



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht

Ausgewählte Aspekte

Prof. Dr. Roland Fankhauser

Inhaltsübersicht

I. Grundlagen

II. Nahestehende Personen und die Sachverhaltsermittlung

III. Nahestehende Personen als Beistände

IV. Nahestehende Personen als Platzierungsort für Kinder

V. Fazit

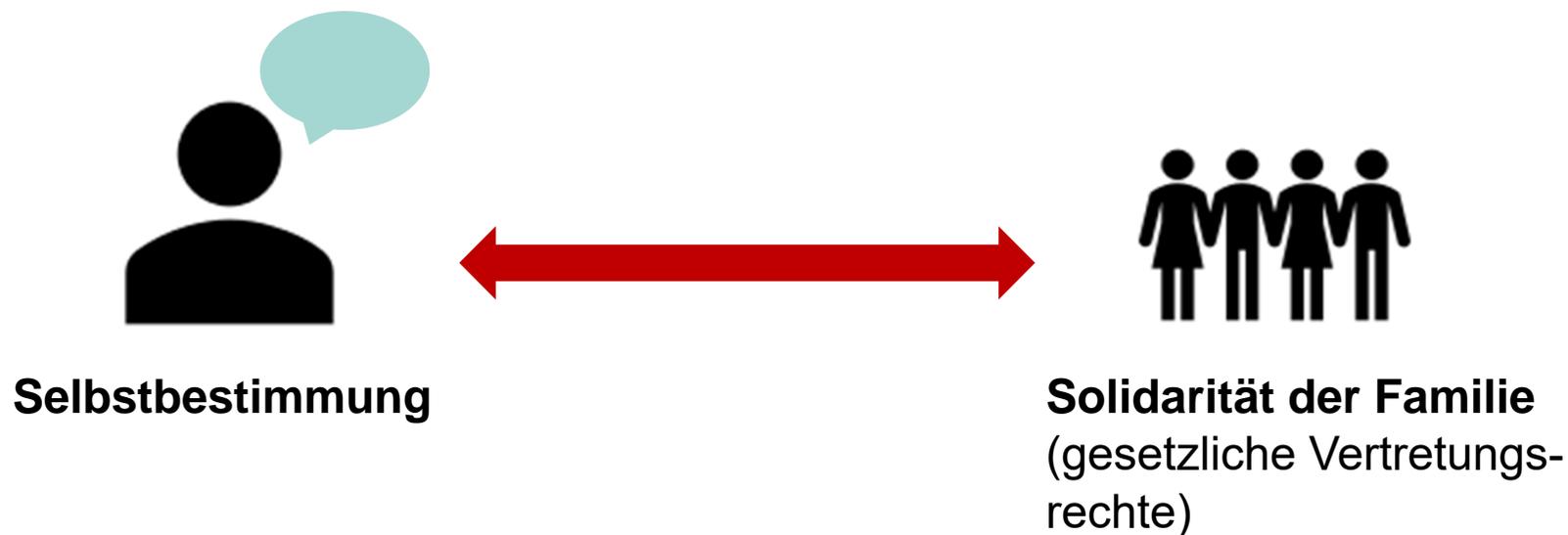
→ vgl. **Gutachten** zu Handen des Bundesamtes für Justiz, FANKHAUSER, Die Stellung nahestehender Personen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 2019.

(<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2019/2019-05-06.html>)

I. Grundlagen

1. Zentrale Wertungen des KESR

- Schutz der hilfsbedürftigen Person (Personen- und Vermögenssorge)
- Revision ESR: Stärkung der Selbstbestimmung und der Familiensolidarität (Spannungsfeld)



2. Dienende bzw. fremdnützige Funktion von nahestehenden Personen

- Gesetzliche Vertretung **im Interesse des Betroffenen**
- Antrags- und Beschwerderechte (Kontrollzwecke, Interessenwahrung), vgl. z.B. Art. 368 Abs. 1 ZGB, Art. 373 Abs. 1 ZGB.
- → **Dienende Funktion** der Partizipationsrechte von nahestehenden Personen
- (Mit-)Berücksichtigung der **eigenen** Interessen von nahestehenden Personen **nur** i.R.v. Art. 390 Abs. 2 bzw. Art. 426 Abs. 2 ZGB.

