kommunalen Vormundschaftsbehörden besorgte; seit Anfang 2013 stellt sie eine KESB im Sinn des kantonalen Rechts dar (vgl. Art. 13 Abs. 2 EG ZGB/VS). **2.** Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person Anspruch darauf, dass ihre Sache von einem durch Gesetz geschaffenen, zuständigen, unabhängigen sowie unparteiischen, unvoreingenommenen und unbefangenen Gericht ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird (BGE 138 I 1). **3.** Keine Ausstandspflicht der beisitzenden Richterin, die den Fall des Beschwerdeführers nicht der Schutzbehörde gemeldet hatte, keine persönlichen Interessen an einer ihn betreffenden Massnahme hat, keine Antipathie gegen ihn hegte und sich nicht bereits eine feste Meinung gebildet hatte, bevor sie vom Sachverhalt Kenntnis nahm. Bei objektiver Betrachtung besteht kein Anschein von Befangenheit.

Beschwerde gegen die Aufhebung vorsorglicher Massnahmen (ÜR 41-14)

BGer 5A_683/2013 vom 11. Dezember 2013 (f):

1. Schenkungen im Wert von insgesamt rund 4 Mio. Franken; Verbeiständung und vorsorgliche Beschränkung der Handlungsfähigkeit auf Antrag der Tochter. Dieser Entscheid der KESB wird auf Beschwerde hin aufgehoben. **2.** Als nahestehende Person hatte die Tochter vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz Parteistellung (Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB), aber die Legitimation vor Bundesgericht richtet sich allein nach Art. 76 Abs. 1 BGG. Beschwerdebefugnis offen gelassen, weil auf das Rechtsmittel ohnehin nicht einzutreten war. **3.** Vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 445 Abs. 1 ZGB stellen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) dar, wenn sie in einem eigenständigen Verfahren angeordnet werden, während ein Zwischenentscheid gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG vorliegt, wenn sie im Hinblick auf ein noch zu fällendes Urteil in einer Hauptsache ergehen. Hier trifft Letzteres zu. **4.** Mithin ist eine Anfechtung nur möglich, wenn der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden (rechtlichen) Nachteil bewirken kann, was nicht der Fall ist: Die Erbanwartschaft der Tochter kann nicht beeinträchtigt werden, weil es sich dabei um eine blosser Hoffnung handelt. Ohnehin ist aber das Recht der Mutter, bis zu ihrem Tod frei über ihr Vermögen zu verfügen, nicht durch Erwachsenenschutzmassnahmen zu beschränken, nur um Mittel für die Erben zu erhalten. Veräusserungen, die den Interessen von pflichtteilgeschützten Erben widersprechen, sind durch das Erbrecht zu korrigieren (Art. 475 u. 527 ZGB). Auch die Verpflichtung zu Unterhaltsleistungen stellt keinen Nachteil i.S.v. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG dar (BGE 138 III 333; ÜR 66-12). **5.** Die Beschwerde wäre im Übrigen unbegründet, zumal keine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten dargetan wurde (Art. 98 BGG). Die Vorinstanz hat ohne Willkür erkannt, Massnahmen seien nicht erforderlich, da das Vermögen nicht verschwendet wurde und die Betroffene an keinem Schwächezustand leidet. Ihre Begründung (Nichterfüllung der Voraussetzungen von Art. 389 Abs. 2 u. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB) tut dem Anspruch auf rechtliches Gehör genüge.

Beschwerdelegitimation bezüglich Verweigerung einer Massnahme (ÜR 43-14)

BGer 5A_623/2013 vom 31. Oktober 2013 (f):

1. Ein Sohn, dessen Antrag auf Schutzmassnahmen für den Vater abgelehnt wurde, gelangt ans Bundesgericht. **2.** Beschwerdelegitimiert ist gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. b BGG, wer durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat. **3.** Der Beschwerdeführer beschränkt sich auf Ausführungen zu seinem angeblichen rechtlich geschützten Interesse, ohne darzutun, welchen praktischen Nutzen er aus der Gutheissung seines Rechtsmittels ziehen würde. Aus den Akten ergibt sich nichts Relevantes, insbesondere ist keine Verletzung von Parteirechten durch die kantonalen Behörden ersichtlich. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

