22

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

Ingeborg Schwenzer
Andrea Büchler
Roland Fankhauser

Siebte Schweizer Familienrecht§Tage

23./24. Januar 2014
in Basel

HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER
ANDREA BÜCHLER
MICHELLE COTTIER

Stämpfli Verlag

www.schriftenreihe.fampra.ch

Ingeborg Schwenzer / Andrea Büchler / Roland Fankhauser

Siebte Schweizer Familienrecht§Tage

23./24. Januar 2014 in Basel

BAND 22

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

© Stämpfli Verlag AG Bern

SCHRIFTENREIHE ZUM FAMILIENRECHT
COLLECTION DE DROIT DE LA FAMILLE

FAMPRA.ch

HERAUSGEBERINNEN

Ingeborg Schwenzer
Andrea Büchler
Michelle Cottier

© Stämpfli Verlag AG Bern

Ingeborg Schwenzer
Professorin an der Universität Basel

Andrea Büchler
Professorin an der Universität Zürich

Roland Fankhauser
Professor an der Universität Basel

Siebte Schweizer Familienrecht§Tage

23./24. Januar 2014 in Basel

Stämpfli Verlag

© Stämpfli Verlag AG Bern

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.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2014

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2870-4
ISBN Judocu 978-3-0354-1126-3
ISBN E-Book 978-3-7272-5853-4

FSC
www.fsc.org
MIX
Papier aus verantwortungsvollen Quellen
FSC® C016087

© Stämpfli Verlag AG Bern

Arbeitskreis 4:

Erste Erfahrungen mit dem Erwachsenenschutzrecht

Linus Cantieni, Dr. iur., Rechtsanwalt, Präsident KESB Kreis Bülach Süd, Lehrbeauftragter für Familienrecht an der Universität Zürich

Daniel Rosch, Prof. (FH), lic. iur./dipl. Sozialarbeiter FH/MAS Nonprofit-Management Dozent/Projektleiter

Stichwörter: *Neues Erwachsenenschutzrecht, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), Organisation, interdisziplinäre Zusammenarbeit, Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Schutz urteilsfähiger Menschen, Selbstvorsorge und behördliche Massnahmen, Patientenverfügung, gesetzliche Vertretungsrechte, Untersuchungsgrundsatz, Melderecht und Meldepflicht, Zwangsvollstreckung im Bereich der medizinischen Massnahmen.*

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung 144
II. Neues Recht... 144
1. Öffentliches Recht oder Privatrecht? 144
2. Schutz auch von urteilsfähigen Menschen? 145
3. Nahtloser Hilfsteppich? 146
III. ...und neue Strukturen... 147
1. Interdisziplinäre Zusammensetzung – interdisziplinäre Zusammenarbeit? 147
2. Die Herausforderungen aus der Perspektive einer KESB 148
IV. ...und: ein neues Verfahren 150
1. Unbeschränkte Pflicht zur Tatsachenfeststellung? 150
2. Unbeschränkte Pflicht zur Mitwirkung? 151
3. Zwangsvollstreckung im Bereich der medizinischen Massnahmen? 151

© Stämpfli Verlag AG Bern

I. Einleitung

Am 1. Januar 2013 wurde die Revision des Erwachsenenschutzrechts in Kraft gesetzt. Das grundlegend revidierte Recht löst das alte Vormundschaftsrecht ab und flexibilisiert die behördlichen Massnahmen, führt zahlreiche subsidiäre Instrumente zu diesen ein und bietet auch verfahrensrechtlich eine bundesweit einheitliche Grundlage. Zudem wurden die Behörden professionalisiert und interdisziplinär ausgestaltet.[1] Zum Zeitpunkt der Siebten Familienrecht§Tage war das neue Erwachsenenschutzrecht gerade einmal ein Jahr in Kraft. Mangels wissenschaftlich fundierter Evaluationsstudien war es somit nicht möglich, evidenzbasierte Aussagen zu ersten Erfahrungen zu machen. Trotz dieser Ausgangslage konnte der eine oder andere Trend bzw. grundlegende Schwierigkeiten in der Anwendung des neuen Rechts benannt werden.

II. Neues Recht...

Das neue Erwachsenenschutzrecht bietet wie jedes neue Gesetz eine Vielzahl von Auslegungsfragen, aber auch von fachlichen Fragen. Diese konnten aufgrund der Mannigfaltigkeit im Rahmen des Arbeitskreises nicht angegangen werden. Vielmehr wurden in einem ersten Schritt die grundsätzlichen Herausforderungen sowie der Kontext des Erwachsenenschutzes beleuchtet, welche auch als Leitlinien der Auslegung für materiell-rechtliche Einzelfragen dienen sollten.

