

Die Selbstbestimmung im revidierten Erwachsenenschutzrecht

von Prof. (FH) Daniel Rosch, Bern, Jurist/dipl. Sozialarbeiter FH/MAS in Nonprofit-Management, Hochschule Luzern – Soziale Arbeit

Stichwörter: behördliche Massnahme, Beistand, Beistandschaft, Erwachsenenschutz, Fremdbestimmung, Mandatsführung, Partizipation, Schutzbedarf, Schwächezustand, Selbstbestimmung, Verhältnismässigkeit.

Mots-clés: Autodétermination, Autonomie, Besoin de protection, Conduite du mandat, Curatelle, Curateur, Etat de faiblesse, Ingérence, Mesure prise par l'autorité, Participation, Proportionnalité, Protection de l'adulte.

Parole chiave: Autodeterminazione, Curatela, Curatore, Diritto di protezione degli adulti, Gestione di mandati, Necessità di protezione, Partecipazione, Prescrizione straniera, Proportionalità, Provvedimenti delle autorità, Stato di debolezza.

Das revidierte Erwachsenenschutzrecht sieht vor, dass die Selbstbestimmung im Rahmen von behördlichen Massnahmen so weit als möglich erhalten und gefördert werden soll (Art. 388 Abs. 2 ZGB). Zudem soll die Selbstbestimmung auch durch die eigene Vorsorge und die gesetzlichen Vertretungsrechte ermöglicht werden. Der Aufsatz setzt bei der Selbstbestimmung an und beleuchtet, was Selbstbestimmung bedeutet, welche Voraussetzungen diese hat und welche Kompetenzen für eine «wirkliche Selbstbestimmung» vonnöten sind. In einem zweiten Schritt wird diese Selbstbestimmung in Bezug zum revidierten Erwachsenenschutzrecht gesetzt. Dabei wird ersichtlich, dass die relativ hohen Ansprüche an Selbstbestimmung nur beschränkt für den Kindes- und Erwachsenenschutzbereich anwendbar sind. In der Folge werden die Handlungsspielräume für die Selbstbestimmung auf behördlicher Ebene und in der Mandatsführung ausgeleuchtet. Für die Umsetzung für Mandatsträger im Sinne des Gesetzgebers werden die Partizipationsstufen beigezogen und auch konkrete Hinweise für die Gestaltung der Mandatsführung gegeben.

L'autonomie dans le nouveau droit de la protection de l'adulte

Le nouveau droit de la protection de l'adulte prévoit que les mesures prises par l'autorité de protection préservent et favorisent autant que possible l'autonomie de la personne concernée (art. 388 al. 2 CC). L'autonomie de la personne doit de surcroît être respectée dans le cadre des mesures personnelles anticipées et de la représentation de plein droit. La contribution traite de l'autonomie, de sa signification, de ses conditions et des compétences nécessaires pour qu'elle soit effective. Dans une deuxième étape, l'autonomie est présentée dans le contexte du nouveau droit de la protection de l'adulte. Il apparaît alors que les conditions relativement élevées pour la concrétisation de l'autonomie ne sont applicables que de manière limitée dans le droit de la protection de l'adulte et de l'enfant. Ensuite, l'auteur éclaircit la question de la marge de manœuvre pour la réalisation de l'autonomie d'un point de vue des autorités et de la conduite des mandats de protection. Concernant le respect de l'autonomie par les porteurs de mandat et pour rester dans l'esprit de la loi, l'auteur se réfère aux degrés de participation et propose des conseils pour organiser la conduite des mandats.

L'autodeterminazione nel nuovo diritto di protezione degli adulti

Il nuovo diritto di protezione degli adulti prescrive che l'autodeterminazione, nel quadro dei provvedimenti d'autorità, per quanto possibile deve essere mantenuta e promossa (art. 388 cpv. 2 CC). Inoltre l'autodeterminazione deve essere resa possibile sulla base

dell'auto assistenza e dei diritti legali di rappresentanza. Il contributo tratta l'autodeterminazione, illustra il suo significato, quali presupposti necessita e quali competenze sono indispensabili per esercitarla concretamente. L'autore colloca poi l'autodeterminazione nell'ambito del nuovo diritto di protezione degli adulti. Da ciò risulta che le relative elevate esigenze poste all'autodeterminazione si possono porre in modo limitato nel campo del diritto di protezione dei minori e degli adulti. Infine si illustrano i campi d'azione dell'autodeterminazione fissati dalle autorità e dai gestori di mandati. Per la promozione dell'autodeterminazione, nel senso dato dal legislatore, da parte dei gestori di mandati sono indicati i livelli di partecipazione e sono date indicazioni concrete per organizzare la conduzione del mandato.

