

Gutachten:

Paradigmenwechsel zur unterstützenden Entscheidungsfindung im
Erwachsenenschutzrecht
(Arbeitspaket II)

Zuhanden

Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen
mit Behinderungen EBGB
Dr. iur. Sofia Balzaretti
EBGB, GS-EDI
Inselgasse 1
3003 Bern

Kontakt

Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch
dipl. Sozialarbeiter FH
Hochschule Luzern – Soziale Arbeit
Institut Sozialarbeit und Recht
Werftrasse 1
6001 Luzern

Luzern, 25. Juni 2025

Executive Summary

Das vorliegende Rechtsgutachten untersucht, inwiefern ein Paradigmenwechsel von stellvertretendem Handeln zu unterstützender Entscheidungsfindung, insbesondere bei Beistandschaften des Erwachsenenschutzrechtes, 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 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 Art. 12 BRK, der sowohl das Handlungsfähigkeitsrecht als auch den Erwachsenenschutz betreffen. Der BRK-Ausschuss hat seine Sichtweise im General Comment No. 1 festgehalten. Dieser Comment ist zentrale Grundlage für die Auffassung des 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 Art. 12 BRK und Erwachsenenschutzrecht sowie Handlungsfähigkeitsrecht

Kern von Art. 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 Erwachsenenschutzrechtes, 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 Erwachsenenschutzrechtes ist, Teilhabe von Menschen mit Schwächezuständen und Schutzbedürftigkeit an der Gesellschaft und damit auch am Geschäftsverkehr zu ermöglichen. Diese Zielsetzung ist mit Art. 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 Art. 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 Art. 406 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 Art. 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. Art. 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 Art. 4 Abs. 3 BRK mit den Betroffenen zu diskutieren ist.

Spezifisch für die Beistandschaften ist die umfassende Beistandschaft nach Art. 398 ZGB, die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit nach Art. 394 Abs. 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.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Abkürzungsverzeichnis	V
Materialienverzeichnis	X
Literaturverzeichnis	XII
I. Auftrag	1
1. Vorgeschichte	1
2. Ziele des Arbeitspaketes II	2
3. Aspekte und Vorgehensweise	3
II. Beurteilung der Gutachtensfrage	7
1. Behindertenrechtskonvention und Auffassung des Ausschusses	7
1.1. Ziel und Zwecksetzung der Behindertenrechtskonvention und Definition von Behinderung	7
1.1.1. Ziel und Zwecksetzung der Behindertenrechtskonvention	7
1.1.2. Definition von Behinderung unter Bezugnahme auf den Erwachsenenschutz	7
1.2. Art. 12 BRK: Rechts- und Handlungsfähigkeit hinsichtlich des Erwachsenenschutzes	8
1.3. Kontroverse in der Entstehungsgeschichte zu Art. 12 BRK	9
1.4. Auffassung des Ausschusses	11
1.5. Verbindlichkeit der Aussagen des Ausschusses	15
2. Vorfrage: Besteht überhaupt noch Raum für behördliche Erwachsenenschutzmassnahmen nach der Behindertenrechtskonvention?	17
2.1. Anknüpfung des Erwachsenenschutzrechts an Behinderung?	17
2.2. Anknüpfung an geistige Fähigkeiten («mental capacity») mit funktionalen Tests?	19
2.2.1. Forderungen des Ausschusses	19
2.2.2. «Mental» und «legal capacity» im schweizerischen Recht	20
2.2.3. Urteilsfähigkeit als willenszentriertes, soziales Konstrukt und Werturteil	20
2.2.4. Das Schweigen des Ausschusses zu den Alternativen	21
2.2.5. Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention	22
2.2.6. Praxisbedeutung und Relativierung der Auffassung des Ausschusses im Hinblick auf Australien	22
2.2.7. Bedeutung für die schweizerische Rechtslage	23

3.	Orientierung des Erwachsenenschutzrechts: Vom Wohl zum Willen und zu den Präferenzen?	24
3.1.	Kontext: Sozialrecht	24
3.2.	Der Wohlbegriff	25
3.3.	Willenszentrierung: Wille und Präferenzen	25
3.3.1.	Wille und Präferenzen als Teilgehalte von «legal capacity»	25
3.3.2.	Begriffe des Willens und der Präferenzen sowie ihre bestmögliche Interpretation	26
3.4.	Wille und Präferenzen bei Urteilsfähigkeit im Erwachsenenschutz	28
3.4.1.	Verbindlichkeit des Willens	28
3.4.2.	Urteilsfähige unter Beistandschaft?	28
3.4.3.	Bedeutung für das schweizerische Erwachsenenschutzrecht	30
3.5.	Wille und Präferenzen bei Urteilsunfähigkeit im Erwachsenenschutz: «Best interpretation of will and preferences»	30
3.5.1.	«Best interpretation of will and preferences» als Entscheidungsmassstab einer beurteilenden Person	30
3.5.2.	«Best interpretation of will and preferences» und mutmasslicher Wille	31
3.6.	Grenzen der bestmöglichen Interpretation und des mutmasslichen Willens bzw. der Willenszentrierung	33
3.7.	Bedeutung für das schweizerische Erwachsenenschutzrecht	35
4.	Erwachsenenschutz und Vertretung bzw. Vertretung als Unterstützung?	35
4.1.	Ausgangslage und Auffassung des Ausschusses	35
4.2.	Unterstützung gemäss Art. 12 Abs. 3 und 4 BRK	36
4.3.	Vertretung als Unterstützung?	37
4.3.1.	Kernelemente von stellvertretender Entscheidungsfindung	37
4.3.2.	Bedeutung für den Erwachsenenschutz	37
4.4.	Diskussion in der schweizerischen Lehre	38
4.5.	Eigene Stellungnahme	40
4.5.1.	Willenszentrierung und Urteilsunfähigkeit	40
4.5.2.	Sichtweise des Ausschusses auf andere Vertretungshandlungen: materiell oder formell?	42
4.5.3.	Vertretung als Zusammenspiel von Innen- und Aussenverhältnis	43
4.5.4.	Auswirkung auf weitere zur Diskussion stehende Modelle	46
4.5.5.	Beurteilung nach Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention	47
4.5.6.	Anspruch auf angemessene Vorkehrungen gemäss Art. 5 Abs. 3 BRK	49
4.5.7.	Mitwirkungsbeistandschaft statt Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB?	50
4.5.8.	Zulässigkeit der Mitwirkungsbeistandschaft?	51

4.6.	Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz	52
5.	Unterstützung und unterstützende Entscheidungsfindung	53
5.1.	Arbeitsdefinition von unterstützender Entscheidungsfindung	53
5.2.	Unterstützende Entscheidungsfindung und Erwachsenenschutzrecht	54
5.3.	Auswahl an Modellen unterstützender Entscheidungsfindung	57
5.3.1.	Vertrauenspersonen	58
5.3.2.	Familienrats(-ähnliche) Ansätze	59
5.3.3.	Peer-Group-Ansätze	60
5.3.4.	Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz	60
6.	Alternativen zum Erwachsenenschutz: Ausweitung des Sozialrechts	61
7.	Unterstützende Entscheidungsfindung und Schutzvorkehrungen («safeguards»)	62
7.1.	Schutzvorkehrungen («safeguards») gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK	62
7.2.	Vertretung als «Massnahme» gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK	63
7.3.	Unterstützende Entscheidungsfindung und Missbrauch	63
7.4.	Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz	64
8.	Unterstützende und stellvertretende Entscheidungsfindung in ausgewählten Ländern	65
8.1.	Kanada: Modelle unterstützender Entscheidungsfindung in British Columbia	65
8.1.1.	Erwachsenenschutzsystem in Kanada	65
8.1.2.	Der Representation Agreement Act (RAA) in British Columbia	65
8.1.3.	Weiterentwicklung im Kontext des Representation Agreement Act	66
8.1.4.	Würdigung	67
8.2.	Deutschland: Möglichkeiten und Grenzen von Willen und Präferenzen	67
8.2.1.	Ausgangslage	67
8.2.2.	Rechts- und Handlungsfähigkeitsrecht	68
8.2.3.	Möglichkeiten und Grenzen der Willenszentrierung	68
8.2.4.	Würdigung	69
8.3.	Peru: Implementierung der BRK-Terminologie	70
8.3.1.	Sichtweise des Ausschusses	70
8.3.2.	Das Gesetzesdekret Nr. 1384	71
8.3.3.	Würdigung	72

9.	Befragung der fünf Betroffenenorganisationen	73
9.1.	Fragen und Herangehensweise	73
9.2.	Wechsel von stellvertretender zu unterstützender Entscheidungsfindung	73
9.3.	Rechtliche, organisatorische, finanzielle oder «tatsächliche» Interventionen	74
9.4.	Würdigung	74
10.	Unterstützende Entscheidungsfindung anhand typischer Beispiele im Erwachsenenschutzrecht	75
10.1.	Ausgangslage	75
10.2.	Abklärungsphase	75
10.2.1.	Herr X.	75
10.2.2.	Mitwirkung im Rahmen des Verfahrens	76
10.2.3.	Fokus auf Schwächezustand und Schutzbedürftigkeit bzw. Teilhabe an der Gesellschaft	76
10.2.4.	Fokus auf unterstützende Entscheidungsfindung i. e. S. / Subsidiarität	77
10.2.5.	Fokus auf Mindestvariante	77
10.2.6.	Fokus auf (Rest-)Unterstützungsbedarf bzw. (Rest-)Gefährdung	77
10.2.7.	Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz	78
10.3.	Mandatsführung	78
10.3.1.	Herr X.	78
10.3.2.	Fokus: Arbeit im Innen- (und Aussen-)verhältnis	79
10.3.3.	Fokus auf Gesprächsführung zur Willenserkundung	79
10.3.4.	Fokus Selbstreflexion	82
10.3.5.	Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz	84
11.	Vorschlag für ZGB-Bestimmungen de lege ferenda	84
III.	Zusammenfassung und Empfehlungen	89

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811 (Österreich)
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AJP	Aktuelle juristische Praxis, Zürich/St. Gallen
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
amtl.	amtlich
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
AWG	Bundesgesetz über die Ausweise für Schweizer Staatsangehörige vom 22. Juni 2001 (Ausweisgesetz, AwG; SR 143.1)
aZGB	alt ZGB, in ausser Kraft getretene Fassung
BBl	Bundesblatt
Bd.	Band
Bde.	Bände
Bem.	Bemerkungen
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (Deutschland)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BGFA	BG über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (Anwaltsgesetz; SR 935.61)
BGH	Bundesgerichtshof (Deutschland)
BJ	Bundesamt für Justiz
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Berner Kommentar
BPR	Bundesgesetz über die politischen Rechte vom 17. Dezember 1976 (SR 161.1)
BR	Bundesrat
BRK	Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel(e)
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks	Drucksache des deutschen Bundestages
BtPrax	Betreuungsrechtliche Praxis (Köln)

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVGE	Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
CC	Code Civil
c.	contra
ca.	circa
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW; SR 0.108)
CR	Commentaire Romand (Schweiz)
CRPD	Convention on the Rights of Persons with Disabilities
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11)
d.h.	das heisst
dergl.	dergleichen
ders.	derselbe (Autor)
Diss.	Dissertation
dRSK	Digitaler Rechtsprechungskommentar
DSG	BG vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (SR 235.1)
E	Entwurf
E.	Erwägung
ebd.	ebenda
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
eidg.	eidgenössisch
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention vom 4. November 1950 zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
ESR	Erwachsenenschutzrecht
et al.	et alii
etc.	et cetera
Ethik in der Medizin	Zeitschrift (Heidelberg)
EU	Europäische Union
evtl.	eventuell
Exp.Komm	Expertenkommission
f.	und folgende (Seite, Note usw.)
FamKomm	Familienrecht Kommentar (Bern)
FamPra.ch	Praxis des Familienrechts, Bern
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Köln)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
Fn.	Fussnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (Zeitschrift Berlin)
FS	Festschrift; Festgabe
FU	Fürsorgerische Unterbringung
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
ggü.	gegenüber
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hb.	Halbband

HESÜ	Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen vom 13. Januar 2000 (Haager Erwachsenenschutzübereinkommen SR 0.211.232.1)
HKsÜ	Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern vom 19. Oktober 1996 (Haager Kindesschutzübereinkommen, SR 0.211.231.011)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HSLU	Hochschule Luzern
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.f.	in fine
inkl.	inklusive
IPRG	Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (SR 291)
insbes.	insbesondere
i.S.	in Sachen; im Sinne
i.V.	in Verbindung
i.w.S.	im weiteren Sinne
jur.	juristisch(e)
Jürgens BTR-AUTOR:IN	Jürgens, Betreuungsrecht. Kommentar. 7. Aufl. 2023.
kant.	kantonal
Kap.	Kapitel
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KESCHA	Anlaufstelle Kindes- und Erwachsenenschutz
KESR	Kindes- und Erwachsenenschutzrecht
KOKES	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz
Komm	Kommentar, Kommentierung
krit.	kritisch
Kt.	Kanton
KUKO ZGB	Kurzkommentar ZGB (Basel)
LGVE	Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
MG	Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung vom 3. Februar 1995 (Militärgesetz, MG; SR 510.10)
MüKo	Münchner Kommentar (Deutschland)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
N	Note, Randnote
Nr.	Nummer
o.	oben
o.Ä.	oder Ähnliches
OFK	Orell Füssli Kommentar
OG	Obergericht

OR	BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil; Obligationenrecht; SR 220)
PartG	BG vom 18. Juni 2004 über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (SR 211.231)
PAVO	Verordnung vom 19. Oktober 1977 über die Aufnahme von Pflegekindern (Pflegekinderverordnung, SR 211.222.338)
PCC	Peruanischer Código Civil vom 24.6.1984
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
RDM	Recht der Medizin (Zeitschrift, Wien)
recht	recht; Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
rev.	revidiert(es)
Rev.	Revision
RGG	Bundesgesetz über das Gewerbe der Reisenden vom 23. März 2001 (SR 943.1)
Rn.	Randnummer; Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
S., s.	siehe
SAMW	Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; SR 281.1)
SchlT	Schlusstitel
schweiz.	schweizerisch
SHK-UNO-BRK	Stämpflis Handkommentar zur UNO Behindertenrechtskonvention
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren
sog.	sogenannt
spez.	speziell
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Basel)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Staudinger BGB	Staudinger Kommentierung zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Deutschland)
SterG	Bundesgesetz über die Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen vom 17. Dezember 2004 (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0)
s.u.	siehe unten
SVBB	Schweizerischer Verband der Berufsbeistandspersonen
syst. Teil	systematischer Teil
u.a.	und andere(s); unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
ÜMB	Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte

UN-BRK-AUTOR	und Biomedizin, SR 0.810.2) Kreutz Marcus/Lachwitz Klaus/Trenk-Hinterberger Peter, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis. Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013.
UN-KRK	UNO-Konvention vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (SR 0.103.2), usw. und so weiter u.U. unter Umständen VBK Konferenz der kantonalen Vormundschaftsdirektoren (heute KOKES)
VBVV	Verordnung über die Vermögensverwaltung im Rahmen einer Beistandschaft oder Vormundschaft vom 23. August 2023
VE	Vorentwurf des jeweiligen Erlasses
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung(en)
VSAV	Vereinigung Schweizerischer Amtsvormünder (heute SVBB)
WG	Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 20. Juni 1997 (Waffengesetz, WG, SR 514.54)
WVK	Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969/Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK), https://treaties.un.org (31.3.2025); Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111)
z.B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZKE	Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (Zürich)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008; (SR 272)
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (Bern)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (heute ZKE)
z.Zt.	zur Zeit

Materialienverzeichnis

Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention	General Comment No. 1, Art. 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1 vom 19. Mai 2014, unter: https://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=CRPD/C/GC/1&Lang=E (31.3.2025).
Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber der Schweiz	Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13. April 2022, unter: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FCHE%2FCO%2F1&Lang=en (31.3.2025).
Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Australien	Concluding observations on the initial report of Australia vom 15. Oktober 2019, unter: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=nuzzkv3wCClqffayufs3efAVRDrJiMOkw4m6ElpANCIX7M6%2F1dGNUbHZaGIEEE8y7IK2BgPynmDQ6iDgnrs%2Bgw%3D%3D (31.3.2025).
Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Deutschland (2015)	Concluding observations on the initial report of Germany vom 13. Mai 2015, unter: https://digitallibrary.un.org/record/811105/files/CRPD_C_DEU_CO_1-EN.pdf?ln=en (31.3.2025).
Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Deutschland (2023)	Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Germany vom 23. Oktober 2023, unter: https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=eh9jWR%2BwQC02ELEGFjIxmWXXWWS3pqA5ZFO5OZbTz5cD24bLEjkd0ecmNWPkaQAp8hYw%2BEMJsDtpGjEFWK3LQ%3D%3D (31.3.2025).
Botschaft BRK	Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens vom 13. Dezember 2006 über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 19. Dezember 2012, BBl 2013, S. 661 ff.
Botschaft ESR	Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001 ff.
Bundesrat, Schwerpunktprogramme Behindertenpolitik 2023–2026	Ziele und Massnahmen vom 8. Dezember 2023, unter: https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gleichstellung/Behindertenpolitik2023-2026/spp.pdf.download.pdf/Bericht%20Schwerpun

[ktprogramme%20Behindertenpolitik%202023%20%E2%80%93%202026.pdf](#) (31.3.2025).

BT-Drucks 19/24445 vom 18.11.2020

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines
Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und
Betreuungsrechts vom 18. November 2020, unter:
[https://dserver.bundestag.de/btd/19/244/1924445.p
df](https://dserver.bundestag.de/btd/19/244/1924445.pdf) (31.3.2025).

Literaturverzeichnis

- AEBI-MÜLLER REGINA, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, S. 150 ff.
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, Jusletter 22. September 2014 (zit. AEBI-MÜLLER, Jusletter 22.9.2014).
- AEBI-MÜLLER REGINA E., Handlungsfähigkeit und Erwachsenenschutz. Versuch einer Klärung, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth/Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, S. 1 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, FS Geiser).
- AEBI-MÜLLER REGINA E. / FELLMANN WALTER / GÄCHTER THOMAS / RÜTSCHÉ BERNHARD / TAG BRIGITTE, Arztrecht, 2. Aufl., Bern 2024 (zit. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG, Arztrecht).
- AICHELE VALENTIN/DEGENER THERESIA, Frei und gleich im rechtlichen Handeln – Eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK, in: Aichele Valentin (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Baden-Baden 2013, S. 37 ff. (zit. AICHELE/DEGENER, Einführung).
- AICHELE VALENTIN, Barrieren im Einzelfall überwinden: Angemessene Vorkehrungen gesetzlich verankern, in: Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Positionen Nr. 5, S. Aufl. Berlin 2012, unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/Redaktion/Publikationen/positionen_nr_5_barrieren_im_einzelfall_ueberwinden.pdf (31.3.2025); (zit. AICHELE, Barrieren).
- AICHELE VALENTIN/ VON BERNSTORFF JOCHEN, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht: Zur Auslegung von Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, BtPrax 2010, S. 199 ff.
- ARAI MAROTO, Aktueller Stand des Vormundschaftsrechts und der unterstützten Entscheidungsfindung in Japan, in: Coester-Waltjen Dagmar/ Lipp Volker/Schumann Eva/Veit Barbara (Hrsg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, Göttingen 2013, S. 63 ff. (zit. ARAI, Japan).
- ARNET RUTH/BREITSCHMID PETER/JUNGO ALEXANDRA (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht. Personen- und Familienrecht Art. 1-456 ZGB, Partnerschaftsgesetz, 4. Aufl. Zürich/Genf 2023 (zit. CHK-AUTOR:IN, Art. X N y).
- ARSTEIN-KERSLAKE ANNA, Restoring Voice to People with Cognitive Disabilities, Realizing the Right to Equal Recognition before the Law, Cambridge 2017 (zit. Arstein-Kerslake, Voice to People).
- ARSTEIN-KERSLAKE ANNA/FLYNN EILIONOIR, The General Comment on Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: a roadmap for equality before the law, The International Journal of Human Rights 2016, S. 471 ff.
- BACH MICHAEL/KERZNER LANA, A New Paradigm for Protection Autonomy and the Right to legal capacity. Prepared for the Law Commission of Ontario, 2010, unter: <https://www.lco-cdo.org/wp-content/uploads/2010/11/disabilities-commissioned-paper-bach-kerzner.pdf> (31.3.2025) (zit. BACH/KERZNER, Paradigm).
- BARTH PETER/GANNER MICHAEL, Die Auswirkungen der UN-Behindertenrechtskonvention auf das österreichische Sachwalterrecht, BtPrax 2010, S. 204 ff.
- BARTH PETER/MAIER THERESA, Die gesetzliche Erwachsenenvertretung, in: Barth Peter/Ganner Michael (Hrsg.), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, 3. Aufl. Wien 2018, S. 693 ff. (zit. BARTH/MAIER, Erwachsenenvertretung).
- BECKMANN RAINER, Wünsche und Mutmassungen – Entscheidungen des Patientenvertreters, wenn keine Patientenverfügung vorliegt, FPR 2010, S. 278 ff.

- BIDERBOST YVO, Schauplatz Handlungsfähigkeit... In KESB wie trust!, in: Fankhauser Roland/Reusser Ruth E., Schwander Ivo (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht. Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, S. 67 ff. (zit. BIDERBOST, FS Geiser).
- BIESEL KAY/FELLMANN LUKAS/MÜLLER BRIGITTE/SCHÄRR CLARISSA/SCHNURR STEFAN, Prozessmanual. Dialogisch-systemische Kindeswohlklärung, Bern 2017.
- BOCK THOMAS/MALKE CANDELARIA/SCHULZ GWEN/SIELAFF GYÖNGYVER, Eigensinn und Psychose, Peer-Beratung und Psychotherapie, Psychotherapeut 2013, S. 364 ff.
- BOENTE WALTER, Behindertenrechtskonvention und Erwachsenenschutzrecht – ein Zwischenruf, FamPra.ch 2016, S. 105 ff.
- BOENTE WALTER, Handlungsfähigkeits- und Erwachsenenschutzrecht auf dem Prüfstand der (Behindertenrechtskonvention und) Bundesverfassung, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, S. 109 ff. (zit. BOENTE, Selbstbestimmung 2.0).
- BOENTE WALTER, Erste Auswirkungen der Behindertenrechtskonvention auf das Erwachsenenschutzrecht, FamPra.ch 2018, S. 110 ff.
- BOENTE WALTER, Why does the law resist? Thoughts on Art. 12 CRPD vom 22. September 2018, Ziff. (i) und Bst. C, unter:
<http://www.mentalcapacitylawandpolicy.org.uk/whydoesthelawresist/> (31.3.2025) (zit. BOENTE, Art. 12 CRPD).
- BOENTE WALTER, Selbstbestimmung im Privatrecht – zur weiteren Diskussion, rechtstexte nr. 1, unter:
<https://rechtstexte.online/article/view/rt.1> (31.3.2025).
- BRAUN ESTHER/GATHER JAKOV/HENKING TANJA/VOLLMANN JOCHEN/SCHOLTEN MATTHÉ, Das Verständnis von Wohl im Betreuungsrecht – eine Analyse anlässlich der Streichung des Wohlbegriffs aus dem reformierten Gesetz, Ethik in der Medizin 2022, S. 515 ff.
- BROSEY DAGMAR, Der Wille des Patienten entscheidet, BtPrax 2009, S. 175 ff.
- BROSEY DAGMAR, Wunsch und Wohl betreuter Menschen im Lichte der UN-BRK, in: Aichele Valentin/Degener Theresia (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013, S. 355 ff. (zit. BROSEY, Wunsch).
- BROSEY DAGMAR, Anforderungen an einen Eingriff in das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, BtPrax 2014, S. 243 ff.
- BROSEY DAGMAR, § 1814 ff. BGB, in: Jürgens, Betreuungsrecht. Kommentar, 7. Aufl., München 2023.
- BUCHER EUGEN/AEBI-MÜLLER REGINA E., Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB. Rechts- und Handlungsfähigkeit, 2. Aufl., Bern 2017.
- BÜCHLER ANDREA/HÄFELI CHRISTOPH/LEUBA AUDREY/STETTLER MARTIN (Hrsg.), FamKommentar Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit. FamKomm Erwachsenenschutz-AUTOR:IN, Art. X N y).
- BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Kurzkommentar ZGB, 2. Aufl., Basel 2018 (zit. KUKO ZGB-AUTOR:IN, Art. X N y).
- BÜCHLER ANDREA/MICHEL MARGOT, Medizin – Mensch – Recht, 2. Aufl., Zürich 2020 (zit. BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht).
- COTTIER MICHELLE/CREVOISIER ABDEL AZIZ CÉCILE, The Empowerment and Protection of Vulnerable Adults. Switzerland, unter <https://assets-us-01.kc-usercontent.com/7099fc9-715f-0061-5726-009a48410fee/35a9984e-94ea-4c1d-9d93-08dd5bfca034/Switzerland.pdf> (31.3.2025) (zit.: COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment).
- COUNCIL OF EUROPE, A study on the Equal Recognition before the law. Contribution towards the Council of Europe Strategy on the Rights of Persons with Disabilities, 2017, unter:

<http://rm.coe.int/doc/090000168070d7f5> (31.3.2025).

- DEGENER THERESIA, Erwachsenenschutz, Vormundschaft und Betreuung aus menschenrechtlicher Behinderungsperspektive, BtPrax 2016, S. 205 ff.
- DELLA FINA VALENTINA, The Role of the CRPD Committee in Interpreting the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, in: Della Fina Valentina, The Committee on the Rights of Persons with Disabilities Law and Practice, Cham 2023, S. 171 ff. (zit. DELLA FINA, CRPD).
- DEVI NANDINI/BICKENBACH JEROME/STUCKI GEROLD, Moving towards substitute or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, ALTER, European Journal of Disability Research 2011, S. 249 ff.
- DHANDA AMITA, legal capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future?, Syracuse Journal of International Law and Commerce 2007, S. 429 ff.
- DINERSTEIN ROBERT D., Implementing legal capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making, Human Rights Brief 19, no. 2/2012, S. 8 ff., unter:
<https://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/vol19/iss2/2> (31.3.2025) (zit. DINNERSTEIN, legal capacity)
- DÖRING NICOLA/ BORTZ JÜRGEN, Forschungsmethoden und Evaluation in den Sozial- und Humanwissenschaften. 5. Aufl., Berlin 2016.
- DÖRR OLIVER, in: Dörr Oliver, Schmalenbach Kirsten (Hrsg.), Vienna Convention on the Law of Treaties, A Commentary, 2. Auflage 2018.
- FANKHAUSER ROLAND/SOLÈR LADINA, Die damaligen Revisionsziele des neuen Erwachsenenschutzrechts – eine aktuelle Auslegeordnung zehn Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes, ZKE 2022, S. 462 ff.
- FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/AFFOLTER-FRINGELI KURT/BIDERBOST YVO/STECK DANIEL (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich/Basel/Genf 2016 (zit. FHB KESR-AUTOR:IN, Rz. X)
- FRA Focus, Implementing the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). An overview of legal reforms in EU Member States, 5/2015, unter:
<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/implementing-un-crp-overview-legal-reforms-eu-member-states> (31.3.2025).
- FRÜCHTEL FRANK/BUDDE WOLFGANG, Familienkonferenzen. Oder: Ein radikales Verständnis von Betroffenenbeteiligung, Sozialmagazin 2003, S. 12 ff.
- FUCHS THOMAS, Das Gehirn – ein Beziehungsorgan. Eine phänomenologisch-ökologische Konzeption, 6. Aufl, Stuttgart 2021 (zit. FUCHS, Gehirn)
- GANNER MICHAEL, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes in rechtsvergleichender Sicht, BtPrax 2013, S. 171 ff.
- GANNER MICHAEL, Stand und Perspektiven des Erwachsenenschutzes aus rechtsvergleichender Sicht – Teil 2, BtPrax 2013, S. 222 ff.
- GANNER MICHAEL, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Vom Verhaltenskodex bis zum Representation Agreement, iFamZ 2014, S. 67 ff.
- GANNER MICHAEL, Arbeitsgruppe 1: Rechtssubjektivität und Zugang zum Recht, in: Ganner Michael/Rieder Elisabeth/Voithofer Caroline/Welti Felix (Hrsg.), Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland, Innsbruck 2021, S. 107 ff. (zit. GANNER, Rechtssubjektivität).
- GANNER MICHAEL/BARTH PETER, Allgemeiner Teil, in: Barth Peter/Ganner Michael (Hrsg.), Handbuch des Erwachsenenschutzrechts, 3. Aufl., Wien 2018 (zit. GANNER/BARTH, AT).

- GANNER MICHAEL/MÜLLER ANDREAS/VOITHOFER CAROLINE, Rechtliche Implikationen einer Ratifikation der UN-Behindertenrechtskonvention für Liechtenstein, Gutachten 2019, unter: <https://www.llv.li/files/asd/gutachten-liechtenstein-unbrk-28-10.pdf> (31.3.2025) (zit. GANNER/MÜLLER/VOITHOFER, Liechtenstein)
- GELARD SELIN, Le placement et le traitement de l'enfant dans un établissement psychiatrique (art. 314b CC). Analyse de lege lata et ferenda à la lumière des droits humains (CDPH, CDE, CEDH et CEDHB), Genève/Zürich 2024 (zit. GÉLARD, Art. 314b CC).
- GEISER THOMAS, Medizinische Zwangsmassnahmen bei psychisch Kranken aus rechtlicher Sicht, recht 2006, S. 91 ff.
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-AUTOR:IN, Art. X N y).
- GEISER THOMAS/REUSSER RUTH (Hrsg.), Basler Kommentar, Erwachsenenschutz, Art. 360-456 ZGB/Art. 14, 14a SchlT ZGB, Basel 2012 (zit. BSK Erwachsenenschutz-AUTOR:IN, Art. X N y).
- GETH CHRISTOPHER/MONA MARTINO, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht – Verbindlichkeit, mutmasslicher Wille oder objektive Interessen?, ZSR 2009, S. 157 ff.
- GLOCKENGIESSER IRIS, H. M. v. Sweden – der erste Entscheid des UN-Ausschusses für die Rechte von Menschen mit Behinderungen, Pflegerecht 2013, S. 156 ff.
- GORDON ROBERT M./SODEN ANN M., The Guardianship of Incapable Adults and Their Property in Canada, in: Dayton Kimberley A. (Hrsg.), Comparative Perspectives on Adult Guardianship, Durham 2014, S. 109 ff. (zit. GORDON/SODEN, Canada).
- GROS SARAH, La capacité de discernement de l'adulte en droit privé. Aspects matériels et procéduraux, Genève/Zürich/Bâle 2019 (zit. GROS, capacité).
- GUHLING HARTMUT, Stärkt die Reform des Betreuungsrechts das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen, BtPrax 2023, S. 3 ff.
- HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB. Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. HAAS, Einwilligung).
- HÄFELI CHRISTOPH, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4. Aufl., Zürich 2005 (zit. HÄFELI, Wegleitung).
- HÄFELI CHRISTOPH, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3. Aufl., Bern 2021 (zit. HÄFELI, KESR, Rz).
- HÄFELI CHRISTOPH/ROSCH DANIEL, Berner Kommentar zum Erwachsenenschutz. Die behördlichen Massnahmen Art. 388-425 ZGB, Bern 2023 (zit. BK-AUTOR, Art. X N y).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht. 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 (zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht).
- HARM UWE, Stellungnahme zur Kritik des UN-Fachausschusses zum deutschen Betreuungsrecht, BtPrax 2015, S. 135 ff.
- HARTMANN PASCALE/MOSER EVE, Selbstbestimmung in der Mandatsführung im Erwachsenenschutz, ZKE 2022, S. 236 ff.
- HARTMANN PASCALE, Praxis der Selbstbestimmung in Erwachsenenschutzmandaten. Umsetzung am Beispiel der Aufgabenbereiche Wohnen sowie Einkommens- und Vermögensverwaltung, ZKE 2024, S. 277 ff.
- HAURI ANDREA/ROSCH DANIEL, Familienrat (Family Group Conference) im Spannungsfeld zwischen methodischen Ansprüchen, verfahrensrechtlichen Möglichkeiten und Persönlichkeitsschutz, FamPra.ch 2018, S. 677 ff.

- HAUSHEER HEINZ/PERRIG-CHIELLO PASQUALINA, Selbstbestimmung - auch eine Frage des Alters, ZBJV 2012, S. 773 ff.
- HAUSSENER STEFANIE, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und medizinischer Praxis, Zürich/Basel/Genf 2017 (zit. HAUSSENER, Selbstbestimmung).
- HERMANN HELENA/FEUZ MARTIN/TRACHSEL MANUEL/BILLER-ANDORNO NICOLA, Decision making capacity: from testing to evaluation, Medicine, Health Care and Philosophy 2020, S. 253 ff. (zit. HERMANN/FEUZ/TRACHSEL/BILLER-ADORNO, Capacity).
- HESS-KLEIN CAROLINE/SCHEIBLER ELIANE, Aktualisierter Schattenbericht Inklusion Handicap, unter: [https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/699/schattenbericht_de_mit_barrierefreiheit-\(1\).pdf?lm=1646212633](https://www.inclusion-handicap.ch/admin/data/files/asset/file_de/699/schattenbericht_de_mit_barrierefreiheit-(1).pdf?lm=1646212633) (31.3.2025) (zit. HESS-KLEIN/SCHEIBLER, Schattenbericht).
- INCLUSION HANDICAP, Schattenbericht. Bericht der Zivilgesellschaft anlässlich des ersten Staatenberichtsverfahrens vor dem UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 16. Juni 2017 (zit. INCLUSION HANDICAP, Schattenbericht,)
- KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG/ WYTTEBACH JUDITH/ SCHNEIDER ANNINA/AKAGÜNDÜZ SABIHA, Mögliche Konsequenzen einer Ratifizierung der UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen durch die Schweiz. Gutachten zuhanden des Generalsekretariats GS-EDI/Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB, unter: https://www.edi.admin.ch/dam/edi/de/dokumente/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf.download.pdf/gutachten_zur_uno-behindertenkonvention.pdf (31.3.2025) (zit. KÄLIN/KÜNZLI/WYTTEBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, Gutachten).
- KEENE ALEX RUCK/KANE NUALA B./KIM SCOTT Y.H./OWEN GARETH S., Mental capacity – why look for a paradigm shift?, Medical Law Review 2023, S. 340 ff.
- KERSTING PHILIPP, Nur Wunsch, kein Wohl? – Zu den Pflichten bei der Betreuungsführung nach § 1821 BGB n. F., BtPrax 2021, S. 203 ff.
- KIRCHMAIR RAINER, Schutzmechanismen des öffentlichen Rechts für Menschen mit Behinderungen in institutioneller Unterbringung, Wien 2015 (zit. KIRCHMAIR, Schutzmechanismen).
- KNAUF CHRISTIAN, Mutmassliche Einwilligung und Stellvertretung bei ärztlichen Eingriffen an Einwilligungsunfähigen, Baden-Baden 2005 (zit. KNAUF, Einwilligung).
- KÖBERL KATHARINA/SITNER MAREK, Der mutmassliche Wille – ein überholtes Konzept? RdM 2019, S. 108 ff.
- KOKES-Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern), Zürich/St.Gallen 2012.
- KOKES, Organisation von Berufsbeistandschaften vom 18. Juni 2021, unter: https://www.kokes.ch/download_file/view/1211/563 (31.3.2025) (zit. KOKES, Berufsbeistandschaften).
- KOKES, Empfehlungen zur Ernennung der geeigneten Beistandsperson. Wer passt zu wem? vom 29. November 2024 auf: https://www.kokes.ch/application/files/8517/3826/8821/KOKES_-_Empfehlungen_geeignete_Beistandsperson.pdf (31.3.2025) (zit. KOKES, Beistandsperson).
- KOSUCH RENATE, Qualität der Beziehungsgestaltung für die rechtliche Betreuung – Impulse aus (kommunikations-)psychologischer Perspektive, BtPrax 2018, S. 18 ff.
- KOSUCH RENATE/ROSCH DANIEL, Qualität der Beziehungsgestaltung in der Mandatsführung im Erwachsenenschutz, ZKE 2019, S. 512 ff.
- KOTZUR MARKUS/RICHTER CLEMENS, Anmerkungen zur Geltung und Verbindlichkeit der Behindertenrechtskonvention im deutschen Recht, in: Welke Antje (Hrsg.), UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen, Berlin 2012, S. 81 ff. (zit. KOTZUR/RICHTER, BRK)

- KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/WOLF STEPHAN/AMSTUTZ MARC/FANKHAUSER ROLAND (Hrsg.), ZGB Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-AUTOR:IN).
- KREUTZ MARCUS/LACHWITZ KLAUS/TRENK-HINTERBERGER PETER, Die UN-Behindertenrechtskonvention in der Praxis. Erläuterungen der Regelung und Anwendungsgebiete, Köln 2013 (zit. UN-BRK-AUTOR:IN).
- KUCKARTZ UDO/RÄDIKER STEFAN, Qualitative Inhaltsanalyse. Methoden, Praxis, Umsetzung mit Software und künstlicher Intelligenz. 6. Aufl., Weinheim 2024.
- KÜNZLI JÖRG/BERTONI LAURA/STUCKI NOEL, Die Unterbringung urteilsunfähiger Personen in geschlossenen Abteilungen von Alters- und Pflegeinstitutionen. Gutachten zuhanden der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) vom 12. Juli 2024, unter: <https://backend.nkvf.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-nkvfadminch-files/files/2025/02/03/9a1f257f-ed0f-4607-bbb3-f7ba9dc8e2a8.pdf> (31.3.2025) (zit. KÜNZLI/BERTONI/STUCKI, Gutachten Unterbringung)
- LACHWITZ KLAUS, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung, BtPrax 2008, S. 143 ff.
- LACHWITZ KLAUS, Funktion und Anwendungsbereich der «Unterstützung» («support») bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gemäss Artikel 12 UN-BRK – Anforderungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung, in: Aichele Valentin (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Baden-Baden 2013, S. 67 ff. (zit. LACHWITZ, support).
- LAMONT SCOTT/JEON YUN-HEE/CHIARELLA MARY, Assessing patient capacity to consent to treatment: an integrative review of instruments and tools, Journal of Clinical Nursing 2013, S. 2387 ff.
- LIPP VOLKER, Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson, Tübingen 2000 (zit. LIPP, Freiheit)
- LIPP VOLKER, UN-Behindertenrechtskonvention und Betreuungsrecht, BtPrax 2010, S. 263 ff.
- LIPP VOLKER, Betreuungsrecht und UN-Behindertenrechtskonvention, FamRZ 2012, S. 669 ff.
- LIPP VOLKER, Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK, in: Aichele Valentin (Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Baden-Baden 2013, S. 329 ff. (zit. LIPP, Art. 12 BRK).
- LIPP VOLKER/BAGNIEWSKI KATHARINA/DANKERT BENJAMIN/NEWELL REBECCA, Das Representation Agreement in British Columbia (Canada) – ein Modell für Deutschland, BtPrax 2013, S. 217 ff.
- LIPP VOLKER, Selbstbestimmung 2.0 – Die Bedeutung der UN-Behindertenrechtskonvention für das deutsche Betreuungsrecht, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, S. 1 ff. (zit. LIPP, Selbstbestimmung 2.0).
- LIPP VOLKER, Vorsorgevollmacht und Menschenrechte, in: Dutta Anatol/Guhling Hartmut/Klinkhammer Frank (Hrsg.), Das Familienrecht in seiner grossen Vielfalt. Festschrift für Hans-Joachim Dose, Köln 2022, S. 333 ff. (zit. LIPP, FS Dose 2022).
- LIPP VOLKER/BALTZER LENA/BRESCH MAXIMILIAN/HESSE PABLO/SCHRÖDER RENÉ, Arbeitsgruppe 1: Rechtssubjektivität und Zugang zum Recht (Art. 12, Art. 13 UN-BRK) in Deutschland, in: Ganner Michael/Rieder Elisabeth/Voithofer Caroline/Welti Felix (Hrsg.), Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland, Innsbruck 2021, S. 107 ff. (zit. LIPP/BALTZER/BRESCH/HESSE/SCHRÖDER, Rechtssubjektivität).
- LOYTVED HELGE/FRERICHS KONRAD, Zur rechtlichen Handlungsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren, in: Aichele Valentin, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Baden-Baden 2013, S. 121 ff. (zit. LOYTVED/FRERICHS, Handlungsfähigkeit).

- LUTZ RAHEL, Stellungnahme der SVBB: Selbstbestimmung 2.0 – Die Bedeutung für Berufsbeiständinnen und -beistände, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder, Bern 2017, S. 161 ff. (zit. LUTZ, Selbstbestimmung 2.0).
- MARANTA LUCA, Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzverfahren, FamPra.ch 2019, S. 374 ff.
- MARSCHNER ROLF, Menschen in Krisen: Unterbringung und Zwangsbehandlung in der Psychiatrie, in: Aichele Valentin, Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht, Baden-Baden 2013, S. 203 ff. (zit. MARSCHNER, Zwangsbehandlung).
- MARSCHNER ROLF, Teil A und Kommentierung, in: Marschner Rolf/Lestin Wolfgang/Stahmann Rolf (Hrsg.), Freiheitsentziehung und Unterbringung, 6. Aufl., München 2019 (zit. MARSCHNER, Teil A).
- MATTA VANITA/ENGELS DIETRICH/BROSEY DAGMAR/KÖLLER REGINE/SCHMITZ ALINA/MAUR CHRISTINE/KOSUCH RENATE/ENGEL ALEXANDER, Qualität in der rechtlichen Betreuung. Abschlussbericht, Köln 2018 (zit. MATTA/ENGELS/BROSEY/KÖLLER/SCHMITZ/MAUR/KOSUCH/ENGEL, Qualität).
- MAUCHLE MATHIAS, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde, Zürich/St. Gallen 2019 (zit. MAUCHLE, Rechtsverhältnis).
- MAYRHOFFER HEMMA, Modelle unterstützter Entscheidungsfindung. Beispiele guter Praxis aus Kanada und Schweden, Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS), Working Paper, Wien 2013, unter:
https://www.researchgate.net/publication/283308729_Modelle_unterstutzter_Entscheidungsfindung_Beispiele_guter_Praxis_aus_Kanada_und_Schweden_IRKS_Working_Paper_No_16/ink/5632380208ae242468d97aa8/download?tp=eyJjb250ZXh0Ijp7InBhZ2UiOiJwdWJsaWNhdGlvbGlzInByZXZpb3VzUGFnZSI6bnVsbH19 (31.3.2025) (zit. MAYRHOFFER, IRKS).
- MAYRHOFFER HEMMA, Begriffsbestimmungen und entscheidende Fragen an eine gute Praxis unterstützter Entscheidungsfindung. Anregungen für die Implementierung dieses Unterstützungsmodells, iFamZ 2014, S. 64 ff.
- MCCALLUM RON, Research Report, The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: An Assessment of Australia's Level of Compliance, 2020, unter:
https://disability.royalcommission.gov.au/system/files/2020-10/Research%20Report%20-%20The%20United%20Nations%20Convention%20on%20the%20Rights%20of%20Persons%20with%20Disabilities%20-%20An%20Assessment%20of%20Australia%E2%80%99s%20Level%20of%20Compliance_1.pdf (31.3.2025) (zit. MCCALLUM, Australia).
- MEIER PHILIPPE, CDPH et droit suisse de la protection de l'adulte – une coexistence pacifique ou un infranchissable fossé?, in: Ziegler Andreas R./Kuffer Julie (Hrsg.), Les Minorités et le Droit. Minorities and the Law. Mélanges en l'honneur du Professeur Barbara Wilson, Zürich 2016, S. 337 ff. (zit. MEIER, FS Wilson).
- MEIER PHILIPPE, Zürcher Kommentar zum Erwachsenenschutz, die behördlichen Massnahmen, allgemeine Grundsätze – Die Beistandschaften, Art. 388-404, Zürich/Basel/Genf 2021 (zit. ZK-MEIER, Art. Xy ZGB Ny).
- MEIER PHILIPPE, Droit de la protection de l'adulte, 2. Aufl., Zürich 2022 (zit. MEIER, protection de l'adulte, Rz.).
- MENKES JERZY, Legal-international analysis of Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The impact of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the International Bill of Human Rights, in: Domanski Maciej/Lackoronski Boguslaw (Hrsg.), Models of Implementation of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Private and Criminal Law Aspects, S. 20 ff. (zit. MENKES, Analysis).

- MINKOWITZ TINA, The United Nations Convention of the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be free from nonconsensual psychiatric Interventions, *Syracuse J. Int’L. & Com*, 2006, S. 405 ff.
- MORE CESA EDWIN MORENO, Implementation of Art. 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Republic of Peru, in: Domanski Maciej/Lackoronski Bouslaw (Hrsg.), *Models of Implementation of Art. 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). Private and Criminal Law Aspects*, New York 2024, S. 410 ff. (zit. MORE, Peru).
- MÜLLER LUCIEN, Aufgedrängte Fürsorge. «Paternalistisches» Staatshandeln und die Bestimmung des eigenen Wohls. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung, Zürich 2024 (zit. MÜLLER, Fürsorge)
- NACHTSCHATT EVA, Die rechtliche Handlungsfähigkeit im Erwachsenenschutz, Wien 2019 (zit. NACHTSCHATT, Handlungsfähigkeit).
- PETERSON ANDREW/KARLAWISH JASON/LARGENT EMILY, Supported Decision Making with People at the Margins of Autonomy, *The American Journal of Bioethics* 2020, S. 4 ff.
- NAGEL SASKIA K., Hirnforschung und der freie Wille, in: Erbguth Frank/Jox Ralf J. (Hrsg.), *Angewandte Ethik in der Neuromedizin*, 2. Aufl. Berlin/Heidelberg 2024, S. 15 ff. (zit. NAGEL, Hirnforschung).
- NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT/LANDOLT HARDY/DEMIR EYLEM/FIIPPO MARTINA (Hrsg.), *UNO-Behindertenrechtskonvention*, Bern 2023 (zit. SHK-UNO-BRK-AUTOR:IN, Art. Y N x).
- NUSPLIGER ISABELLE, Grundfragen zum Betreuungsvertrag gemäss Art. 382 ZGB, Bern 2020 (zit. NUSSPLIGER, Betreuungsvertrag)
- PICHONNAZ PASCAL/FOËX BÉNÉDICT/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), *Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1-456 CC*, 2. Aufl., Basel 2024 (zit. CR CC-AUTOR:IN, Art. X N y).
- PICK INA, Kommunikation in der rechtlichen Betreuung: Ansatzpunkte für Selbstbestimmung beim unterstützten Entscheiden in der rechtlichen Betreuung. Teil 1, *BtPrax* 2019, S. 137 ff.
- PICK INA, Kommunikation in der rechtlichen Betreuung: Ansatzpunkte für Selbstbestimmung beim unterstützten Entscheiden in der rechtlichen Betreuung. Teil 2, *BtPrax* 2019, S. 180 ff.
- PICK INA, Kommunikation in der rechtlichen Betreuung: Ansatzpunkte für Selbstbestimmung beim unterstützten Entscheiden in der rechtlichen Betreuung. Teil 3, *BtPrax* 2019, S. 230 ff.
- RAMM MICHAEL, Response, Stichprobe und Repräsentativität. Zwei Dokumentationen zum Deutschen Studierenden survey (DSS). Hefte zur Bildungs- und Hochschulforschung, Nr. 72, Konstanz 2014.
- ROSCH DANIEL, Die Bestimmung der Aufgabenbereiche des Beistandes nach Art. 391 nZGB, *ZKE* 2010, S. 184 ff.
- ROSCH DANIEL, Die Begleitbeistandschaft. Unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention, Diss. Basel 2017, Bern 2017 (zit. Rosch, Begleitbeistandschaft, Rz.)
- ROSCH DANIEL, Die Beistandschaft, die Selbstbestimmung und die UN-Behindertenrechtskonvention im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 12 BRK, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), *Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder*, Bern 2017, S. 67 ff. (zit. ROSCH, Selbstbestimmung 2.0).
- ROSCH DANIEL, Erwachsenenschutz zwischen Selbstbestimmung, Supported Decision Making und Substitute Decision Making, *FamPra.ch* 2019, S. 105 ff.
- ROSCH DANIEL, Nahestehende oder Fachpersonen als Beistaände bzw. Unterstützer im Erwachsenenschutz?, *FamPra.ch* 2019, S. 765 ff.

- ROSCH DANIEL, Die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB gehört de lege ferenda abgeschafft!? – ein Zwischenruf, FamPra.ch 2021, S. 692 ff.
- ROSCH DANIEL, Erwachsenenschutz und Behindertenrechtskonvention: Stossrichtung und Umsetzung für die Praxis, ZKE 2022, S. 474 ff.
- ROSCH DANIEL, Leitfaden für Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände, Systematik und Wissensbausteine für die Mandatsführung, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. ROSCH, Leitfaden).
- ROSCH DANIEL, Zur Legitimation des Erwachsenenschutzrechts. Vom Schwächezustand und von der Schutzbedürftigkeit, ZKE 2024, S. 224 ff.
- ROSCH DANIEL/BÜCHLER ANDREA/JAKOB DOMINIQUE (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015 (zit. ESR KOMM-Autor:in, Art. X N y).
- ROSCH DANIEL/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA/HECK CHRISTOPH (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz, Recht und Methodik für Fachleute, 3. Aufl., Bern 2022 (zit. AUTOR:IN, Handbuch KES, Rz.).
- ROSCH DANIEL/ZOBRIST PATRICK, Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz, in: Rosch Daniel/Fountoulakis Christiana/Heck Christoph, Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, 3. Aufl. Bern 2022, S. 674 ff. (zit. ROSCH/ZOBRIST, Abklärungsinstrument).
- ROSCH DANIEL/WETTERAUER CHARLOTTE/TRACHSEL MANUEL, Urteilsfähigkeit 2.0. Optimierte Selbstbestimmung und Supported Decision Making im Kontext der UN-Behindertenrechtskonvention – Ein Modell am Beispiel von Demenz, Bern 2025 (zit. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0).
- ROTHFRITZ LAURI PHILIPP, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Bruxelles/New York/Oxford/Wien, 2010 (zit. ROTHFRITZ, BRK).
- ROXIN CLAUS, Über die mutmassliche Einwilligung, in: Stratenwerth Günter (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, Berlin/New York 1974, S. 447 ff.
- SCHEFER MARKUS/HESS-KLEIN CAROLINE, Behindertengleichstellungsgesetz, Bern 2014.
- SCHMAHL STEFANIE, Grund- und menschenrechtliche Anforderungen an den Erwachsenenschutz, in: Coester-Waltjen Dagmar/Lipp Volker/Schumann Eva/Veit Barbara (Hrsg.), Perspektiven und Reform des Erwachsenenschutzes, Göttingen 2013, S. 11 ff. (zit. SCHMAHL, Grundrechte).
- SCHMID HERMANN, Erwachsenenschutz, Kommentar zu Art. 360-456 ZGB, Zürich/St. Gallen 2010, (zit. SCHMID, Kommentar ESR, Art. X N y).
- SCHNYDER BERNHARD/MURER ERWIN, Berner Kommentar, Das Vormundschaftsrecht, Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, Bern 1984 (BK-Schnyder/Murer, Art. X aZGB N y).
- SCHOLTEN MATTHÉ/HABERSTROH JULIA, Entscheidungsassistenz und Einwilligungsfähigkeit bei Demenz. Ein Manual für die klinische Praxis und Forschung. Stuttgart: Kohlhammer, 1. Aufl. 2024.
- SCHROEDER WERNER/MÜLLER ANDREAS/ECCHER BERNHARD/WEBER KARL/HESSL GEORG/REISSNER PETER-GERT/MAIR ANDREAS/GANNER MICHAEL/VOITHOFER CAROLINE, Gutachten über die aus dem UN-Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen erwachsenden Verpflichtungen Österreichs, 28. Februar 2014, Universität Innsbruck (zit. SCHROEDER/MÜLLER/ECCHER/WEBER/HESSL/REISSNER/MAIR/GANNER/VOITHOFER, Gutachten).
- SCHWENZER INGEBORG/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2020 (zit. SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, Rz. X).

- SESSUM LAURA L./ZEMBRZUSKA HANNA/JACKSON JEFFREY L., Does this Patient have medical Decision-Making Capacity?, *Journal of the American Medical Association* 2011, S. 420 ff.
- SERIES LUCY/NILSSON ANNA, Art. 12, in: Bantekas Ilias/Stein Michael Ashley/Anastasiou Dimitris (Hrsg.), *The UN Convention on the Right of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford 2018 (zit. SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK).
- SPRECHER FRANZISKA, Patientenrechte Urteilsunfähiger, Veto- und Partizipationsrechte Urteilsunfähiger in medizinischen Angelegenheiten und ihre (spezialgesetzliche) Regelung im schweizerischen Recht, *FamPra.ch* 2011, S. 270 ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Bern 2014.
- STUCKY MARTIN/WIDER DIANA, «Peer-Arbeit» als Form der Partizipation – auch im Kindes- und Erwachsenenschutz!, *ZKE* 2018, S. 304 ff.
- SZMUKLER GEORGE, «Capacity», «best interest», «will» and «preferences» and the UN convention on the rights of persons with disabilities, *World Psychiatry* 2019, S. 34 ff.
- TOLMEIN OLIVER, Art. 12 BRK, in: Welke Antje (Hrsg.), *UN-Behindertenrechtskonvention mit rechtlichen Erläuterungen*, Berlin 2012, S. 136 ff. (zit. TOLMEIN, Art. 12 BRK).
- TUR WITOLD/PETERMANN FRANK TH., Relativität von Entscheidungen, in: Petermann Frank Th. (Hrsg.), *St. Galler Tagung zur Urteilsfähigkeit 2018*, S. 135 ff. (zit. TUR/PETERMANN, Relativität).
- VASQUEZ ALBERTO/RUBIDO JOSÉ-MIGUEL, L'article 12 CDPH au regard du droit suisse de la protection de l'adulte: État des lieux et perspectives, in: Vaerini Micaela/Longchamp Guy/Rubido José-Miguel (Hrsg.), *Le droit des personnes âgées – Aspects de droit civil suisse et international*, Bern 2019, S. 99 ff. (zit. VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH).
- VILLIGER MARK E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Boston 2009.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Basel 2015 (zit. BSK BV-AUTOR:IN).
- WELTI FELIX, Die UN-BRK und ihre Umsetzung in Deutschland, in: Ganner Michael/Rieder Elisabeth/Voithofer Caroline/Welti Felix (Hrsg.), *Die Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention in Österreich und Deutschland*, Innsbruck 2021, S. 27 ff. (zit. WELTI, Deutschland).
- WETTERAUER CHARLOTTE, Urteils(un)fähigkeit in der Patientenversorgung aus der Perspektive der Klinischen Ethikkonsultation. Erwachsenenschutzrechtliche Regelungen im Spannungsfeld von Autonomie und Fürsorge, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), *Schriftenreihe zum Kindes- und Erwachsenenschutz*, Bd. 7, Bern 2024 (zit. WETTERAUER, Patientenversorgung).
- WIDER DIANA, Die Beistandschaft als Unterstützung zu mehr Selbstbestimmung, in: Rosch Daniel/Maranta Luca (Hrsg.), *Selbstbestimmung 2.0. Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder*, Bern 2017, S. 171 ff.
- WIDMER BLUM CARMEN L., Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Luzern 2010 (zit. WIDMER-BLUM, Urteilsunfähigkeit).
- WIED THERESA S., Wenn ich nicht mehr selber entscheiden kann, dann bin ich nur noch ein halber Mensch – Entscheidungsassistenz für Menschen mit Demenz, Dissertation Frankfurt a.M. 2020, unter: http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/files/57129/Theresa_Wied_Dissertation_2020.pdf (31.3.2025).
- WIED THERESA S./HABERSTROH JULIA/PANTEL JOHANNES, Methoden der Entscheidungsassistenz, in: Scholten Matthé/Haberstroh Julia (Hrsg.), *Entscheidungsassistenz und Einwilligungsfähigkeit bei Demenz. Ein Manual für die klinische Praxis und Forschung*, 1. Aufl., Stuttgart 2024,

S. 23 ff.

WILLENER, DANIELA, Umsetzung des Selbstbestimmungsgrundsatzes in der Mandatsführung im
Erwachsenenschutz – Eine Analyse zum Stand in der Praxis, ZKE 2023, S. 526 ff.