Beschwerdelegitimation – nahestehende Person (ÜR 45-14)

BGer 5A_663/2013 vom 5. November 2013 (d):

1. Bei einer älteren Dame, die an fortschreitender Altersdemenz leidet, wurde die bisherige Beiratschaft durch eine umfassende Beistandschaft abgelöst und vorübergehend eine FÜU angeordnet. Die bisherige Beirätin rügt nun, dass die Betroffene nicht über ihr Recht aufgeklärt werde, sie als ihre Vertrauensperson i.S.v. Art. 432 ZGB beizuziehen. Nichteintretensentscheid, weil die ehemalige Beirätin keine nahestehende

Person i.S.v. Art. 450 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB sei. **2.** Diese Bestimmung nimmt auf den Begriff der nahestehenden Person gemäss aArt. 397d ZGB Bezug (BGE 114 II 213 E. 3, 122 I 18 E. 2c/bb, 137 III 67 E. 3.4.1 [ÜR 30-11]). **3.** Voraussetzung ist, dass die Person "geeignet" erscheint, Interessen des Betroffenen wahrzunehmen, was erfordert: (1.) unmittelbare Kenntnis der Persönlichkeit des Betroffenen, (2.) Bejahung durch den Betroffenen und (3.) Verantwortung für das Ergehen des Betroffenen (C. Hegnauer, Zum Begriff der nahestehenden Person i.S.v. Art. 397d ZGB, ZVW 1984 S. 27 f.). **4.** Es fällt auf, dass die Rechtsprechung die Verwandten und oftmals auch im gleichen Haushalt lebende Personen regelmässig ohne weitere Erörterung – gleichsam im Sinn einer Tatsachenvermutung – als nahestehende Personen anerkennt (so etwa Ehegatten oder Eltern, denen das Sorgerecht entzogen wurde). Eingehend werden die Anforderungen hingegen im Falle aussenstehender Dritter geprüft (bei einer "éducatrice spécialisée" [BGE 114 II 213 E. 3], bei ehemaligen Betreuerinnen [BGer 5C.194/1993] oder einem zuständigen Bankangestellten [BGE 137 III 67 E. 3.6]). **5.** Vorbehalte können gegenüber Amtsträgern bestehen: Zum einen ist zweifelhaft, dass der Betroffene die Beziehung zu einem behördlich eingesetzten Amtsträger auch wirklich bejaht. Zum anderen fragt sich, ob ein Amtsträger zur Beschwerde, die sich mittelbar gegen eine Verfügung der ihm vorgesetzten Behörde richtet, berechtigt sein soll. **6.** Für das erforderliche Näheverhältnis genügt nicht, dass der Dritte den Betroffenen gut kennt und dass die Beziehung vom Betroffenen bejaht wird; es muss überdies eine von Verantwortung des Dritten für das Wohlergehen des Betroffenen geprägte Beziehung bestehen. **7.** Die Vorinstanz hat ohne Verletzung von Bundesrecht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin erhebliche eigene finanzielle Interessen gehabt, bei der Betroffenen eine psychische Belastung verursacht und den Familienfrieden gefährdet hat. Mithin ist ihr die Beschwerdelegitimation zu Recht abgesprochen worden. **8.** Gemäss § 57 Abs. 2 EG ZGB/ZG sind im Bereich der FÜU keine Kosten zu erheben. Es ist nicht willkürlich, diese Kostenfreiheit auf Beschwerden gegen die Unterbringung selber zu beschränken.

Bemerkung: Leider würdigt das Bundesgericht die zahlreichen Publikationen zu dieser wichtigen Frage des neuen Rechts keines Wortes, sondern beschränkt sich auf die Bemerkung, dem Schrifttum – nota bene zu aArt. 397d ZGB (!) – lasse sich "in der Regel wenig Weiterführendes entnehmen". Zum Parteikostensatz in dieser Sache vgl. BGer 5D_171/2013 vom 10. Dezember 2013 (d).

