

Fachtagung vom 1./2. September 2022 in Freiburg
„10 Jahre neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht“



Referat 2

Erwachsenenschutz: 10 Jahre Rechtsprechung des Bundesgerichts – ausgewählte Aspekte

Philippe Meier

Dr. iur. und Rechtsanwalt, Ordinarius, FDCA/Universität Lausanne,
Mitglied Arbeitsausschuss KOKES und Präsident Redaktionsrat ZKE

Die Erarbeitung des neuen Erwachsenenschutzrechts erfolgte über mehrere Jahrzehnte unter starker Einbindung der Lehre. Eine Reform dieser Grössenordnung kann jedoch nicht alle Fragen vorwegnehmen, die sich in der Praxis stellen werden. Ganz abgesehen davon, dass der Gesetzgeber darauf verzichtet hatte, selbst ermittelte problematische Aspekte zu regeln. Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts ermöglicht, in den vergangenen zehn Jahren die Grundprinzipien der Revision festzulegen, aber auch einige (nicht alle!) offene Fragen zu beantworten.

Das Referat stellt einige markante Urteile in den folgenden Bereichen vor: Organisation der Behörden; Beistandschaften; eigene Vorsorge; Massnahmen von Gesetzes wegen; fürsorgliche Unterbringung, Zwangsbehandlung und ambulante Massnahmen nach kantonalem Recht; Verfahren. Es geht auch kurz auf die Abschaffung einer fragwürdigen und umstrittenen Rechtsprechung infolge der Intervention des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ein sowie auf zwei für die Praxis wichtige Fragestellungen, zu denen die Bundesrechtsprechung nach wie vor unklar ist (Fälle, in denen vor der Anordnung einer Beistandschaft ein psychiatrisches Gutachten erforderlich ist; Beschwerdebefugnis von Angehörigen beim Bundesgericht).

*Die Präsentationen und weitere Unterlagen der Fachtagung stehen auf
www.kokes.ch → Aktuell → „Tagung 2022“ zum Download bereit.*

Erwachsenenschutz: zehn Jahre Rechtsprechung des Bundesgerichts – ausgewählte Aspekte

Prof. Dr. Philippe Meier, Rechtsanwalt
FDCA/Universität Lausanne

KOKES Fachtagung
Freiburg 01/02.09.2022



I. Einführung (1)

- + ZKE: 56 Zusammenfassungen der Rechtsprechung
 - 2003-2012
 - 2013-2022
- + Einige Besonderheiten der Bundesrechtsprechung im Bereich Erwachsenenschutz
 - Interessen, die auf dem Spiel stehen
 - Finanzielle Ressourcen
 - Wenig anwaltliche Vertretung - viele unzulässige Beschwerden (Begründung)
 - Rechtsakte mit bereits eingetretener Wirkung
- + Eine Rechtsprechung, die im Wesentlichen die wichtigsten Reformgrundsätze gesichert hat... und einige offene Fragen beantwortet.

I. Einführung (2)

- + Organisation
- + Beistandschaften
- + Eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen
- + Fürsorgerische Unterbringung (FU), Zwangsbehandlung und kantonrechtliche ambulante Massnahmen
- + Verfahren
- + Eine umstrittene Rechtsprechung vom EGMR
- + Zwei noch unzureichend geklärte Fragestellungen

- Weitere Themen, Details und Referenzen: ZKE 2022/6!

II. Organisation und Zuständigkeit (1)

- + Gerichte im materiellen Sinne (Art. 30 BV, Art. 6 EMRK):
 - Bezirksrat ZH (Art. 450 ff ZGB) - BGE 139 III 98
 - KESB TG (Art. 439 ZGB) - BGE 142 III 732
 - Aber nicht die KESB BE (BGE 143 III 193; vgl. EGMR-Urteil Roth gegen die Schweiz vom 8.2.22)
- + Örtliche Zuständigkeit des Gerichts nach Art. 439 ZGB?
 - ~~Wohnsitz ? Ort der Einrichtung?~~ Ort des Einweisungsentscheids - BGE 146 III 377
- + HEsÜ 2000
 - Anwendung der *perpetuatio fori* mit Nichtvertragsstaaten des Übereinkommens (analog Kinderschutz) - BGE 143 III 237