1. Öffentliches Recht oder Privatrecht?

Erwachsenenschutzrecht ist typischerweise ein Hybrid zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht. Formal ist es zwar – insbesondere auch historisch bedingt[2] – Privatrecht. Zusätzlich zeigt aber auch die Stellung des Beistandes bzw. der Beiständin den Einfluss des Privatrechts. Diese bzw. dieser ist trotz Einsetzung durch die KESB primär der schutzbedürftigen Person verpflichtet, was insbesondere die (ältere) haftungsrechtliche Rechtsprechung verdeutlicht.[3] Es handelt sich um gesetzlich von der KESB verordnetes Stellvertretungsrecht zu Gunsten der schutzbe-

1 Siehe dazu die umfassende Dokumentation auf http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/de/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte0/ref_vormundschaft.html (27.6.2014).

2 Vgl. KASER/KNÜTEL, Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch, 19. Aufl., München 2008, § 62 N 1 ff.; HARKE, Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen, München 2008, § 18 N 9 ff.

3 BGE 68 II 342; 61 II 211 ff.; 59 II 109; BaslerKomm Erwachsenenschutz/HAUSHEER, Art. 454 ZGB, N 22 f.; ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Hoffnungsträgerin oder Hemmschuh? Die Zusammenarbeit mit der KESB aus Sicht der Berufsbeistände und Berufsbeiständinnen, ZKE 2012, 416, 421 f.

© Stämpfli Verlag AG Bern

dürftigen Person. Ausdruck davon sind auch die gesetzlich vorgesehenen Pflichten des Beistandes bzw. der Beiständin (Art. 405 ff. ZGB); diese sind die primären Anhaltspunkte für die Mandatsführung und nicht allfällig anderslautende Weisungen oder Aufgaben der KESB.

Demgegenüber bedeutet Erwachsenenschutzrecht regelmässig ein Eingriff in die Persönlichkeitssphäre. Es handelt sich um Eingriffssozialrecht, weshalb auch die grundrechtliche Perspektive gemäss Art. 36 BV zu berücksichtigen ist. Diese ist in den vergangenen Jahren bedeutsamer geworden.[4] Inhaltlich stellt das Erwachsenenschutzrecht daher zu wesentlichen Teilen öffentliches Recht dar. Ausdruck davon sind die Offizial- und Untersuchungsmaxime, die Staatshaftung und das Amt des Beistandes. Diese Zuordnung hat zur Folge, dass sich das Erwachsenenschutzrecht in Bezug auf Auslegung und Lückenfüllung an den verwaltungsrechtlichen Leitlinien orientiert.[5]

2. *Schutz auch von urteilsfähigen Menschen?*

Die neuen Instrumente des Erwachsenenschutzes können in zwei unterschiedliche Gruppen geteilt werden: die behördlichen Massnahmen (Beistandschaften [Art. 388 ff. ZGB] und Fürsorgerische Unterbringung [Art 426 ff. ZGB] sowie die dazu subsidiären Instrumente (Patientenverfügung [Art. 370 ff. ZGB], Vorsorgeauftrag [Art. 360 ff. ZGB], gesetzliche Automatismen bei Urteilsunfähigkeit in Wohn- und Pflegeeinrichtungen [Art. 382 ff. ZGB], bei Ehegatten bzw. eingetragener Partnerschaft [Art. 374 ff. ZGB] und bei medizinischen Massnahmen [Art. 377 ff. ZGB]). Diese letztere Gruppe kommt ausschliesslich zum Tragen, wenn eine Person urteils*un*fähig ist. Die behördlichen Massnahmen dagegen knüpfen an einem *Schwächezustand* und an einer daraus sich ergebenden *Schutzbedürftigkeit* an. Schwächezustände bedürfen dabei nicht zwingend der Urteilsunfähigkeit. Verschiedene Massnahmen sind explizit auf urteilsfähige Menschen zugeschnitten, wie etwa die Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) oder auch die Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB). Ebenso kann eine Fürsorgerische Unterbringung gegenüber Urteilsfähigen erfolgen. Damit ritzt das Erwachsenenschutzrecht an den Grundfesten eines liberalen Rechtsstaates, welcher zu Recht die Urteilsfähigkeit als hohes Gut betrachtet.