3. Geringe Bedeutung nahestehender Personen im Familienrecht

- Nahestehende Personen (i.S.v. Personen ausserhalb des Kernfamilienbereichs) allenfalls mit **fremdnütziger Funktion**.
- Rechtlicher **Bedeutungsverlust der Grossfamilie** (zunehmende Bedeutung des Individuums und seiner Freiheit der Lebensgestaltung)
- **Kernfamilie** (wenn auch nicht mehr rein statusorientiert) als entscheidende Grösse im Rechtsgefüge.
- **Verfassungsrechtlicher Familienbegriff** umfasst zwar effektiv gelebte Verwandtschafts- oder Nahebeziehungen; konkrete Auswirkungen beschränken sich jedoch fast ausschliesslich auf Bereiche der Kernfamilie.

II. Nahestehende Personen und die Sachverhalts- ermittlung

1. Rechtliche Ausgangslage

- **Uneingeschränkter Untersuchungsgrundsatz** (Art. 446 Abs. 1 ZPO)
- **Keine Regelung** eines allfälligen Einbezugs von nahestehenden Personen (Erwachsenenschutzbehörde «*zieht die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise*», Art. 446 Abs. 2 ZPO)
- **Subsidiaritätsprinzip** (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 1 bzw. Art. 307 Abs. 1 ZGB) → Pflicht abzuklären, ob Unterstützung durch Familie/nahestehende Personen möglich ist; jedoch m.E. keine Pflicht zu ihrer Befragung.
- **Pflicht zur Anhörung der betroffenen Person** (soweit verhältnismässig, Art. 447 ZGB), jedoch nicht von Verwandten oder nahestehenden Personen (freie Beweiswürdigung; Anwendungsbeispiel der antizipierten Beweiswürdigung).

2. Nahestehende Personen und Sachverhaltsermittlung – Rechtspraxis

- Wenig rechtstatsächliche Erkenntnisse
- **KOKES-Empfehlung:** i.R. der Abklärungen Erstgespräch mit der ganzen Familie durchführen.
- **Behördenpraxis:**
 - **Ein Drittel der KESB** bezieht die Angehörigen *immer* in Abklärungen ein; **die Hälfte** der KESB bezieht sie *häufig* ein. Kein Einbezug, falls Betroffener dies ablehnt. (ECOPLAN, Umfrage Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bern 2019).
 - Anhörung ohnehin bei Gefährdungsmeldungen aus dem näheren verwandtschaftlichen Umfeld.
- **Haltung der Behörden:**
 - **Skepsis** gegenüber Einführung einer pauschalen gesetzlichen Vorgabe zur Anhörung
 - Häufiges Problem: **kein tragfähiges familiäres Umfeld** vorhanden!

3. Handlungsbedarf?

- **Ausreichende Grundlage** für Einbezug von nahestehenden Personen in der Sachverhaltsermittlung
- **Kaum Hinweise auf Missstände** in der Praxis
- Rücksichtnahme auf **Besonderheit jedes Einzelfalls** spricht m.E. gegen eine detaillierte Vorgabe an die Behörden.
- «Offene» Grundlage entspricht **schweizerischer Verfahrenstradition** (Gesetzgeber macht kaum je explizite Vorgaben zur Sachverhaltsermittlung)
- Erhielte der Einbezug von nahestehenden Personen eine eigene Funktionalität allein zu Gunsten ihrer selbst, so läge dies im **Widerspruch zur dienenden Funktion und damit zur Gesamtkonzeption des KESR.**

