

Daniel Rosch
Christiana Fountoulakis
Christoph Heck
(Hrsg.)

Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz

Recht und Methodik für Fachleute

3., aktualisierte Auflage

Daniel Rosch
Christiana Fountoulakis
Christoph Heck
(Hrsg.)

Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz

Daniel Rosch
Christiana Fountoulakis
Christoph Heck
(Hrsg.)

Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz

Recht und Methodik für Fachleute

3., aktualisierte Auflage

Zitiervorschlag: Autor/in, in: Rosch/Fountoulakis/Heck, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Rz. xy

3. Auflage: 2022

2. Auflage: 2018

1. Auflage: 2016

Bibliografische Information der *Deutschen Nationalbibliothek*

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

ISBN Print: 978-3-258-08291-2

ISBN E-Book: 978-3-258-48291-0

Alle Rechte vorbehalten.

Copyright © 2022 Haupt Bern

Jede Art der Vervielfältigung ohne Genehmigung des Verlages ist unzulässig.

Umschlaggestaltung Haupt Verlag, Bern, Daniela Vacas

Satz: Die Werkstatt Medien-Produktion GmbH, D-Göttingen

Der Haupt Verlag wird vom Bundesamt für Kultur für die Jahre 2021–2024 unterstützt.

www.haupt.ch

Vorwort zur dritten Auflage

Das Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz hat ungewöhnlich hohe Resonanz in Praxis und Lehre erhalten, so dass wir bereits eine dritte Auflage ins Auge fassen konnten. In deren Rahmen wurden in erster Linie die rechtlichen Neuerungen und deren Entwicklungen in der Praxis eingearbeitet. Dies gilt insbesondere für das Kindesunterhaltsrecht sowie das Adoptionsrecht; diese Kapitel wurden teilweise bzw. vollständig neu verfasst. Die Drittauflage berücksichtigt ferner die neuesten Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung auf sämtlichen Themengebieten. Der Ansatz bleibt auch in dieser Auflage ebenso interdisziplinär und praxisorientiert wie in den vorherigen Auflagen.

Den Herausgebenden verbleibt zu hoffen, dass auch die dritte Auflage so gut von der Praxis aufgenommen wird wie die beiden ersten. Das Buch versteht sich weiterhin als Handbuch „in progress“. Wir freuen uns daher auch hinsichtlich der Neuauflage auf Feedback und Hinweise.

Bern, Fribourg, Winterthur, August 2022

Daniel Rosch, sozialrecht@danielrosch.ch

Christiana Fountoulakis, christiana.fountoulakis@unifr.ch

Christoph Heck, christoph.heck@win.ch

Vorwort zur ersten Auflage

Das revidierte Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ist seit einigen wenigen Jahren in Kraft – und steht teilweise auch bereits in der Kritik. Tatsächlich handelt es sich beim Kindes- und Erwachsenenschutz um eine gesellschaftlich brisante Angelegenheit. Der Staat kontrolliert die Fähigkeiten von Sorgeberechtigten und potentiell schutzbedürftigen Menschen und greift, wenn nötig, in ihre Persönlichkeitsrechte ein. Dies steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Individualisierung der Lebensstile und der Freisetzung von traditionellen gesellschaftlichen Bezügen. Eingriffe in die persönliche Freiheit des Einzelnen werden zwar durch die Gesetzgebung legitimiert, doch muss die Umsetzung in Bezug auf den Prozess, die Herangehensweise und das Verfahren überzeugend sein. So wird zu Recht eine erhöhte Fachlichkeit von Beiständen, Vormundinnen und Abklärungspersonen gefordert.

Zu den rechtlichen Bezügen des Erwachsenenschutzes sind in den letzten Jahren bereits einige Aufsätze, Kommentare und Lehrbücher erschienen. Anders sieht es im

Kindes(schutz)recht aus; vertiefte Auseinandersetzungen und systematische Darstellungen unter Berücksichtigung der neuen Bestimmungen fehlen noch weitgehend. Eine aktuelle Verbindung von rechtlichen und methodischen Bezügen im Sinne einer fachlichen Einheit fehlt gar vollends. Gerade in diesem letzteren Bereich soll dieses Buch einen Mehrwert schaffen.

Die Themen wurden zum grössten Teil in interdisziplinären Teams bearbeitet, wobei rechtliche und methodische Aspekte verknüpft worden sind. Mangels einer standardisierten Methodik im Kindes- und Erwachsenenschutz war es zuweilen unerlässlich, auf (eigene) regionale Konzepte und Handhabungen zurück zu greifen. Bei den rechtlichen Aspekten wurde auf die praxisrelevanten Punkte fokussiert und anstelle von umfassenden Quellenverweisen auf einige wenige aktuelle Werke verwiesen (im Kindesrecht: Basler Kommentar ZGB I; Häfeli, Grundriss zum Erwachsenenschutz; Häfeli, Wegleitung vormundschaftlicher Organe; im Erwachsenenschutz: Rosch/Büchler/Jakob: Erwachsenenschutzrecht, 2. Auflage). Zentrale methodische und rechtliche Aspekte wurden schematisch sowie in Toolboxes dargestellt; zur Vertiefung einzelner Punkte befindet sich am Ende eines jeden Kapitels ein weiterführendes Literaturverzeichnis. Zu guter Letzt haben wir auch das Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz und das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument zum Kinderschutz im Anhang dargestellt; es soll als standardisiertes Musterinstrument Anregungen und Sicherheit in der Abklärung geben.

Das Buch wäre nicht entstanden ohne die vielen fachkundigen und praxiserprobten Autorinnen und Autoren, die sich diesem unorthodoxen Prozess gestellt haben. Ihnen sei sehr herzlich gedankt, aber auch der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, welche uns das Patronat ermöglichte, ferner Herrn Tim Köbrich, wissenschaftlicher Mitarbeiter von Professor Fountoulakis, dessen sorgfältiges Lektorat wesentlich zur Qualität des Buches beigetragen hat, sowie Herrn Matthias Haupt und Frau Elisabeth Homberger vom Haupt Verlag, die die Entstehung dieses Buches von Anfang an unterstützend und effizient begleitet haben.

Eine Materie ist kaum je erschöpfend abgehandelt. Das vorliegende Buch versteht sich als ein erster Wurf, der zu einer qualitativ hochstehenden Arbeit im Kindes- und Erwachsenenschutz beitragen soll. Es darf als Handbuch „in progress“ aufgefasst werden. Die Herausgeber sind deshalb froh um Feedback und Hinweise.

Bern, Fribourg, Winterthur, Dezember 2015

Daniel Rosch

Christiana Fountoulakis

Christoph Heck

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur dritten Auflage	5
Vorwort zur ersten Auflage	5
Teil I Einführung in den Kindes- und Erwachsenenschutz	21
I Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des schweizerischen Sozialrechts (Daniel Rosch)	22
1 Begriff, Zweck und Umfang	22
2 Begriff und Bereiche des schweizerischen Sozialrechts	23
3 Formales Zivilrecht, materiell weitgehend öffentliches Recht	26
4 Übersicht über den Kindes- und Erwachsenenschutz im engeren Sinne	27
II Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des Eingriffssozialrechts (Daniel Rosch)	30
1 Grundrechtliche Aspekte	30
2 Insbesondere: Prinzip der Subsidiarität	31
3 Insbesondere: Verhältnismässigkeitsprüfung	32
III Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und sein Einfluss auf die Handlungsfähigkeit (Christiana Fountoulakis / Daniel Rosch)	34
1 Kindes- und Erwachsenenschutz und Handlungsfähigkeit	34
2 Bestandteile der Handlungsfähigkeit	34
3 Handlungsfähigkeit im Sinn von Geschäftsfähigkeit	37
4 Voraussetzungen und Stufen der Handlungsfähigkeit	37
4.1 Volle Handlungsfähigkeit	37
4.2 Volle Handlungsunfähigkeit	37
4.3 Beschränkte Handlungsunfähigkeit	38
4.4 Beschränkte Handlungsfähigkeit	38
5 Handlungsfähigkeit im Sinn von Deliktsfähigkeit	39
6 Handlungsfähigkeit im Sinn von Prozessfähigkeit	40
7 Schematische Darstellung	41
8 Höchstpersönliche Rechte	42
IV Internationale Sachverhalte (Christiana Fountoulakis)	46
1 Einleitung	46
2 Erwachsenenschutz	48
2.1 Haager Erwachsenenschutzübereinkommen	48

2.2	Autonome international-privatrechtliche Regelungen	59
3	Kindesschutz	60
3.1	Haager Kindesschutzübereinkommen	60
3.2	Autonomes Kollisionsrecht	69
V	Kindes- und Erwachsenenschutz als Berufsfeld der Sozialen Arbeit	71
	<i>(Daniel Rosch)</i>	
1	Soziale Arbeit und Kindes- und Erwachsenenschutz	71
2	Soziale Arbeit mit Pflichtklientenschaft bzw. im Zwangskontext	72
2.1	Pflichtklientenschaft und Zwangskontext	72
2.2	Rechtlichen Rahmen klären!	73
2.3	Folge des Zwangskontextes: Reaktanz	74
2.4	Freiwillig und unfreiwillig bzw. selbst- und fremdinitiiert.	76
	Toolbox: Initiative zur Kontaktaufnahme und Veränderungsmotivation für Klientin Y:	78
2.5	Hilfestellung zur Motivationsförderung	78
3	Die Selbstbestimmung	82
3.1	Selbstbestimmung im Erwachsenenschutz	83
3.2	Selbstbestimmung im Kindesschutz.	89
VI	Überblick über die Akteure und deren Aufgaben	93
	<i>(Christoph Heck)</i>	
1	Betroffene schutzbedürftige Person bzw. das Kind und seine Eltern . .	94
2	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Abklärung und Anordnung)	95
3	Mandatsträger/innen (Führung der Massnahme)	98
4	Beschwerdeinstanz und Aufsichtsbehörde (Überprüfung und Aufsicht)	101
Teil II	Verfahren vor der KESB: Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung.	103
I	Einleitung	104
	<i>(Patrick Fassbind)</i>	
II	Rechtliche Aspekte	106
	<i>(Patrick Fassbind)</i>	
1	Zuständigkeit der KESB	106
2	Anwendbares Verfahrensrecht vor der KESB	107
3	Verfahrenszwecke, -prinzipien und -grundsätze	110
3.1	Kindeswohl und elterliches Interpretationsprimat sowie Erwachsenenwohl und Selbstbestimmung	110

3.2	Sekundäre Schutzfunktion des Staates, Gesetzmässigkeitsprinzip und Eingriffsschwelle	110
3.3	Subsidiaritäts-, Verhältnismässigkeitsprinzip und Stufenfolge der Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen aus der Verfahrensperspektive	112
3.4	Werthaltungen und erforderliche Verfahrensfertigkeiten.	118
3.5	Das Rechtsschutzprinzip	122
3.6	Übersicht über weitere wichtige Verfahrensprinzipien und -grundsätze	123
3.7	Die Mitwirkungs-, Zusammenarbeitspflicht und die Verfahrensmaximen im Besonderen (Patrick Fassbind / Christophe Herzig)	127
III	Ablauf und Stadien des Kindes- und Erwachsenenschutzverfahrens. (Patrick Fassbind)	130
1	Übersicht über das Kindes- und Erwachsenenschutzverfahren	130
2	Verfahrensinstruktion	131
3	Praxis des Einleitungs- und Eröffnungsverfahrens	133
3.1	Das Einleitungsverfahren	133
3.2	Das Eröffnungsverfahren.	143
4	Vorgehen bei der Hauptabklärung und Instrumente (Verena Peter / Rosmarie Dietrich / Simone Speich)	151
4.1	Planung der Abklärung	155
4.2	Hypothesen bilden	156
4.3	Interaktionsprozesse und Beobachtungs- und Beurteilungsprozess	156
4.4	Erstgespräche	157
4.5	Gespräche mit weiteren Involvierten	160
4.6	Zusammenarbeit mit Schule, Psychiatrie, Strafverfolgung, Sozialhilfe etc. (Case-Management, Interdisziplinarität)	160
4.7	Standards in der Abklärung	161
4.8	Abklärungsbericht Toolbox: Abklärungsberichtsvorlage Erwachsenenschutz der sozialen Dienste Burgdorf (wird durch die KESB Emmental verwendet, Stand: 07.05.2015)	166
5	Praxis des Erkenntnis-, Anhörungs- und Entscheidverfahrens (Patrick Fassbind)	169
5.1	Überleitung und Einführung	169
5.2	Erkenntnisverfahren	170

5.3	Anhörungsverfahren (rechtliches Gehör und weitere verfahrensrechtliche Aspekte)	172
	(Patrick Fassbind / Christophe Herzig)	
	Toolbox (Praxisinformationen Kindesanhörung)	188
5.4	Exkurs: Eignung und Ernennung der Beistandsperson	188
	(Gregor Frey / Sebastian Peter)	
5.5	Entscheidungsverfahren	190
	(Patrick Fassbind)	
5.6	Entscheideröffnungsverfahren	192
6	Die KESB im Beschwerde- und Vollstreckungsverfahren	195
	(Patrick Fassbind)	
6.1	Aufgaben der KESB vor einem und im Beschwerdeverfahren . . .	195
6.2	Exkurs: Aufgaben der KESB als Beschwerdeinstanz in Bezug auf die beistandschaftliche Tätigkeit (Art. 419 ZGB)	197
6.3	Vollstreckungsverfahren	198
Teil III	Mandatsführung	205
I	Rolle und Auftrag	206
	(Astrid Estermann / Andrea Hauri / Urs Vogel)	
II	Aufgaben im Kindes- und Erwachsenenschutz	209
	(Astrid Estermann / Andrea Hauri / Urs Vogel)	
1	Aufgabenfelder im Kindesschutz	210
	Toolbox: Ziele und mögliche konkrete Aufgaben im Kindesschutz . .	211
2	Aufgabenfelder im Erwachsenenschutz	213
	Toolbox: Ziel und mögliche konkrete Aufgaben in den Aufgabenfeldern im Erwachsenenschutz	214
III	Sorgfaltspflichten und Schweigepflicht	217
	(Astrid Estermann / Andrea Hauri / Urs Vogel)	
	Toolbox: Anforderungsprofil Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände .	219
IV	Umsetzung der Aufgaben	220
	(Astrid Estermann / Andrea Hauri / Urs Vogel)	
1	Falleinstieg	220
	Toolbox: Für Falleinstieg generell	221
1.1	Im Kindesschutz	221
	Toolbox: Falleinstieg im Kindesschutz	223
1.2	Im Erwachsenenschutz	225
	Toolbox: Falleinstieg Erwachsenenschutz	226
2	Erstgespräche	227

3	Diagnostik und Handlungsplan	228
3.1	Diagnostik im Kindes- und Erwachsenenschutz.	228
3.2	Handlungsplan im Kindes- und Erwachsenenschutz.	230
	Toolbox: Muster Handlungsplan im Kindesschutz.	233
	Toolbox: Muster Handlungsplan im Erwachsenenschutz	236
	Toolbox: Beispiel eines fiktiven Budgets ohne Vermögen.	238
4	Berichterstattungspflicht	239
	Toolbox: Struktur Rechenschaftsbericht	240
V	Sozial(versicherungs)rechtliche Ansprüche und Ressourcenerschliessung	241
	<i>(Peter Mösch Payot)</i>	
1	Mandate des Kindes- und Erwachsenenschutzes und Erschliessung von sozialrechtlichen Leistungsansprüchen	241
2	Geltendmachung von sozialrechtlichen Ansprüchen von Mandatsträgern im Kindes- und Erwachsenenschutz.	242
2.1	Vertretungshandlungen des Mandatsträgers zur Geltendmachung von sozialrechtlichen Ansprüchen	242
2.2	Unterstützung des Betroffenen zur selbstständigen Geltendmachung von sozialrechtlichen Ansprüchen	243
2.3	Vorbehalt der Zustimmung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde	243
3	Überblick über das System der sozialen Sicherheit in der Schweiz ...	244
3.1	Begriff der sozialen Sicherheit	244
3.2	Die Ausgestaltung der sozialen Sicherheit in der Schweiz	245
	Toolbox: Rechtsquellen und Informationen Soziale Sicherheit .	260
VI	Mitwirkung der Behörde	269
	<i>(Astrid Estermann / Andrea Hauri / Urs Vogel)</i>	
1	Allgemeines	269
2	Im Kindesschutz	270
3	Im Erwachsenenschutz.	271
	Toolbox: Zustimmungsbedürftige Geschäfte:	271
VII	Ende des Mandats	274
	<i>(Astrid Estermann / Andrea Hauri / Urs Vogel)</i>	
1	Anlass für ein Ende des Mandats.	274
2	Ende der Mandatsführung durch Aufhebung oder Volljährigkeit	275
3	Ende des Mandats durch Übertragung.	276
4	Ende der Mandatsführung bei Tod	276

Teil IV	Ausgewählte Aspekte des Kindesrechts	279
I	Entstehung des Kindsverhältnisses (Urs Vogel / Kurt Giezendanner)	280
1	Entstehung des Kindsverhältnisses zur Mutter	281
1.1	Durch Geburt	281
1.2	Durch Adoption	281
1.3	Künstliche Fortpflanzung	281
1.4	Findelkinder – Anonyme Geburt	282
2	Elternschaft der Ehefrau	284
3	Elternschaft des Ehemannes	284
3.1	Rechtliche Aspekte	284
3.2	Soziale Elternschaft	285
3.3	Anfechtung der Elternschaft des Ehemannes	286
4	Vaterschaft durch Anerkennung	290
4.1	Anerkennung	290
4.2	Anfechtung der Anerkennung (Falschanerkennung)	291
4.3	Vertretung des Kindes im Anfechtungsprozess	292
	Toolbox: Mustertext für die Errichtung einer Beistandschaft zur Vertretung des Kindes im Vaterschaftsanfechtungsprozess	293
5	Vaterschaft durch Urteil (Vaterschaftsklage)	294
5.1	Rechtliche Grundlagen	294
5.2	Vertretung des Kindes	295
5.3	Individuelle Sachverhalte	298
	Toolbox: Muster für die Errichtung einer Beistandschaft zur Feststellung der Vaterschaft und Regelung des Unterhalts	300
6	Adoption	301
	(Denise Hug / Sandro Körber)	
6.1	Grundidee und Entwicklung der Adoption	301
6.2	Rechtliche Grundlagen	303
6.3	Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit dem Adoptionsrecht	304
6.4	Allgemeine Voraussetzungen der Adoption eines minderjährigen Kindes (Art. 264 ZGB)	305
6.5	Adoptionsformen und deren spezifische Voraussetzungen	306
6.6	Adoptionsverfahren	310
6.7	Adoptionsverfahren i. e. S. (Art. 268 ff. ZGB)	314
6.8	Wirkungen der Adoption (Art. 267 ZGB)	320
6.9	Adoptionsgeheimnis und Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung	325
6.10	Verschiedene Akteure und ihre Aufgaben	333

II	Elterliche Sorge	343
	(<i>Linus Cantieni / Brigitta Wyss</i>)	
1	Rechtliche Aspekte	343
1.1	Inhalt und Träger der elterlichen Sorge	343
1.2	Exkurs Stief- und Pflegeeltern	346
1.3	Terminologie Obhut, persönlicher Verkehr und Betreuungsanteile.	346
1.4	Entscheidungskompetenzen der Eltern	347
2	Aufgaben der KESB.	349
2.1	Entgegennahme der Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge	349
2.2	(Neu-)Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, der Betreuungsanteile/des persönlichen Verkehrs, des Unterhaltes ..	350
2.3	Entscheidungsinstanz bei strittigem Wohnortwechsel des Kindes	353
2.4	Beratung der Eltern	354
3	Regelung der AHV-Erziehungsgutschriften	355
	Toolbox: Alltägliche Entscheide und Entscheide von erheblicher Tragweite	356
	Toolbox: Sachliche Zuständigkeiten in Belangen der gemeinsamen elterlichen Sorge	357
	(<i>Linus Cantieni / Daniel Rosch</i>)	
III	Persönlicher Verkehr	361
	(<i>Diana Wider / Daniel Pfister-Wiederkehr</i>)	
1	Rechtliche Grundlagen	362
1.1	Rechtliche Teilaspekte	362
1.2	Interventionsmöglichkeiten	372
	Toolbox: „Elterliche Vereinbarung über den persönlichen Verkehr“ (Musterformulierung)	375
1.3	Grenzen des rechtlichen Instrumentariums	376
2	Verständnis von Auftrag und Rolle	376
2.1	Allgemeine Überlegungen	376
2.2	Zwei mögliche Auftrags- und Rollenverständnisse	378
2.3	Nutzen für das Kind als Orientierungspunkt	379
3	Kinderorientierte Gesprächsführung mit Eltern	380
3.1	Nützliche Anrede	380
3.2	Nützliche Fragen	380
	Toolbox: „Nützliche Fragen“	381
3.3	Nützliches Durchdenken	381
	Toolbox: Gesprächstool „Durchdenken lassen“	382

3.4	Nützlicher Perspektivenwechsel	382
	Toolbox: „Brief an meine Eltern“	382
4	(Besuchsrechts-)Beistandschaft	383
4.1	Begriff und rechtliche Grundlagen	383
4.2	Umschreibung des Auftrags	383
4.3	Abgrenzung der Zuständigkeit Eltern – KESB/Gericht – Beistandsperson	384
4.4	Aufgaben der Beistandsperson	385
	Toolbox: „Errichtung einer Beistandschaft zur (veränderungs- orientierten) Unterstützung der Eltern beim Regeln des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB)“ (<i>Musterformulierung gemäss Rollenverständnis II</i>)	386
	Toolbox: „Errichtung einer Beistandschaft zur (stabilisierenden) Unterstützung der Eltern beim Regeln des persönlichen Verkehrs (Art. 308 Abs. 2 ZGB)“ (<i>Musterformulierung gemäss Rollenverständnis I</i>)	387
4.5	Aufhebung bei ausbleibendem Erfolg	387
5	Angeordnete Mediation/Beratung	387
5.1	Rechtliche Grundlagen	388
5.2	Angeordnete Mediation (Pflichtmediation)	389
	Toolbox: „Anordnung und Weisung betreffend kinder- orientierte Mediation zugunsten von [Name des Kindes]“ (<i>Musterformulierung</i>)	391
5.3	Angeordnete Beratung (Pflichtberatung)	392
6	Schlussbemerkung: Ein Leuchtturm bei hohem Seegang	393
IV	Kindesunterhalt	397
	(<i>Christophe Herzig / Gabriela Schmid / Daniel Rosch / Charlotte Christener</i>)	
1	Vorbemerkungen	397
2	Rechtsnatur des Rechts auf Kindesunterhalt	397
3	Gegenstand und Umfang der Unterhaltspflicht	397
3.1	Im Allgemeinen	397
3.2	Beitragspflicht des Kindes im Besonderen	399
3.3	Exkurs: Kosten für Rechtsschutz, Kindesschutzmassnahmen und Kindesvertretung sowie Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und unentgeltlichen Rechtsbeistand im Besonderen	400
4	Dauer der Unterhaltspflicht (insbesondere Volljährigenunterhalt)	401
5	Festlegung des Geldunterhalts	405
5.1	Allgemeines	405