I. Selbstbestimmung! – Selbstbestimmung?¹

«Selbstbestimmung» bedarf eines Selbst, das über sich bestimmen kann. Gemeint ist eine «Bestimmung», die mit den eigenen Gefühlen, Gedanken, Wünschen und Vorstellungen, also mit der Stimmung des Individuums im eigenen Dasein korreliert. Damit wird Selbstbestimmung auf der einen Seite von negativer Freiheit², von Fremdbestimmung, «Bevormundung» und «Vogtei» abgegrenzt.³ Auf der anderen Seite ist Selbstbestimmung ein positiv besetzter Begriff und meint hingegen auch nicht die rücksichtslose Durchsetzung der eigenen Interessen. Selbstbestimmung kann das Recht anderer Personen auf Selbstbestimmung gefährden oder verunmöglichen. Wenn verschiedene Personen selbstbestimmt handeln, können diese Handlungen in Konflikt zueinander geraten. Zur Selbstbestimmung gehört somit auch deren Beschränkung. Im kantschen Sinne endet die Selbstbestimmung dort, wo sie in die Selbstbestimmung eines anderen eingreift (Selbstbestimmung als Selbstgesetzgebung). Daraus kann gefolgert werden, dass Selbstbestimmung weder reiner Egoismus noch reine Fremdbestimmung sein kann und sein darf.

Aber was meint denn Selbstbestimmung genau? Wie eingangs bereits erwähnt, bedarf es zunächst mal eines «Selbst», einer Person, die eigene Gefühle, Gedanken, Wünsche und Vorstellungen hat. Dieses «Selbst» findet sich aber nicht in isolierter, reiner Form. Das reine «ich» oder der absolut freie Wille gibt es in diesem Sinne nicht. Jede Person wird sozialisiert, geprägt, um ein gesellschaftliches Wesen zu sein. Dahinter versteckt sich die Notwendigkeit zur möglichst freiwilligen Einordnung in der Gesellschaft, um Freiheit und Selbstbestimmung überhaupt zu ermöglichen.⁴ Aufgrund dieser Ausführungen stellt sich hier die

¹ Ich bedanke mich bei meinem Kollegen Dr. Peter A. Schmid, Luzern, für den Fachaustausch zum Thema Selbstbestimmung.

² Negative Freiheit meint das Freisein von äusseren und inneren Zwängen.

³ Peter Bieri, *Wie wollen wir leben?* 3. Aufl. 2014, S. 7 f.; Michael Pauen, *Freiheit, Schuld und Strafe*, in: Ernst Joachim Lampe, Michael Pauen, Gerhard Roth (Hrsg.): *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, S. 45 f.

⁴ Vgl. schon Erich Fechner, *Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat*, 1953, S. 11, 17. Siehe ferner zum Verhältnis von alltäglichem Zwang und Zwangskontext Rosch, *Zwangskontext und «Zwangsbeglückung» in der gesetzlichen Sozialen Arbeit – Erscheinungsformen und rechtliche Aspekte*, in: *Schweizerische Zeitschrift für Soziale Arbeit*, 2011, S. 86 ff.

Frage, ob man sich überhaupt unabhängig von anderen bestimmen bzw. inszenieren kann. Oder noch einen Schritt weiter: Wenn man sich vorstellt, dass in unserer Gesellschaft Mode, Trends und Geschmack möglich sind, dass nun plötzlich wieder Bärte bei Männern im Trend sind und dies plötzlich für schön befunden wird oder dass Kleider, die für lange Zeit als schrecklich galten, nun wieder passend und sogar für schön gehalten werden und man so feststellt, dass auch andere fast gleichzeitig denselben Geschmack entwickelt haben⁵, muss die Frage erlaubt sein, ob wir vielleicht nicht doch der Spielball von «äusseren Umständen» sind?

Daraus ist zu schliessen, dass es nicht einfach zu sein scheint, herauszufinden, welche Anteile zum «reinen Selbst» gehören und welche Anteile über Sozialisation und Anpassung zum Selbst dazu gestossen sind. So könnte man sich fragen, woher z.B. unsere berufliche Leistungsbereitschaft kommt und weshalb diese gerade so ausgeprägt ist. Ist das wirklich unser eigener Wunsch oder eher die Vorstellung der Gesellschaft? Damit wird die Frage, was jemand will, um überhaupt eigene Selbstbestimmung umzusetzen, schwierig. Mit viel Reflexion über die eigenen Verhaltensweisen, über das Selbstbild, darüber, wie man wirkt, wie man sein möchte, was man möchte, kann hier der Versuch gestartet werden, herauszufinden, was jemand im Kern will. Dieser selbstevaluative Prozess wird aber wiederum dadurch behindert, dass dieses «realistische Selbstbild» das eigene Selbstbild ist und diese Bewertung eine *eigene* Bewertung ist.⁶ Objektivität ist hier nur schwierig herstellbar. Objektivierbar wird ein Selbstbild allenfalls, wenn man sich entschliesst, über sich ein psychologisches Gutachten eines Sachverständigen erstellen zu lassen.