WOLF CHRISTIANE E., Geschäftsunfähigkeit und Behindertenrechtskonvention, Berlin 2015 (zit. WOLF,
Geschäftsunfähigkeit).

I. Auftrag

1. Vorgeschichte

Im Rahmen der «Behindertenpolitik 2023–2026» des Bundesrates vom 9. Dezember 2023¹ ist im Schwerpunktprogramm «Partizipation» als Massnahme vorgesehen, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Erwachsenenschutzrecht zu prüfen. Dabei sollen die umfassende Beistandschaft evaluiert und allfällige Möglichkeiten einer gesetzlichen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die gesellschaftliche Teilhabe von Menschen mit Behinderungen aufgezeigt werden.² Das hierzu beauftragte Eidgenössische Departement des Innern (EDI) hat beschlossen, diese Überprüfung in Form eines Mandates auszulagern und eine Begleitgruppe bestehend aus dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB, Lead), dem Bundesamt für Justiz (BJ), der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES), Inclusion Handicap und insieme einzusetzen.³

Zusätzlich hielt die Rückmeldung des Ausschusses der UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber der Schweiz vom 13. April 2022⁴ in Ziff. 26 unter Hinweis auf den General Comment No. 1 vom 19. Mai 2014⁵ fest, dass das Zivilgesetzbuch und das Erwachsenenschutzrecht geändert werden sollten und alle Gesetze und damit zusammenhängenden Massnahmen und Praktiken aufgehoben werden müssten, die bezwecken oder bewirken, dass die Anerkennung von Menschen mit Behinderungen als Personen vor dem Gesetz verweigert oder geschmälert wird. Zudem sollte in enger Absprache mit und unter aktiver Beteiligung von Menschen mit Behinderungen und den sie vertretenden Organisationen ein landesweit einheitlicher Rahmen für die unterstützende Entscheidungsfindung entwickelt und umgesetzt werden, der den Willen, die Präferenzen und die individuellen Entscheidungen von Menschen mit Behinderungen respektiert.⁶

Hintergrund dafür ist die in Ziff. 25 aufgeführte Besorgnis des Ausschusses⁷ hinsichtlich der fehlenden Anerkennung des Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Gleichheit vor dem Gesetz einschliesslich der Existenz von Gesetzen, die Menschen mit Behinderungen die Rechtsfähigkeit absprechen oder einschränken und sie unter umfassende Beistandschaft stellen sowie der fehlenden Massnahmen zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen, damit diese ihre Rechts- bzw. Handlungsfähigkeit gleichberechtigt mit anderen ausüben können.

¹ Vgl. Bundesrat, Schwerpunktprogramme Behindertenpolitik 2023–2026, Ziele und Massnahmen vom 8.12.2023.

² Schwerpunktprogramme, S. 11.

³ Pflichtenheft, S. 2.

⁴ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber der Schweiz, Concluding observations on the initial report of Switzerland vom 13. April 2022.

⁵ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12: Equal recognition before the law, CRPD/C/GC/1 vom 19. Mai 2014.

⁶ «26. Recalling its general comment No. 1 (2014), the Committee recommends that the State party:

- (a) Amend the Civil Code and the Act on the Protection of Adults and repeal any laws and associated policies and practices that have the purpose or effect of denying or diminishing the recognition of any person with disabilities as a person before the law;
- (b) Develop and implement, in close consultation with and with the active involvement of persons with disabilities and their representative organizations, a nationally consistent framework for supported decision-making that respects the will, preferences and individual choices of persons with disabilities.»

⁷ «25. The Committee notes with concern:

- (a) The lack of recognition of the right of persons with disabilities to equality before the law, including the existence of laws denying or restricting the legal capacity of persons with disabilities and placing them under guardianship;
- (b) The absence of measures to support persons with disabilities to exercise their legal capacity on an equal basis with others.»

Das EBGB hat für dieses Mandat ein Pflichtenheft vom 28. Februar 2024 mit Zusatz vom 4. März 2024 ausgearbeitet. Demzufolge soll auf Basis der Empfehlungen des UN-BRK-Ausschusses in Ziff. 26⁸ eine rechtliche Auseinandersetzung im Hinblick auf die Notwendigkeit einer Revision im Erwachsenenschutzrecht, teilweise ergänzt mit sozialwissenschaftlichen Erhebungen der Praxis, in Form eines Gutachtens erfolgen. Dabei stellen sich im Kern die Fragen,

- ob die umfassende Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB unter Berücksichtigung der Lehre und Praxis aufgehoben werden kann oder muss (Arbeitspaket I)⁹ und
- inwiefern ein Wechsel von einem System der stellvertretenden Entscheidungsfindung (sog. «substituted decision-making») zu einem System der unterstützenden Entscheidungsfindung (sog. «supported decision-making») möglich ist (Arbeitspaket II).

2. Ziele des Arbeitspaketes II

Im Rahmen der soeben genannten Hauptfrage des Arbeitspaketes II soll bzw. sollen gemäss dem Pflichtenheft und der Offerte

- der aktuelle Stand der Diskussion in der Lehre betr. der Forderung des Ausschusses der UN-Behindertenrechtskonvention über die Notwendigkeit, jegliche Form der Vertretung abzuschaffen und durch eine oder mehrere Formen der unterstützenden Entscheidungsfindung zu ersetzen, mitunter im historischen Kontext und mit Definition der erforderlichen Begriffe, dargelegt werden,
- untersucht werden, welche Möglichkeiten der unterstützenden Entscheidungsfindung es im Erwachsenenschutz gibt, um die Vertretungsbeistandschaft zu ersetzen (u. a. anhand von fiktiven Fallbeispielen),
- untersucht werden, welche (rechtlichen, organisatorischen oder finanziellen) Faktoren aufgrund einer Befragung von ausgewählten Betroffenenorganisationen deren Umsetzung in der Praxis begünstigen oder behindern,
- Beispiele analysiert werden, in denen die Mandatsführung durch die Beistandsperson die Selbstbestimmung optimal unterstützt,
- geprüft werden, wie die vorhandenen Elemente im Hinblick auf eine selbstbestimmte Lebensweise weiterentwickelt und ausgebaut werden können (z. B. bei der Wahl der Wohnung, der Arbeit usw.),
- Empfehlungen und/oder Vorschläge im Hinblick auf einen möglichen Änderungsbedarf formuliert werden sowie
- bestehende Modelle in Kanada, Peru und Deutschland hinsichtlich der Ersetzung von stellvertretender Entscheidungsfindung durch unterstützende Entscheidungsfindung sowie

⁸ «26. Recalling its general comment No. 1 (2014), the Committee recommends that the State party:

- (a) Amend the Civil Code and the Act on the Protection of Adults and repeal any laws and associated policies and practices that have the purpose or effect of denying or diminishing the recognition of any person with disabilities as a person before the law;
- (b) Develop and implement, in close consultation with and with the active involvement of persons with disabilities and their representative organizations, a nationally consistent framework for supported decision-making that respects the will, preferences and individual choices of persons with disabilities.»

⁹ Einsehbar unter: <https://backend.ebgb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-ebgbch-files/files/2025/05/01/89c3d1f8-8ac5-4ed6-a7ca-a6cc41df4c3f.pdf> (7.4.2025).

hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen dem Erwachsenenschutzrecht und dem landestypischen Verständnis von «legal capacity» geprüft werden.

3. Aspekte und Vorgehensweise

Das Arbeitspaket II beinhaltet eine juristische Begutachtung der Möglichkeiten eines Paradigmenwechsels, die mit einer Befragung von fünf ausgewählten Betroffenenorganisationen komplettiert wird. Folgende Aspekte werden beleuchtet:

a) Ausgangslage und Begriffsklärung

In diesem Teil werden die Anforderungen und die damit verbundene Diskussion betreffend unterstützende und stellvertretende Entscheidungsfindung im BRK-Kontext dargestellt. Dazu gehört eine kurze Darlegung der unterschiedlichen rechtlichen Auffassungen und Diskussionen hinsichtlich der Notwendigkeit der Abschaffung jeder Form der Vertretung sowie der Definition der erforderlichen Begriffe (z. B. unterstützende Entscheidungsfindung, stellvertretende Entscheidungsfindung, «will», «preferences», «safeguard» etc.), die z. T. im Laufe des Gutachtens erläutert werden. Soweit in der Literatur keine einheitliche Begriffsdefinition besteht, wird eine Arbeitsdefinition verwendet.

Ziel: Die Anforderungen der BRK hinsichtlich unterstützender Entscheidungsfindung sind umrissen und die Begriffe geklärt.

b) Supported und substitute decision-making in ausgewählten Ländern

Im Hinblick auf die Fragestellung unter Berücksichtigung des landestypischen Verständnisses von «legal capacity» (Verweis auf das Handlungsfähigkeitsrechts) werden verschiedene Modelle von unterstützender Entscheidungsfindung dargestellt. Folgende Länder wurden dafür ausgewählt:

- Kanada: Kanada wird in der internationalen Literatur immer wieder zitiert¹⁰, da dort schon früh Elemente von unterstützender Entscheidungsfindung eingeführt wurden.¹¹ Damit lässt sich ein Teil der Mechanismen von unterstützender Entscheidungsfindung veranschaulichen.
- Peru: Peru gilt als das erste Land, das die stellvertretende Entscheidungsfindung abgeschafft hat.¹² Daher erscheint es für die vorliegende Fragestellung sehr interessant.
- Deutschland: Deutschland hat das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aufgrund ähnlicher Rückmeldungen des Ausschusses¹³, wie sie die Schweiz erhielt, per 1. Januar 2023 revidiert. Damit seien die Vorgaben nach Art. 12 BRK verbessert bzw. gestärkt worden.¹⁴ Aufgrund der ähnlichen Rückmeldungen und der Bedeutung des BGB für die schweizerische Lehre und Rechtsprechung erscheint ein Blick nach Deutschland für die vorliegende Fragestellung hilfreich.

Ziel: Darstellung von unterstützender Entscheidungsfindung in Ländern, die unterschiedliche Lösungen im Umgang mit den Rückmeldungen des UN-BRK-Ausschusses gefunden haben.

¹⁰ Vgl. z.B. LIPP/BAGNIEWSKI/DANKERT/NEWELL, BtPrax 2013, S. 217 ff.; GANNER, iFamZ 2014, S. 67 ff.; MAYRHOFFER, IRKS, S. 14 ff.; ROSCH, SHK-UNO-BRK, Art. 12 N 64 ff.

¹¹ Vgl. hinten Teil II, Ziff. 8.1.

¹² Vgl. z. B. <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/09/peru-milestone-disability-reforms-lead-way-other-states-says-un-expert> (31.3.2025); vgl. auch VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 116.

¹³ Ausschuss der UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Deutschland (2015), Ziff. 26.

¹⁴ BT-Drucks 19/24445 vom 18.11.2020, S. 1.

c) Stand Schweiz

In diesem Teil wird der Stand der rechtlichen Diskussion in der Schweiz unter Berücksichtigung der wesentlichen Perspektiven hinsichtlich unterstützender und stellvertretender Entscheidungsfindung und BRK dargestellt. Anknüpfungspunkt ist auch hier die Kritik des UN-BRK-Ausschusses. Dabei wird auch der Reformbedarf dargelegt, der sich aus den unterschiedlichen Perspektiven ergibt.

Ziel: Darstellung der Diskussion und des sich daraus ergebenden Reformbedarfs.

d) Stand Schweiz – sozialwissenschaftliche Erhebung

Es wurden fünf ausgewählte Betroffenenorganisationen befragt. Dabei sollte der Frage nachgegangen werden, welche tatsächlichen, organisatorischen, rechtlichen und finanziellen Interventionen zu einer Verbesserung oder zu einem Paradigmenwechsel bezüglich unterstützender Entscheidungsfindung im Erwachsenenschutz führen würden, und welche diese behindern. Dazu können ebenso staatliche Vorgaben gehören wie tatsächliche Unterstützung, beispielsweise mittels Peer-Arbeit.

Folgende Organisationen wurden angeschrieben:

- KESCHA (Anlaufstelle Kindes- und Erwachsenenschutz): Sie bietet Informationen für Menschen, die von einer Beistandschaft oder von einer Abklärung betroffen sind.
- insieme: Organisation mit und für Menschen mit einer geistigen Behinderung
- Alzheimerstiftung: Organisation für Menschen mit Demenz
- Schweizerischer Verband der Berufsbeistandspersonen (SVBB): Zusammenschluss von Berufsbeistandschaftsorganisationen und privaten Beistandspersonen. Die Organisation ist zwar keine Betroffenenorganisation von Menschen mit Beeinträchtigungen im engeren Sinne, doch arbeiten die Beistandspersonen, die befragt wurden, mit den betroffenen Personen und sind stark von einem Wechsel von stellvertretender zur unterstützender Entscheidungsfindung betroffen.
- Inclusion Handicap: Dachverband der Behindertenorganisationen Schweiz. Inclusion Handicap ist keine Betroffenenorganisation, sie setzen sich jedoch für die Inklusion und Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen auf nationaler Ebene ein.

Methode:

Zur Erreichung des genannten Ziels wurden mit jeweils einem bzw. einer Vertreter:in der genannten Organisationen leitfadengestützte Expert:innen-Interviews (n = 5 Interviews) geführt. Diese Interviews konnten telefonisch durchgeführt werden. Sie wurden im Anschluss computergestützt mit NoScribe transkribiert und mit Hilfe von MaxQDA qualitativ inhaltsanalytisch¹⁵ ausgewertet. Hierbei sollten auf den verschiedenen Ebenen (organisatorisch, rechtlich, finanziell etc.) jene Interventionen herausgearbeitet werden, die förderlich bzw. hinderlich für einen Paradigmenwechsel hin zur unterstützenden Entscheidungsfindung erachtet wurden.

Ziel: Einholen des Handlungsbedarfs und der relevanten Faktoren für die Praxis aus der Sicht von relevanten Betroffenenorganisationen im Erwachsenenschutz.

¹⁵ KUCKARTZ& RÄDIKER (2022). Qualitative Inhaltsanalyse. BeltzJuventa.

e) Unterstützende Entscheidungsfindung anhand typischer Beispiele im Erwachsenenschutzrecht

Aufgrund der Ergebnisse der Schritte a) bis d) werden typische Fallbeispiele erarbeitet. Die Fallbeispiele unterscheiden sich in Bezug auf das handelnde Organ. So werden einerseits ein bis zwei Fallbeispiele im Rahmen der Mandatsführung und ein bis zwei Fallbeispiele im Rahmen der behördlichen Tätigkeit anhand des Abklärungsverfahrens entwickelt und in Bezug auf Handlungsoptionen hin zur bestmöglichen Selbstbestimmung bzw. unterstützenden Entscheidungsfindung analysiert und diskutiert. Dadurch zeigt sich, ob bzw. wo es im Rahmen der Eingriffsverwaltung ggf. Elemente von unterstützender Entscheidungsfindung gibt und welcher allfällige Reformbedarf sich daraus ableitet.

Ziel: Darstellung von (Elementen von) unterstützender Entscheidungsfindung bzw. bestmöglicher Selbstbestimmung im Rahmen der Eingriffsverwaltung am Beispiel des Erwachsenenschutzrechts sowie Darstellung des daraus abgeleiteten gesetzlichen Reformbedarfs anhand von Fallbeispielen aus Sicht der Behörden und der Beistandspersonen.

f) Diskussion, Beurteilung, Schlussfolgerung

Mit Blick auf die Ergebnisse in den einzelnen Teilen des Gutachtens werden die unterschiedlichen Ansätze und Perspektiven in Bezug auf die Bedeutung des schweizerischen Erwachsenenschutzes im Zusammenhang mit der Hauptfragestellung analysiert. Dabei wird insbesondere bewertet, wie die unterstützende Entscheidungsfindung im schweizerischen Erwachsenenschutzrecht umgesetzt bzw. weiterentwickelt werden kann und welche Schritte hierfür erforderlich sind. Daraus werden Handlungsempfehlungen oder/und gesetzgeberischer Handlungsbedarf abgeleitet.

Ziel: Beurteilung der Fragestellung mit Handlungsempfehlungen oder/und des gesetzgeberischen Handlungsbedarfs.

Diese Aspekte sind im **Gutachten wie folgt gegliedert:**

Ausgangspunkt für das Gutachten ist nach einem kurzem Überblick über die Rechtsnorm von Art. 12 BRK (Teil II, Ziff. 1.2.) zunächst die kontroverse Entstehungsgeschichte von Art. 12 BRK (Teil II, Ziff. 1.3). In einem nächsten Schritt wird die Interpretation des Ausschusses zu Art. 12 BRK vorgestellt und die wesentlichen *Fragestellungen* aus dieser Interpretation zusammengefasst (Teil II, Ziff. 1.4.). In einem letzten Teil dieses ersten Kapitels wird sodann die Verbindlichkeit der Aussagen des Ausschusses aus der Perspektive der Behindertenrechtskonvention beurteilt (Teil II, Ziff. 1.5.).

Die soeben erwähnten aus der Interpretation des BRK-Ausschusses herausgearbeiteten Fragestellungen strukturieren in der Folge weitgehend den Gang der Untersuchung. Es sind dies Fragestellungen in Bezug auf das Erwachsenenschutzrecht hinsichtlich:

- des Anknüpfungspunktes des Erwachsenenschutzrechts (Teil II, Ziff. 2)
 - in Bezug auf die Behinderung als Schwächezustand gemäss Art. 390 ZGB und
 - in Bezug auf die Urteilsfähigkeit und das Konzept von geistigen Fähigkeiten («mental capacity») mit Status-, Ergebnis- und funktionalem Ansatz,
- der Orientierung an Willen, Präferenzen und ggf. deren bestmöglicher Interpretation anstelle der Ausrichtung am objektiven Wohl (Teil II Ziff. 3)
- Modellen stellvertretender Entscheidungsfindung («ersetzender Entscheidungsfindung») im Erwachsenenschutzrecht (Vertretung) und deren flächendeckender, inhaltlich angemessener und zeitlich unverzüglichen bzw. möglichst raschen Ersetzung durch Modelle von unterstützender Entscheidungsfindung sowie

- individualisierter Massnahmen, individualisierter Umsetzung und individualisierter Aufsicht («missbräuchliche Einflussnahme» / Schutzvorkehrungen) (Teil II Ziff. 4-10).

In einem abschliessenden Teil werden die Ergebnisse und die Empfehlungen zusammengetragen (Teil III).

II. Beurteilung der Gutachtensfrage

1. Behindertenrechtskonvention und Auffassung des Ausschusses

1.1. Ziel und Zwecksetzung der Behindertenrechtskonvention und Definition von Behinderung

1.1.1. Ziel und Zwecksetzung der Behindertenrechtskonvention

Die Behindertenrechtskonvention soll gemäss Art. 1 Abs. 1 BRK den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte sowie der Grundfreiheiten durch alle Menschen mit Behinderungen fördern, schützen und gewährleisten und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde fördern. In ihrem Kern enthält die UN-Behindertenrechtskonvention ein Diskriminierungsverbot von Menschen mit Behinderung in allen Lebensbereichen. Sie garantiert ihnen die bürgerlichen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechte. Damit werden grundsätzlich keine Sonderrechte für Menschen mit Behinderungen statuiert, sondern bereits bestehende Menschenrechte¹⁶ mit Fokus auf die spezifischen Bedürfnisse von behinderten Menschen konkretisiert und spezifiziert.¹⁷

1.1.2. Definition von Behinderung unter Bezugnahme auf den Erwachsenenschutz¹⁹

Zu den Menschen mit Behinderungen zählen gemäss Art. 1 Abs. 2 BRK Personen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Damit wird Behinderung nicht nur aus der Sicht der Betroffenen und ihrer Fähigkeiten beurteilt, sondern es wird auch der Einfluss des Umfelds auf die Möglichkeiten ihrer Teilnahme am gesellschaftlichen Leben mitberücksichtigt.²⁰ Behinderung ist in der Gesellschaft zu verorten und nicht im Individuum selbst angelegt.²¹ So wird zugleich ein Paradigmenwechsel vom medizinischen zum **menschenrechtlich** geprägten Modell im Umgang mit Behinderung vollzogen.²² Daraus ist abzuleiten, dass auch Personen mit geistiger Behinderung und psychischer Störung gemäss Art. 390 ZGB unter den Behindertenbegriff zu subsumieren sind. Entsprechend findet die Behindertenrechtskonvention auch auf das Erwachsenenschutzrecht weitgehend Anwendung.²³

¹⁶ Insbesondere: der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1), der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2), das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 7. März 1966 (ICERD; SR 0.104), das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW; SR 0.108), das Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe vom 10. Dezember 1984 (CAT; SR 0.105), das Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK; SR 0.107).

¹⁷ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 8; KÄLIN/KÜNZLI/WYTTEBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, Gutachten, S. 15; BOTSCHAFT BRK, S. 662 f., S. 668 f.; GLOCKENGIESSER, in: Pflegerecht 2013, S. 157; MEIER, FS Wilson, S. 339.

¹⁹ Der nachfolgende Abschnitt beinhaltet Auszüge aus ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 608.

²⁰ SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 13; in diese Richtung auch: BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 82; KÄLIN/KÜNZLI/WYTTEBACH/SCHNEIDER/AKAGÜNDÜZ, Gutachten, S. 43; BOTSCHAFT BRK, S. 667, 676 f.

²¹ MEIER, FS Wilson, S. 340.

²² DEGENER, BtPrax 2016, S. 205 ff.; AICHELE/DEGENER, Einführung, S. 38; WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 84 f., 104 ff.; ausf. ROTHFRITZ, BRK, S. 154 ff.

²³ BOTSCHAFT BRK, S. 690 (implizit); MEIER, FS Wilson, S. 339 ff.; MEIER, Protection de l'adulte, Rz. 1 ff.; ferner: UN BRK-LACHWITZ, Art. 1 N 2: Die UN-Behindertenrechtskonvention bezieht «Menschen mit langfristigen seelischen und geistigen Beeinträchtigungen» in ihren Schutzbereich ein. Es ist jedoch zu beachten, dass de lege lata nicht jede Person, die «unter eine Schutzmassnahme gestellt wird, notwendigerweise eine Person mit einer Behinderung im Sinn der BRK ist» (so ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 58; siehe auch ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 74).

1.2. Art. 12 BRK: Rechts- und Handlungsfähigkeit hinsichtlich des Erwachsenenschutzes

Die im Rahmen dieses Gutachtens zu beantwortende Hauptfrage, inwiefern ein Wechsel von einem System der stellvertretenden Entscheidungsfindung (sog. «substituted decision-making») zu einem System der unterstützenden Entscheidungsfindung (sog. «supported decision-making») im Erwachsenenschutzrecht möglich ist, ergibt sich massgeblich aus der Auslegung von Art. 12 BRK («Gleiche Anerkennung vor dem Recht»). Art. 12 BRK beinhaltet jedoch nicht spezifische Vorgaben für den Erwachsenenschutz, sondern betrifft massgeblich auch das Rechts- und Handlungsfähigkeitsrecht («legal capacity»), die eng miteinander verwoben sind. Daher muss im vorliegenden Gutachten immer wieder auch darauf Bezug genommen werden. Eine Änderung des Erwachsenenschutzrechts muss den Kontext der Rechts- und Handlungsfähigkeit zwingend mitdenken.²⁴

Gemäss Art. 50 BRK sind der arabische, chinesische, englische, französische, russische und spanische Wortlaut gleichermassen verbindlich, nicht jedoch der deutsche. Die Vertragsparteien übersetzen die Konvention in ihre jeweilige Landessprache und übernehmen diese Version in die offizielle Rechtssammlung.²⁵ Für die Schweiz findet sich die deutsche Übersetzung in SR 0.109. Art. 12 BRK lautet darin wie folgt:

- 1) Die Vertragsstaaten bekräftigen, dass Menschen mit Behinderungen das Recht haben, überall als Rechtssubjekt anerkannt zu werden.
- 2) Die Vertragsstaaten anerkennen, dass Menschen mit Behinderungen in allen Lebensbereichen gleichberechtigt mit anderen Rechts- und Handlungsfähigkeit geniessen.
- 3) Die Vertragsstaaten treffen geeignete Massnahmen, um Menschen mit Behinderungen Zugang zu der Unterstützung zu verschaffen, die sie bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit gegebenenfalls benötigen.
- 4) Die Vertragsstaaten stellen sicher, dass zu allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Massnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Sicherungen vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern. Diese Sicherungen müssen gewährleisten, dass bei den Massnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit die Rechte, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden, es nicht zu Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme kommt, dass die Massnahmen verhältnismässig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, dass sie von möglichst kurzer Dauer sind und dass sie einer regelmässigen Überprüfung durch eine zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle unterliegen. Die Sicherungen müssen im Hinblick auf das Ausmass, in dem diese Massnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismässig sein.
- 5) Vorbehaltlich dieses Artikels treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten und wirksamen Massnahmen, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen das gleiche Recht wie andere haben, Eigentum zu besitzen oder zu erben, ihre finanziellen Angelegenheiten selbst zu regeln und gleichen Zugang zu Bankdarlehen, Hypotheken und anderen Finanzkrediten zu haben, und gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen nicht willkürlich ihr Eigentum entzogen wird.

²⁴ Zur Nähe von Personenrecht und Erwachsenenschutz im schweizerischen Recht vgl. BK-SCHNYDER/MURER, Sys. Teil N 22 ff.; N 55 ff.; BK-ROSCHE, Vorbem. zu Art. 388–425 N 153.

²⁵ SHK-UNO-BRK-NAGUIB, Art. 50 N 8.

Im Einzelnen ist Art. 12 BRK wie folgt strukturiert:²⁶

- Abs. 1 bekräftigt die Rechtsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen und anerkennt sie als Rechtssubjekte.
- Abs. 2 umschreibt den Grundsatz, dass Menschen mit Behinderungen ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit diskriminierungsfrei und gleichberechtigt mit Menschen ohne Behinderungen geniessen sollen (vgl. auch Art. 5 BRK).
- Abs. 3 umschreibt die Pflicht des Staates, für Menschen mit Behinderungen zu geeigneten Unterstützungsmassnahmen («support») Zugang zu verschaffen, die sie zur Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit benötigen. Der Vorrang von unterstützender Entscheidungsfindung zu anderen Formen wird hier herausgearbeitet.
- Abs. 4 verpflichtet die Vertragsstaaten zu wirksamen und verhältnismässigen Schutzvorkehrungen («safeguards») der in Abs. 3 genannten Unterstützungsmassnahmen, um Missbräuche zu vermeiden.
- Abs. 5 verpflichtet die Vertragsstaaten exemplarisch in Bezug auf finanzielle Angelegenheiten zu Massnahmen, um den gleichberechtigten Zugang und die gleichen Rechte wie Menschen ohne Behinderungen zu gewährleisten (vgl. auch Art. 5 und 9 BRK).

Aufgrund ihrer Bedeutung war Art. 12 BRK eine der umstrittensten Bestimmungen²⁷ im Rahmen der Entstehungsgeschichte der BRK. Darauf ist im Folgenden kurz einzugehen.

1.3. Kontroverse in der Entstehungsgeschichte zu Art. 12 BRK²⁸

Hauptstreitpunkt bei der Formulierung von Art. 12 BRK war im Ad-hoc-Ausschuss²⁹ die Frage, was unter dem Begriff der «legal capacity» zu verstehen bzw. welches das Schutzobjekt von Art. 12 BRK sei. Die unterschiedlichen Nuancen und Bedeutungen von «legal capacity» im Sprachgebrauch und in der nationalen Rechtsanwendung erschwerten ein gemeinsames Verständnis. Unklar war insbesondere, ob mit «legal capacity» einzig die Rechtsfähigkeit gemeint ist oder ob auch die Handlungsfähigkeit darunterfällt. Es ging somit nicht bloss um ein Übersetzungsproblem, sondern um eine rechtsdogmatisch bedeutsame Frage bezüglich des Umfangs des von den Vertragsstaaten zu gewährenden Schutzes und der Reichweite ihrer Verpflichtungen.³⁰ Die Folge dieser Auseinandersetzung war, dass in den ersten Absätzen beide Aspekte erwähnt werden:³¹ Der erste Absatz betrifft die Rechtsfähigkeit, der zweite und dritte ergänzen diese mit der Handlungsfähigkeit.³² Diese Diskussion ist einerseits erstaunlich, weil bereits frühere Menschenrechtskonventionen wie Art. 6 AEMR oder Art. 16 UNO-Pakt II die gleichberechtigte Anerkennung von Menschen mit Behinderungen vor dem Recht garantierten. Andererseits waren erwachsenenschutzrechtliche Instrumente, welche die Handlungsfähigkeit aufgrund einer Behinderung umfassend entfallen liessen oder stellvertretendes Handeln vorsahen («substitute

²⁶ Aufzählung nach SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 14.

²⁷ ROTHFRITZ, BRK, S. 365.

²⁸ Es finden sich nachstehend leicht modifizierte Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 4 ff.

²⁹ Der Ad-hoc-Ausschuss war beim Ausschuss für Humanitäre, Soziale und Kulturelle Fragen angesiedelt, der wiederum beim Dritten Hauptausschuss der UN-Generalversammlung angegliedert war. Der Grund dafür, dass der Ad-hoc-Ausschuss direkt beim Dritten Hauptausschuss und nicht bei der UN-Menschenrechtskommission oder der Sozialkommission eingebunden wurde, war, dass dadurch ein Streit über die Federführung vermieden werden konnte (ROTHFRITZ, BRK, S. 107 f.).

³⁰ Vgl. auch ROTHFRITZ, BRK, S. 365 f. m.w.H.; SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 345.

³¹ Vgl. auch ROTHFRITZ, BRK, S. 366.

³² Siehe hierzu ausf. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 25 ff. m. w. H.

decision-making») für Menschen mit Behinderungen verbreitet. Hier setzten die Diskussion und die Kontroverse auch an. Die erwachsenenschutzrechtlichen Instrumente basierten auf dem Konzept, dass der Erwachsenenschutz die Interessen und das Wohlergehen von Menschen mit Behinderungen schützt. Verschiedene UNO-Erklärungen wie die UN Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons (1971) verfolgten dieses Konzept und bestärkten es. Verbesserungen in prozessrechtlicher Hinsicht fanden sich in der im Jahre 1991 von der UNO-Generalversammlung angenommenen Resolution über «the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care»,³³ welche vorsah, dass der Entzug der «legal capacity» nach «fairer» Anhörung durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht erfolgen sollte. Daneben waren weitere Verfahrensgarantien verankert.³⁴

So liess sich die Vorstellung, dass alle Menschen unabhängig ihrer Beeinträchtigung unterstützt werden könnten, um ihre Rechts- und Handlungsfähigkeit («legal capacity») auf einer gleichberechtigten Grundlage wie andere auszuüben, als revolutionäre Sichtweise betrachten.³⁵ Die «travaux préparatoires» zeigen sodann auch heftige Diskussionen über diesen Ansatz.³⁶ Ausschlaggebend war auch die hohe Anzahl Teilnehmender von Behindertenorganisationen und Betroffenenorganisationen («nothing about us without us»), aber auch die 2003 eingerichtete Arbeitsgruppe mit Wissenschaftler:innen und Aktivist:innen wie Tina Minkowitz, Gerard Quinn und Theresia Degener, welche diesen Paradigmenwechsel entscheidend mitprägten. Daraus entstand die Vorfassung des Art. 12 BRK.³⁷

Ausserdem fand eine Auseinandersetzung darüber statt, ob die stellvertretende Entscheidungsfindung («substitute decision-making») generell abgeschafft werden müsse. In der siebten Session bat der Vorsitzende des Ad-hoc-Ausschusses um eine Klärung der Frage des International Disability Caucus (IDC), ob es nicht Extremfälle gäbe, in denen «substitute decision-making» oder «guardianship» (Bevormundung/Verbeiständung) notwendig würden. Der Vertreter des IDC antwortete, dass die Unterscheidung zwischen «supported decision-making» und «substitute decision-making» darin bestehe, dass die Person mit einer Behinderung in einer Situation der unterstützenden Entscheidungsfindung im Zentrum der Auseinandersetzung stehe. Die Prämisse von «supported decision-making» sei, dass sie von 0 bis 100 Prozent reiche und ein dynamisches Konzept darstelle. Mit zunehmender Fähigkeit nehme die Unterstützung ab – ein Konzept, das in der Vormundschaft nicht zulässig sei.³⁸ Daraufhin fragte der Vorsitzende nach, ob 100 Prozent «support» nicht mit «substitute decision-making» gleichzusetzen sei. Dem entgegnete der IDC, dass das Ziel des IDC sei, die Vormundschaft nicht zu legitimieren. Der Punkt sei, dass ein Bedarf an 100-prozentiger Unterstützung auf 99 Prozent und dann auf 98 Prozent sinke, wenn über unterstützende Entscheidungsfindung gesprochen werde, und das wäre in einer Vormundschaftssituation nicht möglich.³⁹

Der Vorsitzende fragte, ob das nicht auch im Rahmen von «guardianship»-Systemen möglich wäre. In der Folge erklärte der Vertreter im Namen von Inclusion International und des IDC, dass ihm als Mensch mit einer geistigen Behinderung die Anerkennung als Person vor dem Gesetz verweigert worden sei. Er habe Missbrauch ohne jede Wiedergutmachung erlitten und vertrete viele Menschen, denen nicht erlaubt worden war, ihre eigenen Entscheidungen zu treffen. Die Zeit für die Ernennung von persönlichen Vertreter:innen, selbst als letztes Mittel, sei vorbei. Der Wandel gehe hin zu einer unterstützenden Entscheidungsfindung. In der Vergangenheit habe die Vormundschaft oft nicht geschützt, sondern zu ihrer Institutionalisierung geführt. Niemandem sollte seine Rechtsfähigkeit entzogen werden und kein Staat sollte das Recht haben, sie zu übernehmen. Der Vorsitzende hielt in seiner abschliessenden

³³ UNO-Generalversammlung, Resolution 46/119 vom 17. Dezember 1991.

³⁴ Vgl. auch SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 342.

³⁵ Vgl. auch MINKOWITZ, S. 405.

³⁶ Vgl. im Einzelnen SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 343 ff.; UN-BRK- LACHWITZ, Art. 12 BRK N 15 f.

³⁷ Vgl. auch SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK S. 343 f.

³⁸ Vgl. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm> (31.3.2025).

³⁹ Vgl. <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm> (31.3.2025).

Zusammenfassung in Bezug auf diesen Punkt fest, dass grundlegende Differenzen bestünden. Der Vorschlag Kanadas, der auch die Möglichkeit des «substitute decision-making» zulasse, fände bei den Delegationen die grösste Unterstützung. Hingegen seien eindeutig mehr Konsultationen zwischen den beiden Standpunkten erforderlich, einschliesslich informeller Diskussionen, um ein Gleichgewicht zwischen der Förderung eines auf Unterstützung beruhenden Ansatzes und der Beibehaltung der stellvertretenden Entscheidungsfindung als letztes Mittel zu finden sowie Schutzvorkehrungen zu ermöglichen. Zudem könne man die Idee der stellvertretenden Entscheidungsfindung im Rahmen der Unterstützung durch kreative Überlegungen mit der Idee verbinden, dass die Unterstützung von 0 bis 100 Prozent reichen kann.⁴⁰

In der Folge brachte eine Gruppe von Staaten aus der EU sowie Kanada, Australien, Norwegen, Costa Rica, USA und Liechtenstein einen neuen Textentwurf ein, in dem versucht wurde, einige Schutzvorkehrungen («safeguards») für Vormundschaft («guardianship») mit Vorschlägen zur unterstützenden Entscheidungsfindung («supported decision-making») zu kombinieren. Dieser Textvorschlag entsprach weitgehend dem geltenden Art. 12 Abs. 4 BRK und wurde von der Mehrheit angenommen.⁴¹ Gemäss DHANDA lässt sich der Vorschlag mit einem Periskop vergleichen: Jede Person konnte darin sehen, was sie in dem Absatz wünschte, und so ihre Zustimmung zum Vorschlag und zu diesem «schwer fassbaren Konsens» geben.⁴²

Damit zeigt sich bereits im Entstehungsprozess eine Ambivalenz, insbesondere hinsichtlich der Instrumente der stellvertretenden Entscheidungsfindung. Ein «schwer fassbarer» Kompromissvorschlag wurde notwendig, der aber nicht die völlige Abschaffung der stellvertretenden Entscheidungsfindung bedeutet.⁴³ Vielmehr kristallisierten sich an vielen Stellen der Beratungen die Gegensätzlichkeiten heraus. DHANDA formuliert es in Bezug auf Art. 12 BRK wie folgt: «Es gab den Zusammenprall zwischen Paternalismus und Autonomie, zwischen dem, was leicht möglich war, und dem, was notwendigerweise wünschenswert war, und zwischen dem Leben in der Gegenwart und der Planung für die Zukunft.»⁴⁴

Der Meinungsstreit wurde auch durch die alternativ zum Begriff «support» (Unterstützung) eingebrachten Formulierungsvorschläge sichtbar. So konnte sich weder «substituted decision-making» (stellvertretende Entscheidungsfindung) noch «appointment of legal representation» (Bestellung eines/r Rechtsvertreters:in) durchsetzen. Daraus ist zu schliessen, dass «support» (Unterstützung) nicht ausschliesslich im Sinn von stellvertretender Entscheidungsfindung verstanden werden wollte, aber auch nicht zwingend ausschliesslich im Sinn von «supported decision-making» (unterstützender Entscheidungsfindung).⁴⁵

1.4. Auffassung des Ausschusses

Dieser bereits im Rahmen der Entstehungsgeschichte «schwer fassbare» Konsens hinsichtlich der Frage, ob stellvertretende Entscheidungsfindung noch zulässig sei, führte dazu, dass die Kontroverse auch im Rahmen der Auslegung der Konvention mit der Fragestellung weitergeführt wird, ob etwa gesetzliche Vertretung, wie sie weltweit die allermeisten Erwachsenenschutzsysteme kennen,⁴⁶ überhaupt eine

⁴⁰ Vgl. zur gesamten Diskussion: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm> (31.3.2025).

⁴¹ DHANDA, Journal of International Law and Commerce 2007, S. 450 m.w.H.; SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK S. 346.

⁴² DHANDA, Journal of International Law and Commerce 2007, S. 450 m.w.H.; MENKES, ANALYSIS, S. 25 spricht gar von einem faulen Kompromiss («rotten compromise»).

⁴³ Ebenso DHANDA, Journal of International Law and Commerce 2007, S. 460 f.; SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 346 ff.; a.M. UN-BRK-LACHWITZ, Art. 12 N 16 f.

⁴⁴ DHANDA, Journal of International Law and Commerce 2007, S. 446.

⁴⁵ SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 12.

⁴⁶ In der Europäischen Union hat bisher kein Land auf die Beschränkung der Handlungsfähigkeit verzichtet (FRA Focus, S. 9 ff.).

Unterstützung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 BRK sein könne. Der Kontext dieser auf Vertretung zugespitzten Frage ist weiter gefasst und verknüpft erwachsenenschutzrechtliche Fragen mit Fragen der Handlungsfähigkeit.

Der Ausschuss der UN-Behindertenkonvention übernimmt dabei im Grundsatz die Argumentation des International Disability Caucus (IDC). Diesbezüglich hat er in seinem General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK vom 19. Mai 2004 sein Verständnis dargelegt.⁴⁷ Hintergrund war, dass der Ausschuss nach Prüfung der ersten Staatenberichte der Auffassung war, dass der Paradigmenwechsel zur unterstützenden Entscheidungsfindung generell missverstanden werde.⁴⁸ Auszugsweise finden sich im General Comment No. 1 folgende zentrale Passagen (Hervorhebungen sind durch den Gutachter erfolgt):

- Der Entzug oder die Beschränkung des **Rechts auf Anerkennung als Rechtssubjekt** ist unter keinen Umständen zulässig. (Ziff. 5)
- Die Vertragsstaaten müssen alle Rechtsbereiche umfassend untersuchen, um sicherzustellen, dass das Recht von Menschen mit Behinderungen auf rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) **nicht ungleich stärker eingeschränkt** wird als dasjenige anderer. In der Vergangenheit wurde Menschen mit Behinderungen in vielen Bereichen in diskriminierender Weise das Recht auf rechtliche Handlungsfähigkeit verwehrt, und zwar durch das **System der stellvertretenden Entscheidungsfindung** («substitute decision-making regimes»; **ersetzende Entscheidungsfindung**; Anm. des Gutachters), wie beispielsweise bei einer Vormundschaft, rechtlicher Betreuung und bei Gesetzen zur psychischen Gesundheit, die eine Zwangsbehandlung zulassen. Diese Praktiken müssen abgeschafft werden (...) (Ziff. 7)
- Der Ausschuss bekräftigt erneut, dass der **Status als Mensch mit einer Behinderung** oder das **Vorhandensein einer Beeinträchtigung** (einschliesslich körperlicher oder sensorischer Beeinträchtigung) niemals die Grundlage für die Versagung der rechtlichen Handlungsfähigkeit oder eines der in Artikel 12 aufgeführten Rechte sein darf. (Ziff. 9)

Ad Art. 12 Abs. 2 BRK:

- Art. 12 Abs. 2 BRK anerkennt, dass Menschen mit Behinderungen in allen Bereichen des Lebens **gleichberechtigt mit anderen** rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) geniessen. Dies beinhaltet die Fähigkeit, sowohl Träger:in von Rechten als auch Akteur:in im Rahmen des Rechts zu sein. (Ziff. 12)
- Rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) und **geistige Fähigkeit** («mental capacity»; für die Schweiz: «Urteilsfähigkeit» Anm. des Gutachters) sind unterschiedliche Konzepte. Rechtliche Handlungsfähigkeit ist sowohl die Fähigkeit, Inhaber:in von Rechten und Pflichten zu sein (Rechtsfähigkeit) als auch diese Rechte und Pflichten auszuüben (Handlungsfähigkeit im Recht). Sie ist der Schlüssel für den Zugang zu einer wirksamen Partizipation an der Gesellschaft. Geistige Fähigkeit bezieht sich auf die **Fähigkeit einer Person, Entscheidungen zu treffen**; diese Fähigkeit ist naturgemäss von Person zu Person verschieden und kann auch beim einzelnen Menschen variieren, abhängig von vielen Faktoren, einschliesslich umweltbedingter und sozialer Faktoren (...). Nach Art. 12 BRK sind wahrgenommene oder

⁴⁷ Eine deutsche (die englische Fassung vergleichende) Übersetzung findet sich auf: <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/menschenrechtsschutz/datenbanken/datenbank-fuer-menschenrechte-und-behinderung/detail/crpd-2014-allgemeine-bemerkung-nr-1-gleiche-erkennung-vor-dem-recht> (31.3.2025).

⁴⁸ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 3. "Indeed, there has been a general failure to understand that the human rights-based model of disability implies a shift from the substitute decision-making paradigm to one that is based on supported decision-making." (Ebd.).

tatsächliche Defizite in der geistigen Fähigkeit keine Rechtfertigung für die Versagung der rechtlichen Handlungsfähigkeit. (Ziff. 13)

- Rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) bedeutet, dass alle Menschen, einschliesslich derjenigen mit Behinderungen, allein aufgrund ihres Menschseins eine rechtliche Stellung und rechtliche Handlungsbefugnis haben. Um das Recht auf rechtliche Handlungsfähigkeit für Menschen mit Behinderungen zu gewährleisten, müssen daher diese beiden Stränge anerkannt sein; sie sind nicht voneinander zu trennen. Das Konzept geistige Fähigkeit ist höchst umstritten. Entgegen den üblichen Darstellungen **handelt es sich hier nicht um ein objektives, wissenschaftliches und naturgegebenes Phänomen**. Geistige Fähigkeit hängt vom sozialen und politischen Kontext ab; dies gilt ebenso für die Fachbereiche, Berufe und Praktiken, die bei der Beurteilung geistiger Fähigkeit eine beherrschende Rolle spielen. (Ziff. 14)
- In der Mehrzahl der Berichte der Vertragsstaaten, die der Ausschuss bisher untersucht hat, werden die Begriffe geistige und rechtliche Fähigkeit verschmolzen, sodass Personen, deren Fähigkeiten, Entscheidungen zu treffen, zumeist aufgrund einer kognitiven oder psychosozialen Behinderung vermeintlich beeinträchtigt sind, die Rechtsfähigkeit, eine bestimmte Entscheidung zu treffen, in der Folge entzogen wird. Dies wird auf Grundlage der Diagnose einer Beeinträchtigung entschieden (**Status-Ansatz**) oder wenn eine Person eine Entscheidung mit vermeintlich negativen Auswirkungen trifft (**Ergebnis-Ansatz**) oder wenn die Fähigkeiten einer Person, Entscheidungen zu treffen, als mangelhaft betrachtet werden (**funktionaler Ansatz**). Der funktionale Ansatz zielt darauf ab, geistige Fähigkeit zu bewerten und rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) dementsprechend zu versagen. Er geht häufig von der Frage aus, ob die betreffende Person die Art und die Folgen einer Entscheidung erfassen kann beziehungsweise, ob sie mit den entsprechenden Informationen umgehen und sie abwägen kann. Dieser funktionale Ansatz ist aus zweierlei Gründen mangelhaft: weil er a) in diskriminierender Weise auf Menschen mit Behinderungen angewandt wird und weil er b) vorgibt, die inneren Abläufe des menschlichen Geistes genau beurteilen zu können und auf dieser Grundlage in der Folge ein zentrales Menschenrecht – das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht – versagt, wenn jemand den Begutachtungstest nicht besteht. Bei all diesen Ansätzen wird die Behinderung eines Menschen und/oder seine Entscheidungsfähigkeit als legitime Basis genommen, die rechtliche Handlungsfähigkeit zu versagen und den Status als Rechtssubjekt zu verringern. Art. 12 BRK lässt eine solche diskriminierende Versagung der rechtlichen Handlungsfähigkeit nicht zu, sondern verlangt vielmehr Unterstützung bei der Ausübung derselben. (Ziff. 15)

Ad Art. 12 Abs. 3 BRK

- Die Unterstützung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit muss die **Rechte, den Willen und die Präferenzen** von Menschen mit Behinderungen achten und sollte **nie auf eine ersetzte Entscheidungsfindung hinauslaufen**. **Unterstützung** ist ein weit gefasster Begriff, der sowohl informelle als auch formelle Arrangements zur Unterstützung in unterschiedlicher Art und Intensität umfasst. Alle Menschen mit Behinderungen haben das Recht, **Vorsorge** («advance planning»; Anm. des Gutachters) zu treffen, und ihnen sollte die Möglichkeit gegeben werden, dies gleichberechtigt mit anderen zu tun. (Ziff. 17)
- **Art und Intensität** der anzubietenden Unterstützung können sich aufgrund der Vielfalt von Menschen mit Behinderungen von Person zu Person erheblich unterscheiden. Die **individuelle** Autonomie und die Fähigkeit von Menschen mit Behinderungen, Entscheidungen zu treffen, müssen jederzeit, auch in Krisensituationen, geachtet werden. (Ziff. 18)

Ad Art. 12 Abs. 4 BRK

- Artikel 12 Absatz 4 BRK beschreibt die **Sicherungen** (Schutzvorkehrungen, «safeguards»; Anm. des Gutachters), die innerhalb des Systems der Unterstützung zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit vorhanden sein müssen. Oberstes Ziel dieser Sicherungen muss sein, dass das

Recht, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Personen geachtet werden. Um dies zu erreichen, müssen diese Sicherungen gleichberechtigten Schutz vor Missbrauch bieten. (Ziff. 20)

- Wenn es auch nach erheblichen Bemühungen praktisch nicht möglich ist, den Willen und die Präferenzen des Betreffenden zu erkennen, muss **«bestmögliche Interpretation des Willens und der Präferenzen» an die Stelle der Vorgabe «zum Wohl»** treten. Damit werden die Rechte, der Wille und die Präferenzen des Betreffenden gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK geachtet. Das Paradigma «Wille und Präferenzen» muss an die Stelle des Paradigmas «Wohl» treten, damit sichergestellt ist, dass Menschen mit Behinderungen in den gleichberechtigten Genuss des Rechts auf rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) kommen. (Ziff. 21)
- Bei allen Menschen besteht die Gefahr, dass sie **«missbräuchlicher Einflussnahme»** ausgesetzt sind, aber diese kann sich bei Menschen, die bei Entscheidungen auf die Unterstützung anderer angewiesen sind, verschärfen. Missbräuchliche Einflussnahme ist dadurch gekennzeichnet, dass die Qualität der Interaktion zwischen der unterstützenden und der unterstützten Person Züge von Angst, Bedrohung, Täuschung oder Manipulation aufweist. Sicherungen zur Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit müssen Schutz gegen missbräuchliche Einflussnahme umfassen – wobei der Schutz jedoch die Rechte, den Willen und die Präferenzen der betreffenden Person achten muss, einschliesslich des Rechts, Risiken einzugehen und Fehler zu machen. (Ziff. 22)

«Verpflichtungen der Vertragsstaaten»:

- In seinen Abschliessenden Bemerkungen zu den Erstberichten der Vertragsstaaten hat der Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen in Bezug auf Art. 12 wiederholt geäussert, dass die Vertragsstaaten «die Gesetze, wonach Vormundschaft und rechtliche Betreuung zulässig ist, überprüfen und Massnahmen zur Entwicklung von Gesetzen und politischen Konzepten ergreifen müssen, um anstelle der Regelwerke zur stellvertretenden Entscheidungsfindung die **unterstützende Entscheidungsfindung einzuführen die die Autonomie, den Willen und die Präferenzen der betroffenen Person respektiert.**» (Ziff. 26)
- Regelwerke der **stellvertretenden Entscheidungsfindung** können unterschiedliche Formen annehmen, einschliesslich umfassender Vormundschaft, gerichtlicher Verbote und Teilvormundschaft. Diese Regelwerke haben jedoch bestimmte Gemeinsamkeiten: Sie können **definiert** werden als Systeme, bei denen (i) einer Person die rechtliche Handlungsfähigkeit («legal capacity»; Anm. des Gutachters) entzogen wird, selbst wenn dies nur für eine einzige Entscheidung geschieht, (ii) eine rechtliche Vertretung nicht durch die betroffene Person selbst, sondern von jemand anderem ernannt wird und dies gegen den Willen der betroffenen Person erfolgen kann, und (iii) alle Entscheidungen einer Vertretung aufgrund dessen getroffen werden, was als objektives «Wohl» der betroffenen Person erachtet wird, im Gegensatz zu einer Entscheidung, die auf dem eigenen Willen und den eigenen Präferenzen der betroffenen Person selbst beruht. (Ziff. 27)
- Die Verpflichtung der Vertragsstaaten, Regelwerke zur stellvertretenden Entscheidungsfindung durch unterstützende Entscheidungsfindung zu ersetzen, macht sowohl die Abschaffung von Regelwerken zur stellvertretenden Entscheidungsfindung als auch die **Entwicklung von Alternativen für unterstützende Entscheidungsfindung erforderlich**. Die Entwicklung von Systemen der unterstützenden Entscheidungsfindung bei gleichzeitiger Beibehaltung von Regelungen zur stellvertretenden Entscheidungsfindung reicht nicht aus, um mit Art. 12 BRK in Einklang zu sein. (Ziff. 28)
- Regelwerke zur **unterstützenden Entscheidungsfindung umfassen mehrere Unterstützungsoptionen**, die dem Willen und den Präferenzen der betroffenen Person und der Achtung der Menschenrechtsnormen den Vorrang geben. (...) Überdies sollten Systeme zur unterstützenden Entscheidungsfindung das Leben von Menschen mit Behinderungen **nicht überregulieren**. Obwohl Regelwerke zur unterstützenden Entscheidungsfindung vielerlei Formen

haben können, sollten sie, um Übereinstimmung mit Art. 12 BRK zu gewährleisten, bestimmte grundlegende Festlegungen wie die folgenden enthalten: (...) Katalog lit. a–i. (Ziff. 29)

- Die «**schrittweise Verwirklichung**» (Art. 4 Abs. 2 BRK) gilt nicht für Art. 12 BRK. Nach der Ratifizierung müssen die Vertragsstaaten **unverzüglich** beginnen, Massnahmen zur Verwirklichung der in Art. 12 BRK verbrieften Rechte zu ergreifen. Diese Schritte müssen überlegt und gut geplant sein und die Konsultation und sinnvolle Beteiligung von Menschen mit Behinderungen und ihren Verbänden einschliessen. (Ziff. 30)

Zusammenfassend ergeben sich aus dem General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK für das Gutachten folgende zentrale Fragestellungen in Bezug auf das Erwachsenenschutzrecht, und zwar hinsichtlich

- des Anknüpfungspunktes des Erwachsenenschutzrechts
 - in Bezug auf die Behinderung als Schwächezustand gemäss Art. 390 ZGB und
 - in Bezug auf die Urteilsfähigkeit und das Konzept von geistigen Fähigkeiten («mental capacity») mit Status-, Ergebnis- und funktionalem Ansatz,
- der Orientierung an Willen, Präferenzen und ggf. deren bestmöglicher Interpretation anstelle der Ausrichtung am objektiven Wohl
- Modellen stellvertretender Entscheidungsfindung («ersetzender Entscheidungsfindung») im Erwachsenenschutzrecht (Vertretung) und deren flächendeckender, inhaltlich angemessener und zeitlich unverzüglichen bzw. möglichst raschen Ersetzung durch Modelle von unterstützender Entscheidungsfindung sowie
- individualisierter Massnahmen, individualisierter Umsetzung und individualisierter Aufsicht («missbräuchliche Einflussnahme» / Schutzvorkehrungen)

1.5. Verbindlichkeit der Aussagen des Ausschusses

Mit dieser teilweise radikalen oder zumindest apodiktischen Auffassung des Ausschusses insbesondere hinsichtlich der Abschaffung von stellvertretender Entscheidungsfindung und im Hinblick auf «mental capacity», die im Einzelnen weiter unten noch beleuchtet werden, stellt sich selbstredend die Frage nach ihrer Bedeutung und Verbindlichkeit für die Vertragsstaaten.

Der Ausschuss ist ein Fachgremium.⁴⁹ Mit dem deutschen Bundesverfassungsgerichtshof ist daher festzuhalten, dass zwar den Äusserungen des für die Abgabe solcher Stellungnahmen zuständigen BRK-Ausschusses zur Auslegung eines Menschenrechtsabkommens erhebliches Gewicht zukommt, diese aber für internationale und nationale Gerichte nicht völkerrechtlich verbindlich sind. «Bei der Vertragsauslegung sollte sich ein nationales Gericht aber mit den Auffassungen eines zuständigen internationalen Vertragsorgans in gutem Glauben argumentativ auseinandersetzen; es muss sie aber nicht übernehmen».⁵⁰ Der Ausschuss ist wie erwähnt ein Fachausschuss und somit – im Gegensatz etwa

⁴⁹ SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 14 N 41.