III. Nahestehende Personen als Beistände

1. Rechtliche Ausgangslage

- Früheres Recht (Art. 380 aZGB): **Vorrecht** (aber kein Rechtsanspruch) **von nahen Verwandten bzw. Ehegatten bei Bestellung eines Vormundes**
 - Vorbehältlich der Eignung und Berücksichtigung der persönlichen und örtlichen Verhältnisse
 - Art. 381 aZGB: Vorschlagsrecht des Betroffenen (ging Verwandtenvorrecht vor).
 - Kritik: häufig mangelnde Eignung von Verwandten

- Neues Recht: **Art. 401 ZGB**

Art. 401 ZGB

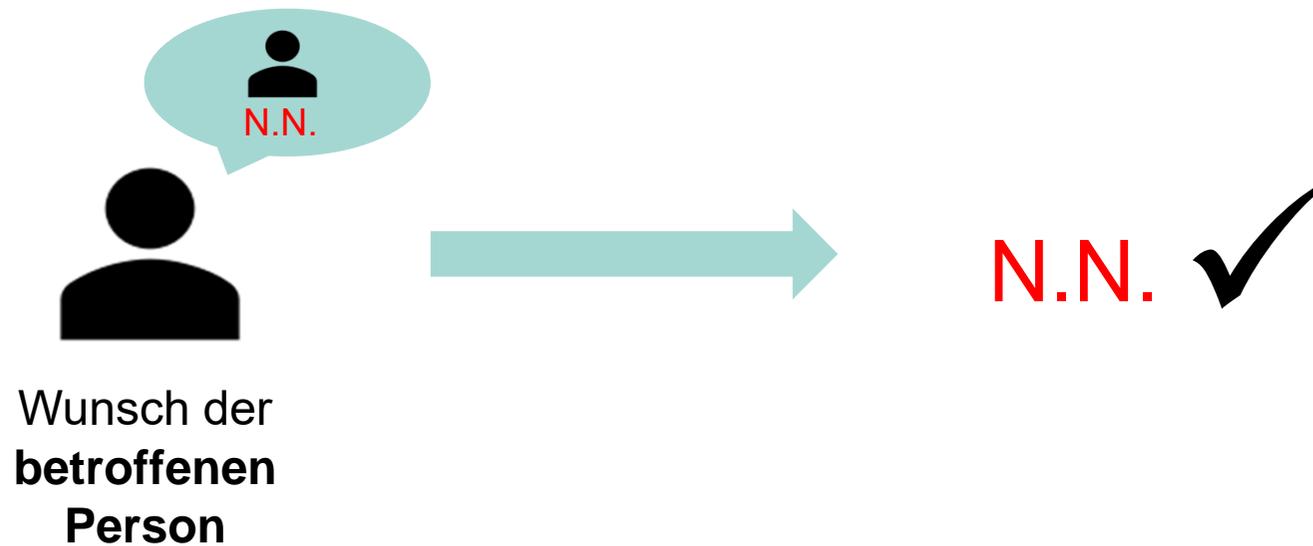
*Wünsche
der betroffenen
Person oder ihr
nahestehender
Personen*

¹ Schlägt die betroffene Person eine Vertrauensperson als Beistand oder Beiständin vor, so entspricht die Erwachsenenschutzbehörde ihrem Wunsch, wenn die vorgeschlagene Person für die Beistandschaft **geeignet und zu deren Übernahme bereit ist.**

² Sie **berücksichtigt, soweit tunlich, **Wünsche der Angehörigen oder anderer nahestehender Personen.****

³ Lehnt die betroffene Person eine bestimmte Person als Beistand oder Beiständin **ab, so **entspricht** die Erwachsenenschutzbehörde, soweit tunlich, diesem Wunsch.**

- **Berücksichtigung von Wünschen der betroffenen Person** (Art. 401 Abs. 1 ZGB):



