



Dr. Gülcan Akkaya
Beat Reichlin, Meike Müller

Grund- und Menschenrechte im Kindes- und Erwachsenenschutz Ein Leitfaden für die Praxis

1. Auflage 2019
188 Seiten, Broschur 164 x 234 mm
ISBN 978-3-906036-34-2

Die Publikation erschien im interact Verlag, dem Fachverlag der Hochschule Luzern - Soziale Arbeit und ist als Open Access erhältlich.

Das Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Lizenz:



- Name muss genannt werden
- keine kommerzielle Nutzung erlaubt
- keine Derivate (Änderungen) erlaubt


interact

Hochschule Luzern

Soziale Arbeit

interact Verlag
Hochschule Luzern – Soziale Arbeit
Werftstrasse 1
Postfach 2945
6002 Luzern
www.hslu.ch/interact

Webshop: www.interact-verlag.ch



Gülcan Akkaya

Beat Reichlin, Meike Müller

GRUND- UND MENSCHENRECHTE IM KINDES- UND ERWACHSENENSCHUTZ EIN LEITFADEN FÜR DIE PRAXIS

interact

Hochschule Luzern

Soziale Arbeit

Grund- und Menschenrechte im Kindes- und Erwachsenenschutz

Ein Leitfaden für die Praxis

Gülcan Akkaya
Beat Reichlin, Meike Müller

Grund- und Menschenrechte im Kindes- und Erwachsenenschutz

Ein Leitfaden für die Praxis

Gülcan Akkaya
Beat Reichlin, Meike Müller

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

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

ISBN 978-3-906036-34-2

© 2019 interact Verlag Luzern

Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

www.hslu.ch/interact

Bild: © Jenny Sturm – Fotolia.com

Korrekturen: Andreas Vonmoos, terminus textkorrektur, Luzern

Gestaltung: Myriam Wipf, Cyan GmbH, Luzern

Druck: edubook, Merenschwand

Papier: Mondi DNS

Dieser Leitfaden ist an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit in Kooperation mit dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) und mit dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen (EBGB) entstanden.

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts

**HOCHSCHULE
LUZERN**

Soziale Arbeit
FH Zentralschweiz



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSOU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHER)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

**Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung
von Menschen mit Behinderungen EBGB**

Seite		Inhaltsverzeichnis
8		Abkürzungsverzeichnis
10		Danksagung
12		Vorwort
14		Einleitung
16	1	Die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz im Kontext der Sozialen Arbeit
16	1.1	Grund- und Menschenrechte allgemein und in der Sozialen Arbeit
17	1.2	Rolle der Sozialen Arbeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes
19	1.3	Strukturelle und gesellschaftliche Rahmenbedingungen
21	1.4	Relevanz der Menschenrechte
		Teil 1
23		Rechtliche Grundlagen
25	2	Privatrecht in Abgrenzung zum öffentlichen Recht
25	2.1	Übersicht über den zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz
33	2.2	Selbstbestimmung und fremdbestimmter Schutz
41	2.3	Die Rechtsstellung des Kindes
49	2.4	Die Rechtsstellung Erwachsener
59	3	Grund- und Menschenrechte
59	3.1	Grundlagen
69	3.2	Internationale Abkommen
76	3.3	Grund- und Menschenrechte im Kindes- und Erwachsenenschutz
		Teil 2
91		Handlungsprinzipien in der Sozialen Arbeit
92	4	Prinzipien
94	4.1	Unterstützung im Zwangskontext
95	4.2	Professionelle Grundhaltung
96	4.3	Lebensweltorientierung als Konzept für eine kontextbasierte Selbstbestimmung
97	4.4	Kommunikation und Urteilsfähigkeit
98	4.5	Mutmassliche Entscheidungsfindung

Teil 3

Ausgewählte Fallkonstellationen

Kennzeichen der Gefährdung	5	102
Spannungsfelder im Kinderschutz	6	105
Kindeswohl und Kindeswille	6.1	105
Selbstbestimmung und Partizipation	6.2	106
Fremdplatzierungen/ ausserfamiliale Unterbringung	6.3	109
Eltern, Behörden, Mandatsträger	6.4	113
Erwartungshaltungen	6.5	117
Konflikte zwischen Angehörigen	6.6	123
Das Kind im Loyalitätskonflikt	6.7	125
Herausforderndes Verhalten von Angehörigen und rechtlichen Vertretern	6.8	127
Psychische Erkrankungen der Angehörigen	6.9	130
Herausforderndes Verhalten von Jugendlichen	6.10	132
Psychische Erkrankungen	6.11	133
Schwangerschaft	6.12	137
Spannungsfelder im Erwachsenenschutz	7	139
Klienten, Angehörige und rechtliche Vertreterinnen und Vertreter	7.1	139
Finanzen	7.2	141
Wohnen	7.3	146
Freie Wahl der Wohnform und des Wohnorts	7.4	147
Privatsphäre im Heimalltag	7.5	152
Selbstbestimmung bei psychischen Erkrankungen	7.6	155
Selbstbestimmung versus Schutzpflichten	7.7	158
Sucht	7.8	160
Demenz	7.9	161
Selbstbestimmung im Rahmen medizinischer Behandlung	7.10	168
Freiheitseinschränkende Massnahmen	7.11	170
Freiheitseinschränkende Massnahmen in Pflegeeinrichtungen	7.12	172
Literaturverzeichnis		176
Materialienverzeichnis		184
Autorinnen und Autor		186

Abkürzungsverzeichnis

Abb.	Abbildung
Abs.	Absatz
AG	Kanton Aargau
Art.	Artikel
BBl.	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BRK	UNO-Behindertenrechtskonvention/Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (SR 0.109)
BSK ZGB	Basler Kommentar Zivilgesetzbuch
BV	Bundesverfassung
ebd.	ebenda
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
f.	folgend
ff.	fortfolgende
FR	Kanton Fribourg/Freiburg
FU	fürsorgerische Unterbringung
GE	Kanton Genf
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KOKES	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz
KRK	Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes/Kinderrechtskonvention (SR 0.107)
KUKO ZGB	Kurzkomentar Zivilgesetzbuch
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen

NE	Kanton Neuchâtel/Neuenburg
o. ä.	oder ähnlich
SH	Kanton Schaffhausen
sog.	sogenannt
SR	Systematische Rechtsammlung
StGB	Strafgesetzbuch
TG	Kanton Thurgau
VD	Kanton Vaud/Waadt
vgl.	vergleiche
UN/UNO	United Nations/Vereinte Nationen
WHO	World Health Organization
z. B.	zum Beispiel
ZGB	Zivilgesetzbuch

Danksagung

Wir danken Prof. em. Dr. Walter Kälin, ehemaliger Direktor des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte, und Prof. Dr. Walter Schmid, ehemaliger Direktor der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit, die diesen Leitfaden ermöglicht und begleitet haben. Ohne ihr Engagement und ihre Geduld, ihre fachlichen Anregungen und wertvollen Hinweise hätten wir den Leitfaden nicht erarbeiten können.

Ein besonderer Dank gilt den Fachpersonen, die uns im Rahmen von Interviews einen differenzierten Einblick in ihre Alltagsarbeit gegeben haben. Sie waren bereit, am Projekt mitzuwirken und offen über ihre Tätigkeit zu berichten. Ihre intensive Auseinandersetzung mit den Spannungsfeldern der täglichen Praxis hat uns beeindruckt und ihr Vertrauen war ein Geschenk.

Ein besonderer Dank gebührt Kurt Affolter-Fringeli, der sich kurzfristig bereit erklärt hat, im rechtlichen Teil mitzuarbeiten.

Für die Erstellung dieses Leitfadens war die konzeptionelle Beratung durch eine externe Begleitgruppe mit Fachpersonen aus verschiedenen Disziplinen von besonderem Wert. Mitgewirkt haben unter anderen Anne Christine Boss, Iwan Hubschmid, Christina Manser, Ruedi Winet, Dr. Patrick Fassbind, Doris Hösli und Astrid Estermann. Die letzteren drei haben zudem das Manuskript begutachtet und zahlreiche wertvolle Hinweise gegeben.

Ein besonderer Dank gilt Jlanit Schumacher, die in bewährter Manier die organisatorischen Belange der Publikation betreut hat. Nicht zuletzt gebührt ein ganz besonderer Dank Dr. Stephan Kirchschrager und Dr. Ulrike Sturm von der Hochschule Luzern für ihre grossartige Unterstützung.

Ohne finanzielle Unterstützung allerdings wäre es uns nicht möglich gewesen, dieses Projekt zu realisieren. Unser Dank gilt deshalb dem Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen und dessen Geschäftsführer Dr. Andreas Rieder. Im Weiteren danken wir der Schweizerischen Gemeinnützigen Gesellschaft und ihrem Geschäftsführer Lukas Niederberger sowie der Gemeinnützigen Gesellschaft der Stadt Luzern, vertreten durch ihren Präsidenten Urs W. Studer.

Dr. Gülcan Akkaya

Vorwort

Mit dem vorliegenden Leitfaden zu den Grund- und Menschenrechten im Kindes- und Erwachsenenschutz liegt nun der dritte Teil einer bereits vor einigen Jahren gemeinsam von der Hochschule Luzern und dem Schweizerischen Kompetenzzentrum für Menschenrechte geplanten Trilogie zur praktischen Relevanz der Grund- und Menschenrechte für die Soziale Arbeit vor. Deren Bedeutung ist in den letzten Jahren vermehrt ins Bewusstsein von Praktikerinnen und Praktikern sowie Behörden gelangt, und zwar in den drei für die Soziale Arbeit besonders relevanten Tätigkeitsfeldern: in der Sozialhilfe, in der Arbeit mit Menschen mit einer Behinderung sowie im Kindes- und Erwachsenenschutz. Nicht zuletzt sozialpolitische Angriffe von rechts liessen in den letzten Jahren den Eindruck entstehen, «anything goes». Dieser Entwicklung gilt es mit einem klaren Bekenntnis zur Unteilbarkeit der Grund- und Menschenrechte entgegenzutreten, wie es nicht zuletzt in der UNO-Behindertenrechtskonvention und dem erneuerten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht kraftvoll zum Ausdruck kommt.

In allen diesen Bereichen haben wir es mit Menschen zu tun, die sich nur beschränkt für ihre eigenen Rechte einsetzen können. Gleichzeitig bedingt die Arbeit mit ihnen gewisse Eingriffe in ihre Rechtssphäre. Manche können sehr einschneidend sein. In der Praxis ergeben sich daraus öfter Dilemmata, die nicht einfach zu lösen sind, besonders im Kindes- und Erwachsenenschutz, in dem das Recht auf Selbstbestimmung und einschränkende Massnahmen zum Schutz der Betroffenen und Dritter in einem unausweichlichen Spannungsfeld stehen.

Wie seine beiden Vorgänger, weicht auch dieser dritte Leitfaden den schwierigen Fragen nicht aus. Praktikerinnen und Praktiker haben sie in zahlreichen Gesprächen formuliert und an Beispielen anschaulich aufgezeigt. Zu Recht erwarten sie auch praxistaugliche Antworten. So ist auch diesmal ein Werk entstanden, das nicht Rezeptbuch sein will, sondern in einer ehrlichen Auseinandersetzung mit den Dilemmata in der Praxis Orientierungshilfe bietet und zeigt, wie auch in schwierigen Situationen grundrechtskonformes sozialarbeiterisches Handeln möglich ist.

Dieser Leitfaden wird das Bewusstsein der Praktikerinnen und Praktiker für die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte im Kindes- und Erwachsenenschutz stärken, indem er Handlungsempfehlungen für die alltägliche Arbeit gibt. Er macht darüber hinaus klar, dass eine grundrechtskonforme Arbeit mit schutzbedürftigen Menschen zwar anspruchsvoll, aber durchaus möglich, ja zwingend ist.

Wir sind überzeugt, dass auch dieser Leitfaden wie seine Vorgänger, die inzwischen zu den meistverkauften Büchern des interact-Verlages gehören, seine Leserschaft finden wird. Ein ganz besonderer Dank gebührt Gülcan Akkaya, die als Hauptautorin und Projektleiterin diese umfassende Trilogie zu einem gelungenen Abschluss gebracht hat.

Walter Kälin

Walter Schmid

Einleitung

Grundrechte und Menschenrechte sind für die Soziale Arbeit von zentraler Bedeutung. In der Sozialhilfe, der Arbeit mit Menschen mit einer Behinderung oder dem Kindes- und Erwachsenenschutz spielen sie eine wichtige Rolle. Mit dem Kindes- und Erwachsenenschutz befasst sich dieser Leitfaden. Sozialarbeitende sind als Mitglieder einer Behörde, die Massnahmen anordnet, oder als Zuständige für den Vollzug von Massnahmen mit dafür verantwortlich, dass die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen gewahrt werden. Das ist keine leichte Aufgabe, denn zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung und hoheitlichen Eingriffen in die Rechte der Betroffenen besteht ein Spannungsverhältnis, das in der Praxis immer wieder zu Dilemmata führt. Wann sind Massnahmen nötig, um den Schutz eines Kindes oder einer erwachsenen Person zu gewährleisten? Wann sind Eingriffe nicht erforderlich oder zu weitgehend? Wann und unter welchen Voraussetzungen sind Einschränkungen der Grundrechte zulässig, und wann sind sie nicht statthaft? Nichts führt daran vorbei, sich im Alltag anhand konkreter Fälle mit diesen Fragen auseinanderzusetzen und sich ein Urteil zu bilden. Das will dieser Leitfaden.

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bewegt sich an der Schnittstelle zwischen öffentlichem und privatem Recht. Es ist im Zivilgesetzbuch geregelt und enthält eine Vielzahl von Normen, die eine Einschränkung der Rechte schutzbedürftiger Menschen ermöglichen oder erfordern. Der Staat hat die Pflicht, den Schutz von Kindern oder Erwachsenen, die nicht in der Lage sind, ihre Rechte selber wahrzunehmen, sicherzustellen. Gleichzeitig hat er die Aufgabe, ihnen weitestgehende Autonomie zu gewähren. Er ist verpflichtet, ihnen Fachkräfte zur Seite zu stellen, die sie begleiten oder bei der Wahrnehmung ihrer Rechte vertreten. Oft sind dies Professionelle der Sozialen Arbeit. Für sie stellt sich die Frage: Wie kann eine Balance hergestellt werden zwischen staatlich legitimierten Eingriffen in die individuellen Rechte der Be-

troffenen und der Wahrung ihres grundrechtlichen Anspruchs auf Selbstbestimmung? Was kann getan werden, Betroffene oder Dritte einerseits zu schützen und sie andererseits zu eigenständigem Handeln und Entscheiden zu befähigen? Das neue Kindes- und Erwachsenenrecht hat hier mit der Individualisierung der Massnahmen für die Entscheidungs- und Vollzugsorgane erweiterte Handlungsspielräume geschaffen.

Dieser Leitfaden schlägt eine Brücke zur Praxis. Wie schon bei den Vorgängerbänden bildeten auch hier Gespräche mit Mitarbeitenden der verantwortlichen Dienste und Behördenmitgliedern den Ausgangspunkt des Projektes¹. Es wurden zahlreiche Interviews mit Fachpersonen aus den verschiedenen Bereichen des Kindes- und Erwachsenenschutzes geführt. Dabei kamen Spannungsfelder und Dilemmata zur Sprache, die sich bei der Umsetzung von Grund- und Menschenrechten ergeben und auf die Praktikerinnen und Praktiker gerne eine Antwort hätten. Ausgehend von diesen sehr offenen Gesprächen wurden typische, in der Praxis häufig auftretende Fallkonstellationen entworfen, die im dritten Teil dieses Leitfadens dargestellt werden. Zu jedem einzelnen Fall finden sich zunächst rechtliche Erwägungen, bevor mit konkreten Handlungsempfehlungen versucht wird, praxistaugliche Antworten zu geben, welche die zentralen Werte der Grund- und Menschenrechte miteinbeziehen.

Ein Rezeptbuch ist dabei nicht entstanden. Die Leserinnen und Leser werden selber beurteilen müssen, ob die vorgeschlagenen Lösungen für ihre Alltagspraxis tauglich sind. Zweifelsohne bleiben den im Kindes- und Erwachsenenschutz Tätigen ethische Dilemmata und Zweifel nicht erspart, zumal es stets Unwägbarkeiten gibt. Die Arbeit bleibt anspruchsvoll, am eigenen Urteil kommt niemand vorbei. Der vorliegende Leitfaden stellt aber einen Kompass dar, der es ermöglicht, reflektiert und nachhaltig zu entscheiden und so dem Schutzbedürfnis und der Selbstbestimmung der Betroffenen aus grundrechtlicher Perspektive Rechnung zu tragen. Er bietet für das Handeln im Alltag Orientierung und eine gewisse Sicherheit.

Einleitend zeigen wir die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte für das Kindes- und Erwachsenenschutz im Kontext der Sozialen Arbeit auf. Im Anschluss daran werden der zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutz und die entsprechenden Grund- und Menschenrechte dargelegt. Der zweite Teil thematisiert die Handlungsprinzipien und Konzepte der Sozialen Arbeit. Im dritten Teil werden anhand von Fallbeispielen konkrete Spannungsfelder in der Praxis besprochen und grundrechtskonforme Lösungsansätze aufgezeigt. Fachpersonen und Behörden sollen dadurch unterstützt werden, in schwierigen Situationen grundrechtskonform zu handeln.

1 Vgl. Akkaya/Martin, 2013: Vorstudie Menschenrechte im Sozialwesen.

1 Die Bedeutung der Grund- und Menschenrechte im Bereich Kindes- und Erwachsenenschutz im Kontext der Sozialen Arbeit

Allen Sozialarbeitenden sollte es ein Anliegen sein, solide Kenntnisse über die Grund- und Menschenrechte zu besitzen und die Auswirkungen eigenen Handelns auf die Gewährleistung dieser Rechte einschätzen zu können. Sie stellen die Richtschnur in ihrem beruflichen Alltag dar und bieten Orientierung. Folgende Erläuterungen führen in das Thema ein und stellen die Grund- und Menschenrechte in den Kontext der Sozialen Arbeit.

1.1 Grund- und Menschenrechte allgemein und in der Sozialen Arbeit

Grund- und Menschenrechte sind von der Verfassung und den internationalen Konventionen geschützte Ansprüche des Einzelnen an den Staat. Sie stehen allen Menschen zu und dienen dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person, der Freiheit, der Entfaltungsmöglichkeit, der Selbstbestimmung und der Würde. Grundrechte schützen die Persönlichkeit des Menschen und sichern dem Einzelnen ein Mindestmass an Entfaltungs- und Partizipationsmöglichkeiten für ein selbstbestimmtes Leben in Freiheit, Gleichheit und Sicherheit.²

Gerade auch das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht soll die Menschenwürde jener Menschen schützen, die zur Wahrnehmung ihrer Handlungsfähigkeit auf Unterstützung angewiesen oder aus anderen Gründen hilfsbedürftig sind. Die Schutzbedürftigkeit dieser Menschen ist zu gewährleisten und ihr Selbstbestimmungsrecht so weit wie möglich zu erhalten und zu fördern.³ Im Kontext des Kindes- und

² Vgl. Kiener/Kälin, 2007, S. 9.

³ Vgl. Häfeli, 2013.

Erwachsenenschutzes arbeiten Soziantätige mit Menschen zusammen, deren Rechte eingeschränkt und damit auch verletzt werden können. Der Staat und seine Institutionen, ja alle, die staatlichen Aufgaben wahrnehmen, sind verpflichtet, zur Verwirklichung der Grundrechte in den verschiedenen Lebensbereichen beizutragen. Sozialarbeitende etwa sind dies im Rahmen ihrer Tätigkeit im Kindes- und Erwachsenenschutz, in der Sozialhilfe, in sozialpädagogischen Einrichtungen, in Institutionen für Menschen mit Behinderungen, in der Schule oder im öffentlichen Gesundheitswesen. Für die Sozialarbeitenden stellt sich die Frage, wie das Recht auf ein unabhängiges und selbstbestimmtes Leben gefördert werden kann. Nebst Gesetzgebung und Sozialpolitik sind auch die Organisationen des Kindes- und Erwachsenenschutzes sowie Fachpersonen und Behörden gefordert, die Betroffenen zu befähigen, ihre Grundrechte in Anspruch zu nehmen.

1.2 Rolle der Sozialen Arbeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes

Der Kindes- und Erwachsenenschutz erstreckt sich auf die Gesamtheit aller Lebensumstände, welche einem Kind eine gedeihliche Entwicklung hin zur autonomen Persönlichkeit und einer erwachsenen Person ein Leben in Würde und Sicherheit ermöglichen.⁴ Diese Lebensumstände sind durch historische, wirtschaftliche, kulturelle, soziale, politische und individuelle Faktoren geprägt, welche zum Teil auch von der Sozialen Arbeit mitbestimmt und mitgetragen werden. Soziale Arbeit ist in diesem Sinne eine Querschnittsdisziplin, kann durch staatliche (z.B. soziale Dienste) oder private Institutionen (z.B. «Pro»-Werke oder firmeneigene Sozialdienste) erbracht werden und gesellschaftlichen oder auf die einzelne Person ausgerichteten Dienstleistungen zugeordnet sein.

Ein Teil dieser Sozialen Arbeit bewegt sich im Bereich des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzes, also eines Schutzbereichs, welcher im schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt ist und von Seiten des Staates eine Garantie bieten will, dass besonders schutzbedürftige minderjährige oder erwachsene Menschen auf Hilfe und Unterstützung zählen können. Als besonderes Charakteristikum erweist sich dabei der Umstand, dass nicht nur das persönliche Wohl, sondern auch die Wahrung rechtlicher und vermögensbezogener privater Interessen vom Staat garantiert wird und den von den zuständigen Behörden den schutzbedürftigen Personen zur Seite gestellten Helfern als Pflicht und Verantwortung auferlegt werden.

4 Vgl. Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307-327c N 112, S. 402.

Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht, das im Januar 2013 in Kraft getreten ist, und den damit einhergehenden Anpassungen des Kindesschutzrechts⁵ wurden wichtige Schritte zur Professionalisierung jener Behörden, welche für den zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz zuständig sind, vollzogen. Die Gesetzgeberin erhoffte sich damit, den Ansprüchen an eine grundrechtskonforme Praxis besser gerecht zu werden als die früheren, nebenamtlichen Laienbehörden, welche vielerorts durchaus gut funktionierten, aber auch grosse Missstände wie die «Kinder der Landstrasse», Verdingkinder, administrativ Versorgte und fragwürdige Adoptionen zu verantworten hatten. Mit der Schaffung interdisziplinärer Fachbehörden und -gerichte hat die Soziale Arbeit insofern eine Aufwertung erfahren, als seither ihre Kompetenz ebenso anerkannt wird wie juristisches Fachwissen. Die Fachhochschulen bieten dementsprechend breitangelegte, qualifizierende Weiterbildungen an, welche dieser Aufwertung auch Rechnung tragen wollen. Nicht nur an Gerichten und in Behörden sind Fachpersonen der Sozialen Arbeit wichtige Akteure des Kindes- und Erwachsenenschutzes, sondern auch bei der Führung von Beistandschaften oder dem Vollzug von anderen Kindesschutzmassnahmen, welche zumeist Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeitern übertragen werden. In diesem Bereich wurde die Rechtswissenschaft sogar zurückgebunden: Während früher in manchen Landesgegenden das Amt des Amtsvormundes, wie es damals hiess, Rechtsgelehrten anvertraut war, sind es heute überwiegend Sozialarbeitende oder Juristinnen und Juristen mit Zusatzausbildung in Sozialer Arbeit, welche als Berufsbeistandspersonen amten. Umso wichtiger ist es, dass die Fachpersonen der Sozialen Arbeit mit der Bedeutung der Grund- und Menschenrechte in ihrem Fachgebiet vertraut sind.

Der Fokus des vorliegenden Leitfadens liegt auf den Tätigkeitsfeldern von Sozialarbeiterinnen und -arbeitern sowie auf deren Rollen und Funktionen im Bereich des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzes. In der täglichen Praxis stossen Professionelle immer wieder auf grundrechtliche und ethische Fragen, da sie mit ihren Unterstützungshandlungen und Entscheidungsbefugnissen in höchst sensible Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen eingreifen. Sozialarbeitende bewegen sich in ihrer täglichen Praxis an der Schnittstelle zwischen staatlich legitimer Autorität und individueller Interessenwahrung, was zu Spannungsfeldern führen kann. Gerade in schwierigen Lebenslagen von Kindern, Jugendlichen, älteren Menschen oder Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen müssen Sozialarbeitende für ihre Adressaten und Adressatinnen stellvertretend Entscheidungen treffen und diese manchmal auch gegen den Willen der Betroffenen durchsetzen. Bei Mandaten für Minderjährige, welche unter elterlicher Sorge stehen, werden die Eingriffe in die elterliche Autonomie

5 Vgl. Reusser, 2016a, Rz. 1.21 ff., S. 11 f., und Rz. 1.31 f., S. 16 f.

zwar von der KESB verfügt; nichtsdestotrotz können Beistands- und Aufsichtspersonen bei der Umsetzung in grundrechtsrelevante Dilemmata geraten, wenn dem Recht auf Familie der Schutz der Persönlichkeit des Kindes gegenübersteht.

1.3 Strukturelle und gesellschaftliche Rahmenbedingungen

Der Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzes geschieht in einem spannungsreichen gesellschaftlichen und strukturellen Kontext, der von grossem öffentlichem Druck und knappen Ressourcen geprägt ist. Das Spannungsfeld wird abgesteckt von der Schutzpflicht des Staates, den Interessen der betroffenen Person, jenen der Angehörigen des persönlichen Umfelds und den Erwartungen einer weiteren Öffentlichkeit.

Beim erstgenannten Faktor, der Schutzpflicht, hat der Staat sicherzustellen, dass schutzbedürftige Kinder und Erwachsene keinen Gefährdungen ausgesetzt werden, sei es durch ihr eigenes Handeln oder Unterlassen oder jenes Dritter. Ebenso gehört zu seiner Schutzpflicht, sicherzustellen, dass Drittpersonen nicht durch Menschen, die ihr Handeln nicht einschätzen können, gefährdet werden. Zu bedenken ist: Die Abklärung der Gefährdungslage ist eine höchst anspruchsvolle Aufgabe, bei der es eine letzte Sicherheit nicht geben kann.

Mit der Schutzpflicht eng verbunden ist der zweite Faktor: Eingriffe des Staates in die Grund- und Menschenrechte der betroffenen Menschen. Die Betroffenen werden durch Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes in ihrer Handlungsfreiheit und Autonomie eingeschränkt. Dem Staat kommt neben der Schutzpflicht die ebenso wichtige Aufgabe zu, die Handlungsfreiheit der Betroffenen so weit wie möglich zu gewährleisten. Dabei können Schutzbedarf und Autonomie in einen Gegensatz geraten. Bei der Ausübung ihrer Grund- und Menschenrechte sollen Menschen in ihrer Selbstbestimmung nur so weit eingeschränkt werden, wie dies zu ihrem Schutz oder zum Schutz Dritter unbedingt nötig ist. Sie sind so weit wie möglich in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Dies gilt auch für Kinder, die dadurch allerdings leicht in Loyalitätskonflikte mit Eltern und Vertrauenspersonen geraten.

Drittens greifen Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes regelmässig in die Rechte und Interessensphären von Angehörigen ein. Eine Fremdplatzierung etwa kann die Erziehungsrechte der Eltern massgeblich beschneiden. Auch diese Rechte sind von der Verfassung geschützt und vom Staat zu respektieren. Angehörige wiederum haben nicht selten sehr viel für die Schutzbedürftigen getan und wollen ein Wort mitreden. Aus unterschiedlichsten Motiven können sie sich für oder gegen Massnahmen einsetzen. Ihre Stimme muss gehört werden.

Schliesslich hat auch die Öffentlichkeit ein legitimes Interesse am Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzes. Sie erwartet, dass Menschen, die für sich selber nicht (mehr) handeln können, den nötigen Schutz erfahren. Dies gilt insbesondere für Kinder und ihr Wohl. Was dem Kindeswohl dient, wird allerdings oft unterschiedlich beurteilt. Dies gilt auch hinsichtlich der Frage, welche Einschränkungen der Autonomie Erwachsener erforderlich und welche unnötig sind. Fehlentscheide oder vermeintliche Fehlentscheide von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden können gravierende Auswirkungen haben. Entsprechend finden sie in den Medien und der Öffentlichkeit ihren Widerhall. Die Vollzugsbehörden stehen unter Beobachtung und geraten rasch in die öffentliche Kritik.

Allein diese kurze Darstellung der Rahmenbedingungen zeigt, dass sich der Kindes- und Erwachsenenschutz in einem anspruchsvollen Umfeld bewegt. Die am Vollzug beteiligten Behörden und Fachpersonen stehen oft einer Vielzahl von Beteiligten gegenüber und sind gehalten, die unterschiedlichsten Interessen zu erkennen, zu gewichten und zu beurteilen. Dazu bedarf es eines hohen Masses an Menschenkenntnis und Professionalität.

Zu den Rahmenbedingungen gehören auch die finanziellen Ressourcen. Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes sind oft teuer. Das gilt besonders für stationäre Platzierungen von Kindern. Die Kosten werden je nach Situation und Örtlichkeit von unterschiedlichen Sozialversicherungen, privaten oder öffentlichen Kostenträgern übernommen. Diese wollen in der Regel mitreden. Zwar ist es Aufgabe der professionellen Fachbehörden, die Entscheidung über Massnahmen zu treffen und allein zu verantworten. Gleichwohl verursacht die Kostenfrage einen gewissen Druck, der für die Akzeptanz der Entscheide nicht unbedeutend ist.

Nicht nur der Kosten wegen stehen die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden unter einem hohen Legitimationsdruck, welcher ein Verhalten begünstigen kann, möglichst keine Risiken einzugehen und abzuwarten. Dabei kann sowohl ein «Zuviel» als auch ein «Zuwenig» an Massnahmen zu öffentlicher Kritik führen. Gerne übersehen wird, dass Entscheide oft zeitkritisch gefällt werden und nicht aufgeschoben werden können. Gerade im Kinderschutz kann es erforderlich sein, rasch einzugreifen und zu entscheiden. Hinzu kommt, dass längst nicht immer Einrichtungen zur Verfügung stehen, die im jeweiligen Fall eine ideale Lösung bieten, und sich die Behörden zu Kompromissen gezwungen sehen. Jedoch gilt: Auch suboptimale Lösungen sind manchmal Lösungen.

Ein anderer Aspekt, der nicht übersehen werden darf, ist die soziale und ökonomische Marginalisierung vieler Betroffener und ihrer Familien. Jene Kinder, die in Armut leben, und insbesondere Kinder, deren Eltern als vorläufig Aufgenommene un-

ter dem Existenzminimum leben, können am sozialen und gesellschaftlichen Leben nicht teilnehmen. Die Lebensperspektiven sind damit oft begrenzt und die Kinderrechte eingeschränkt. Eltern können mit der Erziehung überfordert sein, zerrütete Ehen machen die Wahrnehmung der Elternrechte schwierig, psychisch auffällige Erwachsene haben mit den normativen Anforderungen des Lebens Probleme, kranke Menschen verfügen oft über einen eingeschränkten Handlungsspielraum – nicht nur, aber besonders diese Menschen sind auf Schutz angewiesen. Kindes- und Erwachsenenschutz ist hier nicht ausschliesslich als Unterstützung in individuellen Problemlagen zu betrachten, sondern hat eine gesellschaftliche Dimension.

Seit sie 2013 die alten Laienvormundschaftsbehörden abgelöst haben, werden die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) in der Öffentlichkeit oftmals negativ wahrgenommen. Aufsehenerregende Einzelfälle werden instrumentalisiert und skandalisiert. Die Institutionen des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzes werden teils auch politisch in Zweifel gezogen oder gar diskreditiert. Dieser mediale und gesellschaftliche Diskurs hat einen Einfluss auf den Praxisalltag der Sozialarbeitenden. Wichtig sei es, so die Aussage von Sozialarbeitenden, sich von dieser «Anti-KESB-Haltung» nicht beirren oder in seiner täglichen Arbeit beeinflussen zu lassen. Es gilt zu handeln und die Angst abzulegen, potenziell mit jeder Handlung in die Schlagzeilen zu kommen und angegriffen zu werden. Zur Unterstützung wird mittlerweile auch mehr Aufklärungsarbeit darüber geleistet, in welchen Bereichen die KESB zuständig ist, wann sie zum Einsatz gelangt und nach welchen Grundsätzen und Regeln sie handelt.

1.4 Relevanz der Menschenrechte

Die Menschenrechte bieten eine Orientierungshilfe für Lösungen in diesen Spannungsfeldern und helfen, in der Vergangenheit gemachte Fehler zu vermeiden. Ein Blick auf die Geschichte des Sozialwesens zeigt, dass in der Schweiz und anderswo der Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzes von gesellschaftlichen Wertungen und Ideologien geprägt war. Zu denken ist etwa an den Obhutsentzug betreffend Kinder von Fahrenden, die Zwangssterilisation als eugenische Massnahme, die nicht nur bei Behörden, sondern auch im Kreis von Sozialtätigen durchaus Anklang fand, oder die administrativen Versorgungen. Ein waches Bewusstsein für den Einfluss gesellschaftlicher Wertungen auf den Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzes gehört heute zur professionellen Ausrüstung aller am Vollzug Beteiligten.

Teil 1

Rechtliche Grundlagen



Für diesen Leitfaden sind zwei Bereiche des Rechts von Bedeutung. Zunächst geht es um das zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Dieses bestimmt, wann und in welcher Form Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht einer erwachsenen Person oder von Eltern eines Kindes möglich und erforderlich sind. Der Schutzgedanke steht dabei im Vordergrund. Das zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, vormals Kindes- und Vormundschaftsrecht, darf in unserem Zusammenhang als das Spezialrecht betrachtet werden, das im Einzelnen regelt, wer unter welchen Voraussetzungen in die Rechtsstellung eines Menschen eingreifen darf. Bedeutsam für diesen Leitfaden sind zudem die Grund- und Menschenrechte. Sie setzen den äusseren Rahmen und bestimmen in genereller Art, welche Rechte den Menschen zustehen, auf welche Art Menschen, die zur eigenen Interessenwahrung nicht imstande sind, auf staatliche Hilfe zählen dürfen und wo die Schranken staatlicher Interventionen liegen. Als rechtliche Bestimmungen, welche in der Verfassung oder in internationalen Abkommen festgehalten sind, gehen sie grundsätzlich den privatrechtlichen Bestimmungen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts vor, soweit die grundrechtlichen Prinzipien nicht bereits Eingang in das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht gefunden haben. Entsprechend sollen in diesem Teil zunächst die Bestimmungen des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und danach die Grund- und Menschenrechte dargestellt werden.

2 Privatrecht in Abgrenzung zum öffentlichen Recht

Der zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutz ist im Familienrecht als Teil des schweizerischen Privatrechts geregelt, weshalb die materiellen Normen, aber auch grundlegende Verfahrensbestimmungen, im Zivilgesetzbuch enthalten sind. Inhaltlich wird es dem Sozialrecht zugeordnet.⁶ Das Sozialrecht stellt eine Querschnittsmaterie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht dar. Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts kommt hinzu, dass es als Teil des Eingriffssozialrechts zu verstehen ist und Unterstützung und Hilfe stets behördliche Eingriffe in die Rechtsstellung oder zumindest die persönliche Freiheit der betroffenen Personen bedeuten.⁷ Deshalb nimmt das zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eine Sonderstellung zwischen zivilem und öffentlichem Recht ein⁸, und Entscheide, welche von den KESB getroffen werden, werden im Sprachgebrauch des Bundesgerichtsgesetzes als öffentlich-rechtliche Entscheide in Zusammenhang mit dem Zivilrecht bezeichnet.⁹

2.1 Übersicht über den zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz

Die Präambel der Bundesverfassung besagt, dass sich die Stärke eines Volkes am Wohl des Schwachen misst. Daraus lässt sich folgern, dass der Staat aufgerufen ist, verletzte Personen zu schützen, zu unterstützen und ihnen zu helfen. So kennen

⁶ Vgl. Fountoulakis/Rosch, 2016, S. 23 f.

⁷ Vgl. Fountoulakis/Rosch, 2016, S. 23 f. S. 23 f.

⁸ Vgl. Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 101 S. 396 und Rz. 227 S. 433; Hegnauer, 2006, S. 27; Auer, 2013, S. 1. ff.

⁹ Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 BGG (SR 173.110).

wir in der Verfassung das Recht auf Hilfe in Notlagen (Art. 12 BV), den Schutz von Kindern und Jugendlichen (Art. 11 BV), die Sozialziele (Art. 41 BV) sowie die Grundlagen der unterschiedlichen Sozialversicherungen (Art. 111 ff. BV). Vielfältige Angebote und Aktivitäten auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene bilden die gesellschaftspolitische Grundlage zu sozialer Sicherheit und sozialem Frieden.¹⁰

Was aber geschieht, wenn ein selbstbestimmter Alltag nicht möglich oder nicht mehr möglich ist, wenn also die vorhandenen Bewältigungs- und Handlungsmuster nicht (mehr) ausreichen oder von den Betroffenen nicht eingesetzt werden können, um den Alltäglichkeiten nachzukommen, wenn öffentliche oder private Hilfsangebote fehlen oder nicht greifen und eine Selbst- oder Fremdgefährdung droht oder bereits besteht? Hier setzt das zivilrechtliche Kindes- und Erwachsenenschutzrecht an. Es orientiert sich zunächst an den Ursachen und deren Auswirkungen. Für den Kinderschutz gelten dabei teils andere Regeln als für den Erwachsenenschutz, weil im Kinderschutz sowohl die Eltern als auch das Kind Adressaten behördlicher Massnahmen sind, während sich der Erwachsenenschutz auf das einzelne Individuum beschränkt.

Zivilrechtlicher Kinderschutz

Elterliche Sorge

Eltern sind grundsätzlich primär verantwortlich für die Wahrung der Interessen des Kindes und dessen Wohlergehen.¹¹ Deren Vertretungs- und Fremdbestimmungsmacht reduziert sich kontinuierlich mit der Reife des Kindes¹², das mit Erreichen des 18. Altersjahres volle Handlungsautonomie erhält, wenn es ihm nicht an der nötigen Urteilsfähigkeit fehlt.¹³ Damit übernimmt das Kind kontinuierlich und altersgemäss Mitverantwortung für sein Wohlergehen und wird der Reife entsprechend auch zunehmend Adressat oder Mitadressat allfälliger Kinderschutzmassnahmen.¹⁴

¹⁰ Vgl. zur Kinder- und Jugendpolitik beispielsweise die Erklärung der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73118.html> (zuletzt besucht am 28.11.2018).

¹¹ Art. 301–306, Art. 318 ff. ZGB.

¹² Art. 301 Abs. 2 ZGB.

¹³ Art. 13 ZGB.

¹⁴ Vgl. Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307-327c N 171 S. 421.

Als Inhaber der elterlichen Sorge obliegt den Eltern die Verantwortung für die Betreuung, Pflege, Entwicklung, Schulung und Ausbildung, aber auch die Vertretung ihrer Kinder und die Verwaltung des Kindesvermögens. Sie können sich dabei durch Dritte unterstützen lassen und unterstehen auch staatlichem Zwang (z.B. Schulpflicht). Wenn sie an ihre Grenzen stossen oder aus anderen Gründen Unterstützung brauchen, können und sollen sie von sich aus geeignete Massnahmen treffen. Erst wenn das Kindeswohl gefährdet ist und die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe sorgen oder dazu ausserstande sind, greifen die zuständigen Kinderschutzbehörden (KESB oder im Rahmen eherechtlicher Massnahmen das Gericht) mit geeigneten Massnahmen ein.

Zivilrechtliche Kinderschutzmassnahmen

Das zivilrechtliche Kinderschutzrecht kennt eine abschliessende Massnahmenordnung, welche in unterschiedlicher Intensität in die Rechtsstellung und persönliche Freiheit von Eltern und Kind eingreift:

Abbildung 1: Kindesschutzmassnahmen

<p>Geeignete Massnahmen (Art. 307 Abs. 3 ZGB)</p> <p>Geeignete Massnahmen sind niederschwellige Interventionen des zivilrechtlichen Kinderschutzes, die allenfalls auch in Kombination mit anderen Kindesschutzmassnahmen angewendet werden.¹⁵</p> <p>Dazu zählen: · <i>Ermahnung</i> · <i>Weisung</i> · <i>Erziehungsaufsicht</i></p>
<p>Beistandschaften und Vertrauensperson</p> <p>Mit der Errichtung einer Beistandschaft wird für das Kind neben seinen Eltern zusätzlich eine Beistandsperson ernannt, die je nach Art der Beistandschaft allgemeine beraterrische oder spezifische Aufgaben und Befugnisse hat, um der Gefährdungslage rund um das Kindeswohl angemessen zu begegnen:</p> <ul style="list-style-type: none">· <i>Vertretungsbeistandschaft</i> gemäss Art. 306 Abs. 2 oder Art. 544 Abs. 1bis ZGB, sofern die Eltern am Handeln verhindert sind oder in einer Interessenkollision stehen.· <i>Beistandschaft</i> nach Art. 308 ZGB mit unterschiedlichen Befugnissen und Aufgaben:<ol style="list-style-type: none">a) Unterstützung der Eltern mit Rat und Tat im Sinne eines Erziehungsberatungsauftrags (Art. 308 Abs. 1 ZGB)b) mit besonderen Befugnissen, das heisst Aufgaben mit punktuellen Vertretungstätigkeiten und Interessenwahrnehmung betreffend besondere Kinderbelange (Art. 308 Abs. 2 ZGB), beispielsweise Feststellung der Vaterschaft, Wahrung des Unterhaltsanspruchs, Überwachung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind etc.c) punktuelle Aufgaben mit ausschliesslicher Entscheidungszuständigkeit (Vertretungsmacht) der Beistandsperson, weshalb in diesem Bereich die elterliche Sorge eingeschränkt ist (Art. 308 Abs. 3 ZGB). Eine massgeschneiderte Lösung wie im Erwachsenenschutz ist vonnöten mit konkreten, geeigneten, wirksamen und in der Praxis umsetzbaren Aufträgen und Kompetenzen.· <i>Verfahrensbeistand</i> nach Art. 314abis ZGB, um die Interessen des Kindes in einem Kindesschutzverfahren zu wahren.· Beistandschaft zur <i>Verwaltung des Kindesvermögens</i> nach Art. 325 ZGB.· <i>Vertrauensperson</i> in Heim oder Pflegefamilie nach Art. 1a Abs. 2 lit. b PAVO.
<p>Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB)</p> <p>Das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, ist Teil der elterlichen Sorge. Die Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts ist dann angezeigt, wenn ambulante unterstützende Massnahmen nicht ausreichen, um den notwendigen Schutzbedarf des Kindes angemessen zu decken. Eine Platzierung ausserhalb der Kernfamilie stellt stets eine erhebliche Zäsur in der Biografie aller Betroffenen dar. Entsprechend werden hohe Anforderungen an eine behördliche Entscheidung gestellt.¹⁶</p>

¹⁵ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 2.21 f. S. 38.

¹⁶ Vgl. KOKES, 2017, S. 60f.

Entziehung der elterlichen Sorge (Art. 311/312 ZGB)
Eine Entziehung der elterlichen Sorge ist der schwerste Eingriff in Elternrechte. Die Massnahme gilt als Ultima ratio. Sie kommt grundsätzlich nur in Frage, wenn alle Alternativen ausgeschöpft wurden oder sich von vornherein als ungenügend erweisen würden. ¹⁷
Vormundschaft (Art. 327a–c ZGB)
Steht ein Kind nicht mehr unter elterlicher Sorge, so wird für das Kind eine Vormundschaft errichtet. Dabei ist die Rechtsstellung des Kindes fast identisch mit jener eines Kindes, das unter elterlicher Sorge steht. Die Vormundschaft entfällt zwingend und automatisch, sobald das Kind volljährig wird.
Sonderfall: Schranken im Rahmen des persönlichen Verkehrs zwischen Kind und Eltern ohne Obhut (Art. 274 ZGB)
Art. 274 Abs. 1 ZGB statuiert und appelliert an die gegenseitige Loyalitätspflicht der Eltern, damit das Eltern-Kind-Verhältnis möglichst unbeschwert und frei von negativen gegenseitigen elterlichen Einflüssen bleibt. Oberste Maxime ist auch hier das Kindeswohl. Wird das Kindeswohl im Rahmen des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind durch die Verletzung der Loyalitätspflicht oder andere Gründe gefährdet, so kann das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (Art. 274 Abs. 2 ZGB), wobei in der Regel weitergehende Kindesschutzmassnahmen gleichzeitig zu prüfen sind.

Zivilrechtlicher Erwachsenenschutz

Das seit 2013 in Kraft stehende, totalrevidierte Erwachsenenschutzrecht orientiert sich an einer prioritären Hinwendung zur Sorge um die Person selbst und damit an der Wahrung ihrer Grundrechte. Es baut auf verschiedenen Möglichkeiten auf, für den Fall des Verlustes ihrer autonomen Lebensgestaltungsfreiheit (z. B. infolge Verlusts der Urteilsfähigkeit) zunächst autonom Vorsorge zu treffen oder von Gesetzes wegen durch Angehörige und Nahestehende vertreten zu werden, bevor behördlich angeordneter Schutz nötig wird.¹⁸ Wenn als Ultima ratio behördlich angeordneter Schutz erforderlich wird (namentlich Anordnung einer Beistandschaft oder fürsorgerische Unterbringung), stehen Lösungen unter Beizug der eigenen Familie im Vordergrund. Mit dem neuen Erwachsenenschutzrecht, welches das frühere Vormundschaftsrecht abgelöst und neue Rechtsinstitute geschaffen hat, wird sich wenig an der sozialen Realität ändern, dass schutzbedürftige Menschen dank eines ausgebauten sozialen und medizinischen Versorgungssystems und Nachbarschaftshilfe auch ohne förmliche Vertretung durch schwierige Lebensphasen getragen wer-

¹⁷ Vgl. dazu ferner die Ausführungen KOKES, 2017, Rz. 2.98 ff., S. 65 ff.

¹⁸ Vgl. Reusser, 2016a, Rz. 1.9–1.20, S. 6 ff.

den.¹⁹ Aber das neue Recht bietet mehr grundrechtsbezogene Sicherheit, welche im Bedarfsfall durch eine interdisziplinäre Fachbehörde (KESB) garantiert wird.

Autonome Vorsorgeinstrumente (Art. 360–373 ZGB)

Mit der Einführung persönlicher Vorsorgeinstrumente auf Bundesebene wie des Vorsorgeauftrags und der Patientenverfügung wird das *Selbstbestimmungsrecht* erheblich gefördert (vgl. Art. 360 ff. ZGB). Entsprechend kann eine urteilsfähige Person Anordnungen für den Fall treffen, dass sie beispielsweise wegen Unfall oder Krankheit ihre Urteilsfähigkeit vorübergehend oder dauernd verliert.

- a) Mit einem *Vorsorgeauftrag* kann sie eine natürliche oder juristische Person beauftragen, die Belange in der Personen- und der Vermögenssorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr zu übernehmen (vgl. Art. 360 ff. ZGB). Tritt der Fall ein, dass die betroffene Person urteilsunfähig wird, so ist der Vorsorgeauftrag durch die KESB zu validieren (vgl. Art. 363 ZGB). Entspricht der Vorsorgeauftrag den gesetzlichen Voraussetzungen, kann die oder der Beauftragte im Sinne des Auftrags tätig sein.
- b) Mit einer *Patientenverfügung* kann festgelegt werden, welchen medizinischen Massnahmen im Falle der Urteilsunfähigkeit zugestimmt und welche abgelehnt werden (vgl. Art. 370 ff. ZGB). Es kann darin auch eine Person bezeichnet werden, die über medizinische Massnahmen entscheiden soll, und es können ihr diesbezügliche Weisungen erteilt werden.

Vertretung von Gesetzes wegen (Art. 374–381 ZGB)

Mit dem Rechtsinstitut der Vertretung von Gesetzes wegen durch den Ehegatten oder eingetragene Partnerschaft besteht eine gesetzliche Grundlage dafür, dass die grundlegenden persönlichen und materiellen Alltagsbedürfnisse im Falle einer Urteilsunfähigkeit eines Partners oder einer Partnerin auch ohne Vorkehrungen im Rahmen der eigenen Vorsorge sichergestellt werden können (vgl. Art. 374 ZGB). Entsprechend erfuh *die Solidarität in der Familie eine Stärkung*.

Auch mit der Vertretung bei medizinischen Massnahmen wurde eine Regelungslücke geschlossen, die zuvor teilweise kantonale unterschiedlich ausgestaltet war (vgl. Art. 377 ff. ZGB). Art. 378 ZGB legt dabei eine Reihenfolge fest, nach der einzelne Personen mit besonderer Beziehungsnähe zur Vertretung berechtigt sind. Bei dieser sogenannten Vertretungskaskade hat der Gesetzgeber explizit darauf verzichtet, bei Urteilsunfähigkeit eines Patienten zwingend eine behördliche Intervention vorzusehen.²⁰

¹⁹ Vgl. Geiser, 2003, S. 99.

²⁰ Vgl. Aebi-Müller, 2016b, S. 135.

Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (Art. 382 ff. ZGB)

Mit den Bestimmungen über den *Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen* wird ein besonderer Schutz für urteilsunfähige erwachsene Personen in Einrichtungen garantiert. Insbesondere werden die formalen Bedingungen eines Betreuungsvertrags, die Voraussetzungen für bewegungseinschränkende Massnahmen bei urteilsunfähigen Bewohnerinnen und Bewohnern sowie die Thematik des Schutzes der Persönlichkeit wie auch die Aufsicht über Wohn- und Pflegeeinrichtungen bundesrechtlich festgelegt.²¹

Massgeschneiderte Beistandschaften

Mit der flexibel ausgestalteten *Einheitsmassnahme (Beistandschaft)* als amtsgebundener Massnahme wird den Empfehlungen des Europarates von 1999 Rechnung getragen, dass eine dem Einzelfall angemessene und bedürfnisgerechte Rechtsfürsorge vorzusehen ist.²² Die Beistandschaft gibt es allerdings in vier unterschiedlichen Ausprägungen, nämlich jener der Begleitbeistandschaft, der Vertretungsbeistandschaft, der Mitwirkungsbeistandschaft und der umfassenden Beistandschaft, welche inhaltlich der früheren Vormundschaft entspricht, weil sie einen umfassenden Entzug der Handlungsfähigkeit zur Folge hat. Das Gesetz selbst übertitelt die Umschreibung dieser Beistandschaften als *Arten von Beistandschaften*²³. Dabei gilt das Prinzip der Massnahme nach Mass. Es ist somit im Einzelfall sorgfältig abzuklären, wo und aufgrund welcher Ursache konkret ein Schutzbedarf besteht und wodurch dieser gedeckt werden kann. Eine Beistandschaft ist nur dann geeignet, wenn sie nötig ist und an der prekären Situation der betroffenen Person auch etwas zu verbessern vermag.²⁴ Eine zentrale Rolle spielen dabei oft die Eignung der Beistandsperson (Art. 400–402 ZGB) und deren Möglichkeit, mit der verbeiständeten Person ein Vertrauensverhältnis aufzubauen und auf sie Einfluss zu nehmen. Die Möglichkeit einer erstreckten elterlichen Sorge über die Volljährigkeit hinaus, wie sie das alte Vormundschaftsrecht kannte, besteht nicht mehr. Die Eltern können aber als Beistandsperson eingesetzt und dabei von verschiedenen administrativen Auflagen befreit werden (Art. 420 ZGB).²⁵

21 Vgl. Anderer/Mösch Payot, 2016, S. 149.

22 Vgl. Reusser, 2016a, Rz. 1.14 S. 8.

23 Vor Art. 393 ZGB; vgl. Biderbost/Affolter-Fringeli, 2016, Rz. 8.1.f. S. 185.

24 BGer 5A_55/2010 vom 9.3.2010 E. 5.1; 5C.74/2003 vom 3. Juli 2003 E. 4.2 in: FamPra.ch 4/2003, S. 975 ff.

25 Vgl. Reusser, 2016a, Rz. 1.15 S. 9.

Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB)

Die *fürsorgerische Unterbringung* (FU) ist eine behördlich angeordnete Massnahme, mit welcher eine Person mit einer psychischen Störung, einer geistigen Behinderung oder einer schweren Verwahrlosung in einer geeigneten Einrichtung (Klinik, Heim etc.) untergebracht werden kann, wenn ihr die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erbracht werden kann. Im Rahmen einer FU kann die betroffene Person unter strengen Voraussetzungen auch gegen ihren Willen behandelt (Art. 434 ZGB) und in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden (Art. 438 ZGB). Diese Massnahme stellt in besonderer Weise einen Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit dar (Art. 10 Abs. 2 BV) und ist daher an besonders hohe Anforderungen geknüpft. Das Ziel der Massnahme besteht darin, der betroffenen Person so weit wie möglich eine autonome Lebensgestaltung wieder zu ermöglichen oder zumindest durch eine angemessene Betreuung ihren Zustand zu stabilisieren und zu lindern.²⁶

Interdisziplinäre Fachbehörde (KESB, Art. 440 ZGB) und Verfahren (Art. 443–449c ZGB)

Die *Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde* (KESB) ist gemäss Bundesrecht eine Fachbehörde, wobei den Kantonen die Freiheit zugestanden wird, deren Ausgestaltung in ihrer Einführungsgesetzgebung selbst festzulegen.²⁷ Entsprechend gibt es verschiedene Formen der Fachbehörden. Einzelne Kantone sehen dafür Zivilgerichte vor (z. B. Aargau, Neuenburg), andere beauftragen Friedensgerichte mit der Aufgabe (z. B. Freiburg, Waadt), wiederum andere haben eine Spezialbehörde mit gerichtlicher Befugnis errichtet (Schaffhausen, Genf). Die meisten jedoch sehen eine Administrativbehörde mit besonderen Berufsqualifikationen vor. Nur ein Kanton nennt keine spezifischen Profile für KESB-Mitglieder (Wallis).

Die Notwendigkeit einer interdisziplinären Fachbehörde entspringt der Einsicht der Gesetzgeberin, dass eine geeignete Beistandsperson oder die Fremdplatzierung eines Kindes von überforderten Eltern für sich allein noch keine Garantie ist für den erfolgreichen Schutz eines hilfsbedürftigen Menschen. Vielmehr bedarf das konkrete Mandat oder die konkrete Platzierung eines sorgfältig erarbeiteten Fundaments, dessen Aufbau im Verantwortungsbereich der KESB liegt und eine genaue Abklärung, Situationsanalyse, Problemerkklärung und Lösungsfindung erfordert, was sich schliesslich im Anordnungsbeschluss – und im Fall einer Fremdplatzierung in einem spezifischen Pflegevertrag – niederschlägt. Eine Massnahme muss gemäss Art. 389

²⁶ Vgl. Gassmann/Bridler, 2016, Rz. 9.1 ff. S. 332 ff.

²⁷ Vgl. Reichlin, 2017, S. 69; Murphy/Steck, 2016 S. 698 und 706 ff.