In der Praxis haben die KESB sowie Beistände und Beiständinnen oft mit (teilweise) urteilsfähigen Menschen zu tun. Zu erwägen ist in diesem Zusammenhang, dass nicht nur eng umschriebene Schwächezustände bei den Beistandschaften vorgesehen sind wie die psychische Störung oder die geistige Behinderung,

4 FamKomm Erwachsenenschutz/VOLL, Sozialwissenschaftliche Grundlagen, N 9.

5 Vgl. ausführlich ROSCH, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Das Erwachsenenschutzrecht, Basel 2014, Einführung, N 35 ff. (nachfolgend ErwachsenenschutzKomm/BEARBEITER).

© Stämpfli Verlag AG Bern

sondern auch generalklauselartige Schwächezustände („ähnlicher in der Person liegender Schwächezustand“ gemäss Art. 390 Abs. 1 ZGB). Diese schwierig zu bestimmenden weiteren Schwächezustände sollten mit Vorsicht und der gebotenen Zurückhaltung angewendet werden, bieten sie unreflektiert angewendet nämlich Raum für Gesinnungsrecht oder moralische Umerziehung bzw. Disziplinierung für unangepasstes eigensinniges bzw. dissoziales Verhalten.[6] Wie schwierig hier der Fokus zuweilen auf fürsorgerische Interessen fällt, zeigt auch BGer, 5.9.2012, 5A_607/2012. Aufgrund einer nicht ausreichenden Regelung an der Grenze von Jugend- zum Erwachsenenstrafrecht hat das Bundesgericht eine (altrechtliche) Fürsorgerische Freiheitsentziehung (FFE) bestätigt, obwohl polizeiliche sowie Interessen der öffentlichen Sicherheit und nicht sozialstaatliche bzw. fürsorgerische Interessen vorlagen. Aus dem Fremdgefährdungspotential eines psychisch Erkrankten macht es auf diese Weise generalisierend ein Schutzbedürfnis („wer die Sicherheit anderer bedroht, ist persönlich schutzbedürftig“ [vgl. E. 5.2 des Entscheides]). Damit wird diese – bereits heute oft schwierige Grenzziehung – zusätzlich verwischt, was zu Recht deutlich kritisiert wird.[7]

3. *Nahtloser Hilfsteppich?*

Diese soeben unter Ziff. 2 vorgenommene Gruppierung der Instrumente des Erwachsenenschutzes macht noch einen weiteren für die Praxis relevanten Aspekt deutlich. Wenn man davon ausgeht, dass die KESB sich häufig auch mit (teilweise) urteilsfähigen Menschen beschäftigt, zeigt sich, dass dieser *scheinbar nahtlose Hilfsteppich von Selbstbestimmungsmassnahmen* (die eigene Vorsorge und die gesetzlichen Automatismen) nur theoretisch nahtlos wirkt. Sobald urteilsfähige Menschen mit Schwächezuständen im Fokus stehen, entfallen diese subsidiären Instrumente automatisch und es verbleiben einzig die behördlichen Massnahmen. Dazu gesellt sich eine nicht ganz unbedeutende Problematik infolge der im neuen Recht verstärkten Bezugnahme auf die Urteilsunfähigkeit. Diese sich in der Praxis oft rasch verändernde, relative und schwierig feststellbare Urteils(un)fähigkeit[8]

6 BaslerKomm Erwachsenenschutz/HENKEL, Art. 390 ZGB, N 3 m.w.H.; FamKomm Erwachsenenschutz/MEIER, Art. 390, N 17; KOKES (Hrsg.), Praxisanleitung. Erwachsenenschutz (mit Mustern), N 1.8 m.w.H.; OFK-ZGB/FASSBIND, Art. 390, N 1; ErwachsenenschutzKomm/ROSCH, Art. 390, N 2.

7 MEYER/LÖHRER, „Im Ergebnis eine rein polizeilich motivierte Fürsorge“, plädoyer 2012, 20 ff.; gl.M. ErwachsenenschutzKomm/ROSCH, Art. 426, N 8a; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, N 20.173. Es ist zu hoffen, dass dieser Entscheid vorab den Gesetzgeber zu Lösungen aufbietet und es ein Einzelfall bleibt (zurückhaltend denn auch das Bundesgericht: „Dieser Auffassung ist jedenfalls im vorliegenden Fall zuzustimmen.“ [E. 5.2.]).

8 Vgl. AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, ZBJV 2013, 150 ff.

© Stämpfli Verlag AG Bern

wird bei den besagten Instrumenten bedeutsamer. Dadurch dürften sich die Schwierigkeiten in der Anwendung erst recht verstärken, weil je nach Befund ein anderes Regime zum Tragen kommt.

