

Gutachten

Paradigmenwechsel zur unterstützenden Entscheidungsfindung im Erwachsenenenschutzrecht

Prof. Dr. iur./dipl. Sozialarbeiter FH/MAS Nonprofit-Management/systemischer Berater, Therapeut und Familientherapeut (DGSF), systemischer Kinder- und Jugendlichentherapeut (hsi)
Professor für Sozialrecht, Schwerpunkt Kindes- und Erwachsenenenschutz Hochschule Luzern

Zusammenfassung

Das [Rechtsgutachten](#) untersucht, inwiefern ein Paradigmenwechsel von stellvertretendem Handeln zu unterstützender Entscheidungsfindung, insbesondere bei Beistandschaften des Erwachsenenenschutzrechtes, möglich ist. Das Anliegen beruht auf der Rückmeldung des UN-Ausschusses der Behindertenrechtskonvention (BRK-Ausschuss) im Rahmen des Staatenberichtsverfahrens gegenüber der Schweiz vom 12. April 2022 und der Behindertenpolitik 2023-2026 des Bundesrates vom 9. Dezember 2023.

Das Rechtgutachten bietet eine Auslegeordnung zu einem zentralen Thema der BRK und soll Diskussionen anstossen. Es richtet sich mit konkreten Hinweisen an Fachpersonen in Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörden (KESB), Beistandspersonen, Aufsichtsbehörden und an weitere Personen, die mit Menschen mit Behinderungen arbeiten, um die aktuelle Praxis zu überprüfen und weiterzuentwickeln. Ferner adressiert es auch die Politik mit dem Anliegen, die gesetzlichen Grundlagen anzupassen, um der Forderung der unterstützenden Entscheidungsfindung Nachdruck zu verleihen. Im Folgenden sind die wichtigsten Ergebnisse aufgeführt. Die ausführliche Hinleitung zu den einzelnen Punkte findet sich im Gutachten.

Aussagen des BRK-Ausschusses sind nicht rechtsverbindlich, die BRK schon

Ausgangslage ist Artikel 12 BRK, der sowohl das Handlungsfähigkeitsrecht als auch den Erwachsenenenschutz betreffen. Der BRK-Ausschuss hat seine Sichtweise im [General Comment No. 1](#) festgehalten. Dieser Comment ist zentrale Grundlage für die Auffassung Ausschusses in Staatenberichtsverfahren. In diesen kommt er wiederholt zum Schluss, dass alle (stellvertretenden) Beistandschaftsformen nicht BRK-konform sind und durch ein System von unterstützender Entscheidungsfindung (*supported-decision making*) ersetzt werden müssen.

Der BRK-Ausschuss ist ein Fachgremium; er hat kein Mandat zur rechtlich verbindlichen Interpretation des Vertragstextes, auch wenn ihm erhebliches Gewicht zukommt. Massgebend ist wie im Völkerrecht üblich das Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVK). Daraus ist zu folgern, dass die BRK für die Vertragsstaaten verbindlich, die Auslegung des BRK-Ausschusses demgegenüber nicht rechtsverbindlich ist.

Kompatibilität von Artikel 12 BRK und Erwachsenenenschutzrecht sowie Handlungsfähigkeitsrecht

Kern von Artikel 12 BRK ist unter anderem sein Fokus auf den Willen und die Präferenzen. Diese Willenszentrierung korrespondiert nach Auffassung des Gutachters sowohl mit der grundsätzlichen Sichtweise des Erwachsenenenschutzrechtes, das v.a. Menschen mit psychischen Störungen und geistigen Behinderungen betrifft, welche erheblich im Willensbildungs- und/oder Willensumsetzungsprozess eingeschränkt sind, ohne dass sie zwingend urteilsunfähig sein müssen (sog. Schwächezustand). Aufgrund dieser Einschränkung mangelt es ihnen an der Fähigkeit, ausreichend selbstbestimmt zu handeln (sog. Schutzbedürftigkeit). Ziel des Erwachsenenenschutzrechtes ist, Teilhabe von Menschen mit Schwächezuständen und Schutzbedürftigkeit an der Gesellschaft und damit auch am Geschäftsverkehr zu ermöglichen. Diese Zielsetzung ist mit Artikel 12 BRK vereinbar bzw. kann im Rahmen der bestehenden Gesetzgebung grundsätzlich BRK-konform umgesetzt werden. Ebenfalls im Grundsatz BRK-konform ist das Handlungsfähigkeitsrecht, dass ebenfalls willenszentriert ausgestaltet ist.