⁵⁰ Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, Rz. 90 m.w.H., https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/07/1s20160726_1bvl000815.html (31.3.2025); ROTHFRITZ, BRK, S. 125 ff.; LIPP, Selbstbestimmung 2.0, S. 8 f.; ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to People, S. 27. Vgl. hierzu ähnlich auch das Bundesgericht bezüglich des CEDAW in BGE 137 I 305 E. 6, insb. E. 6.5. m.w.H. zur Literatur: „Die Abschliessenden Bemerkungen sind Teil des Staatenberichtsverfahrens, das nicht auf Konfrontation, sondern auf Dialog angelegt ist; der Erlass zwingender Empfehlungen könnte die Bereitschaft der Staaten gefährden, Umsetzungsprobleme offen anzusprechen (...). Es gibt denn auch keine Bestimmung des CEDAW, welche die Verbindlichkeit der Allgemeinen Empfehlungen oder Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses vorschreiben oder Sanktionen für deren Nichtbefolgung durch die Staaten vorsehen würde. Dies bedeutet jedoch nicht, dass den Empfehlungen des Ausschusses keinerlei rechtliche Bedeutung zukäme: Sie bringen

zum EGMR – kein internationaler Menschenrechtsgerichtshof. Deshalb erlässt er keine rechtlich verbindlichen Entscheidungen und hat auch kein Mandat zur verbindlichen Interpretation des Vertragstextes.⁵¹ Es kommt ihm jedoch aufgrund seiner Verankerung in der Behindertenrechtskonvention eine fachliche Autorität bei der Interpretation derselben zu; er soll den Mitgliedstaaten eine Orientierung für die Umsetzung der Konvention bieten.⁵²

Für die Auslegung der Konvention gelten demgegenüber – wie im Völkerrecht üblich – die allgemeinen Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages.⁵³

Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVK) ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Damit finden sich primär vier untereinander gleichrangige Aspekte der Auslegung:

- Wortlaut in seiner gewöhnlichen Bedeutung;
- Ziel und Zweck des Vertrages;
- Treu und Glauben;
- Zusammenhang, der wiederum in Art. 31 Abs. 2 und 3 WVK konkretisiert wird.⁵⁴

Im Rahmen der Auslegung ist zu beachten, dass diese einerseits im Einklang mit dem gesamten umfassenden Menschenrechtsschutzsystem stehen muss und andererseits auch einen effektiven Menschenrechtsschutz ermöglicht.⁵⁵ Ferner ist festzuhalten, dass gemäss Art. 31 Abs. 4 WVK einem Ausdruck eine besondere Bedeutung beizulegen ist, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben.

Bleibt mit diesen Auslegungsmitteln dennoch eine Regelung unklar, finden sich ergänzende (subsidiäre) Auslegungsmittel, nämlich die historische Auslegung und damit die «travaux préparatoires» (Art. 32 WVK) sowie logische Schlüsse. Hinzu kommt, dass bei unterschiedlichen Bedeutungen von verschiedenen verbindlichen Vertragssprachen, wie dies bei der UN BRK nach Art. 50 BRK der Fall ist, gemäss Art. 33 Abs. 3 WVK dasjenige Auslegungsergebnis zu wählen ist, das dem Sinn und Zweck

die übereinstimmende Auffassung des Ausschusses als eines von den Vertragsstaaten eingesetzten und mit besonderer Autorität ausgestatteten Expertengremiums über die sich aus dem Übereinkommen ergebenden Verpflichtungen eines Staates zum Ausdruck und sind insofern eine wichtige Erkenntnisquelle für die Auslegung der Konvention (...). Dies gilt in erster Linie, wenn der Ausschuss eine Vertragsverletzung konstatiert oder zur Auslegung einer Vertragsbestimmung Stellung nimmt; weniger gross ist die Autorität des Ausschusses, wenn allgemeine Ratschläge für eine bessere Umsetzung des Übereinkommens formuliert werden oder Bezug auf vertragsfremde Themen genommen wird.“

⁵¹ Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 26. Juli 2016, 1 BvL 8/15, Rz. 90; ROSCH, ZKE 2022, S. 479.

⁵² LIPP, Selbstbestimmung 2.0., S. 8 f.; UN-BRK-TRENK-HINTERBERGER, Einführung N 49 ff. (wonach die General Comments dennoch wichtige Orientierung bieten würden); ROSCH, ZKE 2022, S. 479; DELLA FINA, CRPD, S. 175; WELTI, Deutschland, S. 30; BROSEY, BtPrax 2014, S. 211; SHK-UNO-BRK-FILIPPO, Art. 34 N 32 (N 34: «Hauptaufgabe des Ausschusses ist, durch konstruktiven Dialog und Beratung die Vertragsstaaten bei der Erfüllung ihrer Konventionsverpflichtungen zu unterstützen und zu überwachen»); ausf. DELLA FINA, CRPD, S. 171 ff.

⁵³ Vienna Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969/Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (WVK), <https://treaties.un.org> (31.3.2025); Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111); ebenso: LIPP, Selbstbestimmung 2.0., S. 8; AICHELE/VON BERNSTORFF, BtPrax 2010, S. 200; ROTHFRITZ, BRK, S. 165 ff.; UN-BRK-TRENK-HINTERBERGER, Einführung, N 49 f.; ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to People, S. 16 f.; MENKES, Analysis, S. 32 ff.

⁵⁴ BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 86; DÖRR, Art. 31 WVK N 38.

⁵⁵ UN-BRK-TRENK-HINTERBERGER, Einführung, N 50.

des Vertrages am nächsten kommt.

Bei auf unbestimmte Zeit angelegten völkerrechtlichen Verträgen kommt zudem der dynamischen Auslegung nach Art. 31 Abs. 3 WVK eine wichtige Rolle zu. Diese wird in der Regel durch die Vertragsorgane, hier durch den Ausschuss nach Art. 34 BRK, geprägt. Sie sind aber nicht völlig frei und haben die Definitionen einzelner Begriffe der Konvention verbindlich heranzuziehen.⁵⁶

Damit orientieren sich die Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) primär an einer objektiven Sichtweise, die sich am im Vertrag selbst niedergelegten Sinne einer Vorschrift orientiert, und erst in einem zweiten Schritt an der subjektiven Sichtweise, welche auf dem Parteiwillen der Vertragsparteien basiert.⁵⁷

2. Vorfrage: Besteht überhaupt noch Raum für behördliche Erwachsenenschutzmassnahmen nach der Behindertenrechtskonvention?

Wie in der Zusammenfassung der Fragestellungen unter Ziff. 1.4. aufgezeigt wurde, führen die Auslegung des BRK-Ausschusses mitunter dazu, dass grundlegend die Frage aufgeworfen wird, ob bzw. inwiefern behördliche Erwachsenenschutzmassnahmen noch zulässig sind. Einerseits wird in Frage gestellt, inwiefern überhaupt ein Rechtsbereich massgeblich an eine Behinderung anknüpfen darf, andererseits inwiefern die Auffassung hinsichtlich von «mental capacity» (Urteilsfähigkeit) zu einer grundlegenden Veränderung im Verhältnis von Handlungsfähigkeitsrecht und Erwachsenenschutz führt bis hin zur Verunmöglichung von Erwachsenenschutzmassnahmen. Diese beiden Aspekte werden im Folgenden beleuchtet.

2.1. Anknüpfung des Erwachsenenschutzrechts an Behinderung?⁵⁸

In Ziff. 9 des General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK hält der Ausschuss fest, dass der Status als Mensch mit einer Behinderung oder das Vorhandensein einer Beeinträchtigung (einschliesslich körperlicher oder sensorischer Beeinträchtigung) niemals die Grundlage für die Versagung der rechtlichen Handlungsfähigkeit oder eines der in Art. 12 BRK aufgeführten Rechte sein darf. Art. 14 Abs. 1 lit. b BRK («Freiheit und Sicherheit der Person») regelt zudem explizit, dass das Vorliegen einer Behinderung in keinem Fall eine Freiheitsentziehung rechtfertigt. Nach Auffassung des Ausschusses gilt dies bei Art. 14 BRK sogar dann, wenn weitere Aspekte wie eine Schutzbedürftigkeit mit der Behinderung verbunden werden.⁵⁹ Ähnliche Formulierungen finden sich im Gesetzestext in Art. 18 Abs. 1 lit. a/b/d BRK hinsichtlich der Staatsangehörigkeit, Art. 23 Abs. 4 BRK hinsichtlich der Trennung von Eltern und Kindern und in Art. 24 Abs. 2 lit. a BRK hinsichtlich des Bildungssystems. Die entsprechende Kritik äussert auch der Ausschuss im Hinblick auf Art. 12 BRK, indem er den bereits erwähnten Status-Ansatz bei «mental capacity» zu Recht kritisiert, mit welchem aufgrund der Behinderung auf «Urteilsunfähigkeit» und damit auf eine behördliche Massnahme geschlossen wird.⁶⁰

Bezugnehmend auf den zivilrechtlichen Erwachsenenschutz der Art. 388 ff. ZGB stellt sich daher die Frage, ob es der BRK widerspricht, dass das Erwachsenenschutzrecht üblicherweise auch an eine Behinderung, in der Schweiz gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB an eine psychische Störung oder geistige Behinderung anknüpft, und ob damit bereits ein konventionswidriges Sonderrecht für

⁵⁶ KOTZUR/RICHTER, BRK, N 15 f.

⁵⁷ MENKES will aufgrund der Entstehungsgeschichte der Konvention einzig auf den guten Glauben abstellen (vgl. MENKES, Analysis, S. 32).

⁵⁸ Im nachstehenden Text finden sich Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 82 ff., sowie BK-ROSCH, Art. 390 ZGB N 193 ff., die wiederum auf ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 609 ff. beruhen.

⁵⁹ Hier kann sich der Ausschuss hingegen auf die Entstehungsgeschichte stützen: vgl. ausf. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 14 N 32 ff.; gl.M. Degener, BtPrax 2016, S. 207 ff.

⁶⁰ Siehe oben Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 15.

Menschen mit Behinderungen geschaffen wird. Damit wird die Bedeutung des Schwächezustandes für den gesamten Erwachsenenschutz thematisiert und im Kern in Frage gestellt. Anknüpfungen an eine geistige Behinderung oder psychische Erkrankung wären so nicht mehr möglich.⁶¹ Diese Frage wird kaum im Kontext der Beistandschaften gestellt, jedoch vertieft im Zusammenhang mit zwangsweisen Unterbringungen aufgeworfen und dort teilweise für nicht konform mit der BRK beurteilt.⁶²

Begründet wird diese Auffassung im Kontext fürsorgerischer Unterbringungen vorab damit, dass sich aus der Behinderung eine Gefährlichkeit ergebe, obwohl eine solche nicht spezifisch für Menschen mit Behinderungen sei, sondern gleichbedeutend auch bei Menschen ohne Behinderungen vorkommen könne. Für solche Situationen sei die Unterbringung ersatzlos zu streichen; das Polizeirecht bzw. das Strafprozessrecht habe entsprechende Möglichkeiten wie vorläufige Festnahmen, Untersuchungshaft etc.⁶⁴

Soweit diese Argumentation analog für die Beistandschaften im Erwachsenenschutz benutzt würde, wäre zunächst zu entgegnen, dass der schweizerische Erwachsenenschutz nicht polizeiliche Interessen verfolgt. Die Zwecksetzung bzw. das öffentliche Interesse des Erwachsenenschutzes liegt in fürsorgerischen, sozialrechtlichen Interessen. Die Fokussierung auf geistige Behinderung und psychische Erkrankung ist im Rahmen des Erwachsenenschutzes vielmehr als besondere Massnahme zu sehen, die zur Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung erforderlich ist. Es geht um die **Unterstützung zur Teilhabe bzw. «zur Kompensation der faktisch bestehenden Hindernisse bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit und den Schutz des betroffenen Menschen vor einer Selbstschädigung»⁶⁵ und nicht um Erziehung, Besserung oder Schutz Dritter oder der Allgemeinheit.⁶⁶**

Auch wenn die Argumentation im Hinblick auf Fremdgefährdung unzutreffend ist, stellt sich dennoch die Frage, ob Erwachsenenschutz, der massgeblich an eine geistige Behinderung oder eine psychische Störung anknüpft, diskriminierungsfrei möglich ist. Im Kontext des behördlichen Erwachsenenschutzes geht es in der Regel um Menschen, die nicht mehr am Geschäftsverkehr bzw. an der Gesellschaft teilhaben und auch keine ausreichenden Vorsorgemassnahmen für den Fall der Urteilsunfähigkeit getroffen haben.⁶⁸ Zudem geht es de lege lata auch um Menschen, die zwar urteilsfähig sind, aber aufgrund ihrer Erkrankung oder Behinderung Unterstützung benötigen, die unter Umständen auch gegen ihren Widerstand erfolgen kann. Kurzum: **Es geht um Menschen, bei denen aufgrund eines Schwächezustandes die Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen oder derart beeinträchtigt ist, dass eigenverantwortliches Verhalten nicht mehr möglich oder zumindest erschwert ist und deswegen ein sogenannter Schutzbedarf vorliegt.⁶⁹ Der Schwächezustand wird hier als «Einschränkung der kognitiven Fähigkeiten bzw. als (klinisch) bedeutsame Stressoren bzgl. Kognitionen, Emotionsregulation oder Verhalten, die den Prozess der Willensbildung oder -umsetzung erheblich beeinträchtigen», verstanden.** Das gilt selbstredend auch für den ähnlich in der Person liegende Schwächezustand gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB.⁷⁰

⁶¹ So hat Deutschland in seiner jüngsten Revision des Betreuungsrechts die Voraussetzungen verallgemeinert und damit die Reichweite des Betreuungsrechts erweitert, auch wenn dies nicht die Absicht gewesen sein soll (siehe BK-ROSCH, Vorbem. zu Art. 388–425 ZGB N 213).

⁶² Vgl. hierzu MARSCHNER, Zwangsbehandlung, S. 203 ff.; MARSCHNER, Teil A N 105.

⁶⁴ MARSCHNER, Zwangsbehandlung, S. 214 f.; für die gleich verlaufende Diskussion hinsichtlich Freiheitsentziehung und Sozialrecht siehe ausf. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 14 N 32 ff.

⁶⁵ LIPP, Art. 12 BRK, S. 338.

⁶⁶ LIPP, Art. 12 BRK, S. 338; ausf. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 91 ff.; BK-ROSCH, Vorbem. Art. 388–425 N 138 ff.

⁶⁸ LIPP, Art. 12 BRK, S. 339.

⁶⁹ Ausf. BK-ROSCH, Art. 390 ZGB N 37 ff.; ROSCH, ZKE 2010, S. 186; BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 390 N 19.

⁷⁰ Vgl. ausf. BK-ROSCH, Art. 390 ZGB N 42 ff., 67 ff., 92 ff.; ROSCH, ZKE 2024, S. 225 ff.

Aus Sicht des Ausschusses dürfte dennoch kritisiert werden, dass aufgrund des auf solche Weise definierten Schwächezustands und der Schutzbedürftigkeit typischerweise häufiger Menschen mit Behinderungen von Erwachsenenschutzmassnahmen betroffen sind.⁷⁶ An dieser Stelle ist nach Auffassung des Gutachters festzuhalten, dass Behinderung sachlich einen Unterschied macht, der mit Art. 12 Abs. 3 BRK Anspruch auf Unterstützung auslöst. Folglich finden sich bei Unterstützungsmassnahmen, zu denen – wie noch aufzuzeigen sein wird – auch diejenigen des Erwachsenenschutzes zu zählen sind, **überproportional häufig** Menschen mit Behinderungen, weil diese Massnahmen die notwendige Teilhabe an der Gesellschaft bzw. am Geschäftsverkehr ermöglichen. Wäre die Bezugnahme auf Menschen mit Behinderungen nicht zulässig, so würde sich letzten Endes die Behindertenrechtskonvention als Sonderrecht selbst in Frage stellen.⁷⁷ Im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 BRK geht es dann auch um angemessene Vorkehrungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 BRK, die als individuellen Nachteilsausgleich von Menschen mit Behinderungen zu verstehen und im Konzept der Unterstützung mitzudenken sind.⁷⁸

Zusammenfassend stehen mit dieser personenzentrierten bzw. sozialrechtlichen Perspektive im Hinblick auf den Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit weniger die kognitiven oder psychischen Krankheitsbilder im Vordergrund, sondern vielmehr deren Auswirkung auf den Willensbildungs- und Willensumsetzungsprozess, der erheblich beeinträchtigt sein muss,⁷⁹ aber de lege lata nicht Urteilsunfähigkeit bedeuten muss.⁸⁰ Diese willenszentrierte⁸¹ Ausrichtung ist nach Auffassung des Gutachters mit der Zweck und Zielsetzung der BRK vereinbar. Zugunsten einer klaren Ausrichtung der Rechtsanwendung auch im Hinblick auf Sorgfaltspflichten und Haftung wird empfohlen, dass sich die Definition des Schwächezustandes de lege ferenda auf eine Krankheit oder eine Behinderung im jeweiligen medizinischen Sinne bezieht, die eine massgebliche Einschränkung der Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit zur Folge hat (**Empfehlung 1**; vgl. Vorschlag für revidierte Bestimmungen nArt. 390 Abs. 1 ZGB).

Die Anknüpfung an einen Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit ist folglich konform mit der Behindertenrechtskonvention. Zur Frage, inwiefern Vertretung im Rahmen einer behördlichen Massnahme zulässig ist, siehe Ziff. 4.

2.2. Anknüpfung an geistige Fähigkeiten («mental capacity») mit funktionalen Tests?

2.2.1. Forderungen des Ausschusses

Gemäss den weiter oben dargestellten Ausführungen des Ausschusses im General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, Ziff. 13 ff. wird zwischen rechtlicher Handlungsfähigkeit («legal capacity») und dem Konzept der geistigen Fähigkeiten («mental capacity») unterschieden. «Legal capacity» umfasst die Fähigkeit, Inhaber:in von Rechten und Pflichten zu sein, was in der Schweiz mit Rechtsfähigkeit gemäss Art. 11 ZGB übersetzt wird, und diese Rechte und Pflichten auch auszuüben, was nach schweizerischem Recht Handlungsfähigkeit gemäss Art. 12 ff. ZGB bedeutet.⁸² Demgegenüber meint «mental capacity»

⁷⁴ Treffend: MARSCHNER, Teil A N 105.

⁷⁵ ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 84; BK-ROSCH, Art. 390 ZGB N 144 ff.

⁷⁶ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 7, siehe oben Ziff. 1.4.

⁷⁷ Vgl. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 14 N 39 hinsichtlich der ähnlichen Ausgangslage bei Art. 14 BRK.

⁷⁸ SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 120 f.; siehe ausf. unten Ziff. 4.5.6.

⁷⁹ Siehe die Definition oben Ziff. 2.1.

⁸⁰ Daher sind bei Gutachten jeweils auch die Auswirkungen auf die Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit in den Lebensbereichen zu beurteilen (vgl. BK-ROSCH, Art. 390 N 75).

⁸¹ Zur Willenszentrierung siehe ausf. unten Ziff. 3.3.

⁸² Vgl. ausf. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 25 ff. m.w.H. zur Herleitung aus anderen internationalen Verträgen, wonach

die Fähigkeit einer Person, Entscheidungen zu treffen, welche von Person zu Person und von Situation zu Situation unterschiedlich sein können.⁸³ Diese «mental capacity» ist im schweizerischen Recht mit dem Begriff der Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 ZGB gleichzusetzen. Urteils(un)fähigkeit ist sodann im Rahmen des Erwachsenenschutzes ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal nicht bloss bei der Eigenen Vorsorge gemäss Art. 360 ff. ZGB und der gesetzlichen Vertretungsrechte gemäss Art. 374 ff. ZGB, sondern auch für die Frage von selbständigem und eigenverantwortlichem Handeln im Rahmen von Beistandschaften.

Der Ausschuss kritisiert, dass das Konzept von «mental capacity» von sozialen und politischen Kontexten abhängt und nicht ein objektives, wissenschaftliches und naturgegebenes Phänomen darstelle.⁸⁴ Zudem seien «mental capacity» und «legal capacity» oft miteinander verschmolzen, und funktionale Ansätze seien diskriminierend, weil sie vorgeben würden, die «inneren Abläufe des menschlichen Geistes genau beurteilen zu können und (...) das Recht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht (...) versagt, wenn jemand den Begutachtungstest nicht besteht».⁸⁵ Gefordert wird Unterstützung bei ihrer Ausübung im Sinne von unterstützender Entscheidungsfindung.⁸⁶

2.2.2. «Mental» und «legal capacity» im schweizerischen Recht

Im schweizerischen System führt eine geistige Behinderung oder psychische Erkrankung nicht automatisch zum Entzug oder Entfallen der Handlungsfähigkeit oder zu Urteilsunfähigkeit. Vielmehr bedarf es für die Urteilsunfähigkeit gemäss Art. 16 ZGB neben eines objektiven (Schwäche-)Zustands wie Kindesalter, geistige Behinderung, psychische Störung etc. der mangelnden Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Dieser Fokus auf dem Handeln gemäss den Vorstellungen der Vernunft zeigt, dass es im schweizerischen Recht – wie es der Ausschuss kritisiert – einerseits eine Verschmelzung von «legal capacity» und «mental capacity» gibt, weil mit der Urteilsfähigkeit als Ansatz von «mental capacity» auch die Handlungsfähigkeit als Teil der «legal capacity» betroffen ist. Andererseits handelt es sich bei der Prüfung der Urteilsfähigkeit um einen **funktionalen Ansatz**.⁸⁷ Daher wird teilweise auch Art. 12 ff. ZGB als nicht mit der Konvention vereinbar betrachtet.⁸⁸

2.2.3. Urteilsfähigkeit als willenszentriertes, soziales Konstrukt und Werturteil

Urteilsfähigkeit knüpft an die Fähigkeit an, «vernunftgemäss zu handeln». Dabei werden Willenskomponenten fokussiert. Unteraspekte der Urteilsfähigkeit sind nach einer zivilrechtlich orientierten Definition⁸⁹ die Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit.⁹⁰ Demgemäss kann

legal capacity sich im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 BRK auf die Rechtsfähigkeit bezieht, Art. 12 Abs. 2 BRK nach hier vertretener Auffassung zusätzlich auf die Handlungsfähigkeit (gl.M. NACHTSCHATT, Handlungsfähigkeit, S. 17; GANNER/MÜLLER/VOITHOFER, Liechtenstein, S. 140 f.; UN-BRK-LACHWITZ, Art. 12 BRK N 5; a.M. TOMLEIN, S. 137; AICHELE/VON BERNSTORFF, S. 200 f., die Art. 12 Abs. 2 BRK als Konkretisierung des Abs. 1 sehen. Zur Uneinigkeit im Rahmen der Entstehung des Konventionstextes siehe oben Ziff. 1.3.; a.M. ferner AICHELE/DEGENER, Einführung, S. 43; LOYTVED/FRERICHS, Handlungsfähigkeit, S. 124; LACHWITZ, BtPrax 2008, S. 146 f., die «legal capacity» nur als Handlungsfähigkeit verstehen, sowie ROTHFRITZ, BRK, S. 369, der «legal capacity» auf die Geschäftsfähigkeit bezieht).

⁸³ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 13, oben Ziff. 1.4.

⁸⁴ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 14, oben Ziff. 1.4.

⁸⁵ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 15, vgl. oben Ziff. 1.4.

⁸⁶ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12, Ziff. 15, vgl. oben Ziff. 1.4.

⁸⁷ AEBI-MÜLLER, FS Geiser, S. 19; BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 17 ZGB N 13; SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art.12 N 36 (implizit).

⁸⁸ BOENTE, FamPra.ch 2016, S. 120; HAUSSENER, Selbstbestimmung, S. 159; VASQUEZ/ RUBIDO, 12 CDPH, S. 116.

⁸⁹ Siehe ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 17 f.

⁹⁰ Ausf. anstelle Vieler: BK-UCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 ZGB N 42 ff.

Urteilsfähigkeit als Willensfähigkeit verstanden werden.⁹¹ Fokussiert wird nach schweizerischem Recht **der Prozess der Willensbildung und der -umsetzung** und nicht das Ergebnis.⁹² Die Einschätzung der kognitiven Fähigkeiten im Rahmen einer medizinischen Einschätzung der Urteilsfähigkeit folgt einer Wahrscheinlichkeitslogik, indem Medizinfachpersonen prüfen, wie wahrscheinlich eine Person als urteilsunfähig zu betrachten ist. Demgegenüber bedarf es für den juristischen Kontext der Eindeutigkeit im Sinne einer Zuweisungslogik; eine Person ist in Bezug auf eine Rechtshandlung entweder urteilsfähig oder nicht.⁹³ Es geht somit um ein Werturteil,⁹⁴ ein soziales Konstrukt,⁹⁵ das auf der Basis der geltenden gesellschaftlichen Werteordnung über die direkte Teilhabe am Geschäftsverkehr entscheidet. Zum Verhältnis des Willens zu Lern- und Gedächtnisprozessen siehe Ziff. 3.3.2. lit. a.

2.2.4. Das Schweigen des Ausschusses zu den Alternativen

Der Ausschuss schreibt zwar, dass der funktionale Ansatz konventionswidrig sei, zeigt aber nicht auf, welcher Ansatz stattdessen verfolgt werden sollte. Er könnte sich an dieser Stelle darauf berufen, dass dies nicht seine, sondern die Aufgabe der Staaten sei.⁹⁶ Dennoch scheinen Alternativen schwierig zu finden sein, denn schliesslich geht es um die Frage, ab welchem Punkt eine Person nicht mehr (direkt) selbstbestimmt am Geschäftsverkehr teilhaben kann und inwiefern sie Unterstützung benötigt.⁹⁷ Hierfür bedarf es einer Einschätzung. Mit den bestehenden Differenzierungen und Tests⁹⁸ wird Transparenz hinsichtlich der Kriterien geschaffen, die auch durch höhere Instanzen überprüft werden können.⁹⁹ Zudem sind solche Werturteile und eine kriterienbasierte Diagnostik nicht unüblich bzw. verbreitet, wenn man etwa die Sozialdiagnostik zur Erhebung einer Kindeswohlgefährdung betrachtet.¹⁰⁰ Mit anderen Worten sind keine alternativen Konzepte erkennbar, welche den funktionalen Ansatz von «mental capacity» ersetzen könnten.¹⁰¹

Im Rahmen der Argumentation des Ausschusses ist zudem kritisch zu betrachten, dass eine Prüfung der Urteilsfähigkeit vorgibt, die inneren Abläufe des menschlichen Geistes bestimmen zu können. Jedoch scheint die Entwicklung umgekehrt zu sein. Im Wissen um die Schwierigkeit der Beurteilung der Urteilsfähigkeit¹⁰² versucht die Wissenschaft, sich dem Thema mit spezifischen Tests zu nähern.¹⁰³ Sie geht nicht davon aus, dass die Prüfung der Urteilsfähigkeit ein objektives, messbares Phänomen ist.¹⁰⁴

⁹¹ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 ZGB N 37 ff.; kritisch: BOENTE, FamPra.ch 2018, S. 119.

⁹² Vgl. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 29 ff. mit Kritik zu rechtsfolgeorientierter Auslegung; in diese Richtung auch DEGENER, BtPrax 2016, S. 207, welche betont, dass objektive Kriterien verpönt seien und der Wille unvernünftiges Handeln zulassen müsse.

⁹³ Zum Ganzen ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 27 f.

⁹⁴ BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 ZGB N 14 ff.

⁹⁵ Ebenso: ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to people, S. 71 f.

⁹⁶ KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 347.

⁹⁷ Selbst die Transformation von BOENTE von Urteilsfähigkeit und Willen zu Selbst, Beurteilung und Äusserungen des Selbst bedarf (wohl) einer Beurteilung des Selbst im Sinne eines funktionalen Ansatzes (vgl. BOENTE, Rechtstexte Nr. 1, S. 39 ff.).

⁹⁸ Insb. das von der SAMW empfohlene U-Doc für den Gesundheitsbereich (https://www.samw.ch/dam/jcr:57d2f38a-2361-4fdc-8435-624c99f17bc2/formular_samw_evaluation_urteilsfaehigkeit_u_doc.pdf) (31.3.2025).

⁹⁹ KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 346.

¹⁰⁰ Vgl. HAURI/JUD/LÄTSCH/ROSCH, S. 1 ff.; BIESEL/FELLMANN/MÜLLER/SCHÄRR/SCHNURR, S. 1 ff.

¹⁰¹ KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 349.

¹⁰² Vgl. hierzu ausf. WETTERAUER, Patientenversorgung, S. 31 ff., 163 f.

¹⁰³ Vgl. U-Decide (https://www.samw.ch/dam/jcr:57d2f38a-2361-4fdc-8435-624c99f17bc2/formular_samw_evaluation_urteilsfaehigkeit_u_doc.pdf [31.3.2025]), Mac Cat (SCHOLTEN/HABERSTROH, S. 83 ff.), Support-U (ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 82 ff.).

¹⁰⁴ KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 344.

Es geht vielmehr – wie bereits erwähnt – um den Prozess der Entscheidungsfindung und nicht um das Ergebnis.¹⁰⁵

2.2.5. Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention

Wird die für die Auslegung der BRK relevante Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) berücksichtigt,¹⁰⁶ so zeigt sich, dass die Argumentation des Ausschusses sich keineswegs im Wortlaut wiederfindet, der nach Art. 50 BRK bindend ist.¹⁰⁷ Aus Art. 12 Abs. 4 BRK ergibt sich vielmehr, dass die Vertragsstaaten Massnahmen zur Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit vorsehen müssen, diese aber auch durch staatliche Schutzvorkehrungen abgesichert sein müssen. Folglich bedarf es eines Unterscheidungsmerkmals, unter welchen Umständen jemand selbstständig am Geschäftsverkehr teilnehmen kann und wann er/sie der Unterstützung bzw. des Schutzes¹⁰⁸ bedarf. Diese Unterscheidungen dürfen gemäss WVK nicht dem Ziel und Zweck des Vertrages widersprechen. So wäre die pauschale Handlungsunfähigkeit aufgrund einer Behinderung nicht konventionskonform. Ziel ist es, dass Unterstützung soweit erforderlich zur Ausübung der Handlungsfähigkeit ermöglicht wird (vgl. sogleich Ziff. 2.2.7) und dass diese Entscheide auch transparent und somit überprüfbar sind. Nach Auffassung des Gutachters finden sich aus der Perspektive der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) zu wenig Anhaltspunkte, um funktionale Ansätze grundsätzlich zu verbieten, soweit sie dem Ziel und Zweck der Behindertenrechtskonvention entsprechen.

2.2.6. Praxisbedeutung und Relativierung der Auffassung des Ausschusses im Hinblick auf Australien

Betrachtet man den faktischen Einfluss des Verbotes von funktionalen Ansätzen auf die Praxis, so ist festzustellen, dass – soweit ersichtlich – kein Einfluss auf den EGMR und das UN-Human-Rights-System erkennbar sind; ebenfalls finden sich – soweit ersichtlich – keine Länder, die auf funktionale Tests im Bereich von «mental capacity» verzichten.¹⁰⁹ Inwiefern diese mangelnde Umsetzung eher auf dem fehlenden Willen oder vielmehr auf einem Mangel an Alternativen beruht, kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden.

Irland hat im sog. Assisted Decision Making Act 2015 versucht, einen Ansatz ohne Formulierung eines Schwächezustandes ins Gesetz aufzunehmen.¹¹⁰ Der Erlass kommt jedoch auch nicht davon ab, dass die Betroffenen in der Lage sein müssen, Informationen zu verstehen und abzuwägen. Daher erscheint auch dieser Zugang nicht als grundsätzliche Abkehr.

Interessant ist an dieser Stelle, dass der Ausschuss seine Haltung gegenüber Australien relativiert hat. Australien hat einen Rahmen («framework») für unterstützende Entscheidungsfindung implementiert, der unter anderem auch einen funktionalen Ansatz zur Prüfung von «legal capacity» beinhaltet, der jedoch in einem Konzept von unterstützender Entscheidungsfindung eingefügt wurde. Diesen Rahmen hat der Ausschuss in seinen «Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Australia» vom 15. Oktober 2019 für empfehlenswert erachtet.¹¹¹ Dies kann als wichtiger,

¹⁰⁵ KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 345; TRACHSEL/APPELBAUM, the American Journal of Bioethics 2022, S. 53 ff.

¹⁰⁶ Siehe hierzu oben Ziff. 1.5.

¹⁰⁷ SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art.12 N 36.

¹⁰⁸ In diesem Sinne ist Handlungsfähigkeitsrecht auch Schutzrecht (vgl. SCHROEDER/MÜLLER/ECCHER/WEBER/HEISSL/REISSNER/MAIR/GANNER/VOITHOFER, Gutachten, S. 143; AEBI-MÜLLER, FS Geiser, S. 2).

¹⁰⁹ Vgl. KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 344.

¹¹⁰ <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2015/act/64/section/3/enacted/en/html#sec3> (31.3.2025).

¹¹¹ Vgl. Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Australien, Ziff. 24 (b) Implement a nationally consistent supported decision-making framework, as recommended in a 2014 report of the Australian Law Reform Commission entitled Equality, Capacity and Disability in Commonwealth Laws. Vgl. zum Ganzen KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 349 f.

pragmatischer Schritt in der Diskussion beurteilt werden.¹¹²

2.2.7. Bedeutung für die schweizerische Rechtslage

Nach Auffassung des Gutachters sind funktionale Ansätze nach wie vor ein probates Mittel, um die Urteilsfähigkeit beurteilen zu können.¹¹³ Die Prüfung der Urteilsfähigkeit beruht auf Forschungsergebnissen,¹¹⁴ ermöglicht eine sachliche Unterscheidung unabhängig der Frage einer geistigen Behinderung oder psychischen Beeinträchtigung und ist daher nicht per se diskriminierend.¹¹⁵ Mit der weiter unten erörterten ganzheitlicheren Sichtweise auf die Willensfähigkeit dürften zudem auch nicht ausschliesslich kognitive Aspekte bei der Beurteilung im Vordergrund stehen.¹¹⁶ Jede Person kann von fehlender Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit betroffen sein,¹¹⁷ und die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen werden durch das Versagen der Wirkung von Rechtsgeschäften letzten Endes geschützt.¹¹⁸

Kriterienbasierte Werturteile bieten zudem Transparenz darüber, wie die Beurteilung erfolgt ist, und können somit auch überprüft werden. Sie bedürfen aber auch der Reflexionsfähigkeit und allenfalls der Aufsicht der beurteilenden Person, damit die Personenzentrierung gewährleistet und eine missbräuchliche Einflussnahme vermieden werden kann.

Aus Sicht des Ausschusses in Bezug auf Australien sind funktionale Tests jedoch in einen Kontext von unterstützender Entscheidungsfindung zu implementieren. Hier findet sich im schweizerischen Handlungsfähigkeitsrecht keine (explizite) Verknüpfung. Vielmehr wird Urteilsfähigkeit eher im Sinne einer objektiven, unbeeinflussten Momentaufnahme und damit statisch und unveränderlich – im Sinne von «Urteilsfähigkeit ist ...» – dargestellt.¹²¹ Unterstützung zur Urteilsfähigkeit im Sinne einer **Urteilsbefähigung**, d.h. eine Person mit unterstützenden Hilfen (z.B. einfacher Sprache) zur Urteilsfähigkeit zu befähigen, wird hier abgelehnt.¹²² Richtig an dieser Auffassung ist nach der hier vertretenen Meinung, dass immer der Status der Urteilsfähigkeit aufgenommen wird und dass diese nicht zwingend Urteilsbefähigung beinhalten muss. Gleichzeitig resultiert aus dieser Auffassung eine Starrheit, die kaum unterstützende Entscheidungsfindung ermöglicht.¹²³ Sollen im Zusammenhang mit unterstützender Entscheidungsfindung funktionale Tests durchgeführt werden, so müssen sie auch rechtlich ermöglicht werden. Nach Auffassung des Gutachters ist dies de lege lata bereits problemlos möglich.¹²⁴ Anerkennt man die Tatsache, dass das Kommunikationsverhalten Dritter gerade bei Menschen an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit Auswirkungen auf die Urteils(un)fähigkeit haben kann, zeigt sich eine Korrelation zwischen Urteilsfähigkeit und Kommunikationsverhalten. Namentlich aus der Demenzforschung ist bekannt, dass auch das Setting mitentscheidend ist, wie die kognitiven

¹¹² KEENE/KANE/KIM/OWEN, in: Medical Law Review 2023, S. 350.

¹¹³ Ebenso: GROS, capacité, Rz. 164 ff.

¹¹⁴ Siehe z.B. Forschungsergebnisse zu Screeningtools bei SESSUMS/ZEMBRZUSKA/JACKSON, S. 422 ff.; LAMONT/JEON/CHIARELLA, Journal of Clinical Nursing 2013, S. 2387 ff.; spezifisch zu U-Doc (Art. 17 N 16) HERMANN/FEUZ/TRACHSEL/BILLER-ANDORNO, Capacity, S. 253 ff.; kritischer bzw. ablehnend ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to People, S. 88 f., m. w. H.

¹¹⁵ SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 36; a.M. VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 116.

¹¹⁶ Vgl. hierzu unten Ziff. 3.3.2. lit. a).

¹¹⁷ WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 155

¹¹⁸ Ähnlich: WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 164 f.; a.M. TOLMEIN, Art. 12 BRK, S. 144 f.; LACHWITZ, Art. 12 N 9 ff.

¹²¹ Insbesondere BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 127 ff.; BOENTE, FamPra.ch 2018, S. 116; dies problematisiert ebenfalls HAUSSENER, Selbstbestimmung, S. 159.

¹²² BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 127 f.

¹²³ Vgl. HAUSSENER, Selbstbestimmung, S. 159, S. 181 ff.; WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 169.

¹²⁴ Ebenso NUSPLIGER, Betreuungsvertrag, S. 60 Fn. 381.

Fähigkeiten beurteilt werden.¹²⁵ Ferner führt einfache Sprache dazu, dass eine Person eine Entscheidung fällen kann, wohingegen sie komplizierte Ausführungen nicht mehr erfassen könnte. Somit kann auch mittels Kommunikationsverhalten Urteilsfähigkeit ermöglicht werden, und zwar beispielsweise dadurch, dass die betroffene Person mittels einfacher Sprache oder visueller Kommunikationsmittel als urteilsfähig beurteilt werden kann.¹²⁶ Damit werden die Grenzen zur Urteilsunfähigkeit letzten Endes fließend. Ein Modell, das gleichzeitig die Urteilsfähigkeit und den Bedarf an unterstützender Entscheidungsfindung zu beurteilen vermag, wurde jüngst von ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL entwickelt. Dieses Modell «Support-U» versucht, die Urteilsfähigkeit mittels unterstützender Entscheidungsfindung möglichst lange zu erhalten.¹²⁷ Damit wird gleichzeitig von einem statischen Verständnis der Urteilsfähigkeit Abstand genommen,¹²⁸ und es stellt sich im Weiteren die Frage, inwiefern es einen unantastbaren «Kern der Urteilsfähigkeit» gibt bzw. welche Aspekte oder Fähigkeiten der Urteilsfähigkeit zwingend bei einer Person vorhanden sein müssen.¹²⁹

Um diese rechtlich bereits jetzt schon mögliche Sichtweise besser darzustellen und verpflichtend zu verankern, sind einige Anpassungen im Handlungsfähigkeitsrecht zu empfehlen (**Empfehlung 2**; siehe nArt. 18 ZGB); es ist insbesondere ein Anspruch auf Unterstützung zur Urteilsbefähigung zu verankern. Zudem ist der Fokus stärker auf die Willensfähigkeit auszurichten (siehe nArt. 13 ZGB). Demgegenüber sollte die Krankheit oder die Behinderung im jeweiligen medizinischen Sinne als Voraussetzung beibehalten werden. Dieser objektive Bezugspunkt verhindert missbräuchliche Einschätzungen. Eine weitergehende Änderung hin zu neuen Begrifflichkeiten, wie sie BOENTE vorschlägt,¹³⁰ würde zwar einen (vorerst) unvoreingenommenen Umgang ermöglichen, scheint jedoch nach Auffassung des Gutachters nicht zwingend notwendig zu sein, da die wesentlichen Punkte auch mit dem bestehenden Konzept erfüllt werden können.

Mit diesem Konzept wird zudem das Kriterium des Willens bedeutsamer. Darauf wird zurückzukommen sein (vgl. Ziff. 3.3.).

3. Orientierung des Erwachsenenschutzrechts: Vom Wohl zum Willen und zu den Präferenzen?

3.1. Kontext: Sozialrecht

Der behördliche Erwachsenenschutz soll gemäss Art. 388 ZGB das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherstellen und die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und fördern. Erwachsenenschutzrecht ist trotz der Eingriffsmöglichkeiten Sozialrecht (sog. Eingriffssozialrecht).¹³¹ Sozialrecht ist eine Querschnittsmaterie zwischen öffentlichem und Privatrecht und 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

¹²⁵ Vgl. WIED, S. 57 ff.; WIED/HABERSTROH/PANTEL, S. 23 ff.

¹²⁶ Siehe ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 716 ff.; SHK-UNO-BRK-Rosch, Art. 12 N 76 ff.; ausf. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 58 ff.

¹²⁷ ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 82 ff.

¹²⁸ Ebenso HAUSSENER, Selbstbestimmung, S. 181 ff.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 716 ff.; vgl. auch PETERSON/KARLAWISH/LARGENT, The American Journal of Bioethics 2020, S. 8 ff.

¹²⁹ Vgl. ausf. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 722 ff.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 77; BK-ROSCH, Art. 393 N 129; ZK-MEIER, Art. 393 ZGB N 31 und 43.

¹³⁰ Vgl. BOENTE, rechtstexte nr. 1, S. 39 ff.; BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 136 ff.; siehe hierzu auch unten Ziff. 3.3.1.

¹³¹ Vgl. BK-ROSCH, Vorbem. zu Art. 388-425 ZGB N 146 ff.; ebenso: MEIER, Protection de l'adulte, Rz. 4; BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 389 N 10.

Chancengleichheit ausgerichtet sind». ¹³² Behördlicher Erwachsenenschutz ist nach diesem Verständnis personenzentriert und teilhabeorientiert. Er ermöglicht Teilhabe an der Gesellschaft bzw. am Geschäftsverkehr und gewährleistet personenzentriert Schutz. ¹³³

3.2. Der Wohlbegriff

Aus diesen Überlegungen zum Sozialrecht folgt, dass auch der erwachsenenschutzrechtliche Wohlbegriff nach Art. 388 ZGB im Rahmen dieses sozialrechtlichen Kontextes zu definieren ist. Er orientiert sich folglich nicht an einem objektiven oder objektivierten Massstab, sondern an einem personenzentrierten, individuellen Ansatz. Mit dieser Perspektive wird auch der Kritik begegnet, welche im Rahmen der BRK gegenüber einem objektivierten Wohlbegriff formuliert wurde. ¹³⁴ «Wohl» ist daher aus einer weitestgehend subjektiven Perspektive der schutzbedürftigen Person zu definieren: Der Fokus liegt damit auf der Frage, was will bzw. «was benötigt xy aus ihrem/seinem (wandelbaren) Lebensverständnis und unter Berücksichtigung des Schwächezustandes zur Teilhabe?», und nicht, «was ist gut für eine Person mit einem Schwächezustand wie xy ihn hat, damit sie teilhaben kann?». ¹³⁵ Objektive Massstäbe wie der Best-Interest-Standard in der Medizin sind daher für den Erwachsenenschutz abzulehnen. ¹³⁶ Nur in Ausnahmesituationen ist von der subjektiven, personenzentrierten Sichtweise abzuweichen. ¹³⁷ Selbstredend kann der Begriff des Wohls vor diesem Hintergrund auch nicht mehr mit dem Begriff des Kindeswohls gleichgesetzt werden, der mit einem Erziehungsauftrag verbunden ist. ¹³⁸

3.3. Willenszentrierung: Wille und Präferenzen

3.3.1. Wille und Präferenzen als Teilgehalte von «legal capacity»

Mit dem auf diese Weise definierten Wohlbegriff rückt der Wille an dieser Stelle erneut ins Zentrum. Es geht um eine Willenszentrierung, wie sie in Art. 12 Abs. 4 BRK mit dem «Willen und Präferenzen» festgehalten ist. Die Formulierung steht einerseits im Kontext von staatlichen Schutzvorkehrungen, andererseits im Kontext der Rechts- und Handlungsfähigkeit («legal capacity»). Folglich ergibt sich aus der Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), die den Wortlaut in seiner gewöhnlichen Bedeutung unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck einbezieht, dass auch «**legal capacity**» auf den Willen (und die Präferenzen) Bezug nimmt und somit ein **willenszentriertes Konzept** verfolgt. ¹³⁹ Insofern stellt sich nach diesem Auslegungsergebnis vielmehr die Frage, inwiefern **nicht willenszentrierte Konzepte** oder Vorschläge, wie sie z. T. auch in der schweizerischen Literatur

¹³² ESR Komm-Rosch, Einführung N 5 f.; BK-Rosch, Vorbem. zu Art. 388-425 ZGB N 144; ähnlich bereits MEYER/SIKI, SZS 2010, S. 409; vgl. auch bereits: BGE 73 I 42; kritisch in Bezug auf die praktische Umsetzung Botschaft FFE, S. 12.

¹³³ Bereits LIPP, S. 51, 59 f., 75 ff., 240; BK-Rosch, Vorbem. zu Art. 388-425 ZGB N 141.

¹³⁴ Vgl. oben Ziff. 1.4. (Ziff. 17 und 21); SHK-UNO-BRK-Rosch, Art. 12 N 95, N 100, N 118, N 149 m.w.H.; BRAUN/GATHER/HENKING/VOLLMANN/SCHOLTEN, Ethik Med 34, S. 523 ff.; BK-Rosch, Art. 388 ZGB N 33 ff.

¹³⁵ Fragestellung aus BK-Rosch, Art. 388 ZGB N 34, vgl. auch: Rosch, ZKE 2022, S. 476 f.; Rosch, SHK-UNO-BRK, Art. 12 N 95, N 100, N 118, N 149; ähnlich: BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 388 N 1; offener: ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 32 f.; siehe dazu die Revision im deutschen Recht, welche auf den Wohlbegriff verzichtet: BK-Rosch, Vorbem. zu Art. 388-425 ZGB N 222; hierzu ausf. BRAUN/GATHER/HENKING/VOLLMANN/SCHOLTEN, Ethik Med 34, S. 515 ff.

¹³⁶ Vgl. hier ausf. Rosch/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 42 ff.

¹³⁷ Siehe hierzu unten Ziff. 3.6.

¹³⁸ BK-Rosch, Art. 388 ZGB N 34; N 73, wonach HEGNAUER das Selbstbestimmungsrecht im Erwachsenenschutz noch aus dem Kindesrecht hergeleitet hat (HEGNAUER, ZVW 1984, S. 81 ff.); vgl. auch ZK-MEIER Art. 388 ZGB N 32; CHK-AFFOLTER, Art. 406 ZGB N 2.

¹³⁹ Kritisch zur Willenszentrierung im Rahmen der Urteilsfähigkeit BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 136 f.; BOENTE, FamPra.ch 2018, S. 119; vgl. auch VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 124.

vorgebracht werden, mit der BRK konform sind.¹⁴⁰

3.3.2. Begriffe des Willens und der Präferenzen sowie ihre bestmögliche Interpretation¹⁴¹

a) Wille und Präferenzen gemäss der BRK: Ein Annäherungsversuch

Die Termini «Wille» und «Präferenzen» werden weder in der Konvention noch vom BRK-Ausschuss genauer definiert. Das Verhältnis von Wille zu Präferenzen wird uneinheitlich beantwortet.¹⁴² Im Allgemeinen wird der «Wille» einer Person als die langfristige Vision der Person beschrieben, was ein «gutes Leben» für sie ist, während sich die «Präferenzen» in Bezug auf ein Individuum eher auf Vorlieben und Abneigungen beziehen oder auf die Art und Weise, wie eine Person verschiedenen Optionen, die ihr zur Verfügung stehen, Priorität einräumt.¹⁴³ Für den vorliegenden Kontext wird daher der «Wille» – mit SZMUKLER – als eine Manifestation der **tief empfundenen, einigermaßen stabil und kohärent bestehenden persönlichen Überzeugungen, Werte, Verpflichtungen und Konzeption des Guten** definiert. Der Wille ist nicht dasselbe wie ein Wunsch, eine Neigung oder eine aktuell gehaltene «Präferenz».¹⁴⁴ Er ist damit eine Art übergeordnete Motivationsstruktur, die bestimmt, welche Wünsche in Handlungen umgesetzt werden sollen.¹⁴⁵ Damit grenzt sich diese Definition auch von der Willensäußerung nach Art. 1 Abs. 1 OR ab, die gegenüber Dritten zugänglich gemacht wird und bindende Wirkung haben muss.¹⁴⁶

Zudem entsteht der Wille gemäss Auffassung des Gutachters nicht aus dem Nichts, sondern basiert auf der jeweiligen **persönlichen Geschichte und der bisherigen Lebenserfahrung**. Nicht das Gehirn alleine ist für die Willensbildung zuständig, sondern der Mensch als Ganzes. Auch wenn die Entscheide auf neuronalen Prozessen basieren, sind diese zugleich durch Gründe, Argumente und auch Emotionen beeinflussbar. Das Gehirn wird durch Erfahrungen, Wünsche, Vorstellungen und frühere Entscheidungen geprägt und verändert sich dauernd.¹⁴⁷ Das implizite Gedächtnis reproduziert frühere Erlebnisse nicht als Erinnerungen, «sondern enthält sie als Erfahrung in Form von Wahrnehmungs- und Verhaltensbereitschaften in sich, ohne dass deren Herkunft noch bewusst sein muss».¹⁴⁸ «Gedächtnis» bezeichnet somit keinen internen Speicher, sondern die Fähigkeit einer Person, ihre in früheren (und dauernd fortlaufenden) Lernprozessen erworbenen Dispositionen zu realisieren.¹⁴⁹ Das Gehirn steht somit in Austausch mit dem gesamten Organismus und der Umwelt.¹⁵⁰ «Die Freiheit der Entscheidung beruht auf dem Mit-sich-zu-Rat-Gehen, dem Selbstverhältnis der Person, in das zugleich die Summe all

¹⁴⁰ Z. B. diejenige von ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to People, S. 148 ff. m. w. H., welche an einer Intention anknüpfen möchte (vgl. auch SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 78) oder dasjenige von BOENTE, der am Selbst anknüpfen möchte (BOENTE, rechtstexte nr. 1, S. 39 ff.; BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 136 ff.).

¹⁴¹ Es finden sich im nachstehenden Abschnitt teilweise bearbeitete Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 130 ff.

¹⁴² Siehe SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 369 f.

¹⁴³ COUNCIL OF EUROPE, S. 18.

¹⁴⁴ SZMUKLER, World Psychiatry 2019, S. 38; siehe auch GÉLARD, Art. 314b CC, S. 98; ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 39 f.

¹⁴⁵ SZMUKLER, World Psychiatry 2019, S. 38.

¹⁴⁶ Siehe BSK OR I-ZELLWEGE-GUTKNECHT, Art. 1 N 6: Danach ist der «Wille im Rechtssinn eine feste (weil als eindeutig fingierte) Resultante; er ist das Ergebnis der psychischen Leistung des gegenseitigen Abwägens der verschiedenen Strebungen und der Gewinnung eines Standpunktes, für den man tätig werden will (Handlungswille), den man Dritten zugänglich machen will (Erklärungswille) und bei dem behaftet zu werden man bereit ist (Bindungswille). Wille im juristischen Sinne ist damit ein auf die zwischenmenschliche Aktion und Reaktion gerichtetes, mithin soziales Phänomen und praktisch nicht zu trennen von dessen Äusserung.»

¹⁴⁷ NAGEL, Hirnforschung, S. 22 ff.

¹⁴⁸ FUCHS, Gehirn, S. 133.

¹⁴⁹ FUCHS, Gehirn, S. 134.

¹⁵⁰ FUCHS, Gehirn, S. 157 ff.

ihrer bisherigen Erfahrungen eingeht. Kognitive, affektive und intuitive Momente verknüpfen sich zu einem fortschreitenden Klärungsprozess, so dass sich die Person transparenter wird und sich schliesslich mit ihrer Wahl identifizieren kann.»¹⁵¹ Es geht somit nicht um rein rationales Abwägen, sondern um einen kongruenten **Entscheid der Person als Ganzes**.¹⁵² Damit ist auch gesagt, dass eine rein rationalistische, Körper und Geist trennende Sichtweise heutzutage nicht mehr Folge geleistet werden kann.¹⁵³ Die ganzheitliche Sichtweise dürfte zudem weniger das kognitive Leistungsvermögen in den Mittelpunkt der Diskussion stellen, als vielmehr die Person mit ihrer persönlichen, individuellen Geschichte und ihren Lebenserfahrungen, die sich kontinuierlich verändern.

Der Wille und die Präferenzen können auch in Konflikt miteinander geraten.¹⁵⁴ Der klar eruierte Wille hat gegenüber den (momentanen) Präferenzen grundsätzlich **Vorrang**; je deutlicher und stärker die Präferenzen in Konflikt mit dem Willen stehen, desto stärker untergraben sie die Entscheidungsfähigkeit und müssen im Einzelfall entschieden werden.¹⁵⁵ Daneben können der Wille und die Präferenzen auch in Konflikt mit den Rechten («rights») geraten, gerade wenn das Recht und der Wille in unterschiedliche Richtungen weisen, zum Beispiel das Recht auf Bewahrung vor Ausbeutung und ein vorhandener Wille, der dieses Recht in Frage stellt.¹⁵⁶ Hier ist im Einzelfall ebenfalls aufgrund einer Interessenabwägung eine Lösung zu finden.¹⁵⁷

Wenn der Wille und die Präferenzen nicht eindeutig ermittelt werden können, müssen sie bestmöglich interpretiert («best interpretation of will and preferences») und entsprechend berücksichtigt werden.¹⁵⁸

b) Kompatibilität mit dem schweizerischen Handlungsfähigkeits- und Erwachsenenschutzrecht

Dieser soeben beschriebene Fokus auf den Willen entspricht grundsätzlich den Vorstellungen der bereits erörterten Willenszentrierung im Rahmen der Urteilsfähigkeit.¹⁵⁹ Für den Erwachsenenschutz bedeutet dies selbstredend auch eine Abkehr von der teilweise immer noch vorherrschenden Fokussierung auf das objektive Wohl.¹⁶⁰

Vor diesem Hintergrund ist an dieser Stelle zu empfehlen, dass die Angelegenheiten in Art. 390 ZGB, die Zwecksetzung im Rahmen von Art. 388 ZGB sowie die Pflicht der Beistandsperson in Art. 406 ZGB personenzentrierter gefasst und damit die Ausrichtung hinsichtlich der Sorgfaltspflichten klarer festgelegt werden (**Empfehlung 3**; vgl. hierzu unten Ziff. 11, nArt. 390, nArt. 388, nArt. 406 ZGB). Zudem empfiehlt der Gutachter, anstelle der dichotom anmutenden Terminologie von Schutz und Wohl den grundrechtlichen Konnex und die Persönlichkeitsrechte in den Vordergrund zu rücken, um die (fliessende) Unterstützung zur Selbstbestimmung (auch im Rahmen des Schutzes) betonen zu können.¹⁶¹

¹⁵¹ FUCHS, Gehirn, S. 279.

¹⁵² FUCHS, Gehirn, S. 279.

¹⁵³ HAUSHEER/PERRIG-CHIELLO, ZBJV 2012, S. 802.

¹⁵⁴ Vgl. ARSTEIN-KERSLAKE/FLYNN, The International Journal of Human Rights 2016, S. 483 f.; Council of Europe, S. 18.

¹⁵⁵ SZMUKLER, World Psychiatry 2019, S. 39.

¹⁵⁶ SZMUKLER, World Psychiatry 2019, S. 39 f.

¹⁵⁷ Siehe Ziff. 3.4.2.; sowie SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 100.

¹⁵⁸ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1, Art. 12 BRK, Ziff. 21 (siehe oben Ziff. 1.4.); COUNCIL OF EUROPE, S. 18.

¹⁵⁹ Vgl. BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 ZGB N 37 ff., VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 124 sowie die Diskussion oben Ziff. 3.3.1.

¹⁶⁰ G.L.M. COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment, S. 79 f.

¹⁶¹ Vgl. hierzu bereits die in der Entstehungsgeschichte fussende Diskussion, wonach Unterstützung von 0 bis 100 Prozent reichen könne (siehe Ziff. 1.3.).