III. ...und neue Strukturen...

Neben den erwähnten mannigfaltigen Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem neuen Recht zeichnet es sich auch durch eine umfassende Neuorganisation aus (Art. 440 ff. ZGB). Die bisherigen (vorab in der Deutschschweiz bestehenden) Laien-Vormundschaftsbehörden wurden durch professionelle, interdisziplinäre Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ersetzt. Damit zeigt sich die grosse Herausforderung, dass neben den materiell-rechtlichen Fragen auch eine neue Organisation entwickelt werden muss mit Fachleuten, die es vor dem 1. Januar 2013 in diesen Funktionen nicht gab. Dabei galt bzw. gilt es nicht nur diese eigene Neuorganisation zu bewältigen, sondern auch die Neukalibrierung der Zusammenarbeit mit teilweise schon seit Jahrzehnten bestehenden Akteuren.[9]

1. Interdisziplinäre Zusammensetzung – interdisziplinäre Zusammenarbeit?

Das Zivilgesetzbuch bestimmt (lediglich), dass die KESB eine Fachbehörde ist. Die konkrete Ausgestaltung obliegt den Kantonen (Art. 440 Abs. 1 ZGB). Gemäss den im Vorfeld herausgegebenen Empfehlungen der Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) sollte die Behörde interdisziplinär zusammengesetzt sein, wobei man als Idealbesetzung Personen aus den Disziplinen Soziale Arbeit, Psychologie/Pädagogik und Recht sah.[10] Mit einem derart gestalteten Fachgremium sollte der Komplexität des Aufgabenfeldes Rechnung getragen werden.[11]

Die Kantone haben in der Folge die entsprechenden Parameter für die Behördenzusammensetzung festgesetzt. Im Kanton Zürich beispielsweise müssen dem

9 Zur Herausforderung in der Zusammenarbeit siehe DÖRFLINGER, Interdisziplinarität gestalten, ZKE 2010, 177 ff.; DÖRFLINGER, „Der Berg wird steiler, wenn Du näher kommst“, ZKE 2011, 447 ff.; ROSCH, Neue Aufgaben, Rollen, Disziplinen, Schnitt- und Nahtstellen: Herausforderungen des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts, ZKE 2011, 31 ff., ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, ZKE 2012, 416 ff.; AFFOLTER, Doppelunterstellung von professionellen vormundschaftlichen Mandatsträger(inne)n in öffentlichen Verwaltungen am Beispiel der Stadt Luzern, ZVW 2006, 232, 233 ff.

10 Vgl. die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden VBK (heute Konferenz der Kantone für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES) zur Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, ZVW 2008, 81 ff.

11 Siehe dazu auch ausführlich WIDER, Multi-, inter- oder transdiziplinäre Zusammenarbeit in der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Begriffe, Bedingungen und Folgerungen, FS Häfeli, Bern 2013, 85 ff., 90 ff.

© Stämpfli Verlag AG Bern

Spruchkörper zwingend Mitglieder mit Fachwissen in den Bereichen *Recht* und *Soziale Arbeit* angehören. Davon abgesehen wurde, weitere Professionen im Sinne der erwähnten Idealbesetzung vorauszusetzen; vermutlich vorausahnend, dass geeignete Fachpersonen insbesondere aus der Psychologie oder Pädagogik selbst im Grossraum Zürich spärlich gesät sind. Immerhin sollen in der Behörde weitere Disziplinen, wie etwa aus der Gesundheit oder dem Treuhandwesen, vertreten sein, für eine rechtmässige Zusammensetzung müssen sie es aber nicht (§ 4 Abs. 2 EG KESR ZH). Wie im Übrigen das dem Spruchkörper angegliederte sogenannte Fachsekretariat zusammengesetzt zu sein hat, wurden keine gesetzlichen Vorgaben gemacht. Das hat in der Praxis nun grosse Unterschiede zur Folge. Das ist insofern bemerkenswert, weil eine disziplinenübergreifende Zusammenarbeit innerhalb der KESB von Beginn des Verfahrens an und nicht erst am Schluss anlässlich der Entscheidfindung in der Behördensitzung stattfinden sollte.[12]