Erfordernis eines Gutachtens, Art. 446 Abs. 2 ZGB (ÜR 46-14)

Zur Publikation bestimmtes Urteil 5A_843/2013 vom 13. Januar 2014 (f):

1. Bisher setzte die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche zwingend ein Gutachten voraus (aArt. 374 Abs. 2 ZGB). Der geltende Art. 446 ZGB bestimmt, dass die KESB den Sachverhalt von Amtes wegen erforscht (Abs. 1) und die nötigen Erkundigungen einzieht sowie die erforderlichen Beweise erhebt; sie kann eine geeignete Person oder Stelle mit Abklärungen beauftragen und nötigenfalls ein Gutachten einholen (Abs. 2). **2.** Die Lehre befürwortet mit der bundesrätlichen Botschaft (BBl 2006 S. 7078) das Einholen eines Gutachtens, falls eine Massnahme zur Beschränkung der Handlungsfähigkeit wegen psychischen Störungen oder Geistesschwäche führt und kein Mitglied der Behörde über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt. **3.** Die Beschwerdeführerin wurde wegen einer psychischen Störung umfassend verbeiständet (Art. 398 i.V.m. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Der Entscheid wurde ohne Expertise gestützt auf die Akten und eine Anhörung der behandelnden Ärzte gefällt. Kein Behördenmitglied verfügt über die erforderlichen medizinischen Kenntnisse. Die KESB durfte nicht ohne Gutachten einer unabhängigen Fachperson entscheiden. **4.** Die Sache wird an sie zurückgewiesen und nicht an die Beschwerdeinstanz, weil diese die Sache ihrerseits an die KESB zurückweisen müsste, da die Betroffene Anspruch auf zwei Instanzen mit voller Kognition hat.

Wiedererwägung – Anordnung einer psychiatrischen Begutachtung (ÜR 47-14)

BGer 5A_655/2013 vom 29. Oktober 2013 (d):

1. Anordnung einer psychiatrischen Begutachtung in Anwendung von Art. 446 Abs. 2 ZGB. **2.** Zwischenentscheid, der unwiderruflich in das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) eingreift und daher einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil rechtlicher Natur bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). **3.** Nach § 60c Abs. 1 EG ZGB/AG ist auf Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren das summarische Verfahren gemäss ZPO anwendbar. Beschwerdefrist von zehn Tagen (Art. 321 Abs. 2 ZPO), weshalb die Verfügung nicht rechtzeitig angefochten wurde. **4.** Die Beschwerdeführerin hatte eine Wiedererwägung verlangt, wobei fraglich ist, ob eine solche unter der Herrschaft der Zivilprozessordnung überhaupt zulässig ist. Allerdings handelt es sich vorliegend um eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit,

die in engem Zusammenhang mit dem Zivilrecht steht, und die erste Instanz hat ihre ursprüngliche Verfügung tatsächlich in Wiedererwägung gezogen. Damit erging ein neuer Entscheid in der Sache, der an die Stelle der in Wiedererwägung gezogenen Verfügung trat. Diese neue Verfügung ist selbständig anfechtbar, selbst wenn sie im Ergebnis die ursprüngliche Verfügung bestätigt. 5. Im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Auffassung unhaltbar, ein drohender nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil i.S.v. Art. 319 lit. b Ziff. 2 ZPO sei hier nicht dargetan. Das Obergericht hätte auf die Beschwerde gegen die abschlägige Wiedererwägung eintreten sollen.

Akteneinsicht (Art. 449b ZGB) und Entlassung des Beistands (ÜR 50-14)

BGer 5A_706/2013 vom 5. Dezember 2013 (d):

1. Der Anspruch auf Akteneinsicht ergibt sich neben Art. 29 Abs. 2 BV auch aus Art. 449b Abs. 1 ZGB. 2. Er umfasst kein Recht, mit Dossierkopien bedient zu werden. Dem Betroffenen ist es aber unbenommen, selber für die gewünschten Kopien zu sorgen, indem er von den Akten Fotokopien anfertigt bzw. anfertigen lässt. 3. Die KESB entlässt den Beistand, wenn dieser zur Erfüllung seiner Aufgaben nicht mehr geeignet ist oder wenn ein anderer wichtiger Grund für die Entlassung vorliegt (Art. 423 Abs. 1 ZGB), was eine schwerwiegende Verletzung von erwachsenenschutzrechtlichen Pflichten voraussetzt.