Abs. 2 ZGB «erforderlich und geeignet» sein (vgl. für den Kindesschutz sinngemäss Art. 307 Abs. 1 ZGB), womit die KESB die Verantwortung dafür trägt, sowohl eine geeignete Massnahme zu evaluieren als auch allenfalls darauf zu verzichten, wenn keine behördliche Massnahme eine Antwort auf das Problem zu geben vermag. Nur weil vielleicht auf Druck des Umfeldes «etwas getan werden muss», rechtfertigt sich unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit noch lange keine ungeeignete, wirkungslose Massnahme. Nicht nur zu weit oder zu wenig weit gehende, auch untaugliche und wirkungslose Massnahmen sind unverhältnismässig.²⁸

Namentlich die grundrechtskonforme Instruktion eines Verfahrens stellt hohe fachliche Anforderungen. So setzt die Fähigkeit, die betroffene Person, aber auch nahestehende Personen oder Verfahrensvertreter und Anwältinnen und Anwälte in das Verfahren miteinzubeziehen, vertiefte Kenntnisse des Verfahrensrechts, aber auch der Persönlichkeits- und Grundrechte der betroffenen Person voraus, zumal lediglich wesentliche Verfahrensgrundsätze *bundesrechtlich* geregelt sind, daneben aber vieles in unübersichtlichen kantonalen Ergänzungsbestimmungen festgehalten ist.²⁹

2.2 Selbstbestimmung und fremdbestimmter Schutz

Zivilrechtlicher Kindesschutz greift in erster Linie in die elterlichen Grundrechte, je nach Alter des Kindes aber auch in dessen Grundrechte ein.³⁰ Dabei können sich die Eltern auf die ungeschriebene Freiheit berufen, über die Erziehung der Kinder zu bestimmen, soweit sie sich an den staatlich garantierten Bildungs- und Erziehungsansprüchen des Kindes orientieren (Art. 62 BV, Art. 301 ff. ZGB). Neben den Eltern stehen auch dem Kind kontinuierlich wachsende, seiner Reife entsprechende Freiheitsrechte zu (Art. 301 Abs. 2 ZGB: *Das Kind schuldet den Eltern Gehorsam; die Eltern gewähren dem Kind die seiner Reife entsprechende Freiheit der Lebensgestaltung und nehmen in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht*). Die in der UNO-Kinderrechtskonvention verankerten Kinderrechte sind in der schweizerischen Gesetzgebung weitgehend umgesetzt und finden ihre Ausprägung sowohl im direkten Einbezug des Kindes in ein Kindesschutzverfahren (Anhörung und allfällige Verfahrensvertretung, Art. 314a und 314abis ZGB) als auch in der Ausgestaltung der Massnahme selbst, bei welcher auf die Meinung des Kindes soweit tunlich Rücksicht zu nehmen ist (Art. 301 Abs. 2 ZGB) und dessen Persönlichkeitsrechte zu wahren sind (Art. 305 ZGB). Wenn die Kindesschutzbehörden zur

²⁸ BGer 5A_55/2010 vom 9.3.2010 E. 5.1; 5C.74/2003 vom 3.7.2003 E. 4.2, in: FamPra.ch 4/2003, S. 975 ff.

²⁹ Vgl. Murphy/Steck, 2016, Rz. 18.47 ff., S. 725 ff.

³⁰ Vgl. Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 67 f. S. 382 ff. Hausheer, 2015, S. 317 f.

Abwendung eines gefährdeten Kindeswohls in die Grundrechte von Kind und Eltern eingreifen, unterliegen sie immer dem Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 und 36 Abs. 3 BV), welches jedes staatliche Handeln leitet.

Das Erwachsenenschutzrecht soll jene Menschen schützen, die an vorübergehenden oder dauernden Schwächezuständen leiden und somit ihren Alltag nicht mehr bewältigen können. Ihrer Schutzbedürftigkeit ist mit Unterstützung angemessen zu begegnen. Dabei ist das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen so weit wie möglich zu erhalten und zu fördern (vgl. dazu z.B. Art. 406 ZGB).

Selbstbestimmung und Schutzpflichten stellen in der Praxis ein Spannungsfeld dar, in dem es nicht immer leichtfällt, die richtigen Entscheide zu treffen. Dem Selbstbestimmungsrecht steht die Pflicht des Staates und der Gesellschaft gegenüber, Kindern wie Erwachsenen den nötigen Schutz zu gewähren. Bei der Entscheidung bieten die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen eine entscheidende Orientierungshilfe. Darf die Selbstbestimmung von Menschen mit einem Schwächezustand beispielsweise wegen einer psychischen Erkrankung oder Behinderung eingeschränkt werden? Sollen diese Personen Entscheidungen selbst treffen können, obwohl ihnen oder Dritten daraus möglicherweise Schaden entsteht? Der Respekt vor der Selbstbestimmung steht dann vor einer Bewährungsprobe, wenn Menschen mit Beeinträchtigungen Entscheide fällen, welche von professionellen Personen so nicht gefällt würden oder ihnen unvernünftig erscheinen.³¹

Urteilsfähigkeit als massgebliches Kriterium im Erwachsenenschutzrecht

Während im Kindesschutzrecht das durch Abwesenheit, Unwillen oder Unvermögen der Erziehungsverantwortlichen gefährdete Kindeswohl als Ausgangspunkt behördlichen Einschreitens gilt, bildet der Schwächezustand und die damit verbundene Urteilsunfähigkeit im Erwachsenenschutz ein dominierendes Kriterium. Es geht dabei um die Frage nach der rechtlichen Autonomie, das heisst der rechtlichen Voraussetzung von selbstbestimmtem Handeln. Wo diese fehlt, sieht das Erwachsenenschutzrecht im Interesse der betroffenen Personen eine Reihe von Möglichkeiten zu autonomer Vorsorge, gesetzlicher Vertretung oder behördlichen Schutzmassnahmen vor.³²

31 Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 126.

32 Vgl. Aebi-Müller Regina, 2016a, S. 34, Rz. 3.3.

Der Verlust der Urteilsfähigkeit

- lässt den Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. ZGB) und die Patientenverfügung (Art. 370 ff. ZGB) wirksam werden und lässt diese bei Erlangung der Urteilsfähigkeit wieder gegenstandslos werden (Art. 369 und Art. 370 Abs. 1 e contrario),
- löst die gesetzlichen Vertretungsrechte der Ehegatten und eingetragenen Partnerinnen und Partner für Rechtshandlungen in administrativen Alltags- und ordentlichen Vermögensverwaltungsgeschäften aus (Art. 374 ff. ZGB),
- bewirkt die in Art. 378 ZGB festgelegte Kaskadenordnung in der Vertretung für medizinische Massnahmen durch nahestehende Personen, wenn keine oder keine hinreichende Patientenverfügung vorliegt,
- löst die besonderen Schutzmechanismen gemäss Art. 382 ff. ZGB aus (schriftlicher Betreuungsvertrag, Anforderungen an bewegungseinschränkende Massnahmen etc.) für die Betreuung in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung,
- kann die Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft auslösen, sofern keine oder keine ausreichende eigene Vorsorge getroffen worden ist und die Massnahmen von Gesetzes wegen (Art. 389 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB) oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag nicht genügen,
- ist Voraussetzung für eine Behandlung ohne Zustimmung des Betroffenen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung (Art. 434 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB).

Weil Vorhandensein oder Fehlen der Urteilsfähigkeit sowohl bei Minderjährigen als auch Erwachsenen eine massgebliche Voraussetzung eigenen Handelns darstellen, ist nachfolgend ein Blick auf das Handlungsfähigkeitsrecht zu werfen.

Wesenszüge des Handlungsfähigkeitsrechts

Begriff und Bedeutung der Handlungsfähigkeit

Alle Menschen sind rechtsfähig und besitzen damit ungeachtet ihres Alters oder Gesundheitszustands grundsätzlich «die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben» (Art. 11 ZGB). Von der Rechtsfähigkeit zu unterscheiden ist die Handlungsfähigkeit, d.h. die Fähigkeit, «durch seine Handlungen Rechte und Pflichten zu begründen» (Art. 12 ZGB). Handlungsfähig ist nur, wer urteilsfähig ist. Gemäss Art. 16 ZGB ist eine urteilsunfähige Person auch handlungsunfähig. Und wer nicht handlungsfähig ist, kann gemäss Gesetz durch eigenes Handeln keine Rechte begründen oder Pflichten eingehen, und wo er handeln müsste (z.B. ein Gesuch stellen, eine Kündigung vornehmen etc.) und es mangels Handlungsfähigkeit nicht tun kann,

kann sein Nichthandeln keine rechtlichen Folgen haben.³³ Demgegenüber ist aber eine urteilsfähige Person, auch wenn ihr die Handlungsfähigkeit infolge Minderjährigkeit (Art. 13 ZGB) oder Einschränkung bzw. Entzug der Handlungsfähigkeit fehlt (Art. 394 Abs. 2 bzw. Art. 398 ZGB), nur beschränkt handlungsunfähig, weil sie höchstpersönliche Rechte selbständig wahrnehmen kann (vgl. Art. 19c, 305 sowie Art. 407 ZGB), mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen und Rechte aufgeben kann (Art. 19 Abs. 1 ZGB) und aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig wird (Art. 19 Abs. 3 ZGB).

Begriff und Bedeutung der Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit wird im Handlungsfähigkeitsrecht wie folgt umschrieben (Art. 16 ZGB):

«Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.»

a) Vernunftgemässes Handeln

Die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln, kennt zwei Teilaspekte: nämlich die Fähigkeit, einen Willen zu bilden, und jenen, diesen auch umzusetzen. So setzt die Willensbildungsfähigkeit ein Mindestmass an intellektueller Einsichts- und rationaler Beurteilungsfähigkeit voraus. Konkret wird vorausgesetzt, dass die Person Realitäten der Aussenwelt erfassen und die Konsequenzen des eigenen Verhaltens wenigstens in groben Zügen erkennen und beurteilen kann, was ein Mindestmass an Reflexionsfähigkeit bedingt. Die Fähigkeit, den Willen umzusetzen, verlangt von der betroffenen Person, ihren Willen auch gegen aussen zu vertreten, das heisst umsetzen zu können. Dabei muss sie in der Lage sein, Meinungen und Einflüsse Dritter in die Urteilsbildung einzubeziehen und diese kritisch abzuwägen.³⁴

b) Massgebliche Ursachen der Urteilsunfähigkeit

Eine Urteilsunfähigkeit im Rechtssinne ist an zumindest teilweise objektivierbare Tatsachen geknüpft: Kindesalter, geistige Behinderung, psychische Störung, Rausch und ähnliche Zustände (Art. 16 ZGB). Unter dem letztgenannten Begriff können Aufregungs- und Schockzustände oder beispielsweise hohes Fieber subsumiert werden.³⁵

33 BGer I 824/05 vom 20.2.2006 E. 4.; BGer I 71/00 vom 29.3.2001.

34 Vgl. Aebi-Müller, 2016a, S. 37 f.

35 Vgl. Aebi-Müller, 2016a, S. 40.

c) Relativität der Urteilsfähigkeit

Die Urteilsfähigkeit wird nie allgemein beurteilt, sondern immer im Hinblick auf eine konkrete Willensäusserung. Insofern ist die Urteilsfähigkeit stets relativ. Die Relativität wiederum besteht in zwei Richtungen: Die Urteilsfähigkeit kann in zeitlicher Hinsicht begrenzt sein, das heisst, sie muss der betroffenen Person im Zeitpunkt der konkreten Handlung zukommen. So kann eine Person, die an einer demenziellen Krankheit leidet, durchaus in einem «lichten Moment» Urteilsfähigkeit zugestanden werden. In sachlicher Hinsicht ist die konkrete Willensäusserung in Beziehung zum konkreten Rechtsgeschäft zu stellen. Entsprechend kann eine an Demenz leidende Person ohne Weiteres in der Lage sein, sich verbindlich zu pflegerischen Massnahmen zu äussern, möglicherweise aber nicht mehr zu Versicherungs- oder Vermögensfragen.³⁶

Somit ist festzuhalten, dass Entscheide von Menschen mit Beeinträchtigungen nicht automatisch unbeachtlich sind, selbst wenn sie professionellen Personen falsch und unvernünftig erscheinen. Vielmehr stellt sich dann die Frage der Urteilsfähigkeit. Diese wird grundsätzlich vermutet, ausser es liegt eine offensichtliche, dauernde Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten vor. Auch in solchen Fällen vermuteter Urteilsunfähigkeit ist diese nicht leichthin anzunehmen. Auch wo von Urteilsunfähigkeit auszugehen ist, muss abgeklärt werden, ob sie umfassend ist oder punktuell vernunftgemässes Handeln zeitlich («lichter Moment») oder sachlich (Aspekte des Alltagslebens wie Freizeitgestaltung, kleine Einkäufe etc.) weiterhin möglich ist. Insofern ist der direkte und persönliche Einbezug der betroffenen Person stets erforderlich. Ohne diesen kann die Urteilsfähigkeit nur in medizinisch klaren Fällen (z. B. Koma oder Neugeborene) geklärt werden.

Schutzpflichten und ihre Grenzen

Wer mit der Beratung einer auf Unterstützung angewiesenen Person betraut ist, hat sie anzuhören bzw. auf sie zu hören. Auch hat er oder sie im Sinne von Schutzpflichten (Art. 314d und Art. 443 Abs. 2 ZGB sowie allfällige Institutionsleitbilder oder Leistungsaufträge) dafür besorgt zu sein, dass diese Person keine Nachteile erleidet, wenn ihr autonomes Handeln wegen fehlender Urteilsfähigkeit ausbleibt. Auch gilt es, den Schutz der Umgebung des Klienten oder der Klientin in gewisser Masse zu berücksichtigen (Art. 390 Abs. 2 ZGB). Erkennen die Fachpersonen Gefahren für das Wohl der betreuten Person, für ihre Grundrechte oder die Grundrechte Dritter, haben sie die gesetzlich gebotenen, erforderlichen und geeigneten Mass-

³⁶ Vgl. Aebi-Müller, 2016a, S. 41.

nahmen zu ergreifen oder behördlicherseits zu veranlassen. Schutzpflichten führen aber nicht dazu, dass die Sozialtätigen überall dort, wo es ihnen als richtig erscheint, die Freiheit der betreuten Person beschränken sollen. Vielmehr muss eine auf die jeweilige Persönlichkeit bezogene Interessenabwägung zwischen Selbstbestimmung und fremdbestimmtem Schutz, welcher immer mit der Einschränkung von Grundrechten verbunden ist, vorgenommen werden. Ein Eingriff in die Grundrechte muss durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt werden, setzt eine gesetzliche Grundlage voraus und muss überdies verhältnismässig sein.³⁷ Weil Kindes- und Erwachsenenschutz regelmässig im Interesse der betroffenen Person und nicht der Öffentlichkeit liegen, lehrt die Praxis, dass in diesem Bereich ein privates Interesse (der schutzbedürftigen Person) genügt.³⁸ Die notwendige gesetzliche Grundlage ergibt sich aus den Bestimmungen des Kindes- und Erwachsenenschutzes.

So ist beispielsweise fremdbestimmtes Handeln im Bereich des medizinischen Vertretungsrechts bei Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person möglich (vgl. Art. 378 ZGB). Der Handlungsspielraum der Fremdbestimmung ist jedoch eingeschränkt: Solange eine Person urteilsfähig ist, bleibt im Rahmen der medizinischen Massnahmen kein Raum für eine fremdbestimmte Vertretungshandlung. Wenn diese möglich ist, müssen die getroffenen Entscheidungen dem mutmasslichen Willen und den Interessen der betroffenen Person entsprechen (vgl. Art. 378 Abs. 3 ZGB). Auch setzen die bewegungseinschränkende Massnahmen in Wohn- und Pflegeheimen explizit Urteilsunfähigkeit für die Notwendigkeit der Massnahmen voraus (vgl. Art. 383 ZGB). Die Behandlung einer psychischen Störung gegen den Willen der betroffenen Person in einer psychiatrischen Klinik erfordert ebenfalls Urteilsunfähigkeit in Bezug auf die Behandlungsnotwendigkeit (vgl. Art. 434 ZGB). Demgegenüber erfordert eine Einweisung in eine stationäre Einrichtung im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung keine explizite Urteilsunfähigkeit (vgl. Art. 426 ZGB). Fremdbestimmtes Handeln ist also auch gegen den expliziten Willen der betroffenen Person möglich, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen (Art. 426 ZGB) zu bejahen sind. Häufig wird eine Urteilsunfähigkeit im Bereich der Personen- und Vermögenssorge sowie im Rechtsverkehr der Grund sein, beispielsweise eine Vertretungsbeistandschaft zu errichten, um so die Teilhabe aufgrund der fehlenden Handlungsfähigkeit am Rechtsleben wieder zu gewährleisten. Demgegenüber können Minderjährige und Personen unter umfassender Beistandschaft als urteilsfähige Personen, die aber handlungsunfähig sind, geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens besorgen (vgl. Art. 19 Abs.

37 Nähere Ausführungen zur Funktion der Grundrechte und deren Einschränkungsvoraussetzungen siehe Kapitel 3.

38 Vgl. Geiser, ZVW 2003, S. 108.

2 ZGB). Darunter sind alltägliche Konsum-, Genuss- und Hygienemittelleinkäufe zu verstehen, z. B. der Kauf von Brot, einer Zahnbürste oder einer Zeitschrift.³⁹

Diese exemplarische Auflistung zeigt, dass Selbst- und Fremdbestimmung auf gesetzlichen Grundlagen fussen und Urteilsunfähigkeit abgesehen von medizinisch klaren Fällen (z. B. Neugeborene oder komatöse Patienten) stets relativ ist. Entsprechend können beim Vorliegen einer Urteilsunfähigkeit (fremdbestimmte) Schutzpflichten überwiegen. Deshalb ist es wichtig, dass sich Institutionen und Fachpersonen mit diesen Fragen auseinandersetzen und für ihr Handeln im Betreuungsalltag eine Haltung dazu entwickeln. Es kann nicht jederzeit und von jedem auf Selbstbestimmung beharrt werden. Anspruch und Wirklichkeit müssen immer wieder in ein vertretbares Gleichgewicht gebracht werden.⁴⁰ In einer pluralistischen Gesellschaft sind Einschätzungen und Entscheide, die auf gesellschaftlichen Werten beruhen, stets zu reflektieren.

Subsidiarität

Im Kindes- und Erwachsenenschutz wird der privaten Lebensgestaltung und frei gewählten Lösungen bewusst Vorrang eingeräumt.⁴¹ Versagen diese Lösungen oder erscheinen sie per se als unangemessen, die fehlenden Handlungs- oder Bewältigungsmuster zu kompensieren (Schutzbedürftigkeit bzw. Kindeswohlgefährdung), sind behördliche Massnahmen anzuordnen (vgl. Art. 307, 389 Abs. 1 ZGB). Unter der so verstandenen Subsidiarität ist staatliches Handeln stets als nachrangig zu betrachten.

Komplementarität

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht erlaubt Massnahmen nach Mass. Eingriffe in die private Lebensgestaltung sollen komplementär sein. Ausgangspunkt sind also die noch vorhandenen Ressourcen einer Person, die genutzt oder gestärkt werden können und nicht verdrängt oder überlagert werden dürfen, und die Frage, was die Person oder die Eltern eines Kindes zur Bewältigung des Alltags und des Lebens zusätzlich brauchen. Die angeordneten Schutzmassnahmen, insbesondere die Aufgabenerfüllung einer eingesetzten Beistandin oder eines eingesetzten Beistandes, sind also komplementär, d. h. ergänzend und unterstützend, zu den eigenen Handlungsmöglichkeiten der betroffenen Person.⁴²

³⁹ Siehe dazu Hotz, 2018b, S. 62.

⁴⁰ Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 126–127.

⁴¹ Vgl. dazu die Programmartikel im Erwachsenenschutzrecht: Art. 388 Abs. 2, 389, 406 Abs. 1 ZGB.

⁴² Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 265, S. 444, mit Hinweisen darauf, dass der Begriff der Komplementarität in der Lehre unterschiedlich verstanden wird.

Verhältnismässigkeit

Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht müssen dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen. Dieses Verhältnismässigkeitsprinzip gilt für sämtliche Bereiche staatlichen Handelns und leitet sich aus der Bundesverfassung (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV) ab. Es stellt eine staatspolitische Handlungsmaxime dar. Eine Verhältnismässigkeitsprüfung setzt voraus, dass die zu beurteilende Ausgangslage tatsächlich geklärt ist, dass beispielsweise Schwächezustand und Schutzbedürftigkeit und deren Auswirkungen auf die Alltagsbewältigung «ermittelt» sind. Erst daraus lässt sich eine Prognose ableiten, die zum Gegenstand hat, was geschehen würde, wenn keine staatliche Unterstützungsmassnahme angeordnet würde, und was zu erwarten wäre, wenn eine solche angeordnet würde.

Die Verhältnismässigkeitsprüfung beinhaltet drei Elemente⁴³:

1. *Zwecktauglichkeit*: Eine behördliche Massnahme muss geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen.
2. *Erforderlichkeit*: Eine behördliche Massnahme darf in sachlicher, zeitlicher, personeller und räumlicher Hinsicht nicht weiter gehen, als es zur Zielerreichung notwendig ist. Stehen Alternativen zur Verfügung, die weniger einschneidend sind, erweist sich die Massnahme nicht als verhältnismässig.
3. *Zumutbarkeit*: Eine behördliche Massnahme muss zumutbar sein. Dabei ist das Verhältnis von Eingriffszweck und Eingriffswirkung auf die private Lebensgestaltung des Betroffenen gegenüber den Schutzpflichten abzuwägen. Es darf nicht mit «Kanonen auf Spatzen», aber auch nicht mit «Wasserpistolen auf Elefanten» geschossen werden. Dieses Element wird in Art. 389 Abs. 2 ZGB zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Es ergibt sich aber implizit aus den Leitgedanken des Wohls und Schutzes der betroffenen Person, der Achtung der Selbstbestimmung sowie der Subsidiarität behördlicher Massnahmen und bildet ein Regulativ, wenn besonders schwere Grundrechtseingriffe drohen (Entziehung der elterlichen Sorge oder umfassende Beistandschaft mit vollständigem Handlungsfähigkeitsentzug oder fürsorgerische Unterbringung).

⁴³ Vgl. Art. 389 Abs. 2 ZGB; KOKES 2012, Rz. 1.17 ff., S. 6 f.

Am Beispiel der Verhältnismässigkeit wird besonders deutlich, dass die verfassungsmässigen Grundrechte und die Menschenrechte den Rahmen für Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes setzen.

2.3 Die Rechtsstellung des Kindes

Die Stellung des Kindes als Rechtssubjekt ergibt sich aus der Rechtsfähigkeit (Art. 11 ZGB). Alle Menschen sind unabhängig von Alter, Geschlecht oder Gesundheit rechtsfähig, das heisst, sie haben die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben. Verfassungsrechtlich ist dieser Grundsatz mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV) sowie der Menschenwürde (Art. 7 BV) festgeschrieben. Auch in der EMRK, der UNO-Kinderrechts- sowie der UNO-Behindertenrechtskonvention wird diese Subjektstellung festgeschrieben.⁴⁴

Die Rechtsfähigkeit beginnt mit vollendeter Geburt und endet mit dem Tod. Ausnahmsweise können auch für ein Ungeborenes Schutzmassnahmen getroffen werden.⁴⁵

Dem Kind fehlt mangels Volljährigkeit die Handlungsfähigkeit (Art. 13 ZGB). Mit zunehmendem Alter wird ihm aber Urteilsfähigkeit in gewissen Belangen zuzusprechen sein⁴⁶ und es wird damit kontinuierlich als *beschränkt handlungsunfähig* betrachtet. Das urteilsfähige Kind kann mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters Verpflichtungen eingehen und Rechte aufgeben, kann ohne diese Zustimmung unentgeltliche Vorteile erlangen, geringfügige Angelegenheiten des täglichen Lebens besorgen, höchstpersönliche Rechte ausüben und für unerlaubte Handlungen schadenersatzpflichtig werden (Art. 19–19c ZGB).

Eltern- und Kinderrechte

Als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz gilt, dass die Eltern für das Wohl und die Wahrung der Interessen der Kinder verantwortlich sind. Das lässt sich aus dem Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 10 Abs. 2 BV), Gründung einer Familie (Art. 13, 14 BV) und Anspruch auf Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie aus dem Bedürfnis des Kindes auf Schutz und Förderung (Art. 11 Abs. 1 BV) ableiten.⁴⁷

⁴⁴ Vgl. Hotz, 2018a, S. 40.

⁴⁵ Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327 N 116 S. 403; Hotz, 2018a, S. 42 f. In Ausnahmefällen kann sogar ein *nondum conceptus* (also noch gar nicht gezeugtes Wesen) Rechtsstellung haben, vgl. BGE 140 III 145

⁴⁶ Vgl. Wesenszüge des Handlungsfähigkeitsrechts im Kapitel 2.2.

⁴⁷ Vgl. Reusser, 2016b, Rz. 2.14 S. 27.

Seit der Revision des ZGB vom 1. Juli 2014 ist die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern der Regelfall. Elterliche Sorge (vgl. Art. 296 ZGB) wird im Gesetz nicht definiert, ihr Inhalt wird aber in Art. 301–306 sowie Art. 318–327 ZGB umschrieben. Elterliche Sorge kann als «Gesamtheit der elterlichen Verantwortung und Verpflichtungen bezeichnet werden, welche im Sinne des Kindeswohls wahrzunehmen sind»⁴⁸. Rechte und Pflichten der Eltern sind namentlich:

- Pflege und Erziehung allgemein mit konkret vorgegebenen Erziehungsleitsätzen, das Bestimmen über den Aufenthalt des Kindes sowie Vornamengebung (Art. 301 sowie Art. 301a ZGB)
- Erziehung im Sinne eines umfassenden Auftrags, die der Persönlichkeitsentwicklung des Kindes dient, unter Berücksichtigung der Zusammenarbeit mit der Schule und, sofern notwendig, mit Angeboten der Jugendhilfe (Art. 302 ZGB)
- Religiöse Erziehung (Art. 303 ZGB)
- Gesetzliche Vertretung (Art. 304 ZGB)
- Verwaltung des Kindesvermögens (Art. 318 ff. ZGB)

Leitschnur und zugleich Grenze des elterlichen Handelns ist jedoch das Kindeswohl und damit verbunden die Achtung der Persönlichkeit des Kindes und seiner eigenen Handlungsmöglichkeiten. Diese begrenzen somit die elterliche Handlungsmacht. So haben die Eltern dem Kind entsprechend seiner Reife die nötige Freiheit in der Lebensgestaltung einzuräumen. Auch hat das Kind ein Anrecht auf soziale Beziehungen und Schutz seiner Intimssphäre.⁴⁹ Aufgrund der Tatsache, dass mit Eintritt der Volljährigkeit die elterliche Sorge erlischt, sie also das Ziel hat, «sich überflüssig zu machen»⁵⁰, wohnt der Wahrung der elterlichen Verantwortung eine dem kindlichen Entwicklungsstand entsprechende Flexibilität inne.

Im Rahmen der elterlichen Sorge überträgt der Gesetzgeber den Eltern allerdings weitgehende Entscheidungsbefugnisse. Dabei wird unterschieden zwischen alltäglichen Entscheidungen, die ein allein betreuender Elternteil alleine fällen kann, und Entscheidungen von erheblicher Tragweite, die gemeinsame Sorgeinhaber auch gemeinsam fällen müssen (vgl. Art. 301 Abs. 1bis ZGB). Der Gesetzgeber hat auf eine exemplarische Grenzziehung verzichtet. Was alltägliche Entscheidungen sind, beurteilt sich nach einem objektiven Massstab, der allerdings häufig von subjektiven Aspekten beeinflusst wird.⁵¹ Auch hier muss die Lebenswelt des betroffenen Kindes massgeblicher Ausgangspunkt sein. So erscheint eine geplante Bergtour

⁴⁸ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.2 S. 291; Reusser, 2016b, Rz. 2.14 S.27.

⁴⁹ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.3 S. 292.

⁵⁰ Vgl. Reusser, 2016b, Rz. 2.14 S.27.

⁵¹ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.19 f., S. 296.

im Hochgebirge objektiv risikobehaftet und eine nicht alltägliche Entscheidung zu sein. Ist aber das Kind seit Jahren aktives Mitglied einer Jugendorganisation, die sich dem Bergsport widmet, und ist der begleitende Elternteil zudem ein erfahrener Bergsteiger, ist die Beurteilung verschieden.⁵²

Die Fähigkeit, gemeinsam Entscheide zu fällen, setzt ein Mindestmass an Kommunikations- und Kooperationsfähigkeit wie auch Kompromissbereitschaft voraus. Bei gemeinsamer elterlicher Sorge besteht eine Einigungspflicht der Eltern. Das Gesetz sieht kein Institut vor, welches der Einigung streitender Eltern dient. Nur in Ausnahmefällen, wenn sich durch eine gegenseitige Blockade der Eltern eine relevante Kindeswohlgefährdung manifestiert, ist die Interventionsschwelle der KESB überschritten und sind behördliche Massnahmen angezeigt.⁵³ Kindesschutzmassnahmen sind auch bei Entscheidungen einzuleiten, in welchen Interessenkollisionen vorliegen, das heisst, dass sich die Interessen des Kindes und jene der sorgeberechtigten Eltern widersprechen. Die Vertretungsmacht der Eltern entfällt in diesen Fällen von Gesetzes wegen, was eine behördlich angeordnete Vertretung durch einen Beistand bedingt (Art. 306 Abs. 3 ZGB).

Inhaber der elterlichen Sorge müssen nicht beide Elternteile sein. Bei alleiniger elterlicher Sorge kommt demnach allein dem sorgeberechtigten Elternteil die Befugnis zu, Entscheidungen zu treffen. Die Kompetenzen des Elternteils ohne elterliche Sorge sind auf Mitsprache- und Auskunftsrechte reduziert. So steht ihm das Recht zu, Auskünfte über den Zustand und die Entwicklung des Kindes beim Inhaber der elterlichen Sorge wie auch bei Drittpersonen, namentlich bei Lehrpersonen oder Ärztinnen und Ärzten, einzuholen (Art. 275a Abs. 2 ZGB), wobei die Persönlichkeitsrechte des Kindes (z. B. Patientengeheimnis) zu wahren sind. Darüber hinaus ist der nicht sorgeberechtigte Elternteil über besondere Ereignisse im Leben des Kindes zu benachrichtigen. Auch ist er vor Entscheidungen, die für die Entwicklung des Kindes wichtig sind, anzuhören (Art. 275a Abs. 1 ZGB). Dazu gehören beispielsweise⁵⁴:

- Schulische Fragen (Schulwahl, Stufenwechsel, Berufs- oder Studienwahl etc.)
- Wohnsitzwechsel (Art. 301a Abs. 3 ZGB)
- Erhebliche Gesundheitsfragen (z. B. psychische Erkrankungen), medizinische Eingriffe, Unfallfolgen etc.
- Biografische Besonderheiten

⁵² Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.20, S. 296, sowie Übersicht S. 297.

⁵³ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.24 f., S. 298 f.

⁵⁴ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.28, S. 299.

Das Verhältnis zwischen Eltern und Kind wird als Leitbild in Art. 272 ZGB gefasst: Eltern und Kinder sind einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert. Mit anderen Worten: Eltern trifft, unabhängig davon, ob sie Inhaber der elterlichen Sorge sind oder nicht, in allen Fällen eine Beistands- wie auch Wohlverhaltenspflicht.⁵⁵

Kindeswohl und Kindesschutz

Begriff des Kindeswohls

Eltern und Staat sind dem Kindeswohl verpflichtet⁵⁶. Ist dieses gefährdet, trifft vorab die Eltern die Pflicht zur Abwendung der Gefahr. Kommen sie dieser Pflicht nicht nach oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die KESB die geeigneten Massnahmen zum Schutz des Kindes (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Der Begriff «Kindeswohl» wird im Gesetz nicht definiert. Auch wird er nicht einheitlich verwendet.⁵⁷ So spricht die UNO-Kinderrechtskonvention in der englischen Fassung von «best interests of the child»; in der nicht offiziellen deutschen Übersetzung wird der Ausdruck «Wohl des Kindes» verwendet (vgl. Art. 3 Abs. 1 KRK) und in der französischen Übersetzung «l'intérêt supérieur de l'enfant». Das Zivilgesetzbuch verwendet explizit den Ausdruck «Wohl des Kindes» (vgl. Art. 307 ZGB)⁵⁸, und in der französischen Fassung von Art. 307 ZGB wird die Gefährdung des Kindeswohls als «menace du développement de l'enfant» bezeichnet. Der Begriff «Kindeswohl» ist eine auf die Individualität des einzelnen Kindes bezogene Generalklausel⁵⁹, die sich objektiver Messbarkeit entzieht. Der Begriff kann deshalb nicht allein unter rechtlichen Aspekten gefasst werden. Vielmehr sind der Kontext und ein interdisziplinärer Bezug unabdingbar.⁶⁰ Für eine Beurteilung des Kindeswohls sind die Bedürfnisse des Kindes massgebend, etwa jene nach Ernährung und Versorgung, Gesundheit, Schutz vor Gefahren oder Ausbeutung, Zuwendung, Akzeptanz, Liebe und stabilen Bindungen. Auch die Vermittlung von Wissen und Bildung gehört mit dazu.⁶¹ Massgebliche Kriterien zur Überprüfung der Qualität von kindesbezogenen Entscheiden sind der Einbezug und die Berücksichtigung des individuellen Bedarfs des Kindes, die Partizipation des Kindes, soweit es sich gemäss seiner Entwicklungsreife zu manifestieren vermag, die Abwägung von Alternativen, die Gewichtung der Kindes-

55 Vgl. KOKES, 2017, Rz. 12.29, S. 299f.

56 Art. 11 BV, Art. 307 ZGB.

57 Vgl. Meier/Stettler, Rz. 495; Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 249, S. 438 f., N 259 ff., S. 442 f.; Art. 307, N 14 ff., S. 464 ff.

58 Vgl. KOKES, 2017, Rz. 1.7 ff., S. 4.

59 Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 150 ff., S. 414 ff.

60 Vgl. Reichlin, 2017, S. 72.

61 Vgl. Cantieni/Blum, 2016, S. 566; Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 150, S. 414.

interessen im Verhältnis zu den Interessen der Eltern, des erzieherischen Umfelds oder Dritter. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Entscheidungen von gesetzlichen (Eltern) oder behördlich beauftragten (Vormund, Pflegeeltern) Erziehungsverantwortlichen oder gar behördlichen Verfügungen ausgehen.⁶²

Kindeswohlgefährdung

Was aber, wenn die Eltern vorübergehend oder dauernd ihren Pflichten gegenüber dem Kind nicht nachkommen oder dessen Bedürfnisse nicht ausreichend abgedeckt werden können? Behördliche Intervention legitimiert sich nach dem Wortlaut von Art. 307 ZGB nicht erst, wenn das Kindeswohl bereits beeinträchtigt ist, sondern schon dann, wenn es gefährdet ist. Kindesschutzmassnahmen sollen demnach auch präventiv wirken.⁶³ Entsprechend ist die Einschätzung einer Kindeswohlgefährdung grundlegend und anspruchsvoll.⁶⁴

Dabei sind neben dem Alter auch der bisherige und der künftige Werdegang des Kindes zu würdigen und zu berücksichtigen. Eine Orientierung an der Lebenswelt des Kindes kann hier zielführend sein. Erst wenn eine Gefährdung des Kindeswohls von bestimmter Erheblichkeit festgestellt ist, sind geeignete Massnahmen zu prüfen. Die Wirkung von Massnahmen darf weder über- noch unterschätzt werden. Vielmehr müssen sie in ihren verschiedenen Konsequenzen wohlbedacht werden.⁶⁵ Der zivilrechtliche Kindesschutz soll die Entwicklung und die Entwicklungschancen des Kindes sichern (Art. 302 Abs. 1 und 2 ZGB), wenn sie in seinem nahen Lebensumfeld nicht gegeben sind. Gleichzeitig soll den Eltern weiterhin ermöglicht werden, im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren gebührend für das Kind zu sorgen. Vorhandene Ressourcen sollen gestärkt und gefördert werden. Das bedingt, dass die Hintergründe, die zu den Schutzmassnahmen geführt haben, verstanden und akzeptiert werden können, was Kooperation und Partizipation voraussetzt. Die Massnahmen verfolgen einen Schutz- und keinen repressiven Sanktionszweck.⁶⁶

Kindesschutz ist immer ein Eingriff in die elterliche Sorge und somit auch in das grundrechtlich geschützte Familienleben und in die persönliche Freiheit. Entsprechend wird auch hier der grundrechtlichen Eingriffssystematik gefolgt, die eine gesetzliche Grundlage, ein öffentliches (bzw. hier ein privates⁶⁷) Interesse und Verhältnismässigkeit voraussetzt (vgl. Art. 5 und 36 BV). Die einzelnen Massnah-

⁶² Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Vorbem. Art. 307–327c N 153, S. 415; KOKES, 2017 Rz. 3-31, S. 90.

⁶³ Vgl. Biderbost, 2016, S. 995, sowie Reichlin, 2017, S. 72.

⁶⁴ Vgl. Biderbost, 2016, S. 995, sowie Reichlin, 2017, S. 72; KOKES, 2017 Rz. 3-31, S. 90;

⁶⁵ Vgl. KOKES, 2017, S. 402.

⁶⁶ Vgl. KOKES, 2017, S. 24f.

⁶⁷ Vgl. Geiser, ZVW 2003, S. 108.

men sind im Kinderschutz, anders als im Erwachsenenschutzrecht, als Stufenfolge ausgestaltet, wie in Abbildung 1 Kinderschutzmassnahmen (Seite 28) Zivilrechtliche Kinderschutzmassnahmen dargestellt.

Die Massnahmen greifen unterschiedlich stark in die elterliche Sorge ein. Sie können aber auch miteinander – je nach Gefährdungslage – kombiniert werden (z. B. Errichtung einer Beistandschaft nach Art. 308 ZGB in Kombination mit der Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nach Art. 310 ZGB).

Bei der Anordnung von Beistandschaften gilt es insbesondere, zwei wichtige Regeln zu beachten:

- a) Beistandschaftsmandate müssen mit Aufträgen verbunden werden, welche ausführbar sind. Überschiesse sie oder sind sie ungeeignet, besteht die Gefahr zusätzlicher Konfliktherde (Beistand als Sündenbock) und damit einer zusätzlichen Gefährdung des Kindeswohls.
- b) Bei behördlichen Fremdplatzierungen müssen die gesetzlich zugewiesenen Rollen, Verantwortlichkeiten und Kompetenzen in einem professionellen Umfeld streng beachtet werden.⁶⁸ Nur so können rechtliche und methodische Konfusionen vermieden werden, welche sich letztlich wiederum kontraproduktiv auf das Kind auswirken können.

Kindeswille: Anhörung und Mitwirkung der Kinder

Die Mitwirkung des Kindes wird explizit durch dessen persönliche Anhörung im Gesetz vorgesehen (vgl. Art. 314a ZGB). Das Recht, sich im Verfahren frei zu äussern und einbezogen zu werden, ist auch in Art. 9 Abs. 2 und Art. 12 KRK enthalten. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die Anhörung nicht als verfassungsmässiges Recht qualifiziert.⁶⁹ Sie ist jedoch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht und höchstpersönlicher Natur. Das Kind muss im Rahmen der Anhörung Gelegenheit erhalten, sich zu den wesentlichen Belangen des Verfahrens zu äussern.⁷⁰

Die Mitwirkung des Kindes bedeutet in einem ersten Schritt, dessen Perspektive und seine Lebenswelt zu ergründen und zu würdigen. In einem zweiten Schritt sind

⁶⁸ Vgl. Affolter-Fringeli, 2017, S. 39 ff.

⁶⁹ BGE vom 30.4.2015, 5A_746/2014 E. 4.4), ferner Cottier, 2018, S. 950.

⁷⁰ Vgl. Cottier, 2018, S. 950.

seine zukünftige Entwicklung und seine Wünsche zu berücksichtigen.⁷¹ Willens-
 äusserungen des Kindes, seien sie emotionaler oder rationaler Natur, sind unabhän-
 gig von seinem Alter von Bedeutung. Erwachsene, die Kinder befragen oder anhö-
 ren, sollten sich der Faktoren bewusst sein, die sich auf die Beeinflussbarkeit eines
 Kindes auswirken. Abgesehen vom Alter sind dies⁷²:

- das aktuelle psychische Befinden des Kindes,
- die sozialen Rahmenbedingungen,
- die Gesprächsführung und der Gesprächsverlauf,
- die Voreingenommenheit oder Offenheit der gesprächsführenden Person⁷³.

Im Sinne einer Richtlinie geht das Bundesgericht davon aus, dass eine Kindesanhö-
 rung ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich ist. Demgegenüber geht der
 UN-Ausschuss für die Rechte des Kindes weiter und hält fest, dass die Anhörung
 eines Kindes auch in einem sehr jungen Alter unter Berücksichtigung nonverbaler
 Kommunikation möglich ist.⁷⁴

Neben der eigentlichen Mitwirkungsmöglichkeit im Rahmen der Anhörung wurde
 die Stellung des Kindes durch die Möglichkeit einer Verfahrensbeistandschaft er-
 heblich gestärkt (Art. 314abis ZGB). Zwar besteht kein Automatismus zur Anordnung
 einer Verfahrensbeistandschaft, bei spezifischen Fallkonstellationen besteht für die
 KESB aber immerhin die Pflicht, deren Anordnung zu prüfen (Art. 314abis Abs.
 2 ZGB⁷⁵). Eine Verfahrensbeistandschaft hat primär den Standpunkt des Kindes
 in das Verfahren einzubringen. Zu ihren Aufgaben gehören ferner⁷⁶:

- Abklärungen, das heisst Gespräche mit Eltern und Dritten, um die Lebenswelt
 des Kindes zu verstehen
- Gespräche, Information und Begleitung des Kindes während des Verfahrens
 (Gewährleistung der effektiven Partizipation des Kindes sowie Unterstützung
 des Kindes im Meinungsbildungsprozess)
- Mitwirken am Zustandekommen einvernehmlicher Regelungen oder Lösungen

71 Vgl. KOKES, 2017, Rz. 18.8 ff., S. 403 ff.

72 Vgl. KOKES, 2017, Rz. 18.16, S. 406.

73 Nähere Informationen über den Ablauf und die Vorbereitung einer Anhörung vgl. KOKES, 2017, Rz. 7.26,
 S. 216 f.

74 Vgl. Cottier, 2018, S. 951.

75 KOKES, 2017, Rz. 7.50, S. 224.

76 KOKES, 2017, Rz. 7.58, S. 226 f.

Selbstbestimmung und Partizipation

Die Partizipationsrechte von Kindern rücken deren Beteiligung als Subjekt gegenüber einer Behandlung als Objekt in den Vordergrund (nicht nur über, sondern mit dem Kind sprechen). Eine sinnvolle Umsetzung kindlicher Partizipation bedingt stets eine kritische Prüfung, ob ein Kind einbezogen werden soll oder durch den Einbezug überfordert wird. Im Kinderschutz stehen daher unterschiedliche Wege der Selbstbestimmung durch Partizipation (Art. 301 Abs. 2 ZGB) im Vordergrund.⁷⁷ Die Umsetzung basiert auf einem gelingenden Dialog, das heisst, es gilt sich durch effektive Kommunikation seinem Gegenüber beim Beziehungsaufbau und bei der Gesprächsführung anzupassen sowie das Gespräch entsprechend dem Entwicklungsstand und Lebensalters des Kindes zu gestalten.⁷⁸

Das Ausmass der Selbstbestimmung wird massgeblich bestimmt durch die Urteilsfähigkeit des Kindes und die ihm zustehenden höchstpersönlichen Rechte.⁷⁹ So kann eine siebzehnjährige Jugendliche ihre Zustimmung zu medizinischen Massnahmen im Regelfall eigenständig erteilen, wenn die Urteilsfähigkeit gegeben ist. Zudem entscheidet sie im Alter von sechzehn Jahren selbständig über ein religiöses Bekenntnis (Art. 303 Abs. 3 ZGB). Wann einem Kind die Urteilsfähigkeit zugesprochen werden kann, unterliegt keiner fixen Altersgrenze (Relativität der Urteilsfähigkeit⁸⁰).

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass mit fortschreitendem Alter des Kindes der Grad an Mitbestimmung des Kindes oder des Jugendlichen zunimmt bis hin zur Selbstbestimmung bei Erreichen der Volljährigkeit. In höchstpersönlichen Fragen tritt diese Selbstbestimmung – wie dargestellt - bereits früher ein. So gilt beispielsweise im Rahmen der Regelung des persönlichen Verkehrs mit den Eltern: Einem klar geäusserten Wunsch eines urteilsfähigen Kindes ist Rechnung zu tragen. Deshalb kann von einer behördlichen Regelung des persönlichen Verkehrs gegen den Willen von Kindern im Alter von vierzehn und fünfzehn Jahren abgesehen werden.⁸¹

Auch für die frühe Kindheit lassen sich jedoch verschiedene Ebenen der Partizipation benennen. Beispielsweise entwickelte das Team des Marie-Meierhofer-Instituts für das Kind ein Modell, welches zwischen vier Ebenen der Partizipation unterscheidet. Hierbei kann Partizipation als etwas «Grundlegendes» (Partizipation als Thema und Haltung bei Erwachsenen), «Unmittelbares» (Partizipation durch kon-

⁷⁷ Vgl. Rosch, 2017a, S. 85.

⁷⁸ Vgl. Simoni, 2017, S. 95.

⁷⁹ Beachte dazu die Übersicht in KOKES, 2017, Rz. 10.31, S. 260.

⁸⁰ Vgl. Kap. 2.2.

⁸¹ BGer 5A_367/2015 vom 12.8.2015, in: FamPra.ch 2015, S. 970 ff.; KOKES, 2017, Rz.15.17, S 352.

kreten Dialog und Interaktion mit dem Kind) oder «Stellvertretendes» (z. B. durch Einbezug von Kindern in ein Forschungs- oder Praxisprojekt, stellvertretend für ihre Zielgruppe) verstanden werden. Des Weiteren kann die Partizipation auch in Form eines «Stellvertretens» des Kindes durch eine Referenzperson erfolgen.⁸²

2.4 Die Rechtsstellung Erwachsener

Aus der gesetzlichen Formulierung «rechtsfähig ist jedermann» (Art. 11 Abs. 1 ZGB) konkretisiert sich der Grundrechtsschutz der Persönlichkeit als Teil der Menschenwürde. Das Recht auf Persönlichkeit umfasst die Rechtsfähigkeit sowie den Schutz der Persönlichkeit voraussetzungslos, das heisst, deren Träger sind Menschen unabhängig von Alter, Geschlecht, Gesundheit oder sozialer Herkunft.⁸³ Diese Persönlichkeitsrechte – man spricht auch von höchstpersönlichen Rechten – gelten gegenüber jedermann und stehen einer Person um ihrer «Persönlichkeit willen» zu (vgl. Art. 19c ZGB). Es sind also Rechte, die besonders eng in Verbindung mit der Person und ihrem emotionalen Leben stehen und nicht primär vermögensrechtlicher Natur sind.⁸⁴ Aufgrund ihrer Nähe zum Träger der Rechte müssen sie grundsätzlich persönlich ausgeübt werden. Die Doktrin hat allerdings zwei wichtige Kategorien geschaffen: absolut höchstpersönliche Rechte, welche vertretungsfeindlich sind und nur vom Träger selbst ausgeübt werden können (was Urteilsfähigkeit bedingt), und relativ höchstpersönliche Rechte, welche bei Urteilsunfähigen auch von gesetzlichen Vertretern ausgeübt werden können.⁸⁵ Das bedeutet, dass Urteilsunfähige im Bereich absolut höchstpersönlicher Rechte rechtlos sind, weil niemand an ihrer Stelle handeln kann (z. B. Anerkennung eines Kindes oder Entscheid zu Suizid). Persönlichkeitsrechte nach Art. 28 ff. ZGB stellen die wichtigsten (relativ) höchstpersönlichen Rechte dar.⁸⁶

Erwachsene und Erwachsenenschutz

Der Erwachsenenschutz kennt zwei Arten behördlicher Massnahmen: amtsgebundene Massnahmen (Beistandschaften, Art. 393 ff.) und nicht amtsgebundene Massnahmen (fürsorgerische Unterbringung, Art. 426 f. ZGB).⁸⁷ Vorgelagert kann die KESB von Dritten zu Entscheidungen aufgerufen werden, welche zwar in eine behördliche Anord-

82 Vgl. Simoni, 2017, S. 98 f.

83 Vgl. Hotz, 2018, Art. 11 N 1, S. 39.

84 Vgl. Hotz, 2018, Art. 19c N 1, S. 66.

85 Vgl. Hotz, 2018, Art. 19c N 7–10, S. 69 ff.

86 Vgl. Hotz, 2018, Art. 19c N 7, S. 69.

87 Die Ausführungen stützen sich überwiegend und in modifizierter Form auf den Beitrag von Reichlin, 2017, S. 79 f.

nung, nicht aber in eine gesetzliche Massnahme münden (Interventionen im Bereich des Vorsorgeauftrags [Art. 364, 368 Abs. 2 ZGB], der Patientenverfügung [Art. 373 ZGB], der gesetzlichen Vertretung [Art. 376 ZGB], Vertretung bei medizinischen Massnahmen [Art. 381 ZGB] oder zum Schutz von stationär betreuten Urteilsunfähigen [Art. 385, 386 Abs. 2 ZGB]). Leitmotiv behördlicher Schutzmassnahmen sind das Wohl und der Schutz der betroffenen Person. Sie sollen deren Selbstbestimmung so weit wie möglich erhalten und fördern (vgl. Art. 388 ZGB). Es geht also nicht um die Beseitigung von lästigem, unangepasstem oder sozial auffälligem Verhalten. Allerdings deutet auffälliges Verhalten oft darauf hin, dass der Alltag nicht mehr bewältigt werden kann und deshalb Abklärungen vorgenommen werden müssen.

Damit eine Massnahme angeordnet werden kann, müssen kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- das Vorliegen eines gesetzlichen Schwächezustands und das Bestehen eines Schutzbedarfs, der auf den Schwächezustand zurückzuführen ist (Art. 390 ZGB⁸⁸),
- das Fehlen von Alternativen zur Massnahme (Art. 389 ZGB) und
- die Verhältnismässigkeit der Massnahme (Art. 5 Abs. 2 und 36 BV).

Als Schwächezustand werden sozialmedizinische Beeinträchtigungen wie psychische Störungen (anerkannte Krankheitsbilder der Psychiatrie) oder geistige Behinderungen (angeborene oder erworbene kognitive Beeinträchtigungen verschiedener Schweregrade) verstanden. Da diese Zustände nicht abschliessend umschrieben werden können, werden sie jeweils durch eine «Auffangbestimmung» ergänzt (vgl. Art. 390 sowie Art. 426 ZGB). Im Rahmen der Beistandschaften wird dieser Auffangtatbestand als «ein ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand» umschrieben (vgl. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Bei der fürsorgerischen Unterbringung wird von «Verwahrlosung» gesprochen (vgl. Art. 426 Abs. 1 ZGB). Beiden Auffangnormen ist gemeinsam, dass sie restriktiv auszulegen sind und der Schweregrad der Beeinträchtigung mit den anderen Voraussetzungen gleichwertig sein muss.⁸⁹

Die Massnahme ist verhältnismässig, wenn der Hilfs- oder Unterstützungsbedarf mit einer Erwachsenenschutzmassnahme abgedeckt und nicht anders behoben werden kann. So muss bei einer fürsorgerischen Unterbringung ein Schutzbedarf ausgewiesen sein, der zwingend eine stationäre Behandlung und/oder Betreuung der betrof-

⁸⁸ Vgl. Häfeli, 2016, S. 115.

⁸⁹ Vgl. dazu auch Rosch, 2018a, S. 1165, sowie Rosch, 2018c, S. 1272. Allerdings lässt die Praxis zuweilen auch bloss Unerfahrenheit oder Unbeholfenheit gelten, vgl. BGer 5A_379/2015 vom 12.8.2015 E. 2.

fenen Person erfordert. Es geht also einzig um relativ spezifische Aspekte der Personensorge (vgl. Art. 426 ZGB). Demgegenüber ist die Schwelle bei einer Beistandschaft anders ausgestaltet. Als schutzbedürftig gilt eine Person, die ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht erledigen kann (vgl. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Mit Angelegenheiten sind Tätigkeiten gemeint, welche neben der Personenvorsorge auch die Vermögenssorge oder den Rechtsverkehr betreffen (vgl. Art. 391 Abs. 2 ZGB).

Es ist daran zu erinnern, dass Massnahmen des Erwachsenenschutzes stets nachrangig sind. Werden die Interessen der betroffenen Person durch private Gestaltungsmöglichkeiten oder ambulante Versorgungsangebote abgedeckt, besteht mangels einer relevanten Gefährdung kein Anlass zu behördlichen Massnahmen.

Freiheitsbeschränkende Massnahmen für Urteilsunfähige in Pflege- und Wohnheimen (Art. 383 ZGB)

Freiheitsbeschränkende Massnahmen können umschrieben werden als Eingriffe in die körperliche und geistige Unversehrtheit sowie die Bewegungsfreiheit, «ohne dass dafür eine gültige, aktuelle und erklärte Zustimmung der betroffenen Person vorliegt, bzw. ohne dass die Massnahme dem mutmasslichen Willen des kommunikationsunfähigen Betroffenen entspricht»⁹⁰. Sie sind abzugrenzen von der fürsorglichen Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB), weil sie einerseits nicht von der KESB, sondern von Pflege- und Wohneinrichtungen angeordnet werden, und andererseits allein auf Urteilsunfähige Anwendung finden. Freiheitsbeschränkende Massnahmen können auf unterschiedlichen Motiven beruhen⁹¹:

- a) Sie können im Zusammenhang mit der Verbesserung des Gesundheitszustands der betroffenen Person stehen und somit als *medizinische und pflegerische (Zwangs-)Massnahmen* begründet sein.
- b) Sie können aus Gründen der Sicherheit der betroffenen Person, von Mitarbeitenden in der Institution oder Dritten erforderlich sein und somit primär als *Sicherheitsmassnahme* verstanden werden.
- c) Sie bezwecken in erster Linie die Aufrechterhaltung eines geordneten Zusammenlebens innerhalb der Institution, was der Kategorie *disziplinarische Massnahmen* zuzuordnen ist.
- d) Sie werden angeordnet, um primär eine erzieherische Wirkung oder Verhaltensänderung zu bewirken, weshalb sie als *pädagogische Massnahmen* zu bezeichnen sind.

⁹⁰ Vgl. Anderer/Mösch Payot, 2016, S. 158.

⁹¹ Vgl. ebd., S. 160.

Die freiheitseinschränkende Massnahmen, welche in Art. 383 ZGB geregelt sind, gründen meist auf Sicherheitsüberlegungen (ernsthafte Gefahr für das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person oder Dritter), können in eng beschänkter Weise aber auch aus disziplinarischen oder pädagogischen Gründen erfolgen (Beseitigung einer schwerwiegenden Störung des Gemeinschaftslebens). Die Massnahmen können unterschiedliche Form annehmen, wobei stets zentral und kennzeichnend eine Beschränkung der Bewegungsfreiheit ist. Zu denken ist deshalb an⁹²:

- Massnahmen der Isolierung
- Mechanische Festhaltungsmassnahmen (z. B. Bettgitter)
- Bewegungsbeschränkung und Fixationsmassnahmen
- Wegnahme üblicher Fortbewegungsmittel
- Überwachungsmassnahmen

Die Anordnung solcher Massnahmen setzt voraus, dass die betroffene Person urteilsunfähig bezüglich ihrer Notwendigkeit und ihres Verhaltens ist und keine weniger einschneidenden Massnahmen zur Verfügung stehen. Der betroffenen Person muss im Vorfeld erklärt werden, was warum geschieht. Sie ist über die voraussichtliche Dauer der Massnahme in Kenntnis zu setzen; gleichzeitig muss ersichtlich sein, wer sich um die betroffene Person in dieser Zeit besonders kümmert (Art. 383 Abs. 2 ZGB). Zu Beweis Zwecken sind solche Massnahmen zu protokollieren, und die in medizinischen Massnahmen vertretungsberechtigte Person (Art. 378 ZGB) ist von der Massnahme in Kenntnis zu setzen. Ihr steht jederzeit ein Recht zur Einsicht in das Protokoll zu. Auch die Aufsichtsbehörden der Wohn- und Pflegeheime können Einsicht nehmen (vgl. Art. 384 ZGB). Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person kann schriftlich an die Erwachsenenschutzbehörde gelangen, die festzustellen hat, ob die Massnahme den gesetzlichen Vorgaben entspricht oder anderweitige Vorkehrungen zu treffen sind (Art. 385 ZGB).

