

## Zwei Jahre neues Kindes- und Erwachsenenschutzrecht im Kanton Aargau – Ein Rück- und Ausblick aus Sicht der Mandatsführung

von Stephan Preisch, Berufsbeistand KESD Baden und Beat Merkofer, Berufsbeistand KES Stadt Aarau

**Stichwörter:** Abklärung, Berufsbeistandschaft, Interdisziplinäre Zusammenarbeit, Kantonales Verfahrensrecht, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde, Mandatsführung, Massschneidung, Zivilprozessrecht.

**Mots-clés:** Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, Collaboration interdisciplinaire, Curatelle professionnelle, Enquête, Exécution du mandat, Mesures sur mesure, Procédure cantonale, Procédure civile.

**Parole chiave:** Adattamento alle prescrizioni di procedura, Autorità di protezione dei minori e degli adulti, Chiarimento, Collaborazione interdisciplinare, Gestione di mandati, Curatela professionale, Diritto di procedura cantonale, Diritto processuale civile.

Anhand zweier Bereiche des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts werden im nachfolgenden Beitrag aktuell vorhandene Probleme aufgezeigt. Es sind dies eine nicht befriedigende Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Organen sowie die Anwendung des Prozessrechts. Es handelt sich dabei um zwei unabhängige Bereiche, die aber symbolisch und symbiotisch wirken. Gefordert sind deshalb neue Kooperationen auf neuen Wegen.

### Deux ans d'application du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte dans le canton d'Argovie – Bilan et perspectives du point de vue des porteurs de mandats

La contribution met en lumière certains problèmes que pose actuellement la mise en œuvre du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte, cela à partir de deux exemples: la collaboration insatisfaisante entre les différents organes concernés et l'application des règles de procédure. Il s'agit en soi de deux problématiques distinctes, mais qui ont toutes deux une portée symbolique et qui agissent en symbiose l'une avec l'autre. Les auteurs plaident en faveur de nouveaux types et modalités de collaboration.

### Due anni di nuovo diritto di protezione dei minori e degli adulti nel Canton Argovia – retrospettiva e futuro nell'ottica dell'esecutore di mandati

Nel presente contributo, considerando le due sezioni del nuovo diritto di protezione dei minori e degli adulti, sono evidenziati problemi riscontrati nell'attualità. In particolare le difficoltà derivano da un'insoddisfacente collaborazione fra gli organi interessati e dall'applicazione del diritto processuale. Sono questi due settori, fra loro indipendenti, che tuttavia agiscono simbolicamente e simbioticamente uniti. Per il futuro è perciò necessario impostare una nuova collaborazione su basi diverse.

Das neue Recht stellt eine Herausforderung dar; dies war so gewollt und wird von uns vollumfänglich unterstützt<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> «Niemand würde heute das Chaos willkommen heissen, weil die Ordnung versagt hat» (frei nach Karl Kraus in: Peter Sloterdijk, Die schrecklichen Kinder der Neuzeit).

## I. Perspektivenwechsel

In den allgemeinen Grundsätzen zu den behördlichen Interventionen wird die Messlatte hoch gelegt: Das Wohl und der Schutz der hilfsbedürftigen Personen müssen durch die behördlichen Massnahmen sichergestellt werden (Art. 388 Abs. 1 ZGB). Damit wird der Geist des neuen Rechts gleich wichtig festgehalten. Im alten Vormundschaftsrecht wurde an erster Stelle die Struktur der Organe definiert, während im neuen Recht die betroffenen Personen im Zentrum stehen. Dieses «Ins-Zentrum-Stellen» war notwendig; der Perspektiven- oder gar Paradigmenwechsel muss folglich Konsequenzen haben für alle im Umfeld Mitwirkenden, so nicht nur für die Fachbehörden (nachfolgend KESB) und als Auslegungshilfe für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR)<sup>2</sup>, sondern auch für die Auslegung von weiteren Gesetzen, insbesondere der Zivilprozessordnung.