Wenn wir nun davon ausgehen, dass wir mit viel Reflexion ein realistisches Selbstbild zeichnen können, dann bezieht sich die Selbstbestimmung immer auch auf realistische Wahl- und Realisierungsmöglichkeiten. Gesetzt den Fall, jemand findet nun heraus, dass sein zentraler Wunsch wäre, Kaiser von China zu werden, dann fehlt ihm trotzdem die Möglichkeit, überhaupt darüber zu bestimmen. Bestimmen im Rahmen der Selbstbestimmung bedeutet, dass ich überhaupt die Wahl- bzw. die Realisierungsmöglichkeit habe und damit auch ein realistische Sichtweise über meine Handlungsoptionen. Zu guter Letzt hat Bestimmung in der Regel auch zur Folge, dass die Entscheidung nicht dem Zufall überlassen wird und man sich an eine gewählte Handlungsweise moralisch oder rechtlich bindet, also Verantwortung für den Entscheid übernimmt.⁷

Der Verweis auf ein realistisches Selbstbild verdeutlicht, dass Selbstbestimmung im sozialen Kontext eingebettet ist: Indem ich mich selbst bestimme, setze ich eine Grenze zu anderen Personen bzw. ich kann mich nur in Abgrenzung zu anderen Menschen selbst bestimmen. Dazu brauche ich soziale Anerkennung.

⁵ Zur Entstehung von Sozialen Normen vgl. z.B. Detlef Fetchenhauer, Die Gesellschaft in uns: Wie soziale Normen, soziale Rollen und sozialer Status unser Verhalten beeinflussen, in: Dieter Frey/Hans-Werner Bierhoff (Hrsg.): Sozialpsychologie – Interaktion und Gruppe, 2011, S. 201 ff.

⁶ Peter Bieri, Wie wollen wir leben? 3. Aufl. 2014, S. 10 ff.

⁷ Wolfgang Schnur, Die Bedeutung der Willensfreiheit für das heutige deutsche Privatrecht, in: Ernst Joachim Lampe, Michael Pauen, Gerhard Roth (Hrsg.): Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, 2008, S. 228.

Der andere muss anerkennen, dass ich mich selbstbestimmen will und kann. Damit entsteht eine soziale Beziehung zu einer anderen sich selbst bestimmenden Person.⁸ Mit dieser Einbettung wird auch die Verbindung zu einer gesellschaftlichen Bewertung offenbar. Selbstbestimmung bedingt soziale Anerkennung und damit auch den gesellschaftlichen Willen, Menschen mit Schwächezuständen Selbstbestimmung zu ermöglichen.

Aus all diesen Überlegungen ist zu schliessen, dass Selbstbestimmung ein durchaus wünschbares und wichtiges Gut in einer auf Freiheit beruhenden Gesellschaft ist. Um wirkliche Selbstbestimmung zu leben, bedarf es sowohl einer hohen, selbstkritischen und realitätsbezogenen Reflexionsfähigkeit als auch des gesellschaftlichen Willens, dass Selbstbestimmung möglich sein soll.⁹

II. Selbstbestimmung – Relativierung für den Erwachsenenschutz

In der Botschaft zum revidierten Erwachsenenschutzrecht wird die Selbstbestimmung als zentrales Revisionsziel beschrieben.¹⁰ Damit ist insbesondere die eigene Vorsorge, also der Vorsorgeauftrag und die Patientenverfügung gemeint, aber nicht nur: Bei den behördlichen Massnahmen ist vorgesehen, dass diese die Selbstbestimmung der betroffenen Person soweit als möglich erhalten und fördern sollen (Art. 388 Abs. 2 ZGB) und auch der Beistand hat seine Aufgaben im Interesse der betroffenen Person zu erfüllen, nimmt dabei, soweit tunlich, auf deren Meinung Rücksicht und achtet deren Willen, das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (Art. 406 Abs. 1 ZGB).

Diese Selbstbestimmung soll möglich sein, obwohl behördliche Massnahmen einen Schwächezustand wie psychische Störung, geistige Behinderung, Verwahrlosung, vorübergehende Urteilsunfähigkeit zur Voraussetzung haben.¹¹

Mit diesen gesetzlichen Grundlagen wird der gesetzgeberische bzw. gesellschaftliche Wille ausgedrückt, dass Menschen trotz Schwächezuständen, also insbesondere mit einer psychischen Erkrankung oder einer geistigen Behinderung, Selbstbestimmung ermöglicht werden soll. Wenn wir aber, wie oben aufgezeigt, davon ausgehen müssen, dass echte Selbstbestimmung für Menschen ohne Schwächezustände bereits sehr anspruchsvoll ist, stellt sich die Frage, ob ein so hoher Massstab auch für Menschen mit einem Schwächezustand gelten soll. Das wird hier verneint.