Interdisziplinäre Zusammenarbeit ist ein zweifellos positiv konnotierter Begriff. Davon wird gesprochen, „wenn durch direkte Kommunikation und Kooperation, Teilübereinstimmungen zwischen verschiedenen Berufsgruppen erzielt werden, ohne dass die beteiligten Disziplinen ihre disziplinär definierten Methoden und Erkenntnisse zwingend ändern müssen“[13]. Es geht um das Bestreben, die verschiedenen Perspektiven in einer Synthese zusammenzuführen und dadurch in den vielschichtigen Problemstellungen des Kindes- und Erwachsenenschutzes ein qualitativ besseres Resultat und damit eine optimalere Hilfestellung für die schutzbedürftige Person zu erhalten. Folglich geht es darum, dass jedes Behördenmitglied dafür besorgt ist, sein Expertenwissen einzubringen und sich weniger der Versuchung hingibt, selber (pseudo-)multidisziplinär zu sein. Diesem Aspekt sollte in der alltäglichen Zusammenarbeit besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

2. Die Herausforderungen aus der Perspektive einer KESB

Die KESB Kreis Bülach Süd in Glattbrugg ist eine von 13 Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden im Kanton Zürich. Sie ist für den südlichen Teil des Bezirks Bülach, d.h. für die südliche Flughafenregion bis zur Stadtgrenze Zürich, zuständig. Im Einzugsgebiet leben knapp 75'000 Einwohnerinnen und Einwohner. Die KESB führt aktuell rund 1'250 Fälle, wovon knapp 800 aktive Beistandschaften sind.[14]

Aussagen über Herausforderungen oder Erfahrungen beschränken sich wie eingangs erwähnt auf ein Jahr Erfahrung. Zum Geburtsjahr lässt sich sagen, dass es

12 GI.M. WIDER (Fn. 11), 85, 94.

13 VONÉCHE, Inter- und Transdiziplinarität, Bern 1993, 166 f.

14 Weitere Informationen zur Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Kreis Bülach Süd finden sich unter www.kesb-kbs.ch.

© Stämpfli Verlag AG Bern

geprägt war von viel Neuem, Spannendem, aber auch von viel Arbeit und Hektik. Gross waren – und freilich sind – die Erwartungen, welche an die neue Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde gestellt werden; entsprechend konnte man in dieser Startphase nicht allen resp. allem im gewünschten Ausmass gerecht werden.

Per 1. Januar 2013 hat die KESB Kreis Bülach Süd von den ehemaligen Vormundschaftsbehörden knapp 1'000 – bis anhin unbekannte – Fälle übernommen. Im Besonderen in den ersten Wochen, aber auch in den Folgemonaten erreichte die noch junge und unerfahrene KESB zusätzlich eine regelrechte Flut von Gefährdungsmeldungen. Zahlreiche Melderinnen und Melder hatten offensichtlich mit ihrer Eingabe zugewartet, bis die Nachfolgebehörde gestartet war. Andere, und darunter fallen auch einige zugewandte Stellen, erhofften sich wohl, nun eine Behörde gefunden zu haben, welche mit ihrer im Vorfeld viel gepriesenen neuen Möglichkeit der sogenannten Massschneiderung das passende Massnahmekleid für das (oft schon lange Zeit andauernde) Problem schneidern würde, und es nun endlich löse.

Auch der Blick in die KESB macht die Herausforderung deutlich. Zu meistern galt und gilt es nebst infrastrukturellen Stolpersteinen etwa die Anwendung eines neuen, noch unerprobten (Erwachsenenschutz-)Rechts. Das Spektrum des oben dargelegten Hilfsteppichs ist beträchtlich gross und die Umsetzung trotz multidisziplinärer Zusammensetzung einer KESB anspruchsvoll. Das Spannungsfeld zwischen behördlicher Anordnung und Subsidiarität einer Massnahme ist zuweilen erheblich. Nicht ausser Acht zu lassen ist ferner die neue Zusammensetzung von Mitarbeitenden in bisher noch nicht dagewesenen Funktionen, welche sich erst noch zu einem Team bilden mussten. Die gewünschte interdisziplinäre Zusammenarbeit war und ist dabei eine der grossen Aufgaben. Sprechen wir die gleiche Sprache? Und verstehen wir uns wirklich? Eine jede und ein jeder muss sich den anderen Fachbereich und -sprache in den Grundzügen aneignen, sollen optimale Lösungen erzielt werden. Die interdisziplinäre Zusammenarbeit ist daher – in der KESB wie ausserhalb mit den involvierten Stellen – mit einem hohen Zeit- (und Kosten-)einsatz verbunden. Die interdisziplinäre Fachbehörde kann mit Blick auf die damit verbundenen Vorteile u.E. aber gleichwohl als *die grosse Errungenschaft* der Revision bezeichnet werden.