Diese vorgenannten Bestimmungen kommen nicht zur Anwendung, wenn eine Person urteilsfähig ist. Urteilsfähige Personen, welche sich nötigen betreuenden oder behandelnden Massnahmen widersetzen, tragen dafür ihre eigene Patientenverantwortung, und wenn sie sich den nötigen disziplinarischen oder organisatorischen Auflagen der Einrichtung widersetzen, riskieren sie die Kündigung des Pflegeverhältnisses. Für Personen, welche gegen oder ohne ihren Willen in die Einrichtung eingewiesen wurden, gelten mit Bezug auf bewegungseinschränkende Massnahmen die Bestimmungen über die fürsorgliche Unterbringung sinngemäss (Art. 438 ZGB).⁹³

92 Vgl. ebd., S., S. 159.

93 Vgl. Anderer/Mösch Payot, 2016, S. 160.

Zwar ist eine Unterscheidung zwischen Freiheitsentziehung und Freiheitsbeschränkung zentral⁹⁴, als Voraussetzung bewegungseinschränkender Massnahmen gelten allerdings auch im Rahmen einer FU die Bestimmungen von Art. 383 ZGB. Namentlich sind sie auch im Rahmen einer FU nur auf Urteilsunfähige anwendbar.⁹⁵

Nach der hier vertretenen Auffassung sind medizinische Massnahmen, das heisst medikamentöse Massnahmen, die bewegungseinschränkend wirken (sedierende Medikamente), nicht von den Bestimmungen nach Art. 383 ff. ZGB erfasst.⁹⁶ Auch für pflegerische Leistungen und Massnahmen ist in analoger Form zur ärztlichen Behandlungsplanung eine Pflegeplanung zu fordern. Die Einwilligung erfolgt hier bei Urteilsunfähigkeit der betroffenen Person nach der medizinischen Vertretungskaskade im Sinne von Art. 378 ZGB unter Beachtung von Art. 377 ZGB.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Regelungen betreffend Einschränkungen der Bewegungsfreiheit in Wohn- und Pflegeheimen nach Art. 384 ZGB fragmentarisch sind. Sie decken nicht sämtliche Bereiche ab, die im Heimalltag von Belang sein können. In der Praxis ergeben sich oft Fragen, die bundesrechtlich nicht abschliessend geregelt sind. Diese Lückenhaftigkeit ist gerade im Hinblick auf die demografische Bevölkerungsentwicklung, aus welcher sich eine Zunahme von betagten Personen herauslesen lässt, unbefriedigend.⁹⁷

Beistandschaften (Art. 393–398, 403 ZGB)

Wie sich aus dem Begriff ableiten lässt, bezweckt die Beistandschaft, dass jemand der betroffenen Person bei der Erledigung gewisser Aufgaben beisteht, damit ein gelingender Alltag wieder möglich wird. Aufgabenbereiche, die von einer Beistandschaft abgedeckt werden können, umfassen Personen- und Vermögenssorge sowie die Vertretung im Rechtsverkehr (Art. 391 Abs. 2 ZGB).

94 Vgl. dazu auch das Kurzgutachten menschenrechtlicher Standards bei unfreiwilliger Unterbringung von Menschen in Alters- und Pflegeheimen am Beispiel von Personen mit Altersdemenz: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/justiz/publikationen/kurzgutachten-unfreiwillige-unterbringung.html> vom 8. März 2016 (zuletzt besucht am 15. Juli 2018).

95 Vgl. Gassmann/Bridler, 2016, Rz. 9.190 f, S. 397 f.

96 Vgl. dazu auch Anderer/Mösch Payot, 2016, S. 161, welche diesbezüglich jedoch eine Protokollierungspflicht nach Art. 384 ZGB vorsehen.

97 Vgl. BFS, Bevölkerung: Panorama 2018: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.4522225.html> (zuletzt besucht am 15. Juli 2018).

Zur Personensorge gehören unter anderem Wohnangelegenheiten, Ernährung, Hygiene, gesundheitliche Belange, berufliche und soziale Integration, Postverkehr etc. Zur Vermögenssorge gehören im Wesentlichen die Einkommens- und Vermögensverwaltung, welche so organisiert werden kann, dass der Beistandsperson alleinige Vertretungsmacht zukommt oder diese parallel zur betroffenen Person besteht. Zu den Aufgaben im Rechtsverkehr sind rechtsgeschäftliche Handlungen oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen zu zählen, die durchaus im Zusammenhang mit den Aufgabenbereichen Personen- und Vermögenssorge stehen können, wie etwa der Abschluss eines Mietvertrags.⁹⁸ Aus diesem Grund sind die drei in Art. 391 Abs. 2 ZGB erwähnten Aufgabenbereiche nicht strikt voneinander abgrenzbar, sondern greifen ineinander.

Die Intensität der Hilfs- oder Unterstützungsleistung ist durch vier Arten von Beistandschaften unterschiedlich ausgestaltet. So wird unterschieden zwischen einer Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB), einer Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB), einer Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) sowie einer umfassenden Beistandschaft (Art. 398 ZGB). Die Bezeichnungen umschreiben denn auch die Haupttätigkeit der Beistandsperson (siehe Abbildung 2).

Abbildung 2: Arten von Beistandschaften

Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB)
«Begleiten» bedeutet Hilfe und Unterstützung in den festgelegten Aufgabenbereichen in Form von Beratung, Anregung, Ermutigung und Vermittlung. ⁹⁹ Diese Beistandschaft erfordert die ausdrückliche Zustimmung der betroffenen Person (vgl. Art. 393 Abs. 1 ZGB).
Vertretungsbeistandschaft (Art. 394 ZGB)
«Vertreten» bedeutet, dass die Beistandsperson in den von der KESB zu definierenden spezifischen Aufgabenbereichen gesetzliche Vertreterin der betroffenen Person ist. Das Vertretungsrecht der Beistandsperson besteht ohne andere Anordnung parallel zur Eigenmacht der verbeiständeten Person. Die KESB kann aber in einzelnen Bereichen die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person einschränken oder ihr den Zugriff auf einzelne Vermögenswerte entziehen. Auch wenn die Handlungsfähigkeit der verbeiständeten Person nicht eingeschränkt wurde, muss sie sich die Handlungen der Beistandsperson anrechnen zu lassen (Art. 394 Abs. 3 ZGB).

⁹⁸ Vgl. Häfeli, 2016, S. 130.

⁹⁹ Vgl. ebd., S. 120.

Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB)
«Mitwirken» bedeutet, dass in den von der KESB definierten Bereichen die verbeiständete Person der Mitwirkung der Beistandsperson bedarf, damit ein Rechtsgeschäft gültig ist. Weder das Handeln der betroffenen urteilsfähigen Person noch jenes der Beistandsperson ist für sich alleine ausreichend, was zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit in spezifisch festgelegten Angelegenheiten führt (Art. 396 ZGB).
Kombination von Massnahmen (Art. 397 ZGB)
Begleit-, Vertretungs- und Mitwirkungsbeistandschaften können miteinander kombiniert werden. Dabei ist allerdings darauf Bedacht zu nehmen, dass sowohl für die verbeiständete Person als auch die Beistandsperson die Kombination überschaubar bleibt und im Rechtsverkehr handhabbar ist. Das führt in der Praxis zu berechtigter Zurückhaltung gegenüber dieser eher komplizierten Art von Unterstützung.
Umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB)
Bei der «umfassenden Beistandschaft» entfällt die Handlungsfähigkeit von Gesetzes wegen. Sie ist das Nachfolgeinstitut der ehemaligen Vormundschaft (welche heute nur noch im Kindesrecht vorkommt). Diese Massnahme ist als Ultima ratio gedacht und setzt eine ausgeprägte Hilfsbedürftigkeit und einen Schutzbedarf voraus, der mit den anderen Massnahmen, selbst mit deren Kombinationen (vgl. Art. 397 ZGB), nicht angemessen berücksichtigt werden kann. Bei ihrer Anordnung ist Zurückhaltung geboten: Es ist zu prüfen, ob die Hilfsbedürftigkeit der betroffenen Person von Dritten missbraucht werden kann. Auch stellt sich die Frage, ob diese Massnahme mit der UNO-Behindertenrechtskonvention noch vereinbar ist. ¹⁰⁰
Ersatzbeistandschaft (Art. 403 ZGB)
Diese Beistandschaft kann bei Vertretungs-, Mitwirkungs- oder umfassenden Beistandschaften notwendig werden, wenn die eingesetzte Beistandsperson infolge Verhinderung, Abwesenheit oder Interessenkollision ihre Aufgaben nicht wahrnehmen kann. Diesfalls ernennt die KESB eine Ersatzbeistandsperson für die entsprechenden notwendigen Rechtshandlungen.

Die Auswahl der Aufgabenbereiche, die mit einer Beistandschaft abgedeckt werden sollen, und die Wahl der Art der Beistandschaft haben massgeschneidert zu erfolgen. Sie müssen so gewählt werden, dass sie passgenau auf die individuellen Bedürfnisse der schutz- und hilfsbedürftigen Person zugeschnitten sind. Allerdings folgt das Leben nicht mechanischen Gesetzen und sind die Vertretungs- und Betreuungsbedürfnisse einer schutzbedürftigen Person nicht immer im Detail im Voraus prognostizierbar. Daher haben sich schon unter dem alten Recht (Beistandschaft auf eigenes Begehren gemäss Art. 394 aZGB und kombinierte Beistandschaft

¹⁰⁰ Vgl. Meier, 2016, Rz. 13 f., mit weiteren Hinweisen; Rosch, 2018b, S. 1187, mit weiteren Hinweisen.

nach Art. 392/393 aZGB) möglichst offene und grosszügige Beistandschaftsmandate bewährt, welche im Betreuungsalltag viel Flexibilität ermöglichen, ohne dass der Grundrechtsschutz und das eigene Handeln der verbeiständeten Person in Mitleidenschaft gezogen werden.

Gemäss der Statistik der KOKES aus dem Jahr 2017 ist die Vertretungsbeistandschaft die am häufigsten angeordnete Art der Beistandschaft. Sie weist aus, dass 58'718 Personen durch diese Massnahme unterstützt werden. Nachdenklich stimmt aber die Tatsache, dass 14'210 Personen unter umfassender Beistandschaft stehen. Dabei fällt auf, dass diese Massnahme regional unterschiedlich verbreitet ist.¹⁰¹

Eigenes Handeln der KESB anstelle einer Beistandschaft (Art. 392 ZGB)

Die KESB kann bei einem ausgewiesenen Schutz- und Hilfsbedarf, bei welchem die Anordnung einer Beistandschaft unverhältnismässig scheint, aber trotzdem Vertretungshandlungen im Interesse der betreffenden Person nötig sind, von sich aus Erforderliche vorkehren (z. B. Zustimmung zu einer Hypothek), einer Drittperson einen Auftrag erteilen (z. B. nötige Hausreparatur nach Sturmschaden) oder eine Person oder Stelle bezeichnen, der für bestimmte Bereiche Einblick und Auskunft zu geben sind (z. B. bei familiären Dissonanzen unter Kindern von betagten Eltern in Bezug auf finanzielle oder betruerische Belange). Obwohl es sich dabei nicht um behördliche Erwachsenenschutzmassnahmen im engeren Sinne handelt (Beistandschaft oder FU), können sie grundrechtsrelevante Eingriffe mit sich bringen, weshalb die KESB auch hier die verfassungsmässigen Prinzipien (Interesse der betroffenen Person, Subsidiarität, Komplementarität und Verhältnismässigkeit) und namentlich den Persönlichkeitsschutz der Betroffenen (Art. 28 ff. ZGB) zu beachten hat.

Fürsorgerische Unterbringung (FU, Art. 426 ff. ZGB)

Als fürsorgerische Unterbringung im engeren Sinne versteht das Gesetz die Unterbringung einer Person, die an einer psychischen Störung oder einer geistigen Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, gegen ihren Willen in einer geeigneten Einrichtung, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann (Art. 426 ZGB). Nach der gesetzlichen Regelung kann diese Unterbringung entweder durch die KESB oder durch einen Arzt oder eine Ärztin erfolgen, welche vom Kanton zu bezeichnen sind (Art. 428 und 429 ZGB). Zu den Bestimmungen der

¹⁰¹ Vgl. KOKES-Statistik 2017, Anzahl Erwachsene mit Schutzmassnahmen per 31.12.2017: https://www.kokes.ch/application/files/3315/3621/8483/KOKES-Statistik_2017_Erwachsene_A3.pdf (zuletzt besucht am 30.01. 2019).

fürsorgerischen Unterbringung im weiteren Sinne zählen auch die Funktion der Vertrauensperson (Art. 432 ZGB), die Bestimmungen über den Behandlungsplan (Art. 433 ZGB), die Behandlung ohne Zustimmung des Patienten (Art. 434 ZGB) sowie bewegungseinschränkende Massnahmen (Art. 438 ZGB).¹⁰²

Die als Individualschutz ausgerichtete fürsorgerische Unterbringung greift massiv in das Grundrecht der persönlichen Freiheit ein (Art. 10 Abs. 2 BV). Zulässig ist sie nur, wenn:

- ein in Art. 426 ZGB erwähnter Schwächezustand gegeben ist,
- überdies eine stationäre Behandlung und/oder Betreuung notwendig ist, weil sonst erhebliche Selbst- oder Drittgefährdung besteht (Schutzbedarf),
- anderweitig keine Behandlungs- oder Betreuungsmöglichkeit zur Verfügung steht,
- die Einrichtung für die Behandlung und/oder Betreuung geeignet ist.

Die fürsorgerische Unterbringung ist eine Zwangsmassnahme. Nötigenfalls kann die anordnende Instanz (Arzt oder Erwachsenenschutzbehörde) polizeiliche Hilfe beanspruchen, wobei auch diesbezüglich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten ist¹⁰³, weil die FU als «Rettungsdampfer» und nicht als «getarntes Kanonenboot» konzipiert ist¹⁰⁴.

Die Unterbringung ist bei ärztlicher Einweisung – sofern das kantonale Recht keine kürzere Frist vorsieht – auf maximal sechs Wochen beschränkt (Art. 429 Abs. 1 ZGB). Demgegenüber sind behördliche Einweisungen unbefristet. Sie sind aber regelmässig zu überprüfen (Art. 431 ZGB). Wenn nach einer ärztlichen Einweisung bei Beachtung der gesetzlichen Fristbeschränkung eine Entlassung als verfrüht anzusehen ist, muss die KESB die Fortdauer der Einweisung anordnen (Art. 429 Abs. 2 ZGB).

Eine Einweisung rechtfertigt nicht eine Behandlung der betroffenen Person. Eine Behandlung gegen ihren Willen ist an strengere Voraussetzungen gebunden als die Einweisung. Es braucht neben der Urteilsunfähigkeit die Gefahr, dass die Person oder Dritte ohne die Behandlung ernsthaften gesundheitlichen Schaden nehmen (Art. 434 ZGB).

102 Vgl. Dubno/Rosch, 2016, S. 553.

103 Vgl. Gassmann/Bridler, 2016, S. 369.

104 Vgl. Hegnauer, 1994, S. 127.

Eine Verbesserung des Gesundheitszustands kann das Ausmass der Behandlungs- und/oder der Betreuungsbedürftigkeit der betroffenen Person reduzieren, sodass ein stationärer Aufenthalt nicht mehr angezeigt ist. Auch kann eine urteilsfähige Person in den stationären Aufenthalt einwilligen und so «freiwillig» in der Einrichtung verbleiben. Entsprechend ist die betroffene Person aus der fürsorglichen Unterbringung zu entlassen. Bei ärztlicher Einweisung verfügt die Einrichtung die Entlassung (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB). Nach einer behördlichen Einweisung hat auch die KESB wieder über die Entlassung zu befinden, sofern sie diese Kompetenz nicht ausdrücklich an die Einrichtung delegiert hat (Art. 428 ZGB). Ist die Entlassung erfolgt, so ist für eine erneute Unterbringung ein neues Einweisungsverfahren zu veranlassen. Die betroffene oder eine ihr nahestehende Person hat jederzeit das Recht, um Entlassung zu ersuchen (Art. 426 Abs. 4 ZGB). Eine Ablehnung des Entlassungsgesuchs ist mit Beschwerde anfechtbar (vgl. Art. 439 i. V. m. Art. 450 ZGB).

3 Grund- und Menschenrechte

3.1 Grundlagen

Begriffe

Grund- und Menschenrechte sind die von der Verfassung und den internationalen Menschenrechtsübereinkommen garantierten Rechtsansprüche des Einzelnen gegenüber dem Staat.¹⁰⁵ Sie dienen dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde. Grundrechte schützen die Persönlichkeit des Menschen und sichern dem Einzelnen ein Mindestmass an Entfaltungs- und Partizipationsmöglichkeiten für ein selbstbestimmtes Leben in Freiheit, Gleichheit und Sicherheit zu.¹⁰⁶

Gemäss verbreiteter Terminologie werden solche individuellen Ansprüche «Grundrechte» genannt, soweit sie in der Bundesverfassung verankert sind, und «Menschenrechte», wenn es sich um völkerrechtliche Garantien (EMRK, UNO-Konventionen) handelt. Die Grund- und Menschenrechte lassen sich nach ihrem hauptsächlichen Schutzzweck in Freiheits-, Gleichheits-, Verfahrens-, Sozial- und politische Rechte einteilen.¹⁰⁷

Die Freiheitsrechte schützen das Individuum in seiner Freiheit vor Eingriffen des Staats und sichern seine Unversehrtheit (siehe Abb. 3). Sie gewährleisten dem Individuum in bestimmten Bereichen Freiräume, die der Staat zu respektieren hat,

105 Die Ausführungen des Kapitels 3, «Grund- und Menschenrechte», sind in leicht überarbeiteter und teilweise ergänzter Form folgenden Leitfäden entnommen: Akkaya, Gülcan, 2015, Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe. Ein Leitfaden für die Praxis, S. 18–28, und Akkaya, Gülcan; et al., 2016, Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen. Ein Leitfaden für die Praxis der Sozialen Arbeit, S. 30–38.

106 Vgl. Kiener/Kälin, 2007, S. 9; zit. in: Akkaya, 2015, S. 18.

107 Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 28; zit. in: Akkaya, 2015, S. 18.

und gebieten diesem, ungerechtfertigte Eingriffe in die Schutzbereiche zu unterlassen. Die auch als «Abwehrrechte» bezeichneten Rechte verpflichten den Staat zu einem Dulden und Unterlassen. Sie garantieren dem Individuum einklagbare Rechte zur Abwehr staatlicher Eingriffe in die eigene Freiheit.¹⁰⁸ Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes haben die betroffenen Menschen z.B. einen Anspruch darauf, dass der Staat nicht ungerechtfertigt in ihre persönliche Freiheit, ihr Familienleben und ihre Privatsphäre eingreift. Auch in psychiatrischen Kliniken, in Einrichtungen des betreuten Wohnens, Alters- und Pflegeeinrichtungen, Kinder- und Jugendheimen oder Heimen für Menschen mit einer Behinderung haben die betreuten Menschen ein Recht auf Privatsphäre, die es von Sozialarbeitenden sowie vom Betreuungs- und Fachpersonal zu achten und zu schützen gilt. Dies gilt auch dann, wenn Menschen sich im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung in solchen Institutionen aufhalten.

Die Gleichheitsrechte schützen das Individuum vor Willkür, Ungleichbehandlung, die sich sachlich nicht rechtfertigen lässt, und Diskriminierung, das heisst Herabsetzung wegen einer körperlichen, psychischen oder geistigen Behinderung, des Geschlechts, der Herkunft, des sozialen Status und anderer Persönlichkeitsmerkmale. In der Praxis des Kindes- und Erwachsenenschutzes spielen diese Rechte eine besondere Rolle.

Die Verfahrensgarantien sichern das Recht auf ein faires Verfahren und sollen dem Individuum die Möglichkeit geben, seine Rechte geltend zu machen. Gleichzeitig binden sie den Staat vor allem an ein faires Verfahren, wenn Grundrechte aus verschiedenen Gründen eingeschränkt werden müssen.¹⁰⁹ Zum Beispiel kann jeder Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde mit Beschwerde angefochten werden. Im Vorfeld ist die betroffene Person anzuhören und ihr Gelegenheit zu geben, sich zu den Erkenntnissen der Abklärung zu äussern und ihre Sicht darzustellen.

Die Sozialrechte sollen die Existenzsicherung des Individuums gewährleisten. Es handelt sich hierbei um die in der Verfassung verankerten Ansprüche des Individuums auf staatliche Leistungen. Grundrechte als Leistungsrechte begründen individuelle Ansprüche auf positive staatliche Leistungen.¹¹⁰

Die politischen Rechte schliesslich gewähren dem Einzelnen einen Anspruch auf Teilhabe an politischen (Entscheidungs-)Prozessen und aktive Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung.

108 Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 34; zit. in: Akkaya, 2015, S. 18 f.

109 Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 28, zit. in: Akkaya, 2015, S. 19.

110 Vgl. ebd.

Abbildung 3: Typologie der Grundrechte (Zusammenstellung nach Kiener/Kälin 2013)

Freiheitsrechte
<ul style="list-style-type: none"> · Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit · Glaubens- und Gewissensfreiheit · Versammlungsfreiheit · Wirtschaftsfreiheit · Eigentumsgarantie
Gleichheitsrechte
<ul style="list-style-type: none"> · Rechtsgleichheit · Diskriminierungsverbot · Willkürverbot · Anspruch auf Schutz von Treu und Glauben
Verfahrensrechte
<ul style="list-style-type: none"> · Anspruch auf rechtliches Gehör · Garantie eines unabhängigen Richters · Rechtsschutzgarantien bei Freiheitsentzug · Anspruch auf Zugang zu einem Gericht
Sozialrechte
<ul style="list-style-type: none"> · Garantie der Nothilfe · Anspruch auf Grundschulunterricht · Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege
Politische Rechte
<ul style="list-style-type: none"> · Stimm- und Wahlrecht, Initiativ- und Referendumsrecht · Mitwirkung an der staatlichen Willensbildung, z. B. freie politische Willensbildung, unverfälschte Stimmabgabe

Verankerung

Die Bundesverfassung von 1999 enthält einen Katalog von Grundrechten (Art. 7 bis 34 BV). Auch die in jüngerer Zeit revidierten kantonalen Verfassungen enthalten ausführliche Grundrechtskataloge, die sich weitgehend an die Bundesverfassung anlehnen. Aufgrund des Vorrangs des Bundesrechts kommt ihnen nur dort eine Funktion zu, wo sie einen Schutz gewähren, der über die bundesverfassungsrechtliche Gewährleistung hinausgeht, was selten der Fall ist.¹¹¹

Nebst dem nationalen Recht garantieren die internationalen Abkommen, welche die Schweiz ratifiziert hat, fundamentale Rechte. Von grösster Bedeutung sind die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) sowie die UNO-Menschenrechtsabkommen.¹¹²

Gemäss Bundesverfassung geniessen die völkerrechtlichen Abkommen unter bestimmten Umständen sogar Vorrang vor nationalem Recht. Zudem besteht mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine zusätzliche gerichtliche Instanz in Strassburg, an die sich Einzelpersonen, die sich in ihren von der EMRK garantierten Rechten verletzt fühlen, wenden können, sofern sie zuvor an das höchste nationale Gericht (meist das Bundesgericht) gelangt sind.¹¹³

Während die bürgerlichen und politischen Rechte in der Bundesverfassung als Grundrechte verankert sind, sind die meisten sozialen Menschenrechte, welche die Schweiz mit der Ratifizierung des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte von 1966 anerkannt hat, in der Bundesverfassung lediglich als Sozialziele (Art. 41 BV) formuliert. Die Bundesverfassung unterscheidet zwischen programmatischen Sozialzielen und direkt einklagbaren sozialen Grundrechten.¹¹⁴

Soziale Grundrechte betreffen spezielle Grundrechtsgewährleistungen im Sozialbereich, die gewisse Sozialziele mit einem Rechtsanspruch versehen.¹¹⁵ In diesen Fällen gewährleistet die Verfassung dem Einzelnen subjektive, unmittelbar anwendbare und gerichtlich durchsetzbare Ansprüche auf bestimmte Leistungen. Zu den sozialen Grundrechten zählen das Recht auf Hilfe in Notlagen nach Art. 12 BV, der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht nach Art. 19 BV sowie der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege nach Art. 29 BV.

Art. 41 BV hält wichtige sozialpolitische Ziele in Bezug auf elementare Aspekte menschlichen Daseins wie soziale Sicherheit, Gesundheit, Familie, Wohnen, Bildung

¹¹¹ Vgl. Akkaya, 2015, S. 21 f.

¹¹² Vgl. ebd.

¹¹³ Vgl. ebd.

¹¹⁴ Vgl. Meyer-Blaser/Gächter, 2001; zit. in: Akkaya, 2015, S. 22.

¹¹⁵ Vgl. Rüegg, 2008, S. 27; zit. in: Akkaya, 2015, S. 22.

und Arbeit fest. Diese Sozialziele begründen keine unmittelbar einklagbaren Ansprüche des Individuums auf staatliche Leistungen. Im Rahmen ihrer Zuständigkeit und verfügbaren Mittel sind der Bund und die Kantone jedoch gehalten, die Sozialziele zu realisieren.¹¹⁶

Abwehr-, Schutz- und Leistungsrechte

Die grund- und menschenrechtlichen Pflichten sind vielfältiger Art: Sie können darin bestehen, die Freiheit eines Menschen zu achten (z. B. die freie Meinungsäusserung oder Religionsausübung zu dulden), einen Menschen vor Eingriffen zu schützen (z. B. ihn vor Dritten, welche seine körperliche Integrität oder Privatsphäre gefährden, zu schützen), oder sie können darauf hinwirken, dass ein Mensch die Freiheit, die ihm rechtlich zusteht, im privaten und beruflichen Alltag auch tatsächlich wahrnehmen kann (z. B. wenn ihm die finanziellen Mittel dazu fehlen).¹¹⁷

Gemäss diesen Funktionen lassen sich verschiedene Ansprüche unterscheiden, wobei die meisten Grund- und Menschenrechte mehr oder weniger ausgeprägt alle drei Dimensionen aufweisen.

Die grundrechtlichen Abwehransprüche geben dem Einzelnen einen unmittelbar durchsetzbaren Anspruch auf Achtung seiner Grundrechte («duty to respect»). Die Behörden dürfen nichts unternehmen, was die Ausübung der Grundrechte des Einzelnen erschwert oder verunmöglicht, sind also zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichtet.¹¹⁸ Die persönliche Freiheit und das Recht auf Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen müssen z. B. geachtet und dürfen nur eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen, im öffentlichen Interesse geboten und verhältnismässig ist.

Kinder und Jugendliche sowie Menschen mit einer geistigen Behinderung oder mit psychischen Störungen sowie Personen, die sich in einem Schwächezustand befinden, haben ausserdem Anspruch auf besonderen Schutz ihrer grundrechtlichen Ansprüche («duty to protect»), namentlich, wenn äussere Umstände oder Dritte die Ausübung der Grund- und Menschenrechte erschweren oder verunmöglichen.¹¹⁹

Leistungsrechte begründen individuelle Ansprüche, die der Staat erfüllen muss, damit Personen ihre Grund- und Menschenrechte auch tatsächlich ausüben können («duty to fulfill»). Der Staat ist also zu einem positiven Tun verpflichtet, wobei Inhalt, Umfang und Gegenstand der Leistungen in erster Linie durch den Gesetzgeber

¹¹⁶ Vgl. Rüegg, 2008, S. 29; zit. in: Akkaya, 2015, S. 22.

¹¹⁷ Vgl. hierzu auch Kälin et al., 2008, S. 18 ff.

¹¹⁸ Kiener/Kälin, 2013, S. 34 f.

¹¹⁹ Kiener/Kälin, 2013, S. 37 f.

festgelegt werden.¹²⁰ Für Angehörige besonders verletzlicher Gruppen – Kinder, Jugendliche, ältere Menschen, die auf Pflege und Betreuung angewiesen sind, Menschen mit Behinderungen – sind grundrechtliche Leistungsansprüche besonders wichtig. Ohne staatliche Massnahmen werden sie ihr Recht auf inklusive Bildung (Art. 24 BRK) oder das erreichbare Höchstmass an Gesundheit (Art. 25 BRK) oft nicht wahrnehmen können.

Voraussetzungen und Grenzen des Eingriffs in die Grund- und Menschenrechte

Massnahmen im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes stellen immer Eingriffe in die Grundrechte der betroffenen Personen dar. So bedeutet die fürsorgliche Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik einen massiven Eingriff in die persönliche Freiheit einer Person. Wenn beispielsweise Kinder in Angelegenheiten, die sie betreffen, nicht angehört werden, verletzt das ihr Recht auf rechtliches Gehör. Die Praxis, freiheitsbeschränkende Massnahmen – wie z. B. das Anbringen von Bettgittern bei betagten Menschen in Alters- und Pflegeheimen – allgemein durchzuführen, schränkt das Recht der Betroffenen auf persönliche Freiheit, körperliche und psychische Integrität sowie die Bewegungsfreiheit ein. Einem Jugendlichen in einem Heim die Pflege seiner sozialen Kontakte zu verbieten oder sie zu beschränken, berührt sein Recht auf Selbstbestimmung und persönliche Freiheit.

Bevor die für den zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutz besonders relevanten materiellen Grund- und Menschenrechte dargelegt werden, sollen daher an dieser Stelle die Voraussetzungen erläutert werden, unter denen solche Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte zulässig sind.

Verwirklichung der Grundrechte als Grundsatz (Art. 35 BV)

Art. 35 BV

- 1** Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.
- 2** Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.
- 3** Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

¹²⁰ Kiener/Kälin, 2013, S. 35 ff.

Personen, die mit Bezug auf Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Aufgaben erfüllen, sind an die Grund- und Menschenrechte der Verfassung und der internationalen Abkommen gebunden. Die Grundrechte binden nicht nur die Eingriffsverwaltung (Polizei, Strafvollzugspersonal etc.), sondern auch die Leistungsverwaltung (Sozialbehörden, Schulbehörden etc.), welche die wirtschaftlichen und anderen Unterstützungsleistungen erbringt.

Damit sind Behörden, Sozialarbeitende, Sozialpädagogen und -pädagoginnen in ihrem öffentlichen und halböffentlichen Dienstverhältnis bei ihrer Tätigkeit an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, diese umzusetzen und zu achten. Das gilt auch für Institutionen, die im Auftragsverhältnis öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Grund- und Menschenrechte stellen damit Leitplanken für das Handeln der Sozialtätigen und der Behörden dar.

Welche Achtungs- und (Schutz-)Pflichten die Sozialtätigen in einer konkreten Situation haben, ist davon abhängig, ob sie selber Entscheide fällen, welche die Grund- und Menschenrechte im Rahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes berühren (z. B. bei Entscheiden über die Wohn- oder Ausbildungssituation eines Kindes oder einer betagten Person), oder ob sie in einer Situation hinzugezogen werden, in welcher Dritte (z. B. die Eltern, Beistände, Heime, Pflegeeinrichtungen) Grundrechte beeinträchtigen und sich die Frage stellt, ob die sozialtätige Person etwas dagegen unternehmen muss und ihr eine besondere Schutzpflicht zukommt.

Grundrechtseingriffe (Art. 36 Abs. 1 BV)

Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte sind nur unter bestimmten, ebenfalls in der Verfassung festgeschriebenen Voraussetzungen zulässig. Die Bundesverfassung regelt in Art. 36 die Bedingungen für zulässige Einschränkungen von Grundrechten im Allgemeinen. Diese Bestimmung ist primär auf die Freiheitsrechte anwendbar.

Grundrechtseingriffe sind bei den klassischen Freiheitsrechten zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts nicht antasten. Dabei gilt: Je schwerer der Eingriff ist, desto höher sind die Anforderungen der gesetzlichen Grundlage, desto gewichtiger müssen die mit dem Eingriff verfolgten öffentlichen Interessen sein und desto umfassender und differenzierter muss die Interessenabwägung vorgenommen werden.¹²¹

¹²¹ Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 97; zit. in: Akkaya, 2015, S. 25.

Bei der Einschränkung von Grund- und Menschenrechten müssen die Voraussetzungen von Art. 36 der Bundesverfassung eingehalten werden. Es ist zu prüfen, ob

- das infrage stehende Vorgehen einen Eingriff in ein Grund- und Menschenrecht darstellt,
- ein solcher Eingriff gerechtfertigt ist,
- eine gesetzliche Grundlage besteht,
- der Eingriff einem öffentlichen Interesse dient,
- der Eingriff das öffentliche Interesse auf eine Art und Weise verfolgt, die den Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektiert; der Eingriff mithin geeignet, erforderlich und zumutbar ist,
- der Eingriff den Kerngehalt des Grundrechts antastet.

Gesetzliche Grundlage

Art. 36 Abs. 1 BV

Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

Jeder Eingriff in ein Grundrecht braucht eine gesetzliche Grundlage. Ist der Eingriff besonders schwer (z. B. die fürsorgliche Unterbringung oder medizinische Behandlung einer psychischen Störung ohne Einwilligung), weil er sich einschneidend oder langfristig für die betroffene Person auswirkt, muss er präzise und detailliert im Gesetz selbst festgehalten sein. So wird sichergestellt, dass Grundrechtseingriffe auf einer demokratischen Rechtfertigung beruhen. Wiegt der Eingriff weniger schwer, kann als gesetzliche Grundlage auch eine Verordnung, Weisung oder Richtlinie genügen, die für Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit sorgt.¹²² Für freiheits einschränkende Massnahmen fehlen in vielen Bereichen, so in Jugend- und Behinderteneinrichtungen sowie in Altersheimen, ausdrückliche gesetzliche Regelungen oder diese sind lückenhaft.¹²³

¹²² Vgl. Akkaya, 2015, S. 26.

¹²³ Vgl. ausführlicher Mösch Payot, 2014, S. 25.

Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Nach Art. 36 Abs. 2 BV müssen Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

Öffentliche Interessen sind zunächst jene, die dem Schutz der sogenannten «Polizeigüter» dienen, das heisst dem Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Ruhe und Sittlichkeit, dem Schutz der öffentlichen Gesundheit und von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Des Weiteren liegen jene Grundrechtsbeschränkungen im öffentlichen Interesse, die dem Staat ermöglichen, eine verfassungsmässig oder gesetzlich vorgesehene Aufgabe (z. B. Umweltschutz, Gesundheit) zu erfüllen.

Die Wahrung der Grund- und Menschenrechte von Kindern, Menschen mit einer geistigen Behinderung oder psychischen Störung und auch betagten Menschen kann voraussetzen, dass zusätzliche Massnahmen ergriffen werden. Es ist wichtig, festzuhalten, dass rein finanzielle Interessen des Gemeinwesens nie ausreichen, um Eingriffe in die Grundrechte zu rechtfertigen. Einschränkungen der Grundrechte können aber unter Umständen durch das Interesse an einer verhältnismässigen Verwendung öffentlicher Mittel oder im Schulumfeld durch das Interesse, alle Kinder optimal zu fördern und zu unterstützen, gerechtfertigt sein. Auch der Schutz und die Förderung des Kindeswohls sind nicht nur eine rein persönliche Angelegenheit, sondern stehen im öffentlichen Interesse und können unter Umständen Einschränkungen der Grundrechte der Eltern rechtfertigen.

Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Art. 36 Abs. 3 BV

Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

Wenn öffentliche Interessen im Widerspruch zu den Interessen der betroffenen Person oder gewichtigen Interessen Dritter stehen, ist eine sorgfältige Güterabwägung erforderlich. Eingriffe in Freiheitsrechte müssen deshalb dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standhalten. Massnahmen dürfen nur angeordnet werden, soweit sie im öffentlichen Interesse erfolgen und gleichzeitig geeignet, erforderlich und zumutbar sind.

Geeignet ist eine Massnahme, wenn sie erwarten lässt, dass mit ihr ein angestrebtes Ziel erreicht werden kann. So erweist sich eine fürsorgliche Unterbringung

dann als geeignete Massnahme, wenn durch die notwendige Behandlung oder Betreuung eine Linderung der Auswirkungen der psychischen Störung oder eine Stabilisierung des Gesundheitszustands erreicht werden kann.

Erforderlich ist eine Massnahme, wenn kein milderes oder weniger einschneidendes Mittel besteht, mit dem dasselbe Ziel erreicht werden kann. Schliesslich muss eine Massnahme zumutbar sein. Zwischen dem angestrebten Ziel und der Schwere des Eingriffs in die individuellen Rechte muss also ein vernünftiges Verhältnis bestehen, das heisst, die Massnahme darf die Betroffenen nicht in einem objektiv inakzeptablen Ausmass belasten. Dabei sind insbesondere Art und Dauer der Beeinträchtigung, die Auswirkungen auf den Lebensalltag der Betroffenen und die Zahl der vom Eingriff Betroffenen zu berücksichtigen. Gerade im Umgang mit Kindern müssen die Behörden und die Sozialarbeitenden stets auch die Situation und die möglichen Auswirkungen einer Massnahme auf die Familie des Kindes in die Interessenabwägung einbeziehen.

Kerngehalt der Grundrechte (Art. 36 Abs. 4 BV)

Art. 36 Abs. 4 BV

Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Eine staatliche Massnahme, die in den Kerngehalt eines Grundrechts eingreift, entzieht sich jeglicher Rechtfertigung und ist daher stets verfassungswidrig. Was den Kerngehalt eines Grundrechts ausmacht, ist nicht allgemein zu definieren, sondern hängt vom jeweiligen Grundrecht ab.

Die Rechtsprechung hat den Kerngehalt einzelner Grundrechte konkretisiert. Bei einigen Grundrechten ist der Schutzbereich identisch mit dem Kerngehalt, so etwa beim Verbot der Folter oder dem Recht auf Hilfe in Notlagen. Man kann nicht nur «ein bisschen foltern» oder das Überleben «nur ein bisschen sichern». Eingriffe in diese beiden Grundrechte sind daher nie zulässig. Bei anderen Grundrechten – insbesondere den meisten Freiheitsrechten – ist der Schutzbereich weiter gefasst als der Kerngehalt und Einschränkungen sind unter den oben beschriebenen Voraussetzungen bis zur Grenze des Kerngehalts möglich. Es kann zum Beispiel zulässig sein, das Recht auf freie Berufswahl durch Zulassungsbeschränkungen zu gewissen Studiengängen zu schmälern. Absolut verboten bleibt aber beispielsweise, den Anspruch von Menschen mit Behinderungen auf Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit einzuschränken oder sogar zu verneinen.

Verfahrensvorgaben

Betroffene eines Kindes- oder erwachsenenschutzrechtlichen Verfahrens haben Anspruch auf ein faires administratives und gerichtliches Verfahren, was in den Verfahrensgarantien der Bundesverfassung (Art. 29–32 BV¹²⁴), welche auch als *Verfahrensgrundrechte* verstanden werden, festgelegt ist.¹²⁵ Die konkrete Ausgestaltung dieser Verfahrensgrundrechte wurde von der Gesetzgeberin mit Rücksicht auf die föderalistischen Gegebenheiten (kantonale und kommunale Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzes mit über lange Jahre gewachsenen Strukturen und Kulturen) nur rudimentär im Zivilgesetzbuch geregelt und im Übrigen den in Art. 1 der BV erwähnten 26 Kantonen überlassen.¹²⁶ So bildet das Verfahrensrecht im Kindes- und Erwachsenenschutz einen eigentlichen Flickenteppich, der einer einheitlichen Durchsetzung eines überall gleich verstandenen fairen Verfahrens nicht förderlich ist. Immerhin stellen die erwähnten übergeordneten bundesrechtlichen Bestimmungen die Umsetzung der Verfahrensgrundrechte sicher. Allenfalls gegen die Bundesverfassung verstossende kantonale Regelungen könnten vom Bundesgericht im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens überprüft und korrigiert werden.¹²⁷

3.2 Internationale Abkommen

Die internationalen Menschenrechtsübereinkommen gehen alle von der Gleichheit aller Menschen und ihrem Anspruch auf Gleichbehandlung aus.¹²⁸ Allerdings wurde erst mit der UNO-Behindertenrechtskonvention von 2006 ein umfassendes Verbot der Diskriminierung aufgrund einer Behinderung verabschiedet. Die BRK enthält keine Sonderrechte für Menschen mit Behinderungen, sondern präzisiert die universellen Menschenrechte aus der Perspektive von Menschen mit Behinderungen und konkretisiert die Verpflichtungen der Staaten zu deren Schutz.¹²⁹

Alle anderen Menschenrechtskonventionen gelten weiterhin für Menschen mit Behinderungen. Unter Umständen können verschiedene Konventionen gleichzeitig zur Anwendung kommen, z.B. die UNO-Behindertenrechtskonvention und die UNO-Frauenrechtskonvention oder auch die Europäische Menschenrechtskonvention.¹³⁰

¹²⁴ Vgl. Allgemeine Verfahrensgarantien im Kapitel 3.3.

¹²⁵ Vgl. Affolter-Fringeli/Vogel, 2016, Art. 314 N 74.

¹²⁶ Vgl. Murphy/Steck, 2016, S. 725.

¹²⁷ Zur Problematik mit Bezug auf bundesrechtliche Regelungen vgl. Hangartner/Looser, 2014, S. 3053 f.

¹²⁸ Vgl. Schefer/Hess-Klein, 2014, S. 5 ff., mit Hinweis auf den Überblick bei Degener, 2005.

¹²⁹ Vgl. Aichele, 2010, S. 10; vgl. auch Schefer/Hess-Klein, 2014, S. 8.

¹³⁰ Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 43.

UNO-Behindertenrechtskonvention

Für die Schweiz trat die UNO-BRK am 15. Mai 2014 in Kraft und ergänzte alle anderen Menschenrechtskonventionen, die gleichermaßen für Menschen mit Behinderungen gelten. Die Notwendigkeit der Ergänzung wird deutlich, wenn man den Kerngehalt der UNO-BRK betrachtet: Würde des Menschen, Verbot von Diskriminierung, Akzeptanz von Behinderung als Ausdruck menschlicher Vielfalt, gleichberechtigte Teilhabe an der Gesellschaft in allen Lebensbereichen und Chancengleichheit. Sie bedeutet somit die Abkehr von einer Politik, die in erster Linie auf Fürsorge und den vermeintlich nötigen Ausgleich von als Defizit aufgefassten Besonderheiten ausgerichtet war.¹³¹

Gemäss BRK zählen zu den Menschen mit Behinderungen jene, «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» (Art. 1 Abs. 2 BRK). Auch Menschen mit seelischen Schwierigkeiten und psychischen Erkrankungen sowie pflegebedürftige ältere Menschen profitieren vom besonderen Schutz, den die Konvention fest schreibt.¹³² Für den Erwachsenenschutz hat die UNO-Behindertenrechtskonvention besondere Bedeutung, doch auch im Kinderschutz kann sie zum Tragen kommen.

Behörden, Sozialarbeitende, Beistände und Beiständinnen sehen sich vor der Herausforderung, die Rechte von Menschen mit Behinderungen zu achten und zu schützen, aber gleichzeitig sicherzustellen, dass dadurch die Rechte von Drittpersonen nicht beeinträchtigt werden. Sie stehen Menschen mit psychischen und/oder kognitiven Einschränkungen sowie älteren Menschen mit Demenzerkrankungen gegenüber, deren Willensbildung oder Fähigkeit zur Willenskundgebung beeinträchtigt sein kann. Diese Menschen bedürfen eines angemessenen Schutzes.¹³³ In der konkreten Arbeit müssen die Grund- und Menschenrechte der Menschen mit Beeinträchtigungen umgesetzt werden und sie müssen dazu befähigt werden, ihre Rechte in Anspruch zu nehmen. Nochmals sei der wichtige Punkt betont: Deren Rechte sind dieselben wie jene anderer Menschen. Die UNO-Behindertenrechtskonvention will nicht neue oder besondere Menschenrechte für Menschen mit Behinderung garantieren, sondern sicherstellen, dass sie wie Menschen ohne Behinderung in den vollen und gleichberechtigten Genuss aller Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen (Art. 1 Abs.1 BRK).

¹³¹ Vgl. Bielefeldt, 2009, S. 4.

¹³² Vgl. Aichele, 2010.

¹³³ Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 22.

Gemäss Art. 3 BRK beruht die Konvention auf acht allgemeinen Grundsätzen, die als «Guiding Principles»¹³⁴ bei der Auslegung zu beachten sind¹³⁵:

1. Achtung der dem Menschen innewohnenden Würde, seiner individuellen Autonomie, einschliesslich der Freiheit, eigene Entscheidungen zu treffen, sowie seiner Unabhängigkeit
2. Nichtdiskriminierung
3. Volle und wirksame Teilhabe an der Gesellschaft und Einbezug in die Gesellschaft
4. Achtung der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen und Akzeptanz dieser Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt und der Menschheit
5. Chancengleichheit von Menschen mit und ohne Behinderungen in allen Lebensbereichen
6. Zugänglichkeit der physischen Umwelt, das heisst zu Transportmitteln, Informationen und Kommunikation sowie anderen Einrichtungen und Diensten, die der Öffentlichkeit offenstehen
7. Gleichberechtigung von Mann und Frau
8. Achtung der sich entwickelnden Fähigkeiten von Kindern mit Behinderungen und ihres Rechts auf Wahrung ihrer Identität

Im Besonderen statuiert die UNO-Behindertenrechtskonvention eine auf Gleichberechtigung ausgerichtete und selbstbestimmte Unterstützung (Art. 4, Art. 5, Art. 9 sowie Art. 19 BRK).¹³⁶ Im Fokus stehen dabei die Bestimmungen von Art. 12 BRK, welche die Ungleichbehandlung im Vergleich zu nichtbehinderten Menschen vermindern sollen, sofern sie rechtlich nicht einwandfrei begründet werden kann. Die Vertragsstaaten werden entsprechend dazu verpflichtet, Entscheidungen über die Unterstützung, die Menschen mit Beeinträchtigungen für die Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit benötigen, zu treffen und diese Unterstützungsmassnahmen auch zugänglich zu machen (Art. 12 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 4 BRK).¹³⁷ Die Unterstützung wird im Lichte der genannten Bestimmungen als «eine konkrete personenzentrierte Assistenzleistung verstanden mit dem Ziel, das persönliche und rechtliche Handeln inklusive der persönlichen Entscheidung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips gemäss Art. 2 BRK zu ermöglichen».¹³⁸

134 Kälin et al., 2008, S. 15.

135 Der Abschnitt wurde in leicht überarbeiteter und ergänzter Form aus dem folgenden Leitfaden entnommen: Akkaya et al., Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen. Ein Leitfaden für die Praxis der Sozialen Arbeit, interact Verlag, Hochschule Luzern, 2016, S. 43–45.

136 Vgl. Rosch, 2017b, S. 78.

137 Vgl. ebd., S. 79.

138 Vgl. ebd.

In allen Aspekten des Lebens sollen Menschen mit Beeinträchtigungen Unterstützung («support») finden, damit sie ein selbstbestimmtes Leben führen können, was auch das Treffen eigener Entscheidungen einschliesst. Mit dieser Forderung nach Unterstützung bei der rechtlichen Lebensführung, insbesondere der persönlichen Entscheidungsfindung, formuliert die UNO-BRK einen Ansatz zur «unterstützten Entscheidung» («supported decision-making») und stellt sich vor allem im Hinblick auf erwachsene Menschen gegen die sogenannte «ersetzende Entscheidung» («substituted decision-making»).¹³⁹ Dies bedeutet einen Paradigmenwechsel.

Als zentrale Merkmale des «supported decision-making» gelten nach Rosch:¹⁴⁰

- Durch die Ernennung einer entscheidungsunterstützenden Person wird die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person nicht beeinträchtigt.
- Die Inanspruchnahme ist freiwillig; entsprechend beteiligt sich die betroffene Person auch freiwillig an der Entscheidungsfindung.
- Die Entscheidungen sind rechtlich verbindlich und durchsetzbar.

Die Grenzen zwischen den unterschiedlichen Unterstützungsleistungen sind fließend. Zentrales Unterscheidungskriterium ist wiederum die Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit. Eine Vertretungshandlung ist bei Urteilsunfähigkeit grundlegend, damit überhaupt eine Teilhabe am Geschäftsverkehr ermöglicht wird. Sie hat sich aber am mutmasslichen Willen der betroffenen Person auszurichten. Im Falle von Urteilsfähigkeit bedarf die betroffene Person in der Regel keiner Unterstützung. Es kann aber durchaus sein, dass sie unter besonderen Umständen Hilfe benötigt, weshalb sie im Rahmen von Beratungen in ihrer Entscheidungsfindung zu unterstützen und zu fördern ist.¹⁴¹

Für die Mandatsführung im Falle einer Vertretungsbeistandschaft gilt demnach, dass eine Vertretungshandlung erst dann angezeigt ist, wenn die betroffene Person im fraglichen Bereich als urteilsunfähig bezeichnet werden muss, der Schutzbedarf ausgewiesen ist und eine ausreichende Selbstbestimmung somit nicht mehr möglich ist.¹⁴²

¹³⁹ Vgl. <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle-un-brk/aktuell/hintergrundinformation-zur-stellungnahme-im-verfahren-gauer-und-andere-frankreich/> (zuletzt besucht am 20.09.2018).

¹⁴⁰ Vgl. Rosch, 2017, S. 81.

¹⁴¹ Vgl. Rosch, 2017b, S. 81, sowie Kapitel 4.2, «Lebensweltorientierung als Konzept für eine kontextbezogene Selbstbestimmung».

¹⁴² Vgl. Rosch, 2017b, S. 88.

Im Erwachsenenschutz geht es nicht nur um die Berücksichtigung von Art. 12 UNO-BRK, sondern auch darum, wie die gesamte Konvention umgesetzt werden kann.¹⁴³ Im Fokus steht eine grundlegende Stärkung der Selbstbestimmung und Autonomie von Menschen mit Behinderungen, zum Beispiel in Bezug auf die Zugänglichkeit der Umwelt und die persönliche Mobilität (Art. 9 UNO-BRK), das Recht auf eine unabhängige und selbstbestimmte Lebensführung (Art. 19 UNO-BRK), freie Meinungsäusserung und Zugang zu Informationen (Art. 21 UNO-BRK).

Für die Praxis des Kindes- und Erwachsenenschutzes bedeutet dies prinzipiell, dass Menschen mit Beeinträchtigungen zur Selbstbestimmung befähigt oder in ihrer Selbstbestimmung unterstützt werden.

UNO-Kinderrechtskonvention

1997 ratifizierte die Schweiz die UNO-Kinderrechtskonvention.¹⁴⁴ Im Vordergrund der Umsetzung stehen die Menschenrechte von Kindern bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres. Die Konvention erkennt das Kind als eigenständige Person mit eigenen Zielen und eigenem Willen an. Das Wohl des Kindes muss in allen Entscheidungen, die es betreffen, vorrangig berücksichtigt werden (vgl. Art. 3 KRK). Dem Kind wird ausdrücklich der Status eines Rechtssubjekts zuerkannt.¹⁴⁵ Die Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, die in ihr niedergelegten Rechte des Kindes zu achten, zu schützen und zu gewährleisten. Entsprechend sind die Staaten dazu aufgefordert, die dafür geeigneten Gesetzesanpassungen vorzunehmen und deren Umsetzung zu gewährleisten.

Die Schweiz hat drei Zusatzprotokolle ratifiziert: das erste im Jahr 2002 über Kinder in bewaffneten Konflikten, 2006 das zweite betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie und am 24. April 2017 das dritte über ein Beschwerdeverfahren für Kinderrechte.¹⁴⁶

Die in der UNO-Kinderrechtskonvention festgelegten Rechte lassen sich inhaltlich in drei Kategorien einteilen: *Schutz-, Förder- und Beteiligungsrechte*. Die *Schutzrechte* gelten allgemein oder in besonderen Lebensumständen des Kindes. Generell hat das Kind ein Recht auf Förderung seines Wohls und Unterstützung, beispielsweise im Gesundheits- (Art. 24 KRK) und Bildungsbereich (Art. 28, 29 KRK), aber auch, wenn es besonders verletzlich ist, etwa ein Kind mit einer Behinderung (Art. 23

¹⁴³ Vgl. auch Rieder, 2017, S. 199.

¹⁴⁴ SR 0.107.

¹⁴⁵ Vgl. auch: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialpolitische-themen/kinder-und-jugendfragen/kinderrechte.html> (zuletzt besucht am 15. Juli 2018).

¹⁴⁶ Vgl. <https://www.humanrights.ch/de/internationale-menschenrechte/uno-abkommen/kinder/> (zuletzt besucht am 15. Juli 2018).

KRK). Schutzrechte für besondere Lebensumstände sind beispielsweise niedergelegt in Art. 9 KRK für von den Eltern getrennt lebende Kinder, in Art. 19 KRK für von Gewalt betroffene Kinder sowie in Art. 22 KRK für Flüchtlingskinder.¹⁴⁷ Die *Beteiligungsrechte* beinhalten ein Recht auf Partizipation. Demnach muss ein Kind im Rahmen eines Gerichts- oder Verwaltungsverfahrens angehört werden (Art. 12 KRK), es darf seine Meinung frei äussern (Art. 13 KRK) und ihm ist Zugang zu angemessener Information zu gewähren (Art. 17 KRK).

Schutz- sowie Förderrechte von Kindern werden im Grundsatz kaum kontrovers diskutiert. Problematisch erweist sich aber die Umsetzung der Beteiligungsrechte innerhalb und ausserhalb rechtlicher Verfahren.¹⁴⁸ Gerade das Kindeswohl, die Anhörung sowie die Mitwirkung der Kinder müssen deshalb in der Praxis gefördert und gestärkt werden.¹⁴⁹

In der konkreten Praxis des Kindesschutzes verlangt dies, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie Kinder altersgerecht angehört und ihre Bedürfnisse (z. B. Informationsbedürfnisse) angemessen berücksichtigt werden können. Den Bedarf und die Kapazitäten der Kinder richtig einzuschätzen und ihre Perspektive einzubeziehen, benötigt Fingerspitzengefühl.¹⁵⁰ Vor allem ist es wichtig, die Lebenswelt und den Entwicklungsstand der Kinder zu berücksichtigen. Je nach Alter sind Kinder in der Lage, sich eine Meinung über ihre Lebenssituation zu bilden, welche in die Lösungsfindung einbezogen werden kann. Die Kinder müssen primär darin unterstützt werden, ihre Sichtweise in der konkreten Situation zum Ausdruck zu bringen. Über ihren Alltag darf nicht einfach bestimmt werden, sondern es sollte sich bei Routineangelegenheiten wie Tagesablauf oder Freizeitgestaltung ebenso einbringen können wie hinsichtlich seiner Freundschaften, Beziehungen und seiner Ausbildung.¹⁵¹

Insgesamt ist das Ziel der praktischen Arbeit: Die Kinder sollen in ihrer Selbstbestimmung gestärkt und bei der Wahrnehmung ihrer Rechte unterstützt werden.

¹⁴⁷ Vgl. Art. 2, 8, 9, 16, 17, 19, 22, 30, 32–38 KRK sowie die Ausführungen in: KOKES, 2017, S. 14.

¹⁴⁸ KOKES, 2017, S. 15; siehe auch Studie des SKMR, Kindesschutzrecht, unter: <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/kinderpolitik/publikationen/kindesschutzrecht-studie.html> (zuletzt besucht am 15. Juli 2018).

¹⁴⁹ Vgl. Akkaya, 2018.

¹⁵⁰ Die Kinderanwaltschaft Schweiz stellt wichtige Informationen zur Anhörung von Kindern zur Verfügung unter: <http://www.kinderanwaltschaft.ch/node/160> (zuletzt besucht am 24. September 2018); siehe auch UNICEF. https://www.unicef.ch/sites/default/files/attachements/unicef_anhoerungsbroschuere_eltern_o.pdf (zuletzt besucht am 24. September 2018).

¹⁵¹ Vgl. Wigger, 2017, S. 212.

UNO-Pakt I und UNO-Pakt II

Die beiden Menschenrechtspakte stützen sich auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte der UNO. Beide Pakte sind für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft getreten.¹⁵² Der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) nennt im dritten Teil die materiellen Garantien (Art. 6 bis Art. 15 Pakt I). Dazu zählen beispielsweise das Recht auf soziale Sicherheit (Art. 9 Pakt I), der Schutz von Familie, Müttern, Kindern und Jugendlichen (Art. 10 Pakt I), das Recht auf einen angemessenen Lebensstandard unter Einschluss des Rechts auf Nahrung, Bekleidung und Unterbringung (Art. 11 Pakt I) sowie das Recht auf Gesundheit (Art. 12 Pakt I). Auch im Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) sind im dritten Teil die materiellen Garantien aufgeführt (Art. 6 bis 27 Pakt II). Exemplarisch finden sich dort das Verbot der Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Strafe (Art. 7 Pakt II), das Recht auf persönliche Freiheit und Sicherheit sowie das Verbot willkürlicher Inhaftierung (Art. 9 Pakt II), Verfahrensgarantien (Art. 14 Pakt II), der Schutz von Privatleben, Familie, Wohnung, Schriftverkehr und Ehre (Art. 17 Pakt II), die Ehefreiheit (Art. 23 Pakt II) sowie die Rechte des Kindes (Art. 24 Pakt II).¹⁵³ Das Bundesgericht anerkennt die direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen des UNO-Pakts II; demgegenüber werden jedoch nur einzelne Bestimmungen der materiellen Garantien des UNO-Pakts I als direkt anwendbar erachtet.¹⁵⁴

Europäische Menschenrechtskonvention

Die vom Europarat ausgearbeitete und unterzeichnete Europäische Menschenrechtskonvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 hat eine absolut zentrale Bedeutung. Sie ist am 28. November 1974 für die Schweiz in Kraft getreten. Die materiellen Grundrechtsgarantien werden gleich wie die Grundrechte der Verfassung behandelt und sind somit unmittelbar anwendbar.¹⁵⁵ Auf die einzelnen Bestimmungen wird im folgenden Kapitel eingegangen. Eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention kann zudem mit einer Individualbeschwerde (Art. 34 EMRK) durch betroffene Einzelpersonen beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte geltend gemacht werden. Wird eine Verletzung bejaht, so stellt der Gerichtshof fest, dass das staatliche Handeln

¹⁵² Kiener/Kälin, 2013, S. 14.