Einigkeit wird sicherlich darüber herrschen, dass Fremdbestimmung möglichst minimiert werden sollte, dass die betroffenen Menschen als aktive Subjekte und Gestalter zu sehen und auch zu befähigen sind und nicht als passive Objekte bzw. als Spielball von Behörden und Beiständen. Einig dürfte man sich zudem auch

⁸ Axel Honneth, *Kampf um Anerkennung*, 2003.

⁹ Ein wichtiger Schritt in diese Richtung bedeutet die Ratifizierung der UNO Behindertenrechtskonvention.

¹⁰ Botschaft Erwachsenenschutz, S. 7002, 7003, 7011 ff.

¹¹ Vgl. Art. 390 ZGB, Art. 426 ZGB.

darüber sein, dass Menschen mit Schwächezuständen potenziell schutzbedürftig sind und der Staat gegebenenfalls hier fremdbestimmend einschreitet, um den Schwächezustand zu minimieren oder auszugleichen. Damit wird in aller Regel auch die Selbstbestimmung eingeschränkt. Mit anderen Worten: Die Frage ist, ob und wie Selbstbestimmung trotz Schwächezustand ermöglicht werden kann.

Um diese relativierte Selbstbestimmung genauer zu beleuchten, erscheint es sinnvoll, die Selbstbestimmung auf behördlicher Ebene von der Selbstbestimmung in der Mandatsführung zu unterscheiden.

III. Selbstbestimmung auf behördlicher Ebene (instrumentelle Selbstbestimmung)

Selbstbestimmung auf behördlicher Ebene bezieht sich weitgehend auf eine instrumentelle Sichtweise, nämlich auf die Frage, welche rechtliche Intervention im konkreten Falle angezeigt ist, welche wiederum die Selbstbestimmung soweit als möglich gewährleistet.¹² Es geht um die Frage, wie weit im Einzelfall staatliches bzw. behördliches Eingreifen notwendig ist, bzw. welche Instrumente bei Menschen mit Schwächezuständen angezeigt sind, um möglichst viel Selbstbestimmung zu ermöglichen. Das neue erweiterte Instrumentarium des Erwachsenenschutzes sieht verschiedene Formen und Stufen der Selbstbestimmung vor:

- Die *reine Selbstbestimmung und die selbstbestimmte Fremdbestimmung*: Mit einer Patientenverfügung oder einem Vorsorgeauftrag kann jede urteilsfähige bzw. handlungsfähige Person für den Fall der eigenen Urteilsunfähigkeit bestimmen, wer was tun sollte bzw. was sie möchte oder nicht möchte.¹³ Es werden somit selbstbestimmt Dispositionen getroffen für den Fall, dass man nicht mehr entscheiden kann. Je präziser der Auftrag formuliert ist, desto weniger Ermessensspielraum hat die vertretungsberechtigte Person und desto reiner ist die Selbstbestimmung. Dort aber, wo eine vertretungsberechtigte Person mit einer generellen oder sogar de facto mit einer Blankoermächtigung versehen wird, müsste man dann eher von selbstbestimmter Fremdbestimmung oder stellvertretender Selbstbestimmung sprechen.
- Die *hypothetische Selbstbestimmung*: Neben diesen Instrumenten, bei welchen eine Person für den Fall ihrer Urteilsunfähigkeit Dispositionen trifft, hat der Gesetzgeber – fremdbestimmend – auch Situationen vorgesehen, bei denen eine Vertretung auch ohne solche Vorsorgeinstrumente ermöglicht wird. Der Gesetzgeber hat sich hier wohl hypothetisch die Frage gestellt, was

¹² So schon BGE 26 I 69 vom 28.02.1900: «Bei der Beschränkung der persönlichen Handlungsfähigkeit wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen, die für den damit Behafteten eine Unfähigkeit zur Wahrung seiner ökonomischen Interessen zur Folge haben, sollte konsequenterweise die staatliche Vormundschaft auch nicht weitergehen, als nach den Umständen geboten erscheint, um den durch diese Unfähigkeit bedingten Mangel zu heben. Die Vormundschaftsbehörde sollte also für den Vögling lediglich da handeln, wo dieser zu handeln unfähig ist, ihn aber gewähren lassen, soweit seine Fähigkeit reicht und eine Schädigung berechtigter Interessen als unzweifelhaft ausgeschlossen erscheint.»

¹³ Vgl. für den Vorsorgeauftrag: Art. 360 ff. ZGB, für die Patientenverfügung: Art. 370 ff. ZGB.

ein durchschnittlicher Bürger in der jeweiligen Situation wollen würde. Aufgrund dieser Fragestellung hat er für urteilsunfähige verheiratete Personen¹⁴, für urteilsunfähige Menschen, denen ein notwendiger medizinischer Eingriff bevorsteht¹⁵ und für solche, die in eine Wohn- oder Pflegeeinrichtung eintreten¹⁶, Sonderregelungen gefunden. In Fällen, in denen diese hypothetischen Konstellationen nicht zutreffen, z.B. wenn ein Ehegatte unter keinen Umständen möchte, dass er bei Urteilsunfähigkeit durch den anderen Ehegatten vertreten wird, muss ein Vorsorgeauftrag oder eine Patientenverfügung verfasst werden.