II. Organisation und Zuständigkeit (2)

- + Zwei umstrittene Rechtsprechungen:
 - Möglichkeit, besondere Verfahrensregelungen an die 2. kantonale Beschwerdeinstanz zu verlangen, wenn diese existiert - BGer, 5A_327/2013
 - Notwendigkeit einer Klage vor dem BGer (Art. 120 BGG), um interkantonale Kompetenzkonflikte zu regeln, trotz des einfachen und pragmatischen Systems von Art. 444 Abs. 4 ZGB und Art. 120 Abs. 2 BGG - BGE 141 III 84

- + Eine willkommene und weiterzuentwickelnde Rechtsprechung £ im Bereich Kinderschutz:
 - BGer, 5A_524/2021 (d.p.): Notwendigkeit eines Kollegialentscheids (Art. 441 Abs. 2 ZGB) für eine Aufhebung nach Art. 310 ZGB als vorsorgliche Massnahme (Art. 445 ZGB), gemäss historischer und teleologischer Auslegung
 - Gilt auch für alle Erwachsenenbeistandschaften, die als vorsorgliche Massnahmen angeordnet werden... und für viele andere Verfügungen, die sehr grosszügig von den Kantonen an ein einziges Mitglied der KESB delegiert werden!!!

III. Beistandschaften (1)

- + Kein Schutz der Interessen Dritter
 - Erben, Gemeinwesen - BGer, 5A_58/2022; BGer, 5A_773/2013

- + Keine Beschwerdebefugnis des kostenpflichtigen Gemeinwesens
 - BGer, 5A_388/2015; BGer, 5A_979/2013
 - Aber Einbezug ins Verfahren durch kantonales Recht - BGer, 5C_1/2018

- + Eine ständige Bekräftigung der Subsidiaritätsgrundsätze und der Verhältnismässigkeit (vgl. bereits Art. 36 Abs. 3 BV und Kinderschutz, jetzt Art. 388 und 389 ZGB), die den breiten Ermessensspielraum der kantonalen Behörde einschränken.
 - BGE 140 III 49 und Dutzende andere

III. Beistandschaften (2)

+ Konsequenzen:

- Die umfassende Beistandschaft als *ultima ratio* - BGer, 5A_479/2019; BGer, 5A_617/2014
- Die Beistandschaft Art. 394/395 ZGB als "Massnahme, die das neurechtliche Leitmotiv am direktesten umsetzt, und zwar einen strikt auf die Bedürfnisse der betroffenen Person ausgerichteten Schutz" - BGE 140 III 49 und Dutzende andere
 - Statistiken (ZKE 2021 452 und 462): 3'938 Personen mit einer neuen umfassenden Beistandschaft nach Art. 398 ZGB (25 Kantone) vs. 83'374 Personen mit einer massgeschneiderten Beistandschaft Art. 393-396 ZGB.
 - Auch in der Westschweiz?
- Die Notwendigkeit, immer eine Begleitbeistandschaft zu prüfen (aber nicht anzuordnen, wenn die Prognose von vornherein negativ ist) (Art. 393 ZGB; vgl. auch CRPD) - BGer, 5A_614/2017; BGer, 5A_795/2014
- Die notwendige Ausrichtung („ciblage“) der Massnahme Art. 394/395 ZGB, manchmal mit ihrer Verringerung im Beschwerdeverfahren - BGE 140 III 49; BGer, 5A_614/2017; BGer, 5A_677/2014

III. Beistandschaften (3)

+ Die (Neu-)Definition des Begriffs "Schwächezustand"

- BGer, 5A_770/2018; BGer, 5A_844/2017; BGer, 5A_638/2015; BGer, 5A_773/2013
- Restriktiver Begriff
- Mit Folgen, die denen einer psychischen Störung ähneln (z. B. Unfähigkeit, Druck auszuhalten) - siehe "elder abuse"!
- Unterschiedliche Ursachen (Demenz, Hirnalterung, schwere körperliche Behinderung usw.)

III. Beistandschaften (4)

+ Respekt der Autonomie/Selbstbestimmung

- Bei der Wahl oder dem Veto bezüglich der Beistandsperson (Art. 401 Abs. 1 und 3 ZGB) + Begründungspflicht bei Nichtbefolgung der Wünsche - BGE 140 III 1; BGer, 5A_228/2018; BGer, 5A_345/2015; BGer, 5A_904/2014.
- Art. 409 ZGB und seine entwicklungsfähige Anwendung je nach Situation (Ressourcen und Bedürfnisse) und Fähigkeit der Person - BGer, 5A_540/2013; BGer, 5A_211/2016 (CHF 240'000 pro Jahr!!!)
- Die Kündigung der Wohnung und die vorrangige Berücksichtigung der Wünsche der betroffenen Person - BGer, 5A_34/2019
- Die Wahrung der Privatsphäre auch gegenüber Angehörigen - BGer, 5A_546 und 547/2020
 - COVID- Impfung und 398 ZGB? BGer, 5A_154/2022