3.4. Wille und Präferenzen bei Urteilsfähigkeit im Erwachsenenschutz

3.4.1. Verbindlichkeit des Willens

Gerade im Rahmen der Urteilsfähigkeit ist der nach aussen kundgegebene Wille als Ergebnis eines im Einzelfall mehr oder minder bewussten Entschlusses in der Regel massgeblich.¹⁶² Folglich ist der Wille entscheidend, sei er noch so unvernünftig. Daher ist auch nicht das Ergebnis bedeutsam, sondern der Willensbildungs- und Willensumsetzungsprozess für sich alleine, der ausreichend sein muss, um als rechtlich verbindlichen Willen gelten zu können. Was hierbei als «ausreichend» gilt, ist im Einzelfall zu bestimmen.

3.4.2. Urteilsfähige unter Beistandschaft?

Soweit der Wille von Urteilsfähigen verbindlich ist, bedeutet dies grundsätzlich auch, dass staatliche Eingriffe problematisch sind oder zumindest in einem Spannungsverhältnis zur Willenszentrierung stehen.

De lege lata bedarf es keiner Urteilsunfähigkeit für eine behördliche Erwachsenenschutzmassnahme. Psychische Erkrankung und geistige Behinderung bedeuten unbestrittenermassen nicht per se Urteilsunfähigkeit. Mit der oben konkreter definierten Fassung des Schwächezustandes als in der Regel klinisch bedeutsame, erhebliche Beeinträchtigung des Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit¹⁶³ wird dieser Sichtweise Rechnung getragen.

De lege ferenda und mit Blick auf die BRK stellt sich hingegen die Frage, ob diese Unabhängigkeit von der Urteilsfähigkeit noch aufrechterhalten werden kann oder ob behördliche Massnahmen – i. c. Beistandschaften – nicht mehr an einen Schwächezustand, dafür an die Urteilsunfähigkeit zu knüpfen sind.¹⁶⁴

Nach dem Zweck und der Zielsetzung der Konvention ist die Urteilsfähigkeit als Ausdruck eines selbstbestimmten Lebens zu sehen. Folglich dürfte eine Beistandsperson bei bestehender Urteilsfähigkeit nicht eingreifen. Nach diesem Verständnis wäre die Mitwirkungsbeistandschaft nach Art. 396 ZGB, die im traditionellen Verständnis¹⁶⁵ Urteilsfähigkeit voraussetzt, grundsätzlich nicht mit der BRK vereinbar.¹⁶⁶

De lege lata kann ein:e Vertretungsbeistand/-beiständin auch unabhängig von der Frage der Urteilsfähigkeit **rechtswirksam handeln**. So führt das vertretungsweise beiständliche Handeln in einem Teilbereich, in dem die verbeiständete Person urteilsfähig ist, im Aussenverhältnis dazu, dass das Rechtsgeschäft gültig zustande kommt – unabhängig davon, ob es dem Willen oder den Präferenzen der verbeiständeten Person entspricht.¹⁶⁷ Das (revidierte) österreichische Recht kennt eine ähnliche Regelung für die gesetzliche Erwachsenenvertretung («Angelegenheiten aufgrund (...) einer vergleichbaren Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfähigkeit nicht ohne Gefahr eines Nachteils für sich besorgen kann»). Der Entscheid eines/r gesetzlichen Erwachsenenvertreters/-vertreterin für eine urteilsfähige Person ist wie im schweizerischen Recht gültig,¹⁶⁸ auch wenn dies nicht derart deutlich im Gesetzestext erscheint (vgl. § 268 Abs. 1 ABGB). Hier ist das deutsche Recht in § 1814 Abs. 2 BGB in

¹⁶² BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 16 ZGB N 39; vgl. auch BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 1 N 6 (siehe oben Fn. 147).

¹⁶³ Siehe oben Ziff. 2.1.

¹⁶⁴ Nachfolgende Abschnitte entstammt auszugsweise aus SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 112 ff. und BK-ROSCH, Art. 388 N 78 ff.

¹⁶⁵ Siehe hierzu weiterführend BK-ROSCH, Art. 369 ZGB N 30 ff.; ROSCH, FamPra.ch 2021, S. 694 ff. sowie unten Ziff. 4.5.7.

¹⁶⁶ Vgl. auch Urteil des EGMR A.-M.V. vs. Finnland (53251/13) vom 23. März 2017, Ziff. 85.

¹⁶⁷ Kritik zu Recht bei BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 15 ff.

¹⁶⁸ Vgl. BARTH/MAIER, Erwachsenenvertretung, S. 733 f.

Bezug auf die Massnahmeerrichtung deutlicher, indem zumindest gegen den Willen einer (urteilsfähigen) Person keine staatliche Massnahme angeordnet werden darf («Gegen den Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden»). Widersetzt sich die betroffene Person nicht, scheint eine Massnahme möglich. Der/Die Betreuer:in hat gemäss § 1821 Abs. 2–4 BGB gemäss dem Willen und den «Wünschen»¹⁶⁹ zu handeln, wonach sie/er sich im Ausnahmefall auch einem «Wunsch» widersetzen kann, was aber bei Urteilsfähigkeit wohl selten möglich sein dürfte.¹⁷⁰

Aus vorwiegend praktischer Sicht ist das **volatile Konzept** der Urteilsfähigkeit – abgesehen von eindeutigen Fallsituationen – als **Unterscheidungsmerkmal** wenig geeignet, wie dies auch beim Vorsorgeauftrag und der Patientenverfügung erkennbar ist.¹⁷¹ Gerade bei schwankender Urteils(un)fähigkeit wäre damit eine behördliche Massnahme praktisch nicht möglich, da jeweils festgestellt werden müsste, ob eine Person nun gerade urteilsunfähig ist und damit die Beistandsperson legitimiert wäre, sie zu vertreten. Zudem würde dieser Ansatz wohl dazu führen, dass vermehrt Menschen «aus Praktikabilitätsgründen» für urteilsunfähig erklärt würden, damit sie vertreten werden können bzw. die Urteilsfähigkeit in Bezug auf ihre Voraussetzungen restriktiver gehandhabt würde.

Will man dem Konzept der urteilsfähigen verbeiständeten Personen angesichts dieser Gefahr einer Ausweitung der Urteilsunfähigkeit und der praktischen Schwierigkeiten dennoch einen Sinn geben, der auch (nach hier vertretener Auffassung) mit den Zielen der BRK vereinbar ist, müsste im Minimum bei (teilweise) urteilsfähigen Menschen mit Behinderungen, die in den Bereichen, in denen sie (teilweise) urteilsfähig sind, einen Schutzbedarf haben, besonders **genau geprüft** werden, inwieweit eine Massnahme angezeigt ist. Legitimation und Kern des Erwachsenenschutzes ist die in der Regel – wie aufgezeigt – klinisch bedeutsame, erhebliche Beeinträchtigung des **Willensbildungs- und bzw. oder -umsetzungsprozesses**. Diese Beeinträchtigung ist zwingende Voraussetzung für die Errichtung einer behördlichen Massnahme und zeigt auf, dass hiermit die **Urteilsfähigkeit tangiert** ist.¹⁷² Diese genaue Betrachtung der Situation ist in Form einer **Interessenabwägung** vorzunehmen, worin die Selbstbestimmung als massgeblicher Aspekt berücksichtigt werden muss. Bei vollumfänglich urteilsfähigen Personen wird eine behördliche Erwachsenenschutzmassnahme nicht zulässig sein; bei erheblicher Beeinträchtigung der Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit, gleichzeitiger Urteilsfähigkeit in einem Bereich und Schutzbedürftigkeit dürfte die Massnahme oftmals in einer Begleitfunktion im Sinne einer Begleitbeistandschaft nach Art. 393 ZGB oder ausnahmsweise im Rahmen von Art. 394 ZGB bestehen, soweit die betroffene Person der Begleitbeistandschaft nicht zugestimmt hat.¹⁷³

Wird bei urteilsfähigen Personen eine Beistandschaft notwendig, so hat auch die Beistandsperson dies entsprechend zu berücksichtigen und noch deutlicher im Sinne der «unterstützenden Entscheidungsfindung» zu handeln. Er/Sie hat sich auf Bereiche zu beschränken, in denen die betroffene Person (aktuell) urteilsunfähig ist, bzw. im Innenverhältnis¹⁷⁴ auf den Unterstützungsbedarf im Rahmen der unterstützenden Entscheidungsfindung zu konzentrieren, und zwar in den Bereichen, in denen der Schwächezustand im Vordergrund steht.¹⁷⁵ Die zentrale Leitfrage ist hierbei: **Inwiefern kann die verbeiständete Person unter Berücksichtigung ihres Schwächezustandes für die vorliegende**

¹⁶⁹ Zum Begriff des Wunsches im deutschen Recht siehe Ziff. 8.2.3. lit. b).

¹⁷⁰ Das impliziert auch Abs. 4 des § 1821 mit dem Verweis auf den mutmasslichen Willen. Vgl. zum Ganzen unten Ziff. 8.2.3. sowie BROSEY, BtPrax 2020, S. 163 f.; siehe zum deutschen Recht BK-ROSCH, Vorbem. zu Art. 388–425 ZGB N 213 ff.

¹⁷¹ Vgl. AEBI-MÜLLER, ZBJV 2013, S. 155 ff.

¹⁷² Siehe ausf. BK-ROSCH, Art. 390 ZGB N 37 ff. sowie oben Ziff. 2.1.

¹⁷³ Vgl. BK-ROSCH, Art. 393 ZGB N 73 ff.; ZK-MEIER, Art. 393 N 36.

¹⁷⁴ Zum Innen- und Aussenverhältnis siehe Ziff. 4.5.3.

¹⁷⁵ Entsprechend streng und individuell ist auch die entsprechende Aufsicht durch die Behörde zu gewährleisten (vgl. ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 117 f.).

Fragestellung selbstbestimmt bzw. eigenverantwortlich handeln? Oder: Wie würde die verbeiständete Person handeln, wenn sie nicht an dem Schwächezustand leiden würde, an dem sie leidet?¹⁷⁶ Damit wird die Fragestellung ähnlich hypothetisch wie beim mutmasslichen Willen.¹⁷⁷

3.4.3. Bedeutung für das schweizerische Erwachsenenschutzrecht

Mit dieser Rückbindung an den Willen der betroffenen Person und den subjektiv eruierten Bedarf erscheint auch eine Erwachsenenschutzmassnahme bei (teilweise) urteilsfähigen Menschen zulässig. So können die – von der Urteils(un)fähigkeit unabhängigen – Schwächezustände gemäss Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB für den Erwachsenenschutz auch als Verabschiedung vom Dualismus von Urteilsfähigkeit und -unfähigkeit zugunsten eines **beweglicheren Konzeptes von unterstützender Entscheidungsfindung** gelesen werden.

Mit der noch aufzuzeigenden Aussenkehrung des Innenverhältnisses¹⁷⁸ dürfte die Massnahme auch ausreichend verhältnismässig sein,¹⁷⁹ zumindest so lange kein nahezu flächendeckendes Angebot an unterstützender Entscheidungsfindung für (urteilsfähige) Menschen mit Behinderungen besteht. Würde ein solches – bzw. würden andere Alternativen in ausreichendem Ausmass – bestehen, könnten Erwachsenenschutzmassnahmen vorab auf dauernd urteilsunfähige Menschen beschränkt werden.

Daher wird (übergangsweise) eine verbindliche Formulierung in nArt. 390 Abs. 2 ZGB empfohlen, welche sich an die deutsche Regelung des § 1814 Abs. 2 BGB anlehnt, wonach gegen den Willen keine Beistandschaft errichtet werden darf. nArt. 406 Abs. 2 ZGB soll sodann festhalten, dass der Wille und die Präferenzen für die Beistandsperson massgebend sind und somit die Beistandsperson als Hüterin des Willens der betroffenen Person anzusehen ist, womit objektiv(iert)en Wohlüberlegungen eine Absage erteilt wird. Art. 412 Abs. 1 ZGB ist folglich zu streichen (**Empfehlung 4**). Die erwähnte Aussenkehrung des Innenverhältnisses findet sich in nArt. 413 Abs. 1 ZGB (**Empfehlung 5**).

3.5. Wille und Präferenzen bei Urteilsunfähigkeit im Erwachsenenschutz: «Best interpretation of will and preferences»¹⁸⁰

3.5.1. «Best interpretation of will and preferences» als Entscheidungsmassstab einer beurteilenden Person

Urteilsunfähigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Wille nicht direkt erhoben werden kann, auch wenn der Miteinbezug der betroffenen urteilsunfähigen Person zu Recht teilweise gesetzlich verankert wurde (vgl. Art. 377 Abs. 3 ZGB). Im Rahmen der Urteilsunfähigkeit ist daher auf den (eindeutig) dokumentierten Willen (z. B. im Rahmen einer Patientenverfügung oder eines Vorsorgeauftrages) abzustellen, andernfalls auf die bestmögliche Interpretation des Willens und der Präferenzen. Damit rückt Letzteres ins Zentrum.¹⁸¹ Mit der Formulierung der «best interpretation» des Ausschusses wird auch selbstredend gesagt, dass nicht die betroffene Person selbst, sondern **eine andere Person den Willen eruiert und interpretiert**. Damit ist «best interpretation of will and preferences» ein *normatives Surrogat* des tatsächlichen Willens.¹⁸² Es geht letzten Endes um die Festlegung eines «sachgemässe[n]

¹⁷⁶ ROSCH, ZKE 2015, S. 220 ff.; ROSCH, ZKE 2022, S. 482.

¹⁷⁷ Siehe hierzu unten Ziff. 3.5.1. f.

¹⁷⁸ Siehe Ziff. 4.5.3.

¹⁷⁹ Kritisch BOENTE, FamPra.ch 2018, S. 121.

¹⁸⁰ Es finden sich nachstehend teilweise bearbeitete Auszüge aus ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 33 ff.

¹⁸¹ Siehe hierzu ausf. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 36 f.; ebenso: COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment, S. 79 f.

¹⁸² Vgl. BÜCHLER/MICHEL, Medizin-Mensch-Recht, S. 126.

hypothetische[n] Wahrscheinlichkeitsurteil[s] über den wahren Willen des Betroffenen».¹⁸³ Dieses ist kein real geäussert Wille, sondern ein «Entscheidungsmassstab»¹⁸⁴ für die beurteilende Person. Folglich handelt es sich um ein Konstrukt, bei dem andere Personen als die betroffene selbst nach vorgegebenen Kriterien eine Beurteilung für sie vornehmen. Die **Leitfrage hierbei ist, wie die betroffene Person die vorliegende Fragestellung entscheiden würde, wenn sie aktuell urteilsfähig wäre**. Damit wird zunächst versucht, aufgrund früherer Äusserungen im Rahmen der Urteilsfähigkeit den Willen zu rekonstruieren.¹⁸⁵ Es geht hier somit nicht um **direkte Selbstbestimmung**, wie dies bei Urteilsfähigen der Fall ist, sondern um **indirekte**, weil sie über die bestmögliche Interpretation die Teilhabe ermöglichen will.¹⁸⁶

3.5.2. «Best interpretation of will and preferences» und mutmasslicher Wille

Die eben dargestellte Leitfrage verdeutlicht auch die enge Verbindung zwischen dem Konzept der «best interpretation of will and preferences» und der im schweizerischen Recht bekannten Rechtsfigur des **mutmasslichen Willens**. Der mutmassliche Wille hat sich rechtshistorisch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag entwickelt und vertritt trotz der Passus «dem Vorteile und der mutmasslichen Absicht» in Art. 419 OR sowie «nach dem Willen und den Interessen» in Art. 379 ZGB eine personenzentrierte Sichtweise. Es geht mit der herrschenden Lehre¹⁸⁷ um den mutmasslichen Willen der betroffenen Person; **objektive Wohlüberlegungen und Interessen haben auch an dieser Stelle keinen Platz mehr**.¹⁸⁸ Demgegenüber sieht die herrschende Lehre insbesondere bei medizinischen Massnahmen vor, dass bei originär urteilsunfähigen Menschen, die nie urteilsfähig waren, oder in Situationen, in denen der Wille nicht eruiert werden kann, objektive Wohlüberlegungen zum Zuge kommen.¹⁸⁹ Nach Auffassung des Gutachters ist aus Sicht der BRK auch an dieser Stelle der Rückgriff auf die bestmögliche Interpretation von Willen und Präferenzen zwingend.¹⁹⁰ Der mutmassliche Wille wäre somit immer das entscheidende Kriterium.

Folgende **Aspekte** gehören zur Prüfung des mutmasslichen Willens:¹⁹¹

¹⁸³ ROXIN, FS Welzel, S. 447 ff., S. 453.

¹⁸⁴ LIPP, in: BROSEY, BtPrax 2009, S. 177.

¹⁸⁵ ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 39, die dies hinsichtlich der vergleichbaren Situation des mutmasslichen Willens formulieren.

¹⁸⁶ Vgl. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 49 ff.

¹⁸⁷ Vgl. hinsichtlich der G.o.A.: CHK-JENNY/MAISSEN/HUGUENIN, Art. 419 OR N 18; ZK-SCHMID, Art. 419 OR N 110.; hinsichtlich von medizinischen Massnahmen: ESR Komm-GASSMANN, Art. 377/378 N 12; ZK-BOENTE, Art. 378 ZGB N 62 ff.; CR CC I-JUNOD, Art. 378 N 42; AEBI-MÜLLER, Jusletter 22.9.2014, Rz. 133 ff.; HAAS, Einwilligung, Rz. 897; GEISER, recht 2006, S. 91 ff. Nr. 2.3., 2.5.; HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 253; KUKO ZGB- ROSCH, Art. 433–435 N 2; Staudinger BGB-GUTMANN, § 630d N 246; KNAUF, Einwilligung, S. 63 ff.; die teilweise gegenteilige, auf GETH/MONA, ZSR 2009, S. 157 ff. beruhende Auffassung will bei medizinischen Massnahmen darauf abstellen, ob es sich um eine Zustimmung oder eine Verweigerung von medizinischen Massnahmen handelt, was aus der hier vertretenen Auffassung nicht Massstab sein kann (vgl. BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 378 N 13; CHK-FANKHAUSER, Art. 378 ZGB N 5).

¹⁸⁸ Zur (rechtshistorischen) Entwicklung siehe ausf. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 37 f.

¹⁸⁹ AEBI-MÜLLER, Jusletter 22.9.2014, Rz. 136; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG, Arztrecht Rz. 708; HAAS, Einwilligung, Rz. 902; ZK-BOENTE, Art. 378 ZGB N 69; ESR Komm-GASSMANN, Art. 377/378 N 12; FamKomm ESR-BÜCHLER/MICHEL, Art. 370 N 23; FamKomm ESR-GUILLOD/HERTIG, Art. 378 N 27; BSK ZGB I-EICHENBERGER, Art. 378 N 13; CR CC I-JUNOD, Art. 378 N 42; WIDMER-BLUM, Urteilsunfähigkeit, S. 112 f.; BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 245; Staudinger BGB-GUTMANN, § 630d N 256 ff., die von «Rückfallposition» spricht; KERSTING, BtPrax 2021, S. 203 ff.; BECKMANN, FPR 2010, S. 278, 281. Im Ergebnis ebenso: KNAUF, Einwilligung, S. 69 ff.

¹⁹⁰ Siehe hierzu ausf. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 42 ff.

¹⁹¹ Vgl. ROSCH, Leitfaden, S. 93 f.; eine inhaltlich gleiche, jedoch anders strukturierte Aufzählung findet sich bei HAAS, Einwilligung, Rz. 898 ff. m. w. H.; vgl. auch ESR Komm-GASSMANN, Art. 377/378 N 12; Staudinger BGB-GUTMANN, § 630d N 246; BECKMANN, FPR 2010, S. 278, 280, sowie im Hinblick auf die vorab motivorientierte

- bisherige Lebensplanung und Wünsche der betroffenen Person inkl. Neigungen, Interessen und Lebensumstände,
- bisheriger Lebensstil,
- bisheriges Verhalten und Meinungsäusserungen gegenüber Dritten (Angehörigen/Freund:innen) oder auch in Dokumenten (Testament, Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung), die auf den Willen schliessen lassen, sowie
- aktuelle Äusserungen (siehe analog zu Art. 377 Abs. 3 ZGB).

Vor diesem Hintergrund wäre es richtig, den mutmasslichen Willen mit «best interpretation of will and preferences» **gleichzusetzen**. Da jedoch die Lehre nach wie vor den Rückgriff auf objektive Interessen zulässt und ein Teil der Lehre eine vergleichbare Qualität des mutmasslichen Willens wie beim geäusserten Willen fordert,¹⁹² wird an dieser Stelle vorab **aus didaktischen Gründen** ein Unterschied gemacht. Es wird unterschieden zwischen «best interpretation of will and preferences» (im engeren Sinne, i. e. S.) und mutmasslichem Willen. Damit wird sichergestellt, dass auch bei fehlendem mutmasslichem Willen (gemäss dem Verständnis der erwähnten Lehre) nicht auf objektive Kriterien zurückgegriffen werden kann.¹⁹³

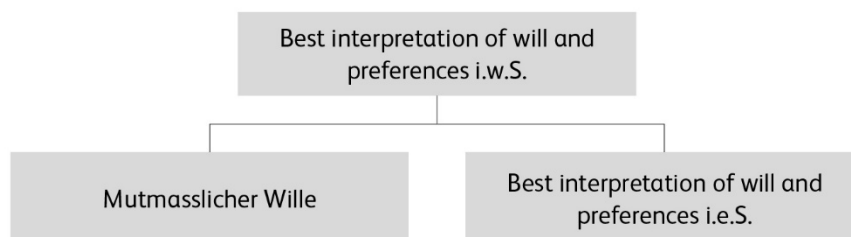


Abbildung 1: Best interpretation of will and preferences (ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 46)

Bei der Beurteilung von «best interpretation of will and preferences» i. e. S. sind – wie beim mutmasslichen Willen – nahestehende Personen zu involvieren und damit an dieser Stelle nicht selten auch (Fach-)Personen, welche für die unmittelbare Pflege und Betreuung beispielsweise in Institutionen zuständig sind. Wie erwähnt ist hier nicht auf das objektive Wohl zurückzugreifen, sondern es soll versucht werden, **weitere Äusserungen** der betroffenen Person zu interpretieren. Das können Äusserungen und Zeichen von Freude, Schreien, Verärgerung sein, also **emotionale Stimmungsäusserungen**, ferner auch **Laute, Bewegungen und körperliche Reaktionen**.¹⁹⁴ Dazu kann auch eine Intention gehören, die aus erkennbaren Hinweisen auf eine zugrundeliegende und ersichtliche Zwecksetzung oder aus Überlegungen hinter einer Handlung, Unterlassung oder Entscheidung hervorgeht.¹⁹⁵ Diese Intentionen können unter Umständen von nahestehenden Personen

Ermittlung des Willens des Erblassers: BK-WEIMAR, Einleitung die Verfügung von Todes wegen zu Art. 467 ff. ZGB, S. 64 ff. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

¹⁹² So wird eine echte Tatsachenbasis gefordert (BECKMANN, FPR 2010, S. 278, 280) oder konkrete und greifbare Anhaltspunkte (KÖBERL/SITNER, RDM 2019, S. 108, 109; HAAS, Einwilligung, Rz. 897); vgl. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 41 m. w. H.

¹⁹³ Dieser Abschnitte entstammen auszugsweise aus ROSCH/TRACHSEL/WETTERAUER, S. 45 f.

¹⁹⁴ Vgl. LACHWITZ, support, S. 67, 76 f.

¹⁹⁵ Vgl. ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to People, S. 148 ff. m. w. H.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 78.

und Fachpersonen in der konkreten, alltäglichen Betreuung interpretiert werden.¹⁹⁶ Hinzu kommt, dass unter Umständen bekannte Werthaltungen aus anderen Lebensbereichen für die Beurteilung beigezogen werden können. Damit soll versucht werden, trotz mangelnder konkreter Informationen weiterhin eine personenzentrierte Sichtweise einzunehmen, statt die fehlenden Informationen mit Aspekten des objektiven Wohls «aufzufüllen».¹⁹⁷

Bei völlig fehlenden Informationen und Hinweisen auch im Rahmen der «best interpretation of will and preferences» i. e. S. ist der **hypothetische, subjektive Wille aus durchschnittlichen Überlegungen** beizuziehen. «Objektive Kriterien, etwa wie sich ein verständiger durchschnittlicher Patient üblicherweise entscheiden würde, treten [somit] (Erg. des Gutachters) in den Hintergrund. Diese können lediglich für die Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens des Patienten herangezogen werden.»¹⁹⁸ Mit dieser weiterhin auf Willen und Präferenzen ausgerichteten Sichtweise bleibt der Fokus auf der Person selbst und verschiebt sich nicht auf objektive Kriterien, auch wenn gerade kein mutmasslicher Wille eruiert werden kann. Diese Sichtweise ist daher auch authentischer.¹⁹⁹ Hervorzuheben ist jedoch an dieser Stelle in besonderem Masse die Gefahr missbräuchlicher Einflussnahme gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK.²⁰⁰

3.6. Grenzen der bestmöglichen Interpretation und des mutmasslichen Willens bzw. der Willenszentrierung

Sowohl bei der Frage nach dem mutmasslichen Willen («Wie würde xy jetzt entscheiden oder handeln, wenn er/sie aktuell urteilsfähig wäre?») als auch bei der Frage bezüglich teilweise urteilsfähiger Menschen, deren Schwächezustand im Vordergrund steht («Wie würde xy entscheiden, wenn er/sie den Schwächezustand nicht hätte, den er/sie hat?»), begeben sich die interpretierenden Personen zunehmend in **hypothetische Gefilde**. Diese Fragestellungen sind als Orientierung hilfreich, in der Praxis sind sie jedoch schwierig und teilweise kaum zu beantworten. Daraus folgt aber kein Rückgriff auf objektive Interessen.²⁰¹ Es ist gleich wie bereits bei der bestmöglichen Interpretation von Willen und Präferenzen vorzugehen.

Grenzen für die beurteilende Person ergeben sich zunächst aus dem Recht. Hat die beurteilende Person nicht nur den Willen und die Präferenzen festzustellen, sondern auch entsprechend zu handeln, so ist sie nicht an **rechtswidriges und sittenwidriges Handeln** im Rahmen des mutmasslichen Willens gebunden. Ergibt bspw. der mutmassliche Wille, dass die urteilsunfähige Person nach wie vor Steuern hinterziehen möchte, so ist die für die Umsetzung vorgesehene Person nicht daran gebunden. Rechts- und Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 20 OR gelten auch hier.²⁰²

Soweit der Wille auch eine **Gefährdung** der betroffenen Person mit sich bringt, stellt sich die Frage, ob sie diese Gefährdung in Kauf nehmen würde. Dabei ist nach der hier vertretenen Auffassung die Selbstbestimmung im Rahmen einer Abwägung der verschiedenen grundrechtlichen Interessen (insb. auch der Schutzpflichten des Staates²⁰³) zu prüfen, zudem ist zu klären, ob eindeutig überwiegende gegenteilige Interessen aus der Sicht der betroffenen Person bestehen, welche die Selbstbestimmung

¹⁹⁶ Vgl. zum Beispiel die einzelnen Produkte von Vemas 2.0 für Menschen für behinderte Menschen mit Verhaltensauffälligkeiten, das aber an dieser Stelle durchaus auch hilfreich sein dürfte. auf: <https://vemas-perspektive.de/produkte> (31.3.2025).

¹⁹⁷ Tendenziell BT-Drucks, 19/24445 vom 18. November 2020, S. 254 f.

¹⁹⁸ BT-Drucks, 19/24445 vom 18. November 2020, S. 254.

¹⁹⁹ SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 370.

²⁰⁰ Siehe hierzu unten Ziff. 7.

²⁰¹ SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 100.

²⁰² Nachstehender Abschnitt entstammt auszugsweise aus SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 100 sowie von BK-ROSCHE, Art. 395 N 117.

²⁰³ Vgl. hierzu auch: MÜLLER, Fürsorge, S. 420 ff., S. 436 ff.

klar überragen.²⁰⁴ Es geht an dieser Stelle somit nicht mehr einzig um die Erfassung des (mutmasslichen) Willens, sondern um eine Interessenabwägung, bei der die möglichen Folgen eines Entscheids einander gegenübergestellt werden. Ausgangspunkt muss aber jeweils der (mutmassliche) Wille bzw. die beste Interpretation von Willen und Präferenzen sein und es bedarf gewichtiger Gründe, um zu einem gegenteiligen Entschluss zu kommen («eindeutig überwiegende» Gründe).²⁰⁵ Soweit **eindeutig überwiegende Gründe** im Sinne von klaren Schutzpflichten bestehen, etwa im Rahmen des Sonderstatusverhältnisses, insbesondere wenn die Situation mit der Menschenwürde keineswegs mehr vereinbar ist, wäre der besten Interpretation von Willen und Präferenzen nicht zu folgen (z. B. betreffend verwesenden Extremitäten aufgrund des Verbots der betroffenen Person, ihre Wunde medizinisch versorgen zu lassen). Wo diese Grenze genau ist, ist im Einzelfall zu bestimmen.

Daneben kann die Umsetzung des Willens für die beauftragte Person bzw. auch für die betroffene Person **unzumutbar** sein. Dazu zählt zunächst die Situation, in welcher der mutmassliche Wille bekannt ist, die betroffene Person sich jedoch aufgrund ihres Schwächezustandes anders entscheidet und dieser Entscheid gleichzeitig nicht derart weitreichende **Konsequenzen** hat, als dass er missachtet werden dürfte. Hier wird in der Literatur folgendes Beispiel genannt:²⁰⁶

Eine demente Person hat Zeit ihres Lebens nie Süßigkeiten gegessen, weil sie diese für schädlich hielt. Im Laufe der Demenzerkrankung fordert sie zunehmend (und auch vehement) Gummibärchen ein. Sie ist für diese Entscheidung gemäss Beurteilung urteilsunfähig. Gemäss der Einschätzung nach dem mutmasslichen Willen (frühere Äusserungen) würde sie sich nicht für Gummibärchen entscheiden. Dennoch entscheidet die gesetzliche Vertretung unter Berücksichtigung des aktuellen Verhaltens der urteilsunfähigen Person und nach Abwägung der Interessen für die Gummibärchen im Wissen darum, dass es nicht dem früher geäusserten Willen entspricht, aber das Handeln gegen ihren Widerstand weder notwendig noch im Sinne ihres «Willensverständnisses» angezeigt ist. Zudem ist aus der Sicht der betroffenen Person der vom Schwächezustand geprägte «Wille» (oder die Äusserung) «ihr Wille», der für sie bedeutsam ist. Daher kann das Handeln gegen ihren «Willen» gleichbedeutend und auch gleichbelastend sein wie das Handeln gegen den Willen, der nicht vom Schwächezustand geprägt ist.

Ausnahmsweise können Handlungen, die dem Willen und den Präferenzen der verbeiständeten Person entsprechen, unzumutbar sein, weil sie massgeblich gegen die **Treuepflicht** des Amtes²⁰⁷ von Privat- oder Berufsbeistandspersonen sprechen würden. So könnte z. B. der Wille der verbeiständeten Person sein, eine eigene Wohnung unter allen Umständen zu erhalten, auch wenn sie erkennt, dass sie wohnunfähig ist. Sie wäre bereit, dafür auch gegenüber dem/r Vermieter:in im Rahmen der Vertragsverhandlungen Halbwahrheiten zu erzählen. An dieser Stelle wäre es für die Beistandsperson nach hier vertretener Auffassung nicht zumutbar, ebenfalls u. U. nicht rechtswidrige, aber die Treuepflicht des Amtes massgeblich tangierende Willensbekundungen zuzulassen. Diese Grenze der Willenszentrierung ist restriktiv zu handhaben, ermöglicht er bei ungerechtfertigter Anwendung nämlich, den Willen der betroffenen Person auszuhebeln.

Damit zeigt sich hier dennoch, dass die beurteilende Person grundsätzlich Willens- und Präferenzenhüterin der betroffenen Person ist, dass aber ausnahmsweise eine Abwägung der Interessen erforderlich ist. **Die Beistandsperson hat möglichst weitgehend dem Willen und den Präferenzen entsprechend zu handeln.** Dabei ist an dieser Stelle erneut auf die Bedeutung der Aufsicht hinzuweisen, um missbräuchliche Einflussnahme im Sinne von Art. 12 Abs. 4 BRK zu vermeiden.

²⁰⁴ Ebenso BROSEY, Wunsch, S. 367 ff.; BRAUN/GATHER/HENKING/VOLLMANN/SCHOLTEN, Ethik in der Medizin 2022, S. 523 ff.; ROSCH, ZKE 2022, S. 477.

²⁰⁵ Vgl. ROSCH, ZKE 2022, S. 476 f.; allgemein eine Interessenabwägung für sämtliche Fragen der Selbstbestimmung fordernd: HARTMANN/MOSER, ZKE 2022, S. 247 f.; vgl. auch MÜLLER, Fürsorge, S. 420 ff., S. 436 ff.

²⁰⁶ Beispiel aus ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 51 Fn. 221.

²⁰⁷ Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Verwaltungsrecht, Rz. 1575 ff.

3.7. Bedeutung für das schweizerische Erwachsenenschutzrecht

In den zuvor erläuterten Abschnitten wurde bereits die Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz erörtert. Es sei an dieser Stelle darauf verwiesen. Ergänzend wird empfohlen, eine – an den deutschen § 1821 Abs. 3 BGB anlehnen – neue Formulierung ins ZGB aufzunehmen, welche umschreibt, unter welchen Umständen die Beistandsperson dem Willen und den Präferenzen nicht zu entsprechen hat (**Empfehlung 6**; vgl. nArt. 406 Abs. 2 ZGB). Damit werden die Sorgfaltspflichten verbindlich geregelt.

4. Erwachsenenschutz und Vertretung bzw. Vertretung als Unterstützung?²⁰⁸

4.1. Ausgangslage und Auffassung des Ausschusses

Unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte von Art. 12 BRK verwundert es nicht, dass die Uneinigkeit in Bezug auf die Zulässigkeit von Vertretung im Rahmen der Auslegung der Konvention, die zum damals «schwer fassbare[n] Konsens»²⁰⁹ geführt hat, weiterschwelt. Der BRK-Ausschuss hat sich – wie bereits oben aufgezeigt – in seinem General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, aber auch wiederholt in Staatenberichten, dezidiert geäußert und Vertretungshandeln als konventionswidrig eingestuft.²¹⁰ So auch im ersten Staatenbericht gegenüber der Schweiz vom 22. März 2022.²¹¹

Gemäss dem General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK müssen die Vertragsstaaten anstelle von Regelwerken zur stellvertretenden Entscheidungsfindung solche der unterstützenden Entscheidungsfindung einführen, welche die Autonomie, den Willen und die Präferenzen der betroffenen Person respektieren.²¹² Dabei ist es nicht ausreichend, dass neben Regelwerken zur unterstützenden Entscheidungsfindung die stellvertretende Entscheidungsfindung beibehalten wird.²¹³ Zur Auffassung des Ausschusses hat sich – soweit ersichtlich – der EGMR noch nicht direkt geäußert.²¹⁴

²⁰⁸ Nachfolgender Text beinhaltet Auszüge aus ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 619 ff., SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 89 ff. und BK-ROSCHE, Art. 394 N 273 ff.

²⁰⁹ Siehe oben Ziff. 1.3.

²¹⁰ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, Ziff. 24 ff.; erstmals in den Staatenprüfungsverfahren Tunesien und Spanien im Jahr 2011 und seither regelmässig wiederholt, vgl. alle Stellungnahmen des Fachausschusses, abrufbar unter: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/CRPDIndex.aspx> (31.3.2025); BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB N 134 ff.

²¹¹ Vgl. Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber der Schweiz, Ziff. 25 f.; siehe oben Teil I Ziff. 1. Es geht dabei – wie aufgezeigt – um die Besorgnis des Ausschusses über die fehlende Anerkennung des Rechts von Menschen mit Behinderungen auf Gleichheit vor dem Gesetz, einschliesslich der Existenz von Gesetzen, die Menschen mit Behinderungen die Rechtsfähigkeit absprechen oder einschränken und sie unter umfassende Beistandschaft stellen, sowie das Fehlen von Massnahmen zur Unterstützung von Menschen mit Behinderungen, um ihre Rechts- bzw. Handlungsfähigkeit gleichberechtigt mit anderen auszuüben.

²¹² Vgl. oben Ziff. 1.4. (Ziff. 26).

²¹³ Vgl. oben Ziff. 1.4. (Ziff. 28).

²¹⁴ Soweit ersichtlich äusserte sich der EGMR vorab in einem Entscheid gegenüber Italien: In EGMR Calvi und C.G. vs. Italy (46412/21) vom 6. Juli 2023, Ziff. 106 ff. findet sich eine Referenz zum Ausschuss, worin der EGMR festhält, dass der Ausschuss die Bedenken des Ausschusses hinsichtlich der Inhaftierung von Menschen aufgrund ihrer Behinderung teile, die dieser verbietet und mit der er die Einweisung in ein Krankenhaus und/oder die Behandlung ohne Zustimmung gleichsetzt. Daher ist der EGMR der Ansicht, dass die Staaten verpflichtet seien, die Teilhabe von Menschen mit Behinderungen am Leben der Gemeinschaft zu fördern («La Cour partage les inquiétudes du CDPH concernant la détention – dont il préconise l'interdiction – de personnes à raison de leur handicap, à laquelle il assimile l'hospitalisation et/ou le traitement sans consentement. À cet égard, tenant compte également des constats du CPT et de la jurisprudence de la Charte sociale européenne (paragraphe 50-59, ci-dessus), elle est d'avis que les États sont tenus de favoriser la participation des personnes handicapées ou des personnes âgées «dépendantes» à la vie de la communauté et de prévenir leur isolement ou une ségrégation à leur endroit. »).

Im schweizerischen behördlichen Erwachsenenschutz sind von dieser Auffassung des Ausschusses zunächst die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 f. ZGB und die umfassende Beistandschaft mit ihrer weitreichenden Vertretungskompetenz betroffen, jedoch auch die Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB, weil mit ihr die Handlungsfähigkeit beschränkt wird. Die Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB dürfte demgegenüber weniger im Fokus stehen, weil sie konstitutiv der Zustimmung der betroffenen Person bedarf und damit wesentliche Aspekte von unterstützender Entscheidungsfindung erfüllt. Demgegenüber wird bei einem Widerruf der Zustimmung die Beistandschaft nicht sofort aufgehoben, sondern es wird weiter geprüft, inwiefern eine stärkere Massnahme notwendig ist.²¹⁵ Daher kann sie auch als Hybrid von Erwachsenenschutzmassnahme und unterstützender Entscheidungsfindung gesehen werden.²¹⁶ Falls die übrigen Beistandschaftsarten als konventionswidrig beurteilt würden, müsste auch die Begleitbeistandschaft vertieft geprüft werden. Ist demgegenüber Vertretung konventionskonform, dann muss es Begleitung, und damit eine Begleitbeistandschaft als mildeste Beistandschaftsart auch sein.

4.2. Unterstützung gemäss Art. 12 Abs. 3 und 4 BRK

Als Folge der auf der Entstehungsgeschichte beruhenden Uneinigkeit und der deutlichen Positionierung des Ausschusses wird die Diskussion überaus kontrovers geführt, inwiefern gesetzliche Vertretung, wie sie die allermeisten Erwachsenenschutzsysteme weltweit kennen, überhaupt als Unterstützung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 BRK verstanden werden kann,²¹⁷ und, soweit dies verneint würde, ob im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 BRK ausschliesslich Unterstützung im Sinne von Abs. 3 gemeint ist oder ob auch Vertretungshandeln eingeschlossen wird.²¹⁸

Oft wird Art. 12 Abs. 3 BRK mit seiner Hilfe zur Selbstbestimmung («Zugang zur Unterstützung») als **Paradigmenwechsel** von der paternalistisch geprägten **stellvertretenden** Entscheidungsfindung (sog. «substitute decision-making») zur selbstbestimmungsorientierten **unterstützenden Entscheidungsfindung** (sog. «supported decision-making») verstanden.²¹⁹ Die Unterstützung soll für Menschen mit Behinderung individuell sein, damit sie ihre Handlungsfähigkeit ausüben können («exercising their legal capacity»).²²⁰ Es geht bei der **Unterstützung** um **«den personenzentrierten Bedarf eines Menschen mit Behinderungen mit dem Ziel, Unterstützung im Ausüben seiner Handlungsfähigkeit zu erlangen und damit eigenständig Teil des Rechtsverkehrs sein zu können (...)** Menschen mit Behinderungen sollen sich einen Willen bilden und infolgedessen eine Entscheidung treffen können».²²¹ Unterstützung ist dabei gemäss dem Ausschuss ein weit gefasster Begriff, der sowohl «informelle als auch formelle Arrangements zur Unterstützung in unterschiedlicher Art und Intensität umfasst». ²²² Mit dieser – nach Auffassung des Gutachters – zutreffenden Umschreibung des

²¹⁵ Vgl. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 348 ff., 653 f.

²¹⁶ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 654.

²¹⁷ **Verneinend** mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte: LACHWITZ, support, S. 76 f., 81 ff.; TOLMEIN, Art. 12 BRK, S. 138 f.; BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB N 134 ff.; **differenzierend** KIRCHMAIR, Schutzmechanismen, S. 74 f.; **bejahend**: WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 142 ff.; LIPP, Art. 12 BRK, S. 340 ff.; AICHELE/DEGENER, Einführung, S. 49 ff.; BROSEY, Wunsch, S. 359; GANNER, BtPrax 2013, S. 172 ff.; ROTHFRITZ, BRK, S. 371 f.; SCHMAHL, Grundrechte, S. 22; BK-HÄFELI, Art. 406 ZGB N 31; GANNER, iFamZ 2014, S. 172 f. m.w.H.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 625 ff.

²¹⁸ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 625; BOENTE, FamPra.ch 2016, S. 115 m.w.H. zur Diskussion in Deutschland, Österreich und Spanien. Zur Diskussion hierzu auch UN BRK-LACHWITZ, Art. 12 N 15, N 34; GANNER, BtPrax 2013, S. 172 ff.; LIPP, Art. 12 BRK, S. 334 f.; WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 142 ff.; LACHWITZ, support, S. 84 f.; TOLMEIN, Art. 12 BRK, S. 139 f.; SCHMAHL, Grundrechte, S. 22 f.

²¹⁹ Anstelle Vieler: LIPP, Art. 12 BRK, S. 329 ff., 332; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 55.

²²⁰ ARSTEIN-KERSLAKE, Voice to People, S. 56 f.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 52.

²²¹ SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 52 beruhend teilweise auf NACHTSCHATT, Handlungsfähigkeit, S. 25; vgl. auch ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 115; ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 52.

²²² Vgl. oben Ziff. 1.4. (Ziff. 17); ebenso LIPP, FamRZ 2012, S. 673 f.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 627.

Ausschusses müsste folgerichtig auch Vertretungshandeln, zumindest im Rahmen der Urteilsunfähigkeit zugelassen werden. Dies verneint jedoch der Ausschuss vehement hinsichtlich von stellvertretender Entscheidungsfindung. Daher ist im Folgenden die Argumentation des Ausschusses und die Auslegung der BRK genauer auszuleuchten.

4.3. Vertretung als Unterstützung?²²³

4.3.1. Kernelemente von stellvertretender Entscheidungsfindung

Die Definition der Unterstützung beinhaltet weder das Konzept der stellvertretenden Entscheidungsfindung noch jenes der unterstützenden Entscheidungsfindung. Letzteres definiert sich im Rahmen der BRK massgeblich durch die Abgrenzung vom Begriff der stellvertretenden Entscheidungsfindung, der vom Ausschuss in Ziff. 27 des General Comments No. 1 zu Art. 12, wie bereits aufgezeigt,²²⁴ umschrieben wird. Es geht dabei primär um drei alternative Konstellationen:

- den Entzug der Handlungsfähigkeit **oder**
- stellvertretendes Entscheiden und Handeln, das durch Dritte initiiert und auch gegen den Willen der betroffenen Person eingesetzt werden kann **oder**
- stellvertretendes Entscheiden, das auf dem Paradigma von «best interest» und damit dem objektiven Interesse beruhen.

4.3.2. Bedeutung für den Erwachsenenschutz

Nach dieser Definition fallen zunächst handlungsfähigkeitsentziehende Beistandschaften (Art. 394 Abs. 2 ZGB und Art. 398 ZGB) und wohl auch die handlungsfähigkeitsbeschränkende Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB unter die stellvertretende Entscheidungsfindung. Demgegenüber werden zwar die übrigen gesetzlichen Vertretungsrechte wie eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394/395 ZGB oder die gesetzlichen Vertretungen gemäss Art. 374 ff. ZGB (Ehegattenvertretung), Art. 377 ff. ZGB (Vertretung bei medizinischen Massnahmen) und Art. 382 ZGB (Vertretung beim Betreuungsvertrag) auch nicht durch die betroffene Person eingerichtet; sie sind jedoch ihrem Willen (und ihren Präferenzen) verpflichtet (Vertreter:in als Treuhänder:in des Willens²²⁵). Daher kommt Handeln gegen den Willen nur in Ausnahmesituationen zum Tragen, namentlich wenn staatliche Schutzpflichten eindeutig überwiegen oder das Handeln für die Vertretungsperson nicht zumutbar ist, weil es bspw. gegen die Rechtsordnung verstösst.²²⁶ Die aufgeführten Vertretungspersonen haben jedoch allesamt eine Vertretungsmacht, welche das Rechtsgeschäft unabhängig von der Prüfung des Willens und der Präferenzen (zunächst) als rechtsgültig im Aussenverhältnis zustande kommen lässt. Sie fallen folglich nach Auffassung des Gutachters gemäss dieser Definition alle unter die stellvertretende Entscheidungsfindung, weil es ausreichend ist, dass sie eine Ermächtigung haben, gegen den Willen zu handeln und diese Ermächtigung im Aussenverhältnis auch zu rechtsgültigen Rechtsgeschäften führt.²²⁷ Für die Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB bedarf es demgegenüber zumindest konstitutiv der Zustimmung der zu verbeiständenden Person, was sie zu derjenigen Beistandschaftsart macht, die mit der BRK am deutlichsten im Einklang steht.²²⁸

²²³ Nachstehender Text beinhaltet Auszüge aus ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 53 f.

²²⁴ Siehe oben Ziff. 1.4. (Ziff. 27).

²²⁵ Siehe oben III. Ziff. 4.

²²⁶ SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 100; ROSCH, ZKE 2022, S. 474, 477.

²²⁷ Vgl. Ziff. 3.4.2.

²²⁸ Siehe hierzu ausf. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 650 ff.

4.4. Diskussion in der schweizerischen Lehre

Wie bereits erwähnt, wird die Diskussion in der Lehre sehr kontrovers geführt. Gerade im deutschsprachigen Ausland finden sich diverse Lehrmeinungen.²²⁹ Demgegenüber ist die Diskussion in der Schweiz erst am Anfang. Dennoch finden sich, was nicht verwundert, verschiedene Sichtweisen.²³⁰ Die Positionierungen in der schweizerischen Lehre widerspiegeln durchaus das Spektrum des internationalen Diskurses, wenn auch mit unterschiedlicher Gewichtung.

In der schweizerischen Diskussion finden sich auf der einen Seite Lehrmeinungen, welche die **Vertretung als Unterstützung** sehen und die Auffassung des Ausschusses ablehnen.²³¹ Die Hauptargumente sind dabei,

- dass Vertretung gerade bei Urteilsunfähigkeit Teilhabe bzw. Selbstbestimmung ermögliche,²³²
- dass das Recht konventionskonform auslegbar sei,²³³ z. T. jedoch unter Verweis darauf, dass Alternativen zur Vertretung notwendig sind,²³⁴

²²⁹ Vertretung **verneinend** mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte: LACHWITZ, support, S. 76 f., 81 ff.; TOLMEIN, Art. 12 BRK, S. 138 f.; **differenzierend**: KIRCHMAIR, Schutzmechanismen, S. 74 f.; **bejahend**: WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 142 ff.; LIPP, Art. 12 BRK, S. 340 ff.; AICHELE/DEGENER, Einführung, S. 49 ff.; BROSEY, Wunsch, S. 359; GANNER, BtPrax 2013, S. 172 ff.; ROTHFRITZ, BRK, S. 371 f.; SCHMAHL, Grundrechte, S. 22; GANNER, BtPrax 2013, S. 172 f. m.w.H.

²³⁰ BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB N 134 ff.; BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 24 ff.; BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 120 ff.; MEIER, FS Wilson, S. 346 f.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, N 625 ff.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 89 ff.; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 105 ff.; ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 78 ff.; WIDER, Selbstbestimmung 2.0, S. 193.

²³¹ AEBI-MÜLLER, FS Geiser, S. 18 ff. («Das Kinde würde mit dem Bade ausgeschüttet»); BSK ZGB I-BIDERBOST, Vor Art. 388–399 N 14a (konventionskonforme Auslegung möglich); BIDERBOST, FS Geiser, S. 90 ff. («Regelung BRK und Erwachsenenschutz gegeneinander auszuspielen ist nicht zielführend»); BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 17 ZGB N 10 ff. («fehlende Berücksichtigung der Lebenswirklichkeit und praktischen Konsequenzen»); BK-HÄFELI, Art. 406 ZGB N 31 ff. («Ermöglichung von Selbstbestimmung im Geschäftsverkehr»); GELARD, Art. 314b CC, S. 98 f. («Il ne s'agit pas d'interdire la représentation en soi, mais de s'assurer que le représentant agit conformément à la volonté et à la volonté présumée de la personne.. »); GROS, capacité, Rz. 151 (mit Verweis auf Art 12 Abs. 4 BRK: «Ce constat (du Comité CDPH; Anmerkung des Gutachters) ne permet toutefois pas d'exclure toute restriction des droits civils ou mesure de représentation»); CR CC I-LEUBA, Art. 388 N 15 ff. («nécessaire afin d'éviter que la personne ne mette en danger ses propres intérêts »); Art. 394 N 43 ff. («marge de manœuvre importante et flexibilité»); MEIER, FS Wilson, S. 346 f. («éloignée de la législation et de la pratique des pays occidentaux au début du 21^{ème} siècle»); ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 84 («die Würde der schutzbedürftigen Person zu schützen»); MEIER, Protection de l'adulte, Rz. 14 Fn. 11 («pas imposée par le texte de l'art 12 CDPH et contraire à toutes les réalités du terrain et aux législations de la planète entière»); ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 625 ff. («konventionskonform auslegbar, aber Alternativen zu Vertretung notwendig»); ROSCH, Selbstbestimmung 2.0., S. 80 ff. («Vertretung ermöglicht Selbstbestimmung»); ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 114 ff. («Selbstbestimmung verwirklichende Vertretung»); SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 89 ff. («Vertretung ist nach BRK konventionskonform»); ROSCH, ZKE 2022, S. 479 («Auffassung Ausschuss ist nicht rechtsverbindlich; keine Vertretung schliesst von Teilhabe aus und gefährden betroffene Personen»); WETTERAUER, Patientenversorgung, S. 17 («Teilhabe durch Vertreterlösung»); WIDER, Selbstbestimmung 2.0, S. 193 («Kritik ist verkürzt, weil Vertretungsbeistandschaft Selbstbestimmung ermöglicht»); implizit: HARTMANN/MOSER, ZKE 2022, S. 244; HARTMANN, ZKE 2024, S. 278 f.

²³² BK-HÄFELI, Art. 406 ZGB N 31 ff.; ROSCH, Selbstbestimmung 2.0., S. 80 ff.; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 114 ff.; WIDER, Selbstbestimmung 2.0, S. 193; WETTERAUER, Patientenversorgung, S. 17.

²³³ BSK ZGB I-BIDERBOST, Vor Art. 388–399 N 14a; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 625 ff.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 89 ff.

²³⁴ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 625 ff.

- dass der Verzicht auf Vertretung nicht realistisch sei,²³⁵ ein Rückschritt sei²³⁶ und die Betroffenen selbst gefährde²³⁷ sowie
- dass die Auffassung des Ausschusses nicht rechtsverbindlich sei.²³⁸

Demgegenüber finden sich Autor:innen, welche Vertretung als Unterstützung grundsätzlich **ablehnen**.²³⁹ Ihre Hauptargumente sind folgende:

- (Gefahr der) Anwendung von objektiven statt von subjektiven Interessen²⁴⁰
- Zurechenbarkeit im Aussenverhältnis, wenn nicht gemäss Innenverhältnis gehandelt wurde.²⁴¹ Daher sei Vertretung fremdbestimmt und die betroffene Person stehe im Schatten des/r Stellvertreters:in.²⁴² Dadurch zeigten sich auch mögliche Verfahrensfehler.²⁴³
- Vertretungshandlungen seien (analog zum Medizinrecht) unverhältnismässig,²⁴⁴ weil das Innenverhältnis nicht massgebend sei.
- Alternativen seien möglich, so dass ein:e Notar:in anstelle von Beistandspersonen und KESB das Erforderliche vornehmen²⁴⁵ oder dass Urteilsfähigkeit durch das Selbst, die Selbstbeurteilung und die Selbstäusserung ersetzt werden solle.²⁴⁶
- einzig mit Verweis auf die Auffassung des BRK-Ausschusses.²⁴⁷

Anzumerken ist, dass vereinzelt selbst Schweizer Autor:innen, welche die Vertretung verbieten möchten, teilweise ausnahmsweise Vertretung zulassen wollen.²⁴⁸ Damit relativieren sie einerseits die

²³⁵ AEBI-MÜLLER, FS Geiser, S. 18 ff.; BK-BUCHER/AEBI-MÜLLER, Art. 17 ZGB N 10 ff.; MEIER, Protection de l'adulte, Rz. 14 Fn. 11.

²³⁶ MEIER, FS Wilson, S. 346 f.

²³⁷ CR CC I-LEUBA, Art. 388 N 15 ff.; ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 84 e contrario.

²³⁸ ROSCH, ZKE 2022, S. 479.

²³⁹ BOENTE, FamPra.ch 2016, S. 116; ZK-BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB N 125 («Gefahr von Verfahrensfehlern und Anwendung von objektiven Interessen»); BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 126 ff. («Zurechenbarkeit der Vertretung im Aussenverhältnis, wenn nicht gemäss Innenverhältnis gehandelt wurde»); BOENTE, FamPra.ch 2018 S. 120; BOENTE, Selbstbestimmung, 2.0, S. 141 f. («Vertretungslösungen sind unverhältnismässig»); BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 20 ff. («der Mensch im Schatten seines Stellvertreters»; «Stellvertretung als Fremdbestimmung»); HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 304 ff. (massgeblich unter Berufung auf die Auffassung des Ausschusses: die Autorin versteht unter Vertretung insb. die gesetzlichen Vertretungsrechte nach Art. 374 ff. ZGB); VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 113 («certaines mesures demeurent des mesures de substitution»), S. 124 f., 128 (Ersetzung durch eine :n Notar :in: «Le notaire pourrait prendre les aménagements raisonnables en permettant à la personne ayant besoin d'assistance d'exercer sa capacité juridique, et ainsi consigner solennellement la volonté de cette personne»).

²⁴⁰ BOENTE, FamPra.ch 2016, S. 116; ZK-BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB N 125.

²⁴¹ Zum Innen- und Aussenverhältnis siehe Ziff. 4.5.3.

²⁴² BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 20 ff.; BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 126 ff.

²⁴³ BOENTE, FamPra.ch 2016, S. 116; ZK-BOENTE, Vorbemerkungen zu Art. 360–373 ZGB N 125.

²⁴⁴ BOENTE, FamPra.ch 2018, S. 120; BOENTE, Selbstbestimmung, 2.0, S. 141 f.

²⁴⁵ VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 113.

²⁴⁶ BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 20 ff.

²⁴⁷ HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 304 ff.; VASQUEZ/RUBIDO 12 CDPH, S. 113; so wohl letzten Endes auch GÉLARD, Art. 314b CC, S. 102 f., S. 290; so wohl auch KÜNZLI/BERTONI/STUCKI, Gutachten Unterbringung, S.18 ff., S. 33 f. (jedoch relativierend im Verhältnis zur EMRK, vgl. S. 23).