- Die *Fremdbestimmung mit Selbstbestimmungselementen*: Dort, wo die beiden vorhergehenden Selbstbestimmungsinstrumente nicht möglich sind oder von vornherein nicht als erfolgsversprechend beurteilt werden, kommen behördliche Massnahmen¹⁷ zum Zuge. Diese sollen, wie bereits erwähnt, die Selbstbestimmung soweit als möglich erhalten und fördern. Gemeint ist damit vorab, dass eine Massnahme nur so fremdbestimmt wie nötig sein soll. Die behördliche Massnahme muss subsidiär zu allen anderen Interventionsmöglichkeiten sein und wenn sie trotzdem nötig wird, auch verhältnismässig sein (Art. 389 ZGB). So sollen Beistandschaften massgeschneidert sein.¹⁸ Mit anderen Worten geht es hier um die Güterabwägung von staatlichem Eingriff bzw. Fremdbestimmung und Selbstbestimmung, welche möglichst passgenau erfolgen soll.

IV. Selbstbestimmung in der Mandatsführung

1. Fremdbestimmte Selbstbestimmung

Neben dieser instrumentellen Selbstbestimmung haben aber auch Beistände Selbstbestimmung soweit als möglich zu gewährleisten. So soll neben den höchstpersönlichen Rechten auch unabhängig vom Eingriff «soweit tunlich» auf die Meinung der verbeiständeten Person Rücksicht genommen werden, und der Beistand soll den Willen der verbeiständeten Person achten und sie das Leben entsprechend ihren Fähigkeiten nach eigenen Wünschen und Vorstellungen gestalten lassen (Art. 406 Abs. 1 ZGB).¹⁹ Damit ist auch gesagt, dass trotz Massschneiderung auch in der Mandatsführung die Selbstbestimmung weitergeführt werden soll. Obwohl ein Schwächezustand und eine Schutzbedürftigkeit vorhan-

¹⁴ Vgl. Art. 374 ff. ZGB.

¹⁵ Vgl. Art. 377 ff. ZGB.

¹⁶ Vgl. Art. 382 ff. ZGB.

¹⁷ Vgl. Art. 390 ff. ZGB, Art. 426 ff. ZGB.

¹⁸ Hierzu eingehend: Daniel Rosch, Die Bestimmung der Aufgabenbereiche des Beistandes nach Art. 391 nZGB, in: ZKE 3/2010, S. 184 ff., Yvo Biderbost, Massschneidern im Kindes- und Erwachsenenschutz – Haute Couture? Prêt-à-porter? Oder Masskonfektion?, in: Jusletter 31.03.2014.

¹⁹ Daneben finden sich weitere Bestimmungen, welche die Selbstbestimmung fördern sollen, z.B. die Mitwirkung bei der Wahl des Beistandes (Art. 401 ZGB), das eigene Handeln der schutzbedürftigen Person (Art. 407 ZGB), die Beiträge zur freien Verfügung (Art. 409 ZGB), die Partizipation im Rahmen der Rechenschaftsablage (Art. 410 f. ZGB).

den sind, soll soweit als möglich nach den subjektiven Interessen der betroffenen Person gehandelt werden. Selbstbestimmung ist aber nur dort möglich, wo eigenverantwortliches Entscheiden möglich ist, oder, mit Max Hess-Häberli gesprochen:

«Der Gedanke der Freiheit, der dem Selbstbestimmungsrecht zugrunde liegt, ist nicht Selbstzweck und nicht Endzweck, sondern der Weg zur bestmöglichen Entfaltung der Persönlichkeit. (...) Die Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes hat zur Voraussetzung, dass der Klient Verantwortung tragen kann. Freiheit verlangt notwendigerweise selbstgewählte und selbstauferlegte Schranken. Voraussetzung der Freiheit sind die Bereitschaft und Fähigkeit, die berechtigten Interessen der Mitmenschen wahrzunehmen und zu respektieren. Wo diese Fähigkeiten fehlen oder begrenzt sind, hört das Recht auf Selbstbestimmung auf. (...) Das Selbstbestimmungsrecht beschränkt sich zum vornherein auf Verhaltensweisen, Entscheidungen und Lösungen, die sich in sozial akzeptablen Grenzen bewegen.»²⁰