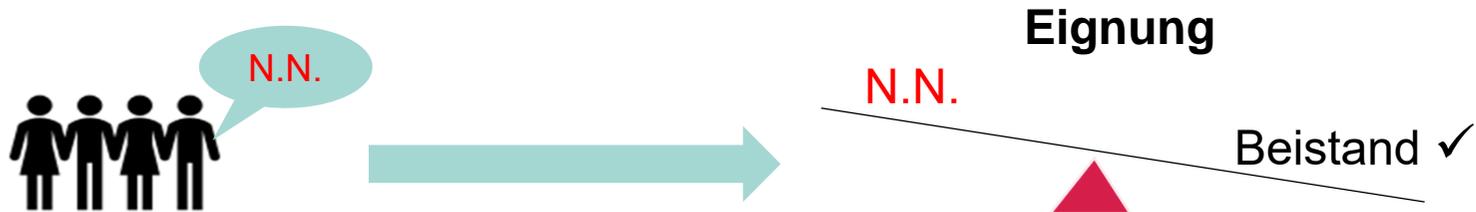
- **Gute** statt beste **Lösung** (weil Wille des Betroffenen)

- Bei **Bejahung der Eignung** der betroffenseitig vorgeschlagenen Person hat die Behörde **keinen Ermessensspielraum**.

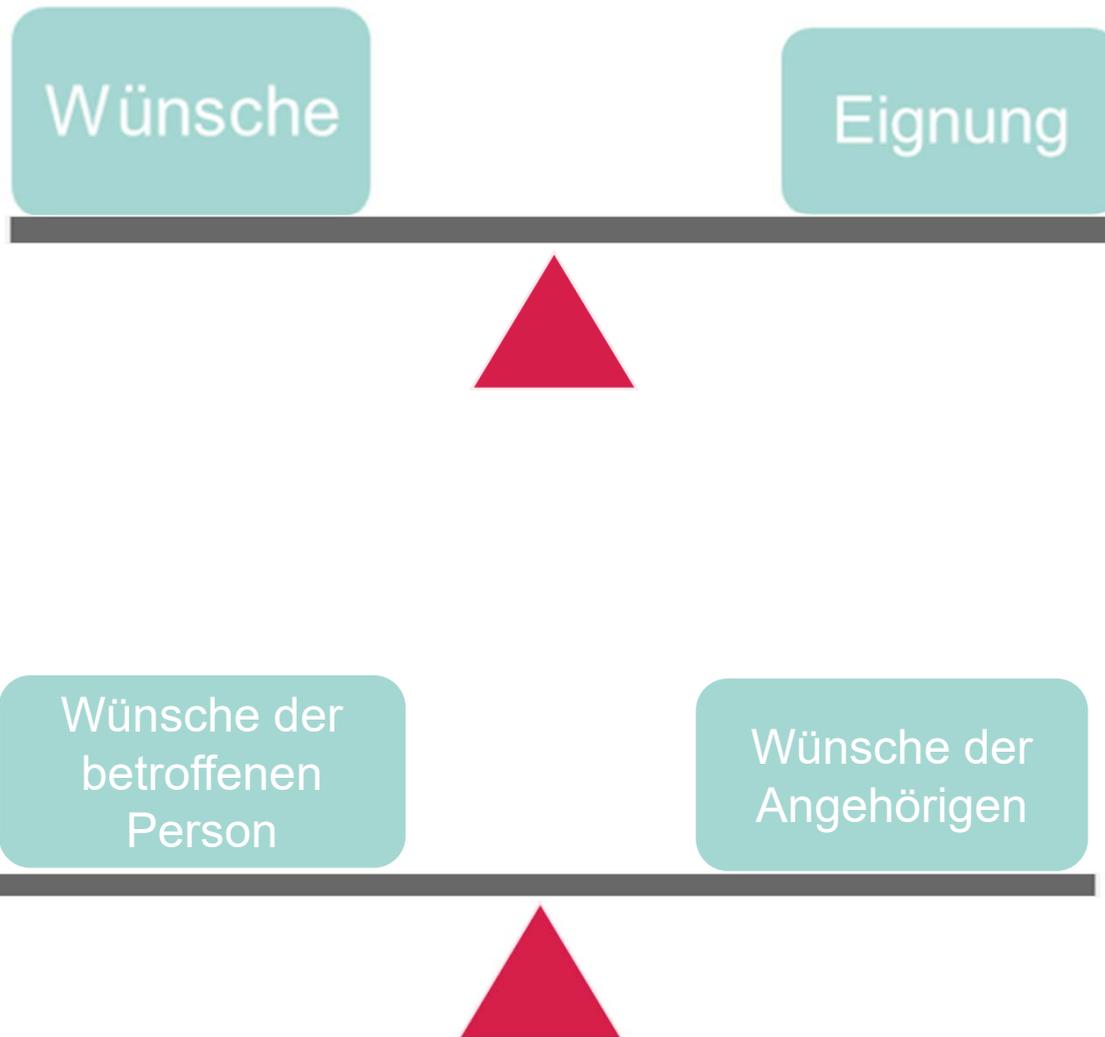
- Persönliche Eignung fraglich insb. bei (auch nur schon abstrakten) **Interessenkonflikten**.
 - BGer: Zur Prüfung der Eignung muss ganze Familienkonstellation berücksichtigt werden; Ernennung eines Angehörigen kann u.U. innerfamiliären Konflikt verstärken (→ nicht im Interesse des Verbeiständeten, BGer 5A_427/2017 E.3.2).
 - Lehre erachtet Verwandte als Beistände vielfach als problematisch (Fehlende Distanz/Unabhängigkeit?)