¹⁵³ Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 15.

¹⁵⁴ Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 19.

¹⁵⁵ Vgl. ebd., S. 13.

die EMRK verletzt hat.¹⁵⁶ Da die Vertragsstaaten verpflichtet sind, die Urteile des Gerichtshofs zu befolgen (Art. 46 EMRK), sieht das schweizerische Recht die Möglichkeit zur Revision des innerstaatlichen Urteils vor.¹⁵⁷

3.3 Grund- und Menschenrechte im Kindes- und Erwachsenenschutz

Menschenwürde (Art. 7 BV)

«Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen.»

Der Schutz der Menschenwürde wird sowohl durch die Verfassung als auch völkerrechtliche Verträgen gewährleistet. So wird jeder Mensch vor unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung nach Art. 3 EMRK geschützt. UNO-Pakt II schützt die Würde des Menschen in Art. 4, 7 und 10. UNO-Pakt I befasst sich in Art. 13 mit der Menschenwürde. Die UNO-Kinderrechtskonvention wiederum schützt die Würde in Art. 23, 37 und 40.¹⁵⁸ Die UNO-Behindertenrechtskonvention hält beispielsweise in Art. 12 fest, dass alle Menschen Träger der Menschenwürde sind. Adressaten dieser Normen sind sowohl die Staaten als auch jeder einzelne Mensch. Sie sind zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet. Was den Inhalt der Menschenwürde im Einzelfall ausmacht, lässt sich nicht abschliessend festlegen und muss letztlich offenbleiben. Der Sinn der Bestimmungen liegt darin, dass von Staates wegen nicht ein bestimmtes Menschenbild verordnet werden darf. Vielmehr ist das Selbstverständnis eines jeden Menschen für seinen Lebensentwurf massgeblich. Diese individuelle Freiheit ist zu achten, was Ausdruck eines Humanismus ist, der den Begriff «Mensch» nicht auf Wesensmerkmale einengen will.¹⁵⁹ Die Menschenwürde garantiert deshalb die Autonomie und das Selbstbestimmungsrecht des Menschen.¹⁶⁰

Der liberale Rechtsstaat versteht den Menschen als Träger von Rechten und Pflichten. Die Menschenwürde schützt jedes Mitglied der Gemeinschaft vor der Verletzung elementarer Persönlichkeitsrechte, und zwar unabhängig davon, ob eine Person hinreichend autonom ist, ihre Eigenständigkeit auch selbständig wahrzunehmen.¹⁶¹ Das ist für den Kindes- und Erwachsenenschutz besonders bedeutsam.

¹⁵⁶ Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 81.

¹⁵⁷ Vgl. ebd.

¹⁵⁸ Vgl. Mastronardi, 2014, S. 189.

¹⁵⁹ Ebd. S. 196.

¹⁶⁰ Ebd., S. 195.

¹⁶¹ Ebd., S. 195.

Die Wahrung der Menschenwürde stellt sicher, dass Menschen nie als Objekte, sondern immer als Subjekte behandelt werden. Sie ist verletzt, «wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem blossen Mittel, zur vertretbaren Grösse herabgewürdigt wird».¹⁶² Das ist zu verhindern, indem die Person in die sie betreffenden Entscheidungen einbezogen wird und somit ihr Recht auf Anhörung und Mitwirkung effektiv ausüben kann.¹⁶³ Als Gebot garantiert sie Subjektqualität eines jeden Menschen.¹⁶⁴ Als Individualrecht erweist sie sich vor allem als justiziabel, wenn es um Eingriffe in die Grundrechte geht.

Bezogen auf den Kindes- und Erwachsenenschutz bedeutet dies, dass der Einbezug und die Achtung des Lebensentwurfs und der Lebenswelt Betroffener eine grundlegende Maximen darstellen. Andererseits sind alle dazu aufgerufen, eigene Bilder und Wertvorstellungen zu reflektieren.

Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)

«² Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit.»

Dieses Grundrecht steht allen natürlichen Personen zu. Im Zentrum des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes stehen das Recht auf Selbstbestimmung und auf individuelle Lebensgestaltung sowie der Schutz der elementaren Merkmale der Persönlichkeitsentfaltung. Menschen müssen in wichtigen Belangen der Persönlichkeitsentfaltung frei und autonom entscheiden können, was insbesondere die Freiheit umfasst, eine Situation zu beurteilen und nach den gewonnenen Einsichten zu handeln.¹⁶⁵

a) Recht auf physische und psychische Integrität

Übergriffe auf den menschlichen Körper in Form von Körperstrafen, medizinischen Eingriffen, Leibesvisitationen oder auch einen Abstrich der Wangenschleimhaut fallen in den Schutzbereich. Zu unterscheiden sind leichte von schweren Eingriffen. Ein schwerer Eingriff stellt eine medikamentöse Zwangsbehandlung oder eine Zwangsernährung dar. Demgegenüber stellen eine Blutentnahme oder eine Haarprobe im Strafverfahren einen leichten Eingriff dar.¹⁶⁶ Zum Schutzbereich der psy-

¹⁶² Ebd., S. 197.

¹⁶³ Ebd., S.197.

¹⁶⁴ Ebd., S.197.

¹⁶⁵ Vgl. Schweizer, 2014, S. 284.

¹⁶⁶ Ebd., S. 286.

chischen Integrität ist die Willensfreiheit des Einzelnen zu zählen. Unter Umständen kann diese in spezifischen Abhängigkeitsverhältnissen zwischen betroffener Person und Staat (Haftregime, geschlossene Institution) beschnitten sein.¹⁶⁷ Zwischen der physischen und der psychischen Unversehrtheit kann nicht immer eine klare Grenze gezogen werden. So greift eine Zwangsmedikation bei einer psychischen Störung in beide Bereiche ein.

b) Bewegungsfreiheit

Sie gewährt dem Einzelnen das Recht, sich ohne staatlichen Eingriff und nach eigenem Willen zu bewegen. Sie schützt primär vor ungerechtfertigtem Freiheitsentzug, was auch für therapeutische Massnahmen gilt. Wegweisungen oder Fernhaltungsmassnahmen, Rayonverbote oder Meldeauflagen tangieren ebenfalls das Recht auf Bewegungsfreiheit. Die Beurteilung nach der Schwere des Eingriffs richtet sich nach den gesamten Umständen und insbesondere nach Art, Dauer, Wirkung und Modalitäten der Massnahme.¹⁶⁸

c) Schutz der individuellen Selbstbestimmung

In diesen Schutzbereich fallen «alle elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung». Dazu gehört auch die Gelegenheit, Beziehungen zu anderen zu knüpfen und am sozialen Leben teilzuhaben. Ferner zählen dazu Gesundheits- und Ernährungsbedürfnisse, soziales Ansehen, sexuelle Entfaltung, Fragen der Fortpflanzung sowie Kenntnis der eigenen Abstammung.¹⁶⁹

Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV)

«¹ Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

² Jede Person hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten.»

Sowohl der Wortlaut als auch der Schutzbereich entsprechen denjenigen von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II.¹⁷⁰ In den Schutzbereich fallen die Privatsphäre, das Familienleben, die Wohnung sowie Brief-, Post- und Fernmeldeverkehr.

¹⁶⁷ Ebd., S. 286.

¹⁶⁸ Vgl. Schweizer, 2014, S. 286. Das Bundesgericht behandelt diese Ansprüche heute meist als Teilgehalte des Rechts auf Privatleben.

¹⁶⁹ Vgl. Schweizer, 2014, S. 286.

¹⁷⁰ Vgl. Breitenmoser/Schweizer, 2014, S. 348.

a) Privatsphäre

Eine genaue Definition des Begriffs und der Bereiche der Privatsphäre oder des Privatlebens ist aufgrund der unterschiedlichen und vielfältigen Lebenssachverhalte nicht möglich. Das Recht garantiert aber dem Einzelnen unter Ausschluss des Staates und in umfassender Weise einen Freiraum, in dem er individuell seine Persönlichkeit verwirklichen und weiterentwickeln kann.¹⁷¹ Der Schutzbereich kann sich mit jenem der persönlichen Freiheit überschneiden (Art. 10 Abs. 2 BV). Weitergehende Inhalte und Schutzbereiche sind jedoch in konkreten Einzelfällen unter Berücksichtigung des konkreten Eingriffs und der fraglichen Tätigkeit zu bestimmen.¹⁷² So wurden folgende Handlungen erfasst¹⁷³:

- Persönliche und telefonische Überwachungsmaßnahmen
- Videoüberwachungsmaßnahmen im öffentlichen und privaten Raum
- Hausdurchsuchungen
- Beschlagnahme eines Tagebuches
- Information der Eltern über einen Prozess ihres volljährigen Kindes, wenn ein unentgeltlicher Rechtsbeistand verlangt wird

Geschützt werden ferner Handlungen, die zu den wesentlichen Ausdrucksmöglichkeiten der Persönlichkeit gehören. So werden beispielsweise folgende Rechte erfasst:

- Das Recht auf ein Sexualleben
- Das Recht zur Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen
- Das Recht, eine Ehe einzugehen
- Das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden, sofern die betroffene Person in der Lage ist, ihren entsprechenden Willen frei zu bilden und danach zu handeln¹⁷⁴

Personen in sogenannten «Sonderstatusverhältnissen» (z. B. Strafvollzug, Spitäler und Kliniken, Schulen oder Institutionen) können besonderen Einschränkungen unterworfen sein. Einschränkungen müssen aber in einem Zusammenhang mit dem Sonderstatus stehen und unterliegen einer Interessen- und Güterabwägung.¹⁷⁵

¹⁷¹ Ebd., S. 349.

¹⁷² Ebd., S. 349.

¹⁷³ Ebd., S. 350–352.

¹⁷⁴ Ebd., S. 353, mit Hinweis auf BGE 132 I 49 E. 6.1.

¹⁷⁵ Ebd., S. 354.

b) Familienleben

Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens geht über das Recht auf Ehe und Familie im Sinne von Art. 14 BV hinaus und schützt die familiären Beziehungen im Allgemeinen.¹⁷⁶ Unter den Begriff «Familie» fällt nicht nur die Kernfamilie (Eltern und Kinder), sondern er deckt auch familiäre Beziehungen zwischen Eltern und ihren erwachsenen Kindern ab unter Einschluss der sogenannten «Eielfternfamilie», nichtehelicher Kinder sowie zwischen Familienangehörigen. Vorausgesetzt wird allerdings, dass ein vom Alter unabhängiges Abhängigkeitsverhältnis besteht, das über die normalen affektiven Bindungen hinausgeht. Bejaht wird das beispielsweise im Rahmen von Betreuungs- und Pflegeverhältnissen aufgrund geistiger oder körperlicher Behinderung. Entscheidend ist, dass die Beziehung gelebt wird und eine gewisse Intensität und Stabilität aufweist.¹⁷⁷ Das Familienleben wird zunächst durch das Recht auf Zusammenleben oder auf persönlichen Kontakt zwischen minderjährigem Kind und beiden Eltern geschützt, selbst wenn «die Beziehung zwischen den Eltern beendet ist» und die Eltern nicht mehr zusammenleben.¹⁷⁸ Wird einem Elternteil ein vollständiges Kontaktverbot zu seinem minderjährigen Kind auferlegt, so stellt das einen schweren Eingriff in das Recht auf Familienleben dar.¹⁷⁹

c) Wohnung

«Unter Wohnung ist eine Räumlichkeit zu verstehen, die eine gewisse Privatsphäre sichert und auf einen bestehenden oder künftigen, dauernden oder vorübergehenden Lebensmittelpunkt schliessen lässt».¹⁸⁰ Darunter können selbst nur vorübergehend bezogene Räume wie ein Zimmer in einer Pension, einer Betreuungsunterkunft, einem Hotel oder ein Wohnwagen fallen.

d) Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs

Unter das Brief- und Kommunikationsgeheimnis fallen Briefe, Postkarten, E-Mails und übermittelte gesprochene Worte. Damit wird nicht nur die informationelle Selbstbestimmung geschützt, sondern auch die Geheimsphäre.¹⁸¹

e) Informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV)

Anspruch auf Datenschutz haben alle natürlichen sowie juristischen Personen.

¹⁷⁶ Ebd., S. 357.

¹⁷⁷ Ebd., S. 358.

¹⁷⁸ Ebd., S. 359.

¹⁷⁹ Ebd., S. 360.

¹⁸⁰ Ebd., S. 364.

¹⁸¹ Ebd., S. 365.

Die Achtung der Privatsphäre kann im institutionellen Bereich bei Kindern, Jugendlichen und betagten Personen zu Interessengegensätzen führen. Grundsätzlich stellen alle zivilrechtlichen Kindesschutzmassnahmen Eingriffe in das grundrechtlich geschützte Familienleben dar. Deshalb sind Interessenabwägungen unter Beachtung von Art. 36 BV besonders wichtig.

Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV)

«¹ Kinder und Jugendliche haben einen Anspruch auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit und auf Förderung ihrer Entwicklung.

² Sie üben ihre Rechte im Rahmen ihrer Urteilsfähigkeit aus.»

Der Anspruch des Kindes auf Schutz, Beistand und Förderung der Entwicklung ist völkerrechtlich in Art. 23 und 24 UNO-Pakt II, in Art. 10 UNO-Pakt I sowie im Rahmen der verschiedenen Bestimmungen der KRK (z.B. Art. 3 Abs. 2, Art. 18 Abs. 2, Art. 19, Art. 20, Art. 23, Art. 32–36, Art. 39 KRK) vorgesehen.¹⁸²

Grundrechtsträger sind alle Kinder und Jugendlichen, die unter die schweizerische Rechtsordnung fallen und das 18. Altersjahr noch nicht vollendet haben. Die Bestimmung spricht von Kindern und Jugendlichen, legt aber nicht fest, wann ein Kind zum Jugendlichen wird. Die Norm schafft somit eine Sonderkategorie von Grundrechtsträgern.¹⁸³

Die allgemeine Tragweite der Bestimmung liegt darin, dass mit Art. 11 BV das Kindeswohl Verfassungsrang genießt, und zwar als oberste Maxime des Kindesrechts in einem umfassenden Sinn.¹⁸⁴ In Art. 11 Abs. 1 BV werden Schutzpflichten sowie Förderungsansprüche festgeschrieben. Gegenstand des Schutzanspruchs sind die körperliche und die geistige Unversehrtheit, welche auch im Rahmen der persönlichen Freiheit gewährt werden. Im Hinblick aber auf ihre besondere Verletzlichkeit (Vulnerabilität), ihre Abhängigkeit, ihre Erziehungs- und Betreuungsbedürftigkeit steht den Kindern ein weitergehender Anspruch zu, also ein an ihre Situation angepasster, besonderer staatlicher Schutz.¹⁸⁵ Daraus ergibt sich für den Staat ein Schutzauftrag, bei dessen Wahrnehmung ihm ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht. Staatliche Massnahmen haben sich aber stets an der Unversehrtheit von Kindern und Jugendlichen auszurichten.¹⁸⁶ Auch im Verfahrensrecht ist den besonderen Schutzpflichten

¹⁸² Vgl. Reusser/Lüscher, 2014, S. 322.

¹⁸³ Ebd., S. 314.

¹⁸⁴ Ebd., S. 314.

¹⁸⁵ Ebd., S. 315.

¹⁸⁶ Ebd., S. 315.

gegenüber Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen.¹⁸⁷ Der Förderungsanspruch auf Entwicklung schliesslich lässt sich mit den in Art. 41 BV festgelegten Sozialzielen konkretisieren. Dazu zählen auch die Belange der Bildungsverfassung.¹⁸⁸ Adressaten des Schutz- und Förderungsanspruchs sind in erster Linie die gesetzgebenden Behörden von Bund, Kantonen und Gemeinden. Aber auch die rechtsanwendenden Behörden, die sich mit Kindern und Jugendlichen befassen, unterliegen einer Verpflichtung. Sie sind aufgerufen, die erforderlichen Schutz- und Fördermassnahmen rechtzeitig zu treffen. Zudem stehen private erziehungs- und betreuungsberechtigte Personen und Institutionen, die mit Kindern und Jugendlichen zu tun haben, in der Pflicht, diese vor Übergriffen zu schützen, was auch für «Züchtigungsmittel» gilt. Bei der Wort- oder Bildberichterstattung in Medien und der virtuellen Welt bedürfen Kinder heute in besonderem Masse des Schutzes.¹⁸⁹

Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes sind im Sinne der Subsidiarität stets Angebote der freiwilligen Kinder- und Jugendhilfe zu prüfen, bevor behördliche Massnahmen angeordnet werden. Das setzt Kenntnisse über den Sozialraum und dessen Versorgungsstruktur voraus. Ist demgegenüber die Schutzbedürftigkeit eines Kindes ausgewiesen, besteht zudem ein Beschleunigungsgebot. Dabei sind der Einbezug des Kindes und das Ausloten von verschiedenen Lösungswegen unter Berücksichtigung des Entwicklungsstandes des Kindes ein wichtiges grundrechtliches Anliegen.

Freiheitsentzug (Art. 31 BV)

«¹ Die Freiheit darf einer Person nur in den vom Gesetz selbst vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebene Weise entzogen werden.

² Jede Person, der die Freiheit entzogen wird, hat Anspruch darauf, unverzüglich und in einer ihr verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte unterrichtet zu werden. Sie muss die Möglichkeit haben, ihre Rechte geltend zu machen. Sie hat insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen.

⁴ Jede Person, der die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wird, hat das Recht, jederzeit ein Gericht anzurufen. Dieses entscheidet so rasch wie möglich über die Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.»

¹⁸⁷ Ebd., S. 316.

¹⁸⁸ Ebd., S. 317.

¹⁸⁹ Ebd., S. 318.

In Anlehnung an Art. 5 EMRK wie auch Art. 9 UNO-Pakt II schützt Art. 31 BV als eigenständiges Grundrecht vor vollständiger Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit. Sie ist nur zulässig, sofern eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage besteht. Die Gründe für diese strikte Massnahme sind klar zu nennen, und das Verfahren muss transparent sein.¹⁹⁰ Als Freiheitsentzug im Sinne dieser Bestimmung gilt die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ZGB). Auch weniger weitgehende Einschränkungen der Bewegungsfreiheit (Art. 383 ZGB) fallen darunter.¹⁹¹

In der Schweiz sind die Verfahrensvorschriften für die fürsorgerische Unterbringung und die bewegungseinschränkende Massnahmen grundrechtskonform geregelt. Personen oder Behörden, welche eine freiheitsentziehende Anordnung treffen, haben die Betroffenen unverzüglich und in einer ihnen verständlichen Sprache über die Gründe des Freiheitsentzugs und über ihre Rechte zu unterrichten. Diese haben insbesondere das Recht, ihre nächsten Angehörigen benachrichtigen zu lassen, ihre Rechte sofort geltend zu machen und gegen die Anordnungen im Sinne von Art. 31 BV in allen Fällen direkt ein Gericht anzurufen.

Damit die Betroffenen über ihre Rechte und die verfügbaren Rechtsmittel Bescheid wissen, sind ihnen und den ihnen nahestehenden Personen Informationsmaterialien zur Verfügung zu stellen. Vor allem in Wohn- und Pflegeheimen erscheint das wesentlich.¹⁹² Dabei ist zu beachten, dass die Bestimmungen von Art. 383 ZGB nur sehr spezifische Bereiche abdecken und deshalb ergänzende kantonale Vorschriften weiterhin gelten. Zudem wären im Bereich «Aufsicht von Wohn- und Pflegeheimen» einheitliche Standards wünschbar.

Allgemeine Verfahrensgarantien (Art. 29 BV)

«¹ Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist.

² Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör.

³ Jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, hat Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand.»

¹⁹⁰ Vest, 2014, S. 728.

¹⁹¹ Ebd., S. 728.

¹⁹² Vgl. dazu auch Künzli/Frei/Fernandes-Veerakatty, 2016, S. 30.

Träger der allgemeinen Verfahrensgrundrechte ist jede Person, die in ein Verfahren involviert ist (Rechtssubjekt). Dazu zählen insbesondere alle natürlichen Personen jeden Alters.¹⁹³ Diesen «prozessualen Grundgarantien» kommen unterschiedliche Funktionen zu: Sie umschreiben inhaltliche (Mindest-)Standards einzelner Teilgehalte, sind Grundlage für eine verfassungskonforme Auslegung von Prozessgesetzen und wirken programmatisch in Bezug auf die Ausgestaltung des Verfahrensrechts.¹⁹⁴ In der Folge werden die einzelnen Absätze von Art. 29 BV gesondert besprochen.

a) Anspruch auf ein gerechtes Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV)

Die Garantie auf ein gerechtes Verfahren umfasst verschiedene Teilgehalte.¹⁹⁵ Enthalten sind dabei im Besonderen:

- Der Anspruch auf Behandlung, sodass formgerecht eingereichte Eingaben zu prüfen sind. Tritt eine Behörde fälschlicherweise nicht auf eine Eingabe ein oder behandelt sie diese ausdrücklich oder stillschweigend nicht, obwohl sie eigentlich dazu verpflichtet wäre, so liegt eine *formelle Rechtsverweigerung* vor.¹⁹⁶
- Der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist umfasst ein *Verbot der Rechtsverzögerung*. Was eine angemessene Frist darstellt, ist relativ und konkretisiert sich einerseits aus den spezifischen verfahrensrechtlichen Vorschriften und andererseits anhand der Gesamtbetrachtung des Einzelfalls in Bezug auf den Streitgegenstand, den Umfang und die Komplexität der aufgeworfenen Sachverhalts- und Rechtsfragen, der Bedeutung des Verfahrens für die Beteiligten sowie der Auswirkungen auf ihre Interessen und Rechtsgüter.¹⁹⁷ Entsprechend lässt sich die Angemessenheit der Dauer nicht abstrakt bestimmen.
- Im Bereich der prozessualen Formerfordernisse sind dort Grenzen gesetzt, wo die Formstrenge exzessiv erscheint und sich durch kein schutzwürdiges Interesse rechtfertigen lässt. Das *Verbot des überspitzten Formalismus* betrifft Fälle, in welchen die Formstrenge nur noch Selbstzweck ist und somit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert wird.¹⁹⁸

¹⁹³ Vgl. Steinmann, 2014, S. 652.

¹⁹⁴ Ebd., S. 645.

¹⁹⁵ Ebd., S. 650.

¹⁹⁶ Ebd., S. 651 (mit weiteren Hinweisen).

¹⁹⁷ Ebd., S. 653.

¹⁹⁸ Ebd., S. 655.

- Die *richtige Zusammensetzung der Entscheidbehörde* und die besonderen Anforderungen (Unparteilichkeit, Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit) werden für Gerichte explizit in Art. 30 Abs. 1 BV erwähnt. Für Verwaltungsbehörden lässt sich eine analoge Verfahrensgarantie aus Art. 29 Abs. 1 BV ableiten.¹⁹⁹ Konkretisiert wird der Anspruch jeweils in den dazugehörigen Verfahrensrechten. Dazu gehören ferner die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Behörde sowie die Bekanntgabe der an der Entscheidung beteiligten Mitglieder.
- Ein *Anspruch auf Revision* ist dann gegeben, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Entscheidung auf falschen Sachverhalten beruht. Die Entscheidung erweist sich also als fehlerhaft, weil massgebliche neue Tatsachen oder Beweismittel zur Verfügung stehen, die zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung noch nicht berücksichtigt werden konnten.²⁰⁰

Im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sind diese verfassungsmässigen Grundsätze zudem bundesrechtlich oder nach kantonalem Recht konkretisiert. So muss eine Beschwerde gegen eine fürsorgerische Unterbringung dem Erfordernis der Schriftlichkeit genügen. Sie muss aber nicht begründet werden (Art. 450e Abs. 1 ZGB), was eine erhebliche prozessuale Formerleichterung darstellt. In anderen Angelegenheiten müssen beide Voraussetzungen erfüllt sein (Art. 450 Abs. 3 ZGB). Auch steht der KESB im Beschwerdefall das Recht zu, anstelle einer Vernehmlassung den Entscheid in Wiedererwägung zu ziehen (Art. 450d Abs. 2 ZGB). Als spezifische Besonderheit gilt, dass nicht nur die betroffene Person berechtigt ist, eine Beschwerde zu erheben, sondern auch eine ihr nahestehende Person (vgl. Art. 450 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Beschwerden wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung können jederzeit geführt werden (Art. 450b Abs. 3 ZGB).

b) Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)

Dieser Anspruch umfasst eine Garantie des Mitwirkungsrechts bzw. der Partizipation und räumt dem Betroffenen sämtliche Befugnisse ein, um seinen Standpunkt im Verfahren wirksam zur Geltung zu bringen. Es ist somit ein persönlichkeitsbezogenes Verfahrensrecht, das davor schützen soll, Beteiligte zum blossen Verfahrensobjekt herabzumindern. Es dient aber auch der Sachaufklärung und ermöglicht eine optimale Aufarbeitung der für die Entscheidung wesentlichen Grundlagen.²⁰¹ Dazu gehören insbesondere folgende Teilgehalte:

¹⁹⁹ Ebd. S. 658.

²⁰⁰ Ebd., S. 660.

²⁰¹ Ebd., S. 661.

- Der *Anspruch auf Orientierung* stellt eine unmittelbare Voraussetzung dar und umfasst die Information über den zu treffenden Entscheid, das Verfahren sowie über den Beizug von Unterlagen, Beweismitteln oder Gutachten. Der Zeitpunkt der Orientierung kann jedoch aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen variieren.²⁰² Der Anspruch auf Orientierung schliesst aber in jedem Fall «geheim geführte» Verfahren aus. Deshalb erscheinen Zusicherungen bezüglich Anonymität im Rahmen von Meldungen nur in spezifischen Ausnahmefällen legitim.²⁰³
- Der *Anspruch auf Äusserung* räumt der vom Entscheid betroffenen Person das Recht ein, sich zur Sache zu äussern, das heisst angehört zu werden. Es besteht zudem der Anspruch auf Teilnahme an der Verhandlung.²⁰⁴ Ferner muss sie die Möglichkeit haben, zu sämtlichen entscheidungsrelevanten Sachfragen und Beweisergebnissen Stellung zu nehmen. Auch steht ihr ein unbedingtes Replikrecht zu, das heisst, Eingaben von anderen Verfahrensbeteiligten sind ihr zur freigestellten Stellungnahme zuzustellen.²⁰⁵
- Mit dem *Anspruch auf Teilnahme am Beweisverfahren* wird den verfahrensbeteiligten Personen eine aktive Rolle zugestanden. So sind formrichtige Beweisangebote zu prüfen und zu berücksichtigen. Im Rahmen des pflichtgemässen Ermessens kann die Behörde jedoch Anträge zu nicht erheblichen Tatsachen oder offensichtlich untaugliche Beweisofferten ablehnen. Ferner können Beweisangebote im Rahmen einer vorweggenommenen Beweiswürdigung (antizipierte Beweiswürdigung) zurückgewiesen werden.²⁰⁶
- Der *Anspruch auf Akteneinsicht sowie Aktenführungspflicht* dient der wirksamen Rechtswahrnehmung im Rahmen verfahrensrechtlicher Mitwirkung. Sie gilt für direkt Betroffene voraussetzungslos und erstreckt sich auf sämtliche Akten. Der Anspruch gilt aber nicht absolut und kann im Zuge sorgfältiger konkreter Abwägung aus überwiegenden schützenswerten Interessen von Drittpersonen durch Aussonderung oder Abdeckung bzw. Schwärzung von Beweismitteln eingeschränkt werden.²⁰⁷ Verwaltungsinterne Akten werden demgegenüber vom Akteneinsichtsrecht nicht erfasst, zumal sie ausschliesslich für den internen

202 Ebd., S. 663.

203 Ebd., S. 663.

204 Ebd., S. 663.

205 Ebd., S. 664.

206 Ebd., S. 665.

207 Ebd., S. 666 f.

Gebrauch bestimmt sind.²⁰⁸ Umgekehrt wird für das Wahrnehmen einer effektiven Akteneinsicht eine entsprechende Aktenführungspflicht vorausgesetzt. Diese hat vollständig, geordnet und übersichtlich zu sein.²⁰⁹

- Der *Anspruch auf Begründung und Eröffnung* des Entscheids drückt unter anderem den Respekt gegenüber den Verfahrensbeteiligten aus, indem aufgezeigt wird, wie die Vorbringen der Beteiligten gehört, geprüft und berücksichtigt wurden. Das Begründungserfordernis steht somit im Dienste der Akzeptanz der Entscheidung. Es legt offen, dass sich die Behörde nicht von unsachlichen Motiven leiten lässt, und ermöglicht bei anderer Auffassung eine sachgerechte Anfechtung. Im Rahmen des Rechtsmittelverfahrens bildet die Begründung die Grundlage und vermittelt der Rechtsmittelinstanz ein Bild über die Tragweite des Entscheids.²¹⁰
- Für die Wahrung seiner Interessen einen Rechtsvertreter oder Rechtsbeistand beizuziehen, entspricht dem *Anspruch auf Vertretung*, was nicht mit der unentgeltlichen Rechtsverteiständung gleichzusetzen ist.²¹¹ Grundsätzlich kann der Rechtsvertreter frei gewählt werden. Das Verfahrensrecht kann aber Beschränkungen vorsehen und für bestimmte Verfahren und Sachbereiche ausschliesslich patentierte Rechtsanwälte zulassen.

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs stellt einen erheblichen Verfahrensmangel dar und führt ungeachtet der Erfolgsaussichten zur Aufhebung des Entscheids. Erweist sich die Verletzung als nicht besonders schwerwiegend, kann die unterbliebene Handlung von der Beschwerdeinstanz nachgeholt, was mit dem Begriff «geheilt» werden gleichgesetzt wird. Voraussetzung dafür ist aber, dass die Beschwerdeinstanz die gleichen Prüfungsbefugnisse wie die Vorinstanz hat. Selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung kann unter Umständen und ausnahmsweise von einer Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen werden, etwa dann, wenn Leerläufe oder Verzögerungen die Folge wären, die nicht im Interesse der Betroffenen sind.²¹²

Das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht betreffend sind die erwähnten Aspekte teilweise im Bundesrecht sowie im kantonalen Verfahrensrecht konkretisiert. Insbesondere ist im Bundesrecht die Anhörung des Betroffenen und des Kindes ex-

208 Ebd., S. 667.

209 Ebd., S. 668.

210 Ebd., S. 665.

211 Ebd., S. 665.

212 Ebd., S. 669.

plizit erwähnt (Art. 314a ZGB, Art. 447 ZGB). Bei besonderer Dringlichkeit können ausnahmsweise vorsorgliche Massnahmen ohne Anhörung der betroffenen Person erlassen werden (superprovisorische vorsorgliche Massnahmen, Art. 445 Abs. 2 ZGB). Dabei ist die Anhörung nach Eröffnung des superprovisorischen vorsorglichen Massnahmeentscheids umgehend nachzuholen, wobei im Anschluss ein neuer Entscheid (vorsorgliche Massnahme oder Endentscheid) zu ergehen hat (Art. 445 Abs. 2 ZGB). Ebenfalls sind das Akteneinsichtsrecht und die Folgen einer Nichtgewährung in ein Aktenstück explizit geregelt (Art. 449b ZGB). Eine wesentliche Besonderheit liegt bezüglich des Anspruchs auf Vertretung vor. Hier besteht in konkreten Situationen ein Anspruch darauf, dass eine Verfahrensbeistandschaft behördlich für das betroffene Kind oder die betroffene erwachsene Person angeordnet wird (Art. 314abis sowie Art. 449a ZGB).

c) Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung

Der Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung umfasst die unentgeltliche Rechtspflege sowie die unentgeltliche Rechtsverteidigung. Beide Rechtsinstitute sollen die prozessuale Chancengleichheit gewährleisten und sind verfahrensrechtliche Sozialrechte²¹³, die in jedem staatlichen Verfahren Geltung haben²¹⁴. Der Anspruch setzt kumulativ voraus:

- (1) Bedürftigkeit des Betroffenen, das heisst, die Person ist nicht in der Lage, für die zusätzlichen Kosten des Verfahrens aufzukommen, ohne Mittel einzusetzen, die zur Deckung ihres Grundbedarfs oder jenes ihrer Familie erforderlich sind.²¹⁵
- (2) Die Rechtsangelegenheit darf nicht aussichtslos sein, was konkret bedeutet, dass sich die Gewinn- und die Verlustaussichten etwa die Waage halten.²¹⁶
- (3) Die unentgeltliche Rechtsverteidigung setzt zusätzlich voraus, dass sie notwendig ist, weil der Betroffene, auf sich alleine gestellt, seine Anliegen nicht sachgerecht und hinreichend wirksam vertreten kann, was nur anhand einer Gesamtwürdigung des Einzelfalls zu beurteilen ist. Dabei sind die Umstände zu gewichten und die Schwere der betroffenen Interessen, tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten des Falls sowie die Fähigkeit der Person, sich im Verfahren zurechtzufinden.²¹⁷

213 Ebd., S. 671.

214 Ebd. S. 672.

215 Ebd., S. 673 (mit weiteren Hinweisen).

216 Ebd., S. 673.

217 Ebd., S. 674.

In sämtlichen Verfahren im Rahmen des zivilrechtlichen Kindes- und Erwachsenenschutzes besteht die Möglichkeit, ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung zu stellen. Der Anspruch auf eine Verfahrensvertretung (Art. 314abis und Art. 449a ZGB) oder eine Vertrauensperson während einer FU (Art. 432 ZGB) bedeutet keine Schmälerung des Anspruchs auf unentgeltliche Rechtsverbeiständung, sondern eine auf die FU beschränkte zusätzliche Rechtswohltat, die nicht denselben Restriktionen unterliegt wie die unentgeltliche Rechtsverbeiständung.



Teil 2

Handlungsprinzipien in der Sozialen Arbeit



4 Prinzipien

Die Soziale Arbeit leistet im Kontext des Kindes- und Erwachsenenschutzes mit ihren vielfältigen Kompetenzen und Methoden einen wichtigen Beitrag zur Lösung und Linderung von sozialen Problemen.

Wichtig für das professionelle Handeln in der Sozialen Arbeit ist, dass die Ausgangs- und die Problemsituation geklärt und mögliche Veränderungen skizziert werden. Die Beteiligung sowohl der Betroffenen als auch der sozialen Umwelt bei der Analyse, Problemlklärung und Entwicklung von Lösungsalternativen ist grundlegend für die Soziale Arbeit. Gemeinsam mit den Adressaten und Adressatinnen des Kindes- und Erwachsenenschutzes gilt es deren Bedürfnisse und Erfahrungen, Werte, Normen, Wünsche, Lebenspläne, Fähigkeiten, Zukunfts- und Handlungsperspektiven zu erfassen. Auch zwischenmenschliche Beziehungen und Machtverhältnisse sollen thematisiert werden. Eine anschließende Diagnose setzt voraus, dass die Problemstellung präzise formuliert wird und Erklärungen für die gescheiterten oder gelungenen Problemlösungsversuche der Klientinnen und Klienten gesucht werden.²¹⁸

Je nach diagnostizierter Problemkonstellation kommen dann unterschiedliche Vorgehensweisen und Massnahmen zum Zuge: Zum Beispiel kann es im ersten Schritt darum gehen, die sozioökonomische Lage von Individuen oder Familien zu verbessern, wenn Armut, Verschuldung, Wohnungsnot etc. vorliegen. Bei einer derartigen Problematik sind also zunächst die entsprechenden Ressourcen zu erschliessen und zugänglich zu machen. Ziele sind die Bewusstseinsbildung, das Verstehen und Verarbeiten der Informationen und eine Bewertung der Probleme, der Alltagssituationen und der kritischen Lebensereignisse, um Zukunfts- und Handlungsperspektiven zu eröffnen.

²¹⁸ Vgl. Staub-Bernasconi, 2018, S. 263.

Eine Massnahme ist die *Verbesserung der sozialen Vernetzung* (Kontakte in der Nachbarschaft, Zugang zu Betroffenengruppen und Integration in das Gemeinwesen). *Ermächtigung/Empowerment* ist ein weiteres wichtiges Stichwort: Die Handlungsfähigkeit der Betroffenen und die Wahrnehmung der Individuen als Rechts-subjekte werden gefördert.²¹⁹ Gerade in der Arbeit mit den Adressatinnen und Adressaten hat das Empowerment einen hohen Stellenwert. Ebenso kommt der *Partizipation* im Sinne der UNO-Behindertenrechtskonvention eine wichtige Rolle zu. Sie kommt vor allem in der Kommunikation, bei Aushandlungsprozessen und bei der Lösungsfindung zum Tragen.

Die Soziale Arbeit muss nicht nur über Wissen zur Beschreibung, Erklärung und Veränderung sozialer Probleme verfügen, sondern auch fundierte Kenntnisse haben über die Entstehung des Sozialwesens und seiner privaten und staatlichen Organisationen und deren Strukturen.²²⁰ Sozialarbeitende, die im Rahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts Aufgaben erfüllen, sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Bundesverfassung an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, diese umzusetzen. Die Grund- und Menschenrechte sind für die Analyse von Dilemmata und für den Umgang mit ihnen in der Praxis ein wichtiges Instrument. Sie stellen die Leitplanken für das Handeln der Sozialarbeitenden und der Behörden dar.

Des Weiteren kommt der Sozialen Arbeit bei der interdisziplinären Zusammenarbeit eine wichtige Rolle zu. Mit ihrem Wissen und ihren Kompetenzen tragen die Professionellen der Sozialen Arbeit zur Bearbeitung und Analyse sozialer Probleme bei. Sie benötigen auch Wissen aus anderen Bereichen wie dem Recht, der Soziologie oder der Psychologie. Die unterschiedlichen Perspektiven der diversen Disziplinen sind im Kontext des Kindes- und Erwachsenenschutzes immens hilfreich für die Lösungsfindung generell bzw. auf struktureller Ebene sowie im Einzelfall. Voraussetzung für eine gelingende interdisziplinäre Zusammenarbeit ist Kommunikation und Verständigung.²²¹ Die interdisziplinäre Zusammenarbeit der Sozialarbeitenden mit Vertreterinnen und Vertretern anderer Disziplinen schafft dann einen Mehrwert, wenn alle ihr Wissen und ihre eigene Position in die Problemlösung einbringen.

Im Folgenden werden einige wichtige Prinzipien der Sozialen Arbeit im Kontext des Kindes- und Erwachsenenschutzes erörtert.

219 Ebd., 2018, S. 272–280.

220 Vgl. Staub-Bernasconi, 2018, S. 232.

221 Vgl. Obrecht, 2006, S. 409.

4.1 Unterstützung im Zwangskontext

Eine Gefährdungsmeldung, eine Meldung durch das soziale Umfeld und die daraus entstehende Notwendigkeit einer behördlichen Abklärung führen eine Klientin oder einen Klienten im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes in die Beratung. Auch die Platzierung in einem Heim oder eine Einweisung in die Psychiatrie können ein behördliches Verfahren auslösen und folglich Beratung erfordern. Sofern das Verfahren von den Betroffenen nicht selbst initiiert wird, geschieht die Unterstützung in einem Zwangskontext, das heisst, die Klientinnen und Klienten werden nach rechtlichen Vorgaben und Auflagen gezwungen, Unterstützung in Anspruch zu nehmen. Solche Anordnungen ergehen in der Regel nur dann, wenn eine Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt.²²²

Der Zwangskontext wiederum kann zahlreiche Spannungsfelder eröffnen. Dann wird die Mitarbeit der Pflichtklientinnen und -klienten, Eltern und Angehörigen besonders wichtig, denn mit Zwang und Anordnungen alleine können selten Verhaltensänderungen erreicht werden. Vielmehr reagieren Klientinnen und Klienten häufig mit Widerstand (Reaktanz). Von Zwangskontext ist die Rede, wenn ein Mensch die fremdveranlasste Einschränkung seiner Autonomie als Einengung empfindet.²²³ Als Fachkraft gilt es verschiedene Strategien anzuwenden, um mit Reaktanz umzugehen.²²⁴ Auch muss man sich als Professionelle oder Professioneller möglicher Beziehungsdynamiken zwischen Pflichtklientinnen und -klienten und Sozialarbeitenden bewusst sein.

Gelingt es, mit den Klientinnen und Klienten eine Beziehung aufzubauen und ein Arbeitsbündnis zu schliessen, ist dies sehr hilfreich. Ein Mindestmass an Kooperationsbereitschaft und Motivation ist die Voraussetzung für eine gelingende Zusammenarbeit zwischen der Klientel und den Sozialarbeitenden. Nur so kann die Unterstützung Wirkung entfalten. Den durch den Zwangskontext bedingten Spannungsfeldern können die Professionellen – neben von Empathie²²⁵ oder Förderung eines prosozialen Verhaltens (prosozialer Ansatz)²²⁶ – mit dem Prinzip der Transparenz in der Beratung begegnen. Zum einen bedeutet dies, mit den Klientinnen und Klienten offen über die Gründe für die Kontaktaufnahme zu sprechen und sie über mögliche Massnahmen zu informieren. Zum anderen sollen die Sozialarbeitenden die Grundsätze der Zusammenarbeit offenlegen (Auftrags- und Rollenklärung, Darlegung eingesetzter Techniken).

²²² Vgl. Schwabe, 2008, S. 29.

²²³ Vgl. Kähler/Zobrist, 2013, S. 50.

²²⁴ Siehe hierzu: Hesser, 2001, S. 30 f.; Miller/Rollnick, 2009, S. 141 ff.; Kähler/Zobrist, 2013, S. 56 ff.

²²⁵ Vgl. Kähler/Zobrist, 2013, S. 106.

²²⁶ Vgl. Trotter, 2001, S. 185 ff.

Neben der Transparenz ist nach Mayer (2009) die Überprüfbarkeit ein wichtiges Prinzip der Beziehungsgestaltung in Zwangskontexten.²²⁷ Überprüfbarkeit beinhaltet, dass die Klientinnen und Klienten gebeten werden, die Einhaltung der offengelegten Grundsätze und getroffenen Abmachungen zu überprüfen und auf eine allfällige Nichteinhaltung hinzuweisen. Sie werden so zu Mitverantwortlichen für das Gelingen des gemeinsamen Arbeitsprozesses. Weitere wichtige Prinzipien der Beziehungsgestaltung zwischen Sozialarbeitenden und Pflichtklientinnen und -klienten bilden nach Mayer die explizite Widerstandsakzeptanz, die freundliche Hartnäckigkeit, strukturierte Interventionen und die Verantwortungszuweisung.²²⁸

Der Grundsatz des «Aushaltens» kann im Zwangskontext ebenfalls eine wichtige Rolle spielen. Er kommt zum Tragen, wenn seitens der Klientinnen und Klienten überhaupt keine Kooperationsbereitschaft besteht. Dann ist es nicht sinnvoll, eine Verhaltensänderung bei ihnen erzwingen zu wollen, sondern abzuwarten, bis sie mehr Motivation zeigen. Dazu braucht es Geduld, so lange «auszuhalten», bis der Wille und die Bereitschaft der Betroffenen vorhanden sind, die eigene Situation zu verändern.

4.2 Professionelle Grundhaltung

Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes ist die «assistierte Autonomie» ein wichtiges Merkmal der Zusammenarbeit zwischen Professionellen und der Klientel, gerade wenn es sich um Pflichtklientinnen und -klienten handelt. Es gilt die konkreten Unterstützungsmassnahmen am Grad der Autonomie zu messen. Zudem stellt die Befähigung der Betroffenen eine wichtige Handlungsmaxime in der Praxis der Sozialen Arbeit dar. Andreas Lob-Hüdepohl und Walter Lesch gehen dementsprechend von einer professionsmoralischen Grundhaltung aus, die sie als «*aufmerkend-achtsam-assistierend-anwaltlich*»²²⁹ beschreiben.²³⁰

Aufmerkend meint, den Adressaten der Hilfeleistung respektvoll zu behandeln, ihm Beachtung zu schenken, ihn mit seinen Problemen und in seiner Identität ernst zu nehmen, mit ihm gemeinsam nach Auswegen und Lösungen zu suchen und ihn nicht als Problemfall abzustempeln, dem geholfen werden muss.

²²⁷ Vgl. Mayer, 2009, S. 219.

²²⁸ Vgl. Mayer, 2009, S. 219 ff; vgl. auch Kähler/Zobrist, 2013, S. 108 f.

²²⁹ Vgl. Lob-Hüdepohl/Lesch, 2007, S. 138–145.

²³⁰ Nachfolgende Ausführungen zur professionsmoralischen Grundhaltung sind folgendem Leitfaden entnommen: Akkaya et al., 2016, Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen. Ein Leitfaden für die Praxis der Sozialen Arbeit, S. 84.

Achtsam soll der professionelle Bezug auf die Stärken und Ressourcen sein, die jeder Mensch in unterschiedlicher Ausprägung besitzt. Sie sind zu fördern und für die aktuelle Problemsituation zu nutzen. Den Veränderungen und Veränderungspotenzialen des Adressaten sollte ebenfalls achtsam begegnet werden.

Assistierend steht hier im Gegensatz zu fürsorglich. Aufgaben sollten dem Adressaten oder der Adressatin nicht abgenommen werden; vielmehr soll ihm/ihr so viel Assistenz angeboten werden, dass er/sie die Angelegenheiten mit grösstmöglicher Selbständigkeit in seinem/ihrer Sinne erledigen kann. Ziel ist es immer, zu «*lernender Selbstsorge*» anzuleiten und Selbstlernen und Selbsterkenntnis zu fördern.²³¹

Ist eine Assistenz nicht möglich, gilt es *anwaltlich* im Sinne des Adressaten zu handeln. Dabei soll möglichst der vom Adressaten oder von der Adressatin zuvor bekundete Wille berücksichtigt werden. Zudem muss regelmässig überprüft werden, ob eine anwaltliche Haltung des/der Professionellen noch notwendig ist oder ob zu einer assistierenden gewechselt werden kann.²³²

4.3 Lebensweltorientierung als Konzept für eine kontextbasierte Selbstbestimmung

Wie in Kapitel 2 und 3 dargelegt, ist der Begriff «Selbstbestimmung» in den rechtlichen Überlegungen zum Kindes- und Erwachsenenschutz wie auch in einer grundrechtsorientierten und grundrechtskonformen Interpretation zentral. Selbstbestimmung kann nicht losgelöst vom Begriff «Autonomie» betrachtet werden, denn «das Recht auf Selbstbestimmung ist zwingend auf Autonomie angewiesen».²³³ Autonomie ist notwendiger Bestandteil der Selbstbestimmung.

In Zusammenhang mit den Grund- und Menschenrechten und deren Umsetzung im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes in der Praxis der Sozialen Arbeit stellt sich die Frage, wie unterstützende Leistungen aussehen müssen, wenn sie die Selbstbestimmung und Autonomie achten, aber gleichzeitig dazu beitragen sollen, die Betroffenen zu eigenständigem Handeln und zur Teilnahme an der Gesellschaft zu befähigen.

Die Lebensweltorientierung verbindet die Analyse von gegenwärtigen spezifischen Lebensverhältnissen mit pädagogischen Konsequenzen. Dabei steht das Zusammenspiel von Problemen und Möglichkeiten, von Stärken und Schwächen im sozialen Feld im Zentrum. Die Kunst liegt in der Balance zwischen einem Akzeptieren der bestehenden Lebensentwürfe auf der einen Seite und dem Sicheinmischen in

²³¹ Vgl. Lob-Hüdepol/Lesch, 2007, S. 142 f.

²³² Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 84.

²³³ Ebd., S. 172.

Verhältnisse auf der anderen Seite.²³⁴ Die Soziale Arbeit nutzt dazu die professionelle Kompetenz zur Reorganisation gegebener Lebensverhältnisse und trägt damit zu einem gelingenden Alltag bei. Die Lebensweltorientierung geht von den alltäglichen Erfahrungen der Menschen aus. Dieser Zugang wird gemeinhin als sinnvoll erachtet und gibt Sicherheit. Stellen sich Veränderungen in der Alltagsroutine ein oder wird diese infrage gestellt, ändern sich auch die Lebensbedingungen. Diese können unsicherer werden und die «Zuverlässigkeit» des Alltags schwindet. Auf diese Entwicklung reagiert die Lebensweltorientierung und verstärkt die Hinwendung zum Alltag der Menschen.²³⁵

Die Arbeit mit Menschen, die im Rahmen von institutionell geregelten Zuständigkeiten leben oder von professionellen Programmen unterstützt werden, birgt die Gefahr des blinden Flecks. Bei Hilfeleistenden kann sich eine Selbstbezüglichkeit oder eine Selbstreferenz festigen, die dazu führt, dass der Bezug zur Lebenswelt der unterstützenden Personen nachlässt oder gar verloren geht. Eine klare Lebensweltorientierung, welche sich an den Dimensionen Zeit, Raum, soziale Bezüge, Pragmatik und Lebensbewältigung ausrichtet, kann dem entgegenwirken.

4.4 Kommunikation und Urteilsfähigkeit

Im Recht und in der praktischen Sozialarbeit kommt der Urteilsfähigkeit eine hohe Bedeutung zu. Das Gesetz umschreibt sie als Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln.²³⁶ «Vernunftgemäss handelt eine Person, wenn sie Sinn und Nutzen sowie die Wirkungen eines bestimmten Verhaltens einsehen und abwägen kann.»²³⁷ Aufgrund dessen muss sie imstande sein, in einer konkreten Situation eine Entscheidung zu fällen, wobei nicht alle Entscheidungssituationen gleich anspruchsvoll sind. Dank dieser Fähigkeiten kann eine Person das Recht auf Selbstbestimmung ausüben.²³⁸ Aus dem Ansatz der Lebensweltorientierung ist zu folgern, dass im Rahmen der Unterstützungsleistungen ein partizipativer Aushandlungsprozess unabdingbar ist. Wie aber kann ein solcher stattfinden, wenn die Fähigkeiten zur Kommunikation derart eingeschränkt sind, dass ein Gespräch nicht möglich ist? Hier kann ein lebensweltorientierter Ansatz mithelfen, den Alltag in seinen unterschiedlichen Dimensionen

²³⁴ Vgl. Thiersch/Grunwald/Köngeter, 2011, S. 175.

²³⁵ Deller/Brake, 2014, S. 143 f.

²³⁶ So lautet Art. 16 ZGB: Urteilsfähig im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, der es nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rauschs oder ähnlicher Zustände an der Fähigkeit gebricht, vernunftgemäss zu handeln.

²³⁷ Kley/Zaugg, 2014, S. 186.

²³⁸ Vgl. ebd.

zu rekonstruieren. Dabei können sich Indizien ergeben, wie die betroffene Person mutmasslich entschieden hätte. So kann versucht werden, der Selbstbestimmung wenigstens ein Stück weit gerecht zu werden. Auch Menschen mit eingeschränkter Urteilsfähigkeit steht gemäss Art. 3 a) der UNO-Behindertenrechtskonvention zu, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Diese Menschen benötigen Unterstützung, um von ihrem Recht auf Selbstbestimmung Gebrauch zu machen. Sozialarbeitende sollen diese Unterstützung leisten und die Betroffenen nach deren jeweiligen Möglichkeiten und Fähigkeiten stärken und befähigen. Die Kommunikation spielt hier eine ganz wesentliche Rolle: Mit geeigneten Hilfsmitteln (z. B. mit Piktogrammen, Zeichen) kann ein wichtiger Beitrag zur Verständigung geleistet werden.²³⁹ Informationen eröffnen Zugang zu bestehenden Möglichkeiten. Sie müssen im Rahmen von Leistungs- und Unterstützungs-, Beratungs- und Begleitangeboten für Menschen mit Beeinträchtigungen in leichter Sprache zugänglich gemacht werden.

4.5 Mutmassliche Entscheidungsfindung

Das Konzept der mutmasslichen Entscheidungsfindung ist heikel, aber unvermeidbar, wenn Entscheidungen für eine urteilsunfähige Person zu treffen sind. Der Gesetzgeber lässt, liegt eine Urteilsunfähigkeit vor, auch bei Entscheidungen über sogenannte «relativ höchstpersönliche Rechte»²⁴⁰ eine Vertretung zu.²⁴¹ Im Regelfall hat sich diese Vertretung aber nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der betroffenen Person zu richten. Dabei ist aber zu unterscheiden, ob die Person seit Beginn ihres Lebens urteilsunfähig ist oder es erst später (und vielleicht nur vorübergehend) wurde. Im ersten Fall hat sich die Person noch nie zu der zu entscheidenden Angelegenheit äussern können. Im zweiten Fall kann sie sich zur konkreten Situation nicht mehr oder vorübergehend nicht äussern. Hier kann mit dem lebensweltorientierten Ansatz ein differenziertes Bild gewonnen werden. Es findet so weit wie möglich ein Einbezug der betroffenen Person statt. Da deren Urteilsfähigkeit nicht absolut sein muss, sondern eine relative Entscheidungsunfähigkeit genügt, ist zu prüfen, inwieweit eine gezielte Förderung sie befähigen könnte, autonom zu entscheiden.

²³⁹ Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 123–124.

²⁴⁰ Höchstpersönliche Rechte sind Rechte, die derart eng mit der Persönlichkeit der betroffenen Person verbunden sind, dass sie nur von dieser ausgeübt werden können, sofern die Person urteilsfähig ist. Bei relativ höchstpersönlichen Rechten ist eine Vertretung möglich, sofern die betroffene Person urteilsunfähig ist. Bei absolut höchstpersönlichen Rechten (z. B. Heirat) ist auch bei Urteilsunfähigkeit eine Vertretung ausgeschlossen.

²⁴¹ Siehe dazu die Vertretungsrechte bei medizinischen Massnahmen im Sinne von Art. 378 ZGB.

Der dritte Teil dieses Leitfadens widmet sich konkreten Fallkonstellationen. Der Fokus liegt auf der Sozialen Arbeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes. Es geht um die erforderlichen Abklärungen, die oft von Fachleuten der Sozialen Arbeit vorgenommen werden, um die Entscheidungsbehörden, die interdisziplinär zusammengesetzt sind, und um die konkrete Umsetzung der beschlossenen Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz. Dabei kommen auch die zahlreichen Spannungsfelder zur Sprache, innerhalb deren sich die Soziale Arbeit professionell zu bewegen hat. Entsprechend der Zielsetzung dieses Leitfadens soll die Perspektive der Grund- und Menschenrechte in den Vordergrund gerückt werden, deren Wahrung gerade im Kindes- und Erwachsenenschutz von besonderer Bedeutung ist.



Teil 3

Ausgewählte Fallkonstellationen



5 Kennzeichen der Gefährdung

Ausgangspunkt jeden Handelns im Kindes- und Erwachsenenschutz ist eine Gefährdung, die nach Schutz ruft. «Als Gefährdungen sind rechtserhebliche Tatsachen zu bezeichnen, die die Hilfs- oder Schutzbedürftigkeit eines Kindes oder Erwachsenen bzw. deren Wohl betreffen.»²⁴² Eine Gefährdung wird zum Beispiel sichtbar, wenn Alltagsaufgaben nicht mehr ausreichend bewältigt werden können. Wenn eine erwachsene Person hilfsbedürftig erscheint, hat jede Person das Recht, die KESB zu informieren (Art. 443 Abs. 1 ZGB). Dasselbe gilt, wenn die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet erscheint (Art. 314c ZGB).²⁴³ Ein Melderecht im Bereich des Kindesschutzes haben sogar Personen, welche gemäss Strafgesetzbuch dem Berufsgeheimnis unterstehen (Art. 321 StGB), wenn die Geheimnisträgerin oder der Geheimnisträger nach Abwägung der zu wahren Interessen zum Schluss kommt, dass die Meldung dem Wohl des Kindes dient.²⁴⁴ Dieses Melderecht erstreckt sich allerdings nicht auf jene Hilfspersonen, welche im Auftrag mit einem Berufsgeheimnisträger arbeiten und deshalb an das Berufsgeheimnis gebunden sind (Art. 314c Abs. 2 letzter Satz ZGB).

Neben dem Melderecht besteht für gewisse Personenkreise eine Meldepflicht. Sie sind allerdings im Kindes- und Erwachsenenschutz nicht identisch: Nach Bundesrecht ist im Erwachsenenschutz meldepflichtig, wer im Rahmen amtlicher Tätigkeit

²⁴² Fassbind, 2016, S. 128.