Datenschutz im Erwachsenenschutzverfahren – Zuständigkeit (ÜR 51-14)

BGer 5A_502/2013 vom 28. Oktober 2013 (d):

1. Nichtbehandlung eines Einsichtsgesuchs in die Akten eines abgeschlossenen Verfahrens. Im Kanton Bern11 gelten für Verfahren und Rechtsschutz im Bereich des Datenschutzes dieselben Bestimmungen wie im betroffenen Rechtsgebiet. 2. Auch wenn vorliegend nicht die Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme, sondern eine Rechtsverweigerung infrage steht, kann das Einsichtsgesuch ohne Willkür im Zusammenhang mit einem vormundschaftlichen Verfahren gesehen und auf die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz für Kindes- und erwachsenenschutzrechtliche Verfahren (Art. 450 ZGB) geschlossen werden.

Rechtsbeistand im Erwachsenenschutzverfahren (ÜR 52-14)

BGer 5A_838/2013 vom 3. Februar 2014 (f):

1. Gesuch um unentgeltliche Beiordnung eines Anwalts für die Anfechtung eines Entscheids, mit dem eine Verbeiständung abgelehnt wurde (Art. 117 f. ZPO i.V.m. Art. 450f ZGB). 2. Objektiv hängt die Erforderlichkeit eines Rechtsbeistands von der Komplexität der Streitigkeit sowie der Anwendbarkeit von Untersuchungsgrundsatz und Officialmaxime ab, welche es der Partei erleichtern, den Prozess selber zu führen. Subjektiv hat die Behörde die Person des Beschwerdeführers (Alter, Ausbildung, Vertrautheit mit rechtlichen Angelegenheiten und Sprachkenntnisse) zu berücksichtigen. Zudem gibt das Gesetz dem Grundsatz der Waffengleichheit besonderes Gewicht, indem es u.a. darauf abstellt, ob die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist. 3. Die vorliegende Angelegenheit bietet keine besonderen Schwierigkeiten, da der Beschwerdeführer akzeptiert, dass kein Verbeiständungsgrund vorliegt. Zudem erfolgen Sachverhaltsabklärung und Rechtsanwendung durch die KESB von Amtes wegen; die Behörde ist nicht an die Anträge der Verfahrensbeteiligten gebunden (Art. 446 ZGB). Wie sich aus den aktenkundigen Eingaben des Beschwerdeführers ergibt, ist dieser in der Lage, seine Interessen vernünftig zu wahren. Schliesslich ist keine Waffengleichheit zu beachten, da es sich bei der KESB nicht um eine "Gegenpartei" handelt.

Verhältnis zwischen Kinderschutz und öffentlichen Finanzinteressen (ÜR 96-14)

BGer 5A_979/2013 vom 28. März 2014 (d):

Siehe oben *Kinderschutz*.

Zweck der Beschwerde nach Art. 419 ZGB (ÜR 102-14)

BGer 5A_186/2014 vom 7. April 2014 (d):

1. Die Beschwerde nach Art. 419 ZGB soll in einem einfachen Verfahren und innert kurzer Zeit zu einem materiell richtigen Entscheid der KESB führen; deren Anrufung ist – wie nach aArt. 420 Abs. 1 ZGB – nicht befristet. Allerdings steht die Beschwerde mangels eines aktuellen Interesses nicht mehr offen, sobald ein Verfahren keinen Sinn mehr macht, weil die Handlung nicht mehr zu korrigieren ist oder die Unterlassung nicht mehr gutgemacht werden kann, ausser es geht um eine Grundsatzfrage, deren Klärung im Interesse