²⁴⁸ HAUSSENER, Selbstbestimmung, Rz. 306 (Stellvertretung muss ausnahmsweise gerechtfertigt sein); ebenso GÉLARD,

Sichtweise des Ausschusses und fordern de facto eine wenn immer mögliche Vermeidung von Vertretung im Sinne von Unterstützen vor Vertreten.²⁴⁹ Dem wiederum dürften auch die meisten Autor:innen zustimmen, welche dem Verbot von Vertretungshandeln eher skeptisch gegenüberstehen.

4.5. Eigene Stellungnahme

4.5.1. Willenszentrierung und Urteilsunfähigkeit

Wie bereits oben²⁵⁰ aufgezeigt, zeichnet sich Urteilsunfähigkeit dadurch aus, dass der Wille nicht direkt erhoben werden kann. Dennoch findet sich eine Rückbindung an den Willen und die Präferenzen über den mutmasslichen Willen bzw. von «best interpretation of will and preferences».²⁵¹ Obwohl einige Autor:innen in der juristischen Lehre Selbstbestimmung an Urteilsfähigkeit anknüpfen,²⁵² ist mit dem Konzept der BRK von Wille und Präferenzen auch Selbstbestimmung über die Urteilsunfähigkeit hinaus möglich. Es ist dann nicht **direkte Selbstbestimmung**, sondern **indirekte Selbstbestimmung**.²⁵³

Für die Frage der Surrogate bei Urteilsunfähigkeit wie die eigene Vorsorge nach Art. 360 ff. ZGB, gewillkürte Vollmachten und Aufträge nach Art. 32 ff. OR bzw. Art. 394 ff. OR mit Weitergültigkeitsklausel gemäss Art. 405 Abs. 1 OR bzw. Art. 35 Abs. 1 OR, die gesetzliche Vertretung nach Art. 374 ff. ZGB etc. stellen sich nach schweizerischem Recht jeweils **zwei unterschiedliche Sachfragen**:

- «**Wer** entscheidet anstelle der urteilsunfähigen Person?» und
- «Wie bzw. **nach welchen Kriterien** ist diese Entscheidung zu fällen?»²⁵⁴

Die zweite Frage wurde bereits weiter oben hinsichtlich der BRK beleuchtet.²⁵⁵ Entsprechend wird auch die Situation bei den weiteren Surrogaten beurteilt. Beim Vorsorgeauftrag,²⁵⁶ bei der Patientenverfügung,²⁵⁷ bei der gewillkürten Vollmacht und dem gewillkürten Auftrag mit

Art. 314b CC, S.98 f.

²⁴⁹ Vgl. den Slogan im Rahmen der Revision des deutschen Betreuungsrechts.

²⁵⁰ Siehe oben Ziff. 3.5.

²⁵¹ Siehe oben Ziff. 3.5.2.

²⁵² Vgl. SPRECHER, FamPra.ch 2011, S. 270, S. 276; AEBI-MÜLLER, Jusletter 22.9.2014, Rz. 23 (beide definieren Urteilsfähigkeit als «Schwelle zwischen Selbstbestimmung und Fremdbestimmung in medizinischen Angelegenheiten»), Rz. 116 (keine Selbstbestimmung, sondern «Schutz der Persönlichkeit» in einem weiten Sinne); TUR/PETERMANN, Relativität, S. 135, S. 136; HAUSENER, Selbstbestimmung, Rz. 41 ff.; AEBI-MÜLLER, Jusletter 22.9.2014, Rz. 16 (allesamt: Urteilsfähigkeit als Schlüssel zum Selbstbestimmungsrecht); in anderen für die Medizin relevanten Fachdisziplinen, bspw. der klinischen Ethik, wird die Selbstbestimmung bzw. Autonomie weiter gefasst und kann über die rechtliche Urteilsfähigkeit hinausgehen (siehe WETTERAUER, Patientenversorgung, S. 112; so auch AEBI-MÜLLER, Jusletter 22.9.2014, Rz. 116; siehe ausf. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 33 ff).

²⁵³ Vgl. auch ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 49 ff.

²⁵⁴ ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 33.

²⁵⁵ Siehe oben Ziff. 3.5.

²⁵⁶ Anstelle Vieler: BSK ZGB I-JUNGO, Art. 365 N 5 (nach Auftragsrecht mit strikter Orientierung an den Interessen und am Willen).

²⁵⁷ Anstelle Vieler: ESR Komm-GASSMANN, Art. 372 N 2 ff. («Willenserklärung ist verbindlich») sowie ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 34.

Weitergültigkeitsklausel²⁵⁸ sowie den gesetzlichen Vertretungsrechten²⁵⁹ hat die vertretende Person **jeweils nach Massgabe des Willens** der betroffenen Person²⁶⁰ zu handeln.²⁶¹

Die an dieser Stelle vorab zu klärende Frage ist die erste der oben genannten, und zwar insofern, als sich weniger die Frage stellt, wer genau entscheidet, sondern, ob hier **Vertretung zugelassen** ist. Wie bereits aufgezeigt,²⁶² orientiert sich die BRK mit dem Konzept von Willen und Präferenzen bzw. bestmöglicher Interpretation von Willen und Präferenzen an einem **willenszentrierten Konzept**. Dem entspricht – wie ebenfalls bereits erörtert²⁶³ – das schweizerische Konzept der Urteilsfähigkeit mit den Teilaspekten von Willensbildungsfähigkeit und Willensumsetzungsfähigkeit. Die Folge davon ist, dass es Situationen gibt, in denen Menschen keinen Willen mehr bilden oder/und umsetzen können. Dies dürfte offensichtlich der Fall sein bei Menschen, die dauerhaft und umfassend urteilsunfähig sind, wie bspw. Personen im **Wachkoma**. Diese können keinen Willen bilden, nicht entscheiden und auch keinen Entscheid umsetzen. Sie können folglich auch **nicht teilhaben**. Hier bedarf es einer Drittperson, die sie mit Fokus auf ihren Willen und ihre Präferenzen oder deren bestmögliche Interpretation unterstützt. Diese Person ermöglicht Teilhabe und Selbstbestimmung, auch wenn es indirekte Selbstbestimmung ist.

Der **Verzicht** auf Unterstützung würde unter Umständen **gefährlich** (z. B. bei medizinischen Massnahmen), sicher nicht willenszentriert und daher auch nicht im Sinne der BRK sein. Daher erscheint es nach Auffassung des Gutachters unverzichtbar, dass auf eine Drittperson ausgewichen wird; in der Diskussion ist auch kein Konzept erkennbar, das nicht gleichzeitig willenszentriert ist und bei mangelnder Willensfähigkeit auf Drittpersonen verzichtet, sei dies bloss als Bote²⁶⁴ oder als Person oder Organ, die bzw. das die Rechtshandlungen überwacht. In der beispielhaften Situation mit dem Wachkoma scheint es zusätzlich nicht möglich zu sein, ohne Vertretung zu handeln. **Die vertretende Person unterstützt zur Teilhabe bzw. zur Selbstbestimmung,²⁶⁵ indem sie die betroffene Person gemäss deren Willen und Präferenzen vertritt.²⁶⁶** Daher ist nach Auffassung des Gutachters Vertretung als *eine* Unterstützungsform unabdingbar.²⁶⁷ Dies bedeutet selbstredend nicht, dass soweit

²⁵⁸ Anstelle Vieler: BSK OR I-OSER/WEBER, Art. 397 OR N 1 ff. (N 4: Weisungen sind nach dem mutmasslichen Willen des Auftraggebers auszulegen); BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33 OR N 114 (Auslegung nach Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen, wobei das Vertrauensprinzip eine zentrale Rolle spielt).

²⁵⁹ ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 34 f. m.w.H. So sind nach dem Betreuungsvertrag gemäss Art. 382 Abs. 2 ZGB die Wünsche so weit wie möglich zu berücksichtigen. Sie sind im Rahmen der Vertragsgestaltung wesentlicher Anhaltspunkt (ESR Komm-MÖSCH-PAYOT, Art. 382 N 8 f.; CR CC I-VAERINI, Art. 382 N 32 ff.). Bei der Vertretung des urteilsunfähigen Ehegatten bzw. des eingetragenen Partners ist gemäss den Bestimmungen des Auftrages zu handeln (Art. 375 ZGB), wonach Art. 406 ZGB als Leitlinie heranzuziehen ist (BSK ZGB I-REUSSER, Art. 375 N 9; CR CC I-GAIST, Art. 375 N 6); zur Vertretung bei medizinischen Massnahmen und dem mutmasslichen Willen siehe oben Ziff. 3.5.2.

²⁶⁰ Mit den oben bereits erwähnten Begrenzungen siehe Grenzen des Willens Ziff. 3.6.

²⁶¹ Siehe ausf. ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 33 ff. m. w. H.

²⁶² Siehe oben Ziff. 3.3.

²⁶³ Siehe oben Ziff. 2.2.3.

²⁶⁴ Zur Botenschaft BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 137; BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 52. Anzumerken ist, dass der Bote zunächst eine Drittperson ist, dass auch die Botenschaft sich de lege lata deutlich an den Regeln der Vertretung anlehnt und dass der Geschäftsherr zunächst auch bei einem Boten, der falsch übermittelt oder keine Botenmacht hat, rechtsgeschäftlich gebunden wird (BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbemerkungen zu Art. 32–40 OR N 17 ff.).

²⁶⁵ LIPP, Freiheit, S. 51, S. 59 f., S. 75 ff., S. 240; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 1; LIPP, Art. 12 BRK, S. 340 ff.; DEGENER/AICHELE, Einführung, S. 54 ff.; MEIER, FS Wilson, S. 346 f.; ROSCH, Selbstbestimmung 2.0., S. 81; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 110 ff.

²⁶⁶ Vgl. SERIES/NILSSON, Art. 12 BRK, S. 365, welche die Einsetzung eines Unterstützers als Unterstützung im Sinne der Konvention beurteilen; ebenso: SCHROEDER/MÜLLER/ECCHER/WEBER/HEISSL/REISSNER/MAIR/GANNER/VOITHOFER, Gutachten, S. 145 ff. VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 124.

²⁶⁷ Ebenso ROTHFRITZ, BRK, S. 372; LIPP, Selbstbestimmung 2.0, S. 20 f.; HARMS, BtPrax 2015, S. 137 ff.; GANNER/MÜLLER/VOITHOFER, Liechtenstein, S. 70, S. 49 ff. m.w.H.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 102 ff. sowie oben Fn. 232 f.

möglich nicht auf Vertretung verzichtet werden soll, jedoch nicht als Dogma. **Folglich ist Vertretung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 BRK und folglich auch im Sinne von Art. 12 Abs. 4 BRK auch als Unterstützung zu verstehen.**

Hingegen ist mit BOENTE die apodiktische Auffassung des BRK-Ausschusses im Sinne einer (rechtspolitischen) **Irritation**²⁶⁸ der Erwachsenenschutzsysteme zu betrachten. Diese scheint erfolgreich zu sein, wie die Veränderungen im österreichischen und deutschen Recht, aber auch im internationalen Kontext zeigen.

4.5.2. Sichtweise des Ausschusses auf andere Vertretungshandlungen²⁶⁹: materiell oder formell?

Während der BRK-Ausschuss die stellvertretende Entscheidungsfindung ablehnt (insb. im Kontext des Erwachsenenschutzes) scheint er in seinem General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK Vorsorgeaufträge, Patientenverfügungen, Vollmachten oder Aufträge (mit oder ohne Weitergültigkeitsklauseln nach Art. 35 Abs. 1 bzw. Art. 405 Abs. 1 OR) in einem weitaus positiveren Licht zu betrachten.²⁷⁰ Gerade dort, wo solche Instrumente für den Zeitpunkt der Urteilsunfähigkeit erstellt werden oder diesen Zeitraum umfassen, stellen sich ähnliche Fragen wie im Erwachsenenschutz.²⁷¹ Beides sind grundsätzlich dieselben Mittel (Stellvertretung).²⁷² Der Unterschied besteht darin, dass bei diesen privatautonom geprägten Instrumenten vom einmal geäußerten und verschriftlichten Willen ausgegangen werden kann, auch wenn dieser im Einzelfall überaus interpretationsbedürftig ist wie im Falle von generalklauselartigen Umschreibungen oder Generalermächtigungen. Wie dieser Wille zustande gekommen ist und ob dieser auch über die gesamte Dauer der Urteilsunfähigkeit stabil bleibt und ob es hier Schutzvorkehrungen («safeguards») braucht,²⁷³ wird kaum diskutiert. Im Kern geht es auch hier um **Vertretungshandeln**.²⁷⁴

Folglich könnte daraus abgeleitet werden, dass der BRK-Ausschuss einen Unterschied zwischen verschiedenen Vertretungslösungen macht. **Formell** sind alle soeben erwähnten Instrumente Vertretungslösungen.²⁷⁵ Gleichzeitig betont der Ausschuss wiederholt, dass von objektiven Wohlüberlegungen wegzukommen sei und Wille und Präferenzen bzw. deren bestmögliche Interpretation ins Zentrum zu stellen seien.²⁷⁶ Folglich wird bezüglich der oben erwähnten beiden Sachfragen²⁷⁷ an dieser Stelle zu prüfen sein, nach welchen Kriterien dieser Entscheid zu fällen ist. Die verschriftlichten Vorsorgeinstrumente (Patientenverfügung, Vorsorgeauftrag) weisen den Willen in der Regel mehr oder minder klar aus. Daher könnte aus Sicht des Ausschusses hier **materiell** ein Unterschied bestehen zu Vertretungslösungen, bei denen weitergehende objektive (Wohls-)Interessen im Vordergrund stehen. **Der Massstab muss aufgrund dieser Überlegung materiell an den Willen und die Präferenzen bzw. an deren bestmögliche Interpretation gebunden sein.**

²⁶⁸ BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 113 f.; SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 103.

²⁶⁹ Es findet sich im nachstehenden ersten Abschnitt ein leicht bearbeiteter Auszug aus SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 117.

²⁷⁰ Siehe oben Ziff. 1.4. (Ziff. 17) sowie Ausschuss UN-Behindertenkonvention, General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, Ziff. 17.

²⁷¹ Ebenso LIPP, FS Dose, S. 333 f.

²⁷² LIPP, FS Dose, S. 334.

²⁷³ Hierzu jedoch zu Recht ZK-BOENTE, Art. 368 ZGB N 112 ff.; zum Umstand, dass unterstützende Entscheidungsfindung ein Problem bei den Schutzvorkehrungen hat: ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 116 ff. m. w. H.

²⁷⁴ LIPP, FS Dose, S. 334 f.; SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 117; ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 50 Fn. 216; siehe auch die Kritik bei BOENTE, Art. 12 CRPD, Buchstabe D.

²⁷⁵ Ausnahme wäre höchstens die Patientenverfügung, in der gemäss Art. 370 Abs. 1 ZGB keine Vertretung vorgesehen ist.

²⁷⁶ Siehe Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, Ziff. 17, Ziff. 20 f., Ziff. 26 f.; vgl. oben Ziff. 1.4.

²⁷⁷ Siehe oben Ziff. 4.5.1.

Es ist jedoch festzuhalten, dass der Ausschuss trotz der positiven Feststellung der Fortschritte bei einer solchen materiellen Vertretung weiterhin fordert, alle Vertretung im Erwachsenenschutz aufzuheben. So hat er gegenüber Deutschland diese Sichtweise zum Ausdruck gebracht,²⁷⁸ obwohl Deutschland das Betreuungsrecht revidiert hat und Vertretungshandeln nur mit deutlicher Rückkoppelung auf Willen und Präferenzen zugelassen hat.²⁷⁹ Nach Auffassung des Gutachters verfängt sich der Ausschuss hierbei in einer **wenig kohärenten Argumentation**.

4.5.3. Vertretung als Zusammenspiel von Innen- und Aussenverhältnis²⁸⁰

Die Beistandschaften sind als Teil des Erwachsenenschutzes personenzentriert und nicht auf den Schutz Dritter ausgerichtet. Es geht um Eingriffssozialrecht.²⁸¹ Die Beistandschaft im Erwachsenenschutz wird (hingegen) von der Behörde und nicht von der betroffenen Person bestellt. Die behördliche Anordnung kann, muss aber nicht im Einvernehmen mit der betroffenen Person erfolgen; sie ist in jedem Fall verbindlich. Zudem kann die Beistandschaft nicht zurückgewiesen werden, und die Handlungsfähigkeit kann mit Art. 394 Abs. 2, Art. 396 und Art. 398 ZGB beschränkt bzw. entzogen werden, was jedoch im schweizerischen Recht eine Ausnahmesituation darstellt. Diese beiden Aspekte deuten eindeutig auf eine stellvertretende Entscheidungsfindung hin.²⁸²

Demgegenüber ist der Massstab **materiell** für die Art und Weise des (stellvertretenden) Handelns nicht der «Best-Interest-Standard» (objektives Wohl der schutzbedürftigen Person),²⁸³ sondern die Beistandsperson hat gemäss dem Willen und den Präferenzen der betroffenen Person, also personenzentriert, zu handeln (vgl. Art. 406 ZGB).

Die eingesetzte Beistandsperson hat in der Praxis häufig Vertretungskompetenzen.²⁸⁴ An dieser Stelle ist jedoch zu differenzieren. Gemäss Art. 406 i. V. m. Art. 388 Abs. 2 ZGB hat die Beistandsperson die Selbstbestimmung weitestgehend zu gewährleisten. Die Beistandsperson hat den Willen der verbeiständeten Person zu achten und das Leben entsprechend deren Fähigkeiten nach deren Wünschen und Vorstellungen zu gestalten.²⁸⁵ Es geht im Lichte der Konvention gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK um den Willen und die Präferenzen («will and preferences»).

Die Beistandsperson hat daher trotz Vertretungskompetenzen primär die verbeiständete Person **zur Selbstbestimmung zu unterstützen, zu beraten und zu begleiten**. Ziel der beiständlichen Arbeit ist es, dass die verbeiständete Person selbstständig gemäss ihrem Willen und den Präferenzen ihre Handlungen vornimmt (**Hilfe zur Selbstbestimmung**). Die Beistandsperson soll zur Selbsthilfe bzw. zur Selbstbestimmung befähigen und nur **ultima ratio vertreten**.

Es ist also zwischen dem Verhältnis von Beistandsperson und verbeiständeter Person – dem **Innenverhältnis** – und dem Verhältnis von Beistandsperson und Dritten – dem **Aussenverhältnis** –, das insbesondere bei Rechtsgeschäften zum Tragen kommen kann, zu unterscheiden. Wie im Stellvertretungsrecht des Obligationenrechts bedeutet Vertretungskompetenzen zu besitzen nicht, dass die Beistandsperson handeln muss. Es ist die bloss **Ermächtigung**, vertretungsweise im Aussenverhältnis zu handeln. Im Innenverhältnis ist der behördliche Auftrag massgeblich. Dieser ist –

²⁷⁸ Vgl. Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Deutschland (2023), Ziff. 4, 25 f.

²⁷⁹ Siehe hierzu unten Ziff. 8.2.

²⁸⁰ Nachstehend finden sich teilweise bearbeitete Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 91 ff. bzw. BK-ROSCH, Art. 394 ZGB N 118 ff.; vgl. auch COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment, S. 31 f.

²⁸¹ Siehe oben Ziff. 3.4.2.

²⁸² Siehe oben Ziff. 4.3.1.

²⁸³ Vgl. ROSCH, ZKE 2022, S. 476 f.; BRAUN/GATHER/HENKING/VOLLMANN/SCHOLTEN, Ethik Med. 2022, S. 523 ff. m. w. H.

²⁸⁴ Siehe Statistik in BK-ROSCH, Vorbem. Art. 388–425 ZGB, N 184.

²⁸⁵ Ähnlich (wenn auch deutlicher) umschreiben es das deutsche Recht in § 1814 BGB und das österreichische Recht in § 239 und § 241 ABGB.

wie der obligationenrechtliche Auftrag – **verpflichtend** und nicht eine blosser Ermächtigung.²⁸⁶ Der behördliche Auftrag ist entsprechend von der Vertretungsmacht zu unterscheiden. Sie sind voneinander weitgehend unabhängig, also **abstrakt**.²⁸⁷ Der **behördliche Auftrag** wird namentlich durch die gesetzlichen Bestimmungen der Art. 400 ff., 405 ff. ZGB gerahmt und konkretisiert. Er zeigt insbesondere auf, dass Beistandspersonen im Erwachsenenschutz, wenn immer möglich, die Selbstbestimmung unterstützen sollen.²⁸⁸

Damit zeigt sich auch, dass das **Innenverhältnis** der zentrale Dreh- und Angelpunkt für die Mandatsführung ist. Es **bestimmt** letzten Endes auch **über das Aussenverhältnis**, den Schritt also, wann die Beistandsperson zur Teilhabe der verbeiständeten Person im Aussenverhältnis tätig werden muss, weil ihre Handlungen nicht mehr ausreichend selbstbestimmt sind. Gleichzeitig werden über das Innenverhältnis auch die Sorgfaltspflichten der Beistandsperson konkretisiert.²⁸⁹

Gerade wenn Menschen (teilweise) urteilsfähig sind, ist dem Innenverhältnis besondere Beachtung zu schenken bzw. ist in aller Regel dem Willen der betroffenen Person nachzukommen.²⁹⁰ Hier verweist Art. 407 ZGB zusätzlich auf selbstbestimmtere Formen der rechtlichen Mitwirkung im Rahmen von Art. 19 ZGB.²⁹¹ Nur wenn Betroffene bei der Entscheidungsfindung nicht mehr mitwirken können (z. B. Neugeborenes, schwer demente Person), wird einzig im Aussenverhältnis gearbeitet werden können. Bei Urteilsunfähigkeit ist jedoch auch die betroffene Person – analog zu Art. 377 Abs. 3 ZGB – in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen. Es gelten nicht die objektiven Interessen, sondern der sogenannte mutmassliche Wille («will and preferences» bzw. «best interpretation of will and preferences»)²⁹². Hinzu kommt, dass die Beistandsperson trotz Vertretungskompetenzen primär autonome, selbstbestimmte Räume in der Mandatsführung zu orten und zu ermöglichen hat.²⁹³

²⁸⁶ Anstelle Vieler: SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, Rz. 42.06.

²⁸⁷ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Art. 33 OR N 120 ff., Art. 32 N 160 ff.; MüKo-SCHRAMM, § 164 N 74; LIPP, Freiheit, S. 184; grundlegend für den Erwachsenenschutz: ZK-BOENTE, Vorb. Art. 360–373 ZGB N 38 ff., N 48 ff., der von einem Treuhandschuldverhältnis ausgeht.

²⁸⁸ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 411 ff., 637 ff. m. w. H.; ROSCH, Leitfaden, S. 27 ff.; LIPP, Selbstbestimmung 2.0, S. 14 ff., 20 f.; ROSCH, ZKE 2024, S. 229 ff.; BROSEY, Wunsch, S. 364 ff.; WIDER, Selbstbestimmung 2.0, S. 185 ff.; LIPP, Freiheit, S. 186 f.

²⁸⁹ Ausf. BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 134 ff.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 466; MAUCHLE, Rechtsverhältnis, S. 172 ff.

²⁹⁰ Siehe hierzu oben Ziff. 3.6., Ziff. 4.3.2.

²⁹¹ Zum sog. dualistischen System zwischen Rechtsmacht und selbstbestimmteren Rechtshandlungen vgl. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 640 ff.; vgl. auch BK-HÄFELI, Art. 407 ZGB N 48 ff.; BK-ROSCH, Art. 394 ZGB N 122 ff. m.w.H. zur Literatur.

²⁹² Siehe oben Ziff. 3.3. ff.

²⁹³ Vgl. z. B. Art. 409 ZGB; ROSCH, Leitfaden, S. 85 ff.; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 111; BROSEY, Wunsch, S. 368 ff.

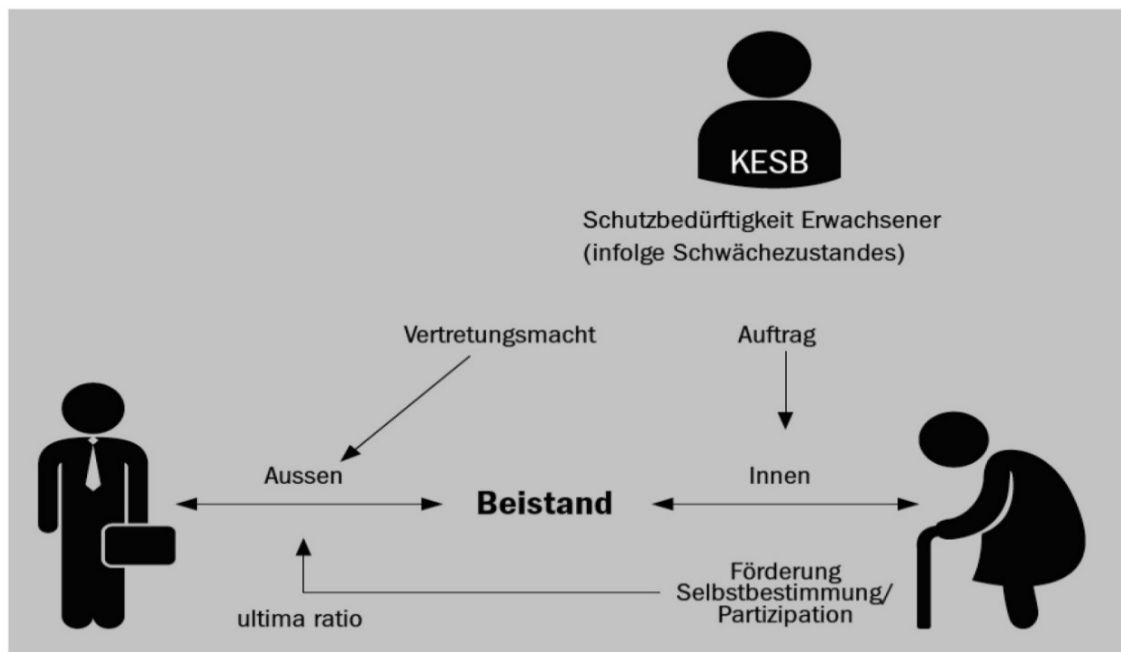


Abbildung 2: Mandatsführung zwischen Innen- und Aussenverhältnis (FREY/PETER/ROSCH, Handbuch KES, Rz. 1354c).

Diese Unterscheidung zwischen Innen- und Aussenverhältnis, die mit der Vertretungsbeistandschaft aufgezeigt wurde, gilt in gleicher Weise für alle weiteren Beistandschaftsarten. Damit zeigt sich, dass Erwachsenenschutz letzten Endes möglichst viel Selbstbestimmung in Richtung von unterstützender Entscheidungsfindung will.²⁹⁴ Erwachsenenschutz ist folglich keine reine stellvertretende Entscheidungsfindung, sondern anforderungsreiches, personenzentriertes Handeln, das auf Selbstbestimmung ausgerichtet ist.²⁹⁵ **Nach Auffassung des Gutachters sind daher Beistandschaften gemäss der dargelegten Unterscheidung von materieller und formeller Vertretung²⁹⁶ der materiellen Vertretung zuzuordnen und als zulässig zu erachten.**

An dieser Stelle ist jedoch auch die Kritik aufzunehmen, dass dem Innenverhältnis zu wenig Beachtung geschenkt werde.²⁹⁷ Einerseits wird gefordert, dass sich die Sorgfaltspflicht der Beistandsperson aus dem Innenverhältnis ergibt.²⁹⁸ Sie soll massgeblich für die Beurteilung von Haftungsfragen sein. Hier geht für die Schweiz BOENTE weiter, indem er zu bedenken gibt, dass damit ein sorgfaltspflichtwidriges Verhalten der Beistandsperson grundsätzlich zu einem rechtsgültigen Rechtsgeschäft führe, weil das Aussenverhältnis massgebend sei. Daher müsse das Innenverhältnis konstitutiv für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes sein.²⁹⁹ Diese Aussenwirkung zeigt sich bereits im Medizinrecht hinsichtlich des zulässigen medizinischen Eingriffs: «So ist das Handeln des Arztes im Grundsatz nur gerechtfertigt,

²⁹⁴ Ebenso BROSEY, Wunsch, S. 367 ff.; BRAUN/GATHER/HENKING/VOLLMANN/SCHOLTEN, Ethik Med. 2022, S. 523 ff.; ROSCH, ZKE 2022, S. 477.

²⁹⁵ ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 110 ff.; vgl. auch LIPP, Art. 12 BRK, S. 330.

²⁹⁶ Siehe oben Ziff. 4.5.2.

²⁹⁷ Insb. BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 134 ff.; BOENTE, FamPra.ch 2018, S. 123; BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 44; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 466; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 110; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 98; BK-ROSCH, Art. 394 ZGB N 119, Art. 395 ZGB N 114 f.

²⁹⁸ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 466; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 110; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 98; BK-Rosch, Art. 394 ZGB N 119, Art. 395 ZGB N 114 f.

²⁹⁹ BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 134 f.; BOENTE, rechtstexte nr. 1, Rz. 44.

wenn er seine, ehemals nur im Innenverhältnis bestehende, (Aufklärungs-)Pflichten erfüllt hat.»³⁰⁰ Dies hat das ärztliche Fachpersonal zu dokumentieren und ggf. nachzuweisen. In diese Richtung finden sich auch Überlegungen bei ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL hinsichtlich der gewillkürten Stellvertretung und dem Auftrag:

Die gewillkürte Stellvertretung stellt «im schweizerischen Recht aufgrund der Abstraktheit von Stellvertretung und Grundverhältnis³⁰¹ nicht sicher (...), dass das Vertretungshandeln nicht auch auf dem objektiven Interesse beruht. Wollte man dies ändern, müsste das Grundverhältnis (also das Innenverhältnis) «nach aussen gekehrt» werden,³⁰² indem in Art. 33 Abs. 2 OR festgehalten würde, dass sich der Inhalt der Vollmacht nach dem Grundverhältnis bestimmt. Damit würde bereits die Stellvertretung personenzentrierter ausgestaltet. Gleichzeitig würde man einerseits auf die erwähnte Abstraktheit verzichten, andererseits mehr Fälle von Art. 38 OR (Handeln ohne Ermächtigung mit Genehmigungsmöglichkeit der vertretenen Person) generieren und unter Umständen auch teilweise Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr verlieren.»³⁰³

Nach Auffassung des Gutachters erscheint es angezeigt, die **Sorgfaltspflichten aus dem Innenverhältnis** zu bestimmen. Dies würde Rechtssicherheit ermöglichen, indem für Beistandspersonen klar wäre, nach welchen Massstäben sie zu handeln hätten. Offensichtlich müsste eine solche Bestimmung ins Gesetz aufgenommen werden. Inwiefern das Innenverhältnis im Erwachsenenschutz bzw. bei der gewillkürten Stellvertretung für das Rechtsgeschäft **konstitutiv** sein soll, wären weiterführende Verankerungen der Willenszentrierung, welche nicht nur den Erwachsenenschutz, sondern auch weite Teile des Geschäftsverkehrs betreffen. Sie würden den Miteinbezug der betroffenen Person fördern, indem die Vertragspartei sich je nach Geschäft mit dem Willen der betroffenen Person auseinandersetzen muss bzw. indem eine Einigung unter den Parteien hinsichtlich des Willens erfolgen muss. Es kann andererseits jedoch auch dazu führen, dass de facto betroffene Personen infolge unklarer Äusserungen der betroffenen Person oder infolge von Widerstand von Rechtsgeschäften ausgeschlossen werden, weil diese der Vertragspartei als zu riskant erscheinen. Daher sind nach Auffassung des Gutachters diese weiterführenden Punkte in einem weiteren Gutachten vertieft zu prüfen. Es würde den Rahmen des vorliegenden Gutachtensauftrages sprengen.

4.5.4. Auswirkung auf weitere zur Diskussion stehende Modelle

Diese zusätzliche Fokussierung auf das Innenverhältnis lässt den Nutzen alternativer Modelle wie namentlich Bote/-innen³⁰⁴ oder Notare/-innen³⁰⁵ anstelle von Erwachsenenschutz als fraglich erscheinen. Wie bereits aufgezeigt wurde, orientiert sich das **Botensystem** de lege lata an den Regeln des Stellvertretungsrechts, und auch der/die Geschäftsherr:in wird zunächst rechtsgeschäftlich gebunden, falls der/die Bote/in eine Nachricht falsch übermittelt oder keine Botenmacht hat.³⁰⁶ Ferner dürfte beim mutmasslichen Willen die für diese Diskussion zentrale Unterscheidung zwischen der fremden Willenserklärung (des/r Boten/in) und der eigenen Willenserklärung (der Vertretungsperson) schwer zu bestimmen sein, da es – wie aufgezeigt³⁰⁷ – um einen Entscheidungsmassstab eines Dritten für die betroffene Person geht.

³⁰⁰ BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 142.

³⁰¹ Anstelle Vieler: SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, OR AT, Rz. 42.05 ff.

³⁰² Vgl. hierzu auch BOENTE, rechtstexte nr. 1, Einleitung.

³⁰³ ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 54.

³⁰⁴ Siehe oben Ziff. 4.4.

³⁰⁵ Vgl. VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 128 (Ersetzung von behördlichen Massnahmen durch einen Notar: «Le notaire pourrait prendre les aménagements raisonnables en permettant à la personne ayant besoin d'assistance d'exercer sa capacité juridique, et ainsi consigner solennellement la volonté de cette personne»).

³⁰⁶ BK-ZÄCH/KÜNZLER, Vorbemerkungen zu Art. 32–40 OR N 17 ff.

³⁰⁷ Siehe Ziff. 4.5.1.

Ebenso wenig überzeugend ist nach Auffassung des Gutachters der Ersatz durch **Notare/-innen**. Auch hier wäre eine Drittperson involviert, welche die erforderliche Unterstützung einschätzt und dann (wohl) entsprechend handeln würde, was – wie oben beim Wachkomafall aufgezeigt – ohne Vertretung nicht möglich wäre. Zudem dürften Notare/-innen aufgrund ihres juristischen Hintergrundes und mangels einer entsprechenden Ausbildung nicht per se geeignet sein, um anforderungsreiche Gespräche mit Menschen mit (schweren) psychischen und geistigen Beeinträchtigungen zu führen. Solches Wissen um den Umgang und die Ermöglichung einer Arbeitsbeziehung ist zentral. Ein Notarsystem wäre diesbezüglich ein Rückschritt in der professionellen Begleitung (und Vertretung) von Menschen mit Beeinträchtigungen und ist abzulehnen. Je nach Verständnis würde dadurch auch die behördliche Tätigkeit durch eine notarielle ersetzt. Damit wäre auch die Aufsicht im Sinne der Schutzvorkehrungen nach Art. 12 Abs. 4 BRK zu thematisieren.³⁰⁸ Zu unterstützen ist demgegenüber eine klare Orientierung am Willen und an der Unterstützung zur Selbstbestimmung.

4.5.5. Beurteilung nach Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention³⁰⁹

Wie bereits dargelegt, sind für die Auslegung der BRK primär der Wortlaut in seiner gewöhnlichen Bedeutung, der Zweck und das Ziel des Vertrags, Treu und Glauben sowie der Zusammenhang bedeutsam.³¹⁰ Ziel und Zweck der Behindertenrechtskonvention ist gemäss Art. 1 Abs. 1 BRK, dass der *volle und gleichberechtigte Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten von Menschen mit Behinderungen* gefördert, geschützt und gewährleistet und die Achtung der ihnen innewohnenden Würde gefördert wird. Dies wiederholt Art. 12 Abs. 2 BRK im Kontext der «legal capacity». Die Begriffe «Massnahmen» und «Unterstützung» bzw. «support» sind in ihrer gewöhnlichen Bedeutung offen (auch wenn der französische Text von «accompagnement» spricht, das eher im Sinne von reinem «supported decision-making» verstanden werden könnte). Der Begriff «Massnahmen» wird zwar in Art. 12 Abs. 4 BRK wieder aufgenommen. Spezifiziert wird dort aber nur, dass diese Massnahmen die Rechte, den Willen und die Präferenzen der jeweiligen Person achten und durch Schutzvorkehrungen («safeguards») sicherzustellen sind. Nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der genannten Ziel- und Zwecksetzung können die beiden offenen Begriffe nicht einseitig auf «supported decision-making» reduziert werden. Vielmehr geht es darum, dass damit alle Handlungen zur Unterstützung der betreffenden Person gemeint sind. Daraus kann abgelesen werden, dass auch Eingriffe möglich sind.³¹¹ So kann – wie im erwähnten Beispiel des Wachkomas – Teilhabe teilweise nur ermöglicht werden, wenn die Person vertreten wird. Dies ist nach hier vertretenem Verständnis zweifellos eine Massnahme zur Unterstützung der betreffenden Person, jedoch nur, wenn diese Vertretung strikt auf den Willen und die Präferenzen zurückgebunden wird. Aus der Ziel- und Zwecksetzung der BRK ergibt sich zudem, dass Vertretung immer ultima ratio ist,³¹² wenn also Unterstützung im Sinne von «supported decision-making» nicht möglich ist.

Gemäss Art. 31 Abs. 2 WVK ist für die Auslegung eines Vertrags zudem der Zusammenhang bedeutsam, der neben dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen unter anderem auch Urkunden umfasst, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine den Vertrag betreffend Urkunde angenommen wurden. Solche Urkunden stellen die Vorbehalte («declarations and reservations», Art. 46) dar.³¹³ Einige Staaten haben das Verbot von Massnahmen der stellvertretenden Entscheidungsfindung vorbehalten.³¹⁴ Diese

³⁰⁸ Siehe Ziff. 7.3.

³⁰⁹ Im nachfolgenden Abschnitt finden sich teilweise überarbeitete Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 106 ff.

³¹⁰ Siehe Ziff. 1.5.

³¹¹ GROS, *capacité*, Rz. 151; vgl. auch SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 42 f. unter Bezugnahme auf Art. 12 Abs. 3 BRK.

³¹² Siehe Ziff. 4.5.3.

³¹³ DÖRR, Art. 31 WVK N 67; VILLIGER, Art. 31 WVK N 19.

³¹⁴ So z.B. Kanada, Estland, Irland, die Niederlande, Norwegen, Polen, Singapur, Venezuela, Rumänien, Mexiko (vgl. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=IV-15&chapter=4) (31.3.2025).

Vorbehalte wurden aber soweit ersichtlich nicht ausdrücklich von anderen Staaten übernommen und angenommen. Die Zustimmung kann jedoch auch stillschweigend oder mündlich erfolgt sein.³¹⁵ Die Vorbehalte widerspiegeln zumindest die heterogene Diskussion in der Entstehungsgeschichte³¹⁶ und dürften daher auch von weiteren Staaten geteilt werden. Ebenso wie der Zusammenhang gemäss Art. 31 Abs. 2 WVK ist gemäss Art. 31 Abs. 3 WVK auch die Übung bei der Anwendung des Vertrages zu berücksichtigen, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über dessen Auslegung hervorgeht. Damit kann nach hier vertretener Auffassung an dieser Stelle nicht die Auslegung des BRK-Ausschusses gemeint sein, auch wenn diese die Übung bei der Anwendung prägt, da sich darin nicht die Übereinstimmung der Vertragsparteien widerspiegelt. Das zeigen auch die genannten Vorbehalte oder, im Fall der Schweiz, die Auffassung in der Botschaft,³¹⁷ dass das revidierte Erwachsenenschutzrecht konventionskonform sei.

Gemäss Art. 31 Abs. 4 WVK ist ferner einem Ausdruck dann eine besondere Bedeutung beizumessen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben. Die besondere Bedeutung von Massnahmen und «support» scheint – wenn überhaupt – eher darin zu liegen, einen Weg zu finden, um die relativ verhärteten Haltungen zwischen Weltverbänden und Vertragsstaaten zu versöhnen.³¹⁸

Damit ergibt die verbindliche Auslegung nach den völkerrechtlichen Regeln der WVK, dass Massnahmen und **Unterstützung** weit zu verstehen sind und **es keine Anhaltspunkte** – bis auf die gegenteilige, nicht widerspruchsfreie Auffassung des BRK-Ausschusses – **gibt, welche eine Beschränkung auf ausschliesslich vertretungsfreie Unterstützung vorsehen**.³¹⁹ Dies hätte vielmehr ausdrücklich und klar im Konventionstext verankert werden müssen.³²⁰ Die Auslegung entspricht auch dem Prinzip von «in dubio mitius», welches der Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen Vorrang vor einer restriktiven Interpretation gibt, um der staatlichen Souveränität Freiraum zu belassen.³²¹

Selbst wenn eine andere als die hier vertretene Auslegung zum Schluss käme, dass die Bedeutung der beiden Begriffe unklar oder mehrdeutig ist, wären die «travaux préparatoires» und die Umstände des Vertragsschlusses beizuziehen, welche wiederum vor allem die bereits aufgezeigten Suchprozesse angesichts der Pattsituation beleuchten würden.³²² Auch wenn argumentiert würde, dass sich die Weltverbände durchgesetzt hätten, wären die Vorbehalte als Teil der Umstände des Vertragsschlusses ebenfalls zu berücksichtigen. Die Folge wäre auch hier, dass es **keine eindeutigen zusätzlichen Erkenntnisse** gäbe, womit wiederum auf den Wortlaut nach Treu und Glauben zurückzukommen wäre, welcher wie aufgezeigt Vertretung nicht ausschliesst.

Folglich ergibt sich nach Auffassung des Gutachters auch gemäss der Auslegung nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK), dass Unterstützung nicht per se Hilfen im Rahmen der Stellvertretung unterbindet.

³¹⁵ DÖRR, Art. 31 WVK N 68; zurückhaltender VILLIGER, Art. 31 WVK N 19.

³¹⁶ Siehe oben Ziff. 1.5.

³¹⁷ Botschaft ESR, BBl 2013, S. 661, 690, wonach die Schweiz mit dem revidierten Erwachsenenschutzrecht den Perspektivenwechsel «Unterstützung vor Vertretung» vollzogen haben soll.

³¹⁸ Siehe oben Ziff. 1.3.

³¹⁹ Siehe auch GROS, *capacité*, Rz. 140; ebenso: DHANDA, *Journal of International Law and Commerce* 2007, S. 461; ähnlich: MENKES, *Analysis*, S. 43 f.; a.M. ARSTEIN-KERSLAKE, *Voice to People*, S. 25 f.; MENKES geht hier weiter, indem er zum Schluss kommt, dass die Staaten keine Abschaffung der stellvertretenden Entscheidungsfindung wollten (MENKES, *Analysis*, S. 42).

³²⁰ Ebenso e contrario GROS, *capacité*, Rz. 140.

³²¹ Vgl. DÖRR, Art. 31 WVK N 33.

³²² Siehe Ziff. 1.3.

4.5.6. Anspruch auf angemessene Vorkehrungen gemäss Art. 5 Abs. 3 BRK

Das in Art. 12 Abs. 3 BRK formulierte Konzept der Unterstützung in Bezug auf «legal capacity» wird gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK (massgeschneiderte, verhältnismässige Massnahmen), aber auch hinsichtlich Eingriffen im Rahmen des Erwachsenenschutzes gemäss den «angemessenen Vorkehrungen» des Art. 14 Abs. 2 BRK konkretisiert.³²³ Die Vertragsstaaten haben demgemäss zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen, denen aufgrund eines Verfahrens ihre Freiheit entzogen wird, gleichberechtigten Anspruch auf die in den internationalen Menschenrechtsnormen vorgesehenen Garantien bekommen und im Einklang mit den Zielen und Grundsätzen der BRK behandelt werden, einschliesslich durch die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen. Damit wird das Konzept der angemessenen Vorkehrungen basierend auf Art. 5 Abs. 3 BRK im Kontext von Freiheitsentziehung mit dem Konzept der Unterstützung («support») von Art. 12 Abs. 3 BRK verknüpft.³²⁴ Diese Verknüpfung deutet auch der Ausschuss in seinem General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK an.³²⁵ Daraus darf abgeleitet werden, dass a maiore ad minus die angemessenen Vorkehrungen nicht nur für die Frage der fürsorglichen Unterbringung im Erwachsenenschutzrecht bedeutsam sind, sondern auch im Rahmen anderer freiheitsbeschränkender, sprich handlungsfreiheitsbeschränkender Massnahmen zur Anwendung gelangen.³²⁶

Angemessene Vorkehrungen nach der Legaldefinition von Art. 2 BRK sind notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten geniessen oder ausüben können. Gemäss Art. 5 Abs. 3 BRK haben die Vertragsstaaten alle geeigneten Schritte vorzunehmen, um die Bereitstellung angemessener Vorkehrungen zu gewährleisten. Es geht dabei um **individuellen Nachteilsausgleich** von Menschen mit Behinderungen.³²⁷ Das Konzept der angemessenen Vorkehrungen kann in drei Punkten dargestellt werden:³²⁸

- Es besteht die Ausgangssituation, dass in einem Einzelfall eine Benachteiligung einer Person aufgrund von Behinderung droht.
- Es können auf die konkrete Situation bezogene Massnahmen ergriffen werden, die geeignet sind, um die erkennbaren Barrieren zu beseitigen.
- Der damit verbundene Aufwand, diese Massnahmen zu ergreifen, ist nicht übermässig.

Dementsprechend sind nach Auffassung des Gutachters Beistandschaften (inkl. Vertretungsbeistandschaften) grundsätzlich als angemessene Vorkehrungen zu deuten, soweit diese im Einzelfall verhältnismässig sind. Eine Verweigerung von angemessenen Vorkehrungen wären gemäss BRK und General Comment No. 5 zum UNO-Pakt I als Diskriminierung zu beurteilen.³²⁹ Den angemessenen Vorkehrungen wird ein dynamisches Verständnis unterlegt. Sie sollen auf individueller Ebene zumindest so lange wirken, bis die strukturellen Barrieren beseitigt sind. Im Kontext des Erwachsenenschutzrechts bedeutet dies mit anderen Worten, dass Beistandschaften als angemessene Vorkehrungen so lange als notwendige und angemessene Massnahme gelten, bis ausreichend

³²³ Vgl. auch BGer 2C_248/2023 vom 20. September 2024, E. 4.4.1.

³²⁴ SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 14 N 63.

³²⁵ Vgl. Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, Ziff. 40.

³²⁶ SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 14 N 63; Art. 12 N 120 f.; KÜNZLI/BERTONI/STUCKI, Gutachten Unterbringung, S. 19.

³²⁷ ROTHFRITZ, BRK, S. 242 f.; SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 120; MARSCHNER, Zwangsbehandlung, S. 216 f.

³²⁸ Aufzählung nach AICHELE, Barrieren, S. 2; SHK-UNO-BRK-STUDER/PÄRLI/MEIER, Art. 5 N 42.

³²⁹ SHK-UNO-BRK-STUDER/PÄRLI/MEIER, Art. 5 N 31.

Alternativen vorliegen bzw. entwickelt wurden.³³⁰

4.5.7. Mitwirkungsbeistandschaft statt Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB?

Vertretung als Unterstützung im Sinne von Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK ist nach vorliegendem Verständnis somit zulässig. Dennoch ist die Stossrichtung des Ausschusses zu unterstützen, dass Vertretung soweit möglich zu vermeiden ist. Das ergibt sich mitunter aus Art. 12 Abs. 4 BRK sowie aus dem erörterten Konzept der angemessenen Vorkehrungen und gilt umso mehr, als im Aussenverhältnis sorgfaltspflichtwidrige Entscheide grundsätzlich zulässig sind.³³¹ Damit stellt sich auch innerhalb der Beistandschaftsarten die Frage, inwiefern auf Vertretung verzichtet werden könnte. Gemäss den Ausführungen im Gutachtensauftrag zur umfassenden Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB kann diese ersatzlos aufgehoben werden.³³² Wie oben aufgezeigt, kann hingegen nicht grundsätzlich auf eine Vertretung verzichtet werden, weshalb die Beistandschaft gemäss Art. 394/395 ZGB ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit weiterhin notwendig ist. Demgegenüber kann nach Auffassung des Gutachters auf die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB verzichtet werden, weil eine Mitwirkungsbeistandschaft (u.U. kombiniert mit einer Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394/395 ZGB ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit) ausreichend ist.³³³

Die Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB ist hinsichtlich der Eingriffswirkung eine mildere Massnahme als die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus Art. 407 i. V. m. Art. 19 Abs. 1 ZGB, der vorsieht, dass bei einem Entzug der Handlungsfähigkeit auch Mitwirkungshandeln möglich ist. Zudem beschränkt die Mitwirkungsbeistandschaft nur die Handlungsfähigkeit; die Mitwirkungsbeistandsperson ist niemals gesetzlicher Vertreter:in; sie stimmt zu oder verweigert die Zustimmung. Demgegenüber entzieht die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB die Handlungsfähigkeit, sodass eine Vertretung notwendig wird.³³⁴ Hinzu kommt, dass gemäss (wohl) umstrittener Auffassung in der Lehre³³⁵ die unter Mitwirkungsbeistandschaft stehende Person nicht urteilsfähig im Sinne einer Tatbestandsvoraussetzung sein muss. Eine solche findet sich auch nicht im Gesetzestext. Vielmehr muss die Person urteilsfähig im Sinne von Art. 19 Abs. 1 ZGB sein, falls sie handeln möchte. Damit kann die Mitwirkungsbeistandschaft auch für Menschen mit schwankender, volatiler Urteilsfähigkeit oder für solche, bei denen die «realen Fähigkeiten» «schwer abschätzbar sind»,³³⁶ Anwendung finden.

Anstelle einer Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB kann folglich eine Mitwirkungsbeistandschaft als mildere Beistandschaftsart angeordnet werden. Dabei sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die «bestimmten Handlungen» gemäss Art. 396 ZGB auch einem weiten Verständnis zugänglich.³³⁷ Nötigenfalls kann diese kombiniert werden mit einer Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394/395 ZGB ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit,

³³⁰ SHK-UNO-BRK-NAGUIB, Art. 2 N 27.

³³¹ Siehe zur Diskussion Ziff. 4.5.3.

³³² Siehe hierzu Gutachten (Arbeitspaket I) auf: <https://backend.ebgb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-ebgbch-files/files/2025/05/01/89c3d1f8-8ac5-4ed6-a7ca-a6cc41df4c3f.pdf> (7.4.2025)

³³³ Siehe hierzu ausf. ROSCH, FamPra.ch 2021, S. 692 ff.

³³⁴ ROSCH, FamPra.ch 2021, S. 693 f.

³³⁵ Die Lehre setzt grundsätzlich Urteilsfähigkeit voraus. Vgl. ZK-EGGER, Art. 395 aZGB N 11; BK-SCHNYDER/MURER, Art. 395 aZGB N 49; CHK-FOUNTOULAKIS, Art. 396 ZGB N 3; BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 396 N 2, 8; HÄFELI, KESR, Rz. 392; ESR Komm-ROSCH, Art. 396 ZGB N 2; ebenso Botschaft ESR, S. 7048. Eine ausführliche Auseinandersetzung findet sich bei BK-ROSCH, Art. 396 ZGB N 30 ff.

³³⁶ HÄFELI, KESR, Rz. 393.

³³⁷ Vgl. BGer 5A_844/2017 vom 15. Mai 2018, E. 5.2. f. («alle Geschäfte betreffend Verwaltung von Einkünften und Vermögen»); siehe ausf. BK-ROSCH, Art. 396 ZGB N 43 ff.

soweit auch ein Vertretungsbedürfnis besteht.³³⁸

Damit findet sich hinsichtlich der Eingriffswirkung eine mildere (und partizipativere) Alternative zur Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB, wodurch **die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB ersatzlos aufgehoben werden kann**.³³⁹ Damit nähert sich de facto das schweizerische Recht auch dem deutschen Recht mit dem Einwilligungsvorbehalt gemäss § 1825 BGB und dem österreichischen Recht mit dem Genehmigungsvorbehalt gemäss § 242 Abs. 2 ABGB an.³⁴⁰

4.5.8. Zulässigkeit der Mitwirkungsbeistandschaft?

In der Schweiz kaum diskutiert ist die Frage, inwiefern die Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB im Rahmen von Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK zulässig ist.³⁴¹

Zunächst geht, wie soeben aufgezeigt, die überwiegende Lehre davon aus, dass die Mitwirkungsbeistandschaft Urteilsfähigkeit voraussetzt.³⁴² Diese Auffassung hat zur Folge, dass die Mitwirkungsbeistandschaft als Massnahme gegenüber urteilsfähigen Menschen zu qualifizieren wäre und es stellt sich auch hier die – bereits oben erörterte³⁴³ – Frage, inwiefern behördliche Massnahmen gegenüber Urteilsfähigen konventionskonform sein können.³⁴⁴

Wird demgegenüber davon ausgegangen, dass die Mitwirkungsbeistandschaft insbesondere für Menschen mit «uneindeutiger» Urteilsfähigkeit bzw. im Einzelfall schwierig zu beweisender Urteilsunfähigkeit gedacht ist und damit die Urteilsfähigkeit keine Tatbestandsvoraussetzung darstellt,³⁴⁵ dürfte die Mitwirkungsbeistandschaft (allenfalls kombiniert mit einer Vertretungsbeistandschaft ohne Entzug der Handlungsfähigkeit) als Ersatz für die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB³⁴⁶ den Vorgaben der BRK besser entsprechen. Auch hier würde gelten, dass in Bereichen, in denen die betroffene Person urteilsfähig erscheint, diese weitestgehend zu respektieren sind.

Demgegenüber wurde im deutschen und österreichischen Recht die Frage der Vereinbarkeit des Mitwirkungshandelns mit der BRK intensiver diskutiert.³⁴⁷ Die Mitwirkungsbeistandschaft entspricht im deutschen Recht der Betreuung mit angeordnetem Einwilligungsvorbehalt gemäss § 1825 BGB, im österreichischen Recht der gerichtlichen Erwachsenenvertretung mit Genehmigungsvorbehalt nach § 242 Abs. 2 ABGB. Beide sind zur Abwendung einer erheblichen Gefahr gedacht und beinhalten im Unterschied zur Mitwirkungsbeistandschaft auch Vertretungskompetenzen. Im deutschen Recht wird in § 1825 Abs. 1 BGB wiederum erwähnt, dass ein Einwilligungsvorbehalt nicht gegen den Willen einer urteilsfähigen Person angeordnet werden darf. Mit den Revisionen im Erwachsenenschutz in den beiden Ländern, die aufgrund der BRK angestossen wurden, wurde das Verhältnis der BRK zum

³³⁸ Vgl. ausf. zu den Auswirkungen: ROSCH, FamPra.ch 2021, S. 695 ff.; BK-ROSCH, Art. 397 ZGB N 53 ff.

³³⁹ ROSCH, FamPra.ch 2021, S. 698 ff.; gl.M. hinsichtlich der BRK: COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment, S. 44, S. 79; kritisch: BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 394 N 35.

³⁴⁰ Das österreichische Erwachsenenschutzrecht kennt in § 265 Abs. 2 ABGB auch die umgekehrte Variante, wonach der gewählte Erwachsenenvertreter in einem Aufgabenbereich dazu verpflichtet werden kann, nur mit Zustimmung der schutzbedürftigen Person zu handeln.

³⁴¹ Soweit ersichtlich findet sich einzig eine kurze Abhandlung bei BK-ROSCH, Art. 396 ZGB N 132 ff. und bei CR CC I-LEUBA, Art. 396 N 26 ff. sowie eine Einschätzung bei LIPP, Selbstbestimmung 2.0, S. 31 f.

³⁴² Siehe Fn 336.

³⁴³ Siehe oben Ziff. 3.4.2.

³⁴⁴ BK-ROSCH, Art. 396 ZGB N 133.

³⁴⁵ Siehe hierzu oben Ziff. 4.5.7.

³⁴⁶ Siehe hierzu oben Ziff. 4.5.7.

³⁴⁷ Vgl. die Übersicht bei Jürgens BTR-BROSEY, § 1825 BGB N 1; ausf. BROSEY, BtPrax 2014, S. 243 ff.; für das Österreichische Recht vgl. BARTH/GANNER, AT, S. 71 ff.