Wille statt Wohl

Diese Willenszentrierung hat zur Folge, dass objektiv(iert)e Wohlüberlegungen nicht mehr zulässig sind. Kann ein Wille nicht festgestellt werden, ist er bestmöglich zu interpretieren (“*best interpretation of will and preferences*”). Bei Urteilsunfähigkeit kommt damit der mutmassliche Wille zum Tragen. Es stellt sich die Frage, wie die Person aktuell entscheiden würde, wenn sie dazu in der Lage wäre. Der mutmassliche Wille ist ein Entscheidungsmaßstab, an den sich eine Drittperson zu orientieren hat. Damit wird offenkundig, dass es der Vertretung bedarf, weil die Person selbst nicht entscheiden kann (z.B. bei Wachkomapatient:innen). Dieser Fokus auf den Willen gilt auch für Menschen, die nie urteilsfähig waren. Auch hier ist aufgrund des Verhaltens, von emotionalen Stimmungsäusserungen, Bewegungen, Laute, körperliche Reaktionen etc. zu prüfen, inwiefern dies Aussagen über einen Willen oder Präferenzen sein könnten. Durch diese personenzentrierte Willensperspektive bei Urteilsunfähigkeit wird (indirekte) Selbstbestimmung und damit auch Teilhabe an der Gesellschaft mittels Vertretung ermöglicht. Dieser Schluss deckt sich nach Auffassung des Gutachtens mit der BRK gemäss der Auslegung nach WVK, steht jedoch im Gegensatz zur Auffassung des BRK-Ausschusses. Im Gutachten wird erörtert, wie der Wille und die Präferenzen im Rahmen von Vertretungshandeln, insbesondere bei der Führung von Beistandschaften zu beurteilen sind. Aufgrund der sich daraus ergebenden Herausforderungen werden Sensibilisierungsmassnahmen für Beistandspersonen, aber auch für KESB empfohlen.

Vertretung und unterstützende Entscheidungsfindung als zwei Pole eines Spektrums

Folglich kann Vertretung, welche willens- und präferenzzentriert ist, Unterstützung im Sinne von Artikel 12 BRK sein. Vorrang hat jeweils unterstützende Entscheidungsfindung, welche insbesondere im Rahmen der Urteilsfähigkeit ihre Bedeutung hat («Unterstützen vor Vertreten»). Dabei sind auch Modelle notwendig, welche die Urteilsfähigkeit nicht bloss statisch beurteilen; vielmehr muss Urteilsfähigkeit im Sinne der Urteilsbefähigung gelesen werden, so dass mit passenden Interventionen wie einfacher Sprache oder einem angepassten Gesprächssetting eine Person möglichst lange als urteilsfähig beurteilt werden kann. Es bedarf somit, der unterstützenden Entscheidungsfindung, damit Urteilsfähigkeit auch ermöglicht werden kann. Das ist nach Auffassung des Gutachtens bereits *de lege lata* möglich.

Auch die Beistandschaften (inklusive der Vertretungsbeistandschaften) und die gesetzlichen Vertretungsrechte sind willenszentriert ausgestaltet. Bei den Vertretungsbeistandschaften ist die Vertretungsmacht – analog zum Stellvertretungsrecht – für die Beistandsperson eine Ermächtigung, die Förderung von Selbstbestimmung gemäss Artikel 406 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) – analog zum Auftragsrecht – eine Pflicht. Die willenszentriert ausgeübte Vertretungsmacht ist nur *ultima ratio* zu nutzen, soweit keine Hilfe zur Selbsthilfe möglich ist.

Damit zeigt sich auch, dass stellvertretende Entscheidungsfindung und unterstützende Entscheidungsfindung zwei Pole eines Spektrums sind. Es ist daher im Rahmen der Unterstützung nach Artikel 12 BRK jeweils zu fragen, inwiefern sich bei einem Modell Elemente der unterstützenden Entscheidungsfindung und inwiefern sich solche der stellvertretenden Entscheidungsfindung finden lassen.

Unterstützende Entscheidungsfindung und Schutzvorkehrungen («safeguards»)

Die Herausarbeitung des Willens, deren Interpretation von Personen mit Behinderungen und insbesondere beim mutmasslichen Willen von urteilsunfähigen Personen haben zumeist hypothetische Anteile. Die interpretierende Person und deren Motivlage geraten ins Blickfeld und es stellen sich Fragen, wie gewährleistet werden kann, dass der Willen einer Person mit einem Schwächezustand nicht überstrapaziert oder als verkappter eigener Wille vorgegeben wird etc.; mit anderen Worten wie Missbräuche vermieden werden können. Artikel 12 BRK sieht vor, dass die Vertragsstaaten solche Schutzvorkehrungen vorsehen müssen. Diese Schutzvorkehrungen sind insbesondere im Rahmen von unterstützender Entscheidungsfindung erforderlich, weniger bei Beistandschaften, weil im Rahmen des Erwachsenenschutzes die KESB mit ihrer Aufsichtsfunktion bereits Schutzvorkehrungen bietet. Es bedarf dennoch auch im Erwachsenenschutz bei den Beistandschaften neben individualisierter bzw. massgeschneiderter Abklärung, Massnahmen und Mandatsführung auch massgeschneiderte Aufsicht.