Das heisst, der Beistand muss im Einzelfall erkennen, wo wie viel Selbstbestimmung möglich ist, ohne dass die schutzbedürftige Person sich zu stark selbst schädigt. Damit wird zunächst einmal einer – im alten Recht vorherrschenden – Standardmandatsführung eine Absage erteilt. Moderne Mandatsführung heisst, individuell auszuloten, welche Fähigkeiten und Ressourcen vorhanden sind, um dann die Mandatsführung auch hier massgeschneidert umzusetzen. Dies benötigt zunächst einmal mehr Zeit, aber auch den Mut zur Selbstbestimmung. Selbstbestimmung bedeutet immer auch, das Risiko einzugehen, dass die Einschätzung in Bezug auf die Selbstbestimmung falsch war und damit die verbeiständete Person sich selbst schädigt, sei dies beispielsweise, weil sie einen Teil ihres Einkommens doch (noch) nicht selber verwalten kann oder weil der Wunsch, vom Heim in eine eigene Wohnung umzuziehen, in einer Verwahrlosung endet. Dieser Mut verlangt aber der Gesetzgeber. Es geht um die Idee, Menschen wenn immer möglich zur Selbstbestimmung zu aktivieren, ihnen Möglichkeiten zur autonomen Umsetzung von Handlungen zu ermöglichen. Selbstbestimmung heisst aber nicht, dass die verbeiständete Person die Verantwortung übernehmen soll im Sinne einer pauschalen Delegation der Aufgaben an die Klientschaft. Das würde dem Sinn und Zweck einer Beistandschaft widersprechen und es wäre auch ethisch kaum zu vertreten, dass man schutzbedürftige Menschen primär sich selber überlässt.

Um diese Selbstbestimmung auf Mandatsführungsebene zu ermöglichen, braucht es eine fachliche Einschätzung des Mandatsträgers, in welchen Bereichen Selbstbestimmung möglich ist. Hierfür bedarf es in aller Regel relativ detaillierten Wissens über den Schwächezustand und die Schutzbedürftigkeit. Wenn ein Beistand sich entscheiden muss, ob eine an einer psychischen Störung erkrankte Person allenfalls auch wieder selbstständig wohnen kann, muss er

²⁰ Max Hess-Häberli, Die Prinzipien der sozialen Einzelhilfe unter Einbezug rechtlicher Aspekte, 1966, S. 31 f.

über die Wohnfähigkeit der betroffenen Person eine Einschätzung machen können, die vom Schwächezustand abhängt. Eine solche Einschätzung wird in der Regel einfacher vorzunehmen sein, wo die KESB selbst bereits vertieft abgeklärt und den Schwächezustand nicht nur summarisch festgehalten hat. Will man also Selbstbestimmung auf Mandatsführungsebene zugunsten der Klientschaft verwirklichen, braucht dies in der Regel bereits eine vertiefte und gute Abklärung des Schwächezustandes durch die KESB.

Die zentrale Fragestellung für Mandatsträger lautet somit: «Inwiefern kann die verbeiständete Person unter Berücksichtigung ihres Schwächezustandes für die vorliegende Fragestellung selbstbestimmt bzw. eigenverantwortlich handeln?» Diese Einschätzung ist schwierig und wie alle prognostischen Aussagen fehleranfällig. Dort, wo die Fähigkeit zum selbstbestimmten Handeln nicht zweifelsfrei gegeben ist, scheint mir im Sinne des Gesetzes die Vermutung zugunsten der Förderung der Selbstbestimmung angezeigt.²¹ Wo sie hingegen nicht gegeben ist, ist Selbstbestimmung nicht angezeigt. Kommt es zu fremdbestimmtem Handeln, hat der Beistand aber nicht die freie Wahl von verschiedenen Optionen: Er hat gemäss Art. 406 Abs. 1 ZGB auch hier soweit tunlich auf die Vorstellungen der verbeiständeten Person Rücksicht zu nehmen bzw. diese wenn immer möglich zu verwirklichen. Er muss sich somit entsprechend dem subjektiven Willen der verbeiständeten Person unter Berücksichtigung ihres Schwächezustandes entscheiden. Damit entscheidet er nicht nach einem objektiven Massstab (was ist gut für alle Menschen in dieser Situation?), sondern nach einem *objektivierten subjektiven Massstab* (wie würde die Person entscheiden, wenn sie nicht an diesem Schwächezustand leiden würde?). Ein Beispiel: Der urteilsunfähigen Person, die ihr Leben lang zum Abendessen Wein getrunken hat, ist dieser Wein zuzugestehen, auch wenn als Nebenfolge der Blutdruck steigt, soweit der Beistand zum Schluss kommt, dass die Person, wäre sie urteilsfähig, genauso entscheiden würde. Anders würde man entscheiden, wenn eine Person nie urteilsfähig war (z.B. Urteilsunfähigkeit infolge angeborener Hirnschädigung) und in diesem Sinne nie eigene Wünsche und Vorstellungen entwickeln konnte. Hier würde man aufgrund eines objektivierten Massstabes entscheiden, es sei denn, es gäbe Anhaltspunkte, dass die urteilsunfähige Person etwas anderes möchte (z.B. Schokolade statt Reiswaffeln).