Genehmigungs- bzw. Einwilligungsvorbehalt geprüft und für konventionskonform betrachtet.³⁴⁸ Begründet wird dies wiederum vorab mit der Rückbezüglichkeit auf den Willen und die Präferenzen.³⁴⁹

Diese Auffassung wird nach wie vor in Frage gestellt, weil die Handlungsfähigkeit damit eingeschränkt werde und es primär um den Schutz des Geschäftsverkehrs gehe, in Anerkennung der Tatsache, dass die Handlungsfähigkeitsbeschränkung mutmasslich für die Praxis erforderlich sei.³⁵⁰ Die dazu gegenteilige Position vertritt die Auffassung, dass es nicht um stellvertretende Entscheidungsfindung gehe und, soweit der Wille und die Präferenzen als Dreh- und Angelpunkt dienten, die/der Betroffene auch einen Anspruch auf Genehmigung habe.³⁵¹

Damit stellt sich im Kern wiederum die bereits diskutierte Frage, wie weit die Sorgfaltspflichten der Beistandsperson reichen sollen.³⁵² Nach Auffassung des Gutachters müssen diese Sorgfaltspflichten klar massgebend sein; inwiefern aber ein Rechtsgeschäft nur zustande kommt, wenn die Sorgfaltspflichten im Sinne einer konstitutiven Wirkung erfüllt sind, ist – wie bereits erwähnt³⁵³ – vertieft zu prüfen. Mit dieser Rückkoppelung an den Willen und die Präferenzen scheint eine Mitwirkungsbeistandschaft – analog zur Situation in Deutschland und Österreich – **zulässig**, zumal auch noch viel deutlicher in die Persönlichkeitsrechte eingreifende Massnahmen wie Zwangsmassnahmen gemäss Art. 14 und Art. 17 BRK nach Auffassung des Gutachters BRK-konform sein können.³⁵⁴ Zumindest in bestimmten Situationen, wie etwa bei Menschen mit bipolaren Symptomatiken, erscheint ein (punktueller) Selbstschutz in manischen Phasen als Ausdruck der Selbstbestimmung vertretbar. Bei Urteilsfähigkeit und Schwächezustand ist auch hier auf die bereits ausgeführte Zurückhaltung im Handeln gegen den «Willen» hinzuweisen (vgl. Ziff. 3.4.2.). Damit eine handlungsfähigkeitsbeschränkende Massnahme überhaupt verhältnismässig sein kann, bedarf es per se einer erheblichen Gefahrensituation.³⁵⁵ Diese muss nicht zusätzlich erwähnt werden, weil die Voraussetzungen nach Art. 389 f. ZGB auch hier gelten.³⁵⁶ Wollte die BRK die Handlungsfähigkeitsbeschränkung grundsätzlich verbieten, dann müsste sie das – gemäss Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) – auch deutlich sagen.³⁵⁷

4.6. Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz

Aufgrund dieser Darlegungen ist nach Auffassung des Gutachters Vertretungshandeln im materiellen Sinne konventionskonform und somit nach wie vor zulässig. Folglich sind auch die Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaften des Erwachsenenschutzrechts grundsätzlich zulässig. Die vertretende Person unterstützt die Teilhabe bzw. Selbstbestimmung, indem sie die betroffene Person gemäss deren Willen und Präferenzen vertritt.

Damit werden folgende Anpassungen in Bezug auf die BRK empfohlen:

³⁴⁸ BARTH/GANNER, AT, S. 71; Jürgens BTR-BROSEY, § 1825 BGB N 1.

³⁴⁹ Jürgens BTR-BROSEY, § 1825 BGB N 1.

³⁵⁰ Insb. GANNER, Rechtssubjektivität, S. 108 f.; GANNER, BtPrax 2013, S. 173.

³⁵¹ Insb. BROSEY, BtBrax 2014, S. 247; LIPP/BALTZER/BRESCH/HESSE/SCHRÖDER, Rechtssubjektivität, S. 124.

³⁵² Siehe Ziff. 4.5.3.

³⁵³ Vgl. Ziff. 4.5.3.

³⁵⁴ Vgl. hierzu ausf. SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 14 N 17 ff., N 25 ff., N 49 ff., Art. 17 N 7 ff. mit der jeweils kritisch bis ablehnenden Auffassung des BRK-Ausschusses; CR CC I-LEUBA, Art. 396 N 29; grundsätzlich Handlungsfähigkeitsentzug bejahend: WETTERAUER, Patientenversorgung, S. 17 (mit Hinweis auf die Rechtssicherheit); MÜLLER, Fürsorge, S. 392.

³⁵⁵ Ebenso: CR CC I-LEUBA, Art. 396 N 29.

³⁵⁶ Daher bedarf es nach hier vertretener Auffassung bei der Mitwirkungsbeistandschaft keiner zusätzlichen Hinweise im Gesetzestext. Kritisch hierzu: LIPP, Selbstbestimmung 2.0, S. 31 f.

³⁵⁷ LIPP, BtPrax 2010; S. 266; a.M. TOLMEIN, Art. 12 BRK, S. 144 f.

- Die unterstützende Entscheidungsfindung ist auszubauen,³⁵⁸ um die stellvertretende Entscheidungsfindung zu minimieren (**Empfehlung 7**).
- Die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB ist wie die umfassende Beistandschaft obsolet und kann aufgehoben werden. Entsprechend findet sich eine Neuformulierung in nArt. 394 ZGB, und die Mitwirkungsbeistandschaft wird in Bezug auf die «bestimmten Handlungen» verallgemeinert (**Empfehlung 8**; vgl. nArt. 396 ZGB).
- Die Sorgfaltspflichten sind aus dem Innenverhältnis zu bestimmen. Folglich wird auch Art. 413 Abs. 1 ZGB angepasst (nArt. 391 ZGB; vgl. **Empfehlung 9**).
- Optional und vorgängig vertieft zu analysieren ist die Frage, inwiefern das Innenverhältnis konstitutiv für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften sein soll. Soweit dies bejaht wird, kann in nArt. 394 Abs. 3 Satz 2 ZGB der Passus eingefügt werden: «Das vertretungsweise abgeschlossene Rechtsgeschäft ist nur gültig, wenn dies dem Willen der betroffenen Person nach Art. 406 ZGB entspricht.» (**Empfehlung 10**; vgl. nArt. 394 Abs. 3 ZGB).

5. Unterstützung und unterstützende Entscheidungsfindung

5.1. Arbeitsdefinition von unterstützender Entscheidungsfindung³⁵⁹

Wie bereits aufgezeigt, möchte Art. 12 Abs. 3 BRK mit seiner Forderung nach «Hilfe zur Selbstbestimmung» die Unterstützung bzw. die unterstützende Entscheidungsfindung («supported decision-making») massgeblich fördern. Es wird – wie bereits oben ausgeführt – von einem Paradigmenwechsel von der paternalistisch geprägten stellvertretenden zur selbstbestimmungsorientierten unterstützenden Entscheidungsfindung gesprochen.³⁶⁰ **Damit hat Unterstützung immer Vorrang vor Vertretung.** Das ergibt sich bereits aus der – gemäss schweizerischem Recht vorgesehenen – Verhältnismässigkeits- und Subsidiaritätsprüfung nach Art. 389 ZGB.

Überraschenderweise findet sich im General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK keine eigentliche Definition von unterstützender Entscheidungsfindung,³⁶¹ sondern nur «Schlüsselbedingungen» («key provisions») in Ziff. 29, die DEGENER wie folgt zusammengefasst hat:³⁶²

- Unterstützende Entscheidungsfindung muss allen offenstehen, auch wenn der Umfang der Unterstützung hoch ist.
- Alle Formen der Unterstützung müssen auf dem Willen und den Präferenzen der betroffenen Person beruhen, nicht auf dem, was als ihr objektives Interesse erachtet wird.
- Der Kommunikationsmodus einer Person darf kein Hindernis sein, selbst wenn diese Kommunikation nur von wenigen Menschen verstanden wird.
- Die rechtliche Anerkennung der Unterstützungsperson, die von der betroffenen Person ausgewählt wurde, muss möglich und zugänglich sein, insbesondere für Personen, die isoliert leben. Ein rechtsstaatliches Verfahren zur Überprüfung der Unterstützungsperson durch Dritte ist notwendig.

³⁵⁸ Ebenso: WILLENER ZKE 2023, S. 539 f.

³⁵⁹ Nachstehender Text beinhaltet Auszüge aus ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 53 ff.

³⁶⁰ Vgl. anstelle Vieler: LIPP, Art. 12 BRK, S. 332; ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 107.

³⁶¹ Vgl. auch GROS, capacité, Rz. 143.

³⁶² DEGENER, BtPrax 2016, S. 205, 207.

- Fehlende finanzielle Mittel dürfen kein Hindernis für den Zugang zu unterstützender Entscheidungsfindung darstellen.
- Unterstützende Entscheidungsfindung darf nicht als Rechtfertigung für die Einschränkung anderer Rechte benutzt werden, insbesondere des Wahlrechts, des Rechts, eine Ehe oder eine Partnerschaft einzugehen und eine Familie zu gründen, des Rechts auf Zustimmung zu intimen Beziehungen und medizinischer Behandlung sowie des Rechts auf Freiheit.
- Die betroffene Person muss das Recht haben, unterstützende Entscheidungsfindung abzulehnen bzw. sie zu beenden.
- Für alle Prozesse i. V. m. der rechtlichen Handlungsfähigkeit und Unterstützung bei ihrer Ausübung muss sichergestellt werden, dass jederzeit der Wille und die Präferenzen der betreffenden Person geachtet werden.
- Die Gewährung von unterstützender Entscheidungsfindung sollte nicht von der Beurteilung der geistigen Fähigkeit abhängen. Für die Feststellung des Unterstützungsbedarfs sind neue, diskriminierungsfreie Indikatoren erforderlich.

Da es sich um Schlüsselbedingungen handelt, die eingehalten werden sollten, ist davon auszugehen, dass alle Aspekte kumulativ erfüllt sein müssen, damit unterstützende Entscheidungsfindung vorliegt, auch wenn sich der Katalog als nicht abschliessend versteht.³⁶³ Bei einem offenen Katalog, der nicht abschliessend zu verstehen ist, fällt es gleichzeitig schwer, den Begriff zu definieren.

Folgende vier Aspekte sind für die unterstützende Entscheidungsfindung (zumindest für den vorliegenden Kontext) im Hinblick auf eine Arbeitsdefinition wesentlich:³⁶⁴

- Anknüpfungspunkt sind **der Wille und die Präferenzen** des Menschen mit Beeinträchtigung, die jederzeit zu achten sind, und nicht seine Handlungsfähigkeit; damit steht ein **bedürfnisorientierter Ansatz** zur Befähigung im Zentrum;
- diskriminierungsfreier (kostengünstiger) **Zugang** zu unterstützender Entscheidungsfindung;
- **Schutzvorkehrungen** («safeguards») zur Wahrung der Selbstbestimmung;
- Unterstützung kann von der betroffenen Person **zurückgewiesen** werden.

Mit DINNERSTEIN könnte damit unterstützende Entscheidungsfindung unter Berücksichtigung der genannten Aspekte definiert werden **«als eine Reihe von mehr oder weniger formellen und intensiven Beziehungen, Praktiken, Abmachungen und Vereinbarungen, die dazu bestimmt sind, einer Person mit einer Behinderung dabei zu helfen, Entscheidungen über ihre Leben zu treffen und anderen mitzuteilen»**³⁶⁵ bzw. diese umzusetzen.³⁶⁶

5.2. Unterstützende Entscheidungsfindung und Erwachsenenschutzrecht

Die soeben aufgeführten Aspekte sind selbstredend auch für den Erwachsenenschutz bedeutsam. So wie der Erwachsenenschutz in diesem Gutachten insbesondere im Hinblick auf die Willenszentrierung

³⁶³ Vgl. oben Ziff. 1.4. (Ziff. 29 Ingress): «While supported decision-making regimes can take many forms, they should all incorporate certain key provisions to ensure compliance with article 12 of the Convention, including the following:».

³⁶⁴ Leicht modifizierte Aufzählung nach: ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 108; vgl. auch ZK-MEIER, Art. 388 N 64 sowie GÉLARD, Art. 314b CC, S. 101.

³⁶⁵ DINNERSTEIN, legal capacity, S. 10.

³⁶⁶ Vgl. SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 60.

erörtert wurde, ist er mit dem **Willen und den Präferenzen** der betroffenen Personen weitestgehend als vereinbar mit unterstützender Entscheidungsfindung zu betrachten und folgt einem bedürfnis- und personenzentrierten Ansatz. Ein diskriminierungsfreier Zugang erscheint ebenfalls möglich, und auch die Schutzvorkehrungen sind im Erwachsenenschutzrecht durch die Aufsicht der KESB gewährleistet.

Demgegenüber steht das für die unterstützende Entscheidungsfindung konstitutive Element, dass **Hilfe zurückgewiesen** werden kann, in einem grundlegenden Spannungsverhältnis zum Erwachsenenschutzrecht. Das Erwachsenenschutzrecht als Eingriffssozialrecht und seine Zuordnung zur Eingriffsverwaltung hat in aller Regel zur Folge, dass sich die betroffenen Personen in einem (sozialrechtlich geprägten) Zwangskontext befinden. Die Idee des Erwachsenenschutzes als staatliche Aufgabe besteht auch darin, dass staatliches Handeln nicht in jedem Fall zurückgewiesen werden kann, sondern auf den personenzentrierten Bedarf ausgerichtet ist. Mit der bereits erörterten Willenszentrierung würde ein moderner Erwachsenenschutz jedoch auch hier weitgehend auf der Basis von Willen und Präferenzen funktionieren müssen. Wie bereits vorgeschlagen (vgl. nArt. 390 ZGB), soll – analog zum deutschen Recht – gegen den ausdrücklichen Willen einer (urteilsfähigen) Person keine behördliche Massnahme angeordnet werden können. Darüber hinaus darf im Grundsatz auch gegen den mutmasslichen Willen oder den bestmöglich interpretierten Willen einer Person keine Massnahme ergriffen werden. Folglich muss grundsätzlich auch eine Beistandschaft aufgehoben werden, wenn dies dem (mutmasslichen) Willen einer Person entspricht.

Damit kann die auf einem Willen und Präferenzen beruhende Unterstützung – entsprechend dem Kriterium für unterstützende Entscheidungsfindung – im Grundsatz zurückgewiesen werden. Eine Ausnahme müsste nach Auffassung des Gutachters wiederum dort gemacht werden, wo eindeutig überwiegende Schutzpflichten des Staates bestehen³⁶⁷ und die betroffene Person aufgrund ihrer Erkrankung die Gefährdung nicht zu erkennen vermag (vgl. nArt. 406 ZGB).

Mit der bereits weiter oben erörterten Unterscheidung bzw. Deutung der Aussagen des Ausschusses als Vertretung in einem formellen und einem materiellen Sinn³⁶⁸ zeigt sich, dass die unterstützende und die stellvertretende Entscheidungsfindung **zwei Pole eines Kontinuums** und nicht zwei sich gegenseitig ausschliessende Ansätze darstellen.³⁶⁹ Der Prozess der unterstützenden Entscheidungsfindung ist – wie oft auch derjenige der ersetzenden Entscheidungsfindung – selten perfekt, weil er unter Annahmen, Interpretationen etc. erfolgt, welche durchaus immer auch als zu hinterfragender Entscheid der Beteiligten verstanden werden kann³⁷⁰ und muss.³⁷¹ Es geht um einen kommunikativen Prozess hin zur unterstützenden Entscheidungsfindung.

³⁶⁷ Vgl. oben Ziff. 3.6.

³⁶⁸ Vgl. oben Ziff. 4.5.2.

³⁶⁹ Vgl. bereits ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 662 ff.; SHK-UNO-BRK-ROSCH, Art. 12 N 61; BK-HÄFELI, Art. 406 N 33; HÄFELI, Grundriss, Rz. 296; MAYRHOFER, iFamZ 2014, S. 65; GÉLARD, Art. 314b CC, S. 97 Fn 570; ebenso oben zur Entstehungsgeschichte Ziff. 1.3.

³⁷⁰ DEVI/BICKENBACH/STUCKI, European Journal of Disability Research 2011, S. 255.

³⁷¹ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 662.

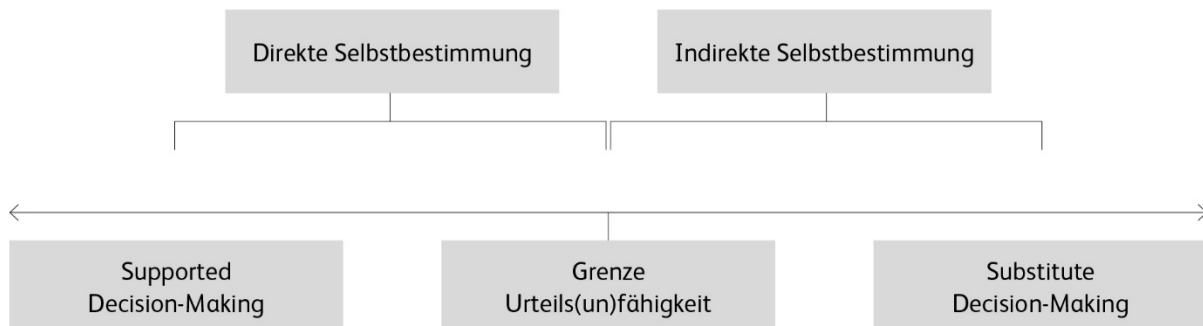


Abbildung 3: Entscheidungsfindung, Selbstbestimmung und Urteils(un)fähigkeit; eigene Darstellung.

Damit stellt sich in einer differenzierten Betrachtung die Frage, **inwiefern** der schweizerische Erwachsenenschutz auch dem Grundsatz der unterstützenden Entscheidungsfindung zugeordnet werden kann.

In Bezug auf die **Beistandsperson** kann auf viele bereits erörterte Aspekte verwiesen werden, insbesondere auf die Personenzentrierung,³⁷² die Willenszentrierung³⁷³ und das Zusammenspiel von Innen- und Aussenverhältnis.³⁷⁴ Auch hier gilt gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK, dass die Interventionen massgeschneidert, verhältnismässig, regelmässig überprüft und von möglichst kurzer Dauer sind. Das bedeutet selbstredend auch, dass die Beistandsperson die verbeiständete Person im Innenverhältnis weitestmöglich zur Selbstbestimmung befähigen muss, sie beraten und den Prozess begleiten muss. Insofern ist auch jede Beistandsperson unabhängig der Beistandsart nach Art. 393–398 ZGB vor allem Begleitbeistand bzw. Begleitbeiständin.³⁷⁵ Es geht um eine **massgeschneiderte Mandatsführung**.³⁷⁶

Die **KESB** ist insofern zuständig für die unterstützende Entscheidungsfindung, als sie als behördliche Instanz massgeschneiderte Massnahmen zu ergreifen hat, welche für die Betroffenen **Hilfe zur Teilhabe** oder zur Selbstbestimmung ermöglichen sollen. Sie stellt damit zugleich den **grundrechtlichen Schutz** der betroffenen Person und ihrer Persönlichkeitsrechte sicher (vgl. nArt. 388 ZGB). Sie schätzt die persönliche Situation ein und versucht prospektiv passende Massnahmen anzuordnen. Insofern unterstützt sie nicht in einem engen Verständnis die Entscheidungsfindung, wie zum Beispiel Beistandspersonen im Innenverhältnis (**sog. unterstützende Entscheidungsfindung i. e. S.**), sondern sie ordnet Hilfen an, damit unterstützende Entscheidungsfindung ermöglicht werden kann (**sog. unterstützende Entscheidungsfindung i. w. S.**).³⁷⁷ Damit tritt sie als Ermöglicherin im Kontext von unterstützender Entscheidungsfindung auf.³⁷⁸

³⁷² Siehe oben Ziff. 2.1.

³⁷³ Siehe oben Ziff. 3.3. ff.

³⁷⁴ Siehe oben Ziff. 4.5.3.

³⁷⁵ Siehe auch ROSCH, Leitfaden, S. 29.

³⁷⁶ Vgl. LUTZ, Selbstbestimmung 2.0, S. 164 ff.

³⁷⁷ In diesem weiten Verständnis implizit auch: COTTIER/CREVOISIER ABDEL AZIZ, Empowerment, S. 44, S. 79; vgl. auch ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 108 ff.

³⁷⁸ Es finden sich nachstehend leicht bearbeitete Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 93 ff., die wiederum auf ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 105 ff., ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 97 ff. und ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 716 ff. beruhen.

Betrachtet man die Aufgabe der Behörde, so besteht diese zunächst darin, im Rahmen der Subsidiarität personenzentriert Alternativen zur Beistandschaft zu finden. Diese können aus den gesetzlich vorgesehenen Instrumenten bestehen (vgl. Art. 360–387 ZGB), aber auch aus methodischen Zugängen der unterstützenden Entscheidungsfindung.³⁷⁹ Es bedarf einer vertieften, **wissenschaftsbasierten Abklärung**, in der Regel auf der Basis eines biopsychosozialen Modells, wie sie zum Beispiel das Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz bietet,³⁸⁰ oder anderer Konzepte, die sich beispielsweise am International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) orientieren. Finden sich keine Alternativen zu einer Beistandschaft, so muss diese wiederum verhältnismässig und massgeschneidert ausgestaltet sein (vgl. Art. 389, 391, 397 ZGB).³⁸¹ Der Behörde kommt dabei nach hier vertretener Auffassung aufgrund von Art. 12 Abs. 3 BRK eine qualifizierte Beweislast zu.³⁸² Demnach muss sie den **Nachweis erbringen, dass kein milderes Mittel als eine Beistandschaft zur Verfügung steht, was heisst, dass eine Unterstützung zur autonomen Entscheidung nicht möglich war, um das Ziel der selbstbestimmten Unterstützung zu erreichen**.³⁸³ Nach der Abklärung und im Fall der Einsetzung einer Beistandsperson besteht die Aufgabe der KESB massgeblich in der Aufsicht über die Mandatsführung. Diese hat nach Auffassung des Gutachters auch personen- und damit bedarfszentriert im Einzelfall zu erfolgen.³⁸⁴ Die KESB hat somit in einem mit der BRK konformen Erwachsenenschutz **massgeschneiderte Abklärungen** vorzunehmen, **massgeschneiderte Massnahmen** anzuordnen³⁸⁵ und eine **massgeschneiderte Aufsicht** sicherzustellen.

5.3. Auswahl an Modellen unterstützender Entscheidungsfindung

Unterstützende Entscheidungsfindung i. e. S.³⁸⁶ kennt viele unterschiedliche Ansätze. Sie richtet sich oftmals an Personen, die urteilsfähig sind bzw. die sich an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit befinden.³⁸⁷ Inwiefern unterstützende Entscheidungsfindung terminologisch auch im Rahmen von Urteilsunfähigkeit mit dem Konzept des mutmasslichen Willens mitgedacht ist, ist unklar. Aus der Idee der indirekten Selbstbestimmung und dem weiten Begriff der Unterstützung in Art. 12 Abs. 3 BRK entspräche diese Vorstellung zumindest der Idee der unterstützenden Entscheidungsfindung, und es besteht auch hier Bedarf an praktikablen Instrumenten und Herangehensweisen für die Umsetzung. Es wäre aus Sicht des Gutachters zumindest nochmals ein weiteres oder anderes Verständnis, weil unterstützende Entscheidungsfindung bei Urteilsunfähigkeit jeweils mit Vertretung kombiniert ist, was aber durchaus zu diskutieren wäre.³⁸⁸ Die Beschränkung auf vorab (teilweise) urteilsfähige Personen (direkte Selbstbestimmung) dürfte auch mit der Haltung des Ausschusses übereinstimmen, der unterstützende Entscheidungsfindung als Gegenpol zu Vertretung sieht und für den Vertretungshandeln nicht unterstützende Entscheidungsfindung sein darf.³⁸⁹ Das sich daraus ergebende – wohl – häufigere Verständnis fokussiert die direkte Selbstbestimmung und prägt folglich auch den internationalen

³⁷⁹ Siehe hierzu Ziff. 5.3, Ziff. 10.3.3.

³⁸⁰ Vgl. <https://www.hslu.ch/de-ch/soziale-arbeit/ueber-uns/institute/sozialarbeit-und-recht/kindes-und-erwachsenenschutz/abklaerungstools/> (31.3.2025) sowie ROSCH/ZOBRIST, Abklärungsinstrument, S. 674 ff.

³⁸¹ Vgl. LUTZ, Selbstbestimmung 2.0, S. 166 ff.

³⁸² Vgl. LACHWITZ, support, S. 82 f.; ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 83 f.; ähnlich: AICHELE/DEGENER, Einleitung, S. 45; INCLUSION HANDICAP, Schattenbericht, S. 57.

³⁸³ Vgl. LACHWITZ, support, S. 82 f.; ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 83 f.; ähnlich: AICHELE/DEGENER, Einleitung, S. 45.

³⁸⁴ Vgl. ROSCH, FamPra.ch 2021, S. 813 f. hinsichtlich der Eignung von Beistandspersonen.

³⁸⁵ Dazu gehört auch die Ernennung der geeigneten Beistandsperson (vgl. hierzu: ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 807 ff.; KOKES, Beistandsperson, S. 14 ff.)

³⁸⁶ Siehe zum Begriff Ziff. 5.2.

³⁸⁷ Ebenso: PETERSON/KARLAWISH/LARGENT, The American Journal of Bioethics 2020, S. 8 ff.; siehe oben Ziff. 5.2.

³⁸⁸ Ein solches urteilsfähigkeitsübergreifendes Verständnis findet sich im Modell «Support-U» (ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, S. 82 ff.) sowie unten Ziff. 10.3.3.

³⁸⁹ Zur differenzierteren hier vertretenen Auffassung siehe Ziff. 4.5.2.

Diskurs und die diskutierten Modelle und Initiativen. Eine für die Schweiz interessante Auswahl derselben wird nachstehend kurz vorgestellt.³⁹⁰

5.3.1. Vertrauenspersonen

Vertrauenspersonen, welche die betroffene Person unterstützen, finden sich als Alternative in vielen Modellen. Es geht dabei um einen personenzentrierten Ansatz.

a) Aufsuchende Vertrauensperson

In Schweden findet sich in verschiedenen Gemeinden das Modell des «Personligt Ombud» (persönliche Ombudsperson). Qualifizierte Fachpersonen stehen als Ansprechpartner:innen für Menschen mit psychosozialen Problemen zur Verfügung und werden ausschliesslich zu ihrer Begleitung eingesetzt. Der Aufgabenbereich ist individuell auf die einzelne Person zugeschnitten, und die Ombudsperson wird nicht von einer staatlichen Stelle eingesetzt, sondern von der Person selbst bestellt. Die Ombudsperson übernimmt nur diejenigen Aufgaben, welche die Person mit Behinderung wünscht. Es gibt weder Dienstzeiten noch einen Amtssitz. Die Ombudsperson, die von der Person mit Behinderung als Vertrauensperson ernannt wurde, sucht die betroffene Person in ihrem persönlichen Umfeld auf. Sie berät, unterstützt, macht staatliche Leistungen geltend und wird beispielsweise auch für die Verbesserung langfristiger Schwierigkeiten, wie zum Beispiel den Aufbau besserer Beziehungen zu Nachbar:innen, eingesetzt. Zudem hat die Ombudsperson kein Archiv. Mit Beendigung der Beziehung handelt die betroffene Person wieder allein.³⁹¹ Im Jahr 2023 boten 249 der insgesamt 290 schwedischen Gemeinden, d. h. rund 86 %, die Möglichkeit an, eine persönliche Ombudsperson zu bestellen. 2023 wurden insgesamt 10 122 Personen durch eine persönliche Ombudsperson unterstützt.³⁹²

b) Netzwerk von Vertrauenspersonen mit Vertretungsvereinbarung

Dieser in Teilen Kanadas erprobte Ansatz³⁹³ sieht bei Menschen mit Behinderungen oder Demenzerkrankungen vor, dass sie eine *Vertrauensperson* («trusted person») oder ein *Netzwerk von Vertrauenspersonen* («supported network») nach Massgabe einer Vertretungsvereinbarung («representation agreement») damit beauftragen können, sie bei der Ausübung ihrer Handlungsfähigkeit zu unterstützen.³⁹⁴ Die adressierten Menschen müssen für den Abschluss bestimmter Aufträge nicht zwingend handlungsfähig, aber urteilsfähig sein. Das Instrument ist ähnlich einer Vollmacht (mit Weitergültigkeitsklausel gemäss Art. 35 Abs. 1 OR) auch bereits bei noch gegebener Urteilsfähigkeit einsetzbar.³⁹⁵ Auch im japanischen Recht finden sich ähnliche Ansätze, wobei hier im Unterschied zum kanadischen Ansatz zwingend eine weitere Person zusätzlich zur/zum Bevollmächtigten eingesetzt wird, welche die bevollmächtigte Person überwacht.³⁹⁶ In eine ähnliche Richtung weist auch das von der EU unterstützte spanische Programm in Girona, «I-Decide»,³⁹⁷ das ebenfalls eine (externe) Person vorsieht («facilitator»), welche prüft, ob die Vereinbarungen mit Dritten bzw. die Handlungen durch die

³⁹⁰ Siehe ausf. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 670 ff.; SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 63 ff. Entsprechend finden sich auch Auszüge aus dieser Literatur.

³⁹¹ LACHWITZ, support, S. 87; GANNER, BTPrax 2013, S. 224; MAYRHOFER, IRKS, S. 23 ff.

³⁹² Vgl. den Bericht auf: <https://statsbidrag.socialstyrelsen.se/globalassets/dokument/redovisning/statsbidrag-personligt-ombud-lagesrapport-2023.pdf> (31.3.2025), S. 2, S. 10 f.

³⁹³ Siehe auch unten Ziff. 8.1.2.

³⁹⁴ Nicht mit einer Vertretungsvereinbarung jedoch auch formalisiert ist die Vertrauensperson im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (FU; Art. 432 ZGB). Diese Form der Vertrauenspersonen sind sehr eng auf die FU bezogen.

³⁹⁵ LIPP/BAGNIEWSKI/DANKERT/NEWELL, S. 217 ff. m. w. H.; LACHWITZ, support, S. 85 ff.

³⁹⁶ LIPP/BAGNIEWSKI/DANKERT/NEWELL, S. 221; ARAI, Japan, S. 67 f.

³⁹⁷ Vgl. <https://supportgirona.cat/en/projectes/i-decide> (31.3.2025).

unterstützenden Personen jeweils dem Willen der betroffenen Person entsprechen.³⁹⁸ Damit wird dem Anspruch auf Schutzvorkehrungen («safeguards») Folge geleistet.

5.3.2. Familienrats(-ähnliche) Ansätze

Das Konzept der Familienräte wurde insbesondere bei Kindern und Jugendlichen erprobt. Im Kern geht es darum, dass Lösungsmöglichkeiten nicht *für* das Kind gesucht werden, sondern *mit* dem Kind und dem Familiensystem. Der oder die Sozialarbeitende ist Begleitperson im Prozess zur Problemlösung. In Neuseeland wird dieser Ansatz im Kinder- und Jugendbereich seit 1989 angewendet.³⁹⁹ In der Schweiz findet das Modell zunehmend Anklang.⁴⁰⁰

Der Entscheid für einen Familienrat bzw. eine Familienkonferenz ist oftmals hoheitlicher Natur. Der Handlungsbedarf wird im Rahmen einer Gefährdungsmeldung eruiert. In einer Vorabklärung wird geprüft, ob ein Familienrat überhaupt möglich ist. Danach wird ein:e Familienkonferenzkoordinator:in eingesetzt, welche:r unabhängig zwischen Behörde, Familie, sozialem Raum etc. agiert.⁴⁰¹ Diese:r bekommt den Auftrag, eine Familienkonferenz zu organisieren mit dem Hauptziel, Angehörige, Freund:innen etc., die am Wohlergehen der zu unterstützenden Person interessiert sind, für die Familienbeteiligung zu gewinnen.⁴⁰²

Zunächst erläutert der oder die Koordinator:in seine bzw. ihre Sichtweise der Schwierigkeiten bzw. die Analyse der Situation. Zudem werden die unverhandelbaren Mindeststandards für eine Lösung aufgezeigt. Danach verlassen die professionellen Unterstützenden den Raum und überlassen es dem Familienrat, Lösungsideen zu suchen («family only phase») und einen Handlungsplan zu entwerfen.⁴⁰³

Bei der Methode der Familienräte geht es darum, lebensweltorientierte, im Sozialraum selbst entstehende Ressourcen und Problemlösungsideen zu aktivieren. Damit werden Betroffene und ihr Umfeld beteiligt und motiviert, *selbstständig* Lösungen für ihre Probleme zu finden. Der Ansatz kann auch für den Erwachsenenschutz adaptiert werden.⁴⁰⁴ Zu beachten sind jeweils die Macht- und Konfliktdynamiken, aber auch Aspekte des Persönlichkeitsschutzes der beeinträchtigten Person.⁴⁰⁵

In British Columbia (Kanada) findet sich ein ähnlicher Ansatz, der «Microboard» genannt wird. Ein Microboard ist eine kleine Gruppe von engagierten Familienmitgliedern und Freund:innen (mindestens fünf Personen), die sich mit einer Person mit einer Beeinträchtigung zusammenschliessen, um eine gemeinnützige Gesellschaft («Board») zu gründen. Gemeinsam helfen sie der Person beispielsweise, ihr Leben zu planen, sich für ihre Bedürfnisse einzusetzen, die Dienstleistungen zu überwachen und ihre Sicherheit zu gewährleisten oder Kontakte zu ihrem weiteren Bekanntenkreis zu knüpfen.⁴⁰⁶

³⁹⁸ Vgl. https://supportgirona.cat/sites/default/files/wp/2020/07/idecide_guia_eines_eng.pdf (31.3.2025).

³⁹⁹ FRÜCHTEL/BUDDE, Sozialmagazin 2003, S. 16 f.; GANNER, BtPrax 2013, S. 223; LACHWITZ, support, S. 88; kritisch zur Machtasymmetrie HAURI/ROSCHE, FamPra.ch 2018, S. 694 ff.

⁴⁰⁰ Im Kanton Glarus ist es bspw. verpflichtend (vgl. Art. 70a Gesetz über die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches im Kanton Glarus (Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch; EG ZGB vom 7. Mai 1911)); Ausbildungen dazu gibt es an der Berner und der Luzerner Fachhochschule.

⁴⁰¹ FRÜCHTEL/BUDDE, Sozialmagazin 2003, S. 7; HAURI/ROSCHE, FamPra.ch 2018, S. 685 ff.

⁴⁰² FRÜCHTEL/BUDDE, Sozialmagazin 2003, S. 1; HAURI/ROSCHE, FamPra.ch 2018, S. 685 ff.

⁴⁰³ FRÜCHTEL/BUDDE, Sozialmagazin 2003, S. 8 ff.; GANNER, BtPrax 2013, S. 223 f.

⁴⁰⁴ GANNER (2013), S. 223 f.; HAURI/ROSCHE, FamPra.ch 2018, S. 693.

⁴⁰⁵ Vgl. HAURI/ROSCHE, FamPra.ch 2018, S. 694 ff.

⁴⁰⁶ Vgl. ausf. MAYRHOFFER, IRKS, S. 14 ff.; ferner: <https://velacanada.org/services/microboards/> (31.3.2025).

5.3.3. Peer-Group-Ansätze

Ein weiteres Konzept, um Menschen mit Behinderungen im Sinne der unterstützenden Entscheidungsfindung zu begleiten, sind Peer-Group-Ansätze.⁴⁰⁷ Dabei beraten ausgebildete Personen, welche selbst Erfahrungen mit Beeinträchtigungen gehabt haben oder immer noch haben bzw. Erfahrung mit entsprechenden Erschütterungen und Genesung haben, andere Menschen. Der Fokus liegt dabei vorab auf Menschen mit psychischer Erkrankung. Der Ansatz hat sich aus der psychiatrischen Recovery-Bewegung entwickelt.⁴⁰⁸ Es geht darum, dass Betroffene einer psychischen Erkrankung anderen Betroffenen auf dem Weg ihrer Genesung helfen können, also um «Unterstützung durch Gleiche» aufgrund geteilter Erfahrung.⁴⁰⁹

Die Idee dahinter ist, dass der Erfahrungsschatz direkt Betroffener genutzt, mittels einer Ausbildung reflektiert und für andere Betroffene und für deren Genesung nutzbar gemacht wird.⁴¹⁰ Unter idealen Bedingungen ermöglicht die Peer-Beratung eine Unterstützung im doppelten Sinne, nämlich sowohl für die Unterstützten als auch für die Unterstützenden.⁴¹¹

Es ist allerdings wichtig zu betonen, dass Peer-Beratung oder Peer-Support kein Ersatz für Psychotherapie, Psychiatrie oder Soziale Arbeit ist. Sie hat aber die besondere Möglichkeit, die Lücken zwischen traditioneller Versorgung und dem Alltag der Betroffenen zu schliessen, indem Peers eine Brücke basierend auf dem eigenen Erfahrungsschatz schlagen können.⁴¹²

5.3.4. Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz

In diesen ausgewählten Modellen zeigen sich durchaus Hilfen zur Selbstbestimmung, welche es ermöglichen, teilweise oder ganz auf eine Beistandschaft zu verzichten. Dies zeigt auch ein Pionierprojekt aus dem Kanton Basel-Stadt, das niederschwellige Integrationsprojekt (nip), das mithilfe von Unterstützer:innen neben administrativer und finanzieller auch aufsuchende Unterstützung mit dem Ziel anbietet, dass keine behördlichen Erwachsenenschutzmassnahmen getroffen werden müssen.⁴¹³ An dieser Stelle können hingegen nicht weitere Modelle der unterstützenden Entscheidungsfindung spezifisch für den Erwachsenenschutz vorgeschlagen werden. Spezifische Modelle von unterstützender Entscheidungsfindung für bestimmte Krankheits- oder Behinderungsformen sind für die Schweiz und den jeweiligen Sozialraum zu entwickeln; sie sind subsidiär zu behördlichen Massnahmen. Aktuell finden sich eher Modelle, die für verschiedene Kontexte hilfreich erscheinen, wie einfache Sprache, Anpassung des Beratungssettings oder Arbeiten mit Gestaltungstechniken, welche in der Praxis durchaus bekannt sind.

Die hier ausgewählten Modelle dürften eher für Personen passen, welche mit Unterstützung einen Willen begründen bzw. ihren Willen umsetzen können. Personen, die aufgrund einer psychischen Erkrankung nicht mehr dazu in der Lage sind (wie z. B. bei schwerer Suchtmittelabhängigkeit) oder die unter Umständen auch Beraterisch nicht mehr erreichbar sind (wie z. B. bei akutem psychotischem Zustandsbild) dürften nicht selten die Grenzen dieser Modelle aufzeigen.

⁴⁰⁷ Vgl. z.B. [https://www.ex-in-schweiz.ch/\(31.3.2025\)](https://www.ex-in-schweiz.ch/(31.3.2025)), <https://www.vereinigung-cerebral.ch/de/dienstleistungen/peerberatung> (31.3.2025) oder STUCKY/WIDER, «Peer-Arbeit» als Form der Partizipation – auch im Kindes- und Erwachsenenschutz!, ZKE 2018, S. 304 ff.

⁴⁰⁸ BOCK/MAHLKE/SCHULZ/SIELAFF, Psychotherapeut 2013, S. 366 f.

⁴⁰⁹ BOCK/MAHLKE/SCHULZ/SIELAFF, Psychotherapeut 2013, S. 367 f.

⁴¹⁰ Vgl. <https://www.promentesana.ch/de/angebote/recovery-und-peer.html>. (31.3.2025).

⁴¹¹ BOCK/MAHLKE/SCHULZ/SIELAFF, Psychotherapeut 2013, S. 367.

⁴¹² BOCK/MAHLKE/SCHULZ/SIELAFF, Psychotherapeut 2013, S. 368.

⁴¹³ Vgl. https://www.kokes.ch/application/files/6117/2534/6321/R6_DE_Fassbind.pdf (31.3.2025) sowie <https://grosserrat.bs.ch/dokumente/100406/000000406196.pdf> (31.3.2025).

Zu beachten ist bei solchen Modellen ferner, dass sie zwar oftmals niederschwelliger und weniger eingreifend als Erwachsenenschutzmassnahmen sind, sie jedoch in der Tendenz ein Manko an Schutzvorkehrungen gegen Missbräuche wie missbräuchliche Einflussnahme und Interessenskonflikte im Sinne von Art. 12 Abs. 4 BRK aufweisen. Im Vergleich zum behördlichen Erwachsenenschutz zeigt sich zusammenfassend folgender Zusammenhang: **«Behördlicher Erwachsenenschutz hat ein Problem mit der Vertretung, die Modelle der unterstützenden Entscheidungsfindung haben ein Problem bei den Schutzvorkehrungen.»**⁴¹⁴

Neben den Schutzvorkehrungen finden sich **weitere neuralgische Punkte** einer guten Praxis der unterstützenden Entscheidungsfindung. Dazu gehören Aspekte wie:⁴¹⁵

- Wie erhalten Personen Zugang zu unterstützender Entscheidungsfindung? Wen erreichen die Angebote und wen nicht? Weshalb ist dem so? Inwiefern bestehen systematische Zugangshürden (soziale Schicht, Geschlecht, Herkunft, Alter)?
- In welchen Konstellationen bedarf es ehrenamtlicher und in welchen professionelle Formen der unterstützenden Entscheidungsfindung? Welche Vor- und Nachteile bieten hier Angehörige?⁴¹⁶ Wo sind eher gruppenbasierte Formen und wo einzelne unterstützende Formen von «supported decision making» geeigneter?
- Welche Weiterbildungs-, Reflexions- und Trainingsunterstützung ist für die Unterstützten notwendig, um eine entsprechende persönliche Haltung und Handlungskompetenzen zu erhalten?
- Wie werden die Modelle finanziert?
- Wie kann formal und praktisch sichergestellt werden, dass der Rechts- und Geschäftsverkehr die getroffenen Entscheidungen anerkennt?

Diese Fragestellungen dienen der (künftigen) Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Modellen der unterstützenden Entscheidungsfindung, insbesondere hinsichtlich der Ausrichtung, des Nutzens und der Wirkung.

Nach Auffassung des Gutachters ist zu empfehlen, dass solche Modelle staatlich gefördert und finanziell unterstützt werden.⁴¹⁷ Dazu gehören neben den genannten Modellen auch niederschwellige Walk-ins, die unbürokratisch Hilfe gewähren, Unterstützung wie das von der EU geförderte Projekt in Girona oder das nip Basel, aber auch im Rahmen der unterstützenden Entscheidungsfindung i. w. S. Hilfen im Umgang mit urteilsunfähigen Personen zur Ermittlung des mutmasslichen Willens (**Empfehlung 11**). Ebenso wichtig erscheint die Erforschung der Umsetzungspraxis im Rahmen des Erwachsenenschutzes, wie dies z. B. Deutschland vorbildlich vorgenommen hat (**Empfehlung 12**).⁴¹⁸

6. Alternativen zum Erwachsenenschutz: Ausweitung des Sozialrechts⁴¹⁹

Die aktuelle Diskussion stellt den Erwachsenenschutz und dessen Kompatibilität mit der BRK wie aufgezeigt in den Mittelpunkt der Diskussion. Wenig diskutiert wird demgegenüber, welche *Alternativen zum Erwachsenenschutz* denkbar sind, die nicht direkt von der Frage des Schwächezustandes abhängen. Folgende Anknüpfungspunkte könnten an dieser Stelle geprüft werden:

⁴¹⁴ Vgl. ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 116 ff.; siehe auch Ziff. 7.3.

⁴¹⁵ Aufzählung nach MAYRHOFER, IRKS, S. 27 f.

⁴¹⁶ Vgl. hierzu ausf. ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 775 ff., 780 ff., für die vergleichbare Fragestellung von Angehörigen-, ehrenamtliche und professionelle Beistandspersonen.

⁴¹⁷ Ebenso: WILLENER ZKE 2023, S. 539 f.

⁴¹⁸ Vgl. MATTA/ENGELS/BROSEY/KÖLLER/SCHMITZ/MAUR/KOSUCH/ENGEL, Qualität, S. 1 ff.; siehe auch Ziff. 8.2.1.

⁴¹⁹ Nachfolgender Auszug basiert auf SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 119 sowie ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 76 f.

- die Anpassung des Konsumentenschutzes für vulnerable Personen;⁴²⁰
- die Berücksichtigung von vulnerablen Personen bei Vertragsabschluss, z. B. im Rahmen des normativen Konsenses;
- die Ausweitung der Bestimmung über Haustürgeschäfte nach Art. 40a ff. OR auf andere Rechtsgeschäfte, insb. solche des Sozialschutzes in bestimmten Verträgen (wie Arbeits- und Mietverträgen) und im Spielbankengesetz, sowie die Ausweitung des Konsumkreditgesetzes;
- Anpassungen des Eheschutzes und des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB für vulnerable Personen etc.

Die Ausweitung dieser allgemeinen Rechtsregeln, die das Sozialrecht betreffen, würde darauf abzielen, dass weniger Vertretungshandeln angezeigt ist und damit weniger Erwachsenenschutzmassnahmen notwendig würden.⁴²¹ Daher sind aus Sicht des Gutachters entsprechende Forschungsprojekte zu fördern (**Empfehlung 13**).

7. Unterstützende Entscheidungsfindung und Schutzvorkehrungen («safeguards»)⁴²²

7.1. Schutzvorkehrungen («safeguards») gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK

Die Vertragsstaaten haben gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK sicherzustellen, dass bei allen die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Massnahmen im Einklang mit den internationalen Menschenrechtsnormen geeignete und wirksame Schutzvorkehrungen («safeguards») vorgesehen werden, um Missbräuche zu verhindern («provide for appropriate and effective safeguards to prevent abuse»). Diese Schutzvorkehrungen müssen gewährleisten, dass bei den Massnahmen betreffend die Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit

- die *Rechte, der Wille und die Präferenzen* der betreffenden Person geachtet werden;
- es nicht zu *Interessenkonflikten und missbräuchlicher Einflussnahme* kommt;
- die Massnahmen *verhältnismässig und auf die Umstände der Person zugeschnitten* sind;
- die Massnahmen von *möglichst kurzer Dauer* sind und
- dass die Massnahmen einer *regelmässigen Überprüfung* durch eine *zuständige, unabhängige und unparteiische Behörde oder gerichtliche Stelle* unterliegen. Die Schutzvorkehrungen müssen im Hinblick auf das Ausmass, in dem diese Massnahmen die Rechte und Interessen der Person berühren, verhältnismässig sein.

Gemäss dem BRK-Ausschuss ist in diesem Zusammenhang als oberstes Ziel dieser Schutzvorkehrungen sicherzustellen, dass das Recht, der Wille und die Präferenzen der betreffenden Personen geachtet werden.⁴²³

⁴²⁰ Vgl. die 2005 eingeführte «Unfair Commercial Practice Directive» (UCPD) der EU, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52014IP0063%2801%29&qid=1741787043262> (31.3.2025).

⁴²¹ Vgl. ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 76 f.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 624; siehe auch BOENTE, Selbstbestimmung 2.0, S. 143 ff. m. w. H.

⁴²² Nachstehend finden sich leicht überarbeitete Auszüge aus SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 122 ff.

⁴²³ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention, General Comment No. 1 zu Art. 12 BRK, Ziff. 20; siehe oben Ziff. 1.4.

7.2. Vertretung als «Massnahme» gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK

Art. 12 Abs. 4 BRK steht in engem Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 3 BRK, welcher die Vertragsstaaten zu geeigneten Massnahmen für den Zugang zur Unterstützung verpflichtet. Diese Massnahmen müssen auch vor Missbrauch gesichert sein.⁴²⁴ Damit ergänzt er Art. 12 Abs. 3 BRK.⁴²⁵ Umstritten ist an dieser Stelle insbesondere, dass Art. 12 Abs. 4 BRK auch Vertretungshandeln mitumfasst, falls – entgegen der hier vertretenen Auffassung – Vertretungshandeln nicht unter Art. 12 Abs. 3 BRK zu subsumieren wäre. Aus systematischer Sicht könnte man zur Auffassung gelangen, dass Abs. 3 Abs. 4 begrenzt.⁴²⁶

Bei genauer Betrachtung trifft diese Sichtweise jedoch nicht zu, und zwar aus folgenden Gründen: Abs. 3 umfasst nur «geeignete» Massnahmen, für welche der Staat eine Zugangsverschaffungspflicht hat. Demgegenüber handelt Abs. 4 von allen (erdenklichen) Massnahmen («all measures») und geht damit über Abs. 3 hinaus. Nach den Auslegungsregeln der WVK ist der Wortlaut im Zusammenhang zu berücksichtigen. Daraus folgt nach der hier vertretenen Auffassung, dass sich Abs. 4 diesbezüglich nicht auf Abs. 3 bezieht.⁴²⁷ Berücksichtigt man auch die Vertragsverhandlungen, so ergibt sich, dass diese offene Formulierung bewusst gewählt wurde, um neben der Ausrichtung auf Unterstützung auch eine stellvertretende Entscheidungsfindung («substitute decision-making») zu ermöglichen, insbesondere dort, wo die unterstützende Entscheidungsfindung keinen Erfolg hat.⁴²⁸

Damit umfasst Art. 12 Abs. 4 BRK (unabhängig der Auslegung in Art. 12 Abs. 3 BRK) auch Vertretungshandeln. Aus Art. 12 Abs. 4 BRK ergibt sich aber klar, dass Vertretungshandeln – wie bereits ausgeführt – gemäss dem Willensprinzip («Willen und Präferenzen») zu erfolgen hat.⁴²⁹

7.3. Unterstützende Entscheidungsfindung und Missbrauch

Die Arbeit mit vulnerablen Menschen ist **missbrauchsanfällig**, weil das Machtungleichgewicht in der Regel ausgesprochen gross ist. Eine **Aufsicht** ist deshalb zwingend.

Aus Sicht der BRK hat der **staatliche oder behördliche Erwachsenenschutz** im Kontext von Art. 12 Abs. 4 BRK in Bezug auf die Schutzvorkehrungen («safeguards») in aller Regel Vorzeigefunktion. Der Erwachsenenschutz gewährleistet zumindest in der Schweiz eine umfassende behördliche Aufsicht über unterstützende Massnahmen für vulnerable Menschen. Natürlich könnte man an dieser Stelle diskutieren, ob diese Aufsicht angemessen ist. Sie wäre durchaus individuell auf den Einzelfall zu prüfen, masszuschneiden und anzuwenden («massgeschneiderte Aufsicht»)⁴³⁰.

Zu vermerken ist allerdings, dass bei aller Willens- und Präferenzzentrierung gerade beim behördlichen Erwachsenenschutz, jedoch auch bei stellvertretendem Handeln, darauf geachtet wird, dass der Massstab, der an den Willen und die Präferenzen angewendet wird, nicht zu streng ist. Er muss mit dem Massstab bei Menschen ohne Schwächezustände vergleichbar sein. Daher ist der Orientierungspunkt ein **«durchschnittlicher Mensch ohne Schwächezustand»**, dessen Handlungen auch nicht immer ohne Einfluss von Dritten erfolgt und auch nicht immer sinnhaft ist, z. B. der Kauf von Gütern, die die betroffene Person nicht benötigt, aber von Marketingeinflüssen suggeriert wird. Es bedarf für Handlungen im Kontext von Schutz eines genügenden Unterschiedes zu Menschen mit

⁴²⁴ Siehe hierzu oben Ziff. 5.3.4.

⁴²⁵ ROTHFRITZ, BRK, S. 373.

⁴²⁶ So auch TOLMEIN, Art. 12 BRK N 10; UN-BRK-LACHWITZ, Art. 12 N 34; a.M. WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 144; LIPP, Art. 12 BRK, S. 334 f.; AICHELE/VON BERNSTORFF, BtPrax 2010, S. 203.

⁴²⁷ WOLF, Geschäftsunfähigkeit, S. 144; LIPP, Art. 12 BRK, S. 334 f.; AICHELE/VON BERNSTORFF, BtPrax 2010, S. 203.

⁴²⁸ DHANDA, Journal of International Law and Commerce 2007, S. 449 ff., 461 f.; WOLF, Geschäftsfähigkeit, S. 144 f.

⁴²⁹ MCCALLUM, Australia, S. 47.

⁴³⁰ Vgl. ROSCH, FamPra.ch 2019, S. 117 f.; BROSEY, FamPra.ch 2021, S. 1027 ff.

Schwächezuständen. Es stellt sich an dieser Stelle die (normativ geprägte) Frage, ob sich das Verhalten bei einem durchschnittlichen Menschen auch ereignen könnte bzw. ob es zum Menschen mit Schwächezustand einen ausreichenden Unterschied gibt.⁴³¹

Gewichtiger ist der Bedarf an Schutzvorkehrungen jedoch bei nicht staatlichen Ansätzen im Kontext **unterstützender Entscheidungsfindung**. Soweit nicht staatliche Konzepte und Ansätze angeboten werden, stellt sich immer die Frage, inwiefern sie ausreichend missbrauchsresistent sind. Dies gilt insbesondere bei Menschen mit Schwächezuständen und nochmals deutlicher bei solchen an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit.⁴³² Missbrauch und Risiken sind aber auch ganz allgemein bei methodischen Konzepten und Ansätzen möglich, weil zum Beispiel mangels Kontrolle der Wille der betroffenen Person überstrapaziert wird oder das Abhängigkeitsverhältnis keinen Widerstand zulässt. Folgender Zusammenhang ist zu beachten: **Je stärker eine Person mit Schwächezustand auf die Hilfe Dritter angewiesen ist, weil sie für sich allein den Entscheid nicht mehr vollumfänglich selbstbestimmt zustande zu bringen vermag und deshalb begleitende Unterstützung benötigt, desto stärker ist sie potenziell auch Manipulationen ausgesetzt durch Personen, denen sie vertraut.**⁴³³

7.4. Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz

Die Aufsicht im behördlichen Erwachsenenschutz wird durch die KESB ausgeübt. Diese ist ausreichend, soweit sie den Einzelfall genügend berücksichtigt. Ziel ist eine massgeschneiderte Aufsicht, bei welcher der Frage nachgegangen wird, **welche Aufsichtsinstrumente und Rahmensetzung im Einzelfall für die Mandatsführung** angezeigt erscheinen.

Bei der – wie hier empfohlenen – Ausweitung von Modellen und Konzepten der **unterstützenden Entscheidungsfindung** kommt der Frage nach Schutzvorkehrungen eine wichtige Bedeutung zu. Sie ist aber auch für **sämtliche Instrumente der stellvertretenden Entscheidungsfindung** zentral, wie Vollmachten und Aufträge mit Weitergültigkeitsklauseln sowie alle Arten von gesetzlichen Vertretungsrechten nach Art. 377 ff. ZGB in Bezug auf urteilsunfähige Menschen in Institutionen und in der häuslichen Pflege etc. Hier wäre ein **zuständiges unabhängiges und unparteiliches staatliches Organ** angezeigt. Das könnte auch die KESB sein. Es wäre jedoch genau zu prüfen, ob die erwünschte niederschwellige Ausrichtung gefährdet wäre, weil mit der KESB in der öffentlichen Diskussion invasive staatliche Eingriffe verbunden werden. Alternativ könnten im Einzelfall «Kontrollbeistände» oder Aufsichtspersonen nach Art. 392 Ziff. 3 ZGB eingesetzt werden, welche die Handlungen der Vertretungsperson – ähnlich eines «facilitators»⁴³⁴ – überwachen.

Aufgrund dieser Überlegungen wird empfohlen, den gesetzgeberischen Handlungsbedarf vertieft zu prüfen, insbesondere welche Schutzvorkehrungen für die Betroffenen bei der unterstützenden und gewillkürten stellvertretenden Entscheidungsfindung notwendig sind und welches (staatliche) Organ mit dieser Aufgabe betraut wird (**Empfehlung 14**).

⁴³¹ Vgl. ROSCH, ZKE 2024, S. 232 f. m.w.H.