5.2	Angemessener Unterhaltsbeitrag	406
5.3	Mankofälle	416
5.4	Mindestinhalt des Entscheids und der Verträge über Unterhaltsbeiträge	416
6	Veränderung der Verhältnisse und Indexierung	417
7	Grundlegende verfahrensrechtliche Aspekte	419
7.1	Uneingeschränkte Untersuchungs- und Officialmaxime	419
7.2	Sachliche (KESB oder Gericht) und örtliche Zuständigkeiten. ..	419
7.3	Selbstständige Unterhaltsklage	420
8	Verträge über die Unterhaltspflicht	420
8.1	Allgemeines.	420
8.2	Genehmigung und umfassende (materielle) Prüfungspflicht ...	420
8.3	Aufhebung wegen Vertragsmangel	422
8.4	Definitiver oder provisorischer Rechtsöffnungstitel?	422
9	Erfüllung und Vollstreckung der Unterhaltspflicht	423
9.1	Das Kind als Gläubiger	423
9.2	„Zahlstelle“	423
9.3	Subrogation (Legalzession)	424
9.4	Inkassohilfe.	424
9.5	Schuldneranweisung und Sicherstellung	425
9.6	Bevorschussung	426
9.7	Strafrecht.	426
10	Aufgaben KESB	427
10.1	Umfassende Prüfung und Genehmigung von Unterhaltsverträgen	427
10.2	Inkassohilfe.	427
10.3	Möglichkeit, Unterhaltsvereinbarung der KESB zu unterbreiten bei Begründung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch gemeinsame Erklärung	428
10.4	Zuständigkeitsproblematik im Streitfall bei unverheirateten Eltern	428
10.5	Stellung des Strafantrags	428
10.6	Einsetzung einer Beistandsperson zur Wahrung des Unterhaltsanspruches	429
11	Auftrag/Aufgaben Mandatsträger (Art. 308 ZGB)	429
11.1	Auftrag (rechtlich)	429
11.2	Aufgaben/Rolle und Ausführung	430
	Toolbox	431

V	Das Kindesvermögen	438
	<i>(Karin Anderer)</i>	
1	Einführung	438
2	Der Begriff des Kindesvermögens	438
3	Die Verwaltung des Kindesvermögens im Allgemeinen	439
4	Die Verwendung der Erträge	441
5	Die Anzehrung des Kindesvermögens	444
6	Der Schutz des Kindesvermögens	450
7	Das Ende der Kindesvermögensverwaltung	453
8	Verantwortlichkeit	454
Teil V	Kindesschutz	457
I	Begriff und Arten des Kindesschutzes	458
	<i>(Daniel Rosch / Andrea Hauri)</i>	
1	Der freiwillige Kindesschutz	458
2	Der öffentlich-rechtliche Kindesschutz	458
3	Der strafrechtliche Kindesschutz	460
4	Der zivilrechtliche Kindesschutz	461
II	Zivilrechtlicher Kindesschutz	462
	<i>(Daniel Rosch / Andrea Hauri)</i>	
1	Begriff	462
2	Maximen des Kindesschutzes	463
3	Kindeswohl und Kindeswohlgefährdung	464
3.1	Definition des Begriffs Kindeswohl	464
	Toolbox: angestrebte Grundfähigkeiten des Menschen nach Nussbaum	466
3.2	Kindeswohlgefährdung	466
	Toolbox: Risiko- und Schutzfaktoren sowie Gefährdungsformen des Berner und Luzerner Abklärungsinstruments zum Kindesschutz	468
3.3	Kindeswohl und Kindeswille	469
3.4	Wirkungsanspruch	470
4	Formen von Kindeswohlgefährdungen	471
4.1	Vernachlässigung	471
4.2	Körperliche Misshandlung	471
4.3	Sexuelle Gewalt	471
4.4	Psychische Misshandlung	472
4.5	Weitere Formen von Kindeswohlgefährdungen	473
5	Checkliste Kindesschutzmassnahme	474

6	Massnahmen des zivilrechtlichen Kindesschutzes	475
6.1	Vorrang (freiwilliger) Unterstützung/Hilfen	475
6.2	Ermahnung (Art. 307 Abs. 3 ZGB)	475
6.3	Weisungen (Art. 307 Abs. 3 ZGB)	476
6.4	Aufsichtsperson/Aufsichtsstelle nach Art. 307 Abs. 3 ZGB – Erziehungsaufsicht.	478
6.5	Weitere „geeignete Massnahmen“ nach Art. 307 ZGB	479
6.6	Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 ZGB	480
6.7	Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechtes (Art. 310 ZGB)	488
	Toolbox: Indikation für verschiedene Unterbringungsformen:	493
	Toolbox Beteiligung von Kindern an der Mandatsführung	501
6.8	Entziehung der elterlichen Sorge (Art. 311 und Art. 312 ZGB)	501
7	Beistandschaften nach Art. 306 Abs. 2 ZGB	506
	(Urs Vogel)	
7.1	Verhinderung der Eltern	506
7.2	Interessenskollision der Eltern	508
7.3	Aufgaben der KESB	509
7.4	Eigenes Handeln der KESB	510
7.5	Stellung und Aufgabe der Beiständin	511
Teil VI	Erwachsenenschutz.	517
I	Elemente des Erwachsenenschutzes	518
	(Christiana Fountoulakis / Daniel Rosch)	
1	Behördliche Massnahmen	519
2	Alternativen	520
2.1	Instrumente der Selbstbestimmung bei Urteilsunfähigkeit (eigene Vorsorge, Art. 360–373 ZGB)	520
2.2	Gesetzliche Vertretungsrechte bei Urteilsunfähigkeit	529
II	Die Beistandschaft	545
	(Luca Maranta)	
1	Einleitung	545
2	Schwächezustände	546
2.1	Übersicht.	546
2.2	Urteilsunfähigkeit als Voraussetzung?	546
2.3	Sozialmedizinische Schwächezustände	548
2.4	(Vorübergehende) Verhinderung einer Person	553
3	Schutzbedürftigkeit.	554
4	Massschneidung und Aufgabenbereiche	556
4.1	Überblick über die Massschneidung.	556

4.2	Die Bestimmung der Aufgabenbereiche.	558
4.3	Die Bestimmung der Beistandschaftsart	561
4.4	Praktische Hinweise zur Massschneiderung	562
5	Exkurs: Art. 392 ZGB	566
6	Handlungsfelder bei Beistandschaften	570
	<i>(Gregor Frey / Sebastian Peter / Daniel Rosch)</i>	
6.1	Ernennung der Beistandsperson.	570
6.2	Errichtungsbeschluss	571
6.3	Erstkontakt	572
6.4	Information an Dritte	572
6.5	Instruktion der Beistandsperson	573
6.6	Anpassung bei Änderung der Verhältnisse	573
6.7	Zustimmungsbedürftige Geschäfte	574
6.8	Inventaraufnahme	574
6.9	Rechnungsablage	575
6.10	Bericht über die persönlichen Verhältnisse	576
	Toolbox: Merksätze für die Mandatsführung	577
7	Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB)	578
7.1	Rechtliche Grundlagen	578
7.2	Handlungsfelder von KESB und Beistandsperson	580
7.3	Abgrenzung zu anderen behördlichen Massnahmen	582
7.4	Typische Anwendungsfälle	583
7.5	Praktische Herausforderungen	583
	Toolbox: Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB)	585
8	Vertretungsbeistandschaft (Art. 394/395 ZGB)	586
8.1	Rechtliche Grundlagen	586
8.2	Vertretungsmacht im Allgemeinen.	587
8.3	Stellvertretung und Selbstbestimmung	590
8.4	Besondere Vertretungsverhältnisse.	594
8.5	Handlungsfelder von KESB und Beistand.	594
8.6	Abgrenzung zu anderen Beistandschaftsarten.	595
8.7	Typische Anwendungsfälle	596
8.8	Praktische Herausforderungen	596
	Toolbox: Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB)	597
8.9	Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung (Art. 394 i. V. m. 395 ZGB)	598
	Toolbox: Vertretungsbeistandschaft mit Vermögensverwaltung (Art. 394 i. V. m. Art. 395 ZGB)	611
9	Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB)	612
9.1	Rechtliche Grundlagen	612

9.2	Zusammenwirken zwischen Beistandsperson und betroffener Person	613
9.3	Handlungsfelder von KESB und Beistand	613
9.4	Typische Anwendungsfälle	615
9.5	Abgrenzung zu anderen behördlichen Massnahmen	616
9.6	Praktische Herausforderungen	616
	Toolbox: Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB)	617
10	Kombination von Beistandschaften (Art. 397 ZGB)	617
	Toolbox: Kombination von Beistandschaften (Art. 397 ZGB)	618
11	Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB)	618
11.1	Rechtliche Grundlagen	618
11.2	Handlungsfelder von KESB und Beistand	619
11.3	Abgrenzung zu anderen behördlichen Massnahmen	621
11.4	Typische Anwendungsfälle	621
11.5	Praktische Herausforderungen	621
	Toolbox: Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB)	622
III	Die Fürsorgerische Unterbringung	624
	(Benjamin Dubno / Daniel Rosch)	
1	Begriff	624
1.1	Vorbemerkung	624
1.2	Fürsorgerische Unterbringung im weiteren Sinne (FU i.w.S.) ..	624
2	Voraussetzungen für eine Zwangseinweisung (FU i.e.S.)	625
3	Möglichkeiten zur Reduzierung von FU-Einweisungen (FU i.e.S.) ..	627
3.1	Einschränkung der Berechtigung zum Ausstellen einer FU	627
3.2	Klinikkultur	628
3.3	Aufsuchende Hilfe / Case Management	628
3.4	Gemeindenahе Versorgung	628
3.5	Behandlungsvereinbarungen	628
4	Zuständigkeiten	629
4.1	Zuständigkeit zwischen Ärzten und Behörden	629
4.2	Spezialfall: Ärztliche Zurückbehaltung (Art. 427 ZGB)	630
5	Medizinische Massnahmen bei psychischer Störung	632
5.1	Der Behandlungsplan bei psychischer Störung in einer psychiatrischen Klinik	633
5.2	Medizinische Massnahmen bei psychischer Störung ohne Zustimmung zum Behandlungsplan	634
6	Weitere wichtige Rahmenbedingungen bei einer FU	638
6.1	Vertrauensperson (Art. 432 ZGB)	638
6.2	Periodische Überprüfung (Art. 431 ZGB)	639

7	Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Art. 438 ZGB).....	640
8	Entlassung	641
8.1	Entlassungskompetenz	641
8.2	Entlassungskriterien	642
8.3	Austrittsgespräch (Art. 436 ZGB).....	642
9	Nachbetreuung (Art. 437 ZGB).....	644
Teil VII	Verantwortlichkeit	649
	<i>(Karin Anderer)</i>	
1	Übersicht	650
2	Die Haftung nach Art. 454 ZGB	650
2.1	Die Voraussetzungen im Allgemeinen	650
2.2	Die Sorgfaltspflichten im Besonderen	651
2.3	Die Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen behördlicher Überwachungs- und Eingriffsmassnahmen	653
2.4	Schadenersatz und Genugtuung.....	654
2.5	Anspruchsberechtigte	654
2.6	Haftbarkeit des Kantons und Rückgriff.....	655
3	Verjährung.....	656
4	Die Haftung nach Auftragsrecht	657
5	Prüfschema für Beiständinnen und Beistände.....	659
Anhang		661
Anhang I: Das Berner und Luzerner Abklärungsinstrument zum Kindesschutz		662
	<i>(Andrea Hauri / Andreas Jud / David Lätsch / Daniel Rosch)</i>	
Anhang II: Das Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz		700
	<i>(Daniel Rosch)</i>	
Abkürzungsverzeichnis.....		736
Stichwortverzeichnis		743
Autorinnen und Autoren.....		759

Teil I Einführung in den Kindes- und Erwachsenenschutz

I Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des schweizerischen Sozialrechts

(Daniel Rosch)

1 Begriff, Zweck und Umfang

- 1 Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bezweckt den Schutz von gefährdeten Minderjährigen einerseits und von Erwachsenen, die sich in einem ausgeprägten Schwächezustand befinden, andererseits. Schutzbedürftige Personen sollen nicht sich selbst überlassen bleiben (vgl. namentlich Art. 7, 8 Abs. 4, 11, 41 BV), sondern, soweit sie sich nicht selbst helfen können, mit geeigneten Massnahmen unterstützt werden. Damit ist zugleich die Nachrangigkeit der staatlichen Intervention angedeutet. Grundsätzlich wird nämlich bei Erwachsenen davon ausgegangen, dass sie ihre Angelegenheiten selbst regeln können, und von den sorgeberechtigten Eltern wird erwartet, dass sie ihre minderjährigen Kinder kindeswohlgerecht erziehen. Nur dann, wenn dies nicht gewährleistet ist, darf der Staat – in der Regel in Form der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – eingreifen.¹ Damit steht das gesamte Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auf der Schneide zwischen Selbstbestimmung bzw. elterlicher Verantwortung und Fremdbestimmung durch die Organe des Kindes- und Erwachsenenschutzes. Auf dieser Gratwanderung befindet sich nicht nur die KESB, sondern auch der Beistand, der, im Erwachsenenschutz, so weit wie möglich die Selbstbestimmung erhalten und fördern soll (Art. 388, 406 ZGB) und der, im Kinderschutz, dem Kind im entsprechenden Aufgabenbereich die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung zu gewähren hat (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Wie weit diese Selbstbestimmung möglich ist, beurteilt sich im Einzelfall. Der Beistand ist somit verantwortlich für eine „fremdbestimmte Selbstbestimmung“ – „fremdbestimmt“ deshalb, weil es sich um eine von ihm selbst veranlasste Einschätzung handelt.² Diese sozialarbeiterische Gratwanderung widerspiegelt sich im rechtlichen Bereich in der Eingriffsthematik. Kindes- und Erwachsenenschutz will helfen durch ein Eingreifen in die Elternrechte bzw. in die Handlungsfähigkeit von Volljährigen. „Hilfe durch Eingriff“ bedeutet somit auch grundrechtsrelevantes Handeln, womit regelmässig die grundrechtliche Eingriffssystematik bedeutsam wird (Art. 36 BV).³
- 2 Inhaltlich umfasst Kindes- und Erwachsenenschutz im weiteren Sinne (i.w.S.) die Gesamtheit der Regeln des Bundesprivatrechts, welche vom zivilrechtlichen Kin-

1 ESR Komm/ROSCH, Einführung N 1; BSK ZGB I/BREITSCHMID, 307 N 1, 4.

2 Siehe unten Rz. 150.

3 Siehe unten Rz. 13 ff.

des- und Erwachsenenschutz, dessen Organen und Verfahren handeln. Diese sind zum Teil ausserhalb der dritten Abteilung des Familienrechts bzw. der Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB angesiedelt, so etwa die Bestimmungen des Handlungsfähigkeitsrechts (Art. 19 ff. ZGB) oder die Regeln zum persönlichen Verkehr (Art. 274 ZGB), und teilweise auch im kantonalen Recht. Demgegenüber umfasst der zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutz im engeren Sinne (i. e. S.) ausschliesslich die in der dritten Abteilung des Familienrechts genannten Bereiche der eigenen Vorsorge und der Massnahmen von Gesetzes wegen (10. Titel), der behördlichen Massnahmen (11. Titel) und der Organisation (12. Titel) sowie die Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307 ff. ZGB.⁴

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht i. w. S.:

- Erwachsenenschutzrecht i. e. S. (Art. 360–456 ZGB) und Kindesschutzrecht i. e. S. (Art. 307 ff. ZGB)
- Bestimmungen des Bundesprivatrechts ausserhalb von Art. 307–312, 360–456 ZGB
- Bestimmungen ausserhalb des Bundesprivatrechts

3

2 Begriff und Bereiche des schweizerischen Sozialrechts⁵

Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gehört zum schweizerischen Sozialrecht, so weit ist man sich einig. Was hingegen Sozialrecht ist, darüber gehen die Meinungen auseinander. Es ist ein schillernder Begriff. Letzten Endes ist jede Gesetzgebung am Gemeinwohl orientiert und somit „sozial“. Mit Sozialrecht werden aber in der Regel einzelne Rechtsbereiche verstanden, die eine *besondere* „soziale“ Zwecksetzung haben. Ihren Ursprung haben diese Bestrebungen im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, mit dem die Lage der Arbeitnehmenden verbessert werden sollte. Es ging – und geht nach wie vor – um Massnahmen, „die der Einzelne aus eigener Kraft nicht erreichen kann, weshalb der Einsatz des Staates zum Wohle der Allgemeinheit unerlässlich ist.“⁶ Sozialrechtliche Massnahmen sind also Ausdruck der Sozialstaatlichkeit, wie sie in der Bundesverfassung verankert ist (namentlich in den Art. 12, 19, 29 Abs. 3, 41, 111 f. BV). Sozialrechtliche Massnahmen beinhalten Massnahmen zur Gewährleistung der als notwendig erachteten Lebensbedürfnisse, der Daseinsfürsorge und -vorsorge gerade dort, wo sie aufgrund der tatsächlichen Situation (z. B. Wohnungsmarkt) nicht mehr gewährleistet sind. Was zu diesen Lebensbedürfnissen gehört, ergibt sich aufgrund einer gesellschaftlich wandelbaren Wertung. Aus dem

4

4 ESR Komm/ROSCHE, Einführung N 4, ähnlich: HEGNAUER, Kindesrecht, S. 185, HAFELI, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, S. 333.

5 Der nachfolgende Text ist eine leicht abgeänderte Fassung aus ESR Komm/ROSCHE, Einführung N 5 ff.

6 TSCHUDI, S. 15, S. 7 ff.

Sozialstaatlichkeitsprinzip leitet sich das Sozialrecht ab, also sämtliche Gesetzgebung, die im Rahmen des verfassungsmässig verankerten Sozialstaatlichkeitsprinzips erlassen wird. Damit zeigt sich Sozialrecht als Querschnittsmaterie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Es umfasst sämtliche rechtlichen Normen, *„welche die für die Lebensbewältigung notwendige Teilhabe ermöglichen sollen und zugleich Ausdruck einer besonderen sozialstaatlichen Zielsetzung sind, also auf soziale Absicherung, sozialen Ausgleich, Schutz, Teilhabe und Chancengleichheit ausgerichtet sind.“*⁷

7 ESR Komm/ROSCH, Einführung N 6.

I Kindes und Erwachsenenschutz als Teil des schweizerischen Sozialrechts

5

Eingriffssozialrecht	Sozialhilfrecht	Sozialversicherungsrecht	Teile des Gesundheitsrechts	Teile des Bildungsrechts	übrige Sozialrechtsgesetzgebung
• Zivilrechtliches Kindes- und Erwachsenenschutzrecht • Kant. EG ZGB • PAVO • Jugendstrafrecht • StGB und Straf- und Massnahmenvollzugsrecht • StGB (56 ff.) • Betäubungsmittelgesetz • Teile des kant. Polizeirechts (z. B. Pflichtberatung Häusliche Gewalt)	• BG Zuständigkeit für Unterstützung Bedürftiger (ZUG) • Asylrecht • BG Fürsorgeleistung an Ausland-CH • Kant. Sozialhilfegesetze und -verordnungen	• AHVG • IVG • ELG • BVG • KVG • UVG • ALVG • ATSG • Bundesrechtliche und kant. Familien- und Kinderzulagengesetze • Verordnungen zu den Sozialversicherungen • Abkommen mit der EU über Personenfreizügigkeit • Bilaterale Sozialversicherungsabkommen	• Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin • Kant. Gesundheitsgesetzgebung • BG Betäubungsmittelgesetz	• BG über Berufsbildung • Fachhochschulgesetz • Kant. Stipendengesetze • Kant. Schul- und Bildungsgesetzgebung	• Arbeitsgesetz (ARG) • OR Arbeitsvertrag • Konsumkreditgesetz • OR: Mietrecht • Bundesrechtliche und kant. Bestimmungen über genossenschaftliche Wohnbauförderung • ZGB: Ehe- und Scheidungsrecht, insb. Unterhalt • Kantonale Bestimmungen über die Alimentenvor-schussung • ZGB: Persönlichkeitsschutz • ZGB: Erbrecht (Pflichtteile) • Teile des Asyl- und Ausländerrechts • OHG • SchKG • Versicherungsvertragsrecht

Tabelle 1: Übersicht Sozialrecht 6
aus ROSCH/BÜCHLER/JAKOB,
2. Aufl. Einführung N 7

- 7 Die einzelnen Bereiche des Sozialrechts sind wie folgt zu verstehen:
- *Eingriffssozialrecht*⁸
 - *Sozialversicherungen* decken die Folgen von eingetretenen Risiken mittels einer Versicherung ab. Das Kausalprinzip steht im Vordergrund, welches besagt, dass die Ursache, welche zum wirtschaftlichen Schaden geführt hat, über die Zuständigkeit, Ausrichtung, Höhe etc. der Sozialversicherungsleistung entscheidet; vgl. Rz. 473 ff.
 - *Sozialhilfe* gelangt subsidiär zum Sozialversicherungsrecht zur Anwendung. Sie richtet sich im Rahmen der wirtschaftlichen Sozialhilfe nach dem Finalprinzip: Die Differenz der wirtschaftlichen Eigenleistung zum sozialen Existenzminimum wird ausbezahlt; im Rahmen der persönlichen Beratung und Betreuung sind die Dienstleistungen der Sozialhilfe mit denen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts weitgehend deckungsgleich; vgl. Rz. 514 ff.
 - *Gesundheitsrecht* umfasst in Anlehnung an die Definition der Weltgesundheitsorganisation (WHO) sämtliche Rechtsnormen, die einen Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlergehens zum Ziele haben.
 - *Bildungsrecht* sind die rechtlichen Bestimmungen, die im Zusammenhang mit Ausbildung und Weiterbildung erlassen werden.

3 Formales Zivilrecht, materiell weitgehend öffentliches Recht

- 8 Kindes- und Erwachsenenschutz ist im Zivilgesetzbuch geregelt. Dies hat mitunter historische Gründe, waren doch schon im römischen Recht die Vormundschaften über Kinder und gegenüber Erwachsenen dem Familienrecht zugeordnet. Diese formale Einordnung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass Kindes- und Erwachsenenschutz materiell, zumindest im Bereich der behördlichen Massnahmen bzw. des Kindesschutzes, vor allem öffentliches Recht darstellt. So entscheidet der Staat hoheitlich aufgrund von öffentlich-rechtlichen Verfahrensgrundsätzen (Offizial-, Untersuchungsmaxime), setzt einen Beistand oder einen Vormund in ein Amt ein oder beschränkt Elternrechte; zudem kommt Staatshaftungsrecht zum Tragen etc. Dies alles spricht für eine grosse Nähe zum öffentlichen Recht; im Vergleich zu anderen sozialrechtlichen Bereichen fällt es zuweilen schwer, diese unterschiedliche Einordnung nachvollziehbar zu erklären. Demgegenüber werden die Beistände und Vormunde häufig als gesetzliche Vertreter der schutzbedürftigen Personen eingesetzt. Sie sind weitgehend ausschliesslich diesen Personen verpflichtet und haben im wohlverstandenen Interesse derselben zu agieren. Diese gesetzliche Vertretung zeigt wiederum eine besondere Nähe zum Privatrecht und lehnt sich auch an die

8 Siehe unten II., Rz. 30 ff.

gewillkürte Stellvertretung (Art. 32 ff. OR) an. Hinzu kommt die Nähe und die Verknüpfung mit dem Handlungsfähigkeitsrecht (Art. 12 ff. ZGB).⁹ Deshalb ist Kindes- und Erwachsenenschutzrecht materiell nicht ausschliesslich, aber doch weitgehend öffentliches Recht.¹⁰

4 Übersicht über den Kindes- und Erwachsenenschutz im engeren Sinne

Der im ZGB geregelte Erwachsenenschutz ist wie folgt gegliedert:
(siehe Seite 28)

9

9 Siehe unten, Rz. 25 ff.

10 Vgl. eine eingehendere Betrachtung bei ESR Komm/ROSCHE, Einführung N 35 ff.

Das Kindesschutzrecht hingegen ist im Kapitel über die elterliche Sorge geregelt. 10
Anknüpfungspunkt ist die rechtliche Elternschaft, die verschiedene zivilrechtliche
Wirkungen zeitigt. Eine davon ist die elterliche Sorge, die, soweit die Sorgeberechtig-
tigten nicht selber Abhilfe schaffen, eingeschränkt werden kann (Kindesschutzmass-
nahmen):

Teil	Abteilung	Titel	Abschnitt
2 Familienrecht	1. Eherecht		
	2. Verwandtschaft	7. Entstehung des Kindes- verhältnisses	1. Allgemeine Bestimmungen 2. Vaterschaft des Ehemannes 3. Anerkennung/Vaterschaftsurteil 4. Adoption
		8. Wirkungen des Kindes- verhältnisses	1. Gemeinschaft Eltern-Kinder 2. Unterhaltspflicht 3. Elterliche Sorge 4. Kindesvermögen 5. Minderjährige unter Vormund- schaft
	3. Erwachsenenschutz		

11

Werden im Rahmen von Kindesschutzmassnahmen Beistände oder Vormunde ein- 12
gesetzt, so richtet sich die Mandatsführung sinngemäss nach den Bestimmungen des
Erwachsenenschutzes (Art. 400–425 ZGB).

II Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des Eingriffssozialrechts

(Daniel Rosch)

1 Grundrechtliche Aspekte

- 13 Eingriffssozialrecht bezieht sich auf zwei Aspekte: einerseits geht es um die grundrechtliche Perspektive, also um Eingriffe in verfassungsmässig geschützte Grundrechte, andererseits verweist der Begriff auch auf Eingriffe im Sinne einer Verwaltungstätigkeit, nämlich auf die Eingriffsverwaltung.¹¹ Vorliegend werden aufgrund ihrer zentralen Bedeutung einzig die grundrechtlichen Aspekte beleuchtet. Die Interessenabwägung zwischen fremdbestimmtem Schutz und Selbstbestimmung wird durch die *grundrechtliche Eingriffssystematik* strukturiert und präzisiert. Weiter vorne wurde aufgezeigt, dass Kindes- und Erwachsenenschutz „Hilfe durch Eingriff“ darstellt. Der Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Personen bzw. der Sorgeberechtigten ist das typische Element des Eingriffssozialrechts (wie auch des Jugendstrafrechts). Grundrechtlich wird der Einzelne im Prinzip vor Eingriffen des Staates in seine Freiheitsrechte geschützt. Im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht ist regelmässig das Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 10 BV) (mit)betroffen. Es schützt den Einzelnen vor Eingriffen in seine körperliche Integrität, in die Bewegungsfreiheit und in die geistige Unversehrtheit. Dieser grundrechtliche Schutz gilt nicht absolut. Im Rahmen von Art. 36 BV kann unter bestimmten Voraussetzungen in die Grundrechte eingegriffen werden¹². Das ist dann erlaubt, wenn
- eine *gesetzliche Grundlage* dies vorsieht (hier: die behördlichen Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes i. e. S. im ZGB),
 - der Eingriff durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt ist (hier: Schutz und Wohl der hilfsbedürftigen Person bzw. des Kindes),
 - der Eingriff *verhältnismässig* ist,¹³
 - der *absolute Kerngehalt* geschützt ist (so sind Lügendetektoren oder eine Narkoanalyse zum Zweck der Wahrheitsermittlung beispielsweise verboten, weil sie den Kerngehalt verletzen.)¹⁴

11 ROSCH, Die Begleitbeistandschaft unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Bern 2017, Rz. 5, 16 ff.

12 BGE 106 Ia 33 E. 3, BGE 126 I 112 E. 3.

13 Siehe sogleich 3.

14 BGE 109 Ia 273 E. 7.

Durch diese grundrechtliche Eingriffssystematik wird das Spannungsverhältnis zwischen fremdbestimmtem Schutz und Selbstbestimmung strukturiert. Diese rechtliche, formale Strukturierung ermöglicht eine *differenzierte Austarierung* zwischen den z. T. widersprüchlichen Interessen im Einzelfall. 14

Sind die oben genannten Voraussetzungen gegeben, so ist der Grundrechtseingriff rechtmässig. Im Einzelfall ist somit zu prüfen, ob für die Anordnung einer Kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist, deren Voraussetzungen erfüllt sind, und ob die Massnahme durch ein öffentliches Interesse gedeckt ist. Zudem muss der Eingriff im Einzelfall verhältnismässig sein und darf den absoluten Kerngehalt nicht tangieren. 15

Entsprechend dem Grundrechtscharakter ist der Massstab des Eingriffs oder die Eingriffsschwelle die Mindest- oder Minimalvariante. Ziel ist nicht, das Optimum oder das Beste im Sinne des Schutzes zu gewährleisten, sondern es reicht eine Variante, welche die Gefährdung ausreichend abwendet.¹⁵ 15a

2 Insbesondere: Prinzip der Subsidiarität¹⁶

Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes sollen nur zum Zuge kommen, wenn nicht andere Mittel ebenso geeignet sind, den Schutz zu gewährleisten. Damit wird insbesondere der *Vorrang der privaten Lebensgestaltung und privater Lösungen* festgehalten. Ein – wenn auch sozialrechtlich motivierter – staatlicher Eingriff soll nur dort stattfinden, wo private Lösungen nicht mehr dem Schutz der betroffenen Person nach ihrem (objektivierten) Bedarf entsprechen bzw. verantwortet werden können. Eine Massnahme ist gemäss Art. 389 Abs. 1 ZGB nur zu ergreifen, wenn folgende private Lösungen nicht bestehen oder nicht ausreichen: 16

- Unterstützung durch die Familie
- Unterstützung anderer nahestehender Personen (z.B. gesetzliche Vertretungsrechte im Erwachsenenschutz, Patientenverfügung; tatsächliche Hilfestellungen, z.B. im Rahmen von Nachbarschaftshilfe)
- Unterstützung durch private Dienste (z.B. Pro Infirmis, Pro Senectute, Familienberatungsstellen, Mütter-/Väterberatungen) oder öffentliche Dienste (z.B. Sozialhilfe).

Nur wenn diese private Unterstützung die Schutzbedürftigkeit bzw. die Kindeswohlgefährdung nicht ausreichend auszugleichen vermögen oder von vornherein 17

15 Vgl. ROSCH, ZKE 2020, S. 303 f.; für den Kindesschutz, Rz. 1015; ausf. GERBER, S. 47 ff. für den Kindes- und erwachsenenschutz und das Kindesrecht.

16 Abgeänderte Fassung aus ROSCH, in: KOKES Praxisanleitung 1.1.2.; ESR Komm./ROSCH, Einführung N 8 ff.

als ungenügend erscheinen, können behördliche Massnahmen angeordnet werden (Art. 307 ff., Art. 392, Art. 393 ff. ZGB).

- 18 Mit der so verstandenen Subsidiarität wird der Vorrang des privaten Handelns statuiert; staatliches Handeln ist stets nachrangig (vgl. Art. 6, 12, 41, 103 BV [sog. *subsidiarité de principe*]). Subsidiarität bezieht sich zusätzlich aber auch auf die Stufenfolge, also darauf, welche der behördlichen Massnahmen *erforderlich* ist (sog. *subsidiarité de mesure*). Dieser letztgenannte Aspekt gehört als Teilbereich der Verhältnismässigkeitsprüfung dogmatisch zur „Erforderlichkeit“. Sinnvollerweise sind beide Aspekte der Subsidiarität im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu prüfen.

3 Insbesondere: Verhältnismässigkeitsprüfung¹⁷

- 19 Zentrales Element des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist die Verhältnismässigkeitsprüfung. Sie setzt voraus, dass der *Sachverhalt* (insbesondere der Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit) *ermittelt* und daraus eine *Prognose* abgeleitet wird.¹⁸ Die Prognose klärt einerseits die Frage, was geschehen würde, wenn keine staatliche Hilfe angeordnet würde. Sie konkretisiert damit die *Gefährdungssituation und deren Eingriffsschwelle*.¹⁹ Gleichzeitig können aus der Prognose und der Gefährdungssituation auch die *Ziele* für eine behördliche Massnahme abgeleitet werden. Sie dienen der Ausgleicheung bzw. Milderung der Hilfs- und Schutzbedürftigkeit.

- 20 Die Verhältnismässigkeitsprüfung beinhaltet *drei Elemente* (vgl. Art. 389 Abs. 2 ZGB):

- 21 Zunächst muss eine behördliche Massnahme *geeignet* sein, das aufgrund der Prognose definierte Ziel zu erreichen. Geprüft wird mit anderen Worten die *Zwecktauglichkeit* der Massnahme. Nur wo z. B. eine Weisung (Art. 307 ZGB) an die Eltern, den schulpsychologischen Dienst aufzusuchen, zur Abhilfe der Kindeswohlgefährdung führt, ist die behördliche Massnahme geeignet bzw. zielführend.

- 22 Zudem muss eine behördliche Massnahme *erforderlich* sein. Sie darf nur angeordnet werden, wenn nicht eine in sachlicher, zeitlicher, personeller und räumlicher Hinsicht gleich geeignete, aber mildere Massnahme für das angestrebte Ziel ausreichend ist. Es wird hier somit nach milderen Alternativen gesucht, seien diese rechtlicher Natur (z. B. gesetzliche Vertretungsrechte des Ehegatten gemäss Art. 374 ff. ZGB) oder tatsächlicher Natur (z. B. regelmässige Unterstützung im Haushalt durch eine Verwandte). Dazu gehören auch mildere Massnahmen, die noch eingerichtet werden müssten (z. B. Erteilung von Vollmacht und Auftrag). Die milderen und somit weniger in die Rechtsstellung der betroffenen Person eingreifenden Massnahmen müssen

17 Abgeänderte Fassung aus ROSCH, in: KOKES Praxisanleitung 1.1.3.; ESR Komm/Rosch, Einführung N 8 ff.

18 BGE 120 II 384 E. 4d.

19 Siehe oben N 15a.

aber geeignet bzw. zwecktauglich sein. Eine nicht geeignete mildere Massnahme ist ebenfalls unverhältnismässig.

Zur Verhältnismässigkeitsprüfung gehört schliesslich die *Zumutbarkeit*. Auch wenn diese nicht ausdrücklich in Art. 389 Abs. 2 ZGB genannt wird, ist sie als unumstrittener Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips in Lehre und Rechtsprechung auch im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht anzuwenden. Die Zumutbarkeitsprüfung erfordert eine *umfassende wertende Abwägung*, ob die Massnahme im *Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffswirkung* angemessen ist bzw. ob ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Anordnung der behördlichen Massnahme im Vergleich zu den privaten Interessen des Betroffenen gegeben ist. Bedeutend ist die Zumutbarkeitsprüfung als *Regulativ* insbesondere dann, wenn es sich um einen schweren Eingriff handelt (z. B. Entzug der elterlichen Sorge oder des Aufenthaltsbestimmungsrechtes, umfassende Beistandschaft, Fürsorgerische Unterbringung) und keine alternativen erforderlichen Massnahmen vorhanden sind. Steht der stark einschneidende Eingriff gleichwohl in einem angemessenen Verhältnis von Eingriffszweck (Wohl der schutzbedürftigen Person bzw. des Kindes durch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht) und Eingriffswirkung (z. B. Entzug der Handlungsfähigkeit bei der umfassenden Beistandschaft oder Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechtes), so ist an diesem schweren Eingriff festzuhalten. Es wird mit anderen Worten abgewogen, welche Folgen der – als solcher geeignete und für einen optimalen Schutz der Person auch erforderliche – Eingriff im konkreten Fall für den Betroffenen haben wird und ob ihm in der vorliegenden Situation das Dulden dieses Eingriffs auch abverlangt werden kann. Es geht um eine „Fein-Justierung“ der sich grundsätzlich anbietenden Massnahme, bei der ggf. Abstriche am Ziel einer vollständigen Deckung des Schutzbedürfnisses der betroffenen Person vorzunehmen sind.

Das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 36 BV) gibt den Rechtsanwendenden eine formale Struktur für das, was geprüft werden soll, damit der Eingriff zulässig ist. Diese *formale Struktur* muss mit Inhalt gefüllt werden. Damit verweist das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht auf seine Referenzdisziplinen, insbesondere auf die Soziale Arbeit, aber auch auf die Medizin, Sozial- und Heilpädagogik, Psychiatrie und Psychologie, ebenso wie auf Fachkompetenzen im Bereich der Treuhand etc. Die Einschätzung, ob eine behördliche Massnahme geeignet, erforderlich und zumutbar ist, wird inhaltlich massgeblich durch diese Referenzdisziplinen mitbestimmt. Bei einer Kindeswohlgefährdung stellt sich die Frage, welche Unterstützungsmöglichkeiten geeignet sind, um der Gefährdung künftig zu begegnen. Um dies beurteilen zu können, werden u. a. entwicklungspsychologisches und bindungstheoretisches Wissen benötigt. Die Frage der Geeignetheit von Kindesschutzmassnahmen und die sozialarbeiterischen Interventionsmöglichkeiten werden durch diese Referenzdisziplinen massgebend mit bestimmt. Damit ist im Kern schon hier eine *interdisziplinäre Herangehensweise* vorgegeben.

III Kindes- und Erwachsenenschutzrecht und sein Einfluss auf die Handlungsfähigkeit

(Christiana Fountoulakis / Daniel Rosch)

1 Kindes- und Erwachsenenschutz und Handlungsfähigkeit

25 Erwachsenenschutz ist eng mit der Handlungsfähigkeitslehre verknüpft, d.h. mit der Frage, ob eine Person durch eigenes Handeln Rechte begründen und Pflichten eingehen kann. Eine Erwachsenenschutzmassnahme kann diese Fähigkeit einschränken (vgl. Art. 398 Abs. 2, 394 Abs. 2, 396 Abs. 2 ZGB), muss es aber nicht zwingend. So haben beispielsweise eine Begleitbeistandschaft oder auch eine fürsorgerische Unterbringung überhaupt keinen Einfluss auf die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person (vgl. z.B. Art. 393 Abs. 2 ZGB).

26 Auch im Kindesschutzrecht ist das Handlungsfähigkeitsrecht allgegenwärtig. Minderjährige zeichnen sich gerade dadurch aus, dass sie in der Regel nicht selbstständig Rechtsgeschäfte abschliessen können. Diese werden, bei Urteilsunfähigkeit, durch die Sorgeberechtigten bzw. die gesetzliche Vertretung vorgenommen, weil Urteilsunfähige nicht handlungsfähig sind (vgl. Art. 13 und Art. 17 ZGB). Minderjährige können aber auch urteilsfähig sein. Dann sind sie nicht vollumfänglich handlungsunfähig, sondern können mit Zustimmung der Sorgeberechtigten am Rechtsverkehr teilnehmen (vgl. Art. 19 Abs. 1 ZGB). Die Sorgeberechtigten haben bei ihren Entscheidungen oder bei der Zustimmung jeweils im Interesse des Kindes zu entscheiden.²⁰ Vollständig selbstständig und somit auch ohne Zustimmung der Sorgeberechtigten können urteilsfähige Minderjährige folgende Rechtsgeschäfte abwickeln:

- Geschäfte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen: die sog. höchstpersönlichen Rechte (Art. 19c ZGB).
- geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens (Art. 19 Abs. 2 ZGB) und
- unentgeltliche Geschäfte, aus denen Minderjährige lediglich Vorteile erlangen (z.B. Geschenke; Art. 19 Abs. 2 ZGB).²¹

2 Bestandteile der Handlungsfähigkeit

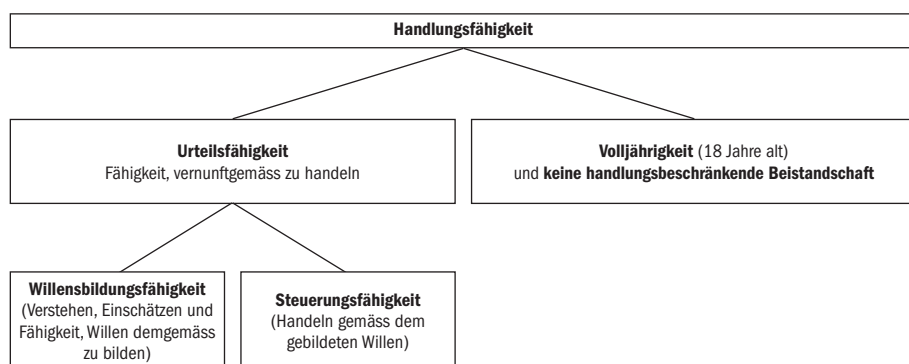
27 Handlungsfähigkeit setzt dreierlei voraus, nämlich Volljährigkeit, Urteilsfähigkeit und das Fehlen einer Beistandschaft, welche die Handlungsfähigkeit beschränkt oder aufhebt (Art. 13, 17, 19 Abs. 1 ZGB). Ob eine Person volljährig ist oder unter einer

²⁰ Siehe unten Rz. 696 ff., 1008 ff.

²¹ Siehe im Detail unter Rz. 45 ff.

III Kindes und Erwachsenenschutzrecht und sein Einfluss auf die Handlungsfähigkeit

die Handlungsfähigkeit einschränkende Massnahme steht, ist einfach festzustellen: Ersteres setzt voraus, dass die Person mindestens 18 Jahre alt ist (Art. 14 ZGB), Letzteres braucht einen Entscheid der KESB. Schwieriger gestaltet sich das Kriterium der Urteilsfähigkeit. Urteilsfähigkeit bedeutet, dass eine Person die Fähigkeit hat, vernunftgemäss zu handeln. Dies wiederum setzt sich aus zwei Elementen zusammen: es braucht einerseits die Fähigkeit, die Relevanz und Tragweite eines konkreten Tuns oder Unterlassens zu erkennen (Willensbildungsfähigkeit); und es ist andererseits vorausgesetzt, dass die Person den Willen aufzubringen vermag, sich gemäss ihrer Einsicht zu verhalten (Steuerungsfähigkeit).²²



28

Ein Beispiel: Ein Kind muss sich beim Überqueren einer Strasse einen Willen gemäss den geltenden Regeln des Strassenverkehrs bilden und diesen Willen in die Tat umsetzen können, indem es zunächst schaut, ob ein Auto kommt, und erst, wenn die Fahrbahn frei ist, die Strasse überquert („Warte, Luege, Lose, Laufe“). Wenn das Kind diese Fähigkeiten besitzt, dann ist es in Bezug auf das Überqueren der Strasse urteilsfähig.

29

Dieses „vernunftgemässe Handeln“ ist nicht von einem bestimmten Alter abhängig, sondern vielmehr von den Kompetenzen der Person. Die Urteilsfähigkeit wird also nicht von einem bestimmten Alter abhängig gemacht, sondern ist jeweils im Einzelfall in Bezug auf die konkrete Handlung oder Situation zu bestimmen. So kann ein Kind betreffend die Verwaltung seines Taschengelds urteilsfähig, im Hinblick auf die Bewirtschaftung eines grösseren Vermögensportfolios jedoch urteilsunfähig sein. Es gibt Faustregeln, die jedoch im Einzelfall zu überprüfen sind. Es darf davon ausgegangen werden, dass Kinder ungefähr ab dem 12. Altersjahr in vielen Bereichen des

30

22 Vgl. U-Doc, das die Urteilsfähigkeit bei medizinischen Massnahmen detailliert und übersichtlich abhandelt auf: <https://www.ibme.uzh.ch/en/Biomedical-Ethics/Research/Ongoing-Research/Psychiatric-and-Psychotherapy-Ethics-Research-Group/Decision-making-capacity/U-Doc-de.html>.

Geschäftsverkehrs urteilsfähig sind. Das Bundesgericht geht im Sinne einer Faustregel davon aus, dass Minderjährige im Bereich der höchstpersönlichen Rechte in der Regel ab 10 Jahren urteilsfähig sind.²³

- 31 Handlungsfähigkeit setzt Urteilsfähigkeit voraus. Es kann aber nicht für jedes einzelne Rechtsgeschäft im Detail geprüft werden, ob jemand urteilsfähig ist. Dies würde den Rechtsverkehr verunmöglichen. Im Rechtsverkehr wird die Urteilsfähigkeit deshalb *vermutet*. Es darf im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass jemand urteilsfähig ist. Wer diese Vermutung bestreiten möchte, muss die *Urteilsunfähigkeit* beweisen können. Grenzen dieser Vermutung der Urteilsfähigkeit finden sich im Grundsatz von Treu und Glauben. Dort, wo objektiv betrachtet Zweifel an der Urteilsfähigkeit angezeigt sind, gilt die Vermutung der Urteilsfähigkeit nicht. Auf die Vermutung der Urteilsfähigkeit kann sich beispielsweise nicht berufen, wer in offensichtlich massiv betrunkenem Zustand ein Auto kaufen möchte.
- 32 Die Urteilsfähigkeit ist vorhanden oder nicht vorhanden. Es gibt keine Schattierungen der Urteilsfähigkeit (sog. „**Alles-oder-nichts-Prinzip**“). Auch wenn dieses Prinzip nicht in jedem Fall realitätsnah ist, erfüllt es eine wichtige Funktion im Rechtsverkehr: Es muss nämlich klar sein, ob ein Vertrag gültig zustande gekommen ist oder nicht. Eine Ausnahme davon findet sich im Rahmen der Deliktsfähigkeit.²⁴
- 33 Die Urteilsfähigkeit wird in der Regel in einem psychiatrischen Gutachten festgestellt, wobei der Richter bzw. die KESB zu entscheiden haben, welche rechtlichen Schlüsse aus dem Gutachten zu ziehen sind. Es handelt sich um eine Rechtsfrage, die aber materiell weitgehend von der Medizin geprägt wird. Fachpersonen anderer Disziplinen können die Urteilsfähigkeit ebenfalls beurteilen, insbesondere wenn diese eher klar gegeben oder nicht gegeben ist. Auf ein **psychiatrisches Gutachten** sollte man insbesondere dann zurückgreifen, wenn eine Person nicht zweifelsfrei urteilsfähig bzw. urteilsunfähig ist und
- die Frage der Urteilsfähigkeit zu einer irreversiblen Folge führt (z. B. Beinamputation)
 - die Frage der Urteilsfähigkeit finanziell oder persönlich wichtige Folgen zeitigt (z. B. Generalvollmachten über das gesamte Vermögen)
 - die Haltung oder Meinung der betroffenen Person in deutlichem Widerspruch zu derjenigen des gesetzlichen Vertreters steht (Selbstbestimmung).²⁵

23 Vgl. BGE 5A_1049/2020, E. 2.3.2.

24 Siehe unten, Rz. 42.

25 Siehe auch ESR Komm/ROSCHE, Einführung N 20 ff.

3 Handlungsfähigkeit im Sinn von Geschäftsfähigkeit

Das Begründen von Rechten und Pflichten erfolgt i.d.R.²⁶ durch eine *Rechts*handlung; man spricht insofern auch von einem *Rechtsgeschäft*, und eine Person, die Rechtsgeschäfte vornehmen kann, nennt man auch „geschäftsfähig“. Zu den Rechtsgeschäften gehören namentlich der Abschluss eines – beliebigen – Vertrags (Kauf-, Leasing-, Gesellschafts-, Arbeits-, Mietvertrag etc.), aber auch das Erteilen einer Vollmacht, das Aussprechen einer Kündigung, das Ausüben eines (Gesellschafts-, Vereins-)Stimmrechts etc. 34

Man kann die Rechtsgeschäfte, die sich im weiteren Sinne auf das Vermögen einer Person beziehen (Rechtsgeschäft i. e. S.), unterscheiden von den Rechtsgeschäften, die eng mit der Persönlichkeit des Betreffenden verknüpft sind (sog. höchstpersönliche Rechte). Wird von „Handlungsfähigkeit“ oder „Geschäftsfähigkeit“ gesprochen, dann ist damit die Fähigkeit gemeint, *vermögensrechtliche* Rechte und Pflichten einzugehen. Die Ausübung von höchstpersönlichen Rechten ist gesondert in Art. 19c, 407 ZGB geregelt (dazu unten 6.). 35

4 Voraussetzungen und Stufen der Handlungsfähigkeit

4.1 Volle Handlungsfähigkeit

Die Grundsätze der Handlungsfähigkeit sind im Personenrecht geregelt (Erster Teil des ZGB). Nach Art. 12 ZGB ist Handlungsfähigkeit dann gegeben, wenn der Betroffene volljährig und urteilsfähig ist. Gemäss Art. 17 ZGB ist eine Person, die unter umfassender Beistandschaft steht, nicht handlungsfähig. Werden Art. 12 und Art. 17 ZGB zusammen gelesen, so lautet die Regel, dass eine Person dann *voll* handlungsfähig ist, wenn sie urteilsfähig und volljährig ist und nicht unter umfassender Beistandschaft steht. Volle Handlungsfähigkeit bedeutet, dass die Person jegliche Rechtsgeschäfte selbst wirksam vornehmen kann. 36

4.2 Volle Handlungsunfähigkeit

Aus Art. 18 ZGB ergibt sich ferner, dass eine Person, wenn auch volljährig und nicht unter umfassender Beistandschaft stehend, dann *voll* handlungsunfähig ist, wenn ihr die Urteilsfähigkeit fehlt. Eine urteilsunfähige Person kann also durch eigenes Handeln keine Rechtswirkungen herbeiführen; ein von ihr abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist unwirksam. 37

26 Vgl. aber Art. 19 Abs. 3 ZGB, dazu unten, Rz. 42.

4.3 Beschränkte Handlungsunfähigkeit

38 Neben der vollen Handlungsfähigkeit und der vollen Handlungsunfähigkeit gibt es Zwischenformen; hier zeigt sich die Wechselwirkung von Erwachsenenschutz und Handlungsfähigkeitslehre ganz besonders deutlich. Eine umfassende Beistandschaft schliesst zwar die *volle* Handlungsfähigkeit aus. Indes ist eine unter umfassender Beistandschaft stehende Person nicht zwangsläufig *voll* handlungsunfähig; es kommt vielmehr darauf an, ob sie urteilsfähig ist oder nicht. Kann eine unter umfassender Beistandschaft stehende Person die Tragweite des fraglichen Rechtsgeschäfts erkennen und einen entsprechenden vernunftgesteuerten Willen bilden, dann ist sie im Hinblick auf das betreffende Rechtsgeschäft urteilsfähig und hat eine sog. *beschränkte* Handlungsunfähigkeit. Sie ist also nicht vollends unfähig, durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten zu begründen. Vielmehr kann sie „Vorteile ... erlangen, die unentgeltlich sind, sowie geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens ... besorgen“ (Art. 19 Abs. 2 ZGB). Eine unter umfassender Beistandschaft stehende, aber urteilsfähige Person kann z.B. selbstständig Schenkungen entgegennehmen²⁷ und auch alltägliche Rechtsgeschäfte abschliessen (z.B. Einkauf von Lebensmitteln und Haushaltsprodukten). Die Zustimmung ihres Beistands braucht sie dafür nicht.