Eine neue Struktur hebt naturgemäss die alten Strukturen auf oder bringt sie zumindest durcheinander. Störungen sind folglich normal. Die alten Ansprechpartner sind verschwunden, häufig auch örtlich nicht mehr verfügbar. Die neuen Abläufe erinnern an die alten, sind dann aber doch anders und meistens komplizierter bzw. zeitaufwändiger. Dies führt – in und ausserhalb der KESB – häufig zu Frustrationen. Zahlreiche Fragestellungen in der Zusammenarbeit mit den involvierten Stellen wie etwa Mandatsführungszentren, externe Abklärungsstellen, Schulen, Sozialbehörden, Polizei, Spitäler/psychiatrische Kliniken etc. konnten angegangen und geklärt werden. Andere Fragen blieben offen und sind noch einer Lösung zu-

© Stämpfli Verlag AG Bern

zuführen. Wiederum andere schliesslich tauchen neu auf, kaum hat man die zugrunde gelegte Problemstellung geklärt. Zwecks Klärung dieser Schnittstellenprobleme haben sich in der Region der KESB Kreis Bülach Süd inzwischen zahlreiche Gefässe des Austauschs gebildet, durch welche eine Lösungsfindung ermöglicht und (weiter) begünstigt wird (z.B. „Runde Tische" mit den Schulen, Sozialabteilungen der Gemeinden; Fachaustausch mit der Berufsbeistandschaft oder dem regionalen Kinder- und Jugendhilfezentrum). Sehr erfreulich erscheint in dieser Hinsicht, dass die involvierten Stellen der KESB in der Regel mit grossem Wohlwollen gegenüber treten. Das kann übrigens gleichermassen für die Klientinnen und Klienten gesagt werden.

IV. ...und: ein neues Verfahren

In einem letzten Teil wurden im Arbeitskreis anhand eines Fallbeispiels besondere verfahrensrechtliche Fragestellungen erörtert. Dabei wurde zunächst ein typischer Verfahrensablauf der KESB Kreis Bülach Süd – vom Eingang einer Gefährdungsmeldung bis hin zur Entscheidfällung – aufgezeigt.[15] Zentrale Diskussionspunkte waren insbesondere die folgenden:

1. Unbeschränkte Pflicht zur Tatsachenfeststellung?

Ist ein Verfahren betreffend einer Person vor der KESB anhängig gemacht worden, zieht diese die erforderlichen Erkundigungen ein und erhebt die notwendigen Beweise. Es gilt der uneingeschränkte Untersuchungsgrundsatz.[16] Was stellt im Einzelfall nun aber eine ausreichende Beweislage für eine zeitgerechte Anordnung einer Massnahme der KESB dar, ohne dass in jedem Falle auf (psychiatrische, medizinische, aussagepsychologische) Gutachten abgestellt werden muss? Was ist normal, adäquat und was schutzbedürftig? Die bekanntlich relative Urteils(un)fähigkeit kann im einen Fall bedeuten, dass von einer Massnahme abgesehen und der u.U. auch selbstschädigende Wille einer urteilsfähigen Person respektiert wird, im anderen Fall dagegen deren Schutzbedürftigkeit angenommen und behördliche Anordnungen erfolgen. In der Diskussion zeigte sich, dass die Behörde latent im Dilemma zwischen eigener Absicherungstendenz und Mut zur Beweislücke zum Schutz der betroffenen Person steht, aber auch zwischen der wertegebundenen Abwägung von selbstbestimmten, nicht dem Mainstream entsprechenden Lebensläufen und tendenziell paternalistischer Fremdbestimmung.

15 Siehe für den Verfahrensablauf im Einzelnen das Ablaufschema weiter unten. Für einen allgemeinen Überblick zum Verfahren siehe COTTIER/STECK, Das Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, FamPra.ch 2012, 981 ff.