- Weitgehend unbestritten (Lehre und Rspr.): Bei steigendem **inhaltlichem Komplexitätsgrad** ist **Berufsbeistand** vorzuziehen (vgl. etwa BGer 5A_699/2013 E.4; BGer 5A_691/2013 E.2.1).

- **Berücksichtigung von Wünschen der Angehörigen oder Nahestehenden**
(Art. 401 Abs. 2 ZGB):



- Nicht im Interesse der Angehörigen, sondern **im Interesse der verbeiständeten Person** (Ziel: geeigneten Beistand finden) bzw. im öffentlichen Interesse an funktionierendem Erwachsenenschutz.
- Lehre: Behörde muss den in Art. 401 Abs. 2 ZGB aufgeführten Personen Gelegenheit geben, ihre Wünsche äussern zu können.
- Jedoch: **Grosses Ermessen** beim (zu begründenden) Entscheid («soweit tunlich», «berücksichtigt»).
- **Bessere Lösung** wird bevorzugt.



2. Nahestehende Personen als Beistände in der Rechtspraxis

- Erwachsenenschutz: **37 % private Amtsträger** (mehrheitlich nahestehende Personen, insb. Eltern und Kinder sowie Bekannte).
- Kinderschutz: **4 % private Amtsträger** (insb. Grosseltern und Personen aus dem weiteren Umfeld). (ECOPLAN, Umfrage Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bern 2019).
- **Behördenpraxis:**
 - Teilweise Bestrebungen, Rekrutierung von Privatbeiständen zu forcieren (vgl. Sensibilisierungskampagne im Kt. VD)
 - Behörden scheinen Vorschlagsrecht der Betroffenen sehr ernst zu nehmen und auf diese Möglichkeit hinzuweisen
- **Eignung von Verwandtenbeistandschaften** v.a. bei erstreckter elterlicher Sorge oder bei Altersbeistandschaften; weniger bei Suchtkrankheiten oder psychischen Erkrankungen.

- **Haltung der Behörden:**
 - Behörden betonen Bedeutung des familiären Netzwerks als Ressource auch bei Einsetzung eines Berufsbeistands.
 - Skepsis gegenüber gesetzlicher Vorrangregelung
 - Jeder Einzelfall ist anders
 - In den meisten Fällen ohnehin kein funktionierendes soziales Netzwerk
 - Stellung als nahestehende Person alleine rechtfertigt keine Vermutung einer fachlichen und persönlichen Eignung.
- Kritiker: Berufsbeistände mit zahlreichen Mandaten haben kaum Zeit für die Betroffenen.