39 Sie kann darüber hinaus sogar jede Art von Rechtsgeschäft – auch solche von grosser Tragweite – abschliessen, braucht dazu aber die Zustimmung ihres Beistands zu dem Rechtsgeschäft (Art. 19 Abs. 1 ZGB). Es handelt sich insoweit um eine bedingte Handlungsfähigkeit, wobei die Bedingung darin besteht, dass der Beistand, als gesetzlicher Vertreter, dem fraglichen Rechtsgeschäft zustimmt. Handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das gemäss Art. 416 ZGB der Zustimmung der KESB bedarf, dann ist es nur unter der zusätzlichen Bedingung wirksam, dass diese behördliche Zustimmung erteilt wird.²⁸ Insofern kann bei Rechtsgeschäften, die in Art. 416 ZGB aufgezählt sind und die eine urteilsfähige, aber unter umfassender Beistandschaft stehende Person vornimmt, von einer „doppelten Bedingtheit“ gesprochen werden, da sie sowohl von der Zustimmung des Beistands als auch von jener der KESB abhängen.

4.4 Beschränkte Handlungsfähigkeit

40 Neben der beschränkten Handlungsunfähigkeit, von der soeben die Rede war und die, wie gezeigt, der unter umfassender Beistandschaft stehenden, jedoch urteilsfähigen Person zukommt, gibt es noch die sog. beschränkte Handlungsfähigkeit. Von beschränkter Handlungsfähigkeit wird zunächst gesprochen, wenn die betroffene Person unter Mitwirkungsbeistandschaft steht (Art. 396 ZGB).²⁹ Die unter

27 Für weitere Beispiele vgl. BSK ZGB I-FANKHAUSER, Art. 19 N 30.

28 STEINAUER/FOUNTOLAKIS, N 1211c.

29 Siehe ausführlich unten, Rz. 1415 ff.

Mitwirkungsbeistandschaft stehende Person bedarf für die Geschäfte, die in den Aufgabenbereich des Beistands gehören, der Zustimmung („Mitwirkung“) des Letzteren; ohne Zustimmung des Mitwirkungsbeistands sind die von der verbeiständeten Person vorgenommenen Rechtsgeschäfte unwirksam. Art. 396 Abs. 2 ZGB formuliert dies wie folgt: „Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person wird von Gesetzes wegen ... eingeschränkt“ hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, auf welche sich die Mitwirkungsbeistandschaft bezieht. Die Handlungsfähigkeit der unter Mitwirkungsbeistandschaft stehenden Person ist beschränkt, weil sie nur für die Bereiche, die von der Mitwirkungsbeistandschaft nicht betroffen sind, selbst Rechte und Pflichten begründen kann. Zu beachten ist, dass Art. 416 Abs. 1 ZGB keine Anwendung findet und die Zustimmung der KESB zum fraglichen Rechtsgeschäft folglich nicht erforderlich ist.

Eine beschränkte Handlungsfähigkeit *kann* auch bei der Person bestehen, welche unter Vertretungsbeistandschaft steht (Art. 394f. ZGB).³⁰ Vertretungsbeistandschaft bedeutet, dass der betroffenen Person ein Beistand zur Seite gestellt wird, welcher in den von der KESB definierten Angelegenheiten im Namen und auf Rechnung der verbeiständeten Person handelt („Vertreter“). Grundsätzlich lässt eine Vertretungsbeistandschaft die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person aber unberührt. Letztere kann sich also weiterhin selbst rechtsgeschäftlich verpflichten (beispielsweise eine Vertragsleistung versprechen) und Rechte begründen (z. B. sich eine Leistung versprechen lassen). Es besteht eine sog. konkurrierende Handlungskompetenz: Sowohl der Vertretungsbeistand als auch die verbeiständete Person können mit Wirkung für die Letztere handeln. Die KESB kann allerdings, wenn sie es zum Schutze der Person für nötig erachtet, die Handlungsfähigkeit der unter Vertretungsbeistandschaft stehenden Person einschränken (Art. 394 Abs. 2 ZGB). Sofern nun die Handlungsfähigkeit der unter Vertretungsbeistandschaft stehenden Person eingeschränkt worden ist, kann die Betroffene nur noch in den übrigen Bereichen, für welche ihr die Handlungsfähigkeit nicht entzogen worden ist, selbstständig handeln. Deshalb spricht man auch in diesem Fall von beschränkter Handlungsfähigkeit. 41

5 Handlungsfähigkeit im Sinn von Deliktsfähigkeit

Von der Frage, ob eine Person Rechtsgeschäfte eingehen kann (Geschäftsfähigkeit; oben 3.), ist diejenige zu unterscheiden, ob eine Person für unerlaubte Handlungen, die einem Dritten Schaden zugefügt haben, haftbar gemacht werden kann (Deliktsfähigkeit). Die Deliktsfähigkeit folgt anderen Regeln als die Geschäftsfähigkeit. Namentlich ist, anders als für die Geschäftsfähigkeit, nicht Voraussetzung, dass die betroffene Person volljährig ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Betroffene 42

30 Siehe ausführlich unten, Rz. 1339 ff.

unter umfassender (oder sonstiger) Beistandschaft steht. Einziges Kriterium ist, ob der Betroffene *urteilsfähig* ist, ob er also vernünftigerweise erkennen konnte, welche Konsequenzen sein Handeln (oder Unterlassen) haben wird. Dies ergibt sich *e contrario* aus Art. 54 OR (welcher gleichzeitig Ausnahmen vom Grundsatz, wonach einzig Urteilsfähige deliktsfähig sind, vorsieht) sowie aus Art. 19 Abs. 3 ZGB. Die letztgenannte Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass „urteilsfähige handlungsunfähige Personen“ aus unerlaubter Handlung schadenersatzpflichtig werden. Es ist folglich irrelevant, ob eine Person geschäftsfähig im oben beschriebenen Sinn ist oder nicht (oben 3.), sondern es kommt einzig auf die Urteilsfähigkeit der Person an.

6 Handlungsfähigkeit im Sinn von Prozessfähigkeit

- 43 Die Prozessfähigkeit stellt das prozessuale Gegenstück zur Handlungsfähigkeit dar. Wer handlungsfähig ist, ist regelmässig auch prozessfähig und kann damit einen Prozess in eigenem Namen führen, sich einen Rechtsvertreter bestellen oder einen fremden Prozess als Vertreter führen. Urteilsunfähige Personen sind prozessunfähig. Verbeiständete Personen im Erwachsenenschutz oder die gesetzlichen Vertreter im Kinderschutz sind nur dann prozessunfähig, wenn der Beistand im Aufgabenbereich mit ausschliessender Kompetenz zur Vertretung ermächtigt wurde, wobei auch hier die höchstpersönlichen Rechte vorbehalten sind. Bei konkurrierender Kompetenz im Aufgabenbereich bleibt die verbeiständete Person bzw., im Kinderschutz, das Kind prozessfähig.³¹

31 ESR Komm/ROSCH, Einführung N 23.

III Kindes und Erwachsenenschutzrecht und sein Einfluss auf die Handlungsfähigkeit

7 Schematische Darstellung

Die verschiedenen Stufen der Handlungsfähigkeit i.S.v. Geschäftsfähigkeit lassen sich zusammengefasst darstellen. Die Kolonne ganz rechts gibt Auskunft über die Deliktsfähigkeit in der jeweiligen Konstellation.

	Voraussetzungen	Wirkungen im rechtsgeschäftlichen Bereich auf die betroffene Person	Deliktsfähigkeit
Volle Handlungsfähigkeit (= Geschäftsfähigkeit)	- Urteilsfähigkeit - Volljährigkeit - Fehlen einer die Handlungsfähigkeit einschränkenden Beistandschaft	- Person kann durch eigenes Handeln Rechtsgeschäfte aller Art eingehen	+
Beschränkte Handlungsfähigkeit	- Urteilsfähigkeit - Volljährigkeit - Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) oder Vertretungsbeistand mit Einschränkung der Handlungsfähigkeit (Art. 394 Abs. 2 ZGB)	- Person kann durch eigenes Handeln diejenigen Rechtsgeschäfte abschliessen, die von der Mitwirkungsbeistandschaft bzw., bei der Vertretungsbeistandschaft, von der Einschränkung nach Art. 394 Abs. 2 ZGB nicht betroffen sind	+
Beschränkte Handlungsunfähigkeit	- Urteilsfähigkeit - umfassende Beistandschaft (oder Minderjährigkeit)	- Person kann durch eigenes Handeln die in Art. 19 Abs. 2 ZGB genannten Geschäfte eingehen - Person kann, mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, sonstige Rechtsgeschäfte eingehen (Art. 19 Abs. 1 ZGB)	+
Volle Handlungsunfähigkeit	- Urteilsunfähigkeit	- Person kann durch eigenes Handeln keine wirksamen Rechtsgeschäfte eingehen - Sie muss vertreten werden - Falls die Person dennoch ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, ist dieses unwirksam	- (Ausnahme: Art. 54 OR)

8 Höchstpersönliche Rechte

45

Handlungsfähigkeit betrifft die Frage, ob eine Person Rechte begründen und Pflichten eingehen kann, die – vereinfacht gesprochen – im weiteren Sinne vermögensrechtlicher Natur sind: eine Übertragung oder Belastung von Eigentum, eine Verpflichtung zur Leistung von Gegenständen, Geld oder Arbeit, das Ausüben von Gesellschafterrechten etc. Von der Handlungsfähigkeit ist die Frage zu trennen, ob eine Person ihre sog. höchstpersönlichen Rechte selbst wahrnehmen kann. Höchstpersönliche Rechte sind diejenigen, welche einer Person „um ihrer Persönlichkeit willen zustehen“ (Art. 19c Abs. 1 ZGB): die Anerkennung eines Kindes, die Heirat, die Namensänderung, aber auch das Errichten eines Testaments, einer Patientenverfügung, eines Vorsorgeauftrags etc.

46

Die Wahrnehmung höchstpersönlicher Rechte hängt im Grunde nicht davon ab, ob die Person handlungsfähig ist. Nur vereinzelt verlangt der Gesetzgeber für die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts die Handlungsfähigkeit einer Person (z.B. für die Errichtung eines Testaments oder eines Vorsorgeauftrags, vgl. Art. 467 Abs. 1, 360 Abs. 1 ZGB). Als allgemeine Regel gilt, dass eine Person, welche *urteilsfähig* ist, ihre höchstpersönlichen Rechte selbst ausübt, und zwar *unabhängig* davon, ob sie volljährig ist oder ob ihre Handlungsfähigkeit durch eine Massnahme des Erwachsenenschutzes eingeschränkt worden ist (Art. 19c Abs. 1, 407 ZGB). Sehr punktuell sieht der Gesetzgeber eine Einschränkung dieses Prinzips vor. So braucht es für die Eheschliessung Volljährigkeit (Art. 94 ZGB). Gleiches gilt im Kinderschutz. Die urteilsfähige Minderjährige kann selbstständig über medizinische Massnahmen zu einem Heilzweck (höchstpersönliches Recht) entscheiden; die Sorgeberechtigten können den Entscheid nicht rückgängig machen oder die medizinische Massnahme verweigern. Das Bundesgericht geht im Sinne einer Faustregel davon aus, dass Minderjährige im Bereich der höchstpersönlichen Rechte in der Regel ab 10 Jahren urteilsfähig sind.³²

47

Schliesslich kann es auch sein, dass eine Person, wenn sie zwar urteilsfähig, aber nicht handlungsfähig ist, für die wirksame Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters bedarf. Dies betrifft das Verlöbnis des Minderjährigen (Art. 90 Abs. 2 ZGB), die Anerkennung eines Kindes durch den Minderjährigen oder unter einer umfassenden Beistandschaft stehenden (Art. 260 Abs. 2 ZGB), den Abschluss eines Erbvertrags durch die unter Mitwirkungs- oder umfassender Beistandschaft stehende Person (Art. 468 Abs. 2 ZGB) sowie den Abschluss eines Ehevertrags durch eine derart verbeiständete Person bzw. durch einen Minderjährigen (Art. 183 Abs. 2 ZGB). Diese höchstpersönlichen Rechte, welche, wenn durch die urteilsfähige, aber handlungsunfähige Person abgeschlossen,

32 Vgl. BGE 5A_1049/2020, E. 2.3.2.; vgl. auch oben N 30.

III Kindes und Erwachsenenschutzrecht und sein Einfluss auf die Handlungsfähigkeit

der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedürfen, nennt man auch „unechte“ höchstpersönliche Rechte. Der gesetzliche Vertreter kann derartige Geschäfte also guthessen oder ablehnen; ihre Wirksamkeit hängt von seiner Zustimmung ab. Der gesetzliche Vertreter ist beim Treffen der Entscheidung seinerseits natürlich an den Grundsatz gebunden, dass jegliches Tun von seiner Seite im wohlverstandenen Interesse der betroffenen Person sein muss. Er kann also seine Zustimmung zu einem solchen Geschäft nur verweigern, wenn dies dem Schutz und Wohl des Betroffenen dient.

Eine andere Frage ist die, ob eine Person bei der Wahrnehmung ihrer höchstpersönlichen Rechte *vertreten* werden kann. Die Frage stellt sich einzig dann, wenn die Person *urteilsunfähig* ist und somit nicht selbstständig handeln kann; solange nämlich eine Person *urteilsfähig* ist, kann sie in der Ausübung ihrer höchstpersönlichen Rechte nicht vertreten werden. Art. 19c Abs. 2 ZGB sieht vor, dass „für eine urteilsunfähige Person ... der gesetzliche Vertreter [handelt], sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist“. Es gibt also höchstpersönliche Rechte, bei denen eine Vertretung in Betracht kommt (sog. relativ höchstpersönliche Rechte), während andere als derart untrennbar mit dem Träger des Rechts zusammenhängend angesehen werden, dass sich eine Vertretung verbietet (sog. absolut höchstpersönliche Rechte). Die Frage, ob ein Recht bloss relativ oder aber absolut höchstpersönlich ist, hat der Gesetzgeber Lehre und Rechtsprechung überlassen. Eine Auflistung der wichtigsten höchstpersönlichen Rechte und ihre Qualifizierung als „relativ“ oder „absolut“ bzw. als „echtes“ oder „unechtes“ höchstpersönliches Recht findet sich in der Tabelle³³ auf der nächsten Seite. 48

33 Aus ESR Komm-Rosch, Einführung N 30.

Relativ und absolut höchstpersönliche Rechte

49

Relativ höchstpersönliche Rechte		Absolut höchstpersönliche Rechte	
→ Stellvertretung ist möglich (bei Urteilsunfähigkeit)	→ Bei Urteilsfähigkeit ist keine Zustimmung notwendig	→ Stellvertretung ist nicht möglich (bei Urteilsunfähigkeit)	→ Bei Urteilsfähigkeit bedarf es zusätzlich der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters (unechte höchstpersönliche Rechte)
Wahrung der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ff. ZGB		Recht auf Leben (Art. 10 BV)	
Änderung des Geschlechts (Art. 30b Abs. 1 ZGB)	Änderung des Geschlechts (Art. 30b Abs. 4 ZGB)		
Auflösung der Verlobung (Art. 91 Abs. 1 ZGB)			
Begehren um Eheschutzmassnahmen		Eheschliessung (Art. 94 Abs. 1)	Verlobung (Art. 90 Abs. 2 ZGB)
Weiterführen eines laufenden Scheidungsprozesses nach Eintritt der Urteilsunfähigkeit (BGE 116 II 385)		Einreichen einer Scheidungsklage (BGE 114 Ia 350; str.) Ungültigerklärung der Ehe (Art. 107 ZGB)	
		Abschluss eines Ehevertrages (Art. 183 Abs. 1 ZGB)	Abschluss eines Ehevertrages (Art. 183 Abs. 2 ZGB)
Klage auf Namensschutz (Art. 29 ZGB); Begehren um Namensänderung (Art. 30 ZGB), BGE 140 III 577, E. 3.1.		Religiöse Zugehörigkeit (ab 16 Jahren und bei Urteilsfähigkeit; Art. 303 ZGB)	
		Errichtung eines Vorsorgeauftrages (Art. 360 ff. ZGB) und einer Patientenverfügung (Art. 370 ZGB) sowie deren Widerruf	
Ärztliche Eingriffe mit Heilzweck, einschliesslich Sterilisation und strafloser Schwangerschaftsabbruch		Ärztliche Eingriffe ohne Heilzweck	
Vaterschaftsklage (Art. 261 ZGB), Ehelichkeitsanfechtung (Art. 256 ZGB); Anfechtung Kindesanerkennung (Art. 260a ZGB); Unterhaltsklage (Art. 279 ff. ZGB)		Anerkennung eines Kindes (Art. 260 Abs. 1 ZGB)	Anerkennung eines Kindes (Art. 260 Abs. 2 ZGB)
		Zustimmung der Eltern zur Adoption (Art. 265a ZGB)	
		Zustimmung des Kindes zur Adoption (Art. 265 Abs. 1 ZGB)	Zustimmung des Kindes zur Adoption (Art. 265 Abs. 2 ZGB)
		Beschwerde gegen KESB und Mandatsträger/in (Art. 419 ZGB)	
		Beschwerde gegen FU (Art. 439 ZGB)	
		Errichtung eines Testamentes und dessen Widerruf (Art. 467/509 ZGB); Abschluss von Erbverträgen als Erblasser (Art. 468 Abs. 1 ZGB)	Abschluss von Erbverträgen als Erblasser (Art. 468 Abs. 2 ZGB)
		Begründen einer Vereinsmitgliedschaft	
		Einsetzen des/der Begünstigten aus einer Lebensversicherung (BGE 116 II 405)	

Weiterführende Literatur (Auswahl)

- AEBI-MÜLLER Regina, Handlungsfähigkeit und Erwachsenenschutz, Versuch einer Klärung, in: Festschrift für Thomas Geiser, St. Gallen 2017
- AEBI-MÜLLER Regina, Kapitel 3: Zentraler Anknüpfungspunkt: Urteilsfähigkeit, in: FOUNTOLAKIS et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 31 ff.
- BUCHER Eugen/AEBI-MÜLLER Regina, Art. 11-19d ZGB, in: Berner Kommentar, 2. Aufl., Bern 2017
- FANKHAUSER Roland, Art. 11-21 ZGB, in: Basler Kommentar ZGB I, 6. Aufl., Basel 2018
- FONTOLAKIS Christiana, Die Teilnahme urteilsunfähiger Erwachsener am Rechtsverkehr, BJM 2015, 189 ff.
- GERBER SIMONE, Wann interveniert der Staat in Familien. Eintritts- und Eingriffsschwellen im Kindes- und im Kindesrecht. Schriften zum Kindes- und Erwachsenenschutz Bd. 6, Bern 2021.
- HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2020
- STEINAUER Paul-Henri/FONTOLAKIS Christiana, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014

IV Internationale Sachverhalte

(Christiana Fountoulakis)

1 Einleitung

50 Angesichts der ausgeprägten Mobilität wie auch der hohen Zahl von Einwohnern mit einem ausländischen Pass taucht immer häufiger die Frage auf, ob tatsächlich eine Schweizer KESB zuständig ist oder nicht etwa eine Behörde im Ausland. Dasselbe gilt im Hinblick auf die anwendbaren Kindes- und Erwachsenenschutzregeln: Finden die Art. 307 ff., 360 ff. ZGB Anwendung, oder muss ein ausländisches Kindes- und Erwachsenenschutzrecht angewandt werden? Zudem: Anerkennen Schweizer Behörden und Gerichte Entscheidungen, die zum Schutz eines Kindes oder Erwachsenen im Ausland getroffen worden sind und nun in der Schweiz umgesetzt oder weitergelten sollen?

51 Dies sind Fragen, auf die das Internationale Privatrecht (IPR) Antworten gibt. Für grenzüberschreitende Fälle im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts ist Art. 85 des Schweizer Bundesgesetzes zum Internationalen Privatrecht (IPRG) einschlägig. Art. 85 IPRG erklärt, dass für die Fragen

- der Zuständigkeit von Behörden und Gerichten
- des anwendbaren Rechts sowie
- der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Behörden

im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes zwei internationale Konventionen Anwendung finden: das Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ) respektive das Erwachsenenschutzübereinkommen (HEsÜ).

52 Die Anwendung dieser beiden Übereinkommen durch die Schweizer Behörden und Gerichte setzt nicht voraus, dass ein Bezug zu einem Vertragsstaat besteht, etwa, dass der betroffene Erwachsene oder das betroffene Kind, über dessen Schutzmassnahmen zu entscheiden ist, die Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates der Übereinkommen haben. Art. 85 Abs. 1 und 2 IPRG erstrecken den Anwendungsbereich des HKsÜ und des HEsÜ einseitig auf Nichtvertragsstaaten, um die Übereinkommen in einer möglichst grossen Zahl von Fällen anwenden zu können. Damit sind Schweizer Gerichte oder Behörden für Schutzmassnahmen in Anwendung der beiden Übereinkommen grundsätzlich ohne Rücksicht darauf zuständig, ob die betroffene Person einem Vertragsstaat der Übereinkommen angehört oder nicht. In Art. 85 Abs. 3 und 4 IPRG sind zudem autonome (also „rein schweizerische“) Bestimmungen vorgesehen (unten Rz. 86 f.).