## II. Zusammenarbeit – Zusammenwirken

### 1. Strukturen und Wirkungen

Im alten Vormundschaftsrecht wurden in aArt. 360 ZGB die vormundschaftlichen Organe definiert: Einerseits die vormundschaftlichen Behörden und andererseits die Beistände und Vormunde. Diese Systematik zeigte auf, dass es zur Umsetzung der vormundschaftlichen Aufgaben beider Organe bedurfte, um der Verwirklichung des Vormundschaftsrechts zu dienen<sup>3</sup>. Jedes Organ hatte spezifische Aufgaben, doch oblag es allen Organen gemeinsam, den notwendigen Schutz herzustellen. Daraus entwickelte sich eine enge Zusammenarbeit zwischen der damaligen Vormundschaftsbehörde und den Beistands- bzw. Vormundspersonen. Diese Zusammenarbeit stand im Dienste der Klienten (Neu-Betroffene Personen).

Im revidierten Recht ist ein vergleichbar programmatischer und pragmatischer Zusammenarbeits-Zweckartikel nicht mehr vorhanden. Unter dem Revisionsziel der Wiederherstellung der Hierarchie wird konsequent zwischen den Mandatsverantwortlichen und der KESB unterschieden. Es wird klar zum Ausdruck gebracht, dass die KESB anordnet (Art. 389 Abs. 1 ZGB), errichtet (Art. 390 Abs. 1 ZGB), umschreibt (Art. 391 Abs. 1 ZGB) und ernennt (Art. 400 Abs. 1 ZGB). Dies führte zwar in der Praxis zu einer klaren Hierarchie. Eine sachdienliche Zusammenarbeit hat diese Hierarchie aber in den ersten zwei Betriebsjahren kaum entstehen lassen.

### 2. Lernfelder und Akzeptanz

Zusammenarbeit und Zusammenwirken der Organe sind für die betroffenen Personen unabdingbar. Eine gemeinsame Strategieentwicklung (Policy und Strategie) ist notwendig. Die nun vollzogene und merkbare Trennung zwischen Stra-

<sup>2</sup> ROSCH/BÜCHLER/JAKOB, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Art. 388 N 1.

<sup>3</sup> BK-SCHNYDER/MURER, Art. 360 N 14.

tegie (KESB als reines Entscheidgremium) und Ausführung durch die Berufsbeistandschaften (BB) kann für die betroffenen Personen nicht zufriedenstellend sein.

Vermehrte Aussprachen über generelle Themen als auch zu konkreten Einzelfragen zwischen KESB und BB sind weiterhin notwendig, was nicht bedeutet, dass sich die Beistandspersonen ihrer Verantwortung entledigen wollen; auch nicht, dass dadurch die aargauischen Bezirksgerichte voreingenommen werden würden oder dass die der betroffenen Person zustehenden Verfahrensrechte beschnitten werden sollen.

Vermehrte Aussprachen bedeuten «lediglich», dass sich die KESB und die Beistandspersonen austauschen sollten, und dass raschere, zielführendere Wege gefunden werden müssen, als dies auf dem langwierigen Korrespondenzweg und bei formalistischen Abgrenzungen möglich ist. Sonst vermag das neue Recht seine angestrebte Wirkung für die betroffenen Personen nicht zu erzielen.

Oder anders ausgedrückt: Austausch ist zwingend notwendig, um auch unter dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht wieder eine Gemeinsamkeit zu erringen, die den Schutz und das Wohl der betroffenen Person ins Zentrum stellt. Dies bedeutet für die Beistandspersonen, dass die Entscheide, welche von einer interdisziplinär zusammengesetzten Fachbehörde gefällt werden, akzeptiert werden müssen. Die KESB hingegen müssten erkennen, dass die Anträge der Beistände, wenn auch technisch nicht immer ausgefeilt, grundsätzlich einen fachlichen Hintergrund haben, denn die Beistandspersonen können sehr wohl abschätzen, welche Hilfestellungen und Rechtsschritte möglich und nötig sind, einfach deshalb, weil sie näher am Leben der betroffenen Personen (Vertrauensverhältnis) stehen.

### 3. *Von Käuzen und Institutionen*

Die betroffenen Personen sind, wie schon Eugen Huber festhielt, hie und da «komische Käuze»<sup>4</sup>. Ihnen ist der gesetzliche Überbau eigentlich egal. Sie bedürfen, basierend auf dem festgestellten Schwächezustand und der daraus resultierenden Hilfe- und Schutzbedürftigkeit, der Unterstützung. Sie sind darauf angewiesen, dass die zuständigen Organe zusammenwirken, dass die Abklärung fundiert, umfassend und rasch läuft, dass die KESB elegant und rasch massschneidert<sup>5</sup> und die BB vertrauensvoll und rasch wirken. Daraus ergibt sich, dass einerseits jede Stelle (Abklärung, KESB, BB) ihre Aufgabe selbständig löst – doch nun kommt das Entscheidende –andererseits auch jede Stelle den Gesamtüberblick für die betroffene Person im Sinne von Art. 388 ZGB berücksichtigt<sup>6</sup>. Das bedeutet, dass bereits bei der ergebnisoffenen Abklärung an eine Massschneidung bzw. an die Massnahmenumsetzung durch die Beistandsperson

<sup>4</sup> EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf, 1902, S. 273.