3. Handlungsbedarf?

- **Eignung** des möglichen Beistands **als sine qua non seiner Ernennung** → Jegliches Vorrecht nahestehender Personen ohne Vorbehalt der Eignung würde zentrale Funktion des ESR (Unterstützung und Wohl des Schutzbedürftigen) markant schwächen.
- **Art. 401 ZGB** («*Wünsche der betroffenen Person oder ihr nahestehender Personen*») tariert die beiden Prinzipien des Schutzes des Hilfsbedürftigen und des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen vorbildlich aus. Diesbezüglich **kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf**.
- Relativierung dieser Prämissen wäre allein zu Gunsten von nahestehenden Personen, denen die Rechtsordnung solche nicht fremdnützigen Privilegien ausserhalb des Kernfamilienbereichs i.d.R. nicht einräumt.
- **Vorrang senkt Schutzniveau**

- Bei Vorrang von nahestehenden Personen (und damit weniger Einfluss der Behörde) wäre **direkte Kausalhaftung des Staates** für sorgfaltswidriges Verhalten der Beistände fragwürdig (Art. 454 ZGB).
 - Grosse Sorgfalt bei Wahl des Beistands reduziert Wahrscheinlichkeit von Schadens- bzw. Staatshaftungsfällen.
- **Grösserer Aufwand** bei der Begleitung von Privatbeiständen
- Denkbar allenfalls: **Feinjustierungen**.
 - Grundsätzliche Skepsis gg. nahestehenden Personen als Beistände (teilweise in Lehre und Rspr. spürbar) ist kritisch zu hinterfragen, da nicht sachgerecht. (Bei höherem Anteil von Verwandtenbeiständen drängt sich aber verstärkte gesellschaftliche Fehler-Akzeptanz auf).

- Vermehrter Einbezug von nahestehenden Personen möglich bei der Führung der Beistandschaft?
- Aufteilung auf mehrere Personen? (Aufwand!)

IV. Nahestehende Personen als Platzierungsort für Kinder

1. Rechtliche Ausgangslage

- Bei Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist das Kind «*in angemessener Weise unterzubringen*» (Art. 310 Abs. 1 ZGB).
 - Art. 310 Abs. 3 erwähnt «*Pflegeeltern*», worunter auch die Unterbringung bei nahestehenden Personen subsumiert werden kann.
- **Literatur:** Möglichkeit der Unterbringung bei Verwandten wird nicht übermässig thematisiert. Platzierungsort hat sich allein am **Wohl des Kindes** und an der **spezifischen Gefährdungslage** zu orientieren.
 - **Abstrakte Gefahr** aufgrund von potentiellen Rollenkonflikten von Verwandten **genügt nicht** für Ablehnung von Verwandten, KGer BL vom 20.9.2017 (810 17 168) E.4.3, in Bezug auf Grosseltern.

- **Verhältnismässigkeit** und **Subsidiarität** von Kindesschutzmassnahmen
→ familiäre Kontakte zu den Eltern sind nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten. Daraus ist m.E. keine Bevorzugung der Unterbringung bei Verwandten oder nahestehenden Personen abzuleiten.

2. Rechtspraxis

- Jüngere Auswertung in neun Kantonen geht bei Pflegekindern (ohne Heimplatzierte) von **34% verwandtschaftlicher Pflegeverhältnisse** aus (SEITERLE, Pflegekinderhilfe in der Schweiz, Forum Erziehungshilfen 2017).

- Entscheidungsträger sind überwiegend der Auffassung, dass nahestehende Personen mit effektiven Betreuungsbeziehungen als Pflegepersonen zu berücksichtigen seien (MITROVIC/JUD/ROSCH, Praxis der KESB zum Einbezug von verwandten und nicht verwandten Personen bei Kindesplatzierungen, ZKE 2017).
- **Behördenpraxis: Familiennahe Ressourcen** scheinen **standardmässig evaluiert** zu werden (vgl. Manuals!).
 - Meist bestehen jedoch keine familiennahen Platzierungsmöglichkeiten (Elternkonflikte als Ausgangspunkt für Fremdplatzierung; in Konflikt involvierte Grosseltern; mangelndes Fachwissen)
 - Kritik: Kindesvertretungen sollten öfters und schnell angeordnet werden.