16 Botschaft Erwachsenenschutz, 7078; KurzKomm/STECK, Art. 446 ZGB, N 4 ff.

© Stämpfli Verlag AG Bern

2. *Unbeschränkte Pflicht zur Mitwirkung?*

Die im Verfahren der KESB involvierten Personen und Dritte sind zur Mitwirkung bei der Abklärung des Sachverhalts verpflichtet. Ausnahmen bestehen hinsichtlich Medizinalpersonen, Geistlichen, Rechtsanwältinnen und Verteidigern, Mediatorinnen sowie ehemaligen Beiständen, die für das Verfahren ernannt wurden (Art. 448 ZGB). Das Gesetz ist abschliessend.[17] Wie gestaltet sich folglich die Mitwirkungspflicht der häufig am Verfahren beteiligten freiwilligen Beratungsstellen wie z.B. die Pro Senectute, die Pro Infirmis, Spitex etc.? Diese Organisationen stehen bei einer rigide angewendeten Mitwirkungspflicht tendenziell immer zwischen dem Bedarf der KESB an Mitwirkung und dem Verlust der Vertrauensbeziehung zum Klienten. Das kann so weit führen, dass diese wichtigen subsidiären Angebote ihren Auftrag nicht mehr ausführen könnten, weil sie regelmässig die Hilfesuchenden beim Beratungsbeginn darüber informieren müssten, dass die vertraulichen Informationen in einem späteren Zeitpunkt allenfalls an die KESB weitergeleitet werden. Dies hätte die unerwünschte Folge, dass wohl ein beträchtlicher Teil der Klientschaft auf diese Hilfestellungen verzichten würde.[18]

3. *Zwangsvollstreckung im Bereich der medizinischen Massnahmen?*

Zu guter Letzt wurden die Schwierigkeiten bezüglich der zwangsweisen Vollstreckung von Patientenverfügungen und der gesetzlichen Vertretungsrechte im Bereich der medizinischen Massnahmen gemäss Art. 377 ff. ZGB beleuchtet und festgestellt, dass dieser Bereich vermutlich infolge mangelnder gesetzlicher Grundlagen wohl erneut revidiert werden muss bzw. die Kantone allenfalls in der Pflicht stehen, entsprechende Grundlagen zu erlassen.[19]

Eine Patientenverfügung und die Kaskade gemäss Art. 378 ZGB erlauben es, dass für den Fall der Urteilsunfähigkeit einer Person ein Entscheidsurrogat vorhanden ist, so dass die urteilsunfähige Person behandelt werden kann. Gestützt auf die Patientenverfügung bzw. mit der Zustimmung der vertretungsberechtigten Person gemäss Art. 378 ZGB kann die medizinische Massnahme durchgesetzt werden. Was geschieht jedoch, wenn beispielsweise einer urteilsunfähigen Person ein Medikament verabreicht werden muss, die vertretungsberechtigte Tochter zwar zustimmt oder die Patientenverfügung den Arzt bzw. die Ärztin entsprechend an-

17 KurzKomm/ROSCH, Art. 448 ZGB, N 4; a.M. OFK-ZGB/FASSBIND, Art. 448, N 2.

18 Auch aus diesem Grunde wäre es sinnvoll, im Rahmen der Revision der Mitwirkungspflicht auch Sozialarbeitende als Personen gemäss Art. 448 Abs. 2 ZGB zu erwähnen (vgl. die Vernehmlassung zur Meldepflicht auf: http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-12-13/vn-ber-d.pdf (27.6.2014).

19 Siehe hierzu ausführlich ROSCH, Medizinische Massnahmen im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung: Schnitt- und Nahtstellen, AJP 2014, 3 ff.