<sup>5</sup> BIDERBOST, Massschneidern im Kindes- und Erwachsenenschutz – Haute Couture? Prêt-à-porter? Oder Masskonfektion?, in: Jusletter 31. März 2014.

<sup>6</sup> BIDERBOST (FN 5), S. 3: «Mithin fängt Massschneidung nicht erst bei der Konfiguration einer Massnahme an; bereits die Überlegung nach der Notwendigkeit einer Massnahme ist systemisch gedacht auf eine gewisse Weise Teil der Massschneidung.»

gedacht werden muss. Weiter, dass bei einer Massschneidung sowohl die Abklärung als auch die Umsetzung durch die BB einfließen müssen und dass die BB dieses doppelte Vorwissen (durch Abklärung und KESB) in einen Handlungsplan ummünzen bzw. ihre Strategie, Eingaben und Anträge darauf abstützen können.

Dieses einerseits im «Gärtlein denken» und andererseits «den Gesamtüberblick im Auge behalten», ist eine wesentliche Herausforderung des neuen Rechts. Sie ist nur zu bewältigen, wenn die verschiedenen Organe/Behörden/Institutionen zusammenwirken. Es bedarf des gegenseitigen Verständnisses, des Austausches und des Respekts, also des Kontakts auf Augenhöhe<sup>7</sup>.

Nur wenn dieses Zusammenwirken gelingt, besteht auch Gewähr, dass die betroffene Person nicht von Amt zu Amt geschoben, sondern deren Schwächezustand ernst genommen und mit den Möglichkeiten der staatlichen Intervention angegangen wird. Dieses interbehördliche Zusammenwirken muss rascher gelingen. Ansonsten hat sich das Leben der betroffenen Personen u.U. bereits weiter von der ursprünglichen Entscheidungsbasis entfernt.

Es ist demnach nötig, insbesondere das Verhältnis Recht – Soziale Arbeit (inkl. Psychologie) weiterhin zu diskutieren. Die planerische Gestaltung der Hilfe für die betroffenen Personen und deren Umsetzung liegt in der Personensorge und damit in den Händen der Sozialarbeit. Dieser Fachbereich bringt für die betroffenen Personen den Mehrwert: Die Sozialarbeit ist die Architektur, die Juristerei die Statik. Aktuell bestehen im neuen KESR Konstrukte, deren Architektur durch die Statiker bestimmt wird.

### **III. ZPO und ihre Auswirkungen im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (KESR)**

#### *1. Generelles Verhältnis*

Die Intention einer Prozessordnung ist die Umsetzung des materiellen Rechts. Das Verfahrensrecht hat im Verhältnis zum materiellen Recht eine dienende Funktion<sup>8</sup>.

Sowohl die Vereinheitlichung der ZPO als auch die Revision des KESR wurden als sogenannte Jahrhundertmeilensteine gepriesen<sup>9</sup>. Dies ist in den jeweiligen Gesetzen wohl durchaus der Fall; hinsichtlich der nötigen Verbindung kann davon aus Sicht der Praxis aber nicht die Rede sein.

Bereits im Vorfeld beider Revisionen wurde die Wichtigkeit des Zusammenspiels von ZPO und KESR erkannt, am pointiertesten wohl im Bericht und Vorentwurf von Daniel Steck<sup>10</sup>: «Für den Rechtsschutz der betroffenen Personen ist

<sup>7</sup> ROSCH/GARIBALDI/PREISCH, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – Hoffnungsträgerin oder Hemmschuh? Die Zusammenarbeit mit der KESB aus Sicht der Berufsbeistände und Berufsbeiständinnen, ZKE 5/2012.

<sup>8</sup> ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (FN 2), Art. 450f N 8.

<sup>9</sup> Bei der ZPO wurde von einer Revision hin zu einer sozialen Prozessordnung gesprochen.