Unterstützende Entscheidungsfindung: ein genereller Anspruch

Unterstützende Entscheidungsfindung hat immer Vorrang, auch vor erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen. Daher ist der Anspruch im Rahmen des Handlungsfähigkeitsrechts als generelle Unterstützung zur Handlungsfähigkeit in allen Rechtsbereichen aufzunehmen. Gleichzeitig hat die jeweilig zuständige Behörde, das Gericht oder Amt, Schutzvorkehrungen zu prüfen und Missbräuche zu verhindern.

Grenzen der Willenszentrierung

Die Willenszentrierung kann gerade bei Vertretungsbeistandschaften auch Grenzen aufweisen. Daher hat eine Beistandsperson nach Auffassung des Gutachtens dann den Willen und die Präferenzen nicht zu folgen, wenn

- (1) die Umsetzung rechtswidrig,
- (2) ausnahmsweise unzumutbar ist oder
- (3) aus Sicht der betroffenen Person staatliche Schutzpflichten bestehen, welche deren Willen eindeutig überwiegen, die betroffene Person sich dadurch erheblich selbst gefährden würde und diese gleichzeitig die Gefahr aufgrund ihrer Krankheit nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf vorhanden

Viele der genannten Aspekte können im Rahmen des geltenden Rechts BRK-kompatibel ausgelegt werden. Für eine eindeutige Rechtsanwendung, für klare Vorgaben hinsichtlich von Sorgfaltspflichten und insbesondere der Haftung bedarf es - analog wie im deutschen und österreichischen Recht erfolgt - einer gesetzgeberischen Klarstellung. Nach Auffassung des Gutachtens ist daher eine Gesetzesrevision in Teilen des Handlungsfähigkeitsrechts und des Erwachsenenschutzrechts angezeigt. Das Gutachten formuliert einen Gesetzgebungsvorschlag, der selbstredend gemäss Artikel 4 Absatz 3 BRK mit den Betroffenen zu diskutieren ist.

Spezifisch für die Beistandschaften ist die umfassende Beistandschaft nach Artikel 398 ZGB, die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit nach Artikel 394 Absatz 2 ZGB ersatzlos aufzuheben, weil andere Beistandschaftsarten ausreichend sind. Zudem sind die Grenzen der Willenszentrierung zu verankern, aber auch, dass gegen den Willen einer urteilsfähigen Person keine Beistandschaft errichtet werden darf sowie die Sorgfaltspflichten der Beistandsperson willenszentriert ausgestaltet werden.

Förderung von Modellen der unterstützenden Entscheidungsfindung

Unterstützende Entscheidungsfindung bedarf entsprechender Fähigkeiten und Modelle für eine passende Umsetzung und insbesondere um Stellvertretung zu vermeiden. Diese sind nach Auffassung des Gutachtens staatlich zu fördern und mit Begleitforschung zu evaluieren. Gleichzeitig ist auch die Umsetzungspraxis der KESB und der Beistandspersonen im Hinblick auf unterstützende Entscheidungsfindung und die Ermöglichung von Selbstbestimmung zu erforschen.

Ferner sind Forschungsprojekte voranzutreiben, welche der Frage nachgehen, wie das Sozialrecht gestaltet werden könnte, damit es weniger Beistandschaften benötigt (Alternativen zum Erwachsenenschutzrecht, z.B. Änderungen im Konsumentenschutzgesetz für vulnerable Personen).

Verfahrensrechtliche Aspekte

Zur Stärkung der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit im Sinne der BRK empfiehlt das Gutachten auch verfahrensrechtliche Änderungen. So sollen wissenschaftsbasierte Abklärungen im Erwachsenenschutz gefördert werden und die KESB im Sinne einer qualifizierten Beweislast in jedem Anordnungsentscheid explizit darlegen müssen, von welchem Schwächezustand und welchem Schutzbedarf ausgegangen wird, weshalb im Sozialraum konkret vorhandene vorgelagerte Interventionen (Subsidiarität) nicht ausreichend sind und weshalb die Massnahme verhältnismässig ist.