Die Frage nach dem Willen unter Berücksichtigung des Schwächezustandes ist nicht in jedem Falle ausreichend. Es finden sich zum Teil rechtliche Grenzen, z.T. aber auch Grenzen, die dem Mandat inhärent sind. Rechtliche Grenzen sind dort zu finden, wo es um widerrechtliches Handeln geht. War es – unter Berücksichtigung des Schwächezustandes – der Wille der unterdessen urteilsunfähigen Person, Schwarzgeldkonten anzulegen bzw. ein solches weiter zu führen, so kann der Beistand dem nicht nachkommen. Er hat kraft seines öffentlichen Amtes hier den Zustand zu legalisieren.²² Ähnlich gelagert ist der Fall, in dem der mutmassliche Wille zwar nicht widerrechtlich ist, aber im Rahmen der Mandatsführung

²¹ Vgl. ESR Komm-Rosch, Art. 388 N 5.

²² BSK ZGB I-AFFOLTER, Art. 406 N 33.

kaum zu rechtfertigen ist. Hat die verbeiständete Person ihr Leben lang gegen die Steuerbehörde gekämpft, indem sie unabhängig der Erfolgchancen gegen sämtliche Steuerverfügungen Rechtsmittel bis ans letztmögliche Gericht (weiter)gezogen hat, so kann das vom Beistand nicht erwartet werden. Er hat in einem solchen Falle dem Willen nur soweit nachzukommen, als es im Rahmen seines Amtes vertretbar ist.²³ Konkret könnte das bedeuten, dass er Rechtsmittel jeweils einlegt, wenn eine minimale Erfolgchance besteht. In solchen Fällen ist mittels einer Güterabwägung vorzugehen. Zwar ist in den meisten Fällen der Rückgriff auf den mutmasslichen Willen (unter Berücksichtigung des Schwächezustandes) ausreichend. Das gewichtige Gut der Selbstbestimmung würde im Rahmen einer Güterabwägung in diesen Fällen keinen anderen Schluss zulassen. Dort, wo der mutmassliche Wille wie im oben genannten Fall hingegen nicht weiterführt, müssen im Rahmen einer Güterabwägung Lösungen gefunden werden, die so viel Selbstbestimmung wie möglich gewähren.²⁴

Im Rahmen dieser Prognose und Güterabwägung hat der Beistand zudem auch kreative Möglichkeiten auszuloten, um die Selbstbestimmung gewährleisten zu können. Wenn im vorherigen Beispiel der weintrinkenden Person der Bluthochdruck lebensgefährlich steigen würde, wäre zu prüfen, ob es Alternativen gäbe, z.B. alkoholfreier Wein. Das bedarf aber seitens des Beistandes auch der Fähigkeit und des Willens, medizinische bzw. fachliche Standardantworten («Wein wäre nicht zu empfehlen, da der Bluthochdruck steigt») zu hinterfragen und mit den Fachpersonen Alternativen zur Gewährleistung der Selbstbestimmung zu erarbeiten.

Aufgrund dieser Ausführungen wird ersichtlich, dass der Beistand zur zentralen Instanz über die Gewährung der Selbstbestimmung in der Mandatsführung wird. Er entscheidet pflichtgemäss aufgrund einer Prognose und einer Güterabwägung, ob Selbstbestimmung zugelassen wird oder nicht.²⁵ Folglich müsste man auch von *fremdbestimmter Selbstbestimmung* sprechen.

2. *Selbstbestimmung und Partizipation*

Aufgrund dieser fremdbestimmten Selbstbestimmung obliegt es dem Beistand, auszuloten, wo Selbstbestimmung möglich sein soll und wo nicht. Etwas Drittes ist schwer vorstellbar. Dieses «Alles-oder-Nichts-Prinzip» erscheint wenig hilf-

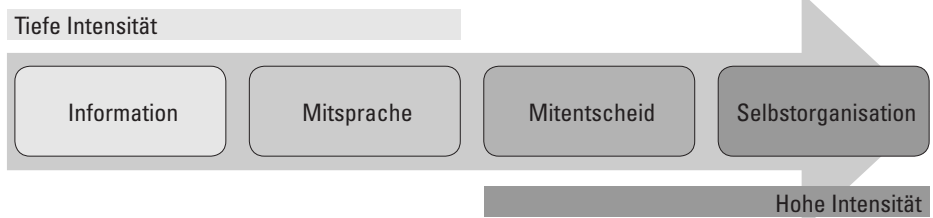
²³ Hier ist anzumerken, dass es aber ausschliesslich um Interessen der betroffenen Person gehen kann (fürsorgerische Interessen) und aufgrund anderer Interessen (z.B. polizeiliche Interessen; Interessen Dritter) alleine keine Fremdbestimmung zulässig ist (vgl. Art. 390 Abs. 2 ZGB), es sei denn das Gesetz sieht dies explizit vor (z.B. Art. 427 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB); so bereits Hedwig Oettli, die persönliche Fürsorge des Vormundes für das Mündel, Aarau 1941, S. 101 in Bezug auf die Zustimmung des Vormundes zur Heirat (Art. 94 Abs. 2 aZGB) oder Christoph Häfeli, Inhalt und Stellenwert der persönlichen Betreuung im Vormundschaftsrecht, ZVW 2/1989, S. 57 f. mit diversen Beispielen.