<sup>10</sup> STECK, Bericht und Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Juni 2003, S. 1.

nicht nur das materielle Recht, sondern auch das Verfahrensrecht sehr wichtig. (...) Kein Kanton hat bis heute ein spezifisches und umfassendes Verfahrensgesetz für den Kindes- und Erwachsenenschutz erlassen. Zum Teil wird auf eine sinngemässe Anwendung der kantonalen Zivilprozessordnung verwiesen, zum Teil wird das Verwaltungsverfahren für sinngemäss anwendbar erklärt. Der heutige Rechtszustand ist unbefriedigend. Weder das Zivilprozessrecht noch das Verwaltungsverfahrenstragen den speziellen Bedürfnissen der hoheitlichen Fürsorge besonders Rechnung. Zudem ist mit dem Notbehelf der «sinngemässen Anwendung» für die betroffenen Personen wenig klar, welche verfahrensrechtlichen Normen nun wirklich anwendbar sind und welche nicht.»

Zudem wurde explizit darauf hingewiesen, dass im Bereich des KESR der Schutz der Grundrechte eine wesentliche Rolle spielt: «Dieser Umstand erfordert bei der Gestaltung des Verfahrens besondere Beachtung. Daneben hat ein Verfahrensgesetz aber auch darauf Rücksicht zu nehmen, dass im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht eine Vielfalt von Verfahren besteht. Nebst den besonders sensiblen Bereichen der Anordnung von Beistandschaften mit Beschränkung der Handlungsfähigkeit, den Fällen fürsorgerischer Unterbringung und den Entscheidungen in Kinderbelangen (z.B. betreffend elterliche Sorge oder Kinderschutzmassnahmen), die einer detaillierten und umfassenden Verfahrensordnung bedürfen, fallen Verfahren in sehr grosser Zahl an, welche auf einfache und unbürokratische Weise erledigt werden können und sollen. Hier ist eine geringere Regelungsdichte vorzuziehen und der Gestaltungsfreiheit des Gerichts mehr Raum zu geben»<sup>11</sup>.

Trotz allen Warnungen<sup>12</sup> hat der Gesetzgeber schliesslich im Abschnitt zum Verfahren (Art. 443 ff. ZGB) die ZPO für das KESR in Art. 450f ZGB als «sinngemäss anwendbar» erklärt. Im Kanton Aargau wurden zudem weitere Verfahrensbestimmungen ins kantonale Recht aufgenommen (EG ZGB; SAR 210.100 und V KESR; SAR 210.125), so auch § 60c EG ZGB, wonach das summarische Verfahren gemäss den Art. 248 ff. ZPO zur Anwendung kommt. Dieses Verfahren sollte ein schnelles richterliches Eingreifen ermöglichen, welches nicht zwingend zu einer endgültigen Entscheidung über die materielle Rechtslage führen muss (Vorläufigkeit). Die Raschheit zeigt sich insbesondere in verfügten Fristen, teilweise auch in Beweisbeschränkungen und Beweismassbeschränkungen<sup>13</sup>. Im Sinne der summarischen Verfahrensbeschleunigung sind auch mündliche Eingaben und mündliche Stellungnahmen möglich<sup>14</sup>, welche im Kanton Aargau aber kaum genutzt werden.

## 2. *Sinngemässe Anwendung*

Deshalb stellt sich nun die Frage, was die sinngemässe Anwendung für das KESR und insbesondere die betroffenen Personen bedeutet. Betreffend der

<sup>11</sup> STECK (FN 10) S. 7.

<sup>12</sup> ROSCH/BÜCHLER/JAKOB, (FN 2), Art. 450f N 3ff, insb. N 7 ff.; FamKomm Erwachsenenschutz/STECK, Art. 450f N 8 ff.; BSK Erw.Schutz AUER/MARTI, Art. 450f N 3, N 5, N 13.

<sup>13</sup> BSK ZPO-MAZA, Vorbemerkungen zu Art. 248–256 1.

<sup>14</sup> BSK ZPO-MAZA, Art. 252 N 5.