53 Neben dem HKsÜ und dem HEsÜ gibt es noch eine Reihe weiterer internationaler Konventionen, denen die Schweiz beigetreten ist und welche familienrechtli-

che, namentlich kindesrelevante Belange regeln. Dabei ist zu unterscheiden: Gewisse Konventionen, wie etwa die UN-Kinderrechtskonvention³⁴ oder das Haager Kindesentführungsübereinkommen³⁵, sorgen für eine Angleichung oder Vereinheitlichung des *materiellen* Rechts der Vertragsstaaten. Sie legen beispielsweise ein Diskriminierungsverbot, eine Registereintragungspflicht oder das Recht auf Anhörung fest (vgl. Art. 2, 7, 12 UN-Kinderrechtskonvention), aber sie regeln *nicht* Fragen des IPR (also: Zuständigkeit, anwendbares Recht, Anerkennung und Vollstreckung).³⁶ Andere internationale Konventionen, wie etwa das Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen,³⁷ vereinheitlichen hingegen IPR-Fragen, wie es auch für das Haager Kindesschutzübereinkommen und das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen der Fall ist. Neben diesen multilateralen Übereinkommen gibt es auch noch eine Reihe bilateraler Abkommen, die jeweils zwischen der Schweiz und einem anderen Staat abgeschlossen worden sind. Eine abschliessende Liste dieser multi- und bilateralen Übereinkommen im Bereich des ZGB findet sich unter <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/0.21.html#0.21>.³⁸

Zu beachten ist, dass Übereinkommen, die materielles Recht der Vertragsstaaten angleichen oder vereinheitlichen, für deren Anwendung nicht voraussetzen, dass es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt. Hingegen stellt sich bei solchen materiell-rechtlichen Angleichungsübereinkommen die Frage, ob sich der einzelne Bürger (Kind, Elternteil etc.) unmittelbar auf die darin enthaltenen Bestimmungen berufen kann oder ob diese zuerst in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Die Anwendung eines Übereinkommens, welches IPR-Fragen regelt, setzt hingegen voraus, dass der Sachverhalt internationaler Natur ist, also Berührungspunkte zu mehr als einem Staat aufweist.³⁹

In diesem Kapitel wird einzig auf das Haager Kindesschutz- und das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen eingegangen.

Sind KESB, Beistand, Sozialarbeiter oder sonstige Fachpersonen mit einem grenzüberschreitenden Fall konfrontiert, ist in einem ersten Schritt die international-privatrechtliche Seite abzuklären: Sind die Schweizer Kindes- oder Erwachsenenschutzbehörden oder -organe zuständig? Welches Recht findet Anwendung?

34 Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, abgeschlossen in New York am 20. November 1989, in Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997, SR 0.107.

35 Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, abgeschlossen in Den Haag am 25. Oktober 1980, in Kraft getreten für die Schweiz am 1.1.1984, SR 0.211.230.02.

36 Vgl. allerdings Art. 14 Abs. 1 des Haager Kindesentführungsübereinkommens.

37 Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen, abgeschlossen in Den Haag am 2. Oktober 1973, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. August 1976, SR 0.211.213.02.

38 Vgl. auch Rz. 619, 676 ff. im Bereich der internationalen Adoption.

39 Dazu im Einzelnen unten Rz. 61 ff., 89 ff.

Muss eine im Ausland ergangene Entscheidung in der Schweiz anerkannt und vollstreckt werden? Diese Einzelschritte sind im Folgenden getrennt für den Erwachsenen- und den Kindesschutz dargestellt.

2 Erwachsenenenschutz

- 56 Es kann sein, dass die in der Schweiz von einer erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme betroffene Person ausländischer Nationalität ist, oder dass sie zwar Schweizer Bürgerin ist und unter einer Massnahme des Schweizer Erwachsenenschutzrechts steht, aber ihren Wohnsitz in einen anderen Staat verlagert, oder dass sie ihren Vorsorgeauftrag oder eine Patientenverfügung im Ausland verfasst hat, etc. Ebenso kann es sein, dass für einen Schweizer Bürger im Ausland erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen zu ergreifen sind, oder dass eine Schweizerin im Ausland urteilsunfähig wird und sich die Frage stellt, ob der in der Schweiz errichtete Vorsorgeauftrag gültig ist oder wer sie in medizinischen Angelegenheiten vertreten darf.

2.1 Haager Erwachsenenschutzübereinkommen

2.1.1 Allgemeines

- 57 Auf solche internationalen Sachverhalte findet gemäss Art. 85 Abs. 2 IPRG das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen (HEsÜ) Anwendung. Das HEsÜ ist ein Staatsvertrag, der konventionsautonom auszulegen ist. Das Übereinkommen regelt die internationale Zuständigkeit, das anwendbare Recht und die Anerkennung und Vollstreckung von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen; darüber hinaus sieht es Kooperationspflichten der Vertragsstaaten vor.

2.1.2 Anwendungsbereich

- 58 Zurzeit zählt das HEsÜ 13 Vertragsstaaten (Belgien, Deutschland, Österreich, Estland, Finnland, Frankreich, Lettland, Monaco, Portugal, Tschechische Republik, Vereinigtes Königreich, Zypern und die Schweiz).⁴⁰ Art. 85 Abs. 2 IPRG erstreckt den Anwendungsbereich des HEsÜ einseitig auf Nichtvertragsstaaten, mit dem Ziel, das Übereinkommen soweit wie möglich anzuwenden. Damit sind die Schweizer Gerichte oder Behörden für Schutzmassnahmen grundsätzlich ohne Rücksicht darauf zuständig, ob die betroffene Person einem Vertragsstaat des HEsÜ angehört oder nicht. Hingegen gelten die Vorschriften des Übereinkommens zu *Anerkennung und Vollstreckung* erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen nur im Verhältnis zu anderen Konventionsstaaten. Im Rahmen des *anwendbaren Rechts* ist es ohne Bedeu-

40 Vgl. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.statusprint&cid=71 (Stand am 15. Mai 2022).

tung, ob es sich bei diesem Recht um das Recht eines Vertragsstaats handelt oder nicht (sog. *erga-omnes*-Wirkung des HESÜ).

Das HESÜ findet in persönlicher Hinsicht Anwendung auf Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben (Art. 2 Abs. 1 HESÜ). Dass eventuell die betroffene Person nach fremdem Recht mit 18 Jahren noch nicht volljährig ist (wie es beispielsweise nach dem Recht vieler afrikanischer Länder der Fall ist)⁴¹, spielt keine Rolle. Zu beachten ist, dass die Behörden grundsätzlich ihr eigenes Recht anwenden (Art. 13 HESÜ), eine Schweizer KESB also Schweizer Recht. Weil nach Schweizer Recht auf über 18-jährige Personen Erwachsenenschutz- und nicht Kindesschutzmassnahmen zu ergreifen sind (vgl. Art. 14 ZGB), ist es unter dem HESÜ möglich, dass für eine Person, die nach ihrem eigenen Recht noch nicht volljährig ist, doch bereits Schutzmassnahmen des Erwachsenenschutzes ergriffen werden.⁴² Neben der Altersgrenze von 18 Jahren ist in persönlicher Hinsicht für die Anwendung des HESÜ erforderlich, dass die betroffene Person „aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit ihrer persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, ihre Interessen zu schützen“ (Art. 1 Abs. 1 HESÜ). Somit fallen Massnahmen, die wegen Abwesenheit des Betroffenen getroffen werden (vgl. im Schweizer Recht Art. 390 Abs. 1 Ziff. 2, 2. Variante ZGB), nicht in den Anwendungsbereich des HESÜ, da damit reine Absenz kompensiert wird.⁴³

In sachlicher Hinsicht betrifft das Übereinkommen zum einen „Massnahmen“, die „zum Schutz der Person oder des Vermögens des Erwachsenen“ getroffen werden (Art. 1 Abs. 2 lit. a). Dazu gehören *behördliche Massnahmen*, beispielsweise, nach Schweizer Recht, die Errichtung einer Beistandschaft oder die Anordnung einer fürsorglichen Unterbringung, aber auch die behördliche Mitwirkung oder Intervention im Rahmen eigener Vorsorgemassnahmen (z. B., nach Schweizer Recht, die Validierung eines Vorsorgeauftrags oder die behördliche Intervention bei Gefährdung der Interessen des Betroffenen im Rahmen eines solchen Auftrags).⁴⁴ Das Übereinkommen regelt zum anderen das auf eigene Vorsorgemassnahmen anwendbare Recht (für die Schweiz: Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung), inklusive der Frage des Glaubensschutzes des Dritten (Art. 1 Abs. 2 lit. c, 15-17 HESÜ). Keine Erwähnung

41 So setzen namentlich folgende Rechtsordnungen die Altersgrenze für die Volljährigkeit bei 21 Jahren an: Ägypten, Argentinien, Bahrain, Belize, Botsuana, Elfenbeinküste, Honduras, Kamerun, Namibia, Niger, Ruanda, Sambia, Singapur. Ein umfassender Überblick über das Volljährigkeitsalter weltweit findet sich bei BeckOK BGB/MASCH, Art. 7 EGBGB N 58.1 (Stand: 1. November 2021).

42 So auch Münchener Kommentar BGB/LIPP, 8. Aufl., München 2020, Art. 1-4 ErwSÜ N 4; FÜLLEMANN, Erwachsenenschutz, N 35 f.; SCHWANDER, AJP 2014, 1351, 1358.

43 FÜLLEMANN, ZVW 2009, 30, 33.

44 Vgl. die nicht abschliessende Aufzählung der vom Übereinkommen erfassten Massnahmen in Art. 3 HESÜ.

im HESÜ finden *gesetzliche Vertretungsrechte* im Rahmen des Erwachsenenschutzes, wie sie im Schweizer Recht nach Art. 374 ff., 377 ff. ZGB bestehen. Sie sind aber nach h. A. insoweit vom HESÜ erfasst, als sie den Schutz des hilfsbedürftigen Ehegatten sicherstellen und damit ein erwachsenenschutzrechtliches Instrument darstellen.⁴⁵ Die Zuständigkeit der Behörden zur Feststellung eines solchen gesetzlichen Vertretungsrechts, zur Interventionsmöglichkeit bei Gefährdung der Interessen des Betroffenen etc. richtet sich folglich nach Art. 5–12 HESÜ, die Anerkennung von behördlichen Entscheiden bezüglich solcher gesetzlicher Vertretungsrechte nach Art. 22 ff. HESÜ. Allerdings fehlt eine Regelung bezüglich des anwendbaren Rechts im Hinblick auf die gesetzliche Vertretungsmacht selbst; es handelt sich um eine Lücke im Übereinkommen, die ein jeder Vertragsstaat nach seinem eigenen IPR zu schliessen hat, unter Beachtung der Zielsetzung und der Grundsätze des HESÜ.⁴⁶

2.1.3 Zuständigkeit

2.1.3.1 Hauptzuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Person

61 Das HESÜ regelt zunächst die *internationale Zuständigkeit* der Behörden. Der Frage der Zuständigkeit ist im HESÜ viel Platz eingeräumt worden. Tatsächlich ist es zentral, zu wissen, in welchem Staat die Entscheidungskompetenzen liegen. Dem ist insbesondere auch deshalb so, weil die zuständige Behörde i. d. R. ihr eigenes inländisches Recht anwendet (materielle *lex fori*; unten Rz. 74). Eine Schweizer KESB wird also Schweizer Recht anwenden, ein französisches Vormundschaftsgericht französisches Recht etc., wobei zu beachten ist, dass die verschiedenen Rechtsordnungen durchaus unterschiedliche Regelungen aufweisen.

62 Gemäss Art. 5 Abs. 1 HESÜ sind für die Anordnung erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen die Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort der betroffenen Person zuständig, sofern dieser Aufenthaltsort in einem Vertragsstaat des HESÜ liegt. Art. 85 Abs. 2 IPRG stellt klar, dass diese Zuständigkeitsregel für Schweizer Gerichte und Behörden auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten gilt. Mit dem „gewöhnlichen Aufenthaltsort“ ist der tatsächliche Mittelpunkt der Lebensführung gemeint, was im Grunde eine gewisse soziale Integration an diesem Ort voraussetzt. (Aufbau eines Freundeskreises, Interesse am politischen und gesellschaftlichen Leben, Wohnung, familiäre und berufliche Bindungen, Sprachkenntnisse, etc.).⁴⁷ Die Frage, ob eine erwachsene Person auch mehrere gewöhnliche Aufenthaltsorte haben kann (beispielsweise, wenn die Person je ein halbes Jahr in der Schweiz und in Italien ver-

45 CR-BUCHER, IPRG 85 N 360 ff.; FÜLLEMANN, ZVW 2009, 30, 52 f.; ders., Erwachsenenschutz, N 326 ff.

46 Dazu European Law Institute, Vulnerable Adults, S. 17 f.; vgl. auch unten Rz. 79.

47 BGer, 5A_68/2017 vom 21. Juni 2017, E. 2.3.

bringt), wurde unter dem HESÜ offengelassen;⁴⁸ der EuGH lehnt, in Einklang mit der h.A., einen mehrfachen gewöhnlichen Aufenthalt in Anwendung der Brüssel IIa-Verordnung ab.⁴⁹ Jedenfalls kann unter Umständen bereits unmittelbar nach Eintreffen der Person in einem Staat von deren gewöhnlichem Aufenthaltsort gesprochen werden, wenn die Person nämlich vorhat, dort ihren Lebensmittelpunkt zu errichten (beispielsweise bei Eintritt in ein Altersheim im wärmeren oder kostengünstigeren Ausland).⁵⁰ Anzumerken ist, dass es, bei einer Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt, nicht auf den gesetzlichen Wohnsitz (Art. 23 ff. ZGB) ankommt (und insofern etwa ein vom Sitz der KESB abgeleiteter Wohnsitz – vgl. Art. 26 ZGB – unbeachtlich ist).

Gibt die betroffene Person ihren bisherigen gewöhnlichen Aufenthalt auf, dann überträgt sich die Zuständigkeit auf die Behörden des neuen gewöhnlichen Aufenthaltsstaats der Person, sofern dieser ein Vertragsstaat ist (keine *perpetuatio fori*, Art. 5 Abs. 2 HESÜ).⁵¹ Was gilt, wenn sich der neue gewöhnliche Aufenthaltsort in einem Nichtkonventionsstaat befindet, regelt das HESÜ hingegen nicht. Nach Schweizer Doktrin und Rechtsprechung bleiben die Schweizer Behörden so lange zuständig, bis feststeht, dass die Behörden im neuen Aufenthaltsstaat das Verfahren aufnehmen und deren Massnahmen oder Entscheidungen in der Schweiz anerkennungsfähig sind (in Anwendung von Art. 12 HESÜ).⁵² 63

2.1.3.2 Zuständigkeit am Ort des schlichten Aufenthalts

Für Flüchtlinge oder andere Personen, „die infolge von Unruhen in ihrem Land in ein anderes Land gelangt sind“ (Art. 6 HESÜ), gilt, dass die Behörden des Vertragsstaats, in dem sich diese Personen gerade befinden, zuständig sind. Dieselbe Zuständigkeitsregelung gilt für Personen, deren gewöhnlicher Aufenthaltsort nicht festgestellt werden kann (z. B. Obdachlose), Art. 6 Abs. 2 HESÜ. 64

2.1.3.3 Übertragung der Zuständigkeit

Die Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort haben Hauptzuständigkeit. Unter gewissen Umständen können aber auch die Behörden eines anderen Staates zuständig sein für das Treffen erwachsenenschutzrechtlicher Massnahmen. So können die 65

48 Dazu BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 151 f.

49 EuGH, Urteil vom 25. November 2021, C-289/20, IB ./ FA, Rn. 43 ff.

50 FULLEMANN, ZVW 2009, 30, 40; CHK-PRAGER, IPRG 85 N 130.

51 BGer 5A_68/2017 vom 21. Juni 2017, E. 2.3 f. Das Urteil zeigt indes illustrativ auf, dass die Frage, ob ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt begründet worden ist, schwierig zu beantworten sein kann (*in casu* Abmeldung in der Schweiz und ohne ständige Bleibe, Mieten einer neuen Wohnung in der Tschechischen Republik, aber regelmässige Rückkehr in die Schweiz und hier auch „intensive Inanspruchnahme [der] Töchter“ sowie medizinischer Betreuung: Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts verneint).

52 LAGARDE, HESÜ-Bericht, N 52; BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 50 (zum HKsÜ); nun auch ausdrücklich bestätigt durch das Bundesgericht in BGE 143 III 237, 240 E. 2.3.

Behörden am Ort des gewöhnlichen oder des schlichten Aufenthalts (Art. 5 f. HESÜ) zur Einsicht gelangen, dass den Interessen des Betroffenen besser gedient ist, wenn die Behörden eines anderen Vertragsstaats die nötigen erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen ergreifen. Die nach Art. 5 f. zuständigen Behörden können deshalb, von Amtes wegen oder auf Antrag, die ihrer Ansicht nach besser geeigneten Behörden ersuchen, sich an Stelle der Ersteren für zuständig zu erklären. Die Übertragung der Zuständigkeit kann sich auch nur auf einen Teilbereich des Erwachsenenschutzes beziehen (z.B. nur auf den Schutz des Vermögens des Betroffenen), Art. 8 Abs. 1 HESÜ. Nimmt die Behörde, an die das Ersuchen um Kompetenzübernahme ergeht, dieses nicht an, so bleiben die in Art. 5 f. genannten Behörden weiterhin zuständig (Art. 8 Abs. 3 HESÜ). Die Behörden, die für eine Zuständigkeitsübernahme infrage kommen, sind in Art. 8 Abs. 2 HESÜ aufgezählt. Es handelt sich um eine abschliessende Liste. Ersucht werden können die Behörden folgender Vertragsstaaten:

- des Heimatstaats
- des früheren gewöhnlichen Aufenthaltsorts
- des Orts des gelegenen Vermögens
- des Staats, in dem eine dem Betroffenen nahestehende Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat und sich bereit erklärt, den Schutz des Betroffenen zu übernehmen
- des Staats des schlichten Aufenthalts (allerdings nur hinsichtlich der Personen-, nicht auch der Vermögenssorge des Betroffenen)
- des Staats, dessen Behörden der Betroffene gewählt hat, damit sie Massnahmen zu seinem Schutz treffen (setzt Schriftlichkeit der Wahl voraus).

- 66 Die Behörde, die ihre Zuständigkeit zugunsten der Behörde eines der soeben genannten Staaten abgeben will, muss ihr Ersuchen begründen. Voraussetzung ist stets, dass die Zuständigkeitsübertragung dem Wohl des Betroffenen dient. Deshalb kommt beispielsweise bei einer Person, die aus ihrer Heimat geflohen ist (Art. 5 Abs. 1 HESÜ), ein Ersuchen auf Zuständigkeitsübernahme gegenüber den Behörden des Heimatstaats nicht in Betracht.

2.1.3.4 Heimatzuständigkeit

- 67 Eine Zuständigkeit des Heimatstaats kommt nicht nur infrage, wenn die eigentlich zuständige Behörde die Behörden des Heimatstaats um eine Kompetenzübernahme ersucht, sondern die Behörden des Heimatstaats können auch von sich aus die Kompetenzübertragung beantragen, „wenn sie der Auffassung sind, dass sie besser in der Lage sind, das Wohl des Erwachsenen zu beurteilen“ (Art. 7 HESÜ). Es gelten folgende Voraussetzungen: Der Heimatstaat muss ein Vertragsstaat des HESÜ sein; die

betroffene Person muss ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem Vertragsstaat haben oder aber unter Art. 6 Abs. 2 HESÜ fallen; die Behörden des Heimatstaats müssen die eigentlich zuständigen Behörden verständigt haben. Keine Heimatzuständigkeit nach Art. 7 gilt für Flüchtlinge und andere Personen i. S. v. Art. 6 Abs. 1 HESÜ; damit wird verhindert, dass der Heimatstaat, aus dem diese Personen ja geflohen sind, die Zuständigkeit an sich „reisst“.

Die Heimatzuständigkeit ist allerdings gegenüber der Zuständigkeit der Behörden des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats oder der nach Art. 6 Abs. 2 HESÜ zuständigen Behörden subsidiär. Dies ergibt sich aus Art. 7 Abs. 2 und 3 HESÜ. Demzufolge darf die Behörde des Heimatstaats nicht tätig werden, wenn sie von der nach Art. 5, 6 Abs. 2 oder 8 zuständigen Behörde informiert worden ist, dass Letztere die notwendigen Massnahmen getroffen hat oder aber entschieden hat, dass keine Massnahmen zu treffen sind bzw. wenn das Verfahren noch bei ihr hängig ist (Art. 7 Abs. 2). Zudem fallen die von der Behörde des Heimatstaats getroffenen Massnahmen dahin, wenn die nach Art. 5, 6 Abs. 2 oder 8 zuständige Behörde ihrerseits Massnahmen ergreift oder entscheidet, es seien keine solchen erforderlich (Art. 7 Abs. 3).

68

2.1.3.5 Zuständigkeit der Behörden am Ort des gelegenen Vermögens

Art. 9 HESÜ sieht eine Sonderzuständigkeit vor zugunsten der Behörden des Vertragsstaats, in dem sich Vermögen des Betroffenen befindet. Die zu treffenden erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen dürfen aber nur den Schutz des dort gelegenen Vermögens zum Inhalt haben. Wiederum ist Voraussetzung, dass sich das Vermögen in einem Vertragsstaat des Übereinkommens befindet. Die von der Behörde am Ort des gelegenen Vermögens ergriffenen Massnahmen zum Schutze des Vermögens müssen mit den Massnahmen, die die nach den Art. 5–8 zuständigen Behörden bereits getroffen haben, vereinbar sein.

69

2.1.3.6 Dringlichkeitszuständigkeit

In dringenden Fällen können die Behörden eines jeden Vertragsstaats die Massnahmen vorkehren, die zum Schutz der Person oder des Vermögens des Betroffenen sofort erforderlich sind. Voraussetzung ist, dass sich die Person in diesem Vertragsstaat befindet bzw., sofern es um den Schutz des Vermögens des Betroffenen geht, dass dieses in dem betreffenden Vertragsstaat gelegen ist (Art. 10 Abs. 1 HESÜ). „Dringlichkeit“ bedeutet, dass kein Zuwarten geduldet werden kann, was namentlich, aber nicht nur, bei medizinischen Massnahmen der Fall sein kann. Die Behörden am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Person sind nach Möglichkeit zu unterrichten (Art. 10 Abs. 4 HESÜ). Die aufgrund Dringlichkeitszuständigkeit getroffenen Massnahmen fallen dahin, sobald die zuständigen Behörden die erforderlichen Massnahmen ergriffen haben.

70

2.1.3.7 Anwesenheitszuständigkeit

- 71 In Ausnahmefällen dürfen die Behörden des Vertragsstaats, in dem sich die betroffene Person momentan befindet, auch Massnahmen zum Schutze dieser Person ergreifen, ohne dass Dringlichkeit besteht. Diese Schutzmassnahmen sind auf das Gebiet des Anwesenheitsstaats beschränkt und lediglich „vorübergehender Art“ (Art. 11 Abs. 1 HESÜ). Infrage kommen insbesondere medizinische Eingriffe bei einer urteilsunfähigen Person, welche die Zustimmung einer vertretungsberechtigten Person voraussetzen. Keine Kompetenz besteht hingegen hinsichtlich des Schutzes des *Vermögens* der betroffenen Person (anders als bei der Dringlichkeitszuständigkeit, oben Rz. 70). Da die Schutzmassnahmen nur vorläufiger Natur zu sein haben, dürfen sie keine tief einschneidenden Entscheidungen betreffen, wie z. B. die Einwilligung zur Amputation eines Körperteils.⁵³ Anders als bei der Dringlichkeitszuständigkeit besteht die Anwesenheitszuständigkeit nur, sofern sich die Behörden des Anwesenheitsstaats mit denjenigen des gewöhnlichen Aufenthaltsstaats *verständigt* haben (Art. 11 Abs. 1 HESÜ). Hingegen gilt hier wie dort, dass die von den Behörden des Anwesenheitsstaats getroffenen Massnahmen dahinfallen, sobald die nach den Art. 5–8 HESÜ zuständigen Behörden die nötigen Massnahmen ergreifen (Art. 11 Abs. 2 HESÜ).