²⁴³ Seit dem 1.1.2019 gelten erweiterte Melderechte und Meldepflichten, vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz) vom 15. April 2015, BBl 2015, S. 3431 ff.

²⁴⁴ Zu den Melderechten und Meldepflichten des vor dem 1.1.2019 revidierten Rechts vgl. KOKES, 2017, Rz. 9.4 ff., S. 246.

Vgl. dazu auch Merkblatt Melderechte und Meldepflichten unter https://www.kokes.ch/application/files/7815/4843/1295/Merkblatt_Melderechte-Meldepflichten_definitiv_Version_25.1.2019.pdf (zuletzt besucht am 28. Januar 2019).

von der Gefährdung einer Person erfährt und deren Hilfsbedürftigkeit im Rahmen seiner Tätigkeit nicht Abhilfe schaffen kann (Art. 443 Abs. 2 ZGB). Berufsgruppen, die einem Berufsgeheimnis (vgl. Art. 321 StGB) unterstehen²⁴⁵, benötigen für eine Gefährdungsmeldung im Erwachsenenschutz einer Einwilligung der betroffenen Person oder der Entbindung von ihrer Schweigepflicht durch die vorgesetzte (Aufsichts-)Behörde.²⁴⁶ Im Kinderschutz geht die Meldepflicht insofern weiter, als folgende Personen, soweit sie nicht nach Strafgesetzbuch dem Berufsgeheimnis unterstehen (wozu auch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von Schwangerschaftsberatungsstellen, von Behandlungs- oder Sozialhilfestellen gemäss Betäubungsmittelgesetz und von Opferberatungsstellen zu zählen sind²⁴⁷), zur Meldung verpflichtet sind, wenn konkrete Hinweise dafür bestehen, dass die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Kindes gefährdet ist und sie deren Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können:

- Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion und Sport, die *beruflich* regelmässig Kontakt zu Kindern haben
- Wer in *amtlicher* Tätigkeit von einem solchen Fall erfährt

Es bedarf einer Meldung, um ein Kindes- oder Erwachsenenschutzverfahren einzuleiten, sofern die Betroffenen nicht von sich aus die KESB um Hilfe ersuchen oder die KESB aufgrund von Informationen selbst aktiv wird (Offizialmaxime).²⁴⁸

Wichtig ist in allen Fällen, dass Anhaltspunkte für eine mögliche Kindeswohlgefährdung, einen möglichen Schwächezustand oder eine Schutzbedürftigkeit einer erwachsenen Person vorliegen. Dies bedeutet für die im Kindes- und Erwachsenenschutz Tätigen, aber auch für die mit Kindern oder Erwachsenen allgemein arbeitenden Sozialarbeitenden, zunächst eine verlässliche Faktenlage zu schaffen, sie sorgfältig zu analysieren, eine Problemerkklärung (Diagnose) vorzunehmen und nach direktem Einbezug der Betroffenen eine adäquate und verhältnismässige Lösung zu entwickeln.²⁴⁹ Handlungstechnisch und methodisch ist wichtig, weder konzeptlos oder überstürzt zu reagieren noch zu zaudern, wenn rasches Handeln geboten ist.

245 Geistliche, Rechtsanwälte, Verteidiger, Notare, Patentanwälte, nach Obligationenrecht (Art. 358 OR) zur Verschwiegenheit verpflichtete Revisoren, Ärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren, Apotheker, Hebammen, Psychologen sowie ihre Hilfspersonen.

246 Art. 443 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 321 Ziff. 2 StGB.

247 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kinderschutz) vom 15. April 2015, BBl 2015, S. 3458 und S. 3463 Ziff. 2.4.

248 Fassbind, 2016, S. 127.

249 KOKES, 2017, Vorgehen bei der Verfahrensinstruktion und Abklärung (4-Phasen-Modell), Rz. 3.45 ff., S. 95 ff., und namentlich Schema Rz. 3.48 S. 97.

Wichtig ist, den Betroffenen so zu begegnen, dass sie Vertrauen aufbauen und Verlässlichkeit erfahren. Dazu gehört besonders, dass die Fachpersonen den Sachverhalt gründlich ermitteln, eine empathische Distanz wahren und transparent agieren unter Respektierung der Grund- und Verfahrensrechte der Betroffenen.

6 Spannungsfelder im Kinderschutz

6.1 Kindeswohl und Kindeswille

Die oberste Maxime des Kinderschutzes ist das Kindeswohl. Dieses müssen die zum Entscheid berufenen Personen (Eltern), Behörden (Ehegerichte, KESB) oder die Mandatsträger näher bestimmen.²⁵⁰ Es geht somit auch in der täglichen Arbeit der im Kinderschutz tätigen Sozialarbeitenden primär um das Wohl des Kindes. Dabei stimmt ein vom Kind geäussertes Wille – der auch geprägt ist durch äussere Einflüsse (z. B. bei Jugendlichen eine Suchtmittelabhängigkeit) oder Personen (Eltern, Peer-Groups) – nicht immer mit dem objektiven Kindeswohl überein.²⁵¹ Dieses gilt es aber stets höher zu gewichten (Schutzpflichten). Kinderrechte und Kindeswohl stehen überdies in einem Spannungsfeld zu den Elternrechten, vor allem wenn der Kindeswille vom Willen der Eltern abweicht.

Was ist unter dem Kindeswohl zu verstehen? Die familienrechtspsychologische Definition nach Dettenborn definiert es theoretisch als «die für die Persönlichkeitsentwicklung eines Kindes oder Jugendlichen günstige Relation zwischen seiner Bedürfnislage und seinen Lebensbedingungen».²⁵² Die Bedürfnislage des Kindes variiert je nach Entwicklungsstand, was eine Einzelfallbeurteilung unausweichlich macht. Insofern steht die «Lebenswelt» des Kindes mit all seinen Facetten im Zentrum. In diese Richtung geht auch die Begriffsdefinition von Meier et al., die festhält, dass «ein am Wohl des Kindes ausgerichtetes Handeln dasjenige ist, welches die an den

250 KOKES, 2017, Rz. 1.75, S. 21.

251 KOKES, 2017, Rz. 1.76 ff., S. 21 ff.

252 Dettenborn, 2014, S. 60.

Grundrechten und Grundbedürfnissen von Kindern orientierte, für das Kind jeweils günstige Handlungsalternative wählt». ²⁵³

Gerade in Krisensituationen ist es für ein Kind zentral, Selbstwirksamkeit zu erfahren. Die Erfahrung, selbst etwas bewirken zu können, ist für eine gelingende Entwicklung von grossem Wert. Sie trägt dazu bei, dass ein Mensch sich nicht ohnmächtig widrigen Umständen ausgeliefert fühlt, sondern psychische Widerstandskraft (Resilienz) mobilisieren kann. ²⁵⁴ Der Entwicklungsstand eines Kindes liefert Hinweise darauf, wie weit der Horizont des Mitwirkens abgesteckt werden kann. Das wiederum lässt zu, dass dem Kind die Möglichkeit eingeräumt wird, sich konkret mit seinen Lebensumständen und seinem Alltag auseinanderzusetzen. Dabei ist es wichtig, dass dem Kind relevante Informationen zur Situation und zu den sich stellenden Fragen zur Verfügung gestellt werden.

Kinder und Erwachsene unterliegen in ihrer Entscheidungsfindung zahlreichen Einflüssen von aussen. Die Persönlichkeit, der Kontext und die Art der Beziehung, die sich im Verlauf der Entwicklung verändern, prägen die Reaktionen und die Einflussnahme von aussen. Auch eine radikal emotionale kindliche Willensäusserung darf von den Erwachsenen nicht übergangen werden, weil das den kindlichen Bewältigungsprozess zerstören kann. Wer andererseits den Willen des Kindes einfach unhinterfragt zur Richtschnur nimmt, unterschätzt unter Umständen dessen psychische Gefährdung durch eine allenfalls erzwungene Anpassung und ignoriert somit die Not, in der sich das Kind befindet. ²⁵⁵

6.2 Selbstbestimmung und Partizipation

Ein wichtiges Prinzip im Kontext der Kinderrechte ist die Selbstbestimmung und Partizipation der Kinder. In einem Kindesschutzverfahren haben die Fachpersonen die Kinder als eigenständige Rechtssubjekte anzuerkennen und sie in die Abklärungs- und Entscheidungsprozesse miteinzubeziehen. Sie sollen bei der Realisierung selbstbestimmter Lebensentwürfe unterstützt werden. ²⁵⁶ Für die Gewährleistung der Partizipationsrechte von Kindern sind ferner die subjektive Relevanz einer Entscheidung, der Informationsstand, die Einflussnahmemöglichkeiten sowie die konkrete Beteiligung der Kinder und die Qualität der Kommunikation ausschlaggebend. ²⁵⁷

²⁵³ KOKES, 2017, Rz. 1.14, S. 5.

²⁵⁴ KOKES, 2017, Rz. 18.8, S. 403 f.

²⁵⁵ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 18.12 ff., S. 405.

²⁵⁶ Vgl. Wigger, 2017, S. 204–205.

²⁵⁷ Vgl. Simoni, 2017, S. 100.

Fallbeispiel 1

Ein achtjähriges Mädchen soll in einem Heim untergebracht werden. Es besichtigt mit ihrer Beiständin die Institution A und die Institution B. Das Mädchen kennt in der Institution A eine Freundin und möchte dorthin gehen. Fachpersonen finden, dass die Institution B für das Kind geeigneter ist, und wollen es dort platzieren. Das Mädchen möchte nicht in die Institution B eintreten.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie stellt sich in diesem Fall das Recht auf Partizipation dar?
- Wie ist die Willensäußerung des Mädchens zu werten?
- Wie können die Interessen des Mädchens am besten berücksichtigt werden?
- Wer bestimmt, in welcher Institution das Mädchen untergebracht wird?

b) Rechtliche Beurteilung

Grundrechtlich sind hier die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Achtung der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) sowie das Recht des Kindes, angehört zu werden (Art. 12 KRK) () tangiert, weshalb auch in diesem Fall Einschränkungen die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV erfüllen müssen.

Über den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen die Eltern (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Der Entscheid orientiert sich am Kindeswohl (Art. 301 Abs. 1 ZGB). So sind dem Kind seiner Reife entsprechend Freiheiten in der Lebensgestaltung zu gewähren, und in wichtigen Angelegenheiten ist, soweit tunlich, auf seine Meinung Rücksicht zu nehmen (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Entscheiden sich die Eltern aufgrund der Ratschläge von Fachpersonen für die Institution B, steht dem Kind gegen diesen Entscheid kein Rechtsmittel zur Verfügung (freiwillige oder vereinbarte Platzierung), denn er liegt im Rahmen der elterlichen Erziehungspflichten und -rechte (Art. 302 ZGB).

Anders sieht die Ausgangslage aus, wenn den Eltern das Aufenthaltsbestimmungsrecht wegen einer erheblichen Gefährdung des Kindeswohls entzogen wurde und es um eine angemessene Unterbringung geht (Art. 310 ZGB, angeordnete Platzierung). In diesem Fall entscheidet die Kinderschutzbehörde. Sie hat zu begründen, weshalb sie welche Institution als angemessene Platzierungsstätte betrachtet und weshalb allenfalls dem kindlichen Wunsch nach Anhörung nicht nachgekommen wird. Diesen Entscheid können die Eltern anfechten, zumal das Kind altersmässig als urteilsunfähig einzustufen ist (vgl. Art. 304 ZGB). Sinnvoll könnte bei dieser Ausgangslage sein, im Vorfeld eine Verfahrensbeistandschaft anzuordnen (Art. 314abis ZGB). Das könnte den Anliegen des Kindes mehr Gewicht verleihen, es würde mehr Informationen erhalten und ein allfälliger Entscheid, der nicht seinen Wünschen entspricht, würde näher erläutert. Die Übergangsphase würde so für das Kind erleichtert.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass bei freiwilligen (vereinbarten) und bei angeordneten Platzierungen dem Kind eine Vertrauensperson zugewiesen wird, an die es sich bei Fragen oder Problemen wenden kann (Art. 1a Abs. 2 lit. b Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern, PAVO).

c) Handlungsempfehlungen

Ein wichtiger Grundsatz der UNO-Kinderrechtskonvention (Art. 3) lautet, dass die Meinung der Kinder bei allen sie betreffenden Massnahmen vorrangig berücksichtigt werden soll. Kinder sind als Rechtssubjekte zu betrachten und in Entscheidungen einzubeziehen. Für die Entwicklung der Kinder ist es wichtig, dass sie bei der Ausbildung selbstbestimmter Lebensentwürfe unterstützt werden und ihre individuellen Mitwirkungsrechte in Anspruch nehmen können. Die Sozialarbeitenden sollten ihnen diesbezüglich beistehen.

Wenn das Mädchen in unserem Fallbeispiel in eine andere Institution gehen möchte, als die erziehungsberechtigten Eltern und Fachpersonen vorschlagen, sind seine Sichtweise und seine Bedürfnisse im Verfahren zu erkunden und einzubeziehen. Beim Entscheid müssen die Lebenswelt und die Bedürfnisse des Mädchens berücksichtigt werden. Im vorliegenden Beispiel stehen die Kinderrechte und das Kindeswohl in einem Spannungsfeld zu den Elternrechten, da das Mädchen und die Eltern nicht dasselbe wollen. Der Wille des Mädchens kann nicht einfach übergangen werden, auch wenn er von jenem der Eltern abweicht.

Das Machtgefälle sowie das Abhängigkeitsverhältnis, in dem Kinder in der Regel zu ihren Eltern stehen, müssen ebenfalls in die Entscheidungsfindung einbezogen und hinterfragt werden. Für die Entwicklung von Kindern ist die Erfahrung, selbst etwas bewirken zu können, grundlegend. Das Gefühl von Selbstwirksamkeit trägt zur Stärkung des Selbstvertrauens bei.²⁵⁸ Gerade in einer Krisensituation wie einer Heimplatzierung, welche einen massiven Eingriff in die Rechte eines Kindes darstellt, muss das Kind Gehör finden. Wenn ihm in dieser Lage die Mitgestaltung verweigert wird, entsteht ein Gefühl der Ohnmacht oder spitzt sich zu, was verunsichert und die Entwicklung behindert.²⁵⁹ Deshalb sollten sich die Professionellen Zeit nehmen und bei ihren Abklärungen die Kinderperspektive einbeziehen. Das heisst nicht, dass sich diese auch durchsetzen muss, aber sie muss auf jeden Fall ernst genommen werden.

258 Vgl. auch Kapitel 6.1.

259 Vgl. auch Wigger, 2017, S. 214.

6.3 Fremdplatzierungen/ausserfamiliäre Unterbringung

Hier gilt es den Grad der Gefährdung eines Kindes oder Jugendlichen abzuschätzen. Ist eine Fremdplatzierung das probate Mittel oder sind andere Massnahmen möglich? Im Zuge eines Entscheids ist zudem eine Prognose zu stellen und festzulegen, unter welchen Bedingungen eine Rückkehr des Kindes in seine Kernfamilie in Betracht kommt. Das ausserfamiliäre Angebot muss sowohl zeitlich (Dauer- oder temporäre Platzierung) als auch inhaltlich und qualitativ (Betreuungssetting) definiert werden. Zudem kann die Kernfamilie zur Unterstützung des Kindes angehalten werden.²⁶⁰ Des Weiteren sollte bedacht werden, dass – auch wenn es sich bei Fremdplatzierungen im zivilrechtlichen Kontext meist um Verfügungen handelt – ein gewisses Mass an Freiwilligkeit und Bereitschaft seitens der Beteiligten vorhanden sein sollte oder die Einsicht dafür zu schaffen ist.

Erfolgt ein Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 310 ZGB) und wird das Kind oder der/die Jugendliche ausserfamiliär platziert, geht das Aufenthaltsbestimmungsrecht auf die KESB über; sie steht in der abschliessenden Verantwortung, für die geeignete Unterbringung zu sorgen. Nicht selten liegt es aber in der Praxis an den Beiständigen und Beiständen, für Kinder eine dauerhafte und vor allem passende Unterbringung zu finden.²⁶¹ Hierbei gilt es (auch wenn dies durch andere Faktoren wie Mangel an Platzierungsorten und finanzielle Aspekte erschwert wird) das Alter des Kindes und die Dauer der Unterbringung zu beachten.²⁶² Die Berücksichtigung der bisherigen Lebenswelt des Kindes kann wertvolle Informationen liefern und die biografische Zäsur mildern. Der Beistand oder die Beiständige hat die Platzierung bei einer Pflegefamilie oder in einem Heim bei der KESB zu beantragen.

Fremdplatzierung von Kindern

Bei der Fremdplatzierung von (Klein-)Kindern im Rahmen des Entzugs des Aufenthaltsbestimmungsrechts lässt sich ein Spannungsfeld zwischen den professionellen Handlungsmaximen der Sozialarbeitenden auf der einen und den Wünschen und Wertvorstellungen der Eltern bzw. gewissen rechtlichen Vertretern auf der anderen Seite ausmachen. Hierbei gilt es oftmals das Stereotyp «Das Beste für das Kind ist die Liebe der Eltern» zu hinterfragen und aufzuzeigen, dass bei Erziehungsunfähigkeit der Eltern (z. B. bedingt durch eine schwere Suchtmittelabhängigkeit oder eine schwere chronische psychische Störung) den Bedürfnissen und Entwicklungs-

²⁶⁰ Vgl. KOKES, 2017, Rz. 17.35, S. 389 f.

²⁶¹ Vgl. Rosch/Hauri, 2016, S. 437.

²⁶² Vgl. Rosch, 2017a, S. 70.

perspektiven des Kindes besser mit einer ausserfamilialen Platzierung Rechnung getragen werden kann, zumal wenn ambulanten Möglichkeiten ausgeschöpft sind oder keine passende Alternative darstellen. In der Regel stellt jedoch die Fremdplatzierung eines Kindes die Ultima ratio dar. Gerade weil Fremdplatzierungen bzw. ausserfamiliale Unterbringung einen massiven Eingriff in die Grundrechte der Kinder und der Eltern darstellt, sind grundrechtliche Überlegungen zum Schutz der Betroffenen und des Familienlebens unabdingbar. Nicht selten erleben Behörden und Sozialtätige ein Spannungsfeld zwischen den grundrechtlichen Anforderungen und der Notwendigkeit, rasch einschneidende Massnahmen zu treffen. Ein enger Einbezug der Betroffenen und eine klare Regelung des Kontakts mit der Kernfamilie können entlastend wirken.

Fremdplatzierung von Jugendlichen

Auch bei der Fremdplatzierung von Jugendlichen werden Sozialarbeitende mit unterschiedlichen Erwartungshaltungen konfrontiert, welche es gegeneinander abzuwägen gilt. So kann bei einer (starken) Suchtmittelabhängigkeit eines Jugendlichen eine geschlossene Unterbringung ein Ausweg sein, um einen Entzug durchzusetzen. Ob damit eine Basis zur Zusammenarbeit und Kooperation geschaffen wird, ist eine andere Frage. Eine Entzugstherapie verspricht nur Erfolg mit einem nachbetreuenden Setting, das die Verhaltensänderung nachhaltig macht. Geschlossene Unterbringungen sind insofern problematisch, als die Eltern deren Notwendigkeit oft anzweifeln oder gar ablehnen, sei es aus eigener Überzeugung oder weil sie sich von den Jugendlichen unter Druck gesetzt fühlen.²⁶³

In solchen Situationen bedarf es besonders sorgfältiger Abklärungen. Einzig der Hinweis darauf, die Platzierung sei aus pädagogischen Gründen angezeigt, genügt nicht. Für eine umfassende Beurteilung, welche auf einer Mitwirkung der Betroffenen und der Unterstützenden gründet, sind das Verstehen von Verhaltensmustern und das Berücksichtigen von Informationen zur Lebenswelt zentral.

Die Risiko- und Schutzfaktoren sind zu beurteilen, und es ist eine Prognose zu erstellen, mit welchen Auswirkungen zu rechnen ist, wenn die ins Auge gefasste Massnahme ausbleibt. Ist von erheblicher Selbst- oder Fremdgefährdung auszugehen, sind die Schutzpflichten prioritär zu gewichten. Die Wünsche der Betroffenen sind aber anzuhören und in die Entscheidungsfindung einzubeziehen. Es gilt somit abzuwägen, inwieweit eine psychische Störung als Selbstgefährdung eingestuft werden muss, sodass eine Einweisung in eine geschlossene Einrichtung sinnvoll ist. Oft ist der Beizug eines sachverständigen Arztes angezeigt.

²⁶³ Vgl. Dutschmann/Lukat, 2011, S. 132.

Fallbeispiel 2

Ein 16-jähriger Jugendlicher lebt bei seinem Vater, der bald in sein Herkunftsland abgeschoben werden soll. Der Vater hat die elterliche Sorge und möchte den Sohn mitnehmen. Die Mutter leidet an einer bipolaren psychischen Störung und hat mit ihrem Sohn bisher kaum Kontakt gepflegt. Sie möchte auf keinen Fall, dass der Sohn die Schweiz verlässt, zumal er hier Aufenthaltsrecht genießt. Sie hat eine Gefährdungsmeldung an die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) eingereicht. Die KESB hört den Jugendlichen an. Er sendet ambivalente Signale aus.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie steht es mit dem Recht auf ein Familienleben?
- Soll das Kind den Vater in ein ihm unbekanntes Land begleiten?
- Darf dem Vater die elterliche Sorge entzogen werden, und soll das Kind bei der Mutter in der Schweiz leben?
- Sind Kinderschutzmassnahmen zu ergreifen?
- Wie kann das Kindeswohl am besten berücksichtigt werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Das Fallbeispiel tangiert zwei Rechtsbereiche: das öffentlich-rechtliche Ausländer- und Aufenthaltsbestimmungsrecht auf der einen und das privatrechtliche Familienrecht mit internationalen Bezügen auf der anderen Seite. Die zuständige Migrationsbehörde, welche die Ausweisung des für die Erziehung und Betreuung hauptverantwortlichen Vaters eines minderjährigen Kindes verfügte, hatte bei ihrem Entscheid dem öffentlichen Interesse an der Ausreise des Kindsvaters dessen private Interessen an einem Verbleib in der Schweiz gegenüberzustellen und sie unter Berücksichtigung des Kindeswohls umfassend gegeneinander abzuwägen.²⁶⁴ Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) behandelt in Art. 62 (Widerruf von Bewilligungen), Art. 63 (Widerruf der Niederlassungsbewilligung), Art. 64 (Wegweisungsverfügung), Art. 68 (Ausweisung) sowie Art. 5 des Anhangs I des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA) die Ausweisung der von einem solchen Entscheid betroffenen Person. Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass der rechtskräftige Ausweisungsentscheid unter Einbezug des Kindeswohls entspre-

²⁶⁴ BGER 2C_847/2017 vom 25.5.2018 E. 3.2 f.

chend fachlich begründet ist (Art. 3 Abs. 1 UN-KRK, Art. 8 EMRK, Art. 13 BV²⁶⁵) und das Interesse des Vaters an einem Verbleib in der Schweiz unter Berücksichtigung der Vater-Sohn-Beziehung nicht überwog.²⁶⁶

Damit stellt sich die Frage, wie die KESB mit dem Dilemma umgeht, dass ein hauptbetreuender Vater aus der Schweiz ausgewiesen werden soll, dessen Kind in der Schweiz persönlich und sozial verwurzelt ist.²⁶⁷ Die KESB wird vor der Frage (welche vorgängig von der Migrationsbehörde zu prüfen war) stehen, ob das Kind mit dem Vater ausreisen kann, ohne dass sein Wohl dadurch gefährdet wird, oder ob der Vater zu verpflichten ist, das Kind in der Schweiz einer Fremdbetreuung zu überlassen. Der Fall tangiert primär die Achtung des Familienlebens (Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK) sowie den Schutz der Kinder und Jugendlichen (Art. 11 BV) sowie Art. 3 (vorrangige Berücksichtigung des Kindeswohls bei allen Massnahmen) und Art. 12 KRK (Recht des Kindes, angehört zu werden). Sollen diese Grundrechte eingeschränkt werden, müssen die Bestimmungen von Art. 36 BV beachtet werden, die verlangen, dass die Massnahmen im öffentlichen Interesse, verhältnismässig und zumutbar sind und das Kindeswohl vorrangig berücksichtigen.

Es stellt sich mithin die Frage, weshalb und wohin der Vater ausgewiesen wird. Er hat als Inhaber der elterlichen Sorge das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (vgl. Art. 301a Abs. 1 ZGB). Einer solchen Entscheidung ist jedoch stets das Kindeswohl zugrunde zu legen. Dabei sind dem betroffenen Jugendlichen unter Berücksichtigung seiner Persönlichkeit Freiheiten zur eigenen Lebensgestaltung einzuräumen, die mit seiner zunehmenden Reife höheres Gewicht erhalten (Art. 301 Abs. 2 ZGB). Insofern stellt sich die Frage, welcher Ort den Bedürfnissen des Jugendlichen gerecht wird und ob die Verlagerung seines Lebensmittelpunktes eine Gefährdung bedeutet. Wichtig ist auch, wie der Jugendliche die Sache in Kenntnis aller Umstände (sowohl hier als auch am neuen Ort) sieht.

Entsprechend sind weitere Abklärungen, in welche sowohl die Eltern und der Jugendliche als auch die zuständigen Behörden am allfälligen neuen Wohnort einzubeziehen sind, angezeigt, sofern sie nicht bereits im Rahmen des migrationsrechtlichen Entscheids gegen den Vater getroffen wurden.²⁶⁸ Es drängt sich in derart grundrechtsrelevanten Verfahren eine Verfahrensbeistandschaft im Sinne von Art. 314abis ZGB auf, damit der Jugendliche begleitet, umfassend informiert und in seiner Verfahrensstellung zusätzlich unterstützt wird. Die Verfahrensbeistandschaft kann eine umfassende Partizipation gewährleisten und einen unstatthaften Eingriff in die Grundrechte des Jugendlichen und seiner Eltern vermeiden.

265 Vgl. Wichmann et al., 2014.

266 Vgl. Breitenmoser/Schweizer, 2014, S. 362.

267 Vgl. zur Rückschaffung in das Ursprungsland auch Hegnauer, 1997, S. 88 ff.

268 BGer 2C_847/2017 vom 25.5.2018 E. 3.2 f.

c) Handlungsempfehlungen

Die Wegweisung tangiert im vorliegenden Fall die Grundrechte des Kindes und dessen Vaters, aber auch jene der Mutter, selbst wenn diese im Leben des Kindes bisher wenig präsent war. Entsprechend müssen die verschiedenen Interessen (öffentliches Interesse an der Ausweisung, privates Interesse am Schutz der Familie, Kindeswohl) berücksichtigt und gegeneinander abgewogen werden. Im Mittelpunkt stehen das Kindeswohl und die Beziehung zwischen Vater und Sohn. Die Aufrechterhaltung der Beziehung des Kindes zu seinem Vater ist entscheidend. Auch die Integration des Vaters im Aufenthaltsland und seine sozialen Beziehungen müssen in die Entscheidungsfindung miteinbezogen werden. Auf die Lebenssituation und Entwicklung des Jugendlichen ist ein besonderes Augenmerk zu richten. In einem ersten Schritt sind die Zukunftsperspektiven des Kindes zu ergründen. Sodann gilt es seine künftigen Entwicklungen und Bedürfnisse angemessen in die Überlegungen einzubeziehen.

Die nicht sorgeberechtigte Mutter ist ebenfalls anzuhören und ihre Sichtweise in Erfahrung zu bringen. Dass die Mutter bislang kaum Kontakt mit ihrem Sohn gepflegt hat, legitimiert keinen abrupten Abbruch der Beziehung. Der Kontakt zu beiden Elternteilen stellt ein übergeordnetes Recht dar.

Es liegt nicht im öffentlichen Interesse, dass Familien auseinandergerissen werden. Erst eine ganzheitliche Beurteilung der Sachlage kann zeigen, welche Grundrechte des Jugendlichen, des Vaters oder der Mutter mit einer Entscheidung unter dem Aspekt der Gesetz- und der Zweckmässigkeit eingeschränkt werden dürfen.

6.4 Eltern, Behörden, Mandatsträger

Im Bereich der Kinderschutzmassnahmen können verschiedene Akteure und Akteurinnen beteiligt sein: die Eltern und die Kinder als direkt Betroffene, zudem Mandatsträgerinnen und -träger, Pflegeeltern, Angehörige, Lehrpersonen, Vertreterinnen und Vertreter der Schul- und anderer Behörden, Schulsozialarbeiterinnen und -arbeiter, Professionelle in Heimen, Repräsentantinnen und Repräsentanten anderer Disziplinen (psychologische Dienste, Gesundheitsbereich etc.). Das hat zur Folge, dass unterschiedliche Sichtweisen aufeinandertreffen und Spannungsfelder auftreten.

Unterschiedliche Wertvorstellungen, Traditionen und Erziehungsstile können zu Spannungen führen. In der Zusammenarbeit mit Eltern und involvierten Akteuren ist es wichtig, dass sich die Sozialarbeitenden ihrer eigenen Wertvorstellungen bewusst sind und sie kritisch reflektieren. Sie müssen im Umgang mit Angehörigen –

ähnlich wie beim Umgang mit erwachsenen Klientinnen und Klienten im Zwangskontext – explizite und implizite Regeln beachten.²⁶⁹

Sozialarbeitende sollten nicht versuchen, den Erziehungsberechtigten die eigenen Wertvorstellungen und den eigenen Erziehungsstil aufzunötigen, sondern stets danach streben, was für das Wohl des Kindes am besten ist. In der Praxis kann es vorkommen, dass Meldungen bei der KESB eingehen aufgrund abweichender Wertvorstellungen aussenstehender Personen oder Institutionen, weil sich beispielsweise Verwandte, Nachbarn oder die Schule berechtigter- oder unberechtigterweise um das Wohl eines Kindes sorgen. Auch in solchen Situationen muss abgewogen werden, ob das Erziehungsverhalten der Eltern vertretbar ist oder eine Gefährdung des Kindes vorliegt und Kinderschutzmassnahmen anzuordnen sind.

Unterschiedliche Wertvorstellungen lösen nicht selten schon bei harmlos scheinenden Fällen Spannungen aus, etwa wenn das Kind stark verhaltensauffällig ist und aus der professionellen Sicht der Pädagoginnen, Psychologen und Sozialarbeiterinnen dringender psychiatrischer Handlungsbedarf besteht, die Eltern dies aber nicht so sehen. Unterschiedliche Wertvorstellungen können zudem in einem anderen kulturellen Hintergrund der Eltern fussen.

Wie aber ist vorzugehen, wenn sich die Erziehungsberechtigten nicht einig sind, was das Beste ist für das Kind? Wie ist mit unterschiedlichen Sichtweisen von Eltern und Professionellen umzugehen? Was ist zu tun, wenn die Eltern ein Problem nicht als solches sehen und sich nicht kooperativ verhalten? Wie gehen wir mit den unterschiedlichen Wertvorstellungen von Eltern und beteiligten Akteurinnen und Akteuren um? Wann müssen die Sozialarbeitenden einschreiten und die zuständigen Behörden informieren?²⁷⁰ Wie viel Eigenverantwortung kann oder muss man den Jugendlichen zugestehen? Wie können die Kinder in ihrer Selbstbestimmung gestärkt werden, und wie lässt sich dafür sorgen, dass sie ihre Rechte wahrnehmen können?

Im Alltag muss deshalb immer gefragt werden, welche Rechte und Interessen anderer Personen (des Kindes, der Eltern oder von Drittpersonen) mitbetroffen sind und welche öffentlichen Interessen berührt werden. Zudem ist stets zu erwägen, welche Massnahmen zweckmässig sind und dem Gebot der Verhältnismässigkeit genügen. Die Abwägung dieser Interessen ist anspruchsvoll, aber wegleitend für grundrechtskonformes Handeln in der Praxis.

269 Vgl. Mayer, 2009, S. 217–218.

270 Vgl. Akkaya et al., 2016, S. 88.

Fallbeispiel 3

Ein fünfzehnjähriger Jugendlicher kommt mit gepacktem Koffer zum Erstgespräch bei der zuständigen Sozialarbeiterin des Jugenddiensts, welcher von der KESB beauftragt wurde, das Abklärungsverfahren durchzuführen. Der Jugendliche möchte in einem Heim platziert werden, weil er es bei seinem autoritären Vater nicht mehr aushalte. Der alleinerziehende Vater stammt aus Somalia und hat bereits zwei erwachsene Kinder, die nicht mehr zu Hause leben. Der Sohn will wie andere Jugendliche in seinem Alter mit Freunden ausgehen und mehr Freiheiten haben. Der Vater hat kein Verständnis dafür. Eine Heimplatzierung kommt für den Vater nicht infrage. Schliesslich könne er selbst für seinen Sohn sorgen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie gehen wir hier mit unterschiedlichen Wertvorstellungen um?
- Was geht vor: das Erziehungsrecht des Vaters oder das Recht auf Selbstbestimmung des Sohnes?
- Wie kann der Sohn bei der Entfaltung eines selbstbestimmten Lebensentwurfs unterstützt werden?
- Wie kann der Vater für eine Zusammenarbeit gewonnen werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Die Ausgangslage berührt primär die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) des Jugendlichen, die Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV) des Vaters sowie die Beteiligungsrechte im Sinne von Anhörung (Art. 12 KRK). Einschränkungen bedürfen deshalb der Voraussetzungen nach Art. 36 BV.

Ein urteilsfähiger Jugendlicher kann einen Antrag stellen, seinem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht zu entziehen, sofern das Verhältnis so schwer gestört ist, dass sein Verbleiben im gemeinsamen Haushalt unzumutbar geworden ist und ihm nicht anders geholfen werden kann (Art. 310 Abs. 2 ZGB). Dieses Recht des Jugendlichen auf Selbstbestimmung und individuelle Lebensgestaltung ist nach Massgabe seiner Reife zu gewichten (vgl. dazu auch Art. 305 Abs. 1 ZGB). Deshalb ist zu klären, wie sich die Verhältnisse tatsächlich präsentieren, wozu umgehend Rücksprache mit der KESB zu nehmen ist. Zudem ist zu klären, ob sich der Jugendliche der Tragweite seines Antrags bewusst ist und welche Lösungsvorschläge er konkret sieht. Kann der Vater nicht davon überzeugt werden, einem vorübergehenden Aufenthaltswechsel des Jugendlichen zuzustimmen, sind Kinderschutzmassnahmen nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu prüfen. Wegen der zeitlichen Dringlichkeit wäre denkbar, dass der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Sinne einer vorsorglichen Massnahme angeordnet und der Jugendliche vorübergehend in einer Institution untergebracht würde (Art. 310 Abs. 2 i. V. m. Art. 314 Abs. 1 i. V. m. Art. 445 Abs. 1 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Unterschiedliche Wertvorstellungen in Erziehungsfragen, Erwartungen und Perspektiven sowie der Wunsch des Sohnes nach einer Heimplatzierung erschweren die Problemanalyse und Lösungsfindung.

Auf der einen Seite ist die Selbstbestimmung des Sohnes zu stärken. Dabei ist eine Einschätzung seiner Urteilsfähigkeit sehr wichtig. Es gilt unter anderem zu berücksichtigen, dass ein Fünfzehnjähriger die Tragweite seines Anliegens und dessen Folgen möglicherweise sehr wohl einschätzen kann. Unter Umständen ist es für die Entwicklung des Sohnes sinnvoll, dass er in einem Heim untergebracht wird oder andere Formen des betreuten Wohnens erwogen werden.

Auf der anderen Seite ist der Vater einzubeziehen. Bei ihm kann ein Ohnmachtsgefühl entstehen, weil der Sohn fremdplatziert wird und die väterliche Handlungsautonomie eingeschränkt wird. Dass die Beziehung zu seinem Sohn gestört ist und dieser nicht mehr bei ihm leben möchte, kann den Vater verunsichern. Möglicherweise sieht er sich in seinem Status bedroht. Seine Ängste und Befürchtungen müssen ernst genommen werden. Für eine gelingende Kooperation ist es wichtig, sein Vertrauen zu gewinnen. Es soll ihm daher klargemacht werden, dass er weiterhin Kontakt zu seinem Sohn pflegen kann. Ihm soll aufgezeigt werden, wie ein Verfahren abläuft, was es bezweckt und bei wem die Verantwortlichkeiten liegen.

Denn oft nehmen Menschen, die in einem anderen Kontext sozialisiert worden sind, nicht wahr, dass die staatlichen Institutionen sie unterstützen wollen. Sie sind gewohnt, misstrauisch gegenüber den Behörden in ihrem Herkunftsland zu sein. Möglicherweise kennen sie Einrichtungen wie jene, mit denen sie nun zu tun haben, gar nicht, weil es solche in ihrem Herkunftsland gar nicht gibt. Probleme werden innerhalb der Familie gelöst und nicht nach aussen getragen. In solchen Konflikten ist eine interkulturelle Gesprächsführung hilfreich, die systematisch sowohl die kulturspezifischen Unterschiede als auch Gemeinsamkeiten analysiert. Wo ist der gemeinsame Nenner in der Erziehung des Sohnes, in Bezug auf die Auffassung von Familie generell und den Umgang mit Lebensrisiken und Lebenskrisen im Speziellen. Bei der interkulturellen Gesprächsführung geht es darum, einen kulturellen Perspektivenwechsel zu ermöglichen und zu diskutieren, um Brücken zwischen den Lebenswelten zu bauen, indem für Unterschiede wie auch Gemeinsamkeiten Erklärungen gefunden werden.²⁷¹

Auch Gespräche bei der KESB, in denen beide Positionen gewürdigt werden, erwirkt werden, können die Situation klären.

²⁷¹ Vgl. Staub-Bernasconi, 2018, S. 372.

6.5 Erwartungshaltungen

Im Bereich des Kinderschutzes – ähnlich wie beim Erwachsenenschutz – sehen sich die Sozialarbeitenden mit verschiedenen Erwartungshaltungen und Anforderungen seitens der Angehörigen oder rechtlichen Vertreter und Vertreterinnen der Kinder und der beteiligten Institutionen konfrontiert. Zum einen finden sich die Sozialarbeitenden unter Umständen im Spannungsfeld der möglicherweise zerstrittenen Eltern wieder, zum anderen können ausser den Eltern des Kindes Institutionen (z. B. Schule, Heim) und weitere Personen (Verwandte, Pflegeeltern) mitdivergierenden Erwartungshaltungen an die Sozialarbeitenden herantreten. In solchen Situationen ist immer abzuwägen, welche Option am ehesten dem Kindeswohl entspricht.

Diese Erwartungshaltungen können an den Eindruck gekoppelt sein, dass die Abklärungen zu langsam erfolgen und man viel schneller eingreifen müsse. Hier fehlt oft das Verständnis dafür, dass es Zeit braucht, wenn alle Beteiligten angehört werden sollen. Zeit ist auch nötig zur Klärung der finanziellen und strukturellen Rahmenbedingungen. Unrealistische und unbefriedigte Erwartungshaltungen können in die Einschätzung kippen: «Der Beistand hört mir gar nicht zu, nimmt mich nicht ernst», was Konflikte zwischen Sozialarbeitenden und Angehörigen zur Folge hat. In Einzelfällen attackieren Angehörige Sozialarbeitende verbal oder drohen ihnen sogar. Sozialarbeitende sind sich aber meist bewusst, dass sie als Fachkraft Zielscheibe von Aggressionen werden können, und betrachten das als Teil ihres beruflichen Alltags.²⁷²

Die Sozialarbeitenden sollten sich daher der Beziehungsdynamiken bewusst sein, die nicht nur zwischen erwachsenen Pflichtklientinnen und -klienten und Professionellen, sondern besonders im Zwangskontext zwischen Eltern und den mit dem Kinderschutz befassten Sozialarbeitenden auftreten können. In diesem Zusammenhang spricht Mey (2008) von der «Dynamik der doppelten Ohnmacht».²⁷³ Sie manifestiert sich bei Eltern, welche ihre Handlungsautonomie verlieren oder teilweise an die Sozialarbeitenden abgeben. Im Gegenzug hegen die Eltern den Sozialarbeitenden gegenüber hohe Erwartungen, welche in Enttäuschung und Ohnmacht münden, wenn sie nicht erfüllt werden. Dies führt zu einer geringeren Kooperationsbereitschaft der Eltern. Damit sinken die Chancen, dass die Mandatsträgerin oder der Mandatsträger den Eltern helfen können, die eingebüsst Handlungsautonomie zurückzugewinnen. Vielmehr überträgt sich die Ohnmacht der Eltern auf die mandatsführende Person, was nicht selten zu Rückzugsstrategien beider Akteure führt.²⁷⁴

²⁷² Vgl. Mayer/Purnelis, 2009, S. 351.

²⁷³ Vgl. Mey, 2008, S. 166.

²⁷⁴ Vgl. Mey, 2008, S. 166–167; vgl. auch Kähler/Zobrist, 2013, S. 104.

Die Sozialarbeitenden sollten daher in der Gestaltung ihrer Beziehung zu den Eltern der Klärung der Erwartungen hohen Stellenwert beimessen.²⁷⁵ Des Weiteren gilt es, die Rollen und Verantwortlichkeiten aller Beteiligten zu klären (Eltern und Behörden, Eltern und Mandatsträger sowie Mandatsträgerinnen und Behörden) und den Informations- und Kommunikationsfluss sicherzustellen.²⁷⁶

Fallbeispiel 4

Ein zehnjähriges Kind ist in der Schule verhaltensauffällig (Aufmerksamkeitsdefizit) und deshalb in der Regelklasse nicht mehr tragbar. Die Eltern nehmen weder an Elterngesprächen teil, noch zeigen sie sich in irgendeiner Form kooperativ. Die Schulsozialarbeiterin hat mit dem Kind immer wieder Gespräche geführt und die Eltern wiederholt kontaktiert, um sie zur Zusammenarbeit zu motivieren. Leider haben diese Bemühungen keine Ergebnisse gezeitigt. Die Schulleitung macht deshalb eine Gefährdungsmeldung bei der KESB, welche den Kindes- und Jugenddienst mit Abklärungen beauftragt. Die zuständige Sozialarbeiterin sowie involvierte Fachpersonen gelangen zum Schluss, dass das Kind psychiatrische Unterstützung benötigt. Die Eltern sehen das überhaupt nicht ein. Für das Kind wird eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Die Eltern verweigern jegliche Zusammenarbeit.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Was ist zu tun, wenn die Eltern ein Problem nicht als solches erkennen?
- Wie können das Kindeswohl und die ihm widersprechenden Vorstellungen der Eltern berücksichtigt werden?
- Wie kann eine erfolgreiche Kooperation mit den Eltern gestaltet werden, damit diese ihren Pflichten nachkommen?

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind in diesem Fall die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV sowie Art. 8 der EMRK) sowie die Kinderrechte (Art. 3, 12 und 17 KRK; Berücksichtigung des Kindeswohls, Anhörungsrecht, Recht auf Zugang zu Informationen). Grundsätzlich haben die Eltern das Kind angemessen zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Sie haben dazu mit der Schule und, wo es die Umstände erfordern, mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe zusammenzuarbeiten (Art. 302 Abs. 3 ZGB). Diese Bestimmungen verdeutlichen, dass Erziehung und Ausbildung nicht allein Sache der Eltern ist. Sie sind zur Zusammenarbeit verpflichtet und

²⁷⁵ Vgl. Kähler/Zobrist, 2013, S. 104.

²⁷⁶ Vgl. Mey, 2008, S. 168.

müssen Unterstützung annehmen. Im vorliegenden Fall wurde eine Gefährdung des Kindeswohls bereits festgestellt und eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Dieser Eingriff in die Erziehungsrechte der Eltern setzt eine sorgfältige Beurteilung der Verhältnismässigkeit voraus. Dabei ist die zentrale Frage, ob die Bedürfnisse und Entfaltungsmöglichkeiten des Kindes angemessen berücksichtigt werden. Zu den Grundbedürfnissen gehört eine angemessene medizinische Versorgung. Ob die Beistandschaft diesbezüglich erweitert und die elterliche Sorge im Bereich der medizinischen Versorgung eingeschränkt werden darf, das Kind also mit der Therapie beginnen kann, ist davon abhängig, ob besondere zusätzliche Umstände vorliegen, die ihrerseits im Lichte der Verhältnismässigkeit zu beurteilen sind (Notwendigkeit bzw. Angemessenheit unter Berücksichtigung weniger einschneidender Optionen). Das Wohl und die psychische Gesundheit des Kindes sind gegen das Erziehungsrecht der Eltern abzuwägen. Sollte die Beistandschaft die Aufgabe, medizinische oder psychiatrische Therapien zu veranlassen und begleiten, nicht enthalten, kann eine Erweiterung der Aufgaben der Beistandsperson nicht ohne Einbezug der Eltern und des Kindes geschehen (Art. 314a ZGB sowie Art. 314 i. V. m. Art. 446 sowie Art. 448 ZGB). Ihnen sind alle relevanten Einschätzungen der Sachlage zur Kenntnis zu bringen und sie haben sich dazu zu äussern. Nötigenfalls ist ein Gutachten zu erstellen, das die Frage der Notwendigkeit der psychiatrischen Behandlung klärt (Art. 314 i. V. m. Art. 446 Abs. 2 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall ist es wichtig, die Eltern zum Gespräch zu bewegen, in welchem die Sozialarbeiterin und die Fachpersonen ihnen die Sachlage erläutern und die Notwendigkeit der Unterstützung des Kindes aufzeigen können.

Wie in Teil 2 beschrieben, können in einem Zwangskontext verschiedene Spannungsfelder auftreten. Ein Zwangskontext liegt hier vor. Die Eltern wollen das Problem nicht sehen und verweigern die Kooperation, was die Kommunikation erheblich erschwert. Damit die Beratung der Eltern dennoch erfolgreich ist, müssen die Sozialarbeiterin bzw. der Sozialarbeiter und die involvierten Fachpersonen den Eltern die Situation, die Problematik und die möglichen Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes transparent aufzeigen. Ebenso sind die Verantwortlichkeiten, Zuständigkeiten, Verfahrensabläufe und der Auftrag zu erklären. Auch die Folgen der Verhaltensauffälligkeit in der Schule und dass das Kind dort möglicherweise nicht mehr tragbar ist, muss mit den Eltern thematisiert werden.

Beim Gespräch mit den Eltern und dem Kind sollten nicht nur die Probleme aufgezeigt, sondern gleichzeitig auch ein Vertrauen aufgebaut werden. Dies sind wichtige Voraussetzungen für eine Lösungsfindung und künftige Zusammenarbeit.

Da das Kind in der Schule verhaltensauffällig ist, stellt sich auch die Frage des Schutzes von Drittpersonen. Das Kind muss angehört und informiert werden. Im Kommunikationsprozess ist es wichtig, dass die Professionellen mit den Eltern und dem Kind herauszufinden versuchen, welches der Anlass und die Ursachen der Probleme sind und welche Erklärungen die Beteiligten dafür haben. Mit verschiedenen Methoden – spezifische Formen der Gesprächsführung, zirkuläres Fragen, Arbeit mit Bildern – kann Bewusstseinsbildung betrieben und die Problemsicht aus unterschiedlichen Perspektiven erfasst werden. Die Erklärungen, welche die Eltern und das Kind für die Situation anbieten, sind ebenso wichtig wie diejenigen der Professionellen.²⁷⁷ Sodann sollte eine erste Vereinbarung über den weiteren Verlauf der Arbeitsbeziehung getroffen werden, indem erste Handlungsleitlinien formuliert werden.²⁷⁸

Unter Umständen ist es sinnvoll, den Eltern eine Erziehungsberatung zur Seite zu stellen.

Fallbeispiel 5

In der Schule ist bekannt, dass ein zwölfjähriges Mädchen im Elternhaus geschlagen wird. Da es immer wieder blaue Flecken hat, schickt der Schulleiter nach Absprache mit der Schulpflege das Mädchen zur Schulsozialarbeiterin. Darauf macht der Schulleiter in Absprache mit der Schulpflege eine Gefährdungsmeldung bei der KESB. Die Eltern beschwerten sich über diese Meldung und darüber, dass die Schulsozialarbeiterin ohne ihr Einverständnis mit ihrem Kind gesprochen hat. Sie argumentieren, dass sie schliesslich die Erziehungsberechtigten seien und die Schulbehörde sich nicht in das Familienleben einzumischen habe. Auch das Mädchen macht der Schulsozialarbeiterin den Vorwurf, dass sie ihre Eltern und die Behörden kontaktiert habe.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Darf die Schulbehörde ohne Vorinformation der Eltern der KESB Meldung erstatten?
- Wann sind die Behörden verpflichtet, einzugreifen?
- Wie sind in diesem Fall das Erziehungsrecht der Eltern und der Schutz vor körperlicher und physischer Gewalt zu gewichten?
- Darf die Schulsozialarbeiterin auch ohne Zustimmung der Eltern mit dem Mädchen sprechen?
- Wie kann ein Vertrauensverhältnis zum Mädchen aufgebaut werden, ohne dass darunter das Verhältnis zu den Eltern leidet?

²⁷⁷ Vgl. Staub-Bernasconi, 2018, S. 263.

²⁷⁸ Vgl. ebd., S. 264.

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind hier das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV), das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) sowie der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Ferner ist der Schutz des Kindes vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewalt (Art. 19 KRK sowie Art. 11BV) betroffen.

Grundsätzlich sind Amtspersonen verpflichtet, konkrete Vermutungen betreffend Kindeswohlgefährdungen der Kinderschutzbehörde zu melden, wobei die Kantone weitere Personen als meldepflichtig bezeichnen können (Art. 314d ZGB). Diese Meldepflicht kann eine Verletzung des Amtsgeheimnisses rechtfertigen (Art. 320 StGB). Die Meldung kann ausdrücklich auch gegen den Willen der Eltern oder des Kindes erfolgen, da im Falle einer Gefährdung das Kindeswohl hoch gewichtet wird. Im vorliegenden Fall geht es um körperliche Misshandlungen, also die bewusste Anwendung physischer Gewalt an Kindern durch Bezugspersonen.²⁷⁹ Die körperliche und psychische Integrität als Grundrecht ist zu schützen.

Solche Fälle sind äusserst anspruchsvoll und heikel. Im Vordergrund muss stets die Sicherheit des Kindes, dessen Betreuung und Begleitung stehen. Eine direkte Konfrontation mit den in Verdacht stehenden Personen kann dazu führen, dass der Druck auf das Kind steigt und sich die Gefährdungslage zuspitzt. Deshalb ist es sinnvoll, sich an fachliche Vorgaben zu halten und wenn immer möglich spezialisierte Fachgruppen (Kinderschutzgruppen) beratend zu kontaktieren (vorerst ohne Bekanntgabe der Personendaten).²⁸⁰ Auch kann informell die KESB kontaktiert werden, um noch vor der Einleitung eines Verfahrens das sinnvolle Vorgehen zu besprechen. So kann eine Gefährdungsmeldung ohne vorgängige Orientierung der Eltern unter Abwägung aller konkret betroffenen Interessen und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit sachgerecht erfolgen. Dabei ist zu beachten, dass die Eltern im Rahmen eines Kinderschutzverfahrens ein Akteneinsichtsrecht und damit zu einem späteren Zeitpunkt über den Inhalt der Gefährdungsmeldung Kenntnis erhalten.

Die schulinterne Weitergabe von Daten erfordert eine gesetzliche Grundlage, welche meistens das kantonale Schulrecht darstellt. Insbesondere wird darin festgelegt, wer eine Gefährdungsmeldung einreichen kann, wie intern Informationen

²⁷⁹ Vgl. dazu BBl, 2015, S. 3441.

²⁸⁰ Beispielsweise Merkblatt der Fachgruppe «Kindesmisshandlungen – wie erkennen, wie reagieren?» der Bildungsdirektion Zürich: <https://vsa.zh.ch/internet/bildungsdirektion/vsa/de/schulrecht_finanzen/schulrecht/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/1815_1501751642771.spooler.download.150175155333.pdf/kindesmisshandlungen++wie+erkennen%2C+wie+reagieren+2017.pdf> (zuletzt besucht am 17. Juli 2018).

ausgetauscht werden und wer mit wem worüber sprechen darf. In der Regel ist es legitim, dass die Schulsozialarbeiterin ohne Kenntnis der Eltern Gespräche führt. Insofern sind die Vorwürfe der Eltern nicht gerechtfertigt.

Die Vorwürfe des Mädchens an die Schulsozialarbeiterin sind durchaus nachvollziehbar. Insbesondere stellt sich die Frage, weshalb das Kind über die weiteren Schritte nicht angemessen informiert wurde und wieso keine Vorkehrungen getroffen wurden, um es angemessen zu begleiten und zu betreuen, zumal damit gerechnet werden musste, dass die Eltern so reagieren. Es ist fraglich, ob dem Sicherheitsbedürfnis des Kindes gebührend Rechnung getragen wurde und es sich unter diesen Umständen im Rahmen eines Kindesschutzverfahrens kooperativ zeigen wird. Zum Grundanliegen der Partizipation wären vertiefte Überlegungen anzustellen gewesen, zumal nicht von vornherein auszuschliessen war, dass körperliche Misshandlungen als Straftatbestand vorliegen, welche zwingend zu einer Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 306 Abs. 2 ZGB führen würden.

Ein Hinweis: Seit dem 1. Januar 2019 gelten erweiterte Melderechte und -pflichten im Kindesschutz (Art. 314c und Art. 315c ZGB). Der Kreis der Meldepflichtigen wird ausgedehnt auf Personen, die regelmässig mit Kindern zusammenarbeiten, auch wenn sie keine amtliche Tätigkeit ausüben. Dazu gehören Fachpersonen aus den Bereichen Medizin, Psychologie, Pflege, Betreuung, Erziehung, Bildung, Sozialberatung, Religion und Sport (Art. 314d Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). So werden beispielsweise neu Angestellte von privaten Kinderkrippen, Nannies, Mitarbeitende privater Beratungsstellen oder privater Hilfswerke meldepflichtig.

c) Handlungsempfehlungen

Es gilt Ruhe zu bewahren, den Beteiligten deeskalierend zu begegnen, Konflikte anzusprechen und sie ernst zu nehmen. Zudem ist abzuwägen, ob eine Entschärfung der Situation möglich ist oder nicht.

Im Mittelpunkt stehen das Kindeswohl und der Schutz der Kinder vor Gewalt. Diese beiden Aspekte müssen vorrangig behandelt werden. Die Professionellen und die Behörden sind in Situationen, in denen die psychische und physische Integrität von Kindern verletzt wird, verpflichtet, einzugreifen und eine anwaltschaftliche Rolle zur Wahrung der Rechte der Kinder einzunehmen. Die Kindeswohlgefährdung und die Risiko- und Schutzfaktoren sind im Einzelfall sorgfältig zu bestimmen.

Aus der Perspektive des Mädchens ist nachvollziehbar, dass es der Schulsozialarbeiterin Vorwürfe macht. Bei elterlicher Gewaltausübung stehen die Kinder oft in

einem Loyalitätskonflikt. Es ist wichtig, den Kindern klarzumachen, dass sie der Gewalt nicht hilflos ausgeliefert sind.²⁸¹

Des Weiteren ist wichtig, dem Kind zu erklären, welche Schritte die Schulsozialarbeiterin von Amtes wegen unternehmen muss.

Die Erziehungsfähigkeit der Eltern muss gestärkt werden, indem ihnen beigebracht wird, im Konfliktfall anders zu handeln. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden können zum Beispiel eine Gewalt- oder eine Erziehungsberatung anordnen.²⁸²

Wenn die Gewalt nicht aufhört und/oder weiterhin von den Eltern geübt wird, muss das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit geschützt und das Mädchen unter Umständen vorübergehend ausserfamiliär platziert werden.