Schwierigkeit einer sinngemässen Anwendung der ZPO führen Auer/Marti<sup>15</sup> zentral aus: «Mit dieser Regelung hat der Bundesgesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass die Regeln der ZPO nicht in jedem Fall strikt anzuwenden sind. Vielmehr ist stets der besonderen Natur des materiellen Rechts und der zu seiner Verwirklichung vorgesehenen Verfahrensgrundsätze Rechnung zu tragen. Die Anwendung von ZPO-Vorschriften auf die Verfahren vor der KESB und der gerichtlichen Beschwerdeinstanz darf nicht zu einer Erschwerung oder Verhinderung der Verwirklichung dieser Grundsätze und des materiellen Rechts führen. Es kann daher je nach Situation notwendig sein, die ZPO-Normen «cum grano salis»<sup>16</sup> anzuwenden bzw. gegebenenfalls davon abzuweichen. Ausserdem ist aus dem Prinzip der sinngemässen Anwendung zu folgern, dass von mehreren nicht deckungsgleichen ZPO-Regeln jene massgebend ist, die der Natur des Verfahrens und dem mit dem materiellen Recht verfolgten Zweck am besten entspricht.

Wenn nun aber die KESB – und genau dies ist bei den aargauischen Familiengerichten in der Tendenz festzustellen – sich akribisch an die ZPO hält und die Möglichkeit der sinngemässen Anwendung nicht nutzt, wird die ganze materielle Erneuerung erheblich erschwert, gebremst oder gar vereitelt.

Ein klassischer Zivilrechtsstreit (für den die ZPO ja geschaffen ist) besteht in einem kontradiktorischen Verfahren; das KESR wird dagegen der sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit zugeordnet. Dabei handelt es sich um gerichtliche Anordnungen, die auf Gesuch eines Interessierten ohne kontradiktorisches Verfahren erlassen werden. Im KESR geht es nicht (oder nur sehr selten) um die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, sondern um Rechtsfürsorge, insbesondere um behördliche Mitwirkung bei der Begründung, Erhaltung, Änderung oder Aufhebung privater Rechte<sup>17</sup>.

Betroffene Personen stehen nicht deshalb in einem juristischen Prozess, weil sie sich kontradiktorisch gegen andere Private wehren oder beklagt werden, sondern weil sie eine temporäre oder dauernde Hilfs- und Schutzbedürftigkeit haben und folglich eine betreuende, sozialarbeiterische Begleitung benötigen. Ihr Schwächezustand ist keine prozessuale Anklage; sie sind auch nicht zivilrechtliche «Partei»; die betroffenen Personen bedürfen «einfach» der staatlichen und gesellschaftlichen Unterstützung. Die Begründung hierfür liegt schlicht in der Menschenwürde<sup>18</sup>.

Es ist deshalb nötig und wichtig, dass über das Verfahrensrecht und die den betroffenen Personen geschuldete Individualität der prozessuale Spielraum genutzt wird, insbesondere in den Bereichen Zusammenarbeit mit den BB, Rasch-

<sup>15</sup> BSK Erw.Schutz AUER/MARTI, Art. 450f N 13.

<sup>16</sup> Cum grano salis («mit einem Korn Salz») ist eine lateinische Redewendung. Der Ausdruck wird im Deutschen heute meist verwendet, um eine Aussage einzuschränken und darauf aufmerksam zu machen, dass das Gesagte möglicherweise nicht in jeder Hinsicht wörtlich zu nehmen ist, sondern in Teilen ungenau, übertrieben oder sarkastisch formuliert ist und daher nur mit Abstrichen ernst genommen werden soll. Seltener wird der Satz auch so verwendet, dass eine vorausgegangene Behauptung nicht in jeder Hinsicht wahr sein muss, aber doch «ein Körnchen» Wahrheit enthält.

<sup>17</sup> BSK ZPO-MAZA, Art. 1 N 6.

<sup>18</sup> BIDERBOST, (FN 5), S. 11, Lit. E.

heit und Mündlichkeit (inklusive E-Mailverkehr). Der Schwächezustand der betroffenen Personen ist meistens schon kompliziert genug; die Behörden und Beistandsperson sind gemeinsam aufgerufen, die Situation nicht noch komplizierter zu machen, sondern zu versuchen, die Schutzbedürftigkeit ernst zu nehmen und ohne übertriebenen Formalismus zu beheben.