2.1.3.8 Kompetenzbeschränkung bei fürsorgerischer Unterbringung

- 72 Die Entscheidungskompetenz einer eigentlich nach Art. 5–8 zuständigen Behörde ist eingeschränkt, soweit es um die Unterbringung der betroffenen Person in einer Einrichtung geht (nach Schweizer Recht: fürsorgerische Unterbringung). Soll diese Unterbringung in einem anderen Vertragsstaat erfolgen, so hat sie die Behörden dieses Vertragsstaates zu Rate zu ziehen und ihr zu diesem Zweck einen Bericht mitsamt Begründung der Angemessenheit dieser Massnahme zukommen zu lassen (Art. 33 Abs. 1 HESÜ). Spricht sich die zuständige Behörde im ersuchten Vertragsstaat gegen eine solche Unterbringung aus, dann darf die Unterbringung nicht angeordnet werden (Art. 33 Abs. 2 HESÜ). Bleibt die ersuchte Behörde aber einfach untätig, dann darf nach Ablauf einer angemessenen Frist davon ausgegangen werden, dass sie mit dem Unterbringungsentscheid einverstanden ist (vgl. Wortlaut von Art. 33 Abs. 2 HESÜ).

2.1.3.9 Weiterwirken angeordneter Massnahmen

- 73 Sind die nach den Art. 5–9 zuständigen Behörden aufgrund geänderter Umstände nicht mehr zuständig (beispielsweise aufgrund eines Wechsels des Aufenthaltsorts oder der Nationalität oder bei Änderung des Aufbewahrungsorts des beweglichen Vermögens), so bleiben bereits angeordnete Massnahmen weiterhin in Kraft, bis sie durch die zuständigen Behörden ersetzt oder aufgehoben werden (Art. 12 HESÜ).

53 LAGARDE, HESÜ-Bericht, N 84; CHK-PRAGER, IPRG 85 N 149.

Droht schwere Gefahr für die betroffene Person, dann muss die bisher zuständige Behörde die entsprechenden Behörden des Staats, in den sich die betroffene Person begeben hat, von der drohenden Gefahr sowie von den getroffenen oder in Betracht gezogenen Massnahmen unterrichten (Art. 34 HESÜ). Das kann natürlich nur insoweit gelten, als die bisher zuständige Behörde von dem neuen Aufenthalts- oder Anwesenheitsort des Betroffenen Kenntnis hat.

2.1.4 Anwendbares Recht

2.1.4.1 Behördliche Massnahmen

Als Grundsatz gilt, dass die zuständigen Behörden ihr eigenes Recht anwenden (Art. 13 Abs. 1 HESÜ). Ist eine Schweizer KESB gemäss Art. 5 ff. HESÜ zum Treffen von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen zuständig, so wendet sie folglich Schweizer Recht, d.h. namentlich Art. 388 ff. ZGB an. Es kann aber sein, dass es im Interesse des Betroffenen ist, antizipierend das Recht eines anderen Staates anzuwenden. Dem ist etwa so, wenn die betroffene Person sich demnächst in einem anderen Staat aufhalten wird (beispielsweise Umzug in ein ausländisches Altersheim oder zurück in die Heimat) und dieser Staat etwa hinsichtlich der Ausübung von Vertretungsrechten weitergehende Formerfordernisse aufstellt (z.B. eine notariell beurkundete Vollmachtsurkunde verlangt). Die rechtsanwendende Behörde kann in solchen Fällen das Recht eines anderen Staates, oder auch lediglich gewisse Bestimmungen dieses ausländischen Rechts, anwenden; sie hat aber keine entsprechende Pflicht. Irrelevant ist, ob dieses ausländische Recht das Recht eines Vertragsstaats ist oder nicht (Art. 18 HESÜ).

Unabhängig davon, in Anwendung welchen Rechts eine erwachsenenschutzrechtliche Massnahme erging, kann die Person, welche mit der Aufgabe betraut worden ist, den Betroffenen in seiner Person oder seinem Vermögen zu schützen (nach Schweizer Recht: der Beistand, aber auch eine nach Art. 392 Ziff. 2 oder 3 ZGB beauftragte Person) von der gemäss nationalem Recht zuständigen Behörde verlangen, dass diese ihm eine Bescheinigung ausstellt, welche seine Handlungs- und Vertretungsbefugnisse ausweist, Art. 38 Abs. 1 HESÜ.

2.1.4.2 Instrumente der eigenen Vorsorge (namentlich Vorsorgeauftrag)

Für Instrumente der eigenen Vorsorge gilt eine gewisse Rechtswahlfreiheit. Nach Schweizer Recht ist davon der *Vorsorgeauftrag* erfasst, ebenso die *Patientenverfügung*, sofern sie einen Vertreter bestimmt (Art. 370 Abs. 2 ZGB; nicht jedoch, wenn sie antizipiert *konkrete Weisungen* enthält, Art. 370 Abs. 1 ZGB).⁵⁴ Der Verfasser des jeweiligen Vorsorgeinstruments kann bestimmen, dass für die Frage, ob sein Vorsor-

54 CR-BUCHER, IPRG 85 N 355 ff.

geinstrument gültig errichtet worden ist, entweder das Recht seines Heimatstaats, das Recht eines früheren gewöhnlichen Aufenthalts oder – sofern sein Vorsorgeinstrument den Schutz des Vermögens umfasst (nicht also die Patientenverfügung) – das Recht des Staats, in dem sich dieses Vermögen befindet (Art. 15 Abs. 2 HESÜ), zur Anwendung kommt. Diese Rechtswahl gilt auch für die Frage, welche Aufgabenbereiche und Kompetenzen das Vorsorgeinstrument dem Vertreter gewährt, und ob es gegebenenfalls rechtswirksam geändert oder widerrufen worden ist (vgl. Art. 15 Abs. 1 HESÜ). Hat der Betroffene keine Rechtswahl getroffen, so ist auf die Frage der gültigen Errichtung des Vorsorgeinstruments sowie auf die übrigen oben genannten Aspekte das Recht des Staats anzuwenden, in dem der Betroffene im Zeitpunkt der Errichtung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 15 Abs. 1). Das nach Art. 15 anwendbare Recht braucht nicht das Recht eines Vertragsstaates des Übereinkommens zu sein (Art. 18 HESÜ).

77 Hingegen richtet sich die „Art und Weise der Ausübung einer solchen Vertretungsmacht“ nach dem Recht des Staats, in dem sie ausgeübt wird (Art. 15 Abs. 3 HESÜ). Dies bezieht sich *nicht* auf den Umfang der Vertretungsmacht, der nach dem in Art. 15 Abs. 1, 2 vorgesehenen Recht zu beurteilen ist. Vielmehr sind damit Pflichten zur Rechenschaftsablegung, zur Errichtung eines Inventars etc. gemeint, ebenso wie Vorschriften, die einzuhalten sind, damit der Vertreter sein Vertretungsrecht auch wirklich ausüben kann (etwa Formvorschriften bzgl. der Legitimationsurkunde eines Vorsorgebeauftragten).⁵⁵ Art. 17 HESÜ sieht den Schutz des gutgläubigen Dritten vor: Besteht eine wirksame Vertretungsurkunde (was sich nach dem in Art. 15 Abs. 3 bestimmten Recht richtet; der Vertreter darf das Ausstellen einer Legitimationsbescheinigung verlangen, vgl. Art. 38 Abs. 1 HESÜ und oben Rz. 75), und schliesst der Dritte im Vertrauen auf diese Urkunde ein Rechtsgeschäft ab, so ist dieses wirksam, auch wenn der Handelnde nach dem für Bestehen und Umfang geltenden Recht keine Vertretungsmacht hatte (was namentlich bei Überschreiten der Vertretungsbefugnisse der Fall ist).

78 Übt der Vertretungsberechtigte seine Kompetenzen nicht im Interesse der betroffenen Person aus, oder bestehen andere Gründe für ein Einschreiten der Behörde, so bestimmt sich die Zuständigkeit nach den Art. 5–11 HESÜ. Die Behörde wendet im Prinzip ihr eigenes Recht an (Art. 13 Abs. 1 HESÜ) und kann gestützt darauf etwa Anweisungen erteilen. Muss aber zum Schutz der betroffenen Person die mittels Vorsorgeinstrument erteilte Vertretungsmacht abgeändert oder gar aufgehoben werden, hat die zuständige Behörde das nach Art. 15 massgebliche Recht „so weit wie möglich zu berücksichtigen“ (Art. 16 HESÜ).

55 CHK-PRAGER, IPRG 85 N 161.

2.1.4.3 Gesetzliche Vertretungsrechte

Das HESÜ erfasst zwar auch gesetzliche Vertretungsrechte im Rahmen des Erwachsenenschutzes (oben Rn. 60; für die Schweiz: Art. 374 ff., 377 ff. ZGB), regelt jedoch nicht, welches Recht darauf anwendbar sein soll. Jeder Vertragsstaat muss die Frage des anwendbaren Rechts deshalb nach seinem eigenen IPR lösen. Nach in der Schweiz herrschender Auffassung kann das gesetzliche Vertretungsrecht des Ehegatten zugunsten des urteilsunfähigen und damit schutzbedürftigen Betroffenen kollisionsrechtlich als eine allgemeine Wirkung des Eherechts betrachtet werden, auf die Art. 48 IPRG Anwendung findet.⁵⁶ Grundsätzlich ist damit das Recht des Staates anwendbar, im dem die Ehegatten ihren Wohnsitz haben. Entsprechendes gilt für das Vertretungsrecht des eingetragenen Partners gemäss Art. 65a IPRG. Überzeugender wäre allerdings, die gesetzliche Vertretung einer urteilsunfähigen Person als Ausfluss von deren Persönlichkeit aufzufassen und sie entsprechend nicht eherechtlich anzuknüpfen (zumal, wie gerade das Schweizer Recht zeigt, auch andere Person als der Ehegatte die urteilsunfähige Person vertreten dürfen, vgl. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 4 ff. ZGB: nicht-ehelicher Lebenspartner, Nachkommen, Eltern, Geschwister). Es bietet sich insoweit an, das darauf anwendbare Recht in entsprechender Anwendung von Art. 15 HESÜ zu bestimmen.⁵⁷ 79

2.1.4.4 Vertretungsrechte in medizinischen Belangen

Für das Vertretungsrecht in medizinischen Belangen (Art. 377 ff. ZGB) ist im Prinzip für jede einzelne vertretungsberechtigte Person gesondert anzuknüpfen: Für den gewillkürten Vertreter (Vorsorgebeauftragter, in einer Patientenverfügung bestimmte Person) gilt Art. 15 HESÜ, für den Beistand mit entsprechendem Vertretungsrecht Art. 13 HESÜ, für den vertretungsberechtigten Ehegatten Art. 48 IPRG. 80

2.1.5 Anerkennung und Vollstreckung

Die von den Behörden eines Vertragsstaats getroffenen Massnahmen werden *ex lege* in den anderen Vertragsstaaten anerkannt (Art. 22 Abs. 1). Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich in Art. 22 Abs. 2; dazu gehören namentlich Massnahmen, die von einer unzuständigen Behörde erlassen worden sind, Massnahmen, die gegen den *ordre public* des Anerkennungsstaates verstossen, oder Massnahmen, die getroffen worden sind, ohne dass der betroffenen Person das rechtliche Gehör gewährt worden wäre. Unabhängig von dieser automatischen Anerkennung kann die betroffene Person auch bei der zuständigen Behörde *beantragen*, dass über die (Nicht-)Anerkennung einer in einem anderen Vertragsstaat getroffenen Massnahme in einem selbstständigen, förmlichen Verfahren entschieden wird, was eine rasche Klärung der 81

⁵⁶ BSK IPRG-SCHWANDER, Art. 85 N 167.

⁵⁷ So auch European Law Institute, *Vulnerable Adults*, S. 17 f.

Verhältnisse ermöglicht. Eine Überprüfung der Massnahme in der Sache ist ausgeschlossen, sofern sie nicht erforderlich ist, um festzustellen, ob eine Ausnahme vom Anerkennungssatz (Art. 22 Abs. 2) vorliegt.

- 82 Genügt es für die Wirksamkeit einer Massnahme nicht, dass sie in einem anderen Vertragsstaat lediglich anerkannt wird, sondern braucht es darüber hinaus Vollstreckungshandlungen, dann wird die Massnahme auf Antrag der betroffenen Partei im Vollstreckungsstaat für vollstreckbar erklärt (Art. 25 HESÜ); dies geschieht in der Schweiz im sog. Exequaturverfahren.⁵⁸ Die Massnahme wird daraufhin nach den entsprechenden Regeln des Vollstreckungsstaats vollstreckt. Für die Schweiz gilt insofern das SchKG für die Vollstreckung von Geldleistungen und -sicherstellungen. Für sonstige Leistungen gelten die Art. 335 ff. ZPO (bei gerichtlich verfügbaren Massnahmen), ansonsten Art. 450g ZGB (wonach kantonales Verfahrensrecht und subsidiär die eidgenössische ZPO sinngemäss anzuwenden sind).

2.1.6 Zusammenarbeit; Zentrale Behörden

- 83 In der Praxis stellt sich die wesentliche Frage, wie die Behörden von der Schutzbedürftigkeit einer Person erfahren. Dies ist nicht ein spezifisches Problem eines internationalen Sachverhalts; doch gestaltet sich der Informationsfluss bei grenzüberschreitenden Konstellationen oft noch schwerfälliger (man denke an die Schwierigkeiten, die fremde Sprachen, Abläufe, Datenschutzregelungen etc. mit sich bringen). Das HESÜ sieht deshalb in den Art. 28–30 ausdrücklich vor, dass die Vertragsstaaten Zentrale Behörden einrichten müssen, die
- zusammenarbeiten,
 - die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden ihrer Staaten fördern,
 - die geeigneten Massnahmen treffen, um Auskünfte ihrer Staaten sowie ihrer Erwachsenenschutzbehörden zu erteilen,
 - die geeigneten Massnahmen treffen, um die Kommunikation in einem konkreten Sachverhalt zu erleichtern,
 - auf Ersuchen der zuständigen Behörde eines Vertragsstaats hin bei der Ermittlung des Aufenthaltsorts der betroffenen Person Unterstützung leisten, sofern der Anschein besteht, dass sich diese im ersuchten Staat befindet und Schutz benötigt.
- 84 Die Zentrale Behörde der Schweiz ist das Bundesamt für Justiz (BJ), Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (BG-KKE).⁵⁹ Zudem hat jeder Kanton eine eigene Zentrale Behörde eingerichtet, welche die eben erwähnten Auf-

58 SCHWANDER, ZVW 2009, 1, 23.

59 SR 211.222.32.

gaben wahrnimmt, sofern diese nicht dem BJ zugewiesen sind, Art. 2 BG-KKE. Die Liste der kantonalen Zentralen Behörden mitsamt Kontaktangaben findet sich auf der Webseite des Bundesamts für Justiz unter <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/erwachsenenschutz/adressliste-zentralbehoerde-d-f-i.pdf>>.

Art. 32 HESÜ sieht eine eigentliche Kooperationspflicht zwischen den Behörden der Vertragsstaaten vor. So kann eine jede Behörde, die nach dem HESÜ für das Treffen von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen zuständig ist, verlangen, dass Behörden eines Vertragsstaats sachdienliche Informationen zur schutzbedürftigen Person an die ersuchende Behörde kommunizieren. Solche Begehren, entsprechende Sachberichte wie auch sonstige Mitteilungen an eine Behörde eines Vertragsstaats sind in der Originalsprache abzufassen, müssen jedoch von einer Übersetzung in eine der Amtssprachen des kontaktierten Vertragsstaats begleitet sein; ist eine solche Übersetzung nur schwer erhältlich, reicht eine Übersetzung in die französische oder die englische Sprache, Art. 51 HESÜ. Keine Informationen dürfen verlangt oder übermittelt werden, wenn dadurch der Betroffene in seiner Person oder seinem Vermögen gefährdet würde oder das Leben oder die Freiheit seiner Familienangehörigen ernsthaft in Gefahr geriete, Art. 35 HESÜ. 85

2.2 Autonome international-privatrechtliche Regelungen

Art. 85 Abs. 2 IPRG erstreckt den Anwendungsbereich des HESÜ einseitig auf Nichtvertragsstaaten, mit dem Ziel, das Übereinkommen soweit wie möglich anzuwenden (oben Rz. 52). Damit sind die Schweizer Gerichte oder Behörden für Schutzmassnahmen zugunsten von Erwachsenen grundsätzlich ohne Rücksicht darauf zuständig, ob die betroffene Person einem Vertragsstaat des HESÜ angehört oder nicht. Darüber hinaus hält Art. 85 Abs. 3 IPRG fest, dass „[d]ie schweizerischen Gerichte oder Behörden ... ausserdem zuständig [sind], wenn es für den Schutz einer Person oder von deren Vermögen unerlässlich ist“. Ob dieser Bestimmung eine selbständige Bedeutung zukommt, ist zweifelhaft, da das HESÜ, das von den Schweizer Behörden stets anzuwenden ist (vgl. Art. 85 Abs. 2 IPRG), die in Art. 85 Abs. 3 IPRG erwähnten Fälle augenscheinlich bereits abdeckt. Hinsichtlich der Bestimmung des anwendbaren Rechts gelten Art. 13 ff. HESÜ, wonach im Prinzip das eigene Recht zur Anwendung kommt (oben Rz. 74).⁶⁰ 86

Für die Anerkennung von erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen, die in einem Nichtvertragsstaat ergangen sind, gilt Art. 85 Abs. 4 IPRG. Demnach findet eine Anerkennung statt, wenn die betroffene Person in dem Staat, in dem die Massnahme getroffen wurde, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder wenn die Massnahme zwar in einem anderen Staat erging, jedoch im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts anerkannt wird. 87

60 CommFam-GUILLAUME, LDIP 85 N 8.

3 Kindesschutz

3.1 Haager Kindesschutzübereinkommen

- 88 Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug kommen, wenn es um den Schutz von Kindern geht, noch häufiger vor als im Erwachsenenschutz. Auf Sachverhalte mit internationalem Bezug ist nach Art. 85 Abs. 1 IPRG das Haager Kindesschutzübereinkommen (HKsÜ) von 1996 anzuwenden, und zwar unabhängig davon, ob der internationale Bezug zu einem Vertrags- oder Nichtvertragsstaat besteht.⁶¹ Das HKsÜ hat dem Haager Erwachsenenschutzübereinkommen (HEsÜ) in regelungstechnischer Hinsicht als Modell gedient. Zahlreiche Punkte sind in beiden Übereinkommen gleich oder zumindest ähnlich geregelt. Auch das HKsÜ regelt die internationale Zuständigkeit, das anwendbare Recht und die Anerkennung und Vollstreckung von im Ausland getroffenen Kindesschutzmassnahmen. Zudem enthält auch das HKsÜ Regeln zur internationalen Zusammenarbeit, namentlich Kooperationspflichten und die Pflicht für jeden Vertragsstaat, zur Vereinfachung der behördlichen Zusammenarbeit Zentrale Behörden einzurichten (Art. 1 Abs. 1 HKsÜ). Für die Schweiz sind sowohl das HKsÜ als auch das HEsÜ zum selben Zeitpunkt in Kraft getreten (1. Juli 2009).

3.1.1 Anwendungsbereich

- 89 Dem HKsÜ sind wesentlich mehr Staaten beigetreten als dem HEsÜ. Zurzeit zählt das HKsÜ 53 Vertragsstaaten,⁶² wobei mehrere davon Vorbehalte und Erklärungen angebracht haben.⁶³ Wie beim HEsÜ binden die *Zuständigkeitsregeln* nur die Vertragsstaaten, jedoch ohne dass Voraussetzung wäre, dass die Auslandsberührung im Verhältnis zu einem Vertragsstaat besteht (vgl. Art. 85 Abs. 1 IPRG). Ebenso gelten die Vorschriften des Übereinkommens zu *Anerkennung und Vollstreckung* von Kindeschutzmassnahmen nur im Verhältnis zu anderen Konventionsstaaten. Hingegen ist im Rahmen des *anwendbaren Rechts* ohne Bedeutung, ob es sich bei diesem Recht um das Recht eines Vertragsstaats handelt oder nicht (Art. 20 HKsÜ).
- 90 Das HKsÜ findet Anwendung auf Massnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes (Art. 1 Abs. 1 lit. a HKsÜ). Als Kind gilt eine Person in ihrer Lebensphase ab Geburt und bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (Art. 2). Ob die Person nach fremdem Recht noch minderjährig ist, ist unbeachtlich (soweit ersichtlich, setzt aber ohnehin kein Vertragsstaat die Volljährigkeitsgrenze unter 18 Jahren

61 Vgl. auch oben, Rz. 52, 86.

62 Vgl. Anhang zum HKsÜ, SR 0.211.231.011, sowie unter <<https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=70>> (Stand am 15. Mai 2022).

63 Diese Vorbehalte und Erklärungen können auf Französisch und Englisch unter <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=70> eingesehen werden oder bei der Direktion für Völkerrecht, Sektion Staatsverträge, 3003, bezogen werden.

an).⁶⁴ Wichtiger ist hingegen, dass das HKsÜ, sobald die Person 18 Jahre oder älter ist, nicht anwendbar ist, auch wenn sie nach fremdem Recht erst mit 19, 20 oder 21 Jahren volljährig wird.⁶⁵

Die in Art. 3 enthaltene Liste von Massnahmen, die unter das Übereinkommen fallen, ist breit gefasst und nicht abschliessend. Erfasst sind namentlich die Errichtung einer Vormundschaft oder Beistandschaft, die Unterbringung in einer Pflegefamilie sowie die Zuweisung, Änderung oder Entziehung der „elterlichen Verantwortung“. Der Begriff der „elterlichen Verantwortung“ ist Art. 18 der UN-Kinderrechte-Konvention entlehnt; er umfasst neben der elterlichen Sorge jedes andere Verhältnis, bei dem Dritte (z.B. Vormund, Beistand) oder Behörden die Personen- und/oder Vermögenssorge für das Kind übernehmen und es entsprechend vertreten (vgl. Art. 1 Abs. 2 HKsÜ). 91

Das HKsÜ findet auch Anwendung auf Bestand, Umfang und (Neu-)Regelung des Sorge- und Obhutsrechts, des Rechts auf Änderung des Aufenthalts des Kindes sowie des Rechts auf persönlichen Verkehr. Keine Anwendung findet das Übereinkommen auf die Fragen der Entstehung oder Anfechtung des Kindsverhältnisses, auf die Adoption sowie auf Unterhaltungspflichten; für weitere ausgeschlossene Rechtsfragen vgl. Art. 4 HKsÜ, welcher abschliessend ist. 92

3.1.2 Zuständigkeit

3.1.2.1 Gewöhnlicher und schlichter Aufenthalt

In Entsprechung zum HEsÜ befindet sich auch unter dem HKsÜ die Hauptzuständigkeit der Behörden oder Gerichte, welche zum Ergreifen kindesschutzrechtlicher Massnahmen befugt sind, im Vertragsstaat, in welchem das Kind seinen *gewöhnlichen Aufenthalt* hat (Art. 5 Abs. 1 HKsÜ). Mit dem „gewöhnlichen Aufenthalt“ ist der Lebensmittelpunkt gemeint. Mit einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes in einen Vertragsstaat überträgt sich die Zuständigkeit an den Ort des neuen gewöhnlichen Aufenthalts (Art. 5 Abs. 2 HKsÜ).⁶⁶ Dem ist indes nicht so, wenn ein neuer gewöhnlicher Aufenthalt in einem Nichtvertragsstaat begründet wird.⁶⁷ Nach Schweizer Auffassung bleiben in diesem letztgenannten Fall die Schweizer Behörden weiterhin zuständig, bis klar ist, dass die Behörden am neuen gewöhnlichen Aufenthalt sich des Falles annehmen können und wollen und Massnahmen erlassen werden können, die auch in der Schweiz anerkennungsfähig sind.⁶⁸ 93

64 Vgl. den Überblick bei BeckOK BGB/MäSCH (Fn. 36), Art. 7 EGBGB N 58.1.

65 Vgl. zum Ganzen oben Rz. 59.

66 Dazu auch vorne, Rz. 63, zur Parallelnorm des HEsÜ, Art. 5 Abs. 2.

67 BGE 142 III 1, 4 E. 2.1; 143 III 237, 239 E. 3.2 m.w.Nachw.

68 BGE 142 III 1, 4 E. 2.1; 143 III 237, 239 E. 3.2 m.w.Nachw.

- 93a Das HKsÜ sieht für Flüchtlingskinder und Kinder, die wegen Unruhen ihr Land verlassen haben, die Zuständigkeit der Behörden und Gerichte am Ort des schlichten Aufenthalts vor (Art. 6 Abs. 1). Eine Zuständigkeit am Ort des *schlichten Aufenthalts* gilt auch für Kinder, deren gewöhnlicher Aufenthalt nicht feststellbar ist (Art. 6 Abs. 2).