6.6 Konflikte zwischen Angehörigen

Spannungsfelder können auch zwischen Angehörigen auftreten, zum Beispiel, wenn sich die Eltern über das Besuchsrecht uneinig sind. Dann gilt es das Wohl des Kindes und die Positionen der Eltern gegeneinander abzuwägen. Einfach ist das nicht, denn oft verhärten sich die Fronten, und trotz Zutun der Sozialarbeitenden lässt sich oft kein Kompromiss finden. Es kann auch vorkommen, dass sich das Kind klar positioniert, seine Haltung aber nicht als autonom wahrgenommen wird, sondern von einem Elternteil dem Einfluss des anderen zugeschrieben wird. Verschiedene Konzepte und Beratungsangebote beschäftigen sich mit solch streitbaren Eltern (z.B. angeordnete Beratung oder Mediation, Kurse für Eltern in Trennung etc.). Es geht bei diesen Angeboten darum, wie Eltern ihre Elternrolle trotz fehlender Paarbeziehung wahren und die Beziehung zum Kind positiv gestalten können. Im Zentrum stehen das Kind und seine Bedürfnisse und die Elternschaft.²⁸³

Fallbeispiel 6

Ein siebenjähriges Mädchen lebt bei seiner Mutter. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens der Eltern wurde aufgrund der konkreten Umstände eine Beistandschaft für das Kind im Sinne von Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet, die die Modalitäten des gerichtlich festgelegten persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind zu regeln hat. Die Mutter lässt das Kind aber nicht zum Vater gehen. Sie erklärt gegenüber dem Beistand, der Vater sei unberechenbar und gewalttätig. Dieser wiederum wirft seiner Exfrau vor, sie leide an einer psychischen Störung mit Wahnvorstellungen.

²⁸¹ Vgl. Eidgenössisches Büro für Gleichstellung von Frau und Mann, 2015, S. 11.

²⁸² Vgl. ebd., S. 9.

²⁸³ Vgl. KOKES, 2017, S. 349.

Der Vater beantragt die elterliche Sorge und das Aufenthaltsbestimmungsrecht.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie kann das grundrechtlich geschützte Elternrecht auf persönlichen Verkehr zwischen Eltern und Kind sichergestellt werden?
- Wie können in dieser Situation der persönliche Verkehr und der Kontakt zu beiden Elternteilen gewährleistet werden, und welche Einschränkungen lassen sich grundrechtlich vertreten?
- Wie können die Bedürfnisse des Mädchens sowie das Kindeswohl ausreichend berücksichtigt werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Verlangt der Vater das alleinige elterliche Sorgerecht und das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Mädchen, ist dafür das Scheidungsgericht zuständig (Art. 134 Abs. 1 ZGB). Dieser Antrag greift unweigerlich in die grundrechtlich geschützten Elternrechte der Mutter ein. Dass die elterliche Sorge nur einem Elternteil zugesprochen wird, kommt deshalb nur in seltenen Ausnahmefällen vor, etwa, wenn der Streit zwischen den Eltern das Kindeswohl massiv tangiert. Was die Gründe für eine Alleinzuteilung im Sinn von Art. 298 Abs. 1 oder Art. 298b Abs. 2 ZGB anbelangt, so hat das Bundesgericht festgehalten, dass insbesondere ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder anhaltende Kommunikationsunfähigkeit eine Alleinzuteilung des Sorgerechts gebieten kann, wenn sich der Mangel negativ auf das Kindeswohl auswirkt und die Alleinzuteilung diesem besser Rechnung trägt (BGE 141 III 472).

Verlangt indes ein Elternteil lediglich eine Änderung des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kind, ist dafür die Kindesschutzbehörde zuständig (Art. 134 Abs. 4 ZGB). Sie hat zu klären, ob Pflichtverstöße oder andere Gründe vorliegen, welche dem Recht auf persönlichen Verkehr entgegenstehen, wie es die Mutter des Kindes behauptet (Art. 274 ZGB). In diesem Zusammenhang ist auch der Vorwurf des Vaters von Belang, die Mutter leide unter psychischen Störungen. Bestätigt sich das und sind deswegen die Bedürfnisse des Mädchens ernsthaft gefährdet, sind weitergehende Kindesschutzmassnahmen angezeigt (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Im Fokus stehen dabei die Bedürfnisse des Kindes und die Befähigung der Eltern, diese im Rahmen des persönlichen Verkehrs auch gebührend zu berücksichtigen. Damit den Interessen des Kindes Rechnung getragen werden kann, ist zu prüfen, einen Verfahrensbeistand für das Kind zu bestellen (vgl. Art. 314a bis Abs. 2 Ziff. 2 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall ist es wichtig, dass die unterschiedlichen Sichtweisen in einem Gespräch mit den Eltern thematisiert werden. Auch das Mädchen muss angehört

werden. Die Beratung und die Zusammenarbeit in hochstrittigen Fällen sind allerdings sehr anspruchsvoll und müssen umso sorgfältiger geschehen. Die Hauptherausforderung besteht darin, die Eltern dazu zu bewegen, ungeachtet der Konflikte im Sinne des Kindeswohls miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren.

Wichtig ist es, zu überprüfen, ob die erforderlichen Rahmenbedingungen für eine erfolversprechende Kooperation überhaupt gegeben sind. Eine solche bestünde darin, dass die Eltern ihre Elternrolle wahrnehmen, der Kontakt des Mädchens zu beiden Elternteilen aufrechterhalten und das Kindeswohl sichergestellt wird. Um das zu erreichen, kommen je nach Konflikttyp und -dynamik Methoden wie Therapie, Beratung oder Mediation zum Zug.²⁸⁴ Unter Umständen ist es angezeigt, die Eltern an entsprechende Einrichtungen (Familien- oder Erziehungsberatung, Mediatorinnen) weiterzuweisen.

Zur Sicherung des Kindeswohls muss das Kind auch angehört werden. Für seine Entwicklung und Identitätsbildung kann es entscheidend sein, dass es zu beiden Elternteilen eine Beziehung aufrechterhält. Auch bei der Gestaltung des persönlichen Verkehrs muss das Kindeswohl Vorrang genießen.

6.7 Das Kind im Loyalitätskonflikt

Kinder stehen ihren Eltern gegenüber nicht selten in einem Loyalitätskonflikt. Sie solidarisieren sich mit der Mutter oder dem Vater, je nachdem, zu wem sie eine engere Beziehung haben, und übernehmen die jeweilige Sichtweise, auch wenn sie «objektiv» nicht den eigenen Interessen entspricht. Dies lässt sich beispielsweise beim Besuchsrecht beobachten, wenn das beeinflusste Kind den Kontakt zu einem Elternteil verweigert. Die Erwachsenen manipulieren das Kind, es wird in den Elternkonflikt hineingezogen, was ihm schadet.²⁸⁵ Auch bei in einer Institution oder Pflegefamilie untergebrachten Kindern ist mitunter zu beobachten, dass sie sich nicht trauen, etwas Schlechtes über ihre Eltern zu sagen.

Fallbeispiel 7

Ein Zwölfjähriger lebt bei seinen Pflegeeltern. Es geht ihm sichtlich besser als bei den Eltern – er blüht regelrecht auf. Den Eltern wurde das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen und gleichzeitig eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für das Kind errichtet. Der Junge hat noch Kontakt zu seiner Herkunftsfamilie und äussert mit der Zeit immer häufiger den Wunsch, bei den Eltern zu leben. Die Pflege-

²⁸⁴ Vgl. Ressort Familie der Erziehungsberatung des Kantons Bern, 2011, S. 20.

²⁸⁵ Vgl. Jud, 2008, S. 28–29.

eltern verstehen das nicht und wollen, dass er bei ihnen bleibt. Sie erklären der Beiständin, dass er von den Eltern beeinflusst werde. Beide Elternteile leiden an einer psychischen Störung und weisen eine Suchtproblematik auf. In Phasen, in denen es ihnen besser geht, versprechen sie ihrem Sohn, er könne bald wieder zu ihnen nach Hause kommen. Früher waren sie aber aufgrund ihrer psychischen Beeinträchtigung mit der Betreuung überfordert und die im Vorfeld der Platzierung eingerichtete Familienbegleitung hatte keine Wirkung gezeigt.

Die Beiständin führt ein Gespräch mit dem Jungen. Er bekräftigt auch ihr gegenüber den Wunsch, wieder bei seinen Eltern zu wohnen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wann haben die Rechte der Eltern gegenüber dem Kindeswohl zurückzustehen?
- Wie steht es mit dem Recht auf Familienleben und dem Recht des Kindes, bei den Eltern zu leben?
- Kann und soll der Junge wieder bei seinen Eltern leben?
- Inwieweit ist der Wille des Kindes zu berücksichtigen?
- Welche Unterstützungsmassnahmen wären sinnvoll?

b) Rechtliche Beurteilung

Die Achtung des Familienlebens im Sinne von Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 8 Ziff. 2 EMRK sowie die Massnahmen bei Trennung des Kindes von der Familie nach Art. 20 KRK sind durch die geschilderte Ausgangslage tangiert. Eine ausserfamiliäre Platzierung ist ein schwerer Eingriff. Die gesetzliche Grundlage hierfür bilden die Einschränkungen der Grundrechte gemäss Art. 36 BV. Entscheidend ist aber das Kindeswohl, wenn es um eine Rückführung in die Herkunftsfamilie geht. Die wichtigste Voraussetzung dafür ist die Erziehungsfähigkeit der Eltern oder eines Elternteils. Sucht und Krankheit allein annullieren nicht zwingend die Erziehungsfähigkeit. Entscheidend ist, wie das Kind die Einschränkungen erlebt und welchen Belastungen es ausgesetzt ist.

Bei einer ausserfamilialen Platzierung sollte vorab geklärt werden, ob sie vorübergehend oder dauerhaft sein soll oder die Rückkehr in die Herkunftsfamilie angestrebt wird. Im letzteren Fall ist wünschenswert, die Mindestanforderungen für eine Rückkehr festzulegen.²⁸⁶ Dies erleichtert die spätere Entscheidung. Im Zentrum steht dabei das Kindeswohl. Die Vor- und Nachteile einer Rückkehr sind nach Massgabe der konkreten Kindeswohlgefährdung gegeneinander abzuwägen. Dabei ist der Wille des Kindes in der fachlichen Beurteilung zu berücksichtigen. Dass es

²⁸⁶ Vgl. KOKES, 2017, S. 390.

angehört wird, ist Bestandteil seiner Grundrechte. Zur Beurteilung gehört des Weiteren die Einschätzung, wie stark das Kind allenfalls in seiner Willensbildung beeinflusst wird.

c) Handlungsempfehlungen

Eine Pflegefamilie bietet ein familiäres Umfeld mit allen Vor- und Nachteilen. So kann sie zur Konkurrenz für die Herkunftsfamilie werden und bei Eltern und Kind unterschiedliche Reaktionen auslösen.²⁸⁷ Besuchsrechtskontakte belasten das Kind unter Umständen stark, weshalb diesbezüglich eine besondere (Nach-)Betreuung empfehlenswert ist, damit das Kind mit dieser Situation zurechtkommt. Wesentlich ist, den Wunsch des Kindes ernst zu nehmen und sowohl den Eltern als auch dem Kind Perspektiven zu bieten. Es sind die Hürden zu klären, die einer Rückkehr des Kindes in seine Herkunftsfamilie entgegenstehen. Dabei sollte klar sein, was die Eltern tun oder erfüllen müssen, damit die Gefährdung des Kindes nicht fortbesteht. In diesem Prozess kommt der Beistandsperson eine wichtige vermittelnde und beratende Funktion zu, zumal sie direkten Kontakt mit den Eltern und dem Kind hat.²⁸⁸ Zudem sollte gewährleistet werden, dass bei einer Rückkehr des Kindes in seine Herkunftsfamilie die Möglichkeit besteht, mit der Pflegefamilie in Kontakt zu bleiben.

6.8 Herausforderndes Verhalten von Angehörigen und rechtlichen Vertretern

Familiäre Gewalt

Beim Thema Gewalt treten in der Praxis verschiedene Spannungsfelder auf. Die Zusammenarbeit der Sozialarbeitenden mit den Eltern eines gewaltgefährdeten Kindes stellt oft eine Gratwanderung dar. Auf der einen Seite versuchen sie, den Eltern die Auswirkungen ihres Verhaltens auf das Kind bewusst zu machen. Auf der anderen Seite gilt es die Eltern nicht zu verurteilen, damit sie Vertrauen fassen und die Zusammenarbeit nicht verweigern. Psychische und physische Gewalt gegenüber Kindern ist nicht selten Ausdruck elterlicher Überforderung. Es geht aber nicht darum, die Eltern zu stigmatisieren, sondern Vertrauen und Kooperationswillen zu schaffen. Oberstes Gebot ist allerdings die psychische und physische Integrität und Sicherheit des Kindes.

²⁸⁷ Vgl. dazu KOKES, 2017, S. 366.

²⁸⁸ Vgl. dazu KOKES, 2017, S. 391.

Fallbeispiel 8

Seiner Beistandsperson (Erziehungsbeistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB) erzählt ein vierzehnjähriges Mädchen, dass es regelmässig vom Vater geschlagen werde. Darauf angesprochen, verteidigt der Vater seinen autoritären Erziehungsstil und meint, körperliche Züchtigung gehöre dazu, wenn sich ein Kind widersetze und aufmüpfig sei. Da könne eine Ohrfeige im richtigen Zeitpunkt nicht schaden.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie kann das Grundrecht der körperlichen und psychischen Unversehrtheit gewährleistet werden?
- Wie sind in diesem Fall die Fürsorgepflicht der Eltern, das Erziehungsrecht der Eltern und das Wohl des Kindes zu gewichten?
- Welchen Schutzpflichten muss der Staat nachkommen?
- Gibt es ein «Züchtigungsrecht»?
- Was könnte in dieser Ausgangslage sinnvoll sein?

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind in diesem Fall die persönliche Freiheit des Kindes im Sinne des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie die Achtung des Familienlebens (Art. 13 Abs. 2 BV), Schutz des Kindes vor jeder Form körperlicher oder geistiger Gewalt (Art. 19 KRK) und Schutz von Kindern und Jugendlichen nach Art. 11 BV.

Allgemein ist festzuhalten, dass Gewalt in der Familie kein Erziehungsmittel sein kann. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat das Verbot von Körperstrafen, einschliesslich solcher zu Erziehungszwecken, bestätigt und festgehalten in Art. 126 Abs. 2 des Strafgesetzbuchs. Mit der Revision des Zivilgesetzbuches im Jahre 1978 wurde das ausdrückliche elterliche Züchtigungsrecht gestrichen.²⁸⁹ Ein spezifisches Gesetz, das sich mit Körperstrafen gegenüber Kindern befasst, wurde wiederholt gefordert, aber bis heute vom Parlament abgelehnt. Systematisches Ausüben körperlicher Gewalt stellt eine Verletzung des Kindeswohls dar. Körperliche Züchtigung ist deshalb weder mit der Bundesverfassung noch mit der UNO-Kinderrechtskonvention vereinbar. Wiederholte Tätlichkeiten an Kindern (Art. 126 StGB) und Körperverletzungen (Art. 122, 123 Abs. 2 sowie Art. 125 Abs. 2 StGB) werden von Amtes wegen verfolgt. So wurde der Partner einer Mutter, der deren Kinder im Alter von neun und elf Jahren in einem Zeitraum von drei Jahren etwa zehnmal geschlagen und regelmässig an den Ohren gezogen hat, wegen wiederholter Tätlichkeiten im

²⁸⁹ Vgl. Newsletter SKMR Nr. 6 vom 27. Juni 2012: <<http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/kinderpolitik/artikel/gewaltverbot.html>> (zuletzt besucht am 18. Juli 2018).

Sinne von Art. 126 Abs. 2 StGB verurteilt.²⁹⁰ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass eine körperliche Bestrafung im häuslichen Umfeld dann nicht als physische Gewalt zu bewerten und strafrechtlich zu ahnden sei, wenn sie «ein gewisses von der Gesellschaft akzeptiertes Mass nicht überschreitet und nicht allzu häufig wiederholt wird».²⁹¹

Im Rahmen der Schlussbemerkungen zum zweiten, dritten und vierten Staatenbericht über die Schweiz des Ausschusses für die Rechte des Kindes der Vereinten Nationen vom 4. Februar 2015 wird in Ziff. 39 eindringlich empfohlen, jegliche Form körperlicher Züchtigung grundsätzlich zu untersagen und positive, gewaltlose und partizipative Erziehungs- und Disziplinierungsformen zu fördern.

Im konkreten Fall ist unbestritten, dass die vom Vater des Kindes geltend gemachte Erziehungsmethode eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohls darstellt. Massgeblich sind hier wiederum die Sicherheit und das Wohl des Kindes. Sie hängen hauptsächlich davon ab, ob der Vater sein Fehlverhalten einsieht und gewillt ist, Angebote anzunehmen, um sein Verhalten zu ändern. Tut er das freiwillig, sind keine weitergehenden Kinderschutzmassnahmen angebracht. Ansonsten hat die KESB unter Einbezug des Kindes und der Eltern zu prüfen, welche Massnahmen seine Sicherheit garantieren und ob es allenfalls vorübergehend in einer Institution in Sicherheit gebracht werden und dem Vater im Extremfall das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen werden muss (Art. 310 Abs. 1 ZGB). Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, der durch eine Risikobeurteilung näher zu bestimmen ist. Auch könnte dem Vater die Weisung erteilt werden, ein Programm oder eine Therapie zu besuchen (Art. 307 Abs. 1 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Dem Vater muss einsichtig gemacht werden, dass die Züchtigung des Kindes keine Option ist. Wie im Fallbeispiel Nummer vier schon ausgeführt, sind ihm alternative Handlungsmöglichkeiten in Konfliktsituationen zu vermitteln. Die Beratung muss dem Vater Wege zu einer partizipativen Erziehung ohne Gewaltanwendung aufzeigen.

Im Mittelpunkt stehen das Kindeswohl und der Schutz des Mädchens vor jeder Form von Gewalt. Wenn dieser nicht gewährleistet werden kann, ist der Beistand zu verpflichten, die Rechte des Kindes zu wahren. Körperstrafen und Gewaltanwendung sind für Kinder entwürdigend, verletzen ihre körperliche und geistige Unversehrtheit und beeinträchtigen ihre Entwicklung.

²⁹⁰ BGE 129 IV 216.

²⁹¹ Vgl. Newsletter SKMR Nr. 6 vom 27. Juni 2012: <<http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/kinderpolitik/artikel/gewaltverbot.html>> (zuletzt besucht am 18. Juli 2018) sowie BGE 129 IV 216 und BGE 117 IV 14.

Kinder gelten als besonders verletzlich. Deshalb benötigen sie besonderen Schutz von Gesellschaft und Staat. Folglich steht der Staat in der Pflicht, Massnahmen zum Schutz der Kinder zu treffen. Wenn die Eltern der Pflicht nicht nachkommen, ihre Kinder zu schützen und zu fördern, hat der Staat die notwendigen Voraussetzungen zu schaffen, um sie zu unterstützen und gegebenenfalls einzugreifen. Dies kann die Unterbringung des Kindes in einer Institution erforderlich machen.

Ein wichtiger Schritt wäre zudem, durch spezialgesetzliche Bestimmungen Körperstrafen und andere erniedrigende Praktiken, welche die physische oder psychische Integrität des Kindes beeinträchtigen, zu verbieten und die präventiven Schutzmassnahmen zu verstärken. Dabei wäre auch zu verdeutlichen, dass das Züchtigungsverbot nicht nur für die Eltern, sondern auch für Lehrerinnen, Betreuer und andere Bezugspersonen gilt. Eine gesetzliche Verankerung des Rechts auf gewaltfreie Erziehung ist eine Voraussetzung dafür, dass Kinder ohne Gewalt und in Sicherheit aufwachsen.²⁹² Vor diesem Hintergrund nimmt die rechtliche Verankerung des Verbots von Körperstrafen und des Gebots von Prävention und Sensibilisierung einen zentralen Stellenwert ein.

6.9 Psychische Erkrankungen der Angehörigen

Nicht selten haben es Sozialarbeiterinnen und -arbeiter mit psychisch erkrankten Eltern zu tun, die die emotionale, soziale und körperliche Versorgung ihrer Kinder nicht gewährleisten können. Oft sind die Erkrankungen mit Alkohol- und Drogensucht verbunden. In solchen Situationen kann es zu einer Gefährdung, Vernachlässigung und Verwahrlosung der Kinder kommen, was deren ausserfamiliale Unterbringung erforderlich macht.

In solchen Fällen kann das Dilemma zwischen Kindeswillen und Kindeswohl besonders krass hervortreten, etwa wenn bereits etwas ältere Kinder aus Loyalitätsgründen bei ihren Eltern bleiben möchten oder Kinder ihren Willen mit Rücksicht auf die Erkrankung der Eltern unterordnen oder anpassen. Es kann auch eine Hierarchieumkehrung in der Kind-Eltern-Beziehung stattfinden, indem das Kind mehr Aufgaben übernimmt, als es seinem Alter entspricht, und entsprechend überfordert ist.

Fallbeispiel 9

Eine suchtmittelabhängige Frau lebt alleine mit ihrem Säugling. Sie hat bereits mehrere Entzugstherapien hinter sich. Für das Kind wurde eine Beistandschaft nach Art.

²⁹² Vgl. Humanrights.ch, 2018.

308 Abs. 1 und 2 ZGB errichtet. Gelegentlich macht der Erziehungsbeistand einen unangemeldeten Hausbesuch. Die Wohnung ist in einem chaotischen Zustand: Überall liegen Essensreste und Windeln herum und es stinkt. Eine Sozialarbeiterin des Sozialamtes und die Suchtberatungsstelle sind ebenfalls in den Fall involviert.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie lässt sich entscheiden, ob die Mutter in der Lage ist, die Versorgung des Kindes zu gewährleisten und ihm die notwendige Zuwendung zu schenken?
- Wie können das Wohl und der Schutz des Kindes sichergestellt werden?
- Sind weitergehende Massnahmen angezeigt?

b) Rechtliche Beurteilung

Der vorliegende Fall tangiert vor allem Art. 3, Art. 6 und Art. 19 KKR (das Kindeswohl, das Recht auf Überleben und Entwicklung, das Recht auf Schutz) sowie Art. 11 BV (Schutz der Kinder und Jugendlichen). Säuglinge sind angesichts ihrer Hilflosigkeit gänzlich von Erwachsenen abhängig. Das Risiko der Vernachlässigung ist bei ihnen besonders gross. Die im Fallbeispiel involvierten Fachpersonen unterliegen einer Meldepflicht an die Kinderschutzbehörde, sofern sie der Gefährdung nicht im Rahmen ihrer Tätigkeit Abhilfe schaffen können (Art. 314d ZGB). Bei der Abklärung, ob eine Gefährdung des Kindeswohls vorliegt, steht die Frage im Zentrum, ob und inwieweit die altersgerechten Grundbedürfnisse des Kindes in seinen momentanen Lebensumständen erfüllt werden können. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, wie allfällige Mangellagen zu beseitigen sind. Dies soll eine Prognose der künftigen Entwicklung beinhalten. Daraus resultiert ein Spannungsfeld zwischen gewissenhafter Informationsbeschaffung und Persönlichkeitsschutz.²⁹³ Die relevanten Umstände sind von Amtes wegen abzuklären (Untersuchungsgrundsatz, im Abklärungsverfahren für die KESB explizit in Art. 314 Abs. 1 i. V. m. Art. 446 ZGB). Die im Rahmen der Abklärung vorzunehmende Risikoeinschätzung ist anspruchsvoll und erfordert vertieftes Sachwissen.

c) Handlungsempfehlungen

Die Verletzlichkeit von Babys ist besonders hoch. Im Mittelpunkt steht deshalb die Frage, ob die Grundbedürfnisse des Säuglings – ausreichende Versorgung mit Nahrung und Flüssigkeit, adäquate Körperpflege und Hygiene – altersgerecht und regelmässig erfüllt werden. Angesichts der existenziellen Ausgangslage stehen die Elternrechte nicht im Vordergrund. Da es um das Überleben des Säuglings geht, ist die Prüfung seiner möglichen Vernachlässigung und Gefährdung prioritär und

²⁹³ Vgl. dazu eingehender KOKES, 2017, S. 86.

grundlegend. Fachlicher Rat ist deshalb entscheidend. Vernachlässigung liegt vor bei unzureichender Pflege, gesundheitlicher Fürsorge und Versorgung mit Kleidung, bei mangelhafter Ernährung, nachlässiger Beaufsichtigung, fehlender Zuwendung, unterlassenem Schutz vor Gefahren und unzureichender Förderung motorischer, geistiger und emotionaler Fähigkeiten.²⁹⁴

Anhand der Risiko- und Schutzfaktoren muss sorgfältig abgeklärt werden, ob die Mutter angesichts ihrer Suchterkrankung in der Lage ist, die Grundbedürfnisse des Säuglings zu erfüllen. Allenfalls ist sie in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt und läuft Gefahr, irrationale Entscheide zu fällen.

Aus Sicht der Sozialen Arbeit muss überprüft werden, welche Hilfeleistungen für das Kind und die Mutter sinnvoll wären. Dazu sollte ein Austausch mit den beteiligten Fachpersonen stattfinden (z. B. Kinderärztin, Mütter- und Väterberaterin oder Entwicklungspsychologe, evtl. auch das Spital).

6.10 Herausforderndes Verhalten von Jugendlichen

Die Zusammenarbeit mit Jugendlichen stellt oft eine besondere Herausforderung dar, unter anderem wegen herausfordernden Verhaltens oder weil unterschiedliche Wertvorstellungen aufeinandertreffen (z. B. zwischen Jugendlichen und Angehörigen bezüglich Schwangerschaft). Dissoziales und gewalttätiges Verhalten von Jugendlichen lässt sich oft nicht durch einen einzelnen Umstand wie familiäre Gewalt oder Erziehungsdefizite erklären, sondern ist das Produkt längerfristiger Prozesse und des Zusammenspiels vielfältiger Entwicklungsfaktoren.²⁹⁵ Verschiedene Präventionsansätze versuchen, dissozialen Entwicklungsverläufen vorzubeugen: individuelle, kindzentrierte Ansätze (z. B. soziale Trainingsprogramme, konfrontative Pädagogik), familienzentrierte Methoden (z. B. Elterntrainingsprogramme, familiäre Frühprävention) oder schulische und kommunale Präventionsmassnahmen (z. B. Anti-Bullying-Programme).²⁹⁶

Unabhängig von der Wahl des Ansatzes empfehlen Tobias Raabe und Andreas Beelmann (2011) zur Förderung des Sozialverhaltens und zur Prävention von Aggression, Gewalt, Delinquenz und Kriminalität bei Jugendlichen eine frühzeitige, gezielte und vernetzte Prävention. Des Weiteren gilt es konkrete soziale Kompetenzen einzuüben (z. B. in Rollenspielen), positive soziale Lernerfahrungen zu ermöglichen. Wichtig sind zudem ein hohes Engagement, Motivation und soziale Verantwortlich-

294 Vgl. Deegener, Körner. 2015, S. 81.

295 Vgl. Raabe/Beelmann, 2011, S. 88.

296 Vgl. ebd., S. 88 ff.

keit seitens der Fachkräfte.²⁹⁷ In der Praxis fehlen aber oft die Ressourcen, und es mangelt an geeigneten Angeboten für Jugendliche mit psychischen Auffälligkeiten.

6.11 Psychische Erkrankungen

Suchterkrankung

Die Suchtmittelabhängigkeit eines Kindes oder Jugendlichen stellt eine besonders belastende Situation für die Familie und die Fachkräfte dar. Dabei muss es sich nicht um eine schwere Abhängigkeit von harten Drogen handeln, schon der regelmässige Konsum «weicher» Suchtmittel (Cannabis, Alkohol, Gamen) kann die Zusammenarbeit mit jugendlichen Klienten schwierig machen oder sogar verunmöglichen. War früher das Kiffen die Hauptsorge der Eltern (substanzbezogene Suchtform, Suchtmittel), stehen heute neue Suchtformen wie das Gamen im Vordergrund (handlungsbezogene Suchtform, Suchttätigkeit).

Fallbeispiel 10

Ein vierzehnjähriger Jugendlicher frönt mehrere Stunden täglich und auch nachts exzessivem Gamen. Seine schulischen Leistungen haben massiv nachgelassen, der Junge schläft während des Unterrichts ein. Er bleibt des Öfteren der Schule fern, verhält sich aggressiv und zeigt Verwahrlosungstendenzen.

Die Mutter ist alleinerziehend und Inhaberin der elterlichen Sorge. Als selbständig Tätige arbeitet sie sehr viel und ist häufig auch am Abend abwesend. Vor drei Monaten wurde eine Beistandschaft nach Art. 308 Abs. 1 und 2 ZGB für den Jugendlichen angeordnet. Der Erziehungsbeistand betrachtet es als die beste Lösung, wenn der Jugendliche in einem Heim untergebracht wird. Die Mutter stimmt zu. Der Jugendliche will aber auf keinen Fall in ein Heim und droht damit, sich umzubringen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie kann das Kindeswohl sichergestellt werden?
- Welche Rechte und Pflichten hat die Mutter?
- Darf eine Einweisung auch gegen den Willen des Jugendlichen erfolgen?
- Wie werden die unterschiedlichen Sichtweisen gewichtet?

²⁹⁷ Vgl. ebd., S. 101–103.

b) Rechtliche Beurteilung

Betroffen sind hier primär die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Achtung der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK) sowie die Bestimmungen über den Freiheitsentzug (Art. 31 BV, Art. 5 EMRK), das Kindeswohl, die Anhörung des Kindes und den Schutz von Kindern ausserhalb der Familie (Art. 3, Art. 12 und Art. 20 KKR).

Einschränkungen sind nur unter Beachtung der Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig.

Die elterliche Sorge schliesst das Recht ein, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a Abs. 1 ZGB). Insofern kann die Mutter bestimmen, ob ihr Sohn in einem Heim leben soll. Doch Massstab für die Entscheidung ist das Kindeswohl: Eine neue Betreuungssituation muss den Bedürfnissen des Kindes entsprechen und Aussicht bieten, dass sein Suchtverhalten abnimmt. Der Jugendliche widersetzt sich jedoch einem Heimeintritt. Ihn durchzusetzen, wird angesichts seines Alters kaum möglich sein, wenn er nicht vom Sinn dieser Massnahme zu überzeugen ist. Gleichzeitig steht fest, dass seine altersgerechte Entwicklung in der gegenwärtigen Situation nicht gewährleistet, sondern erheblich gefährdet ist. Es ist fraglich, ob es eine andere Lösung als die Einweisung in eine geeignete Institution gibt. Aus grundrechtlicher Perspektive gilt es, das Kindeswohl ins Zentrum zu stellen. Allerdings kommt angesichts der Schwere der Massnahme und des Alters des Jugendlichen seinem Anhörungs- und Mitwirkungsrecht besondere Bedeutung zu. Je nach Gewichtung seiner Suizidabsichten ist eine Einweisung in eine psychiatrische Einrichtung angezeigt. Falls eine Einweisung dringlich wäre, wären die Verfahrensbestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung im Sinne von Art. 426 ZGB sinngemäss anzuwenden: Ein Arzt müsste den Jugendlichen untersuchen und anhören. Die Einweisung wäre in Form eines schriftlichen und anfechtbaren Entscheids zu verfügen. (Art. 314b i. V. m. Art. 426 ZGB)

c) Handlungsempfehlungen

Entscheidend ist im vorliegenden Fall der Schutz des Jugendlichen. Wenn dessen Gefährdung nicht anderweitig beseitigt werden kann, erlaubt es das Gesetz, ihn angemessen unterzubringen. Die Unterbringung in einem Heim ist jedoch ein massiver Eingriff in die Rechte des Kindes. Bei solchen Entscheiden, die einen Einschnitt im Leben des Betroffenen bedeuten, kommt der Anhörung und Mitwirkung der Betroffenen, also der Mutter und des Jugendlichen, besonders hohe Bedeutung zu. Lässt sich der Jugendliche von den Vorteilen eines Heimeintritts nicht überzeugen, ist zu klären, ob weniger einschneidende Massnahmen infrage kommen, zum Beispiel eine familienpädagogische Begleitung oder eine vorübergehende Unterbringung in einer geeigneten Einrichtung.

Vorrangig müsste versucht werden, das Spielverhalten des Jugendlichen zu ändern. Seit einigen Jahren beschäftigen sich Suchtberatungsstellen vermehrt mit dem Phänomen der digitalen Spielsucht. Kliniken mit ambulanter und stationärer Unterstützung bei Onlinespielsucht sowie Fachstellen bieten hier gezielte Hilfe.²⁹⁸

Nicht nur das Gamen, sondern die ständige Verfügbarkeit der neuen Medien generell birgt Gefahren und stellt Kinder und Eltern vor grosse Herausforderungen. Auch für die Nutzung der sozialen Medien sollten Erziehungspersonen konkrete Regeln aufstellen und sie mit den Kindern thematisieren.

Fallbeispiel 11

Ein Siebzehnjähriger mit psychischen Problemen soll stationär untergebracht werden. Er könnte in unmittelbarer Umgebung seines Wohnorts entweder in einer Institution für psychisch erkrankte Erwachsene oder in einer spezialisierten Einrichtung für Jugendliche, die allerdings für schwere Fälle bzw. jugendliche Delinquenten gedacht ist, platziert werden. Der Jugendliche widersetzt sich der Unterbringung nicht.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Welche Fragen stellen sich bezüglich des Eingriffs in die Grundrechte des Jugendlichen, und welche sind betroffen?
- Was ist hinsichtlich der Autonomie des Jugendlichen zu beachten?
- Wie bedeutsam ist der Mangel an geeigneten Versorgungseinrichtungen aus grundrechtlicher Sicht?
- Unter welchen Bedingungen wäre eine ausserkantonale Lösung möglich?

b) Rechtliche Beurteilung

Im vorliegenden Fall ist das Recht auf Gesundheit zu beachten (Art. 25 UNO-BRK, Art. 12 UNO-Pakt I, Art. 24 der UNO-KRK). Da der siebzehnjährige Jugendliche ein Jahr vor der Volljährigkeit steht, kommt seinem Willen bereits hohe Bedeutung zu. Kann er trotz seiner psychischen Erkrankung die Tragweite seines Entscheids zum Heimeintritt angemessen beurteilen? Grundrechtlich steht die Frage der Urteilsfähigkeit im Mittelpunkt. Grundsätzlich können urteilsfähige Personen über ihre gesundheitliche Behandlung selber entscheiden und dem Eintritt in eine psychiatrische Klinik oder geschlossene Einrichtung zustimmen, womit sich eine FU gemäss Art. 314b ZGB (i.V.m. Art. 426 ZGB) erübrigt. Ist die Urteilsfähigkeit nicht gegeben, stellt sich die Frage einer Verfahrensbeistandschaft (Art. 314abis ZGB). Wohl steht den Eltern ein Vertretungsrecht zu (Art. 304 ZGB); entsprechend aber muss geprüft

²⁹⁸ Vgl. zum Beispiel das Programm «Log-In» der Klinik Selhofen.

werden, ob Interessenkollisionen vorliegen (vgl. Art. 306 ZGB). Die Eltern müssen aber auf jeden Fall in die Entscheidungsfindung einbezogen werden.

Aus grundrechtlicher Perspektive spielt der Mangel an geeigneten Einrichtungen eine Rolle, weil Eingriffe in Grundrechte nur zulässig sind, wenn eine Massnahme geeignet ist (Art. 36 BV). Ist keine geeignete Einrichtung vorhanden, muss die verfügte Massnahme neu beurteilt werden. Rechtlich unzulässig wäre es, Minderjährige in Einrichtungen der Erwachsenenpsychiatrie einzuweisen, die ihnen keine angemessene Behandlung bieten. Zu prüfen sind deshalb weniger einschneidende Alternativen.

c) Handlungsempfehlungen

Auch wenn sich der Jugendliche nicht widersetzt, ist es aus kinderrechtlicher Perspektive problematisch, ihn in der Erwachsenenpsychiatrie oder einer Einrichtung für delinquente Jugendliche unterzubringen. Der zuständigen Sozialarbeiterin oder dem zuständigen Sozialarbeiter stellen sich in diesem Fall drei wichtige Fragen: Ist der Jugendliche urteilsfähig? Eignet sich die Einrichtung dafür, die Erkrankung zu behandeln oder zu heilen? Welche Alternativen stehen zur Verfügung? Um die Urteilsfähigkeit zu klären, ist relevant, welchen Einflüssen der Jugendliche bei der Willensbildung ausgesetzt war. Kann er seine Situation adäquat einschätzen und die vorgesehene Massnahme einigermassen beurteilen? Ist eine Einweisung verhältnismässig und sinnvoll? Im Weiteren ist eine fachliche Beurteilung der vorgesehenen Einrichtung erforderlich. Falls sie nicht für Jugendliche geeignet ist, muss die Einweisung unterbleiben. Auf jeden Fall sind Alternativen zu einer Einweisung (z. B. eine ambulante Behandlung) und zur ins Auge gefassten Einrichtung zu evaluieren. Auch geeignete ausserkantonale Einrichtungen kommen infrage, selbst wenn sie teurer sind. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass es derzeit an geeigneten Einrichtungen für psychisch erkrankte Kinder und Jugendliche mangelt.

Eine vom Bundesamt für Gesundheit 2016 in Auftrag gegebene Studie bestätigt, dass in der Schweiz eine «deutliche Unter- und Fehlversorgung für psychisch kranke Kinder und Jugendliche» besteht.²⁹⁹ Aus gesundheitspolitischer Sicht sollten die Versorgungslücken in der Kinder- und Jugendpsychiatrie dringend geschlossen werden.³⁰⁰

²⁹⁹ https://sbap.ch/wp-content/uploads/2017/06/BAG_2016_Versorgungssituation_psychisch_erkrankter_Personen_in_der_Schweiz_Schlussbericht_BASS.pdf.

³⁰⁰ Vgl. ebd., 2016.

6.12 Schwangerschaft

Hier können sich Dilemmata auftun, etwa wenn die Eltern der Jugendlichen andere Vorstellungen zum Verlauf der Schwangerschaft haben als die Jugendliche oder die Sozialarbeitenden (z. B. Abtreibung oder Adoption versus Austragen des Kindes und Übernahme der Mutterrolle).

Fallbeispiel 12

Eine fünfzehnjährige urteilsfähige Jugendliche ist schwanger und wendet sich an ihre Beiständin (Art. 308 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB). Ihre Mutter rät ihr zu einem Schwangerschaftsabbruch. Die Jugendliche ist hin und her gerissen und weiss nicht, wie sie sich entscheiden soll.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie steht es um das Persönlichkeitsrecht der Jugendlichen?
- Wie steht es um ihr Selbstbestimmungsrecht?
- Wie ist mit der abweichenden Meinung der Mutter umzugehen?

b) Rechtliche Beurteilung

Die Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen ist in der Bundesverfassung sowie in der Kinderrechtskonvention garantiert (insbesondere Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 3 KKR).

Das Recht, über einen Schwangerschaftsabbruch zu entscheiden, ist grundsätzlich weglassen höchstpersönlicher (d.h. vertretungsfeindlicher) Natur, weshalb die Entscheidung durch die urteilsfähige Jugendliche selbständig zu treffen ist (Art. 19c ZGB). Ausnahmen gibt es bei Urteilsunfähigen, an welchen gemäss Art. 119 Abs. 3 StGB unter sehr strengen Voraussetzungen trotzdem mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ein Schwangerschaftsabbruch vorgenommen werden kann. Entscheidet sich im vorliegenden Fall die urteilsfähige junge Frau gegen eine Abtreibung, wird für das zur Welt kommende Kind eine Vormundschaft errichtet, weil einer Minderjährigen die elterliche Sorge nicht zukommen kann (vgl. Art. 296 Abs. 3 ZGB sowie Art. 327a ZGB). Diese Vormundschaft endet von Gesetzes wegen mit der Volljährigkeit der Jugendlichen.

c) Handlungsempfehlungen

Grundsätzlich kann das Mädchen selber entscheiden, ob es das Kind austragen will oder nicht. Wenn es die Tragweite des Mutterwerdens versteht, sollte es in seinem Selbstbestimmungsrecht gestärkt werden. Zunächst gilt es die Lebensverhältnisse der Jugendlichen zu prüfen: Dazu gehören die individuellen und sozialen Ressourcen, seine Zukunftsperspektiven, die Betreuungsmöglichkeiten für das Kind

und das Verhältnis zum Kindesvater. Welche Unterstützung braucht die Jugendliche konkret, um ihr Leben selbstbestimmt zu gestalten? Da die Jugendliche mit fünfzehn Jahren noch über keinen Schulabschluss verfügt, ist ihre weitere Ausbildung wichtig, damit sie künftig finanziell abgesichert ist.

Die Perspektiven sollen mit der Jugendlichen diskutiert werden. Dazu gibt es spezialisierte Beratungsstellen, deren Besuch für Jugendliche unter 16 Jahren obligatorisch sind.

In einem zweiten Schritt muss die Mutter in die Beratung einbezogen werden. Die Schwangerschaft eines Kindes löst bei den Eltern berechtigte Ängste aus. Eine sensible Beratung ist deshalb angezeigt. Das Gesprächssetting soll der Mutter Raum geben, ihre Befürchtungen zu äussern. Auch wenn es für die Mutter oder den Vater des werdenden Kindes schwierig ist: Zu einer Abtreibung darf die Jugendliche ebenso wenig gegen ihren Willen gezwungen werden wie zum Austragen des Kindes.

7 Spannungsfelder im Erwachsenenschutz

7.1 Klienten, Angehörige und rechtliche Vertreterinnen und Vertreter

Ein tragfähiges und vertrauensvolles Arbeitsbündnis mit der Klientin oder dem Klienten zu etablieren, stellt eine äusserst anspruchsvolle Herausforderung dar. Sie verlangt Sozial-, Selbst- und Fachkompetenz. Wenn die Absprachefähigkeit beeinträchtigt ist oder die Koordination mit weiteren Akteuren an Grenzen stösst, entstehen Spannungsfelder. Es gibt auch Situationen, in welchen die Klientinnen und Klienten vor ihren Angehörigen geschützt werden müssen, sei dies, weil sie finanziell ausgenützt oder sonstwie von ihrem Umfeld vernachlässigt werden. Manchmal ist auch notwendig, den Angehörigen zu raten, sich von den betroffenen Personen zu distanzieren, um zu einem späteren Zeitpunkt allenfalls wieder eine Annäherung zu versuchen.

Angehörige sind oft dankbar, wenn sie ihr «Sorgenkind» in guten Händen wissen. Die Sozialarbeitenden berichten aber bisweilen auch von einer gewissen Erwartungshaltung und Ansprüchen, mit denen sie die Angehörigen konfrontieren: Klientinnen und Klienten sollen nicht mehr über eigenes Geld verfügen dürfen, zu einer Therapie gezwungen oder noch nicht aus einer Einrichtung entlassen werden. Es fällt nicht immer leicht, den Angehörigen klarzumachen, dass aus fachlicher Sicht die Interessen der betroffenen Person im Zentrum stehen und diese nicht immer deckungsgleich mit ihren Erwartungen sind. Sind die Angehörigen überdies zerstritten, stellt das eine erhebliche zusätzliche Belastung für die Klientinnen, Klienten und Betreuungspersonen dar.

Die Angehörigen sind einerseits eine wichtige Ressource für die Zusammenarbeit, können andererseits aber eine zusätzliche Belastung für die Klientinnen und Klienten bedeuten.

Fallbeispiel 13

Eine 35-jährige Klientin leidet seit zehn Jahren an einer chronischen psychischen Krankheit, für die sie aber wenig Einsehen hat. Sie wurde zum vierten Mal stationär in eine psychiatrische Klinik eingewiesen. Der Aufenthalt entwickelt sich vielversprechend. Ihr Zustand stabilisiert und verbessert sich. Ihr Vater besucht sie regelmässig. Die Klientin freut sich jeweils auf die Besuche. Leider geht es ihr aber nach jedem Kontakt wieder schlechter. Der Vater wirft ihr regelmässig vor, sie sei nicht fähig, ihr Leben in den Griff zu kriegen. Er gibt ihr Vorschläge und erwartet, dass sie ihr Leben endlich selbst in die Hand nimmt. Bisher hat die Klientin alleine gelebt. Der Vater schlägt ihr vor, sie solle nach dem Klinikaustritt ins begleitete Wohnheim ziehen. Die Klientin gerät darob in Angstzustände und teilt der zuständigen Sozialarbeiterin mit, dass sie keinen Kontakt mehr zu ihrem Vater wünsche.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie steht es um das Selbstbestimmungsrecht der Tochter?
- Soll der Kontakt zu nahen Angehörigen abgebrochen werden?
- Wie kann die Klientin in ihrer Selbstbestimmung gestärkt werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind die persönliche Freiheit sowie das Recht auf eine unabhängige Lebensführung (Art. 10 BV Abs. 2, Art. 19 BRK). Jeder erwachsene Mensch hat ein Anrecht darauf, frei darüber zu bestimmen, mit wem er eine persönliche Beziehung eingehen und pflegen möchte und mit wem nicht (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK und Art. 17 UNO-Pakt II).³⁰¹

Das Recht auf Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen³⁰² beinhaltet auch das Recht, sie zu unterbrechen oder zu beenden. Der Wunsch der Tochter, den Kontakt zu ihrem Vater abzubrechen, ist dem Schutzbereich der affektiven (emotionalen) Persönlichkeitsrechte zuzuordnen.³⁰³ Aufgrund seiner höchstpersönlichen Natur ist er zu respektieren, zumal keinerlei Anzeichen vorliegen, die eine Urteilsunfähigkeit nahelegen. Würde gegen den ausdrücklichen Wunsch der betroffenen Person gehandelt, käme dies einer Verletzung ihrer Persönlichkeit gleich und bedürfte einer Rechtfertigung (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

301 Vgl. Kiener/Kälin, 2013, S. 168.

302 Vgl. Schutz der Privatsphäre im Kapitel 3.3.

303 Vgl. Dörr, 2018, S. 94.

c) Handlungsempfehlungen

Im Sinne der UNO-Behindertenrechtskonvention müssen Menschen mit einer psychischen Beeinträchtigung Unterstützung erhalten, damit sie selbst entscheiden und handeln können. Dies gilt auch für das Recht eines/einer Betroffenen, selbst zu bestimmen, ob er/sie den Kontakt mit Familienangehörigen pflegen oder abbrechen will. Im vorliegenden Fall gilt es den Vater zu einem Gespräch einzuladen und ihm aufzuzeigen, dass er die Selbstbestimmung der Tochter akzeptieren muss und es für die Genesung der Tochter hinderlich sein kann, wenn er ihr Vorwürfe macht.

Angehörige können für Menschen mit einer psychischen Erkrankung eine Ressource sein, auf die sie bei der Bewältigung einer Krisensituation zurückgreifen. Aber es gibt auch Situationen, in denen kein Einvernehmen besteht, unterschiedliche Einschätzungen und Sichtweisen vorherrschen und der Familienkontakt die persönliche Entwicklung behindert. Das ist für Angehörige oft schwer zu akzeptieren, weshalb sie die Fachkompetenz der Entscheidungsträger schnell infrage stellen. Es braucht grosses Einfühlungsvermögen, um Gefühle von Ohnmacht und Ausgeliefertsein bei den Angehörigen zu mildern. Manchmal ist es für Angehörige schwer nachvollziehbar, weshalb eine Behandlung so lange dauert, oder sie stellen die Therapie ganz in Frage.³⁰⁴

Wichtig ist deshalb, den selbstbestimmten Wunsch der Tochter zu berücksichtigen und gleichzeitig mit dem Vater das Gespräch zu suchen, um den Sinn der Anweisungen zu erklären, sofern die Betroffene damit einverstanden ist. Fachstellen und Selbsthilfegruppen bieten Angehörigen Unterstützung und Beratung. Im vorliegenden Fall könnte es dem Vater helfen, sich an eine solche Beratungsstelle zu wenden, um über seine Sorgen, Gefühle und Ängste zu sprechen.

7.2 Finanzen

Finanzielle Angelegenheiten spielen im Erwachsenenschutz eine nicht zu unterschätzende Rolle. Sie führen unter Angehörigen nicht selten zu erheblichen Spannungen. Streitpunkt ist oft die Verwendung und Verwaltung von Vermögen. Manchmal unterstützen Klientinnen und Klienten ihre Angehörigen finanziell. Wenn dann hohe Betreuungskosten (Spitex, Pflegeheim etc.) anfallen, ist das Geld bald aufgebraucht. Es kommt oft vor, dass der Schutz der Klientinnen und Klienten im Widerspruch zu ihrem Selbstbestimmungsrecht betreffend der eigenen Finanzen steht. Dies ist etwa bei suchtkranken Klientinnen und Klienten der Fall, die ihr Vermögen primär zur Finanzierung ihrer Sucht ausgeben, oder bei psychisch beeinträchtigten Personen,

³⁰⁴ Vgl. Verein Netzwerk Angehörigenarbeit Psychiatrie.

die von Personen oder Organisationen abhängig werden, welche ihnen ihr Geld abnehmen. Die Beistände stehen dann bei ihrer Arbeit im Spannungsfeld zwischen Schutz und Autonomie ihrer Klienten. Ein weiteres Dilemma tritt auf, wenn die Klientinnen und Klienten zu wenig Geld haben, um ihre Existenz zu sichern. Da betreutes Wohnen kostspielig ist, verzichten sie lieber auf diese Wohnform, obwohl diese für sie das Beste wäre.

Fallbeispiel 14

Ein fünfzigjähriger, finanziell bestens ausgestatteter Mann geht regelmässig an den Wochenenden ins Casino und verspielt viel Geld. Deshalb hat sich seine langjährige Lebenspartnerin von ihm getrennt. Seine Eltern sind besorgt; sie sprechen ihn auf sein Verhalten an. Er reagiert aggressiv und sagt, er habe sein Leben im Griff. Die Angehörigen kontaktieren die Erwachsenenschutzbehörde mit dem Ansinnen, einen Beistand einsetzen zu lassen, der die Ausgaben überwacht. Der Betroffene erklärt, er könne mit seinem Geld gut umgehen; er brauche niemanden, der ihn unterstütze.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Darf die Privatsphäre des Mannes eingeschränkt werden?
- Sind die Voraussetzungen für eine Erwachsenenschutzmassnahme erfüllt?
- Wie steht es um sein Selbstbestimmungsrecht?
- Wie ist mit den unterschiedlichen Einschätzungen umzugehen?

b) Rechtliche Beurteilung

Auch hier geht es um die Privatsphäre (Art. 13 BV) des Betroffenen. Wird sie eingeschränkt, ist Art. 36 BV zu beachten. Demzufolge muss für eine Einschränkung eine gesetzliche Grundlage vorliegen, ein öffentliches Interesse bestehen und die Verhältnismässigkeit gewahrt bleiben.

Voraussetzungen für die Errichtung einer Beistandschaft sind ein Schwächezustand und eine daraus resultierende Schutzbedürftigkeit (vgl. Art. 390 ZGB). Als Schwächezustand gilt explizit auch eine psychische Störung. Darunter sind anerkannte Krankheitsbilder aus der Psychiatrie zu verstehen, auch im Bereich der Suchtkrankheiten.³⁰⁵ Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine stoffgebundene Sucht (Glücksspielsucht).³⁰⁶ Unklar ist, ob sich der Schwächezustand auf die Alltagsbewältigung auswirkt und daraus ein Schutzbedarf abgeleitet werden kann, der

305 Vgl. KOKES, 2012, S. 137. Maranta/Terzer, 2016, S. 489. Rosch, 2018a, S. 1165.

306 Vgl. dazu weitergehende Informationen: <<https://www.spielsucht-beratung.ch/gluecksspielsucht>> (zuletzt besucht am 22. Juli 2018) sowie <<http://www.careplay.ch/spielsucht/diagnostische-kriterien-der-spielsucht.html>> (zuletzt besucht am 22. Juli 2018).

eine Erwachsenenschutzmassnahme erfordert. Ein Schutzbedarf ist gegeben, wenn die betroffene Person ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht selber besorgen kann (vgl. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB)³⁰⁷ oder nicht zweckmässig oder gegen ihre eigenen Interessen handelt.³⁰⁸ Jemand kann aber nicht allein deshalb verbeiständet werden, weil sie in einer Art und Weise mit ihrem Geld umgeht, die anderen unvernünftig erscheint.³⁰⁹ Deshalb sind hier weitergehende Abklärungen angezeigt (Art. 446 ZGB). Zu deren Ergebnissen darf sich die Person äussern (Art. 447 ZGB) und ist angehalten, im Verfahren mitzuwirken (Art. 448 ZGB).

Bei den Abklärungen ist das Subsidiaritätsprinzip zu berücksichtigen. Es besagt, dass nur dann eine Schutzmassnahme anzuordnen ist, wenn die betroffene Person nicht durch die Familie, andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste unterstützt werden kann (Art. 389 Abs. 1 ZGB). Das Casino kann aufgrund von Beobachtungen seiner Angestellten oder von Meldungen Dritter Personen im Rahmen des Spielbankengesetzes vom Spielbetrieb ausschliessen, wenn sie ihren finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen (Art. 22 Abs. 1 lit. a Spielbankengesetz, SR 935.52). Überdies haben Spielbanken ein Sozialkonzept zu erstellen, das auch Massnahmen enthält zur Prävention von Spielsucht und Früherkennung spielsuchtgefährdeter Spielerinnen und Spieler (Art. 37 Spielbankverordnung, SR 935.521).

Erst wenn offensichtlich ist, dass all die genannten Massnahmen nicht ausreichen, sind weitergehende Schritte im Sinne des Erwachsenenschutzes zu prüfen. Sie haben das Verhältnismässigkeitsprinzip zu respektieren, müssen also geeignet sein, den angestrebten Schutzzweck zu erreichen. Sie dürfen die Freiheit der betroffenen Person nicht stärker einschränken als unbedingt nötig und müssen ein vernünftiges Verhältnis zwischen Eingriff und Schutzzweck wahren (Art. 389 Abs. 2 ZGB).

Obwohl die Sorge der nächsten Angehörigen verständlich ist, kann im vorliegenden Fall keine Erwachsenenschutzmassnahme getroffen werden. Dazu wären weitergehende Kenntnisse der Sachlage erforderlich.

c) Handlungsempfehlungen

Erst wenn klar ist, dass weder die Familie noch andere nahestehende Personen oder private oder öffentliche Dienste die betroffene Person unterstützen können, ist die Anordnung einer Massnahme zu prüfen. Hierbei ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen.

307 Vgl. KOKES, 2012, S. 138. Maranta/Terzer, 2016, S. 494.

308 Vgl. KOKES, 2012, S. 138.

309 BGE 5A_773/2013 vom 5. März 2014.

Die Grund- und Menschenrechte von Personen mit einer Suchterkrankung dürfen nicht willkürlich eingeschränkt werden. Allein aufgrund der Sorge von Angehörigen darf keine Erwachsenenschutzmassnahme ergriffen werden. Eine solche bedürfte weiterer und eingehender Abklärungen. Unter Umständen ist es für die Eltern und für den Betroffenen hilfreich, eine Beratungsstelle für Suchtfragen beizuziehen. Es bleibt aber dabei, dass in einer solchen Situation das Recht auf Selbstbestimmung und die Privatsphäre nicht ohne weiteres eingeschränkt werden dürfen.

Fallbeispiel 15

Eine siebzigjährige Mutter mit gesundheitlichen Problemen unterstützt ihre erwachsene Tochter regelmässig finanziell. Ihr Sohn meldet sich bei der Erwachsenenschutzbehörde, weil er der Meinung ist, dass die Schwester seine Mutter finanziell ausnutze. Er argwöhnt, seine Schwester beeinflusse die Mutter in unzulässiger Weise und findet, sie brauche einen Beistand, weil sie nicht mehr frei über ihr Geld entscheiden könne.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Darf der Sohn in die Privatsphäre der Mutter eingreifen?
- Ist eine Erwachsenenschutzmassnahme angezeigt?
- Welche Fragen stellen sich bezüglich der gesundheitlichen Situation der Mutter?
- Wie ist dem belasteten familiären Verhältnis zu begegnen?

b) Rechtliche Beurteilung

Primär sind auch hier das Grundrecht des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK sowie Art. 17 UNO-Pakt II) und jenes der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) tangiert. Hinsichtlich deren Einschränkung ist, wie in allen grundrechtsrelevanten Fällen, Art. 36 BV zu beachten. Demnach bedarf es dazu einer gesetzlichen Grundlage und eines öffentlichen Interesses; zudem muss die Einschränkung verhältnismässig sein.