⁴³² Siehe oben Ziff. 5.3., Ziff. 5.3.4.

⁴³³ ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 732; DEVI/BICKENBACH/STUCKI, European Journal of Disability Research 2011, S. 255, 263; LACHWITZ, Art. 12 BRK N 35.; FANKHAUSER/SOLÈR, ZKE 2022, S. 465 Fn 16.

⁴³⁴ Vgl. oben Ziff. 5.3.1. lit. b).

8. Unterstützende und stellvertretende Entscheidungsfindung in ausgewählten Ländern

8.1. Kanada: Modelle unterstützender Entscheidungsfindung in British Columbia

8.1.1. Erwachsenenschutzsystem in Kanada

Kanada hat kein einheitliches Erwachsenenschutzsystem; vielmehr besteht das kanadische System aus zwölf Common Law Gerichtsbarkeiten und einer zivilrechtlichen Gerichtsbarkeit (Quebec). Entsprechend finden sich in den Provinzen unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Zudem unterscheiden sich auch die Begrifflichkeiten von Provinz zu Provinz.⁴³⁵ Der Supreme Court of Canada hat dies Weiteren bekräftigt, dass Erwachsenenschutzangelegenheiten von den oberen Gerichten der Provinzen zu behandeln sind, wodurch es keine nationale Rechtsprechung in diesem Gebiet gibt, mit Ausnahme der kanadischen Grundrechtscharta.⁴³⁶ Erwachsenenschutzmassnahmen finden sich in der Regel für die Personensorge, die Vermögenssorge oder für beides. Die Beistandspersonen werden von einem Public Guardian beaufsichtigt.

8.1.2. Der Representation Agreement Act (RAA) in British Columbia

Im vorliegenden Zusammenhang ist weniger das Erwachsenenschutzsystem von Interesse⁴³⁷ als vielmehr das in der Diskussion immer wieder hervorgehobene Modell unterstützender Entscheidungsfindung in British Columbia.⁴³⁸

In British Columbia beinhaltet «**legal capacity**» zwei Aspekte: Zunächst muss die betroffene Person 19 Jahre alt sein⁴³⁹ und zusätzlich bezieht sich «legal capacity» auf das Geistesvermögen und damit auf die Fähigkeit einer Person, die Auswirkungen und Folgen ihres Handelns verstehen und beurteilen zu können.⁴⁴⁰ Damit zeigen sich ähnliche Voraussetzungen wie im schweizerischen Handlungsfähigkeitsrecht.

Eine Grundlage dafür bildet der Representation Agreement Act (RAA).⁴⁴¹ Der Zweck besteht gemäss Ziff. 2 darin, einen Mechanismus zu schaffen, der Erwachsenen ermöglicht, im Voraus festzulegen, wie, wann und von wem Entscheidungen über ihre Gesundheitsfürsorge, persönliche Pflege, Finanzverwaltung oder andere Angelegenheiten getroffen werden sollen, wenn sie selbst nicht mehr in der Lage sind, Entscheidungen zu treffen. Dadurch soll vermieden werden, dass das Gericht eine Person ernennen muss, die Erwachsenen bei der Entscheidungsfindung hilft oder für sie Entscheidungen trifft, wenn diese nicht mehr dazu in der Lage sind. Damit steht der Representation Agreement Act (RAA) im

⁴³⁵ GORDON/SODEN, Canada, S. 109.

⁴³⁶ GORDON/SODEN, Canada, S. 110.

⁴³⁷ Siehe hierzu den Adult Guardianship Act unter:

https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/96006_01 (31.3.2025). Das Erwachsenenschutzsystem richtet sich gemäss Ziff. 32 vorab an Personen, die nicht fähig sind, Informationen zu verstehen, um eine Entscheidung zu treffen (capability) (vgl. LIPP/BAGNIEWSKI/DANKERT/NEWELL, BtPrax 2013, S. 218).

⁴³⁸ Vgl. LIPP/BAGNIEWSKI/DANKERT/NEWELL, BtPrax 2013, S. 217 ff.; LACHWITZ, support, S. 85 f.; ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 694; MAYRHOFER, IRKS, S. 4 (als Good-Practice-Beispiel von unterstützender Entscheidungsfindung).

⁴³⁹ Vgl. den Age of Majority Act unter: https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/00_96007_01 (31.3.2025).

⁴⁴⁰ Vgl. den dritten Abschnitt des Adult Guardianship Act unter:

https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/96006_01 (31.3.2025).

⁴⁴¹ https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/96405_01 (31.3.2025).

Kontext der Vorsorgemassnahmen.⁴⁴²

Ein Agreement kann gemäss Ziff. 4 des RAA nur dann nicht abgeschlossen werden, wenn die betroffene Person nicht in der Lage dazu ist. Das bedeutet nicht, dass die Person urteilsunfähig sein muss; vielmehr ist das Representation Agreement auch für urteilsunfähige Menschen gedacht.⁴⁴³ Es findet sich weder eine Verpflichtung für eine rechtliche Beratung, um ein solches Agreement abzuschliessen, noch ist ein Gericht für den Abschluss notwendig oder muss eine notarielle Beglaubigung erfolgen.⁴⁴⁴ Es kann auch jederzeit widerrufen werden.⁴⁴⁵

Primär zielt das Modell auf die Unterstützung zur Entscheidungsfindung ab, weshalb die betroffene Person bei jeder Entscheidung miteinbezogen werden muss. Die unterstützende Person kann Entscheidungen treffen und damit auch die betroffene Person vertreten, soweit sie sich an ihren Willen hält; in Ausnahmefällen kann sie auch davon abweichen. Damit handelt es sich um ein Modell «zwischen Fremdbestimmung und den Formen der unterstützten Entscheidungsfindung».⁴⁴⁶

Unterschieden wird zwischen «standard provisions» gemäss Ziff. 7 RAA, welche bestimmte finanzielle, rechtliche, gesundheitliche und persönliche Angelegenheiten umfassen, und «non standard provisions» nach Ziff. 9 RAA, welche dafür ausschliesslich in umfassender Weise die Personensorge (inkl. gesundheitliche Angelegenheiten) betreffen und auch lebenserhaltende oder freiheitsentziehende Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person beinhalten.

Gemäss Ziff. 16 RAA muss der bzw. die «representative» die betroffene Person bei der Entscheidungsfindung unterstützen und auch ihre Wünsche ermitteln und sich danach richten (soweit diese vernunftgemäss sind). Kann der Wille nicht ermittelt werden, so werden frühere Anweisungen und Wünsche massgeblich, welche die Person noch zur Zeit ihrer «capability» geäussert hat. Wenn es auch keine solchen Wünschen gibt, ist auf der Grundlage der Einstellungen und Wertvorstellungen der betroffenen Person zu entscheiden. Falls auch diese nicht bekannt sind, gilt das objektive Wohl («best interest standard»). Zudem muss der bzw. die «representative» das Gericht anrufen, falls er bzw. sie von den Anweisungen und Wünschen der betroffenen Person abweichen will.

8.1.3. Weiterentwicklung im Kontext des Representation Agreement Act

Der Representation Agreement Act ermöglichte es, Werkzeuge für die persönliche Zukunftsplanung zu entwickeln und die Betroffenen bei der Entscheidungsfindung zu unterstützen.⁴⁴⁷ Auf der Grundlage des Representation Agreement Acts und insbesondere der Arbeit von BACH/KERZNER⁴⁴⁸ wurden die folgenden unterschiedlichen Formen der Unterstützung (theoretisch) entwickelt:⁴⁴⁹

- Zukunftsplanung («life planning»): Mit diesem Instrument werden die Vorlieben und Wünsche der Betroffenen in Bezug auf ihre Lebensgestaltung eruiert.⁴⁵⁰

⁴⁴² Daneben findet sich in British Columbia auch eine Power of Attorney (eine Vorsorgevollmacht); vgl. Power of Attorney Act unter: https://www.bclaws.gov.bc.ca/civix/document/id/complete/statreg/96370_01 (31.3.2025).

⁴⁴³ Siehe ausf. LIPP/BAGNIEWSKI/DANKERT/NEWELL, BtPrax 2013, S. 218, wonach vorab auf die Capability abgestellt wird; ferner: LACHWITZ, support, S. 86.

⁴⁴⁴ MAYRHOFFER, gute Praxis, S. 6.

⁴⁴⁵ MAYRHOFFER, IRKS, S. 6.

⁴⁴⁶ GANNER, iFamZ 2014, S. 70.

⁴⁴⁷ BACH/KERZNER, Paradigm, S. 52.

⁴⁴⁸ Siehe BACH/KERZNER, Paradigm, S. 1 ff.

⁴⁴⁹ Siehe die Übersicht bei LACHWITZ, support, S. 86 und bei SHK-UNO-BRK-ROSCHE, Art. 12 N 65.

⁴⁵⁰ BACH/KERZNER, Paradigm, S. 75; vgl. für die Schweiz: Zukunftsplanung bei der Vereinigung cerebral Schweiz auf: <https://www.vereinigung-cerebral.ch/de/dienstleistungen/beratung-und-persoennliche-zukunftsplanung/persoennliche-zukunftsplanung> (31.3.2025)

- Unabhängige Interessenvertretung («independent advocacy»): Sie vertritt einzig die Interessen bzw. den Willen der Person mit Behinderung.⁴⁵¹
- Spezielle Beratung durch Fachkräfte («communicational and interpretative support»): Es geht hierbei um die spezielle Beratung durch Fachkräfte zur Überwindung von Sprachbarrieren.⁴⁵²
- Repräsentative Vertrauensperson («representational support»): Die Vertrauensperson ist dank der engen persönlichen Bindung oder Erfahrung in der Lage, bestimmte Verhaltensweisen aufgrund der Lebensgeschichte, Wünsche und Hoffnungen der unterstützenden Person zu deuten.⁴⁵³
- Beziehungsaufbau («relationship-building support»): Aufbau einer Vertrauensbeziehung zu alleinstehenden oder isolierten Menschen mit Behinderungen.⁴⁵⁴
- Administrative Unterstützung («administrative support»): Erledigung von Behördengängen, Vereinbarung von Terminen, Einleitung von Vertragsverhandlungen etc. durch administrative Dienstleister:innen.⁴⁵⁵

Mit diesen Weiterentwicklungen ist die betroffene Person in einem persönlichen Netzwerk eingebunden, das darauf ausgerichtet ist, den Menschen trotz Beeinträchtigung als Rechtssubjekt anzuerkennen und zu eigenem Handeln zu befähigen.⁴⁵⁶ Daneben finden sich in British Columbia auch die bereits erwähnten Microboards als gruppenbasiertes Modell der unterstützenden Entscheidungsfindung.⁴⁵⁷

8.1.4. Würdigung

Der Representation Agreement Act (RAA) aus dem Jahr 1996 war zunächst eine wichtige Grundlage für die Weiterentwicklung der Willenszentrierung im Umgang mit Personen mit Beeinträchtigungen. Darüber hinaus beinhalten die Arbeiten von BACH/KERZNER methodische Ansätze zur Implementation von supported decision-making, die als Anhaltspunkte für die Umsetzung von unterstützender Entscheidungsfindung hilfreich sein können.

8.2. Deutschland: Möglichkeiten und Grenzen von Willen und Präferenzen

8.2.1. Ausgangslage

Deutschland kennt als einzige Erwachsenenschutzmassnahme die Betreuung, welche immer vertretungsweises Handeln beinhaltet und vorab auf rechtliches Handeln bezogen wird. So verwundert es nicht, dass Deutschland vom BRK-Ausschuss ähnliche Rückmeldungen erhalten hat wie die Schweiz.⁴⁵⁸ Die Folge davon war, dass auch in Deutschland das Betreuungsrecht hinsichtlich seiner Konformität mit der BRK intensiv diskutiert wurde. Auch hier gab es die Auffassung, dass das Betreuungsrecht weitgehend konform interpretierbar sei und damit geringer Reformbedarf bestünde.⁴⁵⁹

⁴⁵¹ BACH/KERZNER, Paradigm, S. 76 f.

⁴⁵² BACH/KERZNER, Paradigm, S. 77 f.

⁴⁵³ BACH/KERZNER, Paradigm, S. 78 f.

⁴⁵⁴ BACH/KERZNER, Paradigm, S. 80.

⁴⁵⁵ BACH/KERZNER, Paradigm, S. 81.

⁴⁵⁶ LACHWITZ, support, S. 87.

⁴⁵⁷ Siehe Ziff. 5.3.2.

⁴⁵⁸ Ausschuss UN-Behindertenrechtskonvention gegenüber Deutschland (2015), Ziff. 25 f.

⁴⁵⁹ Siehe anstelle Vieler die Beiträge von AICHELE/DEGENER, LACHWITZ, MARSCHNER, LIPP UND BROSEY in Aichele Valentin

2015 gab das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) ein Forschungsvorhaben in Auftrag. Dabei ging es um die Qualität in der rechtlichen Betreuung und die Umsetzung des Erforderlichkeitsgrundsatzes in der betreuungsrechtlichen Praxis im Hinblick auf vorgelagerte «andere Hilfen».⁴⁶⁰ Diese umfassenden Forschungsprojekte zeigten nach Auffassung des Gesetzgebers auf, dass das Gebot grösstmöglicher Selbstbestimmung von Personen mit Behinderungen gemäss Artikel 12 BRK im Vorfeld und innerhalb der rechtlichen Betreuung nicht durchgängig zufriedenstellend verwirklicht war und es zudem Qualitätsmängel bei der praktischen Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben gibt.⁴⁶¹ In der Folge wurde das Betreuungsrecht umfassend revidiert. Die Revision betrafen die Voraussetzungen für eine Betreuung, jedoch auch die Betreuungsführung.⁴⁶²

8.2.2. Rechts- und Handlungsfähigkeitsrecht

Das Handlungsfähigkeitsrecht wurde nicht verändert. Dieses weist Ähnlichkeiten mit dem schweizerischen Rechts- und Handlungsfähigkeitsrecht auf. So beginnt die Rechtsfähigkeit gemäss § 1 BGB mit der vollendeten Geburt. Bei der Geschäftsfähigkeit, die viele Ähnlichkeiten zur Handlungsfähigkeit aufweist und gemäss § 2 BGB die Vollendung des 18. Altersjahres vorsieht, findet sich hingegen eine weitere Altersschränke. Gemäss § 104 BGB ist geschäftsunfähig, wer das siebente Lebensjahr nicht vollendet hat. Zudem ist danach geschäftsunfähig, wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Diese Formulierung weist Ähnlichkeiten zur Urteilsfähigkeit gemäss Art. 16 ZGB auf.

8.2.3. Möglichkeiten und Grenzen der Willenszentrierung

a) § 1821 BGB als Magna Charta des Betreuungsrechts

Das revidierte deutsche Recht weist den Fokus auf den Willen im Gesetz deutlicher aus und hält gleichzeitig auch dessen Grenzen fest. Dieser letzte Punkt ist nach Auffassung des Gutachters ein wesentlicher Fortschritt, der auch Rechtssicherheit für die Betreuer:innen bietet.

Der in Deutschland als sog. Magna Charta des Betreuungsrechts⁴⁶³ gehandelte § 1821 BGB verankert in Abs. 1 einerseits den Erforderlichkeitsgrundsatz für Betreuer:innen, wonach diese also nur dort tätig werden sollen, wo Betreuungshandeln erforderlich ist. Andererseits wird auch die Unterstützung zur Selbsthilfe oder Selbstbestimmung im Sinne der unterstützenden Entscheidungsfindung festgehalten. Es wird zudem auf die Bedeutung des Innenverhältnisses hingewiesen.⁴⁶⁴

b) Fokus auf Wünsche statt Willen

§ 1821 Abs. 2 BGB hält fest, dass Betreuer:innen die Wünsche der Betreuten festzustellen und diese zu befolgen bzw. die Betreuten dabei zu unterstützen haben. Betreuer:innen haben sich zunächst bei urteilsfähigen Personen an deren Willen zu halten. Davon darf – nach deutschem Recht – unter keinen Umständen abgewichen werden.⁴⁶⁵ Zudem sind objektive oder objektivierte Wohlüberlegungen nicht

(Hrsg.), Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Art. 12 der UN-Behindertenrechtskonvention, Baden-Baden 2013.

⁴⁶⁰ Vgl. MATTA/ENGELS/BROSEY/KÖLLER/SCHMITZ/MAUR/KOSUCH/ENGEL, Qualität, S. 1 ff.

⁴⁶¹ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 1.

⁴⁶² Vgl. hierzu die Übersicht bei BK-ROSCHE, Vorbem. zu Art. 388–425 ZGB N 213 ff. sowie BK-HÄFELI, Art. 406 ZGB N 12 ff.

⁴⁶³ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 249.

⁴⁶⁴ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 249.

⁴⁶⁵ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 250.

zulässig.⁴⁶⁶ Der Begriff des **Wunsches** wird dabei zentral, auch weil der Begriff des Willens als freier Wille bereits besetzt ist.⁴⁶⁷ «Wünsche» sind nach deutschem Recht «sowohl solche Äusserungen, die auf einem freien Willen beruhen, als auch solche, denen kein freier Wille (mehr) zugrunde liegt.»⁴⁶⁸ Auch wenn der Willen der urteilsfähigen Person zu befolgen ist, so umfasst der Wunschbegriff urteilsfähige Willensbekundungen als auch Äusserungen von urteilsunfähigen Personen.⁴⁶⁹ Damit sind nach deutschem Recht zunächst die Äusserungen von urteilsunfähigen Menschen zu befolgen, unabhängig davon, ob sie krankheitsbedingt zustande gekommen sind oder nicht. Die Begründung dafür liegt darin, dass auch der Wunsch einer urteilsunfähigen Person Teil ihrer Selbstbestimmung ist und dessen Ablehnung einen Eingriff in diese Selbstbestimmung darstellt.⁴⁷⁰

Falls Betreuer:innen den Wunsch nicht feststellen können, haben sie gemäss § 1821 Abs. 3 BGB den mutmasslichen Willen zu ermitteln und dementsprechend zu handeln. Davon wird interessanterweise gerade in vermögensrechtlichen Angelegenheiten abgewichen. § 1838 BGB verweist zwar auch auf § 1821 BGB, hält hingegen ergänzend fest, dass vermutet wird, dass die Wahrnehmung der Vermögensangelegenheiten nach den gesetzlichen Bestimmungen von § 1839–1843 BGB dem mutmasslichen Willen der betreuten Person entspricht, solange keine hinreichenden konkreten Anhaltspunkte bestehen, die eine Abweichung davon rechtfertigen. Damit wird vermutungsweise auf die Vermögensverwaltung nach objektivierten Wohlgrundsätzen abgestellt, wenn die Wünsche der betreuten Person nicht ermittelt werden können.

c) Grenze der Wunschbefolgung

§ 1821 Abs. 3 BGB hält sodann fest, wann Betreuer:innen die Wünsche der Betreuten nicht zu befolgen haben. Dies ist der Fall, wenn

- 1) die Person der/des Betreuten oder dessen/deren Vermögen hierdurch erheblich gefährdet würde und der/die Betreute diese Gefahr aufgrund seiner/ihrer Krankheit oder Behinderung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann oder
- 2) dies dem/der Betreuer:in nicht zuzumuten ist.

In Ziff. 1 wird weiterhin eine personenzentrierte Sichtweise aufrechterhalten, da eine Gefährdung aufgrund der Krankheit oder der Behinderung besteht und die betroffene Person diese aufgrund der Krankheit oder der Behinderung nicht erkennen kann. Unzumutbar ist eine Handlung für Betreuer:innen, wenn eigene Rechte betroffen sind. Dabei gehe es um völlig überzogene Handlungen, welche Betreuer:innen unangemessen stark belasten oder diese über Gebühr völlig unverhältnismässig in Anspruch nehmen würden, aber auch um die Gefährdung Dritter bzw. der Allgemeinheit sowie aktiv gefordertes selbstschädigendes Verhalten der betreuten Person oder aber rechtswidriges Handeln.⁴⁷¹

8.2.4. Würdigung

Das deutsche Recht darf – wie bereits erwähnt – als Fortschritt in Richtung eines personen- und willenszentrierten Erwachsenenschutzes gelten. Demgegenüber dürfte die Relativierung im Hinblick auf § 1838 BGB zwar für die Praxis verständlich, im Lichte der BRK hingegen als problematisch zu

⁴⁶⁶ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 250.

⁴⁶⁷ Vgl. Jürgens BTR-LOER, § 1821 BGB N 13.

⁴⁶⁸ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 250.

⁴⁶⁹ Vgl. Jürgens BTR-LOER, § 1821 BGB N 13. Auch der im deutschen Recht vorkommende natürliche Wille einer urteilsunfähigen Person gehört zum Wunsch.

⁴⁷⁰ Jürgens BTR-LOER, § 1821 BGB N 13.

⁴⁷¹ BT-Drucks 19/24445 vom 18. November 2020, S. 250; Jürgens BTR-LOER, § 1821 BGB N 19.

betrachten sein.

Besonders hervorzuheben sind nicht nur die Verbesserung der Willenszentrierung und der Unterstützung, welche bereits das österreichische Recht im Rahmen seiner Revision hervorgebracht hat,⁴⁷² sondern auch die ernsthafte Bemühung, **Grenzen** dieser willenszentrierten Unterstützung auszuweisen. Gerade diese Formulierungen, wann Betreuer:innen dem Willen bzw. dem Wunsch nicht mehr entsprechen müssen, dürften auch für die Diskussion in anderen Ländern bedeutsam sein. Dabei ist die Formulierung in § 1821 Abs. 3 Ziff. 1 BGB nach Auffassung des Gutachters beispielhaft, wohingegen die Einführung einer Unzumutbarkeitsgrenze in Ziff. 2 zunächst darauf hinweist, dass es ohne Güterabwägung oder **Interessenabwägung** im vorliegenden Kontext wohl kaum möglich ist, die Grund- und Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen zu gewährleisten. Im Verhältnis zu Ziff. 1 wirkt der pauschale Verweis auf die **Unzumutbarkeit** zudem wenig einschränkend und könnte auch Tür und Tor öffnen für alle möglichen Vorstellungen, was als unzumutbar gelten könnte. Dies ist für das sonst sehr differenziert formulierte BGB eher sonderbar.

Das schweizerische ZGB kennt in Art. 406 ZGB den **Wunschebegriff** ebenfalls, er wurde jedoch soweit ersichtlich nie dogmatisch ergründet. Aufgrund der unterschiedlichen Ausgangslage in Deutschland mit natürlichem und freiem Willen ist er nach vorliegender Auffassung auch nicht damit vergleichbar, sondern scheint gemäss der Formulierung in Art. 406 ZGB eher mit den Präferenzen vergleichbar zu sein. Dennoch erscheint der deutsche Wunschbegriff im Hinblick auf die Willenszentrierung als nicht unproblematisch. Einigkeit besteht darin, dass Wünsche nicht so zu verstehen seien, dass «der Betreuer jeden Wunsch seines Betreuten wie ein Sekretär auszuführen habe».⁴⁷³ Wünsche von (teilweise) urteilsunfähigen Personen sind jedoch nach deutschem Recht zu befolgen. Nach Auffassung des Gutachters und nach hier vertretener Position wird damit dem Willensprinzip nicht genügend Rechnung getragen. Die Äusserungen von Urteilsunfähigen sind hinsichtlich ihres Willens zu prüfen und sodann möglichst willensgemäss auszuführen.⁴⁷⁴ Der Fokus des deutschen Rechts beruht eher auf der Sorge, dass das Handeln einer Betreuungsperson gegen die Äusserung für die betroffene Person auch einschneidend ist, weil die Äusserung «ihr Wille» ist. Dieser wichtige Punkt ist sicherlich zu berücksichtigen und wurde weiter oben bereits ausgeführt.⁴⁷⁵ Er rechtfertigt hingegen nicht, dass Beistandspersonen von einer willenszentrierten Sichtweise abweichen dürfen. Sie haben immer möglichst willenszentriert zu handeln; das gebietet aus Sicht des Gutachters nicht nur der Respekt und die Achtung vor Menschen mit Schwächezuständen, sondern auch der Umstand, dass Art. 12 BRK diese Gleichbehandlung mit anderen einfordert.

Hinzu kommt, dass das deutsche Betreuungssystem im Hinblick auf die Willens- und Personenzentrierung schon seit geraumer Zeit **durch die Rechtsprechung der oberen Gerichte relativ konsequent gefördert** wird.⁴⁷⁶ Dieser – durch die Gerichte geförderte – Fokus auf das Individuum und nicht auf das objektive Wohl erscheint zumindest stärker verankert zu sein als in der Schweiz.

8.3. Peru: Implementierung der BRK-Terminologie

8.3.1. Sichtweise des Ausschusses

Peru wird seitens des BRK-Ausschusses für seine Reformen in der Behindertengesetzgebung und das

⁴⁷² Vgl. § 239 ff. ABGB.

⁴⁷³ Jürgens BTR -LOER, § 1821 BGB N 13.

⁴⁷⁴ Siehe hierzu oben Ziff. 3.3. ff.

⁴⁷⁵ Siehe Ziff. 3.6.

⁴⁷⁶ Einschlägig hierzu der Entscheid des deutschen Bundesgerichtshofes aus dem Jahre 2009: BGH, XII ZR 77/06 vom 22. Juli 2009, auf: <https://dejure.org/ext/27ea541a356494cd818447eb1db7142f> (31.3.2025) und aus dem Jahre 2003: BGH, XII ZB 2/03 vom 17. März 2003, auf: <https://openjur.de/u/66395.html> (31.3.2025); vgl. ferner: GUHLING, BtPrax 2023, S. 3 f., S. 5.

«fortgeschrittene Niveau der Gesetzesrevision» gelobt.⁴⁷⁷ In den Concluding Observations des Ausschusses vom 29. November 2023⁴⁷⁸ nahm der BRK-Ausschuss in Bezug auf Peru in Ziff. 4 «mit Genugtuung die gesetzgeberischen Massnahmen zur Kenntnis, die zur Förderung der Rechte von Menschen mit Behinderungen beitragen, insbesondere die Verabschiedung von:

- a) Das Allgemeine Gesetz über Menschen mit Behinderungen und seine Durchführungsbestimmungen (Gesetz Nr. 29973), im Jahr 2012;⁴⁷⁹
- b) Gesetzesdekret Nr. 1384, mit dem die Rechtsfähigkeit von Menschen mit Behinderungen anerkannt und auf der Grundlage der Gleichstellung mit anderen geregelt wurde, im Jahr 2018.»

8.3.2. Das Gesetzesdekret Nr. 1384

Art. 3 des peruanischen Código Civil (PCC) umschreibt die «legal capacity» wie folgt: «Jeder Mensch ist rechtsfähig, um seine Rechte zu geniessen und auszuüben. Die Fähigkeit zur Ausübung kann nur durch das Gesetz eingeschränkt werden. Menschen mit Behinderungen haben die gleiche Fähigkeit, ihre Rechte in allen Bereichen des Lebens auszuüben.»⁴⁸⁰ Art. 42 PCC bestimmt, wer handlungsfähig ist. Danach ist jede Person handlungsfähig, die über 18 Jahre alt ist. Dies beinhaltet alle Personen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen und in allen Aspekten des Lebens, unabhängig davon, ob sie angemessene Vorkehrungen oder Unterstützung für den Ausdruck ihres Willens benutzen oder fordern. Gemäss Art. 43 PCC sind Minderjährige unter 16 Jahren, ausser für die vom Gesetz bestimmten Handlungen, absolut geschäftsunfähig. Art. 44 PCC umschreibt den Personenkreis, der als beschränkt handlungsfähig gilt:

1. Personen, die über 16 und unter 18 Jahre alt sind
4. Waisenkinder
5. Personen, die sich an Misswirtschaft beteiligen
6. Gewohnheitstrinkende
7. Drogensüchtige
8. Personen, gegen die ein zivilrechtliches Verbot verhängt wurde
9. Personen, die sich im Koma befinden, sofern sie nicht zuvor eine:n Betreuer:in benannt haben

Art. 45 PCC hält sodann fest, dass jede Person mit Beeinträchtigung, welche angemessene Vorkehrungen oder Unterstützung fordert, um ihre legal capacity ausüben zu können, diese nach ihrer freien Wahl verlangen oder bestimmen kann.

Art. 141 PCC umschreibt die Willensbekundung so, dass diese ausdrücklich oder stillschweigend sein kann. Ausdrücklich ist sie, wenn sie mündlich, schriftlich, durch direkte, manuelle, mechanische, maschinelle, digitale, elektronische, gebärdensprachliche oder andere Kommunikationsmittel geäussert wird, einschliesslich angemessener Vorkehrungen oder Unterstützung, die die Person benötigt. Demgegenüber gilt sie als stillschweigend geäussert, wenn sich der Wille zweifelsfrei aus einer

⁴⁷⁷ <https://www.ungeneva.org/en/news-media/meeting-summary/2023/03/experts-committee-rights-persons-disabilities-command-peru> (31.3.2025); siehe auch weitere positive Äusserungen von UN-Experten: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/09/peru-milestone-disability-reforms-lead-way-other-states-says-un-expert> (31.3.2025).

⁴⁷⁸ <https://docs.un.org/en/CRPD/C/PER/CO/2-3> (31.3.2025).

⁴⁷⁹ Vgl. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/217288/Ley-No-29973.pdf?v=1594929147> (31.3.2025). Ziel dieses Gesetzes ist gemäss Art. 1, den rechtlichen Rahmen für die Förderung, den Schutz und die Verwirklichung der Rechte von Menschen mit Behinderungen unter gleichen Bedingungen zu schaffen, die Förderung ihrer Entwicklung und ihrer vollen und wirksamen Einbeziehung in das politische, wirtschaftliche, soziale, kulturelle und technologische Leben (übersetzt mit DeepL.com).

⁴⁸⁰ Übersetzt mit DeepL.

Einstellung oder einem wiederholten Verhalten im Lebenslauf ableiten lässt, die bzw. das seine Existenz offenbart.

Sodann hält Art. 564 PCC fest, wer unter **Beistandschaft** gestellt wird. Dies sind Personen gemäss Art. 44 Abs. 4–8 PCC. Diese können gemäss Art. 1358 PCC nur noch Rechtsgeschäfte für die gewöhnlichen Bedürfnisse des Alltags abschliessen. Sie erhalten gemäss Art. 45 PCC eine gesetzliche Vertretung, die ihre Rechte nach den Vorschriften über die elterliche Sorge, die Vormundschaft oder die Beistandschaft wahrnimmt. Personen mit Beeinträchtigungen, die ihren Willen noch ausdrücken können, erhalten gemäss Art. 45 B PCC gerichtliche oder notarielle Unterstützung und Schutzvorkehrungen. Personen, die ihren Willen nicht äussern können, erhalten gerichtlich bestimmte Unterstützung und Schutzvorkehrungen. Personen im Koma, die eine Vorsorge getroffen haben, behalten ihre umschriebene Unterstützung. Hingegen kann der/die Richter:in bei Personen, die ihren Willen nicht ausdrücken können, und bei Personen im Koma gemäss Art. 659 E PCC ausnahmsweise die notwendige Unterstützung anordnen.

Art. 659 A–H PCC umschreiben sodann den Zugang zu Unterstützung und Schutzvorkehrungen und definieren Unterstützung. Zudem wird festgehalten, dass die betroffene Person den Umfang der Unterstützung bestimmt und diese bei einem/r Notar:in oder einem Gericht bestellt werden kann. Unterstützung beinhaltet explizit keine Vertretungsrechte. Zu guter Letzt werden in Art. 659 G PCC ausführlich die Schutzvorkehrungen umschrieben.

8.3.3. Würdigung

Der Anstoss zu Veränderung erfolgte im peruanischen System mitunter durch die Gerichte.⁴⁸¹ Positiv erscheint am peruanischen System, dass es die Begrifflichkeiten der BRK ins nationale Recht einführt und sie definiert und konkretisiert. Zudem kommt es dem Anspruch «Unterstützung vor Vertretung» nach, indem möglichst viele Unterstützungsmassnahmen angeboten werden. Der Fokus liegt dabei vorab auf Menschen, die noch ihren Willen – wenn auch mit Unterstützung – äussern können. Das peruanische Recht verzichtet demgegenüber nicht auf die Beistandschaft und auch nicht auf die Vertretung.⁴⁸² Vielmehr kennt es fixe Personenkategorien, welche beschränkt geschäftsfähig sind und vertreten werden. Das entspricht aus der schweizerischen Perspektive der Haltung im vorrevidierten Vormundschaftsrecht. Ein moderner Erwachsenenschutz orientiert sich demgegenüber an einem Schwächezustand und an sich daraus ergebender Schutzbedürftigkeit.⁴⁸³ Insofern wäre die Übernahme des peruanischen Erwachsenenschutzsystems inhaltlich ein klarer Rückschritt; die formale Orientierung an der BRK, die Betonung von Art. 12 BRK bereits in Art. 3 PCC sowie die ausführliche Abhandlung von Unterstützung und Schutzvorkehrungen sind aus Sicht des Gutachters als positiv zu werten. Festzuhalten ist jedoch, dass das revidierte Recht in der Praxis offenbar noch nicht angekommen ist, was der Ausschuss in seinen Concluding Observations vom 29. November 2023 bemängelt.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ MORE, Peru, S. 415 f.

⁴⁸² VASQUEZ/RUBIDO, 12 CDPH, S. 119 und 121.

⁴⁸³ Siehe Ziff. 2.1.

⁴⁸⁴ Vgl. <https://docs.un.org/en/CRPD/C/PER/CO/2-3> (31.3.2025), Ziff. 24; ebenso MORE, S. 419 f. in Bezug auf Gerichte.

9. Befragung der fünf Betroffenenorganisationen⁴⁸⁵

9.1. Fragen und Herangehensweise

Zwischen dem 10. Oktober und dem 22. November 2024 wurden sechs leitfadengestützte Kurzinterviews durchgeführt.⁴⁸⁶ Es wurden Vertreter:innen von Organisationen interviewt, die sich mit den Rechten von Menschen mit Behinderungen auseinandersetzen. Folgende Fragen standen im Zentrum:

- Inwiefern ist ein Wechsel von einem System der stellvertretenden Entscheidungsfindung zu einem System der unterstützenden Entscheidungsfindung möglich?
- Welche rechtlichen, organisatorischen, finanziellen oder «tatsächlichen» Interventionen können zu einem Paradigmenwechsel hin zu unterstützender Entscheidungsfindung führen bzw. was behindert diesen Wechsel?

Zur Beantwortung dieser Fragen wurde ein Leitfaden erstellt, damit insbesondere erhoben werden konnte, was unterstützende Entscheidungsfindung für die Interviewpartner:innen bedeutet, wie sie diesen Ansatz definieren und welches ihre Erwartungen daran sind. Weiter standen erarbeitete Umsetzungsmassnahmen sowie voraussetzende oder begünstigende Faktoren zur Diskussion.

Die Interviews fanden per Videokonferenz statt und dauerten zwischen einer halben Stunde und einer Stunde. Sie wurden transkribiert und einer Inhaltsanalyse unterzogen.

9.2. Wechsel von stellvertretender zu unterstützender Entscheidungsfindung

Die Interviewpartner:innen begrüsst allesamt den Ansatz der unterstützenden Entscheidungsfindung. Gleichzeitig wurde betont, dass im Moment noch zu viele Fragen offenstünden, um diesen Ansatz in der Praxis anzuwenden. Dazu zählten ein rechtlicher Rahmen sowie wissenschaftlich geprüfte Tools und Best-Practice-Ansätze. Aufgrund dessen hätten die Organisationen bisher keine konkreten Massnahmen umgesetzt. Nach der Ansicht einer Interviewpartnerin sei dies auch nicht die Aufgabe der Organisationen, sondern die des Staates. Ohne einen rechtlichen Rahmen blieben zu viele Fragen offen, und mit einem klaren Bekenntnis zur unterstützenden Entscheidungsfindung als Standard in der Gesellschaft würde sich der Staat klar positionieren, womit sich auch Haftungsfragen für Betroffene und Unterstützende klären würden.

Gleichzeitig wurde mehrfach der Wunsch nach methodischer Unterstützung geäussert; so wurde verschiedentlich die Frage aufgeworfen, wie der Wille einer demenzkranken Person festgestellt werden könne. Damit verbunden sei auch ein Lernprozess der Unterstützenden. Zudem wurde erwähnt, dass es im Moment so sei, dass man entweder Glück und eine Beistandsperson habe, die sich für diesen Zugang interessiert, oder eben nicht. Mit einer verstärkten Ausrichtung auf unterstützende Entscheidungsfindung seien ferner auch mehr zeitliche und finanzielle Ressourcen notwendig.

Der erwähnte Lernprozess betreffe jedoch nicht nur die unterstützenden Akteur:innen, sondern auch die Gesellschaft. Heute sei die gesellschaftliche Haltung zu wenig auf diesen Ansatz ausgerichtet, was das Umfeld der betroffenen Person beeinflusse und bei Nahestehenden stärker den Schutzbedarf betone. Dazu fänden sich strukturelle Hindernisse und fehlende Optionen, weshalb unterstützende Entscheidungsfindung ohne bestehende Möglichkeiten oder Modelle zu einem leeren Versprechen würde.

⁴⁸⁵ Das Design und die Interviews wurden massgeblich von Prof. Dr. P. Krüger und Dr. E. Kobelt entwickelt und von letzterer durchgeführt.

⁴⁸⁶ Zur Vorgehensweise siehe oben Teil I Ziff. 3 lit. d.

Mehrere Interviewpartner:innen verwiesen darauf, dass der Schutz von Personen – auch mit unterstützender Entscheidungsfindung – notwendig bleibe. Selbst bei einem ausgereiften System von unterstützender Entscheidungsfindung sei dieser Zugang nicht für alle Personen mit Beeinträchtigungen möglich. Es sei wichtig, die Grenzen dieses Zugangs zu erkennen und praktikable Lösungen zu finden, gerade dort, wo kein Wille mehr erkennbar und auch nicht mehr herleitbar sei.

9.3. Rechtliche, organisatorische, finanzielle oder «tatsächliche» Interventionen

In Bezug auf die Frage, welche rechtlichen Interventionen (Bedarf nach einem klaren rechtlichen Rahmen), welche organisatorischen (Bedarf nach zeitlichen Ressourcen), finanziellen (Bedarf nach finanziellen Ressourcen) wie auch «tatsächlichen» Interventionen (Schulungen, evidenzbasierte Tools, Definition von Zielgruppen, Sensibilisierung der Öffentlichkeit) zu einem Paradigmenwechsel führen könnten bzw. was diesen behindern könnte, wurden zwar Handlungsfelder genannt; es fehlte seitens der Interviewpartner:innen jedoch an **konkreten** Vorschlägen. Dies dürfte eng mit den erwähnten offenen Fragen zur Umsetzung zusammenhängen. Dennoch wurden gewisse Ansätze genannt:

- Ein:e Interviewpartner:in benannte den Bedarf an «fliessenden Übergängen» zwischen stellvertretender und unterstützender Entscheidungsfindung. Dieser Übergang sei ähnlich graduell wie der Verlust der Urteilsfähigkeit.
- Ein:e Interviewpartner:in forderte eine systematischere Prüfung der Begleitbeistandschaft bei Demenz.
- Zwei Interviewpartner:innen verwiesen auf die Wichtigkeit, dass ein effektiver Zugang zu den Rechtsmitteln besteht.
- Ein:e Interviewpartner:in verlangte eine Akzeptanz dafür, dass die Betroffenen auch ein Recht darauf hätten, falsche Entscheidungen zu treffen.
- Mehrere Interviewpartner:innen verwiesen auf die Wichtigkeit der Aufsicht. Es müsse geprüft werden, ob die aktuellen Mittel für die Aufsichtsmechanismen geeignet seien.
- Mehrere Interviewpartner:innen forderten Weiterbildung, Inter- und Supervision, um Orientierungshilfen, (gemeinsame) Haltungen und Werte erarbeiten zu können.⁴⁸⁷
- Ein:e Interviewpartner:in forderte, dass die Konzepte der unterstützenden Entscheidungsfindung evaluiert werden, um sicherzugehen, dass sie den Vorgaben der BRK entsprechen.

9.4. Würdigung

Zunächst ist festzuhalten, dass die Interviews nicht repräsentativ sind, sondern vielmehr einen Eindruck des Verständnisses einzelner Organisationen blitzlichtartig aufzeigen. Die Interviews zeigen jedoch, dass sich alle interviewten Organisationen bereits mit unterstützender Entscheidungsfindung auseinandergesetzt haben. Zudem ist in Bezug auf die Arbeit mit den Betroffenen eine Verunsicherung deutlich spürbar, was zum Beispiel der Wunsch nach einem klaren rechtlichen Rahmen, einer klaren Definition oder der Verweis auf die Haftung zeigen. Gleichzeitig sollen dieser Rahmen und die Methoden so ausgelegt sein, dass sie im Einzelfall auf die Praxis abgestimmt und konkret anwendbar sind. Es scheint sich eine Pendelbewegung abzuzeichnen zwischen Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit des Konzepts einerseits und Befürchtung vor den Konsequenzen andererseits.

Wichtig sind die Hinweise auf die zeitlichen und finanziellen Ressourcen,⁴⁸⁸ die gesellschaftliche

⁴⁸⁷ Vgl. auch WILLENER ZKE 2023, S. 539.

⁴⁸⁸ Vgl. auch WILLENER ZKE 2023, S. 535 f.

Sensibilisierung für die unterstützende Entscheidungsfindung sowie der Bedarf nach besseren Hilfsmitteln und «Tools». Der rechtliche Rahmen erscheint nach Auffassung des Gutachters unterstützende Entscheidungsfindung im Erwachsenenschutz bereits jetzt zuzulassen, die Arbeit im Innenverhältnis wird beispielsweise mit Art. 406 und Art. 388 ZGB gestützt. Zudem finden sich viele formell- und materiellrechtliche Grundlagen, welche die Förderung der Selbstbestimmung verankern.⁴⁸⁹ Diese dürften jedoch durchaus noch deutlicher sein und insbesondere auch für alle Bereiche Gültigkeit haben. So zeigt sich zum Beispiel, dass hinsichtlich der Einkommens- und Vermögensverwaltung die Selbstbestimmung in der revidierten VBVV unterentwickelt ist.⁴⁹⁰

10. Unterstützende Entscheidungsfindung anhand typischer Beispiele im Erwachsenenschutzrecht

10.1. Ausgangslage

Die soeben erörterten Resultate der Befragung der Betroffenenorganisationen zeigen mitunter, dass es Unsicherheiten in Bezug auf Konzepte und die Rahmung von unterstützender Entscheidungsfindung gibt. Daher werden in einem nächsten Schritt anhand eines fiktiven Fallbeispiels abstrakt einige Methoden der Herangehensweise sowie Bausteine dazu kurz dargestellt, um eine Vorstellung über die konkrete Handhabe zu erhalten.

Die Beispiele stehen im Kontext des behördlichen Erwachsenenschutzes und der Massnahmen gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK, welcher – wie bereits erwähnt – verlangt, dass die Vertragsstaaten sicherstellen, dass die Massnahmen die Rechte, den Willen und die Präferenzen der betroffenen Person achten, dass sie verhältnismässig und auf die Umstände der Person zugeschnitten sind, regelmässig überprüft werden und von möglichst kurzer Dauer sind.

10.2. Abklärungsphase

10.2.1. Herr X.

Der Sohn von Herrn X. macht eine Gefährdungsmeldung, weil er sich Sorgen um seinen Vater macht. Dieser habe sich in letzter Zeit verändert, wirke verwirrt und habe viel Gewicht verloren. Er habe versucht, mit ihm darüber zu sprechen, aber der Vater sei wütend geworden und habe den Kontakt abgebrochen. Die zuständige KESB eröffnet ein Verfahren. Die Erforschung des Sachverhalts gemäss Art. 446 Abs. 1 ZGB teilt sich in fünf Phasen auf:



Abbildung 4: Erforschung des Sachverhaltes, aus ROSCH, ZKE 2020, S. 301.

Zunächst geht es darum, auf der Basis der Auftragsklärung mit den involvierten Beteiligten Informationen einzuholen und zusammenzutragen (Informationssammlung). Danach müssen diese Informationen analysiert und beurteilt bzw. bewertet werden (Diagnose) sowie in den Kontext einer

⁴⁸⁹ Siehe hierzu die Übersicht bei ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 57, N 82.

⁴⁹⁰ Auch hier wäre – im Rahmen der oben aufgezeigten Grenzen – willenszentriert vorzugehen und nicht vermögenszentriert.

Prognose gestellt werden⁴⁹¹ und einer Einschätzung des Hilfebedarfs zugeführt werden. Schliesslich sind freiwillige Interventionen und gegebenenfalls behördliche Massnahmen zu prüfen (Subsumtionsprozess) und einer Empfehlung zuzuführen.⁴⁹²

10.2.2. Mitwirkung im Rahmen des Verfahrens

Zentraler Aspekt der Abklärung im Sinne der unterstützenden Entscheidungsfindung ist die Mitwirkung der betroffenen Person im Verfahren,⁴⁹³ oder anders ausgedrückt: Ohne Mitwirkung der betroffenen Person ist unterstützende Entscheidungsfindung nicht möglich. Das bedeutet, dass in jedem Verfahrensschritt geprüft werden muss, inwiefern Herr X. miteinbezogen werden kann. Dieser Fokus auf die grösstmögliche Partizipation reicht weiter als die de lege lata gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten wie die Mitwirkung bei der Wahl der Beistandsperson gemäss Art. 401 ZGB oder die Partizipation im Rahmen der Rechenschaftsablage gemäss Art. 410 f. ZGB.⁴⁹⁴

Optimalerweise würde das instruierende Behördenmitglied bereits bei der Verfahrenseröffnung einen ersten Kontakt mit Herrn X. haben und ihm aufzeigen, was ein Verfahren bedeutet und welches die nächsten Schritte sind, bevor die abklärende Person mit der eigentlichen Abklärung beginnt.⁴⁹⁵ Daraus können zudem erste Ansatzpunkte für die Zusammenarbeit von Behördenmitglied und abklärender Person entstehen. An dieser Stelle ist auch zu prüfen, ob Herr X. noch dazu in der Lage ist, selbstständig am Verfahren teilzunehmen. Andernfalls ist eine Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB für Herrn X. anzuordnen, der gemäss dessen Willen zu handeln hat. Hinzu kommt die Partizipation, um Einfluss auf die Beweismittel nehmen zu können, die eigene Haltung darzulegen und um den Entscheid nachvollziehen und allenfalls dagegen vorgehen zu können.⁴⁹⁶

10.2.3. Fokus auf Schwächezustand und Schutzbedürftigkeit bzw. Teilhabe an der Gesellschaft

Für Herrn X. wäre zunächst zu prüfen, ob ein gesetzlicher Schwächezustand gemäss Art. 390 Abs. 1 ZGB zu bejahen ist und ob dieser auch kausal mit einer Schutzbedürftigkeit zusammenhängt. Wie bereits aufgezeigt, ist dieser wiederum willenszentriert zu bestimmen. Es bedarf einer Krankheit oder Behinderung, die bei Herrn X. dazu führt, dass die Willensbildungs- und/oder -umsetzungsfähigkeit massgeblich und in der Regel klinisch erheblich eingeschränkt ist. Daher dürfte bei Herrn X. eine medizinische Einschätzung hilfreich sein, welche auch Aussagen über die Willensbildungs- und -umsetzungsfähigkeit in den einzelnen Lebensbereichen beinhaltet. Daraus ist in einem ersten Schritt ersichtlich, ob Herr X. der Unterstützung zur Teilhabe bzw. Selbstbestimmung bedarf. Fehlt es an einem ausreichenden Schwächezustand, ist eine Beistandschaft unzulässig. Zeigt sich hingegen bei Herrn X., dass der Willensbildungs- und/oder -umsetzungsprozess etwa aufgrund einer Demenz oder einer Depression massgeblich beeinträchtigt ist, kommen grundsätzlich behördliche Erwachsenenschutzmassnahmen in Frage, soweit diese gewichtige Auswirkungen auf die Lebensbereiche haben. Auch hier muss eine Schwelle erreicht sein, damit der Eingriff letzten Endes verhältnismässig ist.⁴⁹⁷ Der Schwächezustand muss dazu führen, dass Herr X. in wesentlichen Lebensbereichen nicht mehr ausreichend selbstbestimmt zu handeln vermag.

⁴⁹¹ Vgl. auch BGE 120 II 384, E. 4d; BGer 5A_795/2014 vom 14. April 2015, E. 4.3.1.; BK-SCHNYDER/MURER, Syst. Teil N 253; KOKES, Praxisanleitung ESR, Rz. 1.16; BSK ZGB I-BIDERBOST, Art. 391 N 5; ESR Komm-ROSCH, Art. 389 ZGB N 3; MEIER, protection de l'adulte, Rz. 683.

⁴⁹² ROSCH, ZKE 2020, S. 301; ausf. BK-ROSCH, Art. 389 ZGB N 27 ff.

⁴⁹³ Siehe hierzu MARANTA, FamPra.ch 2019, S. 374 ff.

⁴⁹⁴ Vgl. die gesetzlichen Normen im Erwachsenenschutz, welche Ausdruck der Selbstbestimmung sind bei FamKomm ESR-HÄFELI, Art. 388 N 57 und ZK-MEIER, Art. 388 ZGB N 57.

⁴⁹⁵ Vgl. MARANTA, FamPra.ch 2019, S. 377, der darauf verweist, dass die Haltung der Behörde zentral sei für die Partizipation.

⁴⁹⁶ Aufzählung nach MARANTA, FamPra.ch 2019, S. 377 f.

⁴⁹⁷ Vgl. unten Ziff. 10.2.5.

10.2.4. Fokus auf unterstützende Entscheidungsfindung i. e. S. / Subsidiarität

Ist ein Schwächezustand grundsätzlich vorhanden, so kommen zunächst die Methoden und Konzepte der unterstützenden Entscheidungsfindung zum Tragen. Es ist an dieser Stelle – wenn immer möglich mit Herrn X. gemeinsam – der Frage nachzugehen, welche Hilfen Herr X. benötigen würde, um den Schwächezustand und den Schutzbedarf (teilweise) zu überwinden und dadurch ausreichend selbstbestimmt an der Gesellschaft teilhaben zu können. Das können technische Hilfen sein, aber auch persönliche Hilfen, wie zum Beispiel Beratende, die geschult sind, in einfacher Sprache zu kommunizieren, oder aber auch methodische Hilfen wie etwa die Talking Mats bei Menschen mit Kommunikationsproblemen u. a. aufgrund eines Hirnschlages.⁴⁹⁸ Gibt es für Herrn X. Unterstützungsangebote, die seine aktuellen Sorgen und Ängste, die dazu führen, dass er nicht mehr selbstbestimmt an der Gesellschaft teilhaben kann, (teilweise) lindern können, so wären zunächst diese anzustreben. Die Behörde hätte hier zu vermitteln, nötigenfalls aber auch mittels Art. 392 ZGB die Unterstützung anzuweisen.

Um herauszufinden, was Herr X. benötigt und welche Unterstützung hilfreich wäre, bedarf es an dieser Stelle auch einer Auseinandersetzung mit der Lebenswelt und der bisherigen Lebensbewältigung von Herrn X. Die abklärende Person hat mit einer an den jeweiligen Schwächezustand angepassten Gesprächsführung die Möglichkeiten und Grenzen mit Herrn X. gemeinsam auszuloten (Koproduktion). Dabei hat sie insbesondere auch die bestehenden Fähigkeiten und Ressourcen zu fördern (zu einer möglichen Vorgehensweise siehe Ziff. 10.3.3.). Soweit Herr X. weitgehend urteilsunfähig sein sollte, wäre sein mutmasslicher Wille wiederum zusammen mit ihm (Art. 377 Abs. 3 ZGB analog), nahestehenden Personen sowie unter Umständen mit betreuenden Fachpersonen zu ermitteln.⁴⁹⁹ Gemäss seinem Willen wäre auch ein (nicht behördliches) **Unterstützungskonzept** zu erstellen.

10.2.5. Fokus auf Mindestvariante

Sollen Massnahmen verhältnismässig sein, kommt im Rahmen der Eingriffsverwaltung bzw. des Eingriffssozialrechts die Minimal- oder Mindestvariante zum Zuge. Es ist damit bei Herrn X. immer der Frage nachzugehen, welche minimalen Kriterien erfüllt sein müssen, damit nicht mehr von einer Schutzbedürftigkeit ausgegangen werden kann⁵⁰⁰ bzw. damit er ausreichend selbstbestimmt handeln kann. Dieser Fokus ist im gesamten behördlichen Abklärungsprozess bedeutsam und zu berücksichtigen.

10.2.6. Fokus auf (Rest-)Unterstützungsbedarf bzw. (Rest-)Gefährdung

Wird trotz Subsidiarität und unterstützender Entscheidungsfindung die Schwelle der Mindestvariante nicht erreicht, sind behördliche Erwachsenenschutzmassnahmen für Herrn X. zu prüfen. Es besteht dann ein Rest an staatlichem Unterstützungsbedarf bzw. an Gefährdung der Teilhabe aus der Sicht von Herrn X. Diese sind – soweit verhältnismässig – mit den bestehenden behördlichen Massnahmen massgeschneidert anzuordnen.

⁴⁹⁸ Vgl. <https://www.talkingmats.com/de/> (31.3.2025).

⁴⁹⁹ Siehe hierzu im Einzelnen Ziff. 3.5.

⁵⁰⁰ Vgl. ROSCH, Begleitbeistandschaft, Rz. 366; ROSCH, ZKE 2020, S. 304; BK-ROSCHE, Art. 389 ZGB N 30; für die analoge Situation im Kinderschutz: GERBER, Intervention, Rz. 229 ff., insb. Rz. 241 m. w. H.

10.2.7. Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz

Aus diesen Überlegungen sind aus Sicht des Gutachters folgende Empfehlungen für den Erwachsenenschutz abzuleiten:⁵⁰¹

- Wissenschaftsbasierte Abklärungen: Es bedarf einer Abklärung *lege artis* und damit auch einer Nutzung von strukturierenden Abklärungsinstrumenten wie demjenigen des ICF oder dem Luzerner Abklärungsinstrument zum Erwachsenenschutz.⁵⁰² Dafür sind auch die zeitlichen Ressourcen zu ermöglichen (**Empfehlung 15**).
- Qualifizierte Beweislast (**Empfehlung 16**):⁵⁰³ Die KESB hat in jedem Entscheid, insbesondere bei der Errichtung einer Beistandschaft, qualifiziert nachzuweisen (siehe hierzu die Änderungen in nArt. 389 ZGB),
 - von welchem Schwächezustand sie ausgeht und wie dieser mit der Schutzbedürftigkeit in den jeweiligen Lebensbereichen kausal zusammenhängt.
 - weshalb die im jeweiligen Sozialraum vorhandenen Interventionen der unterstützenden Entscheidungsfindung i. e. S. oder Interventionen der Subsidiarität im vorliegenden Fall nicht ausreichend sind und daher eine Beistandschaft zwingend erforderlich ist.
 - im Falle der Anordnung einer Beistandschaft, weshalb eine weniger weit eingreifende Massnahme (Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung) nicht ebenso geeignet ist und weshalb die Beistandschaft auch in einem angemessenen Zweck-Mittel-Verhältnis steht.