der Praxis liegt (BBl 2006 7059). **2.** Weder der bundesrätlichen Botschaft noch den parlamentarischen Beratungen lässt sich entnehmen, was unter einer Grundsatzfrage zu verstehen ist. Wie bezüglich aArt. 420 ZGB, ist – in Anlehnung an die Rechtsprechung zur staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 88 OG – vom Erfordernis des aktuellen Interesses abzusehen, wenn sich die strittige Frage jederzeit unter ähnlichen Umständen wieder stellen könnte, an ihrer Klärung ein öffentliches Interesse besteht und sie andernfalls nie überprüft werden könnte (BGE 120 Ia 165 E. 1a, 118 Ia 46 E. 3c). Da sich die Beschwerde nach Art. 419 ZGB an jener gemäss aArt. 420 ZGB orientiert, kann das Kriterium des virtuellen Interesses (vgl. BGE 139 I 206 E. 1.1) auf den vorliegenden Fall übertragen und der Hinweis auf die Grundsatzfrage als Ausdruck des Erfordernisses eines virtuellen Interesses ausgelegt werden. **3.** Hier besteht kein aktuelles Interesse mehr, da die Ehefrau des Beschwerdeführers verstorben ist. Die aufgeworfene Frage – Zulässigkeit einer «Ausgrenzung» naher Angehöriger im Fall einer Spital- oder Heimeinweisung – kann sich jederzeit wieder stellen, weshalb es an einem virtuellen Interesse fehlt.

Beschwerdeführung durch eine umfassend verbeiständete Person (ÜR 103-14)

BGer 5A_101/2014 vom 6. März 2014 (d):

1. Anfechtung einer Zustimmung zur Eigentumsübertragung (Art. 416 Abs. 1 Ziff. 4 ZGB) durch die umfassend verbeiständete Eigentümerin, wobei die Beiständin die Zustimmung zur Beschwerdeführung verweigert. **2.** In Bezug auf die eigene Handlungs- und Prozessfähigkeit ist auch eine umfassend Verbeiständete zur Beschwerdeführung vor Bundesgericht befugt. **3.** Urteilsfähige Handlungsunfähige üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbständig aus (Art. 19c Abs. 1 ZGB). Die Wahrnehmung vermögensrechtlicher Interessen gilt nicht als Ausübung solcher höchstpersönlicher Rechte; insoweit ist die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters erforderlich (BGer 5A_658/2012 [ÜR 35-13], 5P.408/2003 [ÜR 29-04]).

Bemerkung: Diese restriktive Rechtsprechung haben wir bereits verschiedentlich kritisiert (vgl. insb. Bemerkungen zu ÜR 35-13 und 29-04). Zudem lässt das Bundesgericht die Frage offen, ob die Veräusserung eines Vermögenswerts i.S.v. Art. 412 Abs. 2 ZGB (mit besonderem Wert für den Betroffenen oder dessen Familie) nichtig ist. Sie wäre zu verneinen gewesen: Anders als die durch Abs. 1 von Art. 412 ZGB untersagten Rechtsgeschäfte, die absolut ungültig sind, können Geschäfte gemäss Abs. 2 gültig geschlossen werden, lösen aber eine Verantwortlichkeit der involvierten Organe aus.

Bedeutung von Schlussbericht und Schlussrechnung (ÜR 104-14)

BGer 5A_151/2014 vom 4. April 2014 (d):

1. Wie unter altem Recht (vgl. BGer 5A_494/2013 [ÜR 109-13], 5A_578/2008 [ÜR 116-08]) dienen Schlussbericht und Schlussrechnung (Art. 425 ZGB) nicht der Überprüfung der Führung der Beistandschaft, sondern der Information; sie sind zu genehmigen, soweit sie der Informationspflicht genügen. Die periodischen Berichte und Rechnungen gemäss Art. 415 ZGB dienen der Behörde demgegenüber dazu, die Amtsführung des Beistands zu steuern und ihm gegebenenfalls Weisungen zu erteilen. **2.** Die Genehmigung von Schlussbericht und Schlussrechnung hat sich nicht über allfällige Verfehlungen des Beistands zu äussern. Ihr eignet keine unmittelbare materiellrechtliche Bedeutung, so dass namentlich Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 454 ZGB von der Genehmigung unberührt bleiben.

Sachverhaltskontrolle im Rechtsmittelverfahren (ÜR 105-14)

BGer 5A_110/2014 vom 19. März 2014 (d):

Im kantonalen Beschwerdeverfahren kann eine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 450 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Vor Bundesgericht ist demgegenüber Art. 97 Abs. 1 BGG massgebend, wonach die Sachverhaltsfeststellung nur gerügt werden kann, wenn sie offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich ist (bzw. auf einer andern Rechtsverletzung i.S.v. Art. 95 BGG beruht). Der Beschwerdeführer hat dies rechtsgenüglich zu begründen (vgl. etwa BGE 133 II 249 E. 1.4.3).