Voraussetzungen für die Errichtung einer Beistandschaft sind ein Schwächezustand und eine daraus resultierende Schutzbedürftigkeit (vgl. Art. 390 ZGB). Als Schwächezustand definiert das Gesetz eine geistige Behinderung, eine psychische Störung oder Ähnliches (Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Gerade ältere Personen unterliegen öfter Schwächezuständen. Das darf aber nicht als «Generalvollmacht» dienen, ihnen die Urteilsfähigkeit abzusprechen. Zurückhaltung und eine restriktive Anwendung sind angesagt, wenn es darum geht, in die Grundrechte älterer Menschen einzugreifen. In finanziellen Angelegenheiten kann eine Person nicht allein deswegen verbeiständet werden, weil sie nach landläufiger Auffassung unvernünftig mit ihrem

Geld umgeht. Das Erwachsenenschutzrecht dient der hilfsbedürftigen Person. Ein Einschreiten ist dann angezeigt, wenn sie urteilsunfähig ist und deshalb auf Beeinflussung von aussen nicht mehr adäquat reagieren kann.³¹⁰

Deshalb muss im Rahmen eines Abklärungsverfahrens geprüft werden, ob tatsächlich ein Schwächezustand vorliegt (vgl. Art. 446 ZGB). Bei Unterstützungszahlungen ist dem Vorliegen von Urteilsfähigkeit³¹¹ erhebliches Gewicht beizumessen, wobei die betroffene Person und ihre Angehörigen in das Verfahren einzubeziehen sind (Art. 447, 448 ZGB). Erweist es sich, dass keine Urteilsfähigkeit mehr besteht, ist zu klären, wie der Schutzbedarf konkret aussieht und ob es Alternativen zu einer Beistandschaft gibt, etwa ob ein Vorsorgeauftrag errichtet wurde, der nun zu validieren ist (vgl. Art. 360 ZGB).

Bestehen keine Alternativen, um die Interessen der betroffenen Person zu wahren, ist eine behördliche Massnahme im Rahmen einer Beistandschaft zu prüfen, um deren Schutzbedürfnis angemessen abzudecken.

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall steht die persönliche Freiheit der Mutter im Vordergrund, autonom über ihr Geld zu verfügen. Sie kann nicht einfach eingeschränkt werden, weil dem Sohn der Umgang seiner Mutter mit dem Geld nicht passt. Sollten die gesundheitlichen Probleme der Siebzigjährigen jedoch ihre Urteilsfähigkeit infrage stellen, müssten sie genau abgeklärt werden. Bei älteren Menschen kann es vorkommen, dass ihre Urteilsfähigkeit teilweise eingeschränkt ist, das heisst, dass sie in manchen Lebensbereichen urteilsfähig bleiben und in anderen nicht.

Eventuell ist eine entsprechende Abklärung – etwa hinsichtlich möglicher Anzeichen für eine Demenzerkrankung – anzuordnen. Inzwischen gibt es soziale und medizinische Angebote zur umfassenden Abklärung in einer solchen Situation.

Ist die Urteilsfähigkeit gegeben, besteht seitens der Erwachsenenschutzbehörde kein Handlungsbedarf. Falls die Mutter – selbst mit Unterstützung ihrer Tochter – eine solche Abklärung ablehnt, kann sie nicht dazu gezwungen werden, es sei denn, es liegen klare Indizien vor, dass ihre Erkrankung gravierend ist. Die Meinung des Sohnes allein genügt nicht.

Es kann hilfreich sein, die unterschiedlichen Sichtweisen gemeinsam zu besprechen. Wenn ein Geschwister den Eindruck gewinnt, die Eltern oder ein Elternteil werde vom anderen zur finanziellen Bereicherung ausgenutzt, belastet das die Familiensituation sehr. Eine Option wäre hier eine Familienberatung, die vermittelnd

310 Vgl. BGE 5A_773/2013 vom 5. März 2014.

311 Vgl. Begriff und Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Kapitel 2.2.

wirkt. Zweckdienlich ist auch, die Sachlage fundiert abzuklären. Vielleicht stehen Vermutungen im Raum, die so gar nicht zutreffen. Transparenz und allenfalls klare Vereinbarungen können hier Abhilfe schaffen.

7.3 Wohnen

Das Thema Wohnen spielt im Kontakt der Sozialarbeitenden mit Klientinnen und Klienten in verschiedenen Bereichen eine Rolle: beim selbständigen oder begleiteten Wohnen, nach der Entlassung aus einer psychiatrischen Einrichtung oder beim Wohnen in einem Heim. Nicht immer ist klar, ob die Wohnform selbstbestimmt gewählt wurde oder einfach keine Alternative zur Verfügung stand. Eine Herausforderung ist auch, wenn sich ein Klient oder eine Klientin in einer betreuten Wohnform nicht «konform» verhält und unterschiedliche Vorstellungen und Erwartungen aufeinandertreffen, welche die Sozialarbeitenden gegeneinander abwägen müssen: Wann handelt es sich um gesellschaftlich tragbares, durch das Recht auf Selbstbestimmung legitimierbares Verhalten, wann liegt hingegen eine Gefährdung Dritter vor? So ist zum Beispiel bei einer vorübergehenden Unterbringung von Klientinnen und Klienten in der Psychiatrie zu fragen, inwieweit sie nach ihrem Austritt ausreichend für sich sorgen und selbständig wohnen können. Falls deren Grundbedürfnisse nicht mehr gewährleistet sind, gilt es ihr Recht auf Selbstbestimmung gegenüber dem Schutzauftrag abzuwägen. Dieses Spannungsfeld tritt oft bei Klientinnen und Klienten mit psychischen Erkrankungen (beispielsweise sucht- und demenzerkrankte) und körperlicher und/oder geistiger Beeinträchtigung auf.

Weitere Problembereiche des Wohnens sind die finanzielle Situation der betroffenen Personen sowie die Schwierigkeit, bezahlbaren Wohnraum für Menschen mit Beeinträchtigungen zu finden. Gerade in grösseren Städten ist das nicht einfach. Zudem ist aus finanziellen Gründen nicht immer die optimale Wohnform möglich. Das Aufgabenspektrum der Sozialarbeitenden ist breit; sie befassen sich unter anderem mit der regelmässigen Überprüfung der Wohnkompetenz der Klientinnen und Klienten oder der Beratung und Mithilfe bei der Wohnungssuche. Sie stehen auch als Referenzperson beim Abschluss eines Mietvertrags zur Verfügung und bieten Unterstützung bei eine Wohnungsauflösung.³¹²

³¹² Vgl. Estermann/Hauri/Vogel, 2016, S. 206.

7.4 Freie Wahl der Wohnform und des Wohnorts

Verwahrlosung

Die Spannweite, wie Verwahrlosung definiert wird, ist breit. Es fehlt ein Konsens darüber, wann genau von Verwahrlosung gesprochen werden kann.³¹³ Aus medizinischer Sicht ist Verwahrlosung ein pathologischer Zustand, eine Krankheit, welche sich in verschiedenen Symptomen äussert (z. B. krasse Ungepflegtheit, Herumstreunen oder Lügen). Die Soziologie hingegen begreift Verwahrlosung als Dissozialität, also ein unangepasstes Verhalten, sei es in Form von Assozialität (Gleichgültigkeit gegenüber der gesellschaftlichen Ordnung) oder Antisozialität (eine ganz bestimmte Sozietät wird aktiv abgelehnt). Sie weist zudem darauf hin, dass es sich um eine gesellschaftliche Zuschreibung bzw. einen «Etikettierungsprozess» gegenüber einer Minderheit handelt. Die psychoanalytische Sicht ihrerseits versteht Verwahrlosung als Entwicklungshemmung oder Regression.³¹⁴

In der alltäglichen Praxis des Erwachsenenschutzes tritt Verwahrlosung vor allem im Bereich des Wohnens auf. «Wohnverwahrlosung» ist oft Folge einer psychischen Erkrankung, Suchtmittelabhängigkeit oder Demenzerkrankung eines Klienten oder einer Klientin. Die Sozialarbeitenden agieren häufig im Spannungsfeld von Autonomiebedürfnis der Klientinnen und Klienten und Schutzauftrag. Abzuwägen ist, inwieweit Verwahrlosungstendenzen noch tolerierbar sind und wann eine Selbstgefährdung vorliegt. In letzterem Fall muss oft auf eine fürsorgliche Unterbringung, die Unterbringung in einer stationären Einrichtung oder in einer betreuten Wohnform zurückgegriffen werden, weil die Klientel meist nicht einsichtig oder kooperativ ist. Die Sozialarbeitenden sehen sich im Bereich Verwahrlosung mit unterschiedlichen Wertvorstellungen konfrontiert: mit ihren eigenen, jenen der Klientinnen und Klienten, der Angehörigen und Betreuungspersonen (Spitex, im Heim) oder der Vermieter und Hauswarte, die auf eine Änderung der Situation drängen (z. B. eine Grundreinigung der Wohnung o. Ä.).

Fallbeispiel 16

Ein unter einer Begleitbeistandschaft stehender 85-jähriger Mann, dessen Ehepartnerin kürzlich gestorben ist, hat in letzter Zeit viel Gewicht verloren. Auf seinen ausdrücklichen Wunsch hin besucht ihn seine Beistandsperson zu Hause. Sie stellt fest, dass der Kühlschrank leer ist, die Körperhygiene des Mannes schlecht ist und er keine sozialen Kontakte mehr pflegt. Der Betroffene behauptet, er koche regel-

³¹³ Vgl. Hofer, 2008, S. 19.

³¹⁴ Vgl. ebd., S. 22 ff.

mässig für sich und seine Körperpflege sei ausreichend. Er möchte weiterhin allein wohnen und wünscht keine Unterstützung.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie gehen wir mit dem Spannungsfeld zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Mannes und den Schutzpflichten des Beistandes um?
- Wie kann dem Autonomiebedürfnis des Mannes Rechnung getragen werden?
- Müssen weitergehende Massnahmen in Betracht gezogen werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind hier das Grundrecht des Schutzes der Privatsphäre (Art. 13 BV), jenes der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie das Recht auf eine unabhängige Lebensführung (Art. 19 BRK).

Offenbar war bereits ein Schwächezustand sowie ein Schutzbedürfnis festgestellt worden, was zur Errichtung einer Begleitbeistandschaft im Sinne von Art. 393 ZGB geführt hat. Eine Begleitbeistandschaft setzt die Zustimmung der betroffenen Person voraus (Art. 393 Abs. 1 ZGB). Im Zentrum stehen hier demnach die Begleitung und die Motivation des Mannes, selbstverantwortlich zu handeln (Stichwort «Hilfe zur Selbsthilfe»). Der Begleitbeistand kann versuchen, beratend auf ihn einzuwirken durch Beratung und Empfehlungen. Er darf aber nicht an dessen Stelle handeln, wenn der Betroffene die Empfehlungen in den Wind schlägt.

Da die Beistandsperson eine staatliche Aufgabe wahrnimmt, ist sie an die Grundrechte gebunden und hat deren Ausübung zu fördern (Art. 35 Abs. 2 BV). Das Spannungsverhältnis zwischen dem Autonomiebedürfnis und dem Schutzbedarf des Mannes erfordert eine Interessenabwägung. Die Handlungsmuster und die Alltagsbewältigung des Mannes liefern allenfalls Indizien für deren Gewichtung.

Ist eine tragfähige Kooperation im Rahmen der Begleitbeistandschaft nicht mehr möglich, kann das Schutzinteresse höher gewichtet werden als der Wunsch nach Autonomie. Es drängt sich dann die Frage nach der Urteilsfähigkeit des Mannes auf. Im vorliegenden Fall ist zu klären, weshalb sich der Mann weigert, Unterstützung anzunehmen, und ob eine eingeschränkte Urteilsfähigkeit vorliegt. Kann die betroffene Person nicht motiviert werden, Unterstützungsdienste selbst zu organisieren (Spitex und Mahlzeitendienst), ist die Beistandsperson verpflichtet, Antrag auf eine weitergehende Schutzmassnahme zu stellen, zumal sich die Verhältnisse merklich verändert haben (Art. 414 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall gibt es Indizien (z.B. Gewichtsverlust) dafür, dass sich der 85-Jährige nicht mehr richtig ernährt und die körperliche Hygiene vernachlässigt. Daher ist zwischen der Selbstgefährdung des Mannes und dem Schutzauftrag des Beistandes abzuwägen. Es gilt zu klären, ob er in der Lage ist, alleine zu leben und selbst für Ernährung, Gesundheit und Pflege zu sorgen. Um seine Autonomie zu stärken und seinen Wunsch, weiterhin zu Hause zu leben, zu erfüllen, ist massgeschneiderte Unterstützung durch Spitex, Mahlzeitendienst, Haushaltshilfe etc. in Betracht zu ziehen. Zudem ist zu prüfen, ob ein soziales Netz vorhanden ist und wie es gefördert werden kann. Unter Einbezug von Fachstellen für Senioren wäre zu schauen, ob Besuchsdienste organisiert werden können.

Im Sinne der «assistierenden Autonomie» sollten die Unterstützungsmassnahmen daran gemessen werden, inwiefern sie die Autonomie des Betroffenen stärken. Die Sozialarbeitenden müssen darauf achten, den Mann würdevoll zu behandeln, sein Anliegen ernst nehmen, seine Stärken und Ressourcen berücksichtigen und ihn in die Problemlösung einbeziehen. Sollte er pflegebedürftig werden, ist gemäss Art. 19 BRK zu beachten, dass er selber entscheidet, wo er leben will.

Fallbeispiel 17

Eine Frau, die eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 und 395 ZGB hat, lebt mit ihrem Hund auf der Gasse. Die Mutter ist der Meinung, dass ihre Tochter in einer betreuten Wohnform untergebracht werden müsse, und kontaktiert die Vertretungsbeiständin. Sie mache sich grosse Sorgen; die Beiständin solle die Tochter zur Vernunft bringen. Das Leben auf der Gasse sei für sie nicht geeignet. Die Tochter möchte aber auf keinen Fall in einer betreuten Wohnform leben.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie ist das Autonomiebedürfnis im Bereich der Lebensgestaltung der betroffenen Person zu gewichten?
- Wie ist den unterschiedlichen Ansprüchen zu begegnen?
- Wie ist mit den Erwartungen der Angehörigen umzugehen?

b) Rechtliche Beurteilung

Der Entscheid, wie und wo man leben möchte, betrifft die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Privatsphäre (Art. 13 BV) und allenfalls die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) sowie das Recht auf eine unabhängige Lebensführung (Art. 19 BRK). Einschränkungen dieser Grundrechte bedürfen der Voraussetzung nach Art. 36 BV. Sofern nicht ein Schutzbedarf aufgrund eines Schwächezustands (psychische Störung, geistige Behinderung oder Verwahrlosung) ausgewiesen ist, der eine stationäre Unterbringung zur Behandlung und/oder Betreuung erfordert, besteht keine

Möglichkeit, jemanden ohne seine Zustimmung in eine Einrichtung einzuweisen (vgl. Art. 426 ZGB). Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine fürsorgliche Unterbringung offensichtlich nicht gegeben. Deshalb ist der Wille der betroffenen Person, weiterhin ohne Obdach zu leben, zu respektieren. Die Vertretungsbeistandschaft wurde wegen eines Schwächezustands und entsprechenden Schutzbedarfs errichtet. Eine solche wird im Sinne von Art. 394 Abs. 1 ZGB angeordnet, wenn die betroffene Person aufgrund ihres Schwächezustands bestimmte Angelegenheiten nicht selber erledigen kann. Im Errichtungsentscheid (Art. 391 Abs. 1 und 2 ZGB) ist zu umschreiben, welche Aufgaben die Vertretungsbeistandschaft in den Bereichen Personen- und Vermögenssorge sowie Rechtsverkehr zu übernehmen hat. Die Vertretungsmacht der Beistandsperson ist nicht allumfassend. Vielmehr ist sie in Bezug auf bestimmte Rechts- und Lebensbereiche der betroffenen Person von Gesetzes wegen begrenzt oder gar nicht möglich; beispielsweise bei absolut höchstpersönlichen Rechten wie einer Eheschliessung, die eine Vertretung ausschliesst.

Im konkreten Fall kann die Beistandsperson der Tochter die Meinung der Mutter mitteilen, sofern sie das als hilfreich erachtet. Sie muss aber nicht, denn fundamental bleiben die Interessen der Tochter und die Achtung ihrer Persönlichkeit. Ihr Wille, das Leben den eigenen Fähigkeiten, Wünschen und Vorstellungen entsprechend zu gestalten, ist zu achten und zu respektieren (Art. 406 Abs. 1 ZGB). Dabei hat die Beistandsperson ein Vertrauensverhältnis zur betroffenen Person aufzubauen (vgl. Art. 406 Abs. 2 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Es ist für Eltern schwer erträglich, wenn ihr Kind auf der Gasse lebt und sie keine Handhabe besitzen, die Situation zu ändern. Deshalb ist es im vorliegenden Fall ausgesprochen wichtig, die Ängste der Mutter ernst zu nehmen. Sie soll aber gleichzeitig darin bestärkt werden, den Willen der Tochter zu akzeptieren.

Auch die Beiständin kann der Tochter nicht vorschreiben, wie sie zu leben hat, wenn sie und ihr Umfeld nicht gefährdet sind. In Absprache mit der Tochter kann die Beiständin die Mutter regelmässig über die Situation informieren, wenn dies gewünscht ist.

Fallbeispiel 18

Ein Mann möchte nach seinem stationären psychiatrischen Aufenthalt wieder selbstständig wohnen. Leider gestaltet sich die Wohnungssuche nicht einfach; der Klient ist damit offensichtlich überfordert. Der zuständige Sozialarbeiter der Klinik versucht ihm klarzumachen, dass es besser für ihn wäre, wenn er vorübergehend in einer betreuten Wohnform leben würde. Nach Einschätzung des Sozialarbeiters ist

der Klient nicht mehr in der Lage, selbständig zu wohnen und den Alltag alleine zu meistern. Der Klient sieht das ganz anders. Der Sozialarbeiter der Klinik macht eine Gefährdungsmeldung an die KESB.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie gehen die Fachpersonen mit dem Spannungsfeld der Selbstbestimmung und Schutzpflichten um?
- Wie ist dem Bedürfnis nach autonomer Lebensgestaltung Rechnung zu tragen?
- Welche Möglichkeiten bestehen?
- Wie kann der Klient in seiner Selbstbestimmung unterstützt werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Grundrechtlich sind die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Privatsphäre (Art. 13 BV) sowie das Recht auf eine unabhängige Lebensführung betroffen (Art. 19 BRK). Beschränkungen der Freiheit sind nur zulässig, wenn die Verhältnismässigkeit gewahrt bleibt und neben dem öffentlichen Interesse eine gesetzliche Grundlage für die Massnahme besteht.

Nicht selten klaffen das Bedürfnis nach Autonomie und der von Dritten festgestellte Schutzbedarf auseinander. Es stellt sich die Frage, ob eine Erwachsenenschutzmassnahme angebracht ist.

Eine solche setzt einen Schwächezustand und Schutzbedürftigkeit voraus (Art. 390 Abs. 1 ZGB). Ein Schwächezustand kann angesichts der psychischen Störung bejaht werden. Ob Schutzbedarf besteht – was der Fall wäre, wenn der Mann seine Angelegenheiten im Bereich der Personen- und/oder Vermögenssorge sowie des Rechtsverkehrs nur noch teilweise oder gar nicht mehr besorgen könnte –, ist abzuklären (Art. 446 ZGB).³¹⁵ Massnahmen sind angezeigt, wenn weder die betroffene Person selbst noch ambulante Versorgungsangebote die private Lebensgestaltung gewährleisten können (vgl. Art. 389 ZGB).

Zu den Aufgaben der Personensorge gehört auch das Wohnen.³¹⁶ Der Auftrag, im Rahmen einer Vertretungsbeistandschaft eine geeignete Unterkunft zu besorgen, beinhaltet aber nicht, dass dem Wunsch der betroffenen Person stets entsprochen werden muss.³¹⁷ Es ist denkbar, dass eine vorübergehende Platzierung in einer anderen Wohnform oder einem Zimmer sinnvoll ist, bis eine passende Wohnung frei wird. Auch hier gilt es zwischen Schutzpflichten und Autonomiebedürfnis des Klienten abzuwägen.

315 Zu den weiteren Voraussetzungen vgl. vorangegangene Fallbeispiele.

316 Häfeli, 2016, S. 129.

317 KOKES, 2012, S. 151.

Ob der Klient dann in diese Wohnform eintritt, ist eine andere Frage. Ein Übertritt kann im Rahmen einer Beistandschaft – egal welcher Art – nicht angeordnet werden.

c) Handlungsempfehlungen

Insbesondere Kooperationsbereitschaft und -fähigkeit sind hier zu beurteilen. Auch die Folgen eines Scheiterns und Alternativen müssen mit der betroffenen Person ausführlich erörtert werden. Das Recht auf Selbstbestimmung ist in Fällen wie dem vorliegenden zu respektieren. Wenn Menschen mit einer psychischen Erkrankung Entscheide fällen, die Professionellen unvernünftig und unrealistisch erscheinen, müssen diese sie trotzdem akzeptieren. Es ist nicht zulässig, die Freiheit der betreuten Person einzuschränken.

Wie in Teil 2 erläutert, lenkt die UNO-Behindertenrechtskonvention den Blick weg von Defiziten und Schwächen und hin zu Fähigkeiten, Stärken und Rechten von Menschen mit psychischen Beeinträchtigungen.

Im konkreten Fall scheint es wichtig, mit dem Klienten zusammen zu schauen, wie seinem Wunsch nach selbständigem Wohnen und Selbstbestimmung Rechnung getragen werden kann. Aufgrund der Problemsituation und des sozialen Umfelds des Klienten ist zu klären, wer wie in die Wohnungssuche einbezogen werden soll und welche Ressourcen gemeinsam erschlossen werden können.³¹⁸ Unter Umständen sind weitere Unterstützungsmassnahmen wie Spitex oder Haushaltshilfe angebracht, um den Klienten punktuell zu begleiten. Dafür wären Beratungsstellen, die sich auf die Wohnungssuche spezialisiert haben, zu kontaktieren. Gerade im städtischen Umfeld ist es schwierig, bezahlbaren Wohnraum für sozioökonomisch benachteiligte Menschen zu finden. Oft kann die Wunschwohnform aus finanziellen Gründen nicht realisiert werden. Im vorliegenden Fall ist dem Klienten aufzuzeigen, dass eine betreute Wohnform unter Umständen vorübergehend sinnvoll wäre und er trotzdem über eine gewisse Autonomie verfügen würde.

Auf wohnungspolitischer und gesellschaftlicher Ebene wäre wünschenswert, dass sich Sozialarbeitende und Politikerinnen und Politiker für die Schaffung bezahlbaren Wohnraums einsetzen würden.

7.5 Privatsphäre im Heimaltag

Ein weiteres Spannungsfeld betrifft die Selbstbestimmung von Heimbewohnenden. Sie haben aufgrund der speziellen Wohn- und Betreuungssituation oft nur eingeschränkte Möglichkeiten zur Gestaltung ihres Alltags. Um dem Grundrecht der

³¹⁸ Vgl. Staub-Bernasconi, 2018, S. 233.

Selbstbestimmung möglichst Nachachtung zu verschaffen, sieht das Zivilrecht besondere Regeln für Personen vor, die über längere Zeit in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut werden. Diese haben insbesondere auf die Bewegungsfreiheit urteilsunfähiger Menschen zu achten (Art. 383 ZGB), müssen aber auch alle anderen Persönlichkeitsaspekte schützen und wenn immer möglich Kontakte zu Personen ausserhalb der Einrichtung fördern (Art. 386 ZGB).³¹⁹ Von besonderer Bedeutung sind die Wahrung und der Schutz der Privatsphäre.³²⁰

Den Heimkontext prägt ein besonderes Spannungsfeld von Nähe und Distanz zwischen Bewohnenden und Sozialtätigen. Patentrezepte und allgemeingültige Handlungsanweisungen gibt es nicht. Deshalb ist das Handeln stets situations- und umgebungsabhängig.³²¹

Fallbeispiel 19

Ein 78-jähriger Mann lebt seit kurzem in einem Pflegeheim. Vor drei Jahren wurde für ihn eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 und 395 ZGB errichtet. Er hat keine nahen Verwandten oder Bekannten; seine sozialen Kontakte sind ausschliesslich auf das Pflegepersonal beschränkt und die gelegentlichen Besuche seiner Beiständin zu Standortgesprächen. Mit den Mitbewohnenden pflegt er keinen Kontakt; er lebt zurückgezogen. Er verweigert die Körperpflege und duscht selten. Das Pflegepersonal macht ihm die Auflage, dass er mindestens dreimal wöchentlich duschen müsse. Die Beiständin, welche ihn bei Urteilsunfähigkeit auch in medizinischen Belangen vertreten würde, solle ihm das verständlich machen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie ist mit dem Spannungsfeld zwischen Autonomie und Schutzbedarf umzugehen?
- Wie sind die Verantwortlichkeiten geregelt, und wie lässt sich eine tragfähige Zusammenarbeit im «Helfersystem» aufbauen?

b) Rechtliche Beurteilung

Betroffen sind hier sowohl die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) als auch die Privatsphäre (Art. 13 BV). Die UNO-Behindertenrechtskonvention enthält Bestimmungen zum Schutz älterer, pflegebedürftiger Personen (Art. 9 zum Abbau von Barrieren, Art. 14, 15, 25 zur Selbstbestimmung sowie Art. 19 zum Recht auf ein Leben in der Gesellschaft). Eine Einschränkung ist nur möglich, wenn die unter Art. 36 BV genannten Voraussetzungen gegeben sind.

³¹⁹ Vgl. dazu Akkaya et al., 2016, S. 110.

³²⁰ Vgl. Wohlgensinger, 2014, S. 128.

³²¹ Vgl. Curaviva, 2009, S. 18 f.

Gemäss Art. 382 ZGB ist für den Eintritt in öffentlichrechtliche und private Wohn- oder Pflegeeinrichtungen ein Betreuungsvertrag abzuschliessen. Inhaltlich regeln solche Vereinbarungen je nach Institution und Zielgruppe sehr unterschiedliche Bereiche: Sie betreffen etwa Regelungen bezüglich Hotellerie, individuelle Zusatzleistungen wie sozialpädagogische Betreuung oder agogische Angebote, aber auch medizinische und pflegerische Leistungen.³²² Dabei sind die Wünsche der betroffenen Person so weit wie möglich zu berücksichtigen (Art. 382 Abs. 2 ZGB). Beschneidungen der persönlichen Freiheit bei der Lebensgestaltung, der Körperpflege, dem Alkoholkonsum etc. gegen den Willen der betroffenen Person erweisen sich nur als zulässig, wenn sie mit «Blick auf überwiegende Organisations-, Sicherheits- und Schutzinteressen notwendig und unabdingbar sind».³²³ Die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist hier von besonderem Belang, weil Verantwortungsträger dazu tendieren, organisatorischen Interessen Vorrang zu geben.

Es ist nicht klar, weshalb sich der Mann gegen die Körperpflege sträubt. Das sollte hier aber im Vorfeld abgeklärt werden. Ferner ist zu prüfen, ob die Auflage, dreimal wöchentlich zu duschen, verhältnismässig und notwendig ist zur Wahrung seiner medizinischen Schutzinteressen. Dies muss unter Berücksichtigung der pflegerischen und medizinischen Standards beantwortet werden.³²⁴ Bestehen Alternativen zum Duschen, und wie stellt sich der Mann dazu? Pflegerische Handlungen gegen seinen Willen sind nur zulässig, wenn er urteilsunfähig ist und sie zu seinem Schutz unerlässlich sind. Die vertretungsberechtigte Person muss informiert werden und ihre Einwilligung für Handlungen gegen den Willen des Betroffenen geben (vgl. Art. 378 ZGB). Eine urteilsunfähige Person ist so weit wie möglich jedoch in die Entscheidungsfindung miteinzubeziehen (Art. 377 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Die Betreuung pflegebedürftiger Menschen birgt zahlreiche Spannungsfelder zwischen der Autonomie der betroffenen Person und den Schutzpflichten der Fachpersonen. Die Werte- und Interessenkonflikte müssen aufgedeckt werden und in die Lösungsfindung einfließen. Im vorliegenden Fall wäre deshalb als Erstes mit dem Mann und dem Pflegefachpersonal in einem Gespräch zu erkunden, wieso er die Körperpflege verweigert. Es gilt zu prüfen, ob Alternativen zum Duschen bestehen und wie er sich dazu stellt.

Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Auflage, eine minimale Körperpflege durchzuführen (z. B. dreimal wöchentlich zu duschen), für die Wahrung der gesundheitlichen

³²² Vgl. Anderer/Mösch Payot, 2016, S. 154.

³²³ Vgl. ebd., S.154.

³²⁴ Vgl. dazu die ethischen Grundsätze des Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK): <<https://www.sbk.ch/pflegethemen/ethik.html>> (zuletzt besucht am 26. Juli 2018).

Schutzinteressen des Mannes unabdingbar ist. Das erscheint doch eher fraglich zu sein. Die Frage der Verhältnismässigkeit muss unter Einbezug der pflegerischen und medizinischen Standards³²⁵ geklärt werden.

7.6 Selbstbestimmung bei psychischen Erkrankungen

Bei Klientinnen und Klienten mit psychischen Erkrankungen geht es oft darum, zu erkennen, ob sie noch in der Lage sind, selbstbestimmt zu handeln oder ob ihr Recht auf Selbstbestimmung in ihrem eigenen Interesse einzuschränken ist. Es treten mitunter Spannungen zwischen den Angehörigen mit bestimmten Erwartungshaltungen und den Professionellen auf. Die Arbeit mit Klientinnen und Klienten gestaltet sich besonders anspruchsvoll, wenn sie sich nur phasenweise krankheits- und therapieeinsichtig zeigen und deshalb nur punktuell kooperieren.

Neben der Selbstgefährdung ist oft auch der «Schutz von Dritten» im Umgang mit psychisch erkrankten Klientinnen und Klienten von Bedeutung. Hier gilt es abzuwägen, ob deren Verhalten gesellschaftlich noch vertretbar ist oder eine Fremdgefährdung darstellt.

Fallbeispiel 20

Eine Mutter von drei Kindern im Alter von zehn, zwölf und sechzehn Jahren mit einer schweren psychischen Erkrankung und Verwahrlosungstendenzen setzt immer wieder ihre Medikamente ab, wenn sie zu Hause ist. Ihr Gesundheitszustand verschlechtert sich jeweils massiv bis hin zu psychotischen Zuständen, die eine stationäre Unterbringung in einer psychiatrischen Klinik erfordern. Während sie in der Klinik ist, sorgen jeweils der Vater und die Grosseltern für die Kinder. Bisher kam es zu sechs Einweisungen.

Nach neuerlicher Entlassung treten wieder Probleme auf. Die Spitex will die Pflege nicht mehr gewährleisten, weil die Frau sich weigert, in ambulantem Rahmen ihre Medikamente einzunehmen und Spitex-Angestellte bedroht. Die zuständige Spitex-Mitarbeiterin meldet sich bei der für die Frau im Sinne von Art. 394 ZGB als Vertretungsbeiständin eingesetzten Sozialarbeiterin. Die Sozialarbeiterin versucht der Klientin klarzumachen, dass es für sie und ihre Familie das Beste wäre, wenn sie in eine betreute Wohneinrichtung eintreten würde. Sie habe bereits eine geeignete stationäre Institution gefunden und werde einen Antrag betreffend fürsorgerischer Unterbringung an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde stellen. Die nächsten

325 Vgl. dazu die ethischen Grundsätze des Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (SBK): <<https://www.sbk.ch/pflegethemen/ethik.html>> (zuletzt besucht am 26. Juli 2018).

Angehörigen sind damit einverstanden; die Klientin beharrt indes auf ihrem Selbstbestimmungsrecht und will auf keinen Fall in ein betreutes Wohnheim ziehen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie ist mit dem Spannungsfeld zwischen Selbstbestimmung und Schutzbedarf umzugehen?
- Kann eine Einweisung in eine betreute Wohnform im Rahmen einer fürsorgeischen Unterbringung angeordnet werden?
- Welche Einrichtungen sind für eine fürsorgerische Unterbringung geeignet?

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind hier die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK) sowie die Garantien im Bereich des Freiheitsentzugs (Art. 31 BV). Einschränkungen sind nur im Sinne von Art. 36 BV zulässig.

Eine Einweisung in eine Einrichtung gegen den Willen der betroffenen Person ist nur im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung möglich (Art. 426 ZGB). Erforderlich sind ein ausgewiesener Schwächezustand (psychische Störung, geistige Behinderung oder Verwahrlosung) sowie ein entsprechender Schutzbedarf (stationäre Behandlung und/oder Betreuung des Schwächezustands in einer geeigneten Einrichtung, wobei keine anderen ambulanten Alternativen zur Verfügung stehen, vgl. Art. 426 Abs. 1 ZGB). Mit zu berücksichtigen sind auch die Belastung und der Schutz der Angehörigen oder Dritter (Art. 426 Abs. 2 ZGB). Die Unterbringung kann entweder die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Art. 428 ZGB) oder ein vom Kanton zugelassener Arzt (Art. 429 ZGB) verfügen unter Wahrung der Verfahrensrechte (Art. 446, 447 und 448 ZGB bzw. Art. 430 ZGB).

Eine stationäre Einrichtung bietet einer fürsorgerisch untergebrachten Person die notwendige Betreuung und oder Behandlung, wobei dies auch unter spürbarer Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit und gegen ihren Willen geschehen kann. Es muss sich dabei nicht um eine geschlossene Einrichtung handeln; es genügt, dass es der betroffenen Person untersagt ist, die Einrichtung nach ihrem Gutdünken zu verlassen und ihre Bewegungsfreiheit durch Überwachungsmaßnahmen auch tatsächlich einzuschränken. Meistens handelt es sich um psychiatrische Kliniken oder Heime. Ob eine betreute Wohnform eine geeignete Einrichtung darstellt, ist aufgrund der Gefährdungslage der betroffenen Person und ihren Bedürfnissen zu entscheiden. Es kann sein, dass diese als geeignete Einrichtung erklärt werden kann. In jedem Fall muss die Unterbringung regelmässig überprüft werden (Art. 431 ZGB).

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für eine fürsorgerische Unterbringung fraglich. Im Zentrum steht ein Zustand akuter Selbstgefährdung bei fehlender Einweisung, obwohl sich der Verlauf im heutigen Zeitpunkt nicht antizipieren lässt. Wesentlich ist deshalb die ärztliche Einschätzung. Es ist überdies zu klären, ob die Frau verpflichtet werden kann, das Zusammenleben mit ihren drei Kindern aufzugeben. Sollte das Wohl der Kinder durch die Anwesenheit der Mutter gefährdet sein, kann eine entsprechende Anordnung aus grundrechtlicher Sicht durchaus zulässig sein.

c) Handlungsempfehlungen

Besteht die Wahrscheinlichkeit ernsthafter Selbst- und Fremdgefährdung, ist allenfalls eine fürsorgerische Unterbringung gegen den Willen der Klientin angezeigt. Eine solche stellt jedoch einen massiven Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Klientin dar und darf nur als Ultima ratio zum Zuge kommen. Eine Zwangsbehandlung ist zudem ein massiver Eingriff in die körperliche Integrität, der besondere Voraussetzungen bedarf. Zwangsmassnahmen müssen stets die Verhältnismässigkeit und die Subsidiarität, das Ausschöpfen von Handlungsalternativen, besonders beachten. Sofern mehrere Massnahmen geeignet sind, ist die am wenigsten belastende zu wählen.

Deshalb müssen alle Optionen genau geprüft werden.³²⁶ Angesichts der Schwere eines Eingriffs in die Grundrechte ist dessen Zumutbarkeit für die Klientin sehr sorgfältig abzuwägen.

Der Klientin müssen die Folgen einer Nichteinnahme der Medikamente aufgezeigt werden. In diesem Zusammenhang wäre es angezeigt, den zuständigen Arzt oder die zuständige Psychiaterin in die Beratung einzubeziehen. Neben der Selbstgefährdung der Klientin muss auch die Fremdgefährdung – die Bedrohung der Spitex-Mitarbeiterin – zur Sprache kommen. Besonders ist das Wohl der drei Kinder bei der Abwägung zu berücksichtigen. Wenn die Mutter einen psychotischen Schub hat, muss die Betreuung der Kinder gesichert sein. Deshalb ist auch der Vater in die Lösungsfindung einzubeziehen.

Der Mutter müssen die Folgen ihres Verhaltens gegenüber den Kindern vor Augen geführt werden. Ist die Gefährdung der Kinder gravierend, sind die Kinder vor der Mutter zu schützen und Kindesschutzmassnahmen angezeigt.

326 [https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.Zwangsmassnahmen in der Medizin](https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.Zwangsmassnahmen%20in%20der%20Medizin), 2015, S. 14 (zuletzt besucht am 8. August 2018).

7.7 Selbstbestimmung versus Schutzpflichten

Fallbeispiel 21

Eine Frau mit einer geistigen Beeinträchtigung leidet an Diabetes Typ 2. Sie steht unter umfassender Beistandschaft (Art. 398 ZGB). Im Wohnheim ass sie übermässig viel und bediente sich auch nachts aus dem Kühlschrank. Sie nahm stark zu und bewegte sich kaum noch. Der Arzt empfahl eine Ernährungsberatung und dringend eine Diät, ferner täglich mindestens dreissig Minuten Bewegung.

Die Frau lässt sich aber nicht zu körperlicher Aktivität bewegen. Das Wohnheim, wo sie Frühstück und Abendessen einnimmt, achtet nun stärker auf eine ausgewogene Ernährung. Am Arbeitsplatz der Frau in einem Betriebsrestaurant und in ihrer Freizeit ist indes keine Kontrolle ihrer Essgewohnheiten möglich.

Der zuständige Betreuer der Wohneinrichtung wendet sich an die Beistandsperson. Er möchte die Situation mit ihr besprechen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Welche grundrechtlichen und ethischen Fragen stellen sich?
- Dürfen oder müssen Mitarbeitende betreuter Wohneinrichtungen auf das Essverhalten der Bewohnerinnen und Bewohner Einfluss nehmen?
- Welche Fragen wirft das Spannungsfeld zwischen Schutzpflichten und Selbstbestimmung auf?

b) Rechtliche Beurteilung

Erneut geht es hier um die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV), die Privatsphäre (Art. 13 BV) sowie Art. 12 Abs. 3 BRK.

Eine umfassende Beistandschaft erstreckt sich auf alle Angelegenheiten der Personen- und Vermögenssorge sowie des Rechtsverkehrs (Art. 398 Abs. 2 ZGB). Die Handlungsfähigkeit der ihr unterstehenden Person entfällt von Gesetzes wegen (Art. 398 Abs. 3 ZGB). Jedoch übt sie ihre höchstpersönlichen Rechte eigenständig aus (Art. 19c und Art. 407 ZGB). Sie kann mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters auch Verpflichtungen eingehen oder Rechte aufgeben (Art. 19 und Art. 407 ZGB). Daraus folgt, dass eine urteilsfähige Person auch unter umfassender Beistandschaft Entscheidungen in höchstpersönlichen Belangen autonom treffen darf und diese somit der Handlungsmacht der Beistandsperson entzogen sind. Massgebliches Kriterium, ob eine Vertretungshandlung durch die Beistandsperson rechtlich möglich ist, bildet die Urteilsfähigkeit. Entscheidungen im Rahmen höchstpersönlicher Rechte kann eine urteilsfähige Person somit nur selber treffen. Für urteilsunfähige Personen entscheidet die Beistandsperson, sofern nicht ein Recht so eng mit der Persönlichkeit verbunden ist, dass jede Vertretung ausgeschlossen ist (Art. 19c Abs. 2 ZGB, z. B. Organspende, Heirat, Testament).

Der Beistandsperson obliegt die anspruchsvolle Aufgabe, Vertrauen zur Frau aufzubauen, ihre Lebensführung so weit wie möglich zu respektieren und ihr gesundheitsschädigendes Fehlverhalten korrigieren zu helfen (vgl. Art. 406 Abs. 1 ZGB).³²⁷ Eine unter umfassender Beistandschaft stehende Person, die, wie im vorliegenden Fall, über einen gewissen Mobilitäts- und Autonomiegrad verfügt, kann sich im Bereich von Gesundheit und Ernährung den Anweisungen des betreuenden Umfeldes widersetzen, riskiert damit aber, die Betreuungs- und Behandlungsziele zum Scheitern zu bringen. Es stellt sich die Frage, ob die Beistandsperson ihre Schutzpflicht verletzt, wenn sie nichts dagegen tut. Auf jeden Fall müssen dabei die aus den (Persönlichkeitsrechten hervorgehenden Rechtsgüter) und Schutzpflichten gegeneinander abgewogen und nötigenfalls kreative Kompromisse gefunden werden.³²⁸ Möglicherweise lässt sich der Interessengegensatz durch ein erweitertes Betreuungskonzept auflösen, welches allen Beteiligten als Leitlinie dient und die Unterstützungsmöglichkeiten auf eine realistische Grundlage stellt.

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall ist eine umfassende Problemanalyse erforderlich unter Einbezug der Frau und sämtlicher Akteurinnen und Akteure (Wohnheim, Arbeitsort, Freizeit, ärztliche Betreuung). Ziel ist, Mittel zu finden, die die gesundheitsgefährdende Situation entschärfen. Ausgewogene Ernährung und ausreichend Bewegung sind Grundpfeiler einer Diabetesbehandlung. Das ganze Umfeld sollte der Betroffenen helfen, ihr Verhalten zu ändern.

Menschen mit geistiger Beeinträchtigung benötigen Unterstützung, um ihr Recht auf Gesundheit geltend zu machen. Sozialprofessionelle können Bewohner und Bewohnerinnen einer Einrichtung im Sinne assistierender Selbstbestimmung stärken und unterstützen. Anhand leicht verständlicher Unterlagen (Schautafeln etc.) kann ihnen erklärt werden, wie eine ausgewogene Ernährung aussieht und welches die Konsequenzen sind, wenn sie nicht eingehalten wird. Im vorliegenden Fall könnten über Nacht Küche und Kühlschrank abgesperrt werden. Zur körperlichen Ertüchtigung dienen Aktivitäten wie Spaziergänge oder Gymnastik. Eine Überprüfung und eventuelle Anpassung des Betreuungskonzepts an die spezielle Situation der Frau trägt eventuell dazu bei, die gesundheitsgefährdende Situation zu verbessern. Voraussetzung dafür ist auf jeden Fall der Einbezug aller Akteure (Wohnheim, Arbeitsort, Freizeit, ärztliche Betreuung) sowie der Frau selber.

³²⁷ Affolter-Fringeli, 2018, S. 113.

³²⁸ Ebd., S. 120.

7.8 Sucht

Bei Klientinnen und Klienten mit einer Suchtmittelabhängigkeit sehen sich die Sozialarbeitenden gezwungen, abzuwägen, ob eine allfällige Selbstgefährdung so schwer wiegt, dass ihr Schutz höher zu gewichten ist als ihr eigener Wille und ihre Autonomie. Ferner ist abzuklären, wie urteilsfähig sie noch sind bzw. wie suchtgesteuert sie bereits handeln. Sozialarbeitende finden sich häufig im Dilemma zwischen den Wertvorstellungen und Erwartungen der Klientinnen Klienten und ihrer Angehörigen: Letztere wünschen sich in einer solchen, auch für sie sehr belastenden Situation oft eine Zwangseinlieferung oder -therapie.

Fallbeispiel 22

Ein stark alkoholabhängiger Mann untersteht einer Begleitbeistandschaft nach Art. 393 ZGB. Die Beistandsperson unterstützt ihn bei der Erledigung der finanziellen Angelegenheiten. Wenn der Mann trinkt, wird er aggressiv und beschimpft Nachbarn, Eltern und Geschwister. Kürzlich musste er mit 2,8 Promille notfallmässig ins Krankenhaus eingeliefert werden. Regelmässig bleibt er von seiner Arbeit fern und setzt damit seine Arbeitsstelle aufs Spiel. Die Angehörigen möchten, dass er in einer geschlossenen Einrichtung zwangstherapiert wird. Sie werfen dem Beistand vor, er handle nicht.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Kann der Mann gegen seinen Willen zu einer Behandlung gezwungen werden? Unter welchen Umständen wäre dies möglich?
- Wie steht es um das Selbstbestimmungsrecht des Mannes?

b) Rechtliche Beurteilung

Betroffen sind hier primär die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV sowie Art. 5 EMRK) sowie die Garantien bei einem Freiheitsentzug (Art. 31 BV). Folglich sind die Voraussetzungen gemäss Art. 36 BV zu beachten.

Die medizinische Behandlung einer psychischen Störung gegen den Willen der betroffenen Person ist nur unter den restriktiven Voraussetzungen von Art. 434 ZGB zulässig und erfordert, dass sie im Rahmen einer fürsorglichen Unterbringung in eine Einrichtung eingewiesen wird (Art. 426 ZGB). Eine solche Einweisung kann die Erwachsenenschutzbehörde (Art. 428 ZGB) oder ein vom Kanton zugelassener Arzt oder Ärztin (Art. 429 ZGB) unter Achtung der Verfahrensrechte verfügen, wobei nicht nur Beistandspersonen ein Melderecht zukommt, sondern auch den Angehörigen (vgl. Art. 443 Abs. 1 ZGB). Ob die Voraussetzungen für eine Unterbringung und Behandlung gegen den Willen der betroffenen Person erfüllt sind, entscheidet sich nach Massgabe der gesetzlichen Kriterien und einer Experteneinschätzung. Dass im

vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine fürsorgliche Unterbringung gegeben sind, ist jedoch fraglich.

c) Handlungsempfehlungen

Der Beistand hat das Gespräch mit dem Klienten zu suchen und ihn auf die Gefahren hinzuweisen. Seine Lebenssituation generell und sein Alkoholkonsum im Speziellen müssen thematisiert werden. Wie erklärt sich der Klient die Suchtabhängigkeit? Bei welchen Gelegenheiten trinkt er, und wieso? Die Gefährdung von Angehörigen und Nachbarn muss ebenso besprochen werden wie ein möglicher Arbeitsplatzverlust. Allenfalls ist es sinnvoll, den Arbeitgeber an den Tisch zu bitten. Im vorliegenden Fall bestünde der erste Schritt wohl darin, die Sucht im Rahmen einer ambulanten Beratung anzugehen. Der Mann sollte zur Kontaktierung einer Suchtberatungsstelle bewegt werden. Der Beistand kann ihn hierbei unterstützen. Mit Zwang ist in der Regel bei einer Suchtproblematik wenig zu bewirken; der Betroffene muss freiwillige Schritte unternehmen. Das gelingt nur, wenn er seine Alkoholsucht einsieht. Deshalb ist das Gespräch zentral.

Die Sorgen der Eltern müssen ebenfalls ernst genommen werden. Sie sind anzuhören. Die kantonalen Suchtberatungsstellen bieten auch Angehörigen Unterstützung an.

7.9 Demenz

Aufgrund der demografischen Entwicklung ist in den nächsten Jahren mit einer wachsenden Zahl von Demenzerkrankungen zu rechnen.³²⁹ Für die betroffenen Menschen, deren Angehörige sowie Betreuende im Rahmen des Erwachsenenschutzes sind grund- und menschenrechtliche Aspekte bedeutsam. Immer wieder stellen sich anspruchsvolle ethische Fragen, im Kontext von Demenzerkrankungen vor allem solche hinsichtlich der Schutzpflicht und Selbstbestimmung. Im Zentrum steht die Beurteilung der Urteilsfähigkeit des oder der Betroffenen, die je nach Stadium der Erkrankung mehr oder weniger eingeschränkt sein kann. Doch ist die Urteilsfähigkeit nicht schlechthin, sondern immer auf die konkret zu fällende Entscheidung in einer bestimmten Situation hin zu beurteilen: Sie kann zum Beispiel bei der Entscheidung über eine medikamentöse Behandlung oder eine alltägliche Betreuungsmassnahme (Mahlzeiten- oder Kleiderauswahl) noch gegeben sein, aber für einen Vertragsabschluss nicht. Mangelt es einer Person an Urteilsfähigkeit, ist ihr mutmasslicher konkreter Handlungswille ausschlaggebend.

Gerade bei leichten Formen von Demenz gilt es abzuwägen, inwieweit der oder die

329 Vgl. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2017, S. 5.

Betroffene noch selbständig leben kann. Möglicherweise ist die Schutzbedürftigkeit höher zu werten als die Selbstbestimmung. Dann muss gemeinsam mit dem oder der Betroffenen überlegt werden, welche Unterstützungsmassnahmen sinnvoll sind. Unabhängig vom Grad der Urteilsfähigkeit sind Partizipation und Unterstützung der Betroffenen sowohl bei spezifischen Entscheidungen als auch im Alltagsleben zentral.³³⁰

Auch beim Thema Demenz werden Sozialarbeitende, die Vertreterinnen und Vertreter der Erwachsenenschutzbehörde und andere Fachpersonen mit unterschiedlichen Wertvorstellungen, Erwartungshaltungen und Meinungen der Angehörigen und der Gesellschaft in Fragen der Selbständigkeit, des Umgangs mit den Finanzen und der adäquaten Betreuung konfrontiert.

Krankheitsbedingte Verhaltensstörungen können den Umgang und die Zusammenarbeit mit den Betroffenen belasten und deren Betreuung erschweren.³³¹ Beratung und Betreuung erfordern eine offene Kommunikation, Einfühlungsvermögen, Respekt und viel Geduld, immer wieder dieselben Dinge zu besprechen, ohne den Klientinnen und Klienten Vorwürfe zu machen. Am Anfang ihrer Betreuung sollten einer demenzerkrankten Person nicht zu viele und immer wieder neue Bezugspersonen zugemutet werden. Der personenzentrierte Ansatz ist im Umgang mit Menschen mit Demenz hilfreich.³³² Er beruht auf der Annahme, dass die Persönlichkeit von Demenzerkrankten nicht einfach verlorengeht, sondern lediglich sukzessive «verschleiert» wird. Es ist deshalb wichtig, deren Persönlichkeit zu ergründen.

Fallbeispiel 23

Ein 76-jähriger Mann ist inkontinent und weigert sich, zum Arzt zu gehen. Seine Tochter macht sich Sorgen und meldet der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, dass sie der Vater nicht mehr in die Wohnung lasse; er mache ihr einen verwirren Eindruck und wolle keine Hilfe annehmen. Die Wohnung rieche nach Urin, und er wasche sich nicht regelmässig. Sie vermutet auch, dass er sich nicht mehr richtig ernährt. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beauftragt eine spezialisierte Fachstelle mit der Abklärung. Die zuständige Sozialarbeiterin macht daraufhin einen Hausbesuch. Der Mann lässt sie überraschenderweise in die Wohnung. Er gibt ihr aber zu verstehen, dass er keine Unterstützung benötige und alles im Griff habe. Die Wohnung ist in einem desolaten Zustand, überall steht schmutziges Geschirr, die Mülleimer sind überfüllt, die Post liegt unerledigt herum und es riecht schlecht. Die Sozialarbeiterin hält in ihrem Bericht fest, die Möglichkeiten ambulanter Un-

330 Vgl. auch Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, 2017, S. 11.

331 Vgl. ebd., S. 5.

332 Vgl. Kitwood, 2016, S. 277.

terstützung seien ausgeschöpft, und verneint die Wohnfähigkeit des Mannes. Im Rahmen des von ihr durchgeführten «Mini-Mental-Status» in Kombination mit dem Uhrentest, mit denen die kognitiven Fähigkeiten geprüft werden, sei lediglich eine Punktzahl von 11 erreicht worden, was auf eine mittelschwere Demenz hindeute. Eine Einweisung in eine Pflegeeinrichtung sei dringend angezeigt.

a) Rechtliche Fragestellungen und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie können Selbstbestimmung und Selbständigkeit des Mannes gestärkt werden?
- Wie sind die unterschiedlichen Interessen zu gewichten?
- Welche erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen drängen sich auf?

b) Rechtliche Beurteilung

Eine Einweisung der betroffenen Person gegen ihren Willen in eine Pflegeeinrichtung tangiert das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 5 EMRK), das Recht auf Privatsphäre (Art. 13 BV) sowie die Garantien bei Freiheitsentzug (Art. 31 BV). Einschränkungen können nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV erfolgen.

Leider kommt es vor, dass der Eintritt in eine Pflegeeinrichtung nicht einvernehmlich und zu einem Zeitpunkt stattfindet, da sich die betroffene Person nicht mehr selbstbestimmt dazu entschliessen kann. Aufgrund der beschränkten Zahl geeigneter Einrichtungen und der Dringlichkeit ist häufig eine vorübergehende Einweisung in eine psychiatrische Klinik ins Auge zu fassen.

Jemanden gegen seinen Willen in eine Pflegeeinrichtung oder eine psychiatrische Klinik einzuweisen, ist nur unter den Voraussetzungen der fürsorgerischen Unterbringung unter Beachtung der Verfahrensrechte möglich (Art. 426 ZGB). Ein Schwächezustand bzw. Schutzbedarf muss im Sinne von Art. 426 ZGB ausgewiesen und die Einweisung verhältnismässig sein. Sofern der Verdacht auf eine fortgeschrittene, mittelschwere Demenz von einem Arzt bestätigt wird, kann eine stationäre Betreuung angebracht sein, vor allem wenn sämtliche ambulanten Möglichkeiten ausgeschöpft sind und die betroffene Person niemanden mehr an sich heranlässt. In diesem Fall kann der Schutzbedarf höher gewichtet werden als der Wunsch, in der eigenen Wohnung zu bleiben, zumal wenn daraus eine erhebliche Selbstgefährdung resultieren würde (etwa wenn die betroffene Person kaum mehr isst oder trinkt).

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall ist der Schutzbedarf des Mannes stärker zu gewichten als seine Selbstbestimmung. Dringlich erscheint eine fundierte ärztliche Abklärung sowohl der Ursachen seiner Inkontinenz als auch der vermuteten Demenzerkrankung. Es stellt sich die Frage seiner Urteilsfähigkeit. Urteilsfähige Personen haben das Recht, medizinisch geboten erscheinende Behandlungen abzulehnen. Anders ver-

hält es sich jedoch, wenn jemand wegen mangelnder Urteilsfähigkeit nicht in der Lage ist, frei und selbständig zu entscheiden.

Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) hat (medizin) ethische Richtlinien für die Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz verfasst, die in der Praxis sehr hilfreich sind.³³³

Bevor eine Einweisung in ein Pflegeheim in Betracht gezogen wird, sollte eine massgeschneiderte Unterstützung durch Spitex, Haushaltshilfe, Mahlzeitendienst etc. organisiert werden. Die Anliegen und Bedürfnisse des Mannes müssen berücksichtigt werden. Die Gründe, wieso er Unterstützung ablehnt, sollten ebenso wie seine Bedürfnisse und Vorstellungen eingehend mit ihm besprochen werden. Welche Unterstützung könnte er von seinem Umfeld erhalten? Wie könnte die Zusammenarbeit mit ihm aussehen? Wäre er bereit, für einige Tage zur Probe im Pflegeheim zu wohnen?

Kann die Selbstgefährdung des Mannes mit massgeschneiderten Massnahmen nicht beseitigt werden, ist eine Unterbringung in einem Pflegeheim anzuraten.

Für Angehörige können Demenzerkrankungen sehr belastend sein, weshalb die Sicht der Tochter bei der Lösungsfindung zu berücksichtigen ist.

Fallbeispiel 24

Der erwachsene Sohn einer Frau, die an beginnender Demenz leidet, hat seine Wohnung aufgegeben und wohnt nun bei seiner Mutter. Sie hat gegenüber der Spitex-Mitarbeiterin immer wieder betont, dass sie ihn auf keinen Fall bei sich haben wolle. Der Sohn leidet an einer paranoiden Schizophrenie. Meistens ist er den ganzen Tag unterwegs und kommt erst am Abend nach Hause.

Weil er seine Medikamente unregelmässig einnimmt, erleidet er psychotische Phasen. Mutter und Sohn werden dabei tätlich, schreien sich auf dem Balkon und im Treppenhaus an. Die Spitex-Mitarbeiterin macht eine Gefährdungsmeldung bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Die Sozialarbeiterin wird damit beauftragt, die Situation abzuklären.

a) Rechtliche Fragestellungen und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie ist die selbstbestimmte Lebensführung der Mutter zu bewerten?
- Welche Fragen stellen sich bezüglich des Schutzes beider Personen?
- Was umfasst eine Abklärung?
- Welche Grundsätze sind zu beachten?
- Wie können die Bedürfnisse sowohl der Mutter als auch des Sohnes ermittelt werden und beider Grundrechte geschützt werden?

333 Vgl. <https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html> (zuletzt besucht am 24.08.2018).

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert sind hier das Grundrecht auf Privatsphäre, das Recht auf eine unabhängige und selbstbestimmte Lebensführung (Art. 13 BV, Art. 19 BRK) sowie die Verfahrensrechte im Sinne von Art. 29 BV.