10.3. Mandatsführung

10.3.1. Herr X.

Die Abklärungen haben ergeben, dass Herr X. an Demenz erkrankt ist und daher in Bezug auf die Finanzen, auf seine Wohn- und seine gesundheitliche Situation Unterstützung benötigt, weil er diesbezüglich nicht mehr ausreichend einen Willen bilden kann. Das Unterstützungskonzept sieht wie folgt aus: Er hat für seine gesundheitliche Situation bereits eine Patientenverfügung verfasst und ist mit seiner Schwester, die medizinische Fachperson ist, gut abgedeckt. Diese kennt und berät ihn auch gerne. In Bezug auf seine Wohnsituation gibt es ein nachbarschaftliches Netz, welches sich unterstützt und sich regelmässig trifft. Zudem möchte Herr X., dass die Spitex wöchentlich kommt. In Bezug auf die Finanzen möchte er sich künftig von der Pro Senectute, die einen Treuhanddienst anbietet, unterstützen lassen. Für die diesbezüglichen Aufträge (teilweise über die Urteilsunfähigkeit hinaus) und Abmachungen wird er – teilweise mit Unterstützung durch einfache Sprache – als urteilsfähig betrachtet. Über sein grosses Vermögen hat er hingegen den Überblick verloren und kennt seine verschiedenen Vermögensanlagen und Vermögenswerte nur noch teilweise. Herr X. möchte nicht, dass seine Kinder oder andere nahestehende Personen ihn darin unterstützen, weil diese in finanziellen Angelegenheiten untereinander zerstritten sind. Er würde auch niemanden kennen, der diese Aufgabe übernehmen könnte. Zudem ist er misstrauisch, wenn Dritte über sein Vermögen bestimmen oder ihn beraten. Gemäss ärztlicher Einschätzung ist er auch nicht mehr in der Lage, eine Drittperson – wenn auch nur rudimentär

⁵⁰¹ Vgl. hierzu bereits ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 83 ff., ROSCH, ZKE 2022, S. 480 f.

⁵⁰² Siehe Ziff. 5.2.

⁵⁰³ Vgl. Bereits LACHWITZ, support, S. 82 f.: Es sei «der Nachweis zu erbringen, dass sie (die Behörde; erg. urch den Verfasser) alles getan haben, um behinderten Menschen durch Unterstützung in die Lage zu versetzen, sich selbst zu bestimmen und eigene Entscheidungen zu treffen»; ähnlich: INCLUSION HANDICAP, Schattenbericht, S. 57.

– zu überwachen.⁵⁰⁴ Daher errichtet die Behörde eine Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 i. V. m. Art. 395 ZGB ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit.⁵⁰⁵

10.3.2. Fokus: Arbeit im Innen- (und Aussen-)verhältnis

Die eingesetzte Vertretungsbeistandsperson hat, wie bereits weiter oben erörtert,⁵⁰⁶ vorab im Innenverhältnis zu arbeiten. Sie hat Herrn X. wenn immer möglich zu befähigen, die Handlungen noch selbstständig durchzuführen. Dazu ist er mit Unterstützung bei einfachen Vermögenssachverhalten noch in der Lage, bei komplizierteren eher nicht. Daher hat die Beistandsperson im Einzelfall zu prüfen, in welchen Bereichen Herr X. noch selbstständig entscheiden kann, und wo dies – auch mit Unterstützung – nicht mehr möglich ist. Dann ist nach dem mutmasslichen Willen vorzugehen.⁵⁰⁷ Um die Unterscheidung zwischen Bereichen, über die Herr X. (eher) noch entscheiden kann und solchen, über die er (eher) nicht entscheiden kann, vornehmen zu können, muss die Beistandsperson Herrn X., dessen Vorstellungen, Werte und sein Verhalten kennen. Dafür bedarf es Zeit, aber auch immer wieder einer Selbstreflexion, inwiefern die Beistandsperson den (mutmasslichen) Willen überstrapaziert oder aufgrund eigener Werthaltungen interpretiert. Daher sind hier methodische Selbstreflexionsansätze von Bedeutung.⁵⁰⁸

10.3.3. Fokus auf Gesprächsführung zur Willenserkundung

Wie bereits aufgezeigt,⁵⁰⁹ ist die Beistandsperson vorab Hüterin des Willens der betroffenen Person, i. c. von Herrn X. Um möglichst willenszentriert arbeiten zu können, muss sie jeweils mit Herrn X. herausfinden, wie weit er noch ausreichend einen Willen zu bilden vermag. Hier hat PICK⁵¹⁰ ein Modell für das deutsche Betreuungsrecht entwickelt, das ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL zur Feststellung der Urteilsfähigkeit und der unterstützenden Entscheidungsfindung (sog. Modell «Support-U») weiterentwickelt haben. Es geht dabei um ein Gesprächsführungsmodell, das ausgehend von offenen Fragen prüft, inwiefern eine Person mit Schwächezustand noch ausreichend einen Willen bilden kann. Dabei werden zwei Achsen unterschieden:⁵¹¹

a) Grad des prozessualen Vorstrukturierens beim Entscheiden

Untersuchungen zu Beratungen und sprachlichem Hilfen zeigen, dass Unterstützung prozessual unterschiedlich stark bzw. schwach vorstrukturiert werden kann, «je nachdem wie viele Handlungsschritte man verbalisiert bzw. umgekehrt wie viele der Handlungsschritte entsprechend der Klient selbst vollzieht.»⁵¹² So lässt sich schwaches Vorstrukturieren, wie das Einbringen von Alternativen, Informationen und Wissen, von stärkerem Vorstrukturieren unterscheiden, etwa dem Sammeln und Bewerten von Kriterien, sowie von starkem Vorstrukturieren im Sinne eines Treffen einer Auswahl aus den vorhandenen Alternativen.

⁵⁰⁴ Vgl. BGE 134 III 385; BGer 5A_427/2017 vom 6. Februar 2018, E. 2.3. f.

⁵⁰⁵ Soweit Herr X. in Bezug auf sein Vermögen als urteilsfähig beurteilt würde, wäre es (auch) möglich, dass er einen Auftrag und eine Vollmacht einer Treuhandperson erteilt und die KESB für die Überwachung des Auftrages eine Aufsichtsperson gemäss Art. 392 Ziff. 3 ZGB anordnet, welche die fehlende Überwachungsfähigkeit von Herrn X. kompensiert.

⁵⁰⁶ Siehe oben Ziff. 4.5.3.

⁵⁰⁷ Siehe hierzu oben Ziff. 3.5.

⁵⁰⁸ Vgl. z.B. ROSCH, ZKE 2020, S. 482 ff.; KOSUCH/ROSCH, ZKE 2019, S. 518 f.; ROSCH, Leitfaden, S. 22, 38 ff., 50 und 59.

⁵⁰⁹ Siehe oben Ziff. 3.4.3.

⁵¹⁰ PICK, Bt-Prax 2019, S. 137 ff., 180 ff. und 230 ff.

⁵¹¹ Folgender Auszug entstammt (leicht bearbeitet) ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, S. 85 f.

⁵¹² PICK, Bt-Prax 2019, S. 231.

Prozessuales Vorstrukturieren	Informationen/Wissen/ Alternativen einbringen	Bewertungskriterien sammeln und gewichten	Auswahl aus Alternativen treffen
Vorstrukturierung	schwach ---> ---> ---> ---> ---> stark		
	Je mehr Handlungsschritte vom medizinischen Fachpersonal übernommen werden, desto stärker ist die prozessuale Vorstrukturierung beim unterstützten Entscheiden.		

Abbildung 5: Prozessuales Vorstrukturieren nach Pick (PICK, Bt-Prax 2019, S. 231).

b) Grad der inhaltlichen Vorstrukturierung beim Entscheiden

Nicht nur beim prozessualen Vorstrukturieren, sondern auch in Bezug auf die Entscheidungsinhalte kann man der betroffenen Person mehr oder wenig stark die Inhalte abnehmen, «indem man mehr oder weniger den inhaltlichen Verlauf des Entscheidungsprozesses vorstrukturiert.»⁵¹³ Je stärker die Steuerungshoheit über die Inhalte der Entscheidung bei der betroffenen Person liegt, desto mehr werden auch ihr Wille und ihre Präferenzen Berücksichtigung finden.⁵¹⁴ So wird bei den Entscheidungsinhalten unterschieden zwischen schwachem Einbringen von Entscheidungsinhalten, wie Interaktion ohne inhaltliche Vorgaben, stärkerem Einbringen von Entscheidungsinhalten, wie dem Fragen nach noch nicht genannten Inhalten, sowie starkem Einbringen durch das Benennen fehlender Inhalte.

Entscheidungsinhalte	Zuhören, Fragen/Aufforderungen ohne inhaltliche Vorgaben, metakommunikative Orientierung (fokussierte Inhalte der betroffenen Person)	Fragen nach (noch nicht genannten) Inhalten der Entscheidung, Nennen/Zusammenfassen von Inhalten der betroffenen Person	Einbringen von (noch nicht genannten) Inhalten durch das medizinische Fachpersonal, Benennen fehlender Inhalte (fokussiert Inhalte der befragenden Person)
Vorstrukturierung	schwach ---> ---> ---> ---> ---> stark		
	Je mehr Entscheidungsinhalte vom medizinischen Fachpersonal eingebracht werden und je mehr sie von vom medizinischen Fachpersonal als gegeben (in Aussageform) für die betroffene Person formuliert werden, desto stärker ist die inhaltliche Vorstrukturierung beim unterstützten Entscheiden		

Abbildung 6: Inhaltliches Vorstrukturieren nach Pick (PICK, Bt-Prax 2019, S. 231 f.)

c) Übersetzung für die Entscheidungsfindung

Aus diesen beiden Achsen ergibt sich eine Matrix, innerhalb derer die Gesprächsführung erfolgt:

⁵¹³ PICK, Bt-Prax 2019, S. 231.

⁵¹⁴ PICK, Bt-Prax 2019, S. 231 f.

Entscheidungsinhalte einbringen				
(prozessuale) Handlungsschritte beim Entscheiden		Zuhören, Fragen/Aufforderungen <i>ohne inhaltliche Vorgaben</i> --> Metakommunikative Orientierung	Fragen nach (noch nicht genannten) Inhalten der Entscheidung, Nennen/Zusammenfassen von Inhalten der betroffenen Person	Einbringen von (noch nicht genannten) Inhalten, Benennen fehlender Inhalte (fokussiert Inhalte der befragenden Person)
	Informationen/Wissen/ Alternativen als Thema einbringen	1) Wir müssen uns überlegen, wie wir mit Ihrem Grauen Star umgehen wollen. Welche Informationen haben Sie schon dazu?	2) Wie Sie gesagt haben, gibt es eine Operation. Diese hat auch zur Folge, dass Sie eine Zeitlang auf Unterstützung angewiesen sind. Was würden Sie benötigen, damit Sie diese Zeit gut meistern?	3) Nach der Operation müssten Sie regelmässig Augentropfen nehmen. Sie haben ja bereits Spitex zuhause.
	Bewertungskriterien sammeln und gewichten (als Thema)	4) Was wäre für Sie wichtig für die Unterstützung im Anschluss an die Operation?	5) Haben Sie schon unterschiedliche Unterstützungsmöglichkeiten verglichen?	6) Ich fände es wichtig, dass Sie regelmässig eine möglichst professionelle Unterstützung hätten. Da kommen wohl Angehörige eher nicht in Frage. Wie sehen Sie das?
	Auswahl aus Alternativen treffen (als Thema)	7) Sie müssten jetzt entscheiden, welche Nachbetreuung Sie haben möchten. Es gäbe Spitex, private Spitex...	8) Was würden Sie denn von der örtlichen Spitex halten? Möchten Sie diese gerne annehmen?	9) Ich würden gerne Frau C. von der Spitex vorschlagen. Wir arbeiten mit ihr schon lange gut zusammen. Einverstanden?

Abbildung 7: Matrix Kommunikation nach PICK (PICK, Bt-Prax 2019, S. 233 in: ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 87)

Die Idee dieses Modells ist, dass Fachpersonen bei Ziff. 1) beginnen und kommunikativ ausloten, inwieweit die Person in der Lage ist, selbst zu entscheiden. Soweit die Person dazu in der Lage ist, wird die nächsthöhere Stufe geprüft, bis zu dem Punkt, an dem sich Grenzen aufzeigen. Dabei sind Hilfsmittel wie Zeigegesten, Piktogramme, Aufzeichnen der Begriffe etc. jeweils angemessen einzusetzen. Das Modell will hingegen nicht das Gespräch im Sinne einer Abfolge vorgeben. Es soll vielmehr geprüft werden, wie weit die betroffene Person selbstständig Informationen einbringen und mit diesen umgehen kann. Gleichzeitig kann damit auch eruiert werden, inwiefern unterstützende Entscheidungsfindung angezeigt ist und angewendet werden soll, zum Beispiel, wo Unterstützung durch die beurteilende Person im Rahmen von Inhalten oder unterstützter Entscheidungsfindung benötigt wird.

Die Bewegung von Ziff. 1 bis Ziff. 9 sollte in der Regel nicht durch eine strenge Abfolge gekennzeichnet sein, sondern dadurch, dass das Gespräch fließend zwischen den angrenzenden Ziffern hin- und herwechselt (in «Schlaufen»).

Die Beistandsperson von Herrn X. kann mit diesem Modell zusammen mit Herrn X. seinen Bedarf an Veränderungen in den Vermögensanlagen und im Umgang mit seinen vermögensrechtlichen Verhältnissen herausarbeiten und erkennen, wo Herr X. Unterstützung benötigt und mit welchen Hilfen diese ermöglicht werden kann. Damit findet nach Auffassung des Gutachters ein personenzentrierter Austausch hin zur willensgemässen Unterstützung von Herrn X. statt. Zu weiterführenden Gesprächsführungshinweisen mit Blick auf Demenz siehe ROSCH/WETTERAUER/TRACHSEL, Urteilsfähigkeit 2.0, S. 94 ff.

10.3.4. Fokus Selbstreflexion

Eine Herausforderung in der Mandatsführung ist, den Willen möglichst unvoreingenommen zu erkunden. Dies kann schwierig sein, weil die eigenen Werthaltungen und die Interpretation von Aussagen Dritter die Sichtweise beeinflussen können. Hier besteht die Problematik, dass die Werthaltung der Beistandsperson oder gesellschaftliche Werthaltungen in die Beurteilung einfließen können. Dadurch läuft die Beistandsperson dauernd Gefahr, den Willen der Person zu überdehnen oder zu missinterpretieren. Da die – wenn auch in Koproduktion mit Herrn X. erfolgte – Herausfilterung des Willens selbst bei vollumfänglicher Urteilsfähigkeit fehleranfällig ist und kommunikatives und interpretationsbedürftiges Handeln und Verstehen darstellt, kann sie auch nicht einfach wegbedungen werden. Sie gehört vielmehr zur Grundanlage von kommunikativem Handeln. Folglich bedarf es zunächst des Bewusstseins darüber sowie einer regelmässigen Selbstüberprüfung.

An dieser Stelle hat KOSUCH⁵¹⁵ für das deutsche Betreuungsrecht ein Modell der Selbstreflexion entwickelt, das für die Schweiz nutzbar gemacht wurde.⁵¹⁶ Dabei wird davon ausgegangen, dass unterstützende und stellvertretende Elemente der Entscheidungsfindung zwei Pole eines Spektrums darstellen.⁵¹⁷ Der Fokus liegt dabei auf der Prozessqualität im Innenverhältnis, also der Qualität, wie die Beistandsperson im Innenverhältnis arbeitet. Folgende Aspekte werden dabei erhoben (siehe Abbildung 8):

⁵¹⁵ KOSUCH, BtPrax 2018, S. 18 ff.

⁵¹⁶ Vgl. KOSUCH/ROSCH, ZKE 2019, S. 512 ff.

⁵¹⁷ Vgl. bereits oben Ziff. 5.2.

	☹️ <i>geringe</i> Prozessqualität ←←←←← Kontinuum →→→→→ Prozessqualität <i>hoch</i> ☺️	
Generalisierung	→ hoch («Was ist passend <i>für Menschen wie K.?</i> ») »	→ gering (« <i>Was genau</i> ist passend für K.?)»)
Bedürfnisse des/der Klient/in (= K.)	→ Tendenz zur <i>Mutmassung</i> über ...	→ ... werden <i>kommunikativ erhoben</i>
Strukturierung der Entscheidung	→ Option(en) für K. eher <i>vorgegeben</i> → Vorschläge vorab eingegrenzt («objektiv vernünftig»)	→ <i>Flexibilität</i> bei Optionen für K. → Grad der Eingrenzung der Vorschläge nach Bedürfnissen der/des K.
Personzentrierte Gesprächsführung	→ <i>gar nicht</i> (= mitteilen, wo es lang geht) bis wenig ausgeprägt → Zuhören; Wertschätzung für Position des/der K.; Überzeugung, dass meine Position aber die bessere und vernünftige ist → Bei <i>Zustimmung</i> , Lob, dass sich «gesunder» Anteil durchsetzt	→ <i>ausgeprägt</i> («Was will K.?»; miteinander kommunizieren) → Zuhören, Wertschätzung für Position des/der K.; eigene Positionen als solche erkennbar darlegen; Überprüfen der Verständigung (Nachfragen, Zusammenfassen) → Bei <i>Entscheidung</i> , Lob dafür
Massstab für den persönlichen Erfolg	→ K. hat von mir priorisierten Vorschlag angenommen → B braucht mich existenziell, lobt mich oft, ist/wird «lieb» → «Alles» tun: «Es ist zwar nicht meine Aufgabe, aber ...» → (objektive) Angemessenheit für K.	→ K. konnte Entscheidung (mit)treffen → K. braucht mich teilweise/immer weniger, ist/wird «stark» → Ressourcen aktivieren; Unterstützung holen (bei Bedarf andere Hilfen installieren) → Zufriedenheit von K.
Massstab für Ziele	→ tendenziell mir gemäss, vernünftig, <i>wenig Perspektivwechsel</i>	→ tendenziell gemäss des/der K., <i>Fähigkeit zum Perspektivwechsel</i>
Bewertung anderer	→ <i>grosser Einfluss</i> («Ich will mich mit allen gut stellen.»)	→ <i>geringer Einfluss</i> (Parteilichkeit für K.)
Umgang mit Konflikten	→ anschreien, schimpfen, belehren, K. übergehen → Konflikte ausblenden	→ Bedenken authentisch ansprechen, Humor → Konflikte auf der Metaebene ansprechen
Belastung bei der Mandatsführung	→ <i>viele innere Konflikte</i> («Das darf nicht sein, dass K./etc. ...»)	→ <i>wenig innere Konflikte</i> (gelassen, rehabilitative Haltung)
Machtreflexion	→ Kann <i>nicht gut</i> zwischen eigenen und Interessen des/der K. unterscheiden («Wir»; Fremdschämen; ok, wenn K.s Wille unbekannt) → <i>reflektiert kaum</i> (z.B. Gründe für kooperatives Verhalten)	→ Kann <i>gut</i> zwischen eigenen Interessen und denen von K. unterscheiden → <i>reflektiert sich</i> (z.B. Gründe für kooperatives Verhalten)
Im Vordergrund	→ <i>Eigene Bedürfnisse</i> (ohne es zu bemerken)	→ <i>Bedürfnisse des/der K.</i> (unbekannt, wenn ich sie nicht herausfinde)

Abbildung 8: Einflüsse auf das Ausmass von Prozessqualität im Innenverhältnis, nach KOSUCH/ROSCH (KOSUCH/ROSCH, ZKE 2019, S. 530).

Dabei geht es nicht darum, im Rahmen der Selbstreflexion zu prüfen, ob die Beistandsperson von Herrn X. in die letzte oder zweitletzte Spalte fällt, sondern vielmehr darum, anhand einer **Skalierung** von 1 bis 10 zu erheben, wo die Beistandsperson grundsätzlich in der Mandatsführung mit Herrn X. steht – insbesondere in Bezug auf eine spezifische Fragestellung – und wie gegebenenfalls eine höhere Prozessqualität erreicht werden könnte.

10.3.5. Bedeutung für den schweizerischen Erwachsenenschutz

Aufgrund dieser Ausführungen zeigen sich Handlungsspielräume für Beistandspersonen, die zur Förderung der Selbstbestimmung genutzt werden können.⁵¹⁸ Für den schweizerischen Erwachsenenschutz wäre aus Sicht des Gutachters zu **empfehlen**, im Innenverhältnis bei der Willenserhebung und -befolgung Sensibilisierungsbestrebungen vorzunehmen (**Empfehlung 17**). Dies könnte durch Sensibilisierungskampagnen für Beistandspersonen und die Gesellschaft sowie durch gezielte Weiterbildungen, Schulungen, Supervisionen und Interventionen für Beistandspersonen⁵¹⁹ erreicht werden.⁵²⁰ Zudem sind die zeitlichen Ressourcen für diese intensivere Form der Mandatsführung bereitzustellen.⁵²¹

11. Vorschlag für ZGB-Bestimmungen de lege ferenda

Nachstehend findet sich aufgrund der Erkenntnisse ein Vorschlag für Bestimmungen im ZGB de lege ferenda. Diese sind selbstredend Sachverständigenvorschläge, die mit dem/der Betroffenen gemäss dem **Beteiligungsgebot nach Art. 4 Abs. 3 BRK** zu diskutieren sind, wie dies in den Gesetzgebungsprozessen in Deutschland und Österreich vorbildlich erfolgt ist.⁵²² Änderungen sind im Folgenden *kursiv* markiert.

Art. 13 Voraussetzungen⁵²³

¹ Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer volljährig und urteilsfähig ist.

² Volljährig ist, wer das 18. Altersjahr zurückgelegt hat.

³ Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, *der nicht aufgrund einer Krankheit oder Behinderung die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.*

⁴ *Vernunftgemäss handelt, wer in der Lage ist, einen Willen zu bilden und gemäss diesem Willen zu handeln.*

Art. 14 Fehlen der Urteilsfähigkeit

Wer nicht urteilsfähig ist, vermag unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtliche Wirkung herbeizuführen.

Art. 15 Urteilsfähige handlungsunfähige Personen

¹ Urteilsfähige handlungsunfähige Personen können nur mit Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertretung Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben.

² Ohne diese Zustimmung vermögen sie, Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, sowie geringfügige

⁵¹⁸ Vgl. hierzu ROSCH, Selbstbestimmung 2.0, S. 86 f.

⁵¹⁹ WILLENER ZKE 2023, S. 538.

⁵²⁰ Ebenso: HARTMANN/MOSER, ZKE 2022, S. 248.

⁵²¹ Vgl. hierzu die Berechnungsmodelle der KOKES: KOKES, Berufsbeistandschaften, S. 23 ff., welche sich für eine wie hier skizzierte Mandatsführung eher am unteren Rand bewegt.

⁵²² Vgl. BT-Drucks 19/24445 vom 18.11.2020, S. 122 f.; Ministerialentwurf, S. 1 f. auf: https://www.parlament.gv.at/dokument/XXV/ME/222/fname_545855.pdf (31.3.2025).

⁵²³ Vgl. Empfehlung 2.

Angelegenheiten des täglichen Lebens zu besorgen.

³ Sie werden aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig.

Art. 16 Zustimmung der gesetzlichen Vertretung

¹ Sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, kann die gesetzliche Vertretung die Zustimmung ausdrücklich oder stillschweigend im Voraus geben oder das Geschäft nachträglich genehmigen.

² Der andere Teil wird frei, wenn die Genehmigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erfolgt, die er selber ansetzt oder durch das Gericht ansetzen lässt.

³ Erfolgt die Genehmigung der gesetzlichen Vertretung nicht, so kann jeder Teil die vollzogenen Leistungen zurückfordern. Die handlungsunfähige Person haftet jedoch nur insoweit, als die Leistung in ihrem Nutzen verwendet worden ist oder als sie zur Zeit der Rückforderung noch bereichert ist oder sich böswillig der Bereicherung entäussert hat.

⁴ Hat die handlungsunfähige Person den andern Teil zur irrtümlichen Annahme ihrer Handlungsfähigkeit verleitet, so ist sie ihm für den verursachten Schaden verantwortlich.

Art. 17 Höchstpersönliche Rechte

¹ Urteilsfähige handlungsunfähige Personen üben die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbstständig aus; vorbehalten bleiben Fälle, in welchen das Gesetz die Zustimmung der gesetzlichen Vertretung vorsieht.

² Für urteilsunfähige Personen handelt die gesetzliche Vertretung, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist.

Art. 18 Unterstützung zur Handlungsfähigkeit und Aufsicht⁵²⁴

¹ Personen, die Unterstützung zur Ausübung ihrer Handlungsfähigkeit benötigen, haben Anspruch auf unterstützende Entscheidungsfindung. Sie können diese auch ablehnen.

² Bei urteilsunfähigen Personen ist auf den mutmasslichen aktuellen Willen und die bestmögliche Interpretation ihres Verhaltens abzustellen.

³ Die jeweilig zuständige Behörde bzw. das jeweilig zuständige Amt oder Gericht gewährleistet, dass der Wille und die Präferenzen namentlich von Personen mit Behinderungen geachtet werden, und verhindert im Rahmen ihrer Aufsicht missbräuchliche Einflussnahme, Interessenkonflikte und unverhältnismässige Massnahmen.

Art. 19 Einschränkung der Handlungsfähigkeit⁵²⁵

Ist keine Unterstützung zur Handlungsfähigkeit möglich, kann einzig nach den Voraussetzungen des Erwachsenenschutzes die Handlungsfähigkeit eingeschränkt werden.

11. Titel: Behördliche Unterstützungsmassnahmen

Erster Abschnitt: Allgemeine Grundsätze

⁵²⁴ Vgl. Empfehlungen 7 und 14.

⁵²⁵ Vgl. Empfehlung 7.

Art. 388 ZGB Zweck⁵²⁶

¹ *Die behördlichen Unterstützungsmassnahmen des Erwachsenenschutzes sichern die Persönlichkeitsrechte und Grundrechte von hilfsbedürftigen Personen.*

² *Sie ermöglichen und fördern Teilhabe und Selbstbestimmung weitestmöglich.*

Art. 389 ZGB Subsidiarität und Verhältnismässigkeit⁵²⁷

¹ *Die Erwachsenenschutzbehörde ordnet eine Unterstützungsmassnahme an, wenn nachgewiesen werden kann, dass*

1. *die Unterstützung der hilfsbedürftigen Person durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste nicht ausreicht oder von vornherein als ungenügend erscheint;*
2. *die Unterstützung mit unterstützender Entscheidungsfindung nach Art. 18 ZGB nicht ausreichend erscheint,*
3. *keine ausreichende andere Massnahme, namentlich der eigenen Vorsorge, der Vertretung von Gesetzes wegen oder von obligationenrechtlichen Möglichkeiten genügen.*

² *Errichtet die Erwachsenenschutzbehörde eine Unterstützungsmassnahme, so hat sie den Nachweis zu erbringen, dass diese geeignet, erforderlich und zumutbar ist.*

Zweiter Abschnitt: Die Beistandschaften

Erster Unterabschnitt: Allgemeine Bestimmungen

Art. 390 Voraussetzungen⁵²⁸

¹ *Die Erwachsenenschutzbehörde errichtet eine Beistandschaft, wenn eine volljährige Person aufgrund einer Krankheit oder einer Behinderung und damit verbundener massgeblicher Einschränkung der Willensbildungs- oder Willensumsetzungsfähigkeit in wesentlichen Lebensbereichen nicht mehr ausreichend selbstbestimmt zu handeln vermag.*

² *Die betroffene Person muss im betreffenden Lebensbereich nicht urteilsunfähig sein; gegen den Willen einer Person kann keine Beistandschaft angeordnet werden.*

³ *Die Beistandschaft wird auf Antrag der betroffenen oder einer nahestehenden Person oder von Amtes wegen errichtet.*

Art. 391 Aufgabenbereiche / Art. 392 Verzicht auf eine Beistandschaft

bleiben bestehen, es sei denn, es soll klargestellt werden, dass im Einzelfall auch Massnahmen nach Art. 18 ZGB angeordnet werden können.

Zweiter Unterabschnitt: Die Arten von Beistandschaften:

Art. 393 Begleitbeistandschaft bleibt bestehen

⁵²⁶ Vgl. Empfehlung 3.

⁵²⁷ Vgl. Empfehlung 16.

⁵²⁸ Vgl. Empfehlungen 1, 3 und 4.

Art. 394 Vertretungsbeistandschaft⁵²⁹

¹ Die Vertretungsbeistandschaft wird errichtet, *wenn unter Beachtung der Voraussetzungen, der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit ein Vertretungsbedürfnis besteht.*

² *Die Handlungsfähigkeit wird trotz Vertretung nicht eingeschränkt. Die betroffene Person muss sich die Handlungen der Beiständin oder des Beistandes anrechnen oder gefallen lassen.*

³ *Der Beistand oder die Beiständin handelt gemäss dem Willen und den Präferenzen der betroffenen Person nach Art. 406 ZGB. (Optional: Das vertretungsweise abgeschlossene Rechtsgeschäft ist nur gültig, wenn dies dem Willen der betroffenen Person nach Art. 406 ZGB entspricht).*

Art. 395 bleibt bestehen

Art. 396⁵³⁰

¹ Eine Mitwirkungsbeistandschaft wird errichtet, *wenn die betroffene Person unter Beachtung der Voraussetzungen, der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit zur Gewährleistung ihrer Persönlichkeitsrechte und Grundrechte der Zustimmung des Beistandes oder der Beiständin bedarf.*

² Die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person wird von Gesetzes wegen entsprechend eingeschränkt.

Art. 397 bleibt bestehen.

Art. 398 entfällt ersatzlos⁵³¹

Art. 399–405 verbleiben in der Fassung vom 1. Januar 2025.

Art. 406 ZGB Titel: Pflicht des Beistandes und der Beiständin: Unterstützung zur Teilhabe⁵³²

¹ *Der Beistand oder die Beiständin sichert die Persönlichkeitsrechte und Grundrechte der betroffenen Person in Bereichen, in denen diese aufgrund der Einschränkung der Willensbildungs- oder -umsetzungsfähigkeit nicht ausreichend selbstbestimmt zu handeln vermag, nach den Grundsätzen von Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB nach deren Willen, Präferenzen und bestmöglicher Interpretation derselben.*

² *Der Wille, die Präferenzen und die bestmögliche Interpretation von Willen und Präferenzen sind für den Beistand oder die Beiständin massgebend. Ausnahmsweise hat er oder sie dem Willen und den Präferenzen der verbeiständeten Person oder der bestmöglichen Interpretation des Willens und der Präferenzen nicht zu entsprechen, soweit*

- 1. die Umsetzung des Willens oder der Präferenzen rechtswidrig oder ausnahmsweise unzumutbar wäre; oder*

⁵²⁹ Vgl. Empfehlungen 8 und 9.

⁵³⁰ Vgl. Empfehlung 9.

⁵³¹ Vgl. Empfehlung 8.

⁵³² Vgl. Empfehlungen 3, 4 und 6.

2. *aus der Sicht der betroffenen Person Schutzpflichten des Staates bestehen, welche deren Willen und Präferenzen eindeutig überwiegen, die betroffene Person sich dadurch erheblich gefährden würde und diese gleichzeitig die Gefahr aufgrund ihrer Krankheit oder ihrer Behinderung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.*

³ *Diese Bestimmungen gelten für die Personensorge, die Vermögenssorge und den Rechtsverkehr in gleicher Weise.*

Art. 412 Abs. 1 wird ersatzlos gestrichen⁵³³

Art. 413 Abs. 1 ZGB⁵³⁴

Der Beistand oder die Beiständin ist selbstverantwortlich Tätiger oder Tätige mit eigenem Wirkungskreis. Die Sorgfaltspflicht ergibt sich bei ihrem oder seinem Handeln aus dem Innenverhältnis. Sie oder er hat darüber hinaus sinngemäss die gleiche Sorgfaltspflicht wie eine beauftragte Person nach Bestimmungen des Obligationenrechts.

⁵³³ Vgl. Empfehlung 4.

⁵³⁴ Vgl. Empfehlungen 5, 9 und 10.

III. Zusammenfassung und Empfehlungen

Die Hauptfragen dieses Gutachtens, inwiefern ein Wechsel von einem System der stellvertretenden Entscheidungsfindung zu einem System der unterstützenden Entscheidungsfindung gemäss den Vorgaben der UN-Behindertenrechtskonvention möglich ist und welche Empfehlungen daraus abzuleiten sind, werden im Folgenden zusammengefasst.

In Bezug auf den **gesetzgeberischen Handlungsbedarf** können zwar einige Punkte auch de lege lata schon umgesetzt werden; das Gutachten kommt jedoch zum Schluss, dass eine Gesetzesanpassung für die Rechtsanwendung, für eine klare Ausrichtung auf die Belange der BRK sowie für Fragen von Sorgfaltspflichten und Haftung angezeigt ist.

- 1) Art. 12 BRK umschreibt verbindlich, dass die Vertragsstaaten dafür zu sorgen haben, dass Menschen mit Behinderungen überall als Rechtssubjekt anerkannt werden und die Staaten hierfür geeignete Unterstützungsmassnahmen vorsehen müssen. Daraus wird ein Paradigmenwechsel von stellvertretender zu unterstützender Entscheidungsfindung abgeleitet. Dies fordert den Erwachsenenschutz mit oftmals stellvertretenden behördlichen Massnahmen (Beistandschaften) heraus. Gleichzeitig ist Art. 12 BRK mit dem Rechtsfähigkeits- und Handlungsfähigkeitsrecht verbunden, weshalb Erwachsenenschutz jeweils auch im Kontext des Handlungsfähigkeitsrechts zu beurteilen ist.
- 2) Die Entstehungsgeschichte zu Art. 12 BRK weist eine Kontroverse auf zwischen den Möglichkeiten, stellvertretende Entscheidungsfindung zuzulassen oder zu verbieten. Diese Auseinandersetzung im Kern zwischen Betroffenenorganisationen und Vertreter:innen von staatlichen (Erwachsenenschutz-) Systemen wurde nicht bereinigt, sondern vielmehr mit einem für beide Seiten annehmbaren, «schwer fassbaren» (periskopartigen) Konsens beendet,⁵³⁵ bei dem sich beide Seiten mit ihren Forderungen gesehen fühlten.
- 3) Aufgrund der Entstehungsgeschichte schwelt dieser Konflikt weiter. Der BRK-Ausschuss hat vorderhand die Auffassung der Betroffenenorganisationen übernommen und hält u. a. fest, dass stellvertretende Entscheidungsfindung unzulässig sei und daher der Erwachsenenschutz durch ein System unterstützender Entscheidungsfindung abgelöst werden müsse.
- 4) Die Auffassung des Ausschusses ist jedoch rechtlich nicht verbindlich. Der Ausschuss ist ein Fachgremium, das kein Mandat für eine verbindliche Interpretation des Art. 12 BRK hat. Aufgrund seiner Verankerung tritt er aber als fachliche Autorität auf, mit welcher sich die Mitgliedstaaten auseinanderzusetzen haben. Rechtlich verbindlich ist hingegen die Auslegung nach den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge.
- 5) Nach Auffassung des Gutachters ist die Anknüpfung des Erwachsenenschutzes an eine Behinderung zulässig, weil dieser klar personenzentriert bzw. sozialrechtlich ausgestaltet ist. Menschen mit einem Schwächezustand haben eine Erkrankung oder eine Behinderung, welche dazu führen muss, dass der Willensbildungs- und/oder -umsetzungsprozess massgeblich und in der Regel klinisch bedeutsam eingeschränkt ist. Sie müssen nicht urteilsunfähig sein. Dieser Schwächezustand muss kausal dazu führen, dass sie in ihrer Ausübung des Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen sind oder derart beeinträchtigt sind, dass eigenverantwortliches Handeln nicht mehr möglich ist. Folglich liegt die Zwecksetzung auch in der Unterstützung zur Teilhabe an der Gesellschaft bzw. am Geschäftsverkehr und zur Selbstbestimmung. Es geht um angemessene Vorkehrungen im Sinne von Art. 5 Abs. 3 BRK und damit um einen individuellen Nachteilsausgleich durch Erwachsenenschutz.

⁵³⁵ Siehe Ziff. 1.3.

Empfehlung 1: Um diese personenzentrierte und sozialrechtliche Sichtweise rechtlich abzusichern, ist nArt. 390 Abs. 1 ZGB entsprechend umzuformulieren (siehe Teil II Ziff. 11).

- 6) Das Konzept der «mental capacity» entspricht im schweizerischen Recht der Urteilsfähigkeit, die im Einklang mit der BRK willenszentriert ausgestaltet ist. Um die Urteilsfähigkeit zu erheben, werden funktionale Ansätze angewendet, die dem Ausschuss zufolge nicht zulässig sind. Alternativen zeigt der Ausschuss nicht auf. Gemäss der verbindlichen Auslegung nach den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) kommt das Gutachten zu dem Schluss, dass sich für eine solches Verbot keine ausreichenden Hinweise im Konventionstext finden lassen. Der Ausschuss hat zudem seine Auffassung im Hinblick auf Australien relativiert und funktionale Ansätze im Kontext eines Systems von unterstützender Entscheidungsfindung zugelassen. In der Schweiz findet sich jüngst ebenfalls ein solcher Ansatz, bei dem die Einschätzung der Urteilsunfähigkeit mit unterstützender Entscheidungsfindung verbunden wird («Support-U»). Daher kann nach Auffassung des Gutachters das bestehende System bereits konventionskonform angewendet werden, sofern zugelassen wird, dass unterstützende Entscheidungsfindung auch zur Urteilsbefähigung möglich ist.

Empfehlung 2: Unterstützende Entscheidungsfindung ist im Handlungsfähigkeitsrecht de lege ferenda besser zu verankern und auch der Begriff der Urteilsfähigkeit ist genauer zu fassen. Vgl. insb. nArt. 13 ZGB und nArt. 18 ZGB (vgl. Teil 11 Ziff. 11).

- 7) Die Orientierung des Erwachsenenschutzrechts ist de lege lata nicht frei von objektiven oder objektivierten Wohlüberlegungen. Diese sind für einen mit der BRK konformen Erwachsenenschutz nicht (mehr) zulässig. Das Sozialrecht sowie die bereits de lege lata bestehende Willensorientierung führen zusammen mit der Orientierung der BRK am Willen, den Präferenzen bzw. an der bestmöglichen Interpretation von Willen und Präferenzen zu einer klaren Willenszentrierung.

Empfehlung 3: Diese Willenszentrierung ist im Erwachsenenschutz deutlicher zu verankern, insb. in nArt. 388 ZGB, nArt. 390 ZGB und nArt. 406 ZGB (vgl. Teil II Ziff. 11).

- 8) Das Erwachsenenschutzrecht orientiert sich vorwiegend an Menschen mit Schwächezuständen. Eine psychische Erkrankung und geistige Beeinträchtigung bedeuten nicht per se Urteilsunfähigkeit, weshalb Beistandschaften auch für urteilsfähige Personen angeordnet werden können. Urteilsfähige Personen unter Beistandschaft erachtet die BRK als problematisch. Nach Auffassung des Gutachters sind Handlungen gegen den Willen urteilsfähiger (verbeiständeter) Personen problematisch und höchstens im Ausnahmefall zulässig. Daher soll gegen den Willen einer (in einem Teilbereich) urteilsfähigen Person auch keine diesbezügliche Beistandschaft errichtet werden dürfen. Bei schwankender Urteils(un)fähigkeit bieten die Beistandschaften als von der Urteils(un)fähigkeit losgelöstes Konzept die Möglichkeit einer passgenauen, willenszentrierten Unterstützung. Nach Auffassung des Gutachters ist eine auf den Willen zurückgebundene und am subjektiven Bedarf orientierte Beistandschaft auch bei (teilweise) urteilsfähigen Personen zulässig, zumindest solange es keine flächendeckenden Massnahmen im Bereich der unterstützenden Entscheidungsfindung gibt.

Empfehlungen 4/5: Die Notwendigkeit nach besonderer Legitimation bei Beistandschaften von (teilweise) urteilsfähigen Personen ist gesetzlich zu verankern. Entsprechend ist dies in nArt. 390 Abs. 2 ZGB anzupassen und in nArt. 406 Abs. 2 ZGB die Willenszentrierung zu verankern und Art. 412 Abs. 1 ZGB zu streichen. Hinzu kommt die – unten in Ziff. 10 erörterte – Aussenkehrung des Innenverhältnisses in Bezug auf die Sorgfaltspflichten in nArt. 413 Abs. 1 ZGB (vgl. Teil II Ziff. 11).

- 9) Bei urteilsunfähigen verbeiständeten Personen hat sich die Beistandsperson an den mutmasslichen Willen zu halten. Der mutmassliche Willen ist ein Entscheidungsmassstab für die beurteilende Person. Selbst wenn z. B. der mutmassliche Willen bei seit Geburt

urteilsunfähigen Personen schwierig zu ermitteln ist, darf nicht auf objektive oder objektivierbare Überlegungen ausgewichen werden. Es sind die emotionalen Stimmungsäusserungen, Laute, Bewegungen und körperlichen Reaktionen zu deuten. Damit wird die Interpretation hypothetischer, und die Schutzvorkehrungen («safeguards») gemäss Art. 12 Abs. 4 BRK rücken in den Vordergrund. Grenzen dieser Willens- und Präferenzzentrierung sind Sitten- und Rechtswidrigkeit sowie eindeutig überwiegende Schutzpflichten bzw. ausnahmsweise Unzumutbarkeit. Die Beistandsperson als Willens- und Präferenzhüterin hat möglichst nahe am Willen und den Präferenzen zu handeln. Dabei können im Einzelfall nicht willensgemässe Äusserungen oder Wünsche, die nur geringe Auswirkungen zeitigen, im Sinne einer Interessenabwägung berücksichtigt werden. Im Hinblick auf die Willenszentrierung findet sich folgende Kaskade:

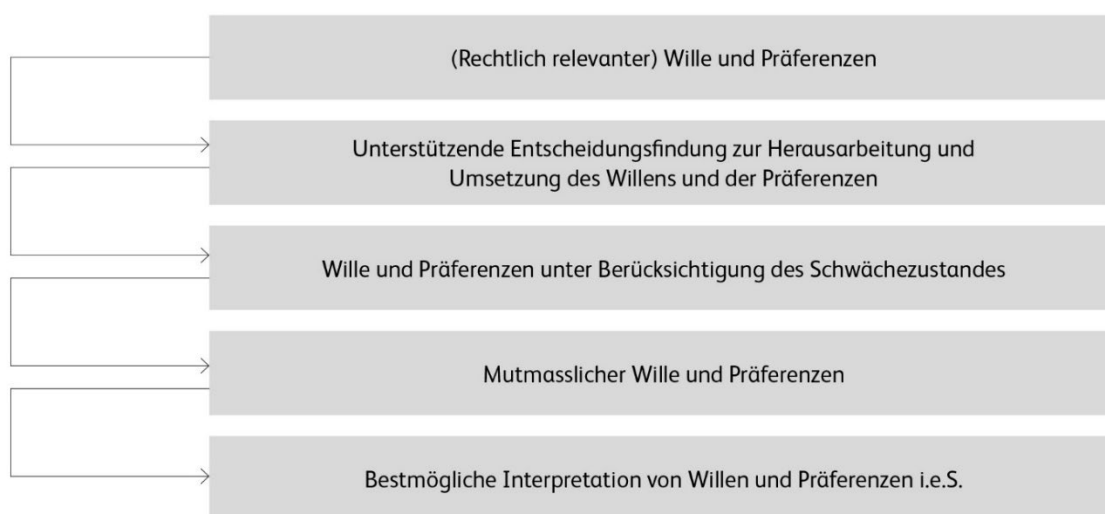


Abbildung 9: Willenszentrierung im Erwachsenenschutz (leicht bearbeitete Darstellung aus ROSCH, ZKE 2024, S. 231).

Empfehlung 6: Die Willens- und Präferenzorientierung sowie deren Grenzen sind gemäss nArt. 406 Abs. 2 ZGB ins Gesetz aufzunehmen (vgl. Teil II Ziff. 11).

- 10) Inwiefern «Vertretung» auch als «Unterstützung» gemäss Art. 12 Abs. 3 und Abs. 4 BRK gesehen werden darf, wird im Ausland und unterdessen auch in der Schweiz kontrovers diskutiert. Im Zentrum der Diskussion stehen im behördlichen Erwachsenenschutz die Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 f. ZGB und die umfassende Beistandschaft gemäss Art. 398 ZGB, jedoch auch die handlungsfähigkeitsbeschränkende Mitwirkungsbeistandschaft gemäss Art. 396 ZGB.

10.1) Gemäss der Definition des Ausschusses zur stellvertretenden Entscheidungsfindung sind bei genauer Betrachtung nicht nur die Beistandschaften, sondern auch die gesetzlichen Vertretungsrechte nach Art. 374 ff. ZGB, die eigene Vorsorge nach Art. 360 ff. ZGB, jedoch auch die gewillkürten Aufträge und Stellvertretungen nach 394 ff. OR bzw. Art. 32 ff. OR davon betroffen, weil die Vertretungsperson im Aussenverhältnis rechtswirksam handeln kann, auch wenn dies nicht dem Willen und den Präferenzen im Innenverhältnis entspricht. Inwiefern als Folge davon Rechtswirkungen nur eintreten sollen, falls das Handeln im Aussenverhältnis dem Innenverhältnis entspricht, ist eine grundlegend für den Geschäftsverkehr bedeutsame Frage und muss an anderer Stelle vertieft geprüft werden.

10.2) Berücksichtigt man die Kriterien, welche für die Vertretungsbeistandsperson bedeutsam sind, so findet sich eine deutliche Rückkoppelung an den Willen und die Präferenzen und eine Fokussierung des Innenverhältnisses. Dieses ist Dreh- und Angelpunkt und bestimmt

das Handeln im Aussenverhältnis massgeblich mit. Solchen materiell auf dem Willen und den Präferenzen beruhenden Vertretungslösungen scheint der Ausschuss durchaus wohlgesinnt(er) gegenüberzustehen. Damit ist zu vermuten, dass der Ausschuss tendenziell weniger einen formellen Begriff der Vertretung im Auge hatte, als vielmehr einen materiellen, was seine Bevorzugung von Vorsorgeinstrumenten zeigt, welche durchaus auch in interpretationsbedürftigen Generalklauseln oder Blankoermächtigungen bestehen können.

10.3) Nach der Beurteilung gemäss den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) ist Stellvertretung, basierend auf der gewöhnlichen Bedeutung sowie auf Ziel und Zweck der BRK, auch als Form der Unterstützung zu verstehen.

10.4) Die Massnahmen im Rahmen von Art. 12 Abs. 4 BRK sind sodann im Kontext der angemessenen Vorkehrungen von Art. 5 Abs. 3 BRK zu lesen. Beistandschaften sind somit grundsätzlich als angemessene Vorkehrungen zu deuten, die einen individuellen Nachteilsausgleich ermöglichen.

10.5) Obwohl die Vertretungsbeistandschaft als konventionskonform zu betrachten ist, kann die Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 Abs. 2 ZGB mit Entzug der Handlungsfähigkeit – und damit in der Folge auch die umfassende Beistandschaft nach Art. 398 ZGB⁵³⁶ – ersatzlos gestrichen werden, weil die mildere Mitwirkungsbeistandschaft nach Art. 396 ZGB allenfalls mit einer Vertretungsbeistandschaft ohne Beschränkung der Handlungsfähigkeit ausreichend ist. Mitwirkungsbeistandschaften sind sodann trotz ihrer Handlungsfähigkeitsbeschränkung bei erheblicher Gefährdung der Selbstbestimmungsfähigkeit aufgrund eines Schwächezustandes als konventionskonform zu betrachten.

Empfehlungen 7-10:

- Es sind Konzepte der unterstützenden Entscheidungsfindung zu verankern und auszubauen, um stellvertretendes Handeln zu minimieren (Empfehlung 7). Die Vertretungsbeistandschaft mit Entzug der Handlungsfähigkeit gemäss Art. 394 Abs. 2 ZGB ist wie die umfassende Beistandschaft obsolet und können ersatzlos aufgehoben werden. Entsprechend findet sich eine Neuformulierung in nArt. 394 ZGB, und die Mitwirkungsbeistandschaft wird in Bezug auf die «bestimmten Handlungen» verallgemeinert (Empfehlung 8; vgl. nArt. 396 ZGB in Teil II Ziff. 11).
- Die Sorgfaltspflichten sind aus dem Innenverhältnis zu bestimmen. Folglich wird auch Art. 413 Abs. 1 ZGB angepasst (Empfehlung 9; vgl. nArt. 391 ZGB in Teil II Ziff. 11).
- Optional und vorgängig vertieft zu analysieren ist die Frage, inwiefern das Innenverhältnis konstitutiv für die Gültigkeit von Rechtsgeschäften sein soll. Soweit dies bejaht wird, kann in nArt. 394 Abs. 3 Satz 2 ZGB der Passus eingefügt werden: «Das vertretungsweise abgeschlossene Rechtsgeschäft ist nur gültig, wenn dies dem Willen der betroffenen Person nach Art. 406 ZGB entspricht.» (Empfehlung 10; vgl. nArt. 394 Abs. 3 ZGB in Teil II Ziff. 11).

- 11) Unterstützende Entscheidungsfindung wird vom BRK-Ausschuss nicht definiert. Nach vorliegendem Verständnis geht es vorab um die jederzeitige Achtung von Willen und Präferenzen, einen diskriminierungsfreien Zugang zu unterstützender Entscheidungsfindung, Schutzvorkehrungen sowie die Möglichkeit, die Unterstützung zurückzuweisen. Dadurch soll eine Person mit Behinderung in die Lage versetzt werden, mit Hilfen Entscheidungen über ihr Leben zu treffen und diese umzusetzen.

⁵³⁶ Vgl. hierzu ausführlich Teil 1 dieses Gutachtensauftrages auf: <https://backend.ebgb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-ebgbch-files/files/2025/05/01/89c3d1f8-8ac5-4ed6-a7ca-a6cc41df4c3f.pdf> (7.4.2025).

11.1) Unterstützende Entscheidungsfindung betrifft einerseits in einem engeren Verständnis Beistandspersonen, andererseits in einem weiten Verständnis auch die anordnende KESB, welche im Hinblick auf behördliche Massnahmen den Nachweis erbringen muss, dass die Schutzbedürftigkeit auf einem Schwächezustand beruht, kein milderes Mittel als eine Beistandschaft möglich ist und auch keine Massnahmen der Subsidiarität greifen, damit eine Person an der Gesellschaft bzw. am Geschäftsverkehr teilhaben kann.

11.2) Letzten Endes geht es im Kontext der BRK um massgeschneiderte Abklärungen, die massgeschneiderte Anordnung von Massnahmen, eine massgeschneiderte Mandatsführung und eine massgeschneiderte Aufsicht.

11.3) Mit diesem Fokus auf Willen und Präferenzen, der Personenzentrierung und auch dem Zusammenspiel von Innen- und Aussenverhältnis zeigt sich, dass unterstützende und stellvertretende Entscheidungsfindung zwei Pole eines Kontinuums sind und nicht zwei grundsätzlich sich ausschliessende Ansätze darstellen.

11.4) Modelle der unterstützenden Entscheidungsfindung wie Vertrauenspersonen, persönliche Assistenz, familienratsähnliche oder Peer-Group-Ansätze richten sich mehrheitlich an (teilweise) urteilsfähige Personen. Hier wäre unterstützende Entscheidungsfindung weiter zu denken, zum Beispiel hinsichtlich Methoden und Instrumenten zur Feststellung des mutmasslichen Willens etc.

Empfehlungen 11-13:

- Modelle von unterstützender Entscheidungsfindung in einem weiteren Sinne sind staatlich zu fördern und mit Begleitforschung zu evaluieren. Dazu gehören neben den genannten Modellen auch sogenannte Walk-ins, bei denen Personen mit Behinderungen niederschwellig Unterstützung erhalten, aber auch Projekte zur Verhinderung von Beistandschaften wie das nip in Basel oder das von der EU geförderte Projekt «I- decide» in Girona (Empfehlung 11).
- Die Umsetzungspraxis im Erwachsenenschutz insbesondere bei KESB und Beistandspersonen ist im Hinblick auf die Ermöglichung von Selbstbestimmung zu erforschen (Empfehlung 12).
- Es sind Forschungsprojekte zu fördern, die sich damit beschäftigen, wie das Sozialrecht gestaltet werden könnte, damit weniger Beistandschaften notwendig werden (Alternativen zum Erwachsenenschutz, wie z. B. Änderungen im Konsumentenschutzrecht für vulnerable Personen; Empfehlung 13).

12) Schutzvorkehrungen («safeguards») nach Art. 12 Abs. 4 BRK sind notwendig, um insbesondere missbräuchliche Einflussnahme und unverhältnismässige Massnahmen zu verhindern. Nach hier vertretener Auffassung gehört Stellvertretungshandeln gemäss den Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) ebenfalls zu diesem Massnahmenbegriff. Im Unterschied zu Modellen unterstützender Entscheidungsfindung ist das Problem von Schutzvorkehrungen bei behördlichen Erwachsenenschutzmassnahmen bedeutend kleiner, die unter der permanenten Aufsicht der KESB stehen. Diese sind bedeutsamer bei der unterstützenden und gewillkürten stellvertretenden Entscheidungsfindung, die nicht von der KESB angeordnet wird.

Empfehlung 14: Der gesetzgeberische Handlungsbedarf ist vertieft zu prüfen, insbesondere ist zu prüfen, welche Schutzvorkehrungen für die Betroffenen bei der unterstützenden und gewillkürten stellvertretenden Entscheidungsfindung notwendig sind und welches (staatliche) Organ hiermit betraut wird.

13) Die vorgestellten Elemente von unterstützender Entscheidungsfindung aus ausgewählten Ländern zeigen eine Entwicklung im Umgang mit den Möglichkeiten und Grenzen des Willens von ersten Ansätzen 1996 in British Columbia bis zur deutschen Revision von 2023. Hinzu kommen in British Columbia auch methodische Hinweise zur Umsetzung in der Praxis. Demgegenüber zeigt Peru als Vorzeigemodell aus Sicht des BRK-Ausschusses ein eher

veraltetes Verständnis von Erwachsenenschutz, jedoch übernimmt das Land die unterstützende Entscheidungsfindung terminologisch konsequent und setzt sie in ihrem Zivilgesetzbuch um. Zudem zeigt sich im deutschen Betreuungsrecht auch die Bedeutung einer konsequent subjektorientierten Rechtsprechung, welche die Umsetzungspraxis stärkt.

- 14) Die interviewten Organisationen und Intermediäre haben sich allesamt schon mit unterstützender Entscheidungsfindung auseinandergesetzt. Konkrete Interventionen haben sie jedoch noch nicht eingeführt. Vielmehr wird tendenziell auf rechtliche und methodische Vorgaben und Hilfen gewartet sowie auf die damit verbundenen zusätzlichen zeitlichen und finanziellen Ressourcen.
- 15) Anhand eines typischen Fallbeispiels, welches die Abklärung und Mandatsführung umfasst, konnten wesentliche Aspekte der konkreten Umsetzung dargelegt werden. Dazu gehören die weitestmögliche Mitwirkung der betroffenen Person im Verfahren vor der KESB, der Fokus auf den Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit bzw. die Teilhabe an der Gesellschaft, die Beachtung der Mindestvariante im Verfahren und das Augenmerk auf den (Rest-) Unterstützungsbedarf bzw. die (Rest-)Gefährdung. Im Rahmen der Mandatsführung ist das Innenverhältnis – wie bereits erwähnt – Dreh- und Angelpunkt, und die Herausforderung besteht darin, den Willen und die Präferenzen der betroffenen Person unbeeinflusst erheben und umsetzen zu können. Dies erfordert in erster Linie Gesprächsführungskompetenzen und Selbstreflexion im Arbeitsprozess. Hierfür werden zwei Arbeitshilfen vorgestellt.

Empfehlungen 15-17:

- Es sind wissenschaftsbasierte Abklärungen anzuwenden und zu fördern (Empfehlung 15).
- Zudem ist für die KESB eine qualifizierte Beweislast für den auf dem Schwächezustand beruhenden Schutzbedarf, die Subsidiarität und Verhältnismässigkeit im Gesetz zu verankern (Empfehlung 16; vgl. nArt. 389 ZGB in Teil II Ziff. 11).
- Für Beistandspersonen ist die Arbeit im Innenverhältnis mit Blick auf die Willenserhebung und -befolgung mittels diesbezüglicher Weiterbildung und Supervisionen für Beistandspersonen bzw. mit einer Sensibilisierungskampagne für Beistandspersonen und die Gesellschaft zu fördern (Sensibilisierungsbestrebungen; Empfehlung 17).



Prof. Dr. Daniel Rosch