3.1.2.2 Verbringen oder Zurückbehalten des Kindes in Verletzung des (Mit-)Sorgerechts

- 94 Da ein Kind seinen Aufenthaltsort faktisch oft nicht selbst bestimmen kann, kommt im HKsÜ eine Regelung zum Tragen, die im HEsÜ fehlt und die sich auf die unerlaubte Änderung des Aufenthaltsorts des Kindes durch einen Dritten bezieht. Eine solche unerlaubte Änderung des Aufenthaltsorts des Kindes liegt nach Art. 7 Abs. 2 HKsÜ vor, wenn dadurch das (Mit-)Sorgerecht, wie es in Art. 3 lit. b definiert ist, verletzt wird. Das Sorgerecht muss tatsächlich ausgeübt worden sein (und nicht nur auf Papier bestanden haben). Bestand, Umfang und entsprechend auch Verletzung des Sorgerechts richtet sich dabei nach dem Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes. Namentlich ist irrelevant, ob das Sorgerecht kraft Gesetzes oder per gerichtlichen oder behördlichen Beschluss entstanden ist.
- 95 Wird also ein Kind in Verletzung des Sorgerechts des (Mit-)Sorgeberechtigten in einen anderen Staat verbracht oder dort zurückgehalten, dann bleiben zunächst die Behörden oder Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes zuständig (Art. 7 Abs. 1). Die Zuständigkeit zum Treffen von Schutzmassnahmen wechselt erst dann, wenn
- das Kind in einem anderen Staat seinen neuen Lebensmittelpunkt gefunden hat und
 - entweder das Verbringen oder das Zurückhalten genehmigt worden ist (die Genehmigung muss durch eine zuständige Behörde oder ein zuständiges Amt erfolgen oder aber durch eine sorgeberechtigte Person)
 - oder die oben genannten Genehmigungsberechtigten von dem neuen Aufenthaltsort wissen oder wissen müssten, das Kind sich seit dieser (Möglichkeit zur) Kenntnis seit mindestens einem Jahr in dem neuen Staat aufhält und sich in seinem Umfeld eingelebt hat und während dieses Jahres kein Gesuch auf Rückgabe des Kindes mehr anhängig ist (Art. 7 Abs. 1 HKsÜ).
- 96 Auch wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind, haben die Behörden am Ort, an den das Kind verbracht worden ist oder an dem es zurückgehalten wird, eine Dringlichkeitskompetenz (dazu unten Rz. 101), sofern dieser Verbringungs- oder Zurückbehaltungsort ein Vertragsstaat des HKsÜ ist (Art. 7 Abs. 3 HKsÜ).

3.1.2.3 Übertragung der Zuständigkeit

Wie das HEsÜ sieht auch das HKsÜ die Möglichkeit vor, dass die Behörden am Ort des gewöhnlichen (oder schlichten) Aufenthalts ihre Zuständigkeit ausnahmsweise auf die Behörden eines anderen Vertragsstaats übertragen können. Voraussetzung ist, dass die Kompetenzübertragung dem Kindeswohl dient (Art. 8 Abs. 1, 4 HKsÜ). Anstatt einer Übertragung der Zuständigkeit kommt auch eine bloss *Aussetzung des Verfahrens* infrage, bei der gleichzeitig das Kind und ggf. sonstige weitere Parteien eingeladen werden, bei der Behörde des anderen Vertragsstaats einen Antrag auf Zuständigkeitserklärung zu stellen. 97

Eine solche Kompetenzübertragung oder Aussetzung des Verfahrens ist möglich, wenn sich die besser geeigneten Behörden in einem Konventionsstaat befinden. Dieser Konventionsstaat hat zudem zu sein: 98

- der Heimatstaat des Kindes, oder
- der Staat, in dem sich Vermögen des Kindes befindet (in diesem Fall können die Behörden dieses Staat lediglich Schutzmassnahmen zugunsten dieses Vermögens treffen), oder
- der Staat, vor dessen Behörden ein Scheidungs-, Trennungs- oder Ehegültigkeitsverfahren hängig ist, oder
- der Staat, zu dem das Kind eine enge Verbindung aufweist (Art. 8 Abs. 2 HKsÜ).

Möglich ist auch, dass die Behörden eines der soeben genannten Vertragsstaaten von sich aus der Meinung sind, sie seien besser geeignet, Schutzmassnahmen zugunsten des Kindes zu ergreifen. Die Zuständigkeit geht aber nur dann auf sie über, wenn die eigentlich zuständigen Behörden (d. h. die Behörden am gewöhnlichen oder schlichten Aufenthaltsort) damit einverstanden sind (Art. 9 HKsÜ). 99

3.1.2.4 Zuständigkeit am Ort des Scheidungs-, Trennungs- oder Ehegültigkeitsverfahrens

Die Gerichte des Vertragsstaates, in dem ein Verfahren zur Scheidung, Trennung oder Annullierung der Ehe der Kindseltern hängig ist, können ebenfalls zuständig sein zum Ergreifen von Schutzmassnahmen zugunsten des Kindes. Voraussetzung ist zunächst, dass sie nach ihrem eigenen Recht solche Schutzmassnahmen treffen dürfen (z. B. für die Schweiz Art. 315a ZGB). Sodann besteht die Zuständigkeit der Ehegerichte nur, wenn 100

- mindestens ein Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Verfahrensstaat hatte, als das Verfahren anhängig gemacht wurde,
- mindestens ein Elternteil die elterliche Verantwortung (gemäss Schweizer Recht: die elterliche Sorge) innehat,
- die Eltern und ggf. der Vormund die Zuständigkeit des Ehegerichts zum Ergreifen von Kindesschutzmassnahmen anerkannt haben, und
- diese Zuständigkeit dem Kindeswohl entspricht (Art. 10 Abs. 1 HKsÜ).

Die Zuständigkeit der Ehegerichte endet, sobald das Verfahren abgeschlossen worden oder das Urteil in Rechtskraft erwachsen ist (Art. 10 Abs. 2).

3.1.2.5 Dringlichkeits- und Anwesenheitszuständigkeit

101 Die *Dringlichkeitszuständigkeit* ist im Wesentlichen gleich ausgestaltet wie unter dem HEsÜ. Es sei auf oben Rz. 70 verwiesen. Dringende Massnahmen können namentlich sein: für einen Elternteil die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr sistieren oder verbieten, weil die Gefahr körperlichen oder sexuellen Missbrauchs besteht; Arrestlegung zum Schutz des Kindesvermögens, Unterbringung in einem Spital bei Unfall, Selbst- oder Drittgefährdung.⁶⁹

102 Anders gestaltet sich die *Anwesenheitszuständigkeit*: Unter dem HKsÜ können vorübergehende Massnahmen auch zugunsten des Kindesvermögens ergriffen werden; die Zuständigkeit kommt den Behörden am Ort des gelegenen Vermögens zu. Unter dem HEsÜ ist die Anwesenheitszuständigkeit hingegen begrenzt auf Massnahmen zum Schutz der Person des Erwachsenen, nicht auch von dessen Vermögen (oben Rz. 71). Im Ergebnis ist das HEsÜ allerdings zuständigkeitsfreundlicher, denn es gewährt den Behörden am Ort des gelegenen Vermögens des Erwachsenen nicht nur eine Zuständigkeit zum Erlass vorläufiger Massnahmen, sondern vielmehr die Kompetenz zum Treffen sämtlicher erforderlicher Massnahmen, auch wenn diese *permanenter Natur* sind, vgl. Art. 10 HEsÜ und oben Rz. 71. Eine solche Zuständigkeit kann sich auch ein Vertragsstaat des HKsÜ vorbehalten (Art. 55, 60 HKsÜ); knapp die Hälfte aller Vertragsstaaten hat einen solchen Vorbehalt angebracht,⁷⁰ nicht aber die Schweiz, welche sich jedoch mit Art. 85 Abs. 3 IPRG autonom eine solche Zuständigkeit vorbehält.

3.1.2.6 Kompetenzbeschränkung bei Unterbringungsentscheiden

103 Auch wenn die Behörden eines Vertragsstaats grundsätzlich zuständig sind, können sie Entscheidungen betreffend die Unterbringung des Kindes in einer Pflegefamilie oder in einem Heim (Fremdplatzierung) wie auch die Entscheidung über die Übernahme einer Vormundschaft und Pflegschaft für ein Kind (z. B. eine Kafala islamischen Rechts) nicht ungehindert treffen. Nach Art. 33 HKsÜ muss nämlich die zuständige Behörde, falls die Unterbringung oder Betreuung des Kindes in einem anderen Vertragsstaat erfolgen soll, die Behörden dieses anderen Vertragsstaats zu Rate ziehen und die Gründe für den ins Auge gefassten Entscheid in einem Bericht darlegen. Die Unterbringung oder Betreuung i. S. v. Art. 33 HKsÜ kann nicht angeordnet werden, wenn sich die Behörden des Unterbringungs- oder Betreuungsstaats dagegen aussprechen (Art. 33 Abs. 2 HKsÜ).

69 Vgl. die Beispiele in SCHWANDER, ZVW 2009, 1, 18.

70 Vgl. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=70 (Stand am 15. Mai 2022).

3.1.2.7 Hängige Verfahren; Weitergeltung früherer Massnahmen

Das HKsÜ sieht eine ganze Reihe von Zuständigkeiten vor, was zu Kompetenzstreitigkeiten führen kann. Um für klare Verhältnisse zu sorgen, hält Art. 13 HKsÜ den Grundsatz der vorrangigen Anhängigkeit fest: Es können keine Schutzmassnahmen angeordnet werden, solange eine Behörde, die aus irgendeinem der oben genannten Gründe zuständig ist (vgl. Art. 5 ff.), noch dabei ist, abzuklären, ob sich Schutzmassnahmen aufdrängen. Anderes gilt, wenn die zuerst befasste Behörde auf ihre Kompetenz verzichtet hat (Art. 13 Abs. 2). Die Regel des Art. 13 HKsÜ gilt nicht, wenn die Zuständigkeit auf Dringlichkeit oder Anwesenheit beruht (Art. 11 f. HKsÜ). Dies macht Sinn, da in den letztgenannten Fällen Gefahr im Verzug ist. 104

Hat eine zuständige Behörde Schutzmassnahmen ergriffen, dann bleiben diese bestehen, auch wenn aufgrund einer Änderung der Gegebenheiten (z.B. Änderung des Aufenthaltsorts, Abschluss des Scheidungsverfahrens) die Zuständigkeit dieser Behörde für die Zukunft wegfällt. Die Schutzmassnahmen können von den (neu) zuständigen Behörden abgeändert, ersetzt oder aufgehoben werden (Art. 14 HKsÜ). Die Regel entspricht Art. 12 HESÜ. 105

3.1.3 Anwendbares Recht

3.1.3.1 Grundsatz: Anwendung des eigenen Rechts

Wie unter dem HESÜ gilt auch unter dem HKsÜ der Grundsatz, dass die zuständigen Behörden ihr eigenes Recht anwenden (*lex fori*; Art. 15 Abs. 1 HKsÜ). Das Recht, oder einzelne Bestimmungen, des Staats, zu dem der Fall eine enge Verbindung aufweist, kann berücksichtigt werden (Art. 15 Abs. 2 HKsÜ; vgl. auch oben Rz. 74). Die *lex-fori*-Regel gilt für das Ergreifen von Schutzmassnahmen zugunsten des Kindes (nach Schweizer Recht: z.B. Ermahnungen und Weisungen an die Sorgeberechtigten, Errichtung einer (Vermögensverwaltungs-)Beistandschaft, Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts oder der elterlichen Sorge, Errichtung einer Vormundschaft). Gemeint sind also stets behördlich oder gerichtlich angeordnete Massnahmen. Dem Träger der elterlichen Verantwortung (sorgeberechtigte Eltern, Vormund) sowie jedem, dem der Schutz der Person oder des Vermögens des Kindes anvertraut wird (namentlich ein Beistand), wird auf Antrag eine Bescheinigung ausstellt, welche seine Handlungs- und Vertretungsbefugnisse ausweist. Ausstellende Behörde ist diejenige, welche gestützt auf eine Zuständigkeit der Art. 5–12 Schutzmassnahmen getroffen hat, oder aber die Behörde des Vertragsstaats, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 40 HKsÜ). 106

3.1.3.2 Bestehen der elterlichen Sorge

107 Die Beschränkung oder der Entzug der elterlichen Sorge richtet sich nach dem Recht der zuständigen Behörde; dasselbe gilt für die Aufhebung einer Vormundschaft, oder für die Aufhebung oder Abänderung einer Beistandschaft, welche Vertretungsrechte beinhaltete (Art. 18 HKsÜ).⁷¹ Hingegen richtet sich die Begründung oder das Erlöschen der elterlichen Sorge *ohne* behördliches oder gerichtliches Zutun nach dem Recht des gewöhnlichen Aufenthalts des Kinds (Art. 16 Abs. 1 HKsÜ). Dieses Recht muss nicht das Recht eines Vertragsstaats des HKsÜ sein (Art. 20). Zum Beispiel untersteht nach Schweizer Recht das Kind verheirateter, volljähriger und nicht unter umfassender Beistandschaft stehender Eltern von Gesetzes wegen („automatisch“) der elterlichen Sorge beider Eltern, Art. 296 Abs. 2 ZGB. Das kann unter anderen Rechtsordnungen anders sein (z. B. ausschliessliche elterliche Sorge des Vaters). Hat ein aus einer solchen Rechtsordnung stammendes Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, beurteilt sich die Frage, ob das Kind von Gesetzes wegen bisher der elterlichen Sorge beider Eltern unterstanden hat, nicht etwa nach dem Recht des Heimatstaates, sondern nach Schweizer Recht. Dem ist auch dann so, wenn zum Beispiel ein Scheidungsverfahren im Ausland hängig ist, das Kind sich aber in der Schweiz aufhält: Das Scheidungsgericht kann befugt sein, Schutzmassnahmen zugunsten des Kindes zu ergreifen; welche Massnahmen zur Verfügung stehen, und ob die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind, richtet sich nach dem Recht am Ort des Scheidungsverfahrens. Hingegen wird die „Ausgangslage“ (wem kam von Gesetzes wegen bisher die elterliche Sorge über das Kind zu?) in Anwendung Schweizer Rechts entschieden.

108 Das Beispiel kann abgewandelt werden: Angenommen, ein Kind, das in Portugal lebt, hat Vermögen in der Schweiz, und eine Schweizer Behörde erwägt, eine Beistandschaft nach Art. 325 ZGB zu errichten. Die Frage, wer bisher sorgeberechtigt und damit befugt war, das Vermögen des Kindes zu verwalten, muss nach dem Recht des Staats beurteilt werden, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, d. h. nach portugiesischem Recht.

109 Das Zusammenspiel von Art. 16 Abs. 1–3 HKsÜ ist ebenfalls an einem Beispiel zu erläutern. Angenommen, ein Kind serbischer Nationalität und mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz muss geschützt werden, indem den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und das Kind fremdplatziert wird (Art. 310 ZGB). Um zu wissen, wer bisher das Recht hatte, über den Kindesaufenthalt zu bestimmen, ist zunächst das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes anzuwenden (Art. 16 Abs. 1 HKsÜ), hier Schweizer Recht. Da die Eltern nicht verheiratet sind und auch keine gemeinsame Erklärung nach Art. 298a ZGB abgegeben haben, wird festgestellt,

71 Art. 18 HKsÜ verwendet den Begriff „elterliche Verantwortung“, welcher hier unter Verwendung der Schweizer Begrifflichkeit wiedergegeben wird.

dass der Vater nach Schweizer Recht keine elterliche Sorge und damit auch kein Aufenthaltsbestimmungsrecht hat. Es wird daraufhin geprüft, ob das Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, bevor es in die Schweiz kam (Serbien), vorsieht, dass auch der nicht mit der Mutter verheiratete Vater kraft Gesetzes die elterliche Sorge erhält. Wäre dem so, dann hätte der Vater die elterliche Sorge mit Wegzug des Kindes in die Schweiz nicht verloren (Art. 16 Abs. 3 HKsÜ). Ist dem aber nicht so, sondern braucht es auch nach serbischem Recht einen Rechtsakt, damit der nicht mit der Mutter verheiratete Vater die elterliche Sorge erhält, dann ist an das Recht des Staates anzuknüpfen, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte zu dem Zeitpunkt, in dem ein solcher Rechtsakt hätte stattfinden können. Die Eltern haben in unserem Beispiel in der Schweiz keine Erklärung nach Art. 298a ZGB abgegeben. Somit ist zu prüfen, ob in Serbien ein Rechtsakt stattgefunden hat, mittels dessen der Vater die elterliche Sorge über das Kind erlangt hätte (Art. 16 Abs. 2 HKsÜ).

Angenommen, dem mit der Mutter nicht verheirateten Vater kommt nach keinem der Rechte, die nach Art. 16 Abs. 1–3 HKsÜ zur Anwendung gelangen können, ein gesetzliches Sorgerecht zu. Die Familie verlagert nun ihren Lebensmittelpunkt in ein Land, in dem mit der Kindsmutter nicht verheiratete Väter *ex lege* die elterliche Sorge erwerben. Der Vater in unserem Beispiel erwirbt dann neu die elterliche Sorge, die er vorher nicht hatte, sobald von dem neuen Ort als vom neuen gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes gesprochen werden kann (vgl. Art. 16 Abs. 4 HKsÜ).

110

3.1.3.3 Ausübung der elterlichen Verantwortung

Umfang und Inhalt der elterlichen Verantwortung bestimmen sich nach dem jeweiligen Recht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes (Art. 17 HKsÜ). Solange also das Kind seinen Lebensmittelpunkt in der Schweiz hat, richtet sich die elterliche Sorge nach Art. 301 ff. ZGB. Die Befugnisse des Vormunds (die vom Begriff der „elterlichen Verantwortung“ mitumfasst sind, vgl. Art. 1 Abs. 2 HKsÜ und oben Rz. 91) werden durch Art. 327c Abs. 1 ZGB bestimmt (welcher auf die Befugnisse der sorgeberechtigten Eltern verweist).

111

3.1.3.4 Schutz des gutgläubigen Dritten

Das HKsÜ schützt den Dritten, der auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts zwischen ihm und dem Kind vertraut, wenn der Dritte nicht erkennen konnte, dass die für das Kind handelnde Person gar nicht vertretungsbefugt war (Art. 19 HKsÜ, der mit Art. 17 HESÜ wortgenau übereinstimmt). Der Begriff „Rechtsgeschäft“ ist in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst nicht nur vermögensbezogene Angelegenheiten, sondern auch die Ausübung höchstpersönlicher Rechte.⁷² Beispiel: Ein

112

72 SCHWANDER, ZVW 2009, 1, 22.

Kind mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz soll im Ausland medizinisch behandelt werden. Das Kind lehnt den Eingriff ab und versteht dabei die Tragweite seiner Entscheidung (Urteilsfähigkeit). Die – sorgeberechtigten – Eltern sprechen sich für den Eingriff aus. Wenn nach dem Recht am Ort des medizinischen Eingriffs die Sorgeberechtigten über den Eingriff entscheiden dürfen, auch wenn das Kind urteilsfähig ist, dann ist dem Arzt nicht vorzuwerfen, dass er sich an die Entscheidung der Eltern gehalten hat, selbst wenn der Arzt nach Schweizer Recht damit eine Persönlichkeitsverletzung des Kindes begehen würde.

3.1.3.5 Verweis auf das Recht eines Nichtmitgliedsstaats

- 113 Hat die zuständige Behörde ausländisches Recht anzuwenden, dann ist es irrelevant, ob dieses Recht das Recht eines Vertragsstaats des HKsÜ ist oder nicht (Art. 20 HKsÜ). Eine Schweizer Behörde muss also u. U. das Recht eines Nichtvertragsstaats anwenden. Beispiel: Für ein Kind, das in Ägypten geboren worden ist und dessen Eltern nicht miteinander verheiratet sind, soll in der Schweiz eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 2 ZGB errichtet werden. Für die Frage, ob beide Eltern sorgeberechtigt sind (und ob entsprechend das Sorgerecht beider Eltern von der Massnahme berührt wird), ist Schweizer Recht und, falls nach diesem kein Sorgerecht beider Eltern besteht, ägyptisches Recht anzuwenden, auch wenn Ägypten nicht Vertragsstaat des HKsÜ ist.
- 114 Hat die Behörde ein anderes als das eigene Recht anzuwenden, dann ist damit gemeint, dass sie das Familien- und Kindesschutzrecht dieses Staats anwenden muss, nicht etwa auch die IPR-Regeln dieses Staats (sog. Sachnormverweisung). Es ist deshalb im Prinzip irrelevant, ob das IPR des Staats, auf dessen Recht verwiesen wird, für die konkrete Frage die Anwendung eines anderen als des eigenen Rechts vorsieht (Art. 21 Abs. 1 HKsÜ). Anderes gilt nur dann, wenn das IPR des Nichtvertragsstaats auf das Recht eines Staats, der ebenfalls nicht Vertragsstaat des HKsÜ ist, verweist und dieser Staat die Verweisung akzeptiert. In diesem Fall ist das Recht dieses letzteren Staats anzuwenden. Beispiel: Eine Schweizer KESB hat für die Frage des Bestands der elterlichen Sorge syrisches Recht anzuwenden. Syrien ist nicht Vertragsstaat des HKsÜ. Angenommen, das syrische IPR sieht vor, dass auf die Frage des Bestands der elterlichen Sorge das Heimatrecht der Eltern anzuwenden ist, was beispielsweise das irakische Recht ist. Irak ist nicht Vertragsstaat des HKsÜ. Das irakische IPR kennt dieselbe Kollisionsregel wie das syrische IPR (Anwendung des Heimatrechts der Eltern, also irakisches Recht). Damit ist gemäss Art. 21 Abs. 2 HKsÜ irakisches Recht auf die Frage anzuwenden.