Die Erwachsenenschutzbehörde erforscht den Sachverhalt von Amtes wegen (Art. 446 Abs. 1 ZGB). Sie kann mit der Klärung der Sachlage auch eine geeignete Person oder Stelle beauftragen (Art. 446 Abs. 2 ZGB). Dabei geht es darum, zu prüfen, ob und, wenn ja, an welchem Schwächezustand eine erwachsene Person leidet und welche Auswirkungen dies auf ihre Alltagsbewältigung hat. Im Rahmen einer umfassenden Abklärung müssen die Probleme der betroffenen Personen systematisch erfasst, analysiert und beurteilt werden und ist aufzuzeigen, ob daraus ein Schutzbedarf bzw. Hilfsbedürftigkeit resultiert.³³⁴ Wesentlich ist auch, ihre Ressourcen in den Problemlösungsprozess miteinzubeziehen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit ist während des gesamten Abklärungsverfahrens zu beachten. Inhalt und Umfang der Abklärung sind fallbezogen auf jene Lebensbereiche zu beschränken, die Gegenstand der Intervention sein sollen. Sie dient dem Wohl der betroffenen Person und darf sie nicht unverhältnismässig belasten.³³⁵ In der Regel wird ein Sozialbericht verfasst, der den Schwächezustand und das Gefährdungspotenzial beschreibt, aber auch die Möglichkeiten der betroffenen Person aufzeigt und den Handlungsbedarf klärt.³³⁶ Ihr steht rechtliches Gehör im Rahmen einer persönlichen Anhörung zu (Art. 447 Abs. 1 ZGB). Es empfiehlt sich, Abklärungsstandards festzulegen. Betroffene begegnen dem Verfahren oft mit Skepsis, Angst oder Widerstand. Transparenz ihnen gegenüber ist deshalb wichtig.³³⁷

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fall müssen die individuellen Bedürfnisse und die Lebens- und Gesundheitssituation sowohl der Mutter als auch des Sohnes detailliert geklärt werden. Auch die Gefahr einer Selbst- und Fremdgefährdung muss sorgfältig analysiert werden.

Mit dem Sohn ist das Gespräch über seinen Gesundheitszustand und seine Beziehung zur Mutter zu suchen. Warum ist er zur Mutter gezogen? Wie erklärt er, dass er seine Medikamente abgesetzt hat? Sein Einverständnis vorausgesetzt, ist seine Ärztin, sein Arzt zu konsultieren. Ist der Mann urteilsfähig, kann er selber entscheiden, ob er seine Medikamente einnimmt oder nicht.

³³⁴ Vgl. Peter/Dietrich/Speich, 2016, S. 143.

³³⁵ Ebd., S. 144.

³³⁶ Ebd.

³³⁷ Für weitere grundlegende Standards vergleiche ebd., S. 154.

Auch mit der Mutter müssen einige Punkte besprochen werden. Warum ist der Sohn zu ihr gezogen? Ist das für sie akzeptabel oder nicht? Hinsichtlich der beginnenden Demenz sollte der zuständige Arzt, die zuständige Ärztin kontaktiert werden, um Abklärungen in die Wege zu leiten.

Im Anschluss an die Einzelgespräche empfiehlt sich ein gemeinsames Gespräch mit Mutter und Sohn über Lösungsmöglichkeiten, Bedenken und Ängste. Die gegenseitige Abhängigkeit in der gegebenen Familiensituation ist nicht zu unterschätzen und muss berücksichtigt werden. Unter Umständen ist es besser, wenn sie wieder getrennt wohnen. Beratungsstellen (Sozialberatung, Pro Senectute) sollten für Rat und Unterstützung beigezogen werden.

Fallbeispiel 25

Ein sehr wohlhabender Klient ist mittelschwer demenzkrank. Es wurde für ihn eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 und 395 ZGB errichtet. Seine drei erwachsenen Kinder sind zerstritten und haben unterschiedliche Ansichten, welches der Wille ihres Vaters in medizinischen und finanziellen Angelegenheiten ist. Neu hat der Vater seit einigen Monaten eine Partnerin, die gelegentlich bei ihm übernachtet. Die Kinder verbieten das ihr und drängen auf einen Heimeintritt ihres Vaters. Dieser sieht jedoch keinen Handlungsbedarf. Deshalb kontaktieren sie die Beiständin und verlangen, dass sie endlich handelt.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie ist das Selbstbestimmungsrecht des Vaters einzuschätzen?
- Kann die Privatsphäre des Vaters eingeschränkt werden?
- Wie sind die unterschiedlichen Auffassungen zu gewichten?
- Besteht Handlungsbedarf für die Beistandsperson?

b) Rechtliche Beurteilung

Primär betroffen sind das Recht auf Privatsphäre (Art. 28 ZGB, Art. 13 BV, Art. 8 EMRK) sowie jenes auf eine unabhängige Lebensführung (Art. 19 BRK). Für deren Einschränkung müssen die Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfüllt sein. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage der Verhältnismässigkeit. Es geht um die höchstpersönlichen Rechte des Vaters, die nicht einfach eingeschränkt werden dürfen, weil die Kinder es wünschen. Die Beiständin wahrt als gesetzliche Vertreterin des Vaters dessen private Interessen, ist dessen Grundrechten verpflichtet und muss sie schützen (Art. 388 Abs. 2, Art. 406 Abs. 1 ZGB).

Zum Schutzbereich dieser Grundrechte erstreckt sich auf alle persönlichkeitsrelevanten Handlungen. Dazu gehört beispielsweise das Recht auf ein Sexualeben und

die Aufnahme und Pflege emotionaler Beziehungen zu anderen Menschen.³³⁸ Es besteht keine gesetzliche Grundlage dafür, dass die Angehörigen das gelegentliche Übernachten der Partnerin bei ihrem Vater verbieten können. Nicht erwiesen ist ferner, dass keine eigenständige Wohnfähigkeit mehr besteht.

c) Handlungsempfehlungen

Der Vater muss dabei unterstützt werden, seine Privatsphäre gegenüber den Kindern zu verteidigen.

Zunächst ist in einem Gespräch mit ihm dessen Sicht zu erkunden. Wohnfähigkeit und finanzielle Situation sollten dabei geklärt werden, um das Ausmass allfälliger externer Unterstützung zu definieren. Ist seine Wohnfähigkeit gegeben und kann er für sich sorgen, besteht kein Grund, ihn in einem Pflegeheim unterzubringen. Eine Einweisung gegen seinen Willen ist nur im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung möglich. Das wäre nicht verhältnismässig, zumal zuerst andere Unterstützungsangebote wie Spitex, Haushaltshilfe und Mahlzeitendienst in Betracht zu ziehen wären.³³⁹

Zu empfehlen ist, mit Einwilligung des Klienten den zuständigen Arzt oder die zuständige Ärztin zu konsultieren, um Näheres über den Krankheitsverlauf zu erfahren.

Auch die Angehörigen müssen die Möglichkeit erhalten, ihre Argumente darzulegen. Vielleicht befürchten sie eine Übervorteilung des Vaters durch die neue Partnerin in seinem Leben und eine Schmälerung ihres Erbes. Ebenso sollte die Partnerin des Mannes in die Lösungsfindung einbezogen werden. Zentral ist, dass der Mann das Recht hat, eine Beziehung einzugehen und niemandem darüber Rechenschaft schuldig ist, ob seine Partnerin bei ihm übernachtet. Seine Kinder können ihm diesbezüglich keine Vorschriften machen. Der Vater entscheidet selbst, solange er urteilsfähig ist. Den Kindern ist klarzumachen, dass sie seine Privatsphäre nicht einschränken dürfen und seine Selbstbestimmung zu akzeptieren haben. Spezielle Beratungsstellen für Angehörige, zum Beispiel die Schweizerische Alzheimervereinigung mit ihren jeweiligen kantonalen Sektionen, bieten allenfalls zusätzliche Unterstützung.

³³⁸ Vgl. Kap. 3.3.

³³⁹ Ein Eintritt in ein Pflegeheim ist laut Schweizerischer Alzheimervereinigung dann geboten, wenn eine Betreuung in den eigenen vier Wänden nicht mehr möglich ist, beispielsweise wenn rund um die Uhr jemand da sein müsste oder eine betroffene Person sich selber und andere gefährdet. Vgl. Alzheimer Schweiz, 2018. Vgl. Schweizerische Alzheimervereinigung <http://www.alz.ch/index.php/fuer-angehoerige.html> (zuletzt besucht am 27. August 2018).

7.10 Selbstbestimmung im Rahmen medizinischer Behandlung

In der Psychiatrie und in Heimen ist die Zwangsmedikation ein virulentes Thema. Das Gesetz trifft diesbezüglich eine schwierige Unterscheidung: Medizinische Behandlungen einer urteilsunfähigen, psychisch beeinträchtigten Person in einer psychiatrischen Klinik werden nach Art. 433 f. ZGB beurteilt (Art. 380 ZGB), jene somatischen Krankheiten einer urteilsunfähigen Person indes nach Art. 377 f. ZGB, die eine Vertretungsmöglichkeit vorsehen. Die Botschaft zum revidierten Erwachsenenschutzgesetz begründet das Sonderrecht betreffend Behandlung einer psychischen Störung damit, dass die Regelung dem Schutz der betroffenen Person dient. Sie soll nicht ohne weitere Umstände von Angehörigen in eine psychiatrische Klinik versorgt werden³⁴⁰.

Sozialarbeitende befinden sich im Spannungsfeld zwischen dem Willen und der Selbstbestimmung der Klientinnen und Klienten und ihrem Schutzauftrag. Das stellt sie vor knifflige Situationen: Was, wenn ein Klient beispielsweise dank eines stationären Aufenthalts und Zwangsmedikation stabilisiert werden kann, nach seiner Entlassung die Medikamente aber eigenmächtig absetzt und deshalb erneut eingewiesen werden muss? Wie ist mit diesem Teufelskreis umzugehen?

Auch bei demenzkranken Menschen kann die Anordnung medizinischer Massnahmen ein Thema werden. Dabei ist die Abgrenzung zwischen somatischen und psychischen Krankheiten nicht einfach, zumal die Sozialarbeitenden mitunter erst dann mit einem Klienten oder einer Klientin in Kontakt kommen, wenn die Demenz schon weit fortgeschritten ist und ihr Wille nicht mehr festgestellt oder erahnt werden kann.

Fallbeispiel 26

Eine 85-jährige, urteilsunfähige Frau wird so schwer krank, dass nur noch eine aufwendige und risikoreiche Operation eine begrenzte Lebensverlängerung verspricht. Die Tochter wünscht, dass die Operation durchgeführt wird. Der Sohn erachtet sie in ihrem Alter als unverhältnismässig; seine Mutter habe ein erfülltes Leben gehabt. Die Frau hat vor Errichtung der Vertretungsbeistandschaft keine Patientenverfügung verfasst. Ihre Beiständin mit Vertretungsrecht in medizinischen Belangen soll nun entscheiden.

³⁴⁰ Vgl. BBl 2006, S.7037.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Wie ist die Frage der persönlichen Freiheit der Frau einzuschätzen?
- Dürfen die Angehörigen über den medizinischen Eingriff entscheiden?
- Wie soll die Beiständin mit den unterschiedlichen Sichtweisen der Angehörigen umgehen?
- Wie soll die Beiständin entscheiden?

b) Rechtliche Beurteilung

Tangiert ist hier die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV). Eingriffe sind unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig.

Die zur Debatte stehende Operation ist ein Eingriff in die grund- und persönlichkeitsrechtlich geschützte körperliche Integrität und erfordert einen Rechtfertigungsgrund. Der Entscheid über eine indizierte medizinische Behandlung ist höchstpersönlich. Entsprechend steht im Zentrum die gültige Einwilligung der urteilsfähigen Person oder bei Urteilsunfähigkeit jene einer mit Vertretungsrecht ausgestatteten Person (vgl. Art. 377 ZGB). Das Vertretungsrecht ist nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person, also nicht eigennützig, auszuüben (vgl. Art. 378 Abs. 3 ZGB). So ist es Aufgabe des gesetzlichen Vertreters, den mutmasslichen Willen der betroffenen Person zu ermitteln. Er darf sich dazu beispielsweise mit Angehörigen und dem Hausarzt absprechen.³⁴¹ «Die in der konkreten Behandlungssituation medizinisch gebotene Massnahme» liegt im Interesse der betroffenen Person.³⁴² Ihr mutmasslicher Wille hat Vorrang. Ist er nicht eruierbar, ist gemäss objektivem Interesse zu entscheiden.³⁴³

Sofern im vorliegenden Fall die Urteilsunfähigkeit der Frau feststeht, übt gemäss Kaskadenordnung die Beiständin das Vertretungsrecht im Sinne der genannten Darlegungen aus (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Es ist aber sinnvoll, sich auf die Meinung von anderen, in der Kaskade nachgelagerten Personen abzustützen. Es muss sich um eine gebotene, also medizinisch indizierte Massnahme handeln, über die die vertretungsberechtigte Person umfassend von den behandelnden Ärztinnen und Ärzten aufzuklären ist (Art. 377 Abs. 2 ZGB). Die betroffene Person ist in die Behandlungsplanung und Entscheidungsfindung so weit wie möglich einzubeziehen (Art. 377 Abs. 3 ZGB).

341 Vgl. dazu Aebi-Müller, 2016b, S. 141.

342 Ebd.

343 Ebd.

c) Handlungsmassnahmen

Je nach Art der Krankheit ist selbst eine urteilsunfähige Person in der Lage, die Tragweite und die Risiken eines medizinischen Eingriffs zu verstehen und sich eine Meinung dazu zu bilden. In Zusammenarbeit mit dem ärztlichen Personal sollten ihr alle relevanten medizinischen Fakten so einfach wie möglich erklärt werden. Die Beiständin hat das Recht der Klientin auf Gesundheit zu achten und zu schützen. Ein wichtiger Grundsatz lautet: Das Recht auf das individuell erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit steht jedem Menschen ohne jede Einschränkung zu. Die Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) hat ethische Richtlinien formuliert, die bei schwierigen Entscheidungen Hilfe bieten.³⁴⁴ Das medizinische Personal und die Beiständin können allenfalls zum Schluss kommen, dass eine aufwendige und risikoreiche Operation unterbleiben soll, wenn

- Risiko und Erfolgsaussichten in einem erheblichen Missverhältnis zueinander stehen,
- der mit dem Eingriff verbundene Aufwand die betroffene Person stark belasten würde und
- angesichts der Umstände davon auszugehen ist, dass sie den Eingriff ablehnen würde, wenn sie dazu in der Lage wäre.

Der mutmassliche Wille kann eventuell in Gesprächen (Äusserung von Wünschen und Bedürfnissen) und mittels Beobachtungen (Verhalten, das auf Wünsche und Bedürfnisse schliessen lässt) herausgefunden werden. Wichtig ist, dass die Beiständin die verschiedenen Perspektiven berücksichtigt und ihre Entscheidung transparent macht. Der kollegiale interdisziplinäre Fachaustausch mit dem medizinischen Personal und im eigenen Team kann für solche schwierigen ethischen Entscheidungen und die Hinterfragung der eigenen professionellen Haltung sehr hilfreich sein.

7.11 Freiheitseinschränkende Massnahmen

Fürsorgerische Unterbringung (FU)

Psychisch erkrankte Klientinnen und Klienten sind oft nicht krankheitseinsichtig. Besteht zudem Selbst- oder Fremdgefährdung, wird die fürsorgerische Unterbringung (FU) zum Thema. Eine Einweisung gegen den Willen der betroffenen Person

³⁴⁴ Vgl. «Ethische Unterstützung in der Medizin». Medizin-ethische Empfehlungen der SAMW, 2017.

setzt voraus, dass die nötige Betreuung oder Behandlung nur so gewährleistet werden kann.³⁴⁵ Über eine fürsorgerische Unterbringung können die Sozialarbeitenden – sofern sie nicht Mitglied einer Erwachsenenschutzbehörde sind – nicht direkt entscheiden. In ihrer Kompetenz liegt aber, eine fürsorgerische Unterbringung zu beantragen. Dies kann sich allerdings auf das Vertrauensverhältnis und die Zusammenarbeit mit Klienten und Klientinnen negativ auswirken. Das Thema «Unterstützung im Zwangskontext» ist in der Psychiatrie besonders virulent. In diesem Bereich tätige Sozialarbeitende betonen oft, die Arbeit der Psychiatrie entspreche nicht mehr dem Bild, das in der Gesellschaft noch vorherrsche. Der Zwang sei heute die Ausnahme. Es bestünden Handlungsalternativen.

Sozialarbeitende sind bei der Beurteilung einer fürsorgerischen Unterbringung auf Expertisen aus Psychiatrie und Rechtswissenschaften angewiesen. Psychiaterinnen und Psychiater sind äusserst gefordert, wenn sie schnell entscheiden müssen, ob jemand fürsorgerisch untergebracht werden soll oder nicht. Beurteilt eine Fachperson die Sachlage anders und lehnt eine fürsorgerische Unterbringung ab, haben Sozialarbeitende das zu akzeptieren. Auch eine behördlich angeordnete Unterbringung stellt einen Eingriff in die Grundrechte dar und bedarf der Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 426 ZGB. Sie unterscheidet sich aber von der fürsorgerischen Unterbringung im Verfahren (vgl. Art. 430 ZGB bzw. Art. 446, 447 und 448 ZGB). Praxiserfahrungen zeigen, dass bei fortgeschrittener Demenz häufig eine fürsorgerische Unterbringung angeordnet werden muss, wenn die Wohnfähigkeit abhandengekommen ist und ein Verbleib in der eigenen Wohnung eine erhebliche Selbstgefährdung darstellt. Demgegenüber stellt eine fürsorgerische Unterbringung suchterkrankter Personen nur eine temporäre Situationsverbesserung dar und kann allenfalls für die Entzugsphase ausgesprochen werden. Sie bewirkt aber keine Verhaltensänderung bei der gegen ihren ausdrücklichen Willen in einer Therapieeinrichtung untergebrachten Person.

So versteht sich die fürsorgerische Unterbringung als Ultima ratio.³⁴⁶ Die Einweisung mag manchen Beteiligten gelegentlich als zu spät erscheinen (z. B. Angehörigen, die möchten, dass «endlich etwas passiert»). Die Eingriffsschwelle muss aber wegen der tangierten Rechtsgüter der betroffenen Person sehr hoch angesetzt werden.

345 Vgl. Dubno/Rosch, 2016, S. 556.

346 Vgl. Dubno/Rosch, 2016, S. 553.

7.12 Freiheitseinschränkende Massnahmen in Pflegeeinrichtungen

Freiheitseinschränkende Massnahmen in Pflegeeinrichtungen sind von fürsorglichen Unterbringungen zu unterscheiden. Zu beachten ist, dass rein pädagogische oder disziplinarische Massnahmen, die nicht direkt der Abwendung einer ernsthaften Gefährdung oder schwerwiegenden Störung des Gemeinschaftslebens dienen, nicht gerechtfertigt sind (vgl. Art. 383 ZGB). Sie setzen entweder eine kantonale Gesetzesgrundlage voraus oder eine Notstands- oder Notwehrsituation.³⁴⁷ Dasselbe gilt für Kommunikations- und Konsumationsverbote. Kantonale Gesetze und Hausordnungen können allerdings Kommunikations- und Konsumationsregeln enthalten³⁴⁸.

Fallbeispiel 27

Eine 87-jährige Frau lebt in einem Pflegeheim. Seit drei Jahren leidet sie an einer mittelschweren Demenzerkrankung. Sie ist sehr aktiv, bewältigt ihren Alltag gut und artikuliert ihre Bedürfnisse. Ihre Tochter, die als Vertretungsbeiständige fungiert, besucht ihre Mutter wöchentlich zwei- bis dreimal. Sie unternehmen Spaziergänge im Garten des Pflegeheims. Die Mutter geniesst das sehr, bewundert die Blumen und erzählt gerne von der Zeit, da sie selber noch einen grossen Garten hatte. Das Pflegepersonal lässt sie alleine nicht in den Garten mit der Begründung, dies sei zu ihrem eigenen Schutz. Die direkt in den Garten führende Zimmertür wird regelmässig abgeschlossen.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Darf die Bewegungsfreiheit der Frau eingeschränkt werden?
- Ist die freiheitseinschränkende Massnahme angemessen?
- Was soll die Beistandsperson unternehmen?

b) Rechtliche Beurteilung

Es geht hier im Wesentlichen um die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie die Privatsphäre (Art. 13 BV). Deren Einschränkung kann nur unter Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 36 BV erfolgen.

Die Wohn- oder Pflegeeinrichtung darf die Bewegungsfreiheit einer urteilsunfähigen Person einschränken, wenn dies der Abwendung einer ernsthaften Gefahr für ihr Leben oder ihre körperliche Integrität dient und weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein ungenügend erscheinen (vgl. Art. 383 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB).

³⁴⁷ Vgl. Mösch/Anderer, S. 163.

³⁴⁸ Ebd. S. 163.

Bei der Einschränkung der Bewegungsfreiheit geht es im Kern um die Beschränkung der körperlichen Bewegungsmöglichkeiten.³⁴⁹ Die in den Garten führende abgeschlossene Zimmertür ist deshalb als bewegungseinschränkende Massnahme zu werten.

Folglich müssen die genannten Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Massnahme angemessen ist. Es muss ein Zusammenhang zwischen der Urteilsunfähigkeit der Person und der angeordneten Einschränkung bestehen, sonst wäre sie nicht zulässig (ausser, die betroffene Person würde ihre Einwilligung dazu geben). Die Urteilsunfähigkeit muss fachärztlich nachgewiesen sein. Ferner sollte die betroffene Person über die Massnahme orientiert werden, und zwar bevor sie ergriffen wird (vgl. Art. 383 Abs. 2 ZGB). Jede Massnahme ist überdies zu protokollieren und die in medizinischen Belangen vertretungsberechtigte Person darüber zu informieren (vgl. Art. 384 Abs. 1 und 2 ZGB). Ob die Frau in die Entscheidungsfindung, die Tür abzuschliessen, miteinbezogen wurde, ist unklar; ebenso, ob die vertretungsberechtigte Person darüber informiert wurde.

c) Handlungsempfehlungen

Die angeordnete Massnahme stellt einen Eingriff in die persönliche Freiheit der Frau dar. Ihre Verhältnismässigkeit ist abzuklären bzw. ob eine weniger einschneidende Massnahme ausgereicht hätte. Sie ist nur akzeptabel, wenn eine Selbstgefährdung nicht anders abgewendet werden konnte. Freiheitseinschränkende Massnahmen sind immer nur Ultima ratio.

Bewegung ist auch für Menschen mit Demenz sehr wichtig, sie erhöht die Lebensqualität. Deshalb sollte abgeklärt werden, wie die Frau weiterhin den Garten besuchen kann, ohne sich oder andere zu gefährden. Aus Zeitgründen kann das Pflegepersonal oft nicht auf Spaziergänge mitgehen. Ehrenamtliche oder Angehörige könnten in die Bresche springen oder bautechnische Massnahmen der Frau ermöglichen, weiterhin alleine in den so geliebten Garten zu gehen. Solche Lösungen sind zu diskutieren, bevor einschneidende bewegungseinschränkende Massnahmen ergriffen werden, welche dies der Frau verunmöglichen.

Das lösungsorientierte Gespräch mit Angehörigen, der Heimleitung sowie dem Pflegepersonal steht im Zentrum. Betreuung und Pflege agieren oft im Spannungsfeld von Sicherheit und Autonomie der Heimbewohnerinnen und -bewohner. Die Massnahme, die das Pflegeheim im vorliegenden Fall ergriffen hat, muss hinterfragt werden. Besteht tatsächlich eine Selbst- oder Fremdgefährdung? Wenn dies der Fall ist, müssen die Frau und ihre Tochter vorab über die Gründe für allfällige freiheitsein-

349 Vgl. Mösch Payot, 2018, S. 1144.

schränkende Massnahmen informiert und in die Entscheidungsfindung einbezogen werden. Die Kommunikation solcher Entscheide ist eine grosse Herausforderung und muss sorgfältig geplant und umgesetzt werden.

Sollte die Tochter mit der angeordneten Massnahme nicht einverstanden sein, hat sie die Möglichkeit, bei der Erwachsenenschutzbehörde Beschwerde einzureichen.

Fallbeispiel 28

Ein Mann lebt in einem Altersheim und hält sich nicht an die Hausregeln. Er raucht zum Beispiel in Nichtraucherzonen und dringt in die Zimmer anderer Bewohner ein. Deshalb wird ihm in der Nacht ein Bettgurt angelegt. Es besteht eine Vertretungsbeistandschaft im Sinne von Art. 394 und 395 ZGB. Die Beiständin bemerkt die geschilderte Situation zufällig im Rahmen eines Besuchs.

a) Rechtliche Fragestellung und Dilemmata für Sozialarbeitende

- Rechtfertigen das Nichtbefolgen der Hausregeln sowie die Verletzung der Privatsphäre anderer Bewohnerinnen und Bewohner die Einschränkung der Bewegungsfreiheit des Mannes?
- Wie kann dem Mann klargemacht werden, dass er sich an die Hausregeln zu halten hat und die Privatsphäre anderer respektieren muss? Wie kann das Verhalten des Mannes verändert werden?
- In welcher Form kann und soll die Beiständin tätig werden?

b) Rechtliche Beurteilung

Im Unterschied zum vorangehenden Beispiel handelt es sich hier um eine erhebliche Bewegungseinschränkung, die primär disziplinarische Züge trägt. Entsprechend ist die persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) beeinträchtigt. Eine solche Einschränkung ist nur unter Erfüllung der Voraussetzungen nach Art. 36 BV und Art. 383 ZGB zulässig, was Urteilsunfähigkeit voraussetzen würde.

Die Wohn- oder Pflegeeinrichtung darf die Bewegungsfreiheit einer urteilsunfähigen Person einschränken, wenn weniger einschneidende Massnahmen nicht ausreichen oder von vornherein ungenügend erscheinen und die Massnahme eine schwerwiegende Störung des Gemeinschaftslebens beseitigt (vgl. Art. 383 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Das Angurten ans Bett während der Nacht stellt eine bewegungseinschränkende Massnahme dar, die Urteilsunfähigkeit auf die Massnahme voraussetzt, was fachärztlich zu belegen ist. Ferner sind im vorliegenden Fall eklatante Verfahrensmängel zu beklagen: Insbesondere wurde die vertretungsberechtigte Person nicht informiert (Art. 384 ZGB); zudem scheint fraglich, inwieweit der Mann im Vorfeld die Massnahme informiert wurde und wie er sich dazu stellte. Generell steht die Verhältnismässigkeit der Massnahme zur Debatte. Es müsste nachgewiesen werden,

dass von der betroffenen Person eine erhebliche Störung des Gemeinschaftslebens ausgeht und keine weniger einschneidende Möglichkeit zur Verfügung stehen. Das ist angesichts der geschilderten Umstände doch mehr als fraglich.

Zunächst muss die Beiständin mit der betroffenen Person Rücksprache nehmen und die Sachlage klären; sodann bei den Verantwortlichen der Institution vorstellig werden, um sich über die Hintergründe der angeordneten Massnahme zu informieren. Zudem sollte sie das Protokoll einsehen, denn für die Institution besteht Protokollierungspflicht. So könnte sie allenfalls verfahrensrechtliche Unzulänglichkeiten aufdecken.

Kann durch eine Aussprache die Situation des Mannes durch alternative und weniger einschneidende Massnahmen nicht umgehend verbessert werden, besteht die Möglichkeit, die Erwachsenenschutzbehörde schriftlich zu informieren und die Massnahme auf ihre Rechtmässigkeit überprüfen zu lassen (vgl. Art. 385 Abs. 2 ZGB).

c) Handlungsempfehlungen

Im vorliegenden Fallbeispiel ist als mildeste Massnahme zunächst zu versuchen, das Verständnis des Mannes für die Privatsphäre der anderen Heimbewohnenden zu wecken und ihm die Hausregeln klarzumachen.

Er sollte akzeptieren, dass Rauchen in Nichtraucherzonen verboten ist und zu einem Ausschluss aus dem Heim führen kann. Rauchen ist aber kein hinreichender Grund für das Angurten am Bett; es ist klar unverhältnismässig.

Die Beiständin ist zu allen Gesprächen beizuziehen; sie sollte auf der Wahrung der Rechte des Mannes bestehen. Verändert er sein Verhalten nicht, sind weitere, allerdings verhältnismässige Massnahmen zu diskutieren.

Das Verhalten des Mannes verletzt zudem die Privatsphäre anderer Heimbewohnender und führt zu einer Interessen- und Anspruchskollision. Das Betreten der Zimmer anderer Bewohnender und das Nichteinhalten der Regeln stören das Gemeinschaftsleben und sind allenfalls als Hausfriedensbruch und Nötigung zu werten (Art. 186 und Art. 181 StGB). Auch hier sind weniger einschneidende Möglichkeiten als die (massive) Einschränkung der Bewegungsfreiheit sorgfältig zu prüfen, weil der Mann sein Handeln möglicherweise nicht mehr voll unter Kontrolle hat. Selbst wenn die freiheitseinschränkende Massnahme rechtmässig als Ultima ratio eingeschätzt würde, darf sie nur vorübergehend angeordnet werden und muss zeitlich begrenzt sein (Art. 383 Abs. 3 ZGB). Ihre Notwendigkeit muss zudem regelmässig überprüft werden.

Literaturverzeichnis

- Aebi-Müller, Regina E. (2016a): Zentraler Anknüpfungspunkt: Urteilsfähigkeit. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 31–44). Zürich: Schulthess Verlag.
- Aebi-Müller, Regina E. (2016b): Gesetzliche Vertretung. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 133–146). Zürich: Schulthess Verlag.
- Aichele, Valentin (2010): Menschen mit Behinderungen. Behinderung und Menschenrechte: Die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen. Hrsg. von der Bundeszentrale für politische Bildung (Aus Politik und Zeitgeschichte APUZ, 23). Online verfügbar unter <http://www.bpb.de/apuz/32709/behinderung-und-menschenrechte-die-un-konvention-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinderungen>, zuletzt aktualisiert am 18.04.2016 (zuletzt besucht am 05.07.2018).
- Affolter-Fringeli, Kurt; Vogel, Urs (2016): Art. 296–327c ZGB. In: Heinz Hausheer, Hans Peter Walter (Hrsg.): Berner Kommentar, die elterliche Sorge / der Kinderschutz, das Kindesvermögen, Minderjährige unter Vormundschaft (S. 1–1060). Bern: Stämpfli Verlag.
- Affolter-Fringeli, Kurt (2017): Rollen und Verantwortlichkeiten bei behördlicher Fremdunterbringung eines Kindes – Zur Aufgabenabgrenzung zwischen KESB, Pflegeplatzverantwortlichen, Erziehungsbeistand und kostenpflichtigem Gemeinwesen. In: Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, S. 23 ff.
- Affolter-Fringeli, Kurt (2018): Auskunftspflicht des Arztes gegenüber Beistand. In: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE RMA) 2/2018, S. 114–121.
- Akkaya, Gülcan; Martin, Nora (2013): Vorstudie «Menschenrechte im Sozialwesen» Luzern, Bern. Online verfügbar unter: http://www.skmr.ch/cms/upload/pdf/130418_Vorstudie_MR_im_Sozialwesen.pdf (zuletzt besucht am 30.01.19).
- Akkaya, Gülcan (2015): Grund- und Menschenrechte in der Sozialhilfe. Ein Leitfaden für die Praxis. Luzern: interact Verlag.

- Akkaya, Gülcan; Belsler, Eva Maria; Egbuna-Joss, Andrea; Jung-Blattmann, Jasmin (2016): Grund- und Menschenrechte von Menschen mit Behinderungen. Ein Leitfaden für die Praxis. Luzern: interact Verlag.
- Akkaya, Gülcan (2018): Bedeutung der UNO-Behindertenrechtskonvention für die schulische Integration und berufliche Inklusion von Kindern mit einer Behinderung. In: Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention. Kindesmisshandlung und Vernachlässigung. (S. 8-13). 21. Jahrgang. 1/2008. Göttingen.
- Anderer, Karin; Mösch Payot, Peter (2016): Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 144–178). Zürich: Schulthess Verlag.
- Auer, Christoph (2013): Zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht. In: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, S. 1 ff.
- Belsler, Eva Maria; Kaufmann Christine; Egbuna-Joss, Andrea; Ghielmini, Sabrina (2017): Menschenrechte im Alter, ein Überblick über die menschenrechtliche Situation älterer Menschen in der Schweiz. Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte, <<http://www.skmr.ch/de/schwerpunkte/verletzliche-gruppen/alter/studie-menschenrechte-im-alter.html>> (zuletzt besucht am 25.07.2018).
- Biderbost, Yvo; Affolter-Fringeli, Kurt (2016): Beistandschaft. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 181–226). Zürich: Schulthess Verlag.
- Biderbost, Yvo (2016): Art. 307 ZGB, geeignete Massnahmen. In: Peter Breitschmid, Alexandra Jungo (Hrsg.): Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (S. 991–999). 3. Auflage. Zürich: Schulthess Verlag.
- Breitenmoser, Stephan; Schweizer, Rainer J. (2014): Art. 13, Schutz der Privatsphäre. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 2 Bände (S. 341–377). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Bucher, Andreas (2013): Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext. In: Alexandra Rumo-Jungo/Christiana Fountoulakis (Hrsg.): Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen. 7. Symposium zum Familienrecht, 2013, S. 1 ff.
- Curaviva.ch (2009): Affektive Erziehung im Heim: Handeln im Spannungsfeld zwischen Pädagogik und Justiz. Beispiele und Erwägungen zum Thema körperliche Nähe im Heim. Unter Mitarbeit von Erika Bandli, Christian Bärtschi, Albrecht Bitterlin, Paul Bürgi, Jörg Burri, Rene Kissling et al. 8. Auflage. Zürich: Curaviva.
- Cantieni, Linus; Blum, Stefan (2016): Kindesschutzmassnahmen. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 561–600). Zürich: Schulthess Verlag.
- Cantieni, Linus; Vetterli, Rolf (2018): Art. 134 ZGB, Veränderung der Verhältnisse. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 422–424). 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

- Cottier, Michelle (2018a): Art. 310 ZGB, Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 937–941)*. 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Cottier, Michelle (2018b): Art. 314a ZGB, Anhörung des Kindes. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 949–953)*. 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Deegener, G.; Körner, W. (2015): *Risikoerfassung bei Kindesmisshandlung und Vernachlässigung. Theorie, Praxis, Materialien*. 3. Auflage. Lengerich: Pabst Science Publisher.
- Deller, Ulrich; Brake, Roland (2014): *Soziale Arbeit*. Opladen/Toronto: Verlag Barbara Budrich.
- Dettenborn, Harry (2014): *Kindeswohl und Kindeswille. Psychologische und rechtliche Aspekte*. 4. Auflage. München: Ernst Reinhardt Verlag.
- Dörr, Bianka S. (2018): Art. 28 ZGB. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): *Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 91–95)*. 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Dutschmann, Andreas; Lukat, Justina (2011): *Möglichkeiten und Grenzen der Jugendhilfe bei dissozialen, aggressiven Kindern und Jugendlichen*. In: Günther Deegener, Wilhelm Körner (Hrsg.): *Gewalt und Aggression im Kindes- und Jugendalter. Ursachen, Formen, Intervention (S. 127–145)*. Weinheim, Basel: Beltz Verlag.
- Dubno, Benjamin; Rosch, Daniel (2016): *Die Fürsorgerische Unterbringung*. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 553–576)*. Bern: Haupt Verlag.
- Estermann, Astrid; Hauri, Andrea; Vogel, Urs (2016): *Mandatsführung*. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 197–229)*. Bern: Haupt Verlag.
- Fassbind, Patrick (2016): *Ablauf und Stadien des Kindes- und Erwachsenenschutzverfahrens*. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 124–143)*. Bern: Haupt Verlag.
- Frey, Gregor; Peter, Sebastian; Rosch, Daniel (2016): *Handlungsfelder bei Beistandschaften*. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 506–552)*. Bern: Haupt Verlag.
- Fountoulakis, Christiana; Rosch, Daniel (2016): *Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des schweizerischen Sozialrechts*. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 22–29)*. Bern: Haupt Verlag.
- Gassmann, Jörg; Bridler, Rene (2016): *Fürsorgerische Unterbringung*. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): *Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 329–399)*. Zürich: Schulthess Verlag.
- Geiser, Thomas (2003): *Demenz und Recht. Regulierung – Deregulierung*. In: *Zeitschrift für Vormundschafswesen (ZVW)*, 2003, S. 97 ff.
- Häfeli, Christoph; *Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – Eine Zwischenbilanz und Perspektiven*. In: *Jusletter* 9. Dezember 2013.

- Häfeli, Christoph (2016): Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag.
- Hangartner, Yvo; Looser, Martin E. (2014): Art. 190, Massgebendes Recht. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 2 Bände (S. 3047–3069). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Hausheer, Heinz (2015): Normen mit Verfassungsrang als prägende Gestaltungsfaktoren des Familienlebens bzw. des Familienrechts. In: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), 2015, S. 303 ff.
- Hegnauer, Cyril (2006): Kindesrecht – ein weites Feld. In: Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW), 2006, S. 25 ff.
- Hegnauer, Cyril (1997): Schutz von ausländischen Kindern vor Umplatzierung in die ihnen fremde Heimat durch die Eltern. In: Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW), 1997, S. 88 ff.
- Hegnauer, Cyril (1994): Darf die fürsorgliche Freiheitsentziehung zur Vertreibung auswärtiger Drogenabhängiger angeordnet werden? In: Zeitschrift für Vormundschaftswesen (ZVW), 1994, S. 124 ff.
- Hesser, Karl-Ernst H. (2001): Soziale Arbeit mit Pflichtklientenschaft – methodische Reflexionen. In: Marianne Gumpinger (Hrsg.): Soziale Arbeit mit unfreiwilligen KlientInnen (S. 25–41). Linz: edition pro mente.
- Hofer, René (2008): Verwahrlosung interdisziplinär begreifen. Sichtweisen, Erscheinungsformen, Interventionsmöglichkeiten. 2. Auflage. Augsburg: Brügg Pädagogik Verlag.
- Hotz, Sandra (2018): Art. 11-27 ZGB. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S.39-91). 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Humanrights.ch (2018): Körperstrafen – Die Schweiz sträubt sich gegen ein Verbot. <https://www.humanrights.ch/de/menschenrechte-schweiz/inneres/gruppen/kinder/zuechtigungsverbot-schweiz?search=1> (zuletzt besucht am 30.07.2018).
- Jud, Andreas (2008): Gefährdung der kindlichen Entwicklung. In: Peter Voll, Andreas Jud, Eva Mey, Christoph Häfeli, Martin Stettler (Hrsg.): Zivilrechtlicher Kinderschutz: Akteure, Prozesse, Strukturen. Eine empirische Studie mit Kommentaren aus der Praxis (S. 25–42). Luzern: interact Verlag.
- Kähler, Harro Dietrich; Zobrist, Patrick (2013): Soziale Arbeit in Zwangskontexten. Wie unerwünschte Hilfe erfolgreich sein kann. 2., überarbeitete Auflage. Mit 5 Abbildungen und 13 Tabellen. München: Ernst Reinhardt Verlag.
- Kälin, Walter; Künzli, Jörg; Wytttenbach, Judith; Schneider, Annina; Akagündüz, Sabiha (2008): 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). Bern: Universität Bern, Institut für öffentliches Recht.
- Kiener, Regina; Kälin, Walter (2013): Grundrechte. 2. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag.
- Kiener, Regina; Kälin, Walter; Wytttenbach, Judith (2018): Grundrechte. 3. Auflage. Bern: Stämpfli Verlag.
- Kitwood, Tom (2016): Demenz. Der personenzentrierte Ansatz im Umgang mit verwirrten Menschen. 7., überarbeitete und ergänzte Auflage. Bern: Hogrefe Verlag.

- Kley, Andreas; Zaugg, Helena (2014): Das Grundrecht auf Selbstbestimmung bei Personen mit eingeschränkten Fähigkeiten. In: Frank T. Petermann (Hrsg.): Urteilsfähigkeit (S. 165–203). St. Gallen: Schriftenreihe des Instituts für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis.
- KOKES (Hrsg.) (2012): Praxisanleitung Erwachsenenschutzrecht (mit Mustern). Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- KOKES (Hrsg.) (2017): Praxisanleitung Kinderschutzrecht (mit Mustern). Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Künzli, Jörg; Frei, Nula; Fernandes-Veerakatty, Vijitha (2016): Menschenrechtliche Standards bei unfreiwilliger Unterbringung von Menschen in Alters- und Pflegeheimen. Dargestellt am Beispiel von Personen mit Altersdemenz. Bern: Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR).
- Lob-Hüdepohl, Andreas; Lesch, Walter (Hrsg.) (2007): Ethik Sozialer Arbeit: Ein Handbuch. Unter Mitarbeit von Axel Bohmeyer und Stefan Kurzke-Maasmeier. Paderborn: Schöningh Verlag (Uni-Taschenbücher, 8366).
- Maranta, Luca; Terzer, Patrik (2016): Die Beistandschaft. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 485–505). Bern: Haupt Verlag.
- Mastronardi, Philippe (2014): Art. 7, Menschenwürde. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 2 Bände (S. 187–200). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Mayer, Klaus (2009): Beziehungsgestaltung im Zwangskontext. In: Klaus Mayer, Huldreich Schildknecht (Hrsg.): Dissozialität, Delinquenz, Kriminalität. Ein Handbuch für die interdisziplinäre Arbeit (S. 209–230). Zürich: Schulthess Verlag.
- Mayer, Klaus; Purnelis, Antonis (2009): Aggression und Gewalt durch Klientinnen und Klienten. In: Klaus Mayer, Huldreich Schildknecht (Hrsg.): Dissozialität, Delinquenz, Kriminalität. Ein Handbuch für die interdisziplinäre Arbeit (S. 349–365). Zürich: Schulthess Verlag.
- Meier, Philippe (2016): Droit de la protection de l'adulte. Genève/Zürich/Bâle: Schulthess Verlag.
- Mey, Eva (2008): Das Zusammenspiel von Eltern, Schulsozialarbeitenden und Behörden – Ergebnisse aus den Fallanalysen. In: Peter Voll, Andreas Jud, Eva Mey, Christoph Häfeli, Martin Stettler (Hrsg.): Zivilrechtlicher Kinderschutz: Akteure, Prozesse, Strukturen. Eine empirische Studie mit Kommentaren aus der Praxis (S. 143–169). Luzern: interact Verlag.
- Meyer-Blaser, Ulrich; Gächter, Thomas (2001). Der Sozialstaatsgedanke. In: Thüerer, Daniel; Aubert, Jean-François; Müller, Jörg Paul; Diggelmann, Oliver (Hrsg.): Verfassungsrecht der Schweiz. Droit constitutionnel suisse. (S. 549-563). Zürich: Schulthess Verlag.
- Miller, William R.; Rollnick, Stephen (2009): Motivierende Gesprächsführung. 3. Auflage. Freiburg i. Br.: Lambertus Verlag.
- Mösch Payot, Peter (2014): Rechtliche Rahmenbedingungen für freiheitsbeschränkende Massnahmen im Heimbereich. In: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE RMA), 1/2014, S. 5–30.
- Mösch Payot, Peter (2018): Art. 383–385 ZGB. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): Kurzkommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 1142–1150). 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.

- Murphy, Anna; Steck, Daniel (2016): Verfahren und Rechtsschutz. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 693–820). Zürich: Schulthess Verlag.
- Obrecht, Werner (2006): Interprofessionelle Kooperation als professionelle Methode. In: Beat Schmocker (Hrsg.): Liebe, Macht und Erkenntnis. Silvia Staub-Bernasconi und das Spannungsfeld Soziale Arbeit. Luzern: interact Verlag.
- Peter, Verena; Dietrich, Rosmarie; Speich Simone (2016): Vorgehen bei der Hauptabklärung und Instrumente. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 143–162). Bern: Haupt Verlag.
- Raabe, Tobias; Beelmann, Andreas (2011): Gewalttätiges und dissoziales Verhalten von Kindern und Jugendlichen: Prävention und Intervention. In: Günther Deegener, Wilhelm Körner (Hrsg.): Gewalt und Aggression im Kindes- und Jugendalter. Ursachen, Formen, Intervention (S. 88–105). Weinheim, Basel: Beltz Verlag.
- Reichlin, Beat (2017): Möglichkeiten und Grenzen zivilrechtlicher (Schutz-)Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechtes. In: Christian Schwarzenegger, Roland Brunner (Hrsg.): Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention (S. 65–85). Zürich: Schulthess Verlag.
- Reusser, Ruth; Lüscher, Kurt (2014): Art. 11 Schutz der Kinder und Jugendlichen. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 2 Bände (S. 309–325). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Reusser, Ruth (2016a): Vom Vormundschaftsrecht zum Erwachsenenschutzrecht. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 3–12). Zürich: Schulthess Verlag.
- Reusser, Ruth (2016b): Leitprinzipien des behördlichen Erwachsenen- und Kindesschutzes. In: Christiana Fountoulakis, Kurt Affolter-Fringeli, Yvo Biderbost, Daniel Steck (Hrsg.): Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (S. 19–30). Zürich: Schulthess Verlag.
- Rieder, Andreas (2017): Stellungnahme des Leiters EBGB: Schlussfolgerungen zum Verhältnis der BRK zum Erwachsenenschutz. In: Daniel Rosch, Luca Maranta (Hrsg.): Selbstbestimmung 2.0 Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder (S. 197–200). Bern: hep verlag.
- Rüegg, Christoph (2008). Das Recht auf Hilfe in Notlagen. In: Häfeli, Christoph (Hrsg.): Das schweizerische Sozialhilferecht. Rechtsgrundlagen und Rechtsprechung. (S. 23-63). Luzern interact.
- Rooney, Ronald H. (Hrsg.) (2009): Strategies for Work with Involuntary Clients. 2nd Ed. New York: Columbia University Press.
- Rosch, Daniel; Hauri, Andrea (2016): Zivilrechtlicher Kindesschutz. In: Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis, Christian Heck (Hrsg.): Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute (S. 410–449). Bern: Haupt Verlag Verlag.
- Rosch, Daniel (2017a): Leitfaden für Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände. Systematik und Wissensbausteine für die Mandatsführung. Bern: hep verlag.

- Rosch, Daniel (2017b): Die Beistandschaft, die Selbstbestimmung und die UN-Behindertenrechtskonvention im schweizerischen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 12 BR. In: Daniel Rosch, Luca Maranta (Hrsg.): Selbstbestimmung 2.0 Die Bedeutung für Berufsbeistände und Behördenmitglieder (S. 67–107). Luzern/Bern: hep verlag.
- Rosch, Daniel (2018a): Art. 390 ZGB, Voraussetzungen. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.) Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 1164–1167). 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Rosch, Daniel (2018b): Art. 398 ZGB, umfassende Beistandschaft. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 1187–1189). 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Rosch, Daniel (2018c): Art. 426 ZGB, Unterbringung zur Behandlung und Betreuung. In: Andrea Büchler, Dominique Jakob (Hrsg.): Kurzkomentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (S. 1267–1282). 2. Auflage. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Schefer, Markus; Hess-Klein, Caroline (2014): Behindertengleichstellungsrecht. Bern: Stämpfli Verlag.
- Schneller, Lena E.; Bernardon, Angelo (2016): Freiwilligkeit in der Kinder- und Jugendpsychiatrie im Kontext von Selbstbestimmung und Fürsorge. In: Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz (ZKE RMA), 2/2016, S. 115–139.
- Schwabe, Mathias (2008): Zwang in der Heimerziehung? Chancen und Risiken. Mit einem Vorwort von Reinhard Wüst und Almut Wiemers. Mit einem Geleitwort von Burkhard Müller. München: Ernst Reinhardt Verlag.
- Schweizer, Rainer J. (2014): Art. 10, Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 2 Bände (S. 278–308). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (2017): Ethische Unterstützung in der Medizin. Bern.
- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (2017): Medizin-ethische Richtlinien. Betreuung und Behandlung von Menschen mit Demenz. Bern.
- Simoni, Heidi (2017): Wie Kinder und Jugendliche ihre Rechte wahrnehmen (können). In: Claudia Kaufmann, Christina Hausamann (Hrsg.): Zugang zum Recht. Vom Grundrecht auf einen wirksamen Rechtsschutz (S. 91–100). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Staub-Bernasconi, Silvia (2018): Soziale Arbeit als Handlungswissenschaft. Soziale Arbeit auf dem Weg zu kritischer Professionalität. 2. Auflage. Opladen/Toronto: Verlag Barbara Budrich.
- Steinmann, Gerold (2014): Art. 29, Allgemeine Verfahrensgarantien. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J. Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar. 2 Bände. (S. 604–692). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Stocker, Désirée., Stettler, Peter., Jäggli, Jolanda., Bischof, Severin., Guggenbühl, Tanja., Abrassart, Aurélien, Rüesch, Peter, Künzi, K Kilian. (2016). Versorgungssituation psychisch erkrankter Personen in der Schweiz. Bern: Bundesamt für Gesundheit.

- Thiersch, Hans; Grunwald, Klaus; Köngeter, Stefan (2011): Lebensweltorientierte Soziale Arbeit.
In: Werner Thole (Hrsg.): Grundriss Soziale Arbeit, ein einführendes Handbuch (S. 175–196).
4. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Trotter, Chris (2001): Soziale Arbeit mit unfreiwilligen KlientInnen. In: Marianne Gumpinger (Hrsg.):
Soziale Arbeit mit unfreiwilligen KlientInnen (S. 97–304). Linz: edition pro mente.
- Vest, Hans (2014): Art. 31, Freiheitsentzug. In: Bernhard Ehrenzeller, Benjamin Schindler, Rainer J.
Schweizer, Klaus A. Vallender (Hrsg.): Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar.
2 Bände (S. 329–399). 3. Auflage. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.
- Wichmann, Nicole; Hitz Quenon, Nicole; Matthey, Fanny (2014): Wegweisung ausländischer
Delinquenten: Wie Familienleben und Kindeswohl berücksichtigen? Im Internet verfügbar unter:
<http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/migration/artikel/wegweisung-auslaender.html> (zuletzt
besucht am 26.07.2018).
- Wigger, Annegret (2017): Kinder reden mit – Ein Plädoyer für mehr Selbstbestimmung im Kinderschutz.
In: Daniel Rosch, Luca Maranta (Hrsg.): Selbstbestimmung 2.0 Die Bedeutung für Berufsbeistände
und Behördenmitglieder (S. 201–224). Bern: hep verlag.
- Wohlgensinger, Corinne (2014): Behinderung und Menschenrechte. Ein Verhältnis auf dem Prüfstand.
Opladen u.a.: Budrich UniPress.

Materialienverzeichnis

BBl 2006 S. 7001, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht).

BBl 2015 S. 3431, Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesschutz)
Bildungsdirektion Zürich (2017): Merkblatt der Fachgruppe «Kindesmisshandlungen – wie erkennen wie reagieren?». https://vsa.zh.ch/internet/bildungsdirektion/vsa/de/schulrecht_finanzen/schulrecht/_jcr_content/contentPar/downloadlist/downloaditems/1815_1501751642771.spooler.download.1501751555333.pdf/kindesmisshandlungen++wie+erkennen%2C+wie+reagieren+2017.pdf (besucht am 17.07.2018).

Bundesamt für Statistik (BFS) (2018): Bevölkerung: Panorama 2018: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kataloge-datenbanken/publikationen.assetdetail.4522225.html> (besucht am 15.07.2018).

Deutsches Institut für Menschenrechte (2011): Hintergrundinformation zur Stellungnahme im Verfahren Gauer. <https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/monitoring-stelle-un-brk/aktuell/hintergrundinformation-zur-stellungnahme-im-verfahren-gauer-und-andere-frankreich/> (besucht am 20.09.2018).

Eidgenössisches Büro für Gleichstellung von Frau und Mann (2014): Informationsblatt 17. Gewalt gegen Kinder und Jugendliche im häuslichen Kontext. <https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/dokumentation/publikationen/publikationen-zu-gewalt/informationsblaetter-haeusliche-gewalt.html> (besucht am 27.07.2018).

Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (2018): Kinder und Jugendpolitik <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73118.html> (besucht am 28.11.2018).

Kinderanwaltschaft Schweiz (2016): Anhörung – jetzt redest du! www.kinderanwaltschaft.ch/node/160 (besucht am 24.09.18).

Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (2017): KOKES-Statistik 2017. Anzahl Erwachsene mit Schutzmassnahmen per 31.12.2017 https://www.kokes.ch/application/files/3315/3621/8483/KOKES-Statistik_2017_Erwachsene_A3.pdf (besucht am 30.01.2019).

- Ressort Familie der Erziehungsberatung des Kantons Bern (2011): Elternschaft nach Trennung.
https://www.erz.be.ch/erz/de/index/erziehungsberatung/erziehungsberatung/fachinformationen/eltern_in_trennungundscheidung.assetref/dam/documents/ERZ/AKVB/de/Erziehungsberatung/Ressort%20Familie/EB_RF_Leitfaden_Elternschaft_nach_der_Trennung.pdf (besucht am 27.07.2018).
- Schweizer Berufsverbands der Pflegefachfrauen und Pflegefachmänner (2018). Ethik
<https://www.sbk.ch/pflegethemen/ethik.html> (besucht am 26. 07 2018).
- Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften (2017): Medizin-ethische Richtlinien.
<https://www.samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html> (besucht am 24.08.2018).
- Schweizerischer Alzheimervereinigung (2018) Angebote für Angehörige <http://www.alz.ch/index.php/fuer-angehoerige.html> (besucht am 27. 08. 2018).
- Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (2016): Menschenrechtliche Standards bei unfreiwilliger Unterbringung in Alters- und Pflegeheimen. Kurzgutachten am Beispiel von Personen mit Altersdemenz. <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/justiz/publikationen/kurzgutachten-unfreiwillige-unterbringung.html>(besucht am 15.07.2018).
- Stiftung Kinderschutz Schweiz (2013): Früherkennung von Gewalt an kleinen Kindern. Leitfaden für Fachpersonen, die in sozialen und pädagogischen Kontexten im Frühbereich begleitend, beratend und therapeutisch tätig sind. <https://www.kinderschutz.ch/de/fachpublikation-detail/frueherkennung-von-gewalt-an-kleinen-kindern.html>(besucht am 30.07.2018).
- Unicef Schweiz (2014): Die Kindesanhörung. Eine Informationsbroschüre für Eltern.
https://www.unicef.ch/sites/default/files/attachements/unicef_anhoerungsbroschuere_eltern_o.pdf (besucht am 24.09.2018).

Autorinnen und Autor

Gülcan Akkaya

Gülcan Akkaya, Dr. rer. pol., Master in Human Rights and Social Work, dipl. Sozialarbeiterin FH ist Dozentin und Projektleiterin an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit. Sie ist zudem Lehrbeauftragte im Masterstudiengang «Soziale Arbeit und Menschenrechte» an der Alice Salomon Hochschule in Berlin.

Ihre thematischen Schwerpunkte in Forschung und Lehre sind Grund- und Menschenrechte, Migration, Rassismus, Zivilgesellschaft und freiwilliges Engagement. Sie war mehrere Jahre in der Gemeinwesenarbeit zu den Themen *Konflikte und Gewalt im öffentlichen Raum* tätig. Als Projektdelegierte eines internationalen Hilfswerks war sie mehrere Jahre im Kosovo für die Umsetzung der Friedensförderung, der Menschenrechte und des interethnischen Dialogs zuständig. Sie ist Vizepräsidentin der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus.

Meike Müller

Meike Müller, Master in Gesellschafts- und Kommunikationswissenschaften der Universität Luzern, Bachelor in Soziologie, ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit. Sie verfügt über ausgewiesene Kenntnisse und Erfahrung in qualitativen und quantitativen Forschungsmethoden und war bereits in verschiedenen Projekten für die Datenerhebung und Datenauswertung verantwortlich. Ihre thematischen Schwerpunkte in Forschung und Lehre sind Öffentlicher Raum und Siedlungsentwicklung.

Beat Reichlin

Beat Reichlin, lic. iur., Rechtsanwalt, ist Dozent und Projektleiter an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit. Seine angewandten Forschungs- und Lehrschwerpunkte liegen im Familien- und Sozialrecht mit den entsprechenden Verfahrensrechten. Dabei sind Fragen der Interdisziplinarität sowie der verfassungsmässigen Auslegung wegleitend. Er ist in der Lehre als auch in der Weiterbildung tätig. Er war langjähriger juristischer Adjunkt bei einer der grössten Vormundschafts- und später Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde der Schweiz. Als langjähriger Ersatzbezirksrichter im Kanton Zürich verfügt er überdies über profunde forensische Kenntnisse.