²⁴ Deshalb finden sich auch im Gesetz an verschiedenen Stellen, die besonders sensible Güter betreffen, der Rückgriff auf die Interessen der Person, z.B. Art. 379, Art. 378 Abs. 3, Art. 435 ZGB. In diesem Sinne schon BGE 26 I 69 siehe Fn. 12.

²⁵ In diese Richtung bereits: Hedwig Oettli, die persönliche Fürsorge des Vormundes für das Mündel, Aarau 1941, S. 24.

reich für die unterschiedlichen Situationen in der Mandatsführung. Deshalb wäre es sinnvoll, wenn man in der Mandatsführung Selbstbestimmung als Partizipationsmöglichkeiten lesen würde. Damit könnten auf die unterschiedlichen Ansprüche in der Mandatsführung auch differenzierte Formen von selbstbestimmtem Mitwirken folgen.²⁶ Das entspricht auch dem Umstand, dass viele Bereiche im Rahmen der Mandatsführung nicht rein fremdbestimmt möglich sind, so z.B. die Arbeitsintegration. Ohne den Willen und eine minimale Motivation des Klienten kann keine erfolgreiche Arbeitsintegration erfolgen. Hier können die Stufen der Partizipation den Dualismus von Fremd- und Selbstbestimmung überwinden und zu einer Koproduktion führen. Im Zweifelsfalle ist im Sinne der gesetzgeberisch vorgesehenen Selbstbestimmung eher eine höhere Stufe der Mitwirkungsmöglichkeit zu wählen. Nach Lüttringhaus²⁷ wären folgende Partizipationsstufen für die jeweilige Situation zu prüfen:

Stufen der Partizipation



Maria Lüttringhaus, 2000

Für eine fachgerechte Implementation der Selbstbestimmung bzw. Partizipationsformen in der Mandatsführung würde sich der Einbezug dieser Überlegungen mitunter bereits bei der Erstellung des Handlungsplanes anbieten. Neben Zielen und Zielerreichung könnte hier jeweils standardmässig die Form der Zusammenarbeit bzw. Partizipation explizit Erwähnung finden. Damit würde der Klientschaft auch deutlich gemacht, in welchen Bereichen sie wie partizipieren kann. Das könnte z.B. wie folgt aussehen:

Thema/Aufgabe	Verantwortung	Partizipation Klient/BB
Vermögensanlage	BB	KI: Information
Mietzinszahlungen	BB	KI: selbständig
Taschengeld (409)	Klient	BB: Keine
Arbeitsintegration	Klient	BB: Mitsprache
(...)		

²⁶ Vgl. Rahel El-Maawi, Selbstbestimmung durch Partizipation. Vom hierarchischen Mandatsverhältnis zur Koproduktion, in Sozialaktuell 1/2014, S. 20 ff.

²⁷ Maria Lüttringhaus, Stadtteilentwicklung und Partizipation, Fallstudien aus Essen-Katernberg und Dresdener Äusseren Neustadt, 2000; Bild von Rahel El-Maawi, vgl. vorangehende Fn.

V. Anstelle einer Zusammenfassung: Thesen für eine bessere Umsetzung der Selbstbestimmung

1. Instrumentelle Selbstbestimmung setzt voraus, dass die Subsidiarität und die Verhältnismässigkeit genau und umfassend geprüft wurden.
2. Sowohl instrumentelle Selbstbestimmung als auch fremdbestimmte Selbstbestimmung durch Beistände bedürfen einer vertieften Abklärung (der KESB) von Schwächezustand und Schutzbedarf.
3. Selbstbestimmung in der Mandatsführung benötigt mutige Beistände, die auch das Risiko einer Fehlprognose eingehen und deren Folgen auf sich nehmen.
4. Selbstbestimmung in der Mandatsführung benötigt Beistände, die fähig und gewillt sind, kreative Lösungen zur Gewährleistung der Selbstbestimmung zu finden.
5. Selbstbestimmung in der Mandatsführung benötigt mehr zeitliche Ressourcen, weil es um individualisierte Mandatsführung geht.
6. Die Partizipationsstufen ermöglichen für die Selbstbestimmung in der Mandatsführung einen flexibleren und adäquateren Umgang mit Klienten zwischen Selbst- und Fremdbestimmung.