3. Handlungsbedarf?

- **Kein gesetzgeberischer Missstand**; familiennahe Unterbringungsmöglichkeiten scheinen weder aus normativen noch aus anderen Gründen unternutzt.
- **Oberste Richtschnur** bei Kindeschutzmassnahmen: **Kindeswohl** sowie eine der Gefährdungs- und Bedürfnislage angepasste Unterbringung.
- Vorrang **senkt Schutzniveau**.
- Gesetzlicher Vorrang der Fremdplatzierung bei nahestehenden Personen würde **Verhältnismässigkeitsprinzip** (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie **UN-Kinderrechtskonvention** verletzen (Art. 3 Abs. 1 und 2 UN-KRK, Vorrang des Kindeswohls).

- Gewichtige Gründe sprechen auch gegen «**relativierten Vorrang**»
(Missachtung der Regelfallgerechtigkeit; familiennahe Unterbringung dürfte häufig nicht zur Verfügung stehen und den konkreten Schutzbedürfnissen des Kindes nicht entsprechen!)

V. Fazit

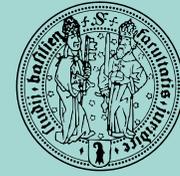
- **Gesetzliche Bevorzugung nahestehender Personen** als Beistandspersonen oder als Platzierungsort für Kinder würde den Schutz der Betroffenen, der erst die behördliche Massnahme rechtfertigt, relativieren.
- Gesetzliche Vorranglösung überzeugt auch darum nicht, weil sie **in der Realität** in vielen Fällen gar **nicht zur Verfügung steht**; wo familiennahe Ressourcen bestehen, dürften diese bereits jetzt genutzt werden. (Gesetzliche Lösung sollte «Normalfall» entsprechen).
- Ein allfällig **gesetzlich vorgegebener Einbezug nahestehender Personen bei der Sachverhaltsermittlung** müsste unter dem Vorbehalt der Ablehnung durch die Betroffenen, des Wohls des Betroffenen sowie der Verfahrensökonomie stehen.

- Die Möglichkeiten von Nahestehenden, sich zu Gunsten der Betroffenen auf dem **Rechtsweg gegen behördliche Entscheide** wehren zu können, könnten optimiert werden.



Universität
Basel

Juristische
Fakultät



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Diskussion?

Twitter: @JurBSFankhauser

Umfrage zum Einbezug nahestehender Personen und zum Umgang mit privaten Beiständen

<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/kesr/ber-ecoplan-umfrage-kesr-d.pdf>

- Umfrage bei sämtlichen **142 KESB**
 - Rücklaufquote 90 %
 - Umfrage im Auftrag des BJ (ECOPLAN, Umfrage Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Bern 2019).
- **Private Beistände:**
 - Erwachsenenschutz: knapp **40 %** der Mandate (mehrheitlich nahestehende Personen, insb. Angehörige und Bekannte)
 - Kinderschutz: **4 %** der Beistandschaften (v.a. Personen aus dem weiteren Umfeld sowie Grosseltern).
 - **Ländliche** KESB setzen deutlich häufiger private Beistände ein als **städtische** KESB; in einem **Gerichtssystem** werden vgl. mit einem **Verwaltungssystem** leicht häufiger private Beistände eingesetzt.

- **Einbezug der nahestehenden Personen in Abklärungen:**
 - **Ein Drittel der KESB** bezieht die Angehörigen *immer* in Abklärungen ein; **die Hälfte** der KESB bezieht sie *häufig* ein.
 - Kein Einbezug, falls Betroffener dies ablehnt oder wenn betroffene Person keine Angehörigen hat.
 - Die Angehörigen werden von der Mehrheit der KESB **explizit auf das Vorschlagsrecht aufmerksam gemacht** (wenn auch etwas weniger häufig als die Betroffenen selbst).
 - Gem. 65 % der KESB machen die Angehörigen jedoch **nur gelegentlich** selbst vom Vorschlagsrecht Gebrauch.