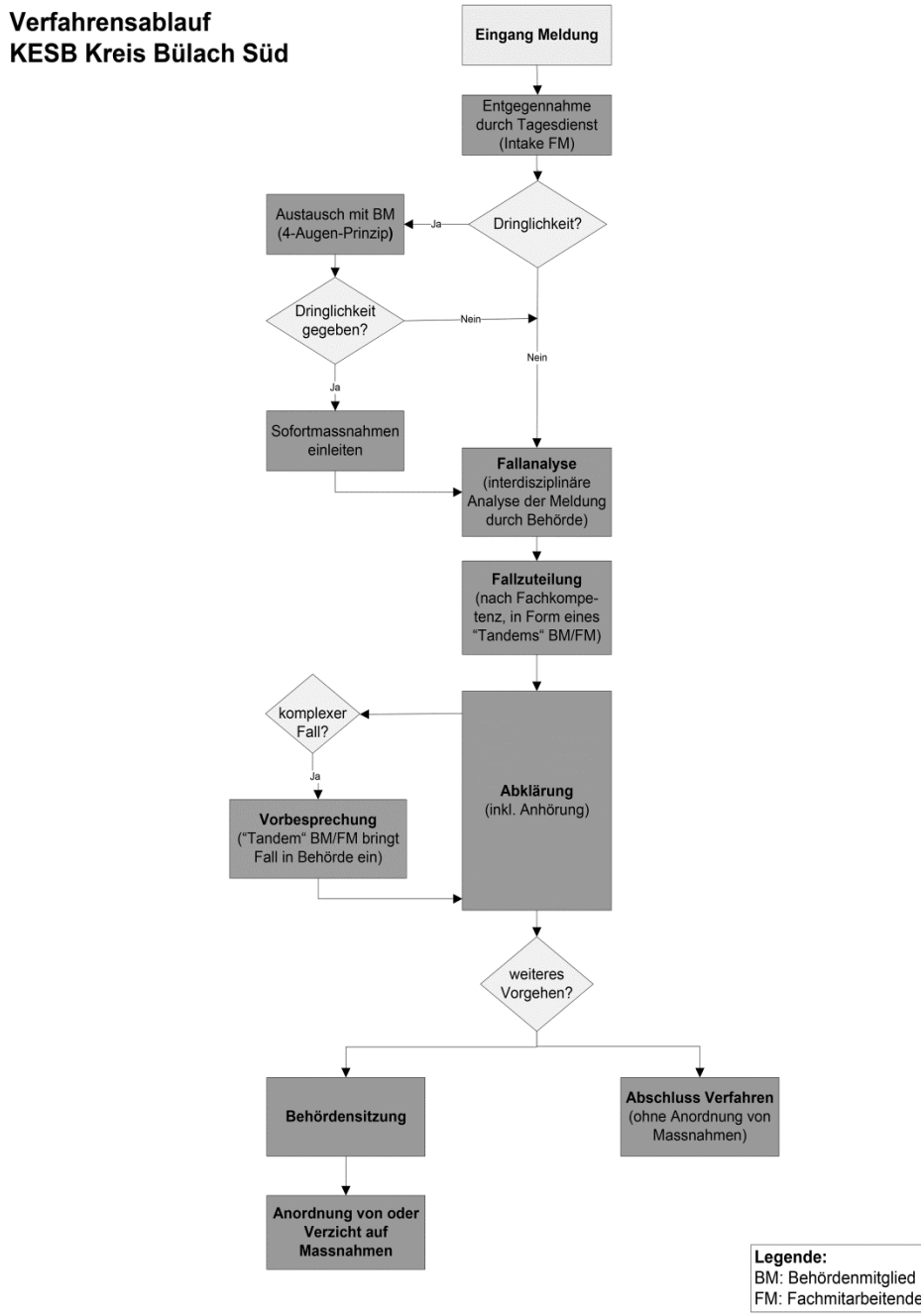
© Stämpfli Verlag AG Bern

weist, die urteilsunfähige Person jedoch den Mund zusammenpresst und das Medikament nicht einnehmen will? Es erscheint u.E. nicht zulässig, dass die Angehörige oder der Arzt bzw. die Ärztin diese Massnahme zwangsweise durchsetzen dürfen. Eine zwangsweise Vollstreckung steht hoheitlichen Organen exklusiv zu. Da die genannten Entscheidsurrogate nicht Sachentscheide sind, mangelt es für eine behördliche Vollstreckung durch die KESB gemäss Art. 450g ZGB aber an einer entsprechenden Grundlage. Offen bleibt damit, ob die Regelung dieser Problematik dem kantonalen Gesetzgeber überlassen wurde oder ob die KESB über einen konstruierten Sachentscheid dennoch die Massnahme zwangsweise durchsetzen kann.[20]

Zusammenfassung: *Am 1. Januar 2013 wurde das grundlegend revidierte Erwachsenenschutzrecht in Kraft gesetzt. Dieses löst das alte Vormundschaftsrecht ab und flexibilisiert die behördlichen Massnahmen, führt zahlreiche subsidiäre Instrumente zu diesen ein und bietet auch verfahrensrechtlich eine bundesweit einheitliche Grundlage. Zudem wurden die Behörden professionalisiert und interdisziplinär ausgestaltet. Im Arbeitskreis wurden die grundsätzlichen Herausforderungen sowie der Kontext des Erwachsenenschutzes beleuchtet, welche auch als Leitlinien der Auslegung für materiell-rechtliche Einzelfragen dienen sollte. Anhand eines Fallbeispiels wurden sodann besondere verfahrensrechtliche Fragestellungen erörtert. Ergänzend wurde ein typischer Verfahrensablauf der KESB Kreis Bülach Süd aufgezeigt.*

20 Die KESB könnte den Zustimmungsentscheid im Rahmen ihrer Einschreitungskompetenz gemäss Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB entgegennehmen und einen Vertretungsbeistand einsetzen bzw. gemäss Art.392 Ziff. 1 ZGB direkt entscheiden und zwangsweise vollstrecken lassen.

© Stämpfli Verlag AG Bern



© Stämpfli Verlag AG Bern

© Stämpfli Verlag AG Bern