III. Beistandschaften (5)

+ Der Status der Beistandsperson (zur Erinnerung)

- Für die AHV: selbstständiger Status des Fachbeistands - BGE 146 V 139 (≠ BGE 98 V 230)
- Die komplexe Frage der Entschädigung - BGE 145 I 183; BGer, 5D_230/2020
 - vgl. ZK-Meier zu Art. 404 ZGB

IV. Eigene Vorsorge und Massnahmen von Gesetzes wegen

- + Wenig Rechtsprechung
- + Klassische Fragen:
 - Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit - BGer, 5A_926/2021, BGer, 5A_905/2015
 - Eignung des Mandatsträgers, insbesondere bei familiären Zerwürfnissen oder Interessenkonflikten - BGer, 5A_615/2021; BGer, 5A_874/2020
- + Art. 374 ff. ZGB
 - Nicht anwendbar, wenn die Handlungsunfähigkeit vor der Ehe eintritt - BGer, 5A_546 und 547/2020
 - ... oder soll stattdessen Art. 376 ZGB im Falle einer Gefährdung herangezogen werden?

V. Fürsorgerische Unterbringung usw. (1)

- + Bestätigung sehr strenger Anforderungen an den Inhalt des Gutachtens und die Begründung der Verfügung (konkrete Gefahr für den Betroffenen und Notwendigkeit einer stationären Behandlung)
 - BGer, 2C_451/2020 (d.p.); BGE 143 III 189; BGE 140 III 105; BGE 140 III 101 usw.
- + Die Pflicht zur Einholung eines unabhängigen externen Gutachtens vor der Beschwerdeinstanz und vor dem Gericht nach Art. 439 ZGB
 - BGE 148 III 1; BGE 143 III 189
- + Keine Delegation der medizinischen Einweisungskompetenz
 - BGer, 2C_451/2020 (d.p.) - Rettungssanitäter
- + Eine hochrestriktive Auslegung des schweren Verwahrlosungszustands
 - BGer, 2C_451/2020 (d.p.) - eine schlechte Mitarbeit einer Diabetespatientin ist ungenügend (sehr ausführliches Urteil über die Patientenrechte im Allgemeinen)

V. Fürsorgerische Unterbringung usw. (2)

- + Weit gefasster materieller Begriff der Zwangsbehandlung (Drohung allein reicht aus), aber Verfahrensvereinfachungen (delegierter leitender Arzt - jedoch sind ausführliche Massnahmen und neue Verfügung nicht erforderlich für jede Intervention)
 - BGE 143 III 337; BGer, 5A_834/2017
- + Eine gründliche Prüfung der Verhältnismässigkeit in allen ihren Aspekten
 - BGer, 5A_1021/2021 (Anorexie: Zwangsernährung über mehrere Wochen hinweg)
- + Dito Art. 437 ZGB:
 - Umfassender Begriff der Massnahmen; Beschwerde in Zivilsachen vor dem BGer möglich, obwohl die Massnahmen auf kantonalem Recht beruhen; Hinweis auf die Voraussetzungen von Art. 36 BV
 - BGE 142 III 795 (AG); BGer, 5A_393/2017 (AG); BGer, 5A_336/2016 (TG)

VI. Verfahren

- + (Super)vorsorgliche Massnahmen
 - Supervorsorgliche Massnahmen bilden kein eigenständiges Verfahren - BGE 140 III 529 ... und sie können nicht Gegenstand einer Bundesgerichtsbeschwerde sein - BGE 140 III 289
 - (Super-)vorsorgliche Massnahmen unterliegen dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Notwendigkeit) - BGE 140 III 289
 - Die Voraussetzungen einer Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen vor dem BGer (Art. 93 Abs. 1 Bst. a BGG) sind in der Regel erfüllt, wenn die Handlungsfähigkeit (BGE 140 III 289; BGE 140 III 529; BGer, 5A_14/2021) oder die Autonomie eingeschränkt sind (Herabsetzung der zur freien Verwendung überlassenen Mittel, BGer, 5A_379/2017).
 - Anwendung von Art. 98 BGG (dieselben Urteile)
- + Eine unterschiedliche verfahrensrechtliche Stellung für die meldende Person (Art. 443 ZGB) und den Antragsteller (Art. 368, 376, 381, 390, 399, 423 ZGB), vorbehaltlich des kantonalen Rechts
 - BGer, 5A_750/2018 - Notwendige Harmonisierung, da die Qualifikation sehr willkürlich ist!
- + Eine zwingende Anhörung in 2. Instanz für die FU, auch wenn die 1. Instanz eine Justizbehörde ist
 - BGE 139 III 257 (≠ Beistandschaft)