3.1.4 Anerkennung und Vollstreckung; Zusammenarbeit; Zentrale Behörden

Die Bestimmungen des HKsÜ zu Anerkennung und Vollstreckung von Kinderschutzmassnahmen, die in einem anderen Vertragsstaat getroffen worden sind, entsprechen denjenigen des HEsÜ; es kann auf oben Rz. 81 f. verwiesen werden. Auf die Pflicht der Vertragsstaaten zur Einrichtung von Zentralen Behörden, um die behördliche Zusammenarbeit zu erleichtern, ist bei den Erläuterungen zum HEsÜ eingegangen worden (oben Rz. 83 ff.). Besondere Kooperationspflichten sind in Zusammenhang mit dem Recht auf persönlichen Verkehr vorgesehen, Art. 35 HKsÜ. 115

3.2 Autonomes Kollisionsrecht

Es sei auf Art. 85 Abs. 3 und 4 IPRG verwiesen sowie auf oben Rz. 86 f. Soweit es um die Anerkennung von Entscheidungen geht, die in einem Nichtvertragsstaat des HKsÜ ergingen und die Beziehung zwischen Eltern und Kind betreffen, ist zu unterscheiden: Handelt es sich dabei gleichzeitig um eine Massnahme des Kindesschutzes,⁷³ dann richtet sich die Anerkennung nach Art. 85 Abs. 4 IPRG. Betrifft die Entscheidung keine Schutzmassnahme (was bspw. bei einer Vaterschaftsfeststellung der Fall ist), greift Art. 84 Abs. 1 IPRG, wonach die Entscheidung anerkannt wird, wenn das Kind oder der beklagte Elternteil in dem Staat, in dem sie erging, gewöhnlichen Aufenthalt (alternativ für den Elternteil: Wohnsitz nach Art. 20 IPRG) hat. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für Entscheidungen, mit denen Unterhaltsansprüche des Kindes festgesetzt werden; allerdings ist im Verhältnis zu Vertragsstaaten des Lugano Übereinkommens dieses anzuwenden (vgl. Art. 5 Ziff. 2, 32 ff. LugÜ). 116

Bibliografie zum internationalen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht:

BUCHER Andreas, Kommentar zu Art. 85 IPRG, in: BUCHER (Hrsg.), *Commentaire romand, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, Basel 2011. (zit. CR-BUCHER)

EUROPEAN LAW INSTITUTE, Response to the European Commission's Public Consultation on the Initiative on the Cross-Border Protection of Vulnerable Adults (März 2022), <https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Protection_of_Adults.pdf> (zit. European Law Institute, Vulnerable Adults)

FÜLLEMANN Daniel, *Das internationale Privat- und Zivilprozessrecht des Erwachsenenschutzes*, St. Gallen/Zürich 2008 (zit. FÜLLEMANN, Erwachsenenschutz)

FÜLLEMANN Daniel, *Das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen von 2000 (HEsÜ)*, ZVW 2009, 30 ff. (zit. FÜLLEMANN, ZVW 2009)

GUILLAUME Florence, *Partie 3: Droit international privé*, in: LEUBA/STETTLER/BUCHLER/HÄFELI (Hrsg.), *CommFam Protection de l'adulte*, Bern 2013 (zit. CommFam-GUILLAUME)

LAGARDE Paul, *Erläuternder Bericht zu dem Übereinkommen vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf*

73 Der Begriff der „Massnahme“ ist so zu verstehen wie unter dem HKsÜ, dazu Art. 3 sowie oben Rz. 91.

dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, in: Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé (Hrsg.), Actes et documents de la Dix-huitième session 1996, Bd. 2, Den Haag 1998, abrufbar unter <http://www.hcch.net>. (zit. LAGARDE, HESÜ-Bericht)

LIPP Volker, Erwachsenenschutzübereinkommen, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2020 (zit. Münchener Kommentar BGB/LIPP)

MÄSCH Gerald, Art. 7 EGBGB, Beck'scher Online-Kommentar, 60. Ed., München 2021 (zit. BeckOK BGB/MÄSCH)

PRAGER Jan, Art. 85 IPRG, in: FURRER/GIRSBERGER/MÜLLER-CHEN (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit. CHK-PRAGER)

SCHWANDER Ivo, Das Haager Kindesschutzübereinkommen von 1996 (HKsÜ), ZVW 2009, 1 ff.

SCHWANDER IVO, Art. 85 IPRG, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER/BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-SCHWANDER)

SCHWANDER Ivo, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, AJP 2014, 1351 ff.

Weiterführende Literatur

BAHLER Daniel, Direkte richterliche Kommunikation und das Internationale Haager Richternetzwerk, Fampra.ch 2014, 359 ff.

BUCHER Andreas, La protection internationale des adultes, in: BADDELEY (Hrsg.), La protection de la personne par le droit, Zürich 2007, 63 ff.

BUCHER Andreas, La Convention de la Haye sur la protection internationale des adultes, SZIER 2000, 37 ff.

HUNGERBÜHLER Francine/JOHN Sandra, Kapitel 17 : Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in : FOUNTOLAKIS Christiana et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 635 ff.

JAMETTI GREINER Monique, Der neue internationale Kindesschutz in der Schweiz, Fampra.ch 2008, 277 ff.

LAGARDE Paul, Rapport explicatif sur la Convention du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, in: Bureau Permanent de la Conférence de la Haye de droit international privé (Hrsg.), Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique 1999, Protection des adultes, Den Haag 2003, abrufbar unter <http://www.hcch.net>.

MARANTA Luca, Die Abklärung der elterlichen Sorge im internationalen Kontext, ZKE 2017, 353 ff.

MEIER Philippe, De la Côte d'Azur au Lac Majeur ... ou comment un mandat d'inaptitude survit-il à un déménagement?, FS Geiser, Zürich/St. Gallen 2017, 363 ff.

SCHWANDER Ivo, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, AJP 2014, 1351 ff.

SIEHR Kurt, Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener, RabelsZ 2000, 715 ff.

Vgl. im Übrigen die diversen Berichte, Übersichten und „manuels pratiques“, die auf der Webseite der Haager Konferenz zum Internationalen Recht abrufbar sind, <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=70> sowie <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=71>.

V Kindes- und Erwachsenenschutz als Berufsfeld der Sozialen Arbeit

(Daniel Rosch)

1 Soziale Arbeit und Kindes- und Erwachsenenschutz

Soziale Arbeit beschäftigt sich mit der Bewältigung von sozialen Problemen im Kontext des sozialen Wandels und sozialer Beziehungen. Sie ist eine Handlungswissenschaft, die sich mit der Vorbeugung, Linderung und Lösung von Problemen befasst, welche bei der Einbindung von Menschen in die Sozialstruktur bzw. -kultur entstehen.⁷⁴ Sowohl Schwächezustand und Schutzbedarf als auch Kindeswohlgefährdungen sind soziale Probleme, die im Besonderen von Sozialarbeitenden bearbeitet werden. Ihre Bewältigung bedarf einer Vielfalt an *Kompetenzen*, wie z. B.

- Beschreibungswissen über die verschiedenen Schwächezustände (z. B. psychische Erkrankungen) oder die verschiedenen Zielgruppen (z. B. Eltern mit Suchtproblemen), aber auch
- Erklärungswissen aus Medizin, Sozial- und Humanwissenschaften zu diesen individuellen und gesellschaftlichen Problemen, rechtliches Wissen über die Rahmenbedingungen,
- Methodik, also die Fähigkeit, Fachwissen geplant und zielgerichtet bei der Lösung der kindes- und erwachsenenschutzrechtlichen Aufgaben umzusetzen.
- Sozialkompetenz und damit die Fähigkeit, mit der Klientschaft im Kindes- und Erwachsenenschutz soziale Beziehungen im beruflichen Kontext bewusst zu gestalten.
- Selbstkompetenz und damit die Fähigkeit, die eigene Person als wichtiges Werkzeug in die berufliche Tätigkeit einzubringen.⁷⁵

Die Kompetenzen werden in beinahe allen Aspekten des Kindes- und Erwachsenenschutzes benötigt, so z. B.

- im Rahmen der behördlichen Tätigkeit, insbesondere im Rahmen der Abklärung (Dringlichkeits- und Risikoeinschätzung, Erklärung und Bewältigung der Problemlagen, Prognosestellung, Massnahmenvorschlag, Anhörung im Sinne des rechtlichen Gehörs, Aufsicht über Mandatstragende insb. im methodischen Bereich).⁷⁶

74 ZOBRIST, ZVW 2009, S. 226

75 HÄFELI, Wegleitung, S. 248 ff.; siehe z. B. auch das Anforderungsprofil für Mandatsträgerinnen auf: <http://svbb-ascp.ch/fileadmin/user_upload/dokumente/aktuell/Anforderungsprofil%20SVBB_Deutsch_def.pdf> (20.12.2021); HECK, ZKE 2011, S. 17 ff.

76 Vgl. ZOBRIST, ZVW 2009, S. 227 ff.; HECK, ZKE 2012, S. 264 ff.

- im Rahmen der Mandatsführung (Begleitung, Betreuung, Beratung, Vertretung und Mitwirkung der Klientschaft gemäss sozialarbeiterischer Methodik unter besonderer Berücksichtigung der Selbstbestimmung und der Ressourcenerschliessung).⁷⁷

119 So war auch im Rahmen der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzes unbestritten, dass die Soziale Arbeit eine wichtige Disziplin in diesem Berufsfeld darstellt. Die Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz hat vorgeschlagen, dass die interdisziplinäre KESB jeweils auch mit einer Fachperson der Sozialen Arbeit besetzt werden sollte.⁷⁸ Dies wurde in der kantonalen Umsetzung auch praktisch überall gesetzlich vorgesehen.⁷⁹ Hintergrund dürfte aber auch sein, dass Sozialarbeitende im Kindes- und Erwachsenenschutz – gerade in der Mandatsführung – seit langer Zeit vertreten sind.

2 Soziale Arbeit mit Pflichtklientschaft bzw. im Zwangskontext

2.1 Pflichtklientschaft und Zwangskontext

120 Wie oben unter Rz. 13 ff. aufgezeigt, ist Kindes- und Erwachsenenschutz Eingriffssozialrecht. Dementsprechend findet die Zusammenarbeit zwischen Behörde bzw. Mandatstragenden und Klientschaft viel seltener im sogenannten freiwilligen als vielmehr im sogenannten unfreiwilligen Rahmen statt. Zwar gibt es immer wieder die Situation, dass die Klientschaft die Behörde um Hilfe angeht, häufiger wird das Verfahren jedoch aufgrund einer Gefährdungsmeldung ausgelöst. Das Verfahren und auch die Mandatsführung finden auf behördliche Anordnung hin statt, weshalb von *Pflichtklientschaft gesprochen wird*.⁸⁰ Zudem beinhaltet die Tätigkeit von Sozialarbeitenden im Kindes- und Erwachsenenschutz nicht selten die Arbeit im *Zwangskontext*. *Darunter ist zu verstehen, dass in den Willensbildungsprozess und die Entscheidungsfreiheit der Betroffenen und damit in deren Handlungsfreiheit eingegriffen wird*.⁸¹ Damit werden aber auch Verhaltensweisen erfasst, die im Rahmen sozialarbeiterischer, aber auch alltäglicher Tätigkeit nicht als Zwang verstanden werden. So können Sozialarbeitende, die ihre Klientschaft „überreden“, etwas zu tun, durchaus darunter fallen ..., aber auch der Sozialarbeitende selber, der Handlungsanweisungen seines Vorgesetzten befolgen muss. Deshalb löst diese Definition den Begriff tendenziell auf; gleichzeitig ist der Begriff zu weit, weil er nicht zwischen legitimem und illegitimem Zwang unter-

77 Vgl. ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, ZKE 2012, S. 422 f. oder ROSCH, SVBB-Leitfaden für Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände, S. 3 ff.

78 VBK, ZVW 2008, S. 63 ff.

79 ESR Komm/WIDER, Art. 440 N 9d.

80 ZOBRIST, Einführung, in: ZOBRIST, Werkstattheft, S. 5.

81 ROSCH, SZfSA 2011, S. 86 ff. m. w. H.

scheidet. Zwangskontext ist deshalb analog zu Staub-Bernasconis Behinderungs- und Begrenzungsmacht zu verstehen.⁸² Es geht um einen wertgebundenen Ansatz, der hier zwischen *legitimem* und *illegitimem* Zwang, auf der Basis der Berufsethik der Sozialen Arbeit, unterscheidet.⁸³ So können gerade Druckversuche gegen die Klientschaft („Wenn Sie die Besuchsrechtsregelung nicht unterzeichnen, dann werde ich die Prüfung der Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts beantragen“ [welche vorliegend nicht angezeigt ist]) illegitim sein. Anders ist die Situation einzuschätzen, wenn eine Sozialarbeitende den Eltern aufgrund eines Abklärungsauftrages vorschlägt, das Kind in einer Pflegefamilie zu platzieren und die Pflegefamilie nach fachlichen Kriterien geeignet ist. Selbst wenn die Eltern die Pflegefamilie als nicht geeignet erachten, aber dennoch, z. B., um einer behördlichen Fremdplatzierung zu entgehen, die Zustimmung erteilen, kann dies als Zwang verstanden werden. Hier geht es aber um legitimen Zwang. Zwang im Rahmen der gesetzlichen Sozialen Arbeit meint durch *das Berufsverständnis und die Berufsethik legitimates Handeln gegen den Willen der Klientschaft. Sie zielt auf die Verminderung bzw. Behebung der Problemlage ab, unter Abwägung des Interesses zwischen Selbstbestimmung und Zwang im Einzelfall.*⁸⁴ Damit zeigt sich, dass Zweck und Ziel der Zwangsanwendung entscheidend dafür sind, ob es im sozialarbeiterischen Sinne überhaupt um Zwang geht. Es gilt somit auch hier: Jede methodische Intervention muss aufgrund einer Methode begründbar sein, misst sich an der Berufsethik und orientiert sich am Berufsverständnis. Als Faustregel gilt: „Je stärker im Rahmen der Sozialen Arbeit Zwang eingesetzt wird, desto besser muss dieser berufsethisch legitimiert sein und desto besser muss auch die Reflexion sowie die sozialarbeiterische Evaluation respektive Kontrolle sein.“⁸⁵

2.2 Rechtlichen Rahmen klären!

Der Umgang mit Klientschaft im Zwangskontext beruht massgeblich auf einer methodischen Gestaltung der Beziehung. Bevor diese aber möglich wird, ist zunächst der (rechtliche) Rahmen zu klären. Wird Zwangskontext, wie oben erwähnt, als Eingriff in den Willensbildungsprozess bzw. die Handlungsfreiheit verstanden und in legitimen und illegitimen Zwang unterteilt, dann wird der rechtliche Rahmen dort relevant, wo eine Intervention *die Grundrechte oder die zivilrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechte berührt*. Dann sind die entsprechenden rechtlichen Rahmenbedingungen zu beachten, insbesondere die Voraussetzungen der Grundrechtseinschränkung.⁸⁶ Die fürsorgerische Unterbringung ist z. B. wenn sie korrekt angewendet wird,

121

82 STAUB-BERNASCONI, Handlungswissenschaft, S. 374 ff.

83 ROSCH, SZfSA 2011, S. 88 f.

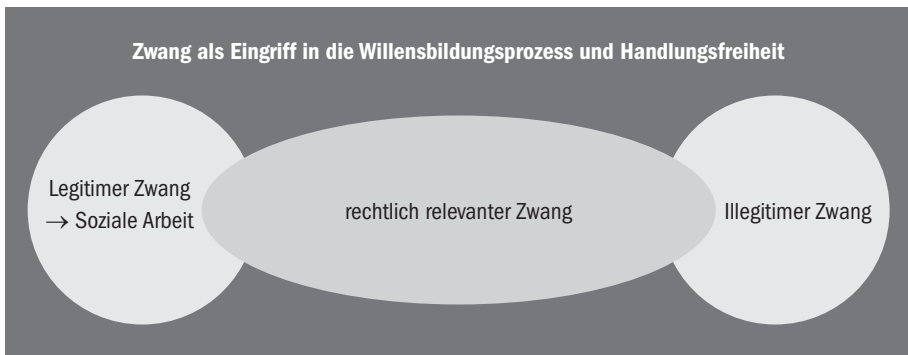
84 Siehe ROSCH, SZfSA 2011, S. 88 f. m. w. H.

85 ROSCH, SZfSA 2011, S. 89.

86 Siehe oben Rz. 13 ff.

legitimer Zwang. Gleichzeitig greift man damit stark in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein, weshalb die Grundrechtssystematik zu beachten ist. Es braucht eine gesetzliche Grundlage (und die Prüfung der darin vorgesehenen spezifischen Voraussetzungen), ein öffentliches Interesse und die positiv erfolgte Verhältnismässigkeitsprüfung. Dadurch wird die Methodik im Zwangskontext ergänzt durch rechtliche Vorgaben, die es zu beachten gilt.⁸⁷ Wo genau die Eintrittsschwelle für diesen rechtlichen Zwang ist, wird in den Rechtswissenschaften *generalklauselartig* und damit nicht genau umschrieben: Es geht um „den Schutz der Werte, die das Wesentliche der persönlichen Sphäre des Einzelnen ausmachen“,⁸⁸ bzw. um das Verhalten des Staates, das die Persönlichkeit des Bürgers respektiert. Damit steht auch hier letzten Endes eine *wertende* Abwägung im Zentrum, wann die Grenze überschritten wird und bei welcher der Schutzbereich des Grundrechts berührt ist.

122 Damit stellt sich der **Zwang** wie folgt dar:



2.3 Folge des Zwangskontextes: Reaktanz

123 Wenn Menschen in ihrer Handlungsfreiheit bzw. in ihrem Willensbildungsprozess beschränkt werden, dann hat das nicht selten zur Folge, dass sie darauf mit Widerstand reagieren. Diese sog. Reaktanz ist als *normale Reaktion* zu werten.⁸⁹ Typische Verhaltensweisen sind:⁹⁰

87 Siehe die Ausführungen, ROSCH, SZfSA 2011, S. 92 ff.

88 HAUSHEER/AEBI MÜLLER, Personenrecht, Rz. 10.11

89 Vgl. die weiteren Ausführungen bei KÄHLER/ZOBRIST, Zwangskontext, S. 50 ff.

90 Tabelle leicht überarbeitet aus KÄHLER/ZOBRIST, Zwangskontext, S. 53.

V Kindes- und Erwachsenenschutz als Berufsfeld der Sozialen Arbeit

Zuordnung	Typische Verhaltensweisen
Probleme bei der Absprache und im Kontakt	• Nichteinhalten von Vereinbarungen, Missverständnisse • Nichtöffnen der Haustüre, Briefe, Termine ignorieren, Telefonate nicht beantworten • Vorgeben von überschwänglicher Kooperation; schmeicheln • Anpassungsverhalten an die vermuteten Erwartungen der Fachkraft • Vorgeben sprachlicher Verständnisschwierigkeiten • Der Fachkraft Kompetenz absprechen • An Sinn und Zweck der Beratung, Hilfe, Unterstützung zweifeln • Drohen mit Abbruch der Beziehung • Abbruch der Beziehung • Häufiges Androhen von rechtlichen Schritten und Gang in die Medien
Externalisiertes Verhalten	• Verhalten, um vom eigentlichen Problem abzulenken, z. B. Einbeziehen anderer Personen, Ansprechen von Problemen, die nicht die wesentlichen sind, Rückfälle, um einer Therapie zu entgehen • „Ich kann doch gar nichts dafür ...“ • „Ich kann nicht, weil ...“
Abweichendes Verhalten	• Fehlende Problemeinsicht • Überrascht sein, dass es hier um einen selbst geht

Hintergrund derartiger Verhaltensmuster können verborgene Botschaften sein, wie beispielsweise, dass durch reaktantes Verhalten das Gefühl der Achtung vor sich selbst aufrechterhalten bleibt oder dass es die betroffene Person davor schützt, nach abermaliger Enttäuschung wieder enttäuscht zu werden.⁹¹ 124

Für den Umgang mit Reaktanz sind folgende Strategien erfolgsversprechend:⁹² 125

- *Grundregel: Widerstand nicht mit Widerstand begegnen:* Beratende sollen versuchen, die Gefühle, Wahrnehmungen und Aussagen der Klientschaft zu verstehen und zu reflektieren. Beispiel: „Sie sehen im Moment keinen Bedarf an Unterstützung.“
- *Zurückspielen des Widerstandes:* Der Widerstand soll verstärkt oder überzogen zurückgespielt werden, damit die Klientschaft ermutigt wird, sich zu distanzieren oder zu differenzieren. Beispiel: „Verstehe ich das richtig: Sie sind überzeugt, dass Sie trotz Ihrer Erkrankung weiterhin ganz alleine wohnen können?“
- *Ambivalenzen aufzeigen:* Es sollen ambivalente Aussagen reflektiert werden können, z. B.: „Auf der einen Seite trauen Sie es sich zu, völlig alleine zu wohnen, auf der anderen Seite machen Sie sich Sorgen um Ihren Gesundheitszustand.“
- *Fokus verändern:* Damit der Widerstand nicht zu einer Blockierung führt, soll er entschärft werden, indem der Fokus auf ein Thema gerichtet wird, das einfacher zu bearbeiten ist. Beispiel: „Mir geht es im Moment nicht darum, dass Sie ins Altersheim müssen. Vielmehr möchte ich mit Ihnen anschauen, wie Sie Ihren Alltag zu Hause bewältigen können.“
- *Umformulieren:* Einerseits wird die Wahrnehmung der Klientschaft aufgenommen, andererseits wird ein neuer Blickwinkel eingeführt, der Veränderungen

91 KÄHLER/ZOBRIST, Zwangskontext, S. 56 m. w. H.

92 Aus KÄHLER/ZOBRIST, Zwangskontext, S. 56 f.

wahrscheinlich macht. Beispiel: „Sie möchten nicht in ein Altersheim. Vielleicht finden wir andere Möglichkeiten oder Einrichtungen, wo Sie Ihren Alltag gut bewältigen können.“

- *Betonung der persönlichen Wahlfreiheit und Kontrolle:* Es wird versucht, die Autonomie der Klientschaft herauszuarbeiten. Beispiel: „Es ist im Moment in Ihrer Verantwortung, welche Unterstützung Sie zulassen, damit Sie Ihren Alltag gut bewältigen können.“

2.4 Freiwillig und unfreiwillig bzw. selbst- und fremdinitiiert

126 In Praxis, Lehre und Alltag herrscht die Sichtweise vor, dass Freiwilligkeit einerseits Kooperationsbereitschaft für die Dauer der gesamten Massnahme und andererseits Veränderungsmotivation bedeutet sowie insbesondere auch eine weitgehend unabhängige, von äusseren Umständen gefasste Willensbildung beinhaltet. Dies ist m.E. eine verklärte, nicht zutreffende Sicht. Die vermeintliche Kausalkette *Freiwilligkeit – Kooperationsbereitschaft – Veränderungsmotivation – Problemlösung – Abschluss des Mandats* ist zwar möglich, aber zu wenig differenzierend gedacht und auch wenig praxisnah. Richtigerweise wäre zwischen selbstinitiierten und fremdinitiierten Kontaktaufnahmen zu unterscheiden.

2.4.1 Die Initiative zur Kontaktaufnahme⁹³

127 Die Initiative zur Kontaktaufnahme wird in selbstinitiierte und fremdinitiierte Kontaktaufnahmen unterteilt. Bei der selbstinitiierten Form geht die Initiative zur Kontaktaufnahme von der Person selbst aus. Die fremdinitiierten Kontaktaufnahmen werden demgegenüber unterteilt in Kontaktaufnahmen aufgrund rechtlicher Vorgaben (Verwaltungszwang [Vorladungen aufgrund einer Gefährdungsmeldung], Mitwirkungspflichten, Strafen etc.) und in Kontaktaufnahmen, welche durch Einflüsse (insbesondere Druck) des informellen oder formellen Netzwerkes entstehen.⁹⁴ Damit wird die sogenannte Freiwilligkeit entscheidend auf selbstinitiierte Kontaktaufnahmen eingegrenzt.

128 Die selbstinitiierte Kontaktaufnahme setzt im Kontext des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes in aller Regel Problembewusstsein und -einsicht (und -bearbeitungswillen) voraus. Die hierzu relevanten Bestimmungsgrössen (z.B. Selbstvertrauen, verbale Kommunikationsfähigkeit, Fähigkeit zu langfristiger Zukunftsorientierung, Kontrollüberzeugung und Bildungsstand) zeigen auf, dass Personen, welche besonders problembetroffen sind, tendenziell zugleich am wenigsten über die Fähigkeit verfügen, überhaupt eine Handlungsbereitschaft zu entwickeln.

93 Leicht überarbeitete und aktualisierte Fassung aus: ROSCH, FamPra 2010, S. 268 ff.

94 KÄHLER/ZOBRIST, Zwangskontext, S. 17 ff. m. w. H.