VII. Eine «beständige» umstrittene Rechtsprechung vom EGMR

- + Sicherheitsbedingte Unterbringung nach Art. 426 ZGB, wenn das Strafrecht (Art. 19 JStG) den Freiheitsentzug nicht mehr zulässt?
 - BGE 138 III 593, bestätigt durch BGer, 5A_617/2016; BGer, 5A_692/2015; BGer, 5A_500/2014, usw.
 - Sehr viele doktrinäre Kritiken
 - EGMR-Urteil T.B. gegen die Schweiz (Nr. 1760/15) vom 30. April 2019: Art. 426 ZGB erlaubt keine Unterbringung ausschliesslich oder hauptsächlich zu Sicherheitszwecken.
 - Rechtsprechungsänderung: BGE 145 III 441 (und auch BGer, 5A_567/2020)
 - Wie steht es um kantonale Bestimmungen, die dies vorsehen (z. B. Art. 24 LVPAE)?

VIII. Zwei noch unzureichend geklärte Fragestellungen (1)

- + Psychiatrisches Gutachten (Art. 446 Abs. 2 ZGB): Wann ist es vorgeschrieben?
 - Für eine umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB) - BGE 140 III 97
 - Für eine Beistandschaft Art. 394/395 ZGB mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit: BGer, 5A_798/2015 (aber nicht für Art. 396 ZGB in BGer, 5A_116/2017!).
 - Nicht für Massnahmen ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit - BGE 5A_546 und 547/2020
 - Wie steht es mit dem Umfang und den Auswirkungen der Einschränkung auf ein notwendiges Gutachten (Art. 394/395, Art. 396 ZGB)?
 - Wie sieht es bei einer offensichtlichen psychischen Störung oder geistigen Behinderung aus, unabhängig von den Auswirkungen der Massnahme?
 - Kosten und Langsamkeit?

VIII. Zwei noch unzureichend geklärte Fragestellungen (2)

- + Beschwerdebefugnis der Angehörigen:
 - Weitgehende Befugnis zur kantonalen Beschwerde (Art. 450 Abs. 1 Bst. 2 ZGB), sofern sie die Interessen der betroffenen Person geltend machen - BGer, 5A_721/2019; BGer, 5A_112/2021
 - Ansonsten als Dritte angesehen, die ein rechtliches Interesse nachweisen müssen (Art. 450 Abs. 1 Bst. 3 ZGB)

VIII. Zwei noch unzureichend geklärte Fragestellungen (3)

- + Beim BGer:
 - Notwendigkeit eines schutzwürdigen persönlichen Interesses (BGer, 5A_111/2021; BGer, 5A_558/2020; BGer, 5A_542/2019 vom 30. Juli 2019; BGer, 5A_911/2015, usw.).
 - Es gibt jedoch (scheinbar) Ausnahmen (die nicht immer kohärent sind):
 - Verletzung von Verfahrensrechten - BGer, 5A_311/2015
 - Schicksal der Verfahrenskosten - BGer, 5A_662/2015
 - Anspruch, sich um die Person zu kümmern, statt einer Platzierung ins Pflegeheim durch den Beistand - BGer, 5A_338/2015
 - Anspruch darauf, dass die AHV-Rente kein Pflegeheim bezahlt, sondern es ermöglicht, ein Ehepaar in einer Wohnung zu halten - BGer, 5A_668/2018
 - Durchsetzung des Vertretungsrechts nach Art. 374 ZGB - BGer, 5A_221/2021
 - Sich anstelle eines Dritten zum Beistand ernennen lassen (?) (offen gelassen von BGer, 5A_649/2015; ja für BGer, 5A_930/2018, nein für BGer, 5A_911/2015 und BGer, 5A_787/2015)
 - Eine rechtsprechungsmässige *Prozessstandschaft*?
 - Oder eine Änderung von Art. 76 BGG, um ihn an Art. 450 ZGB anzupassen?

IX. Fazit

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!