Ein KESR-taugliches Verfahren muss, basierend auf Art. 388 ZGB, folgende Grundsätze erfüllen:

- **Raschheit/Beschleunigungsgebot:** Eine Gefährdungsmeldung bzw. ein Antrag einer Beistandsperson basiert auf dem Schwächezustand der betroffenen Person. Deshalb muss hier rasch Klarheit über die Massnahmen oder einzelne Entscheide geschaffen werden; denn nur so wissen die betroffene Person, dessen soziales Umfeld und die involvierten Fachpersonen, was gilt. Nur durch ein rasches Verfahren kann das Wohl dieser Personen geschützt werden. Wartezeiten von 3–12 Monaten sind für eine Rückmeldung der KESB weder zielführend noch akzeptabel. Die betroffenen Personen erwarten, gerade wegen ihres Schwächezustandes, die notwendige Unterstützung. Formelle Argumentationen und Abläufe sind ihnen meistens fremd. Ihrer Schutzbedürftigkeit kann nur entsprochen werden, wenn ein rasches Hand-in-Hand zwischen den Institutionen gelingt. Nicht ein zeitlich aufwendiges Berichte einholen, sondern ein unverzügliches Zusammensitzen und gemeinsames Diskutieren ist für die betroffenen Personen und deren Umfeld zielführend.
- **Schriftlichkeit/Mündlichkeit:** Die Gerichte sind seit jeher an Schriftlichkeit orientiert; die Berufsbeistände ihrerseits an Mündlichkeit. Nur durch Gespräche mit den betroffenen Personen und ihrem sozialen Umfeld gelingt die Herstellung und Beibehaltung des gesetzlich geforderten Vertrauensverhältnisses (Art. 406 Abs. 2 ZGB). Als Alternative zur Anforderung schriftlicher Berichte bei den Mandatsverantwortlichen wäre es der Behörde gesetzlich ohne weiteres möglich, rasch ein Gespräch anzusetzen oder eine mündliche Verhandlung durchzuführen.
- **Richterliche Unabhängigkeit:** Dieser rechtsstaatlich unbestrittene Grundsatz muss selbstverständlich auch im KESR-Bereich gelten. Daran vermag Art. 400 Abs. 3 ZGB nichts zu ändern, welcher die Fachbehörde zur Instruktion und Beratung der eingesetzten Mandatsträgerinnen und Mandatsträger ermächtigt bzw. verpflichtet. Die genannte Grundlage darf nun allerdings nicht nur als Einbahn von der Behörde zu den Beistandspersonen verstanden werden; sie soll eine gemeinsame Grundhaltung entstehen lassen, die auch Vorgespräche ermöglicht. Art. 47 ZPO lässt dies ebenfalls zu. Somit wäre auch hier vermehrte Kommunikation zwischen Fachrichtenden und Beistandspersonen möglich; selbstverständlich sind Gespräche der betroffenen Person anschließend mitzuteilen. Dass ein kontinuierlicher Austausch zwischen KESB und Beistandspersonen stattfinden muss, liegt im Schwächezustand der betroffenen Person bzw. in der nach aussen wirkenden Schutzbedürftigkeit begründet. Er soll zudem dazu beitragen, die administrativen Abläufe klein zu halten, damit die Verantwortlichen mehr Zeit für die betroffenen Personen einsetzen können.

### 3. *Schutzbedürftigkeit ist massgeblich*

Entscheide oder Urteile im KESR-Bereich müssen sowohl für die betroffenen Personen und deren soziales Umfeld als auch für die Beistandspersonen rasch Handlungsanweisungen geben. Sie müssen die aktuellen Situationen der betroffenen Personen einer Lösung zuführen, jedoch auch genügend flexibel sein, um bei veränderten Lebenssituationen wieder neu und rasch reagieren zu können. Personen mit Schwächezuständen leben in einer eigenen Dynamik. Das Prozessrecht soll diese nicht beschleunigen sondern mithelfen, die Lebenssituation der Betroffenen durch Be- oder Entschleunigung zu verbessern oder zumindest zu stabilisieren, sicher aber nicht zu verschlechtern. Doch genau dies bewirkt häufig ein allzu langes behördliches Zuwarten. In den ersten zwei Betriebsjahren mussten die Berufsbeistandschaften im Kanton Aargau monatelang auf Beschlüsse bei strittigen Besuchsrechtssituationen, Obhutsanträgen, Platzierungen von Erwachsenen oder Massnahmeübertragungen warten. Damit der Schutz und das Wohl der betroffenen Person gewährleistet werden kann, bedarf es aber, wie bereits dargelegt, rascher Entscheide, wenn nötig mit Beweis- und Verfahrensbeschränkungen<sup>19</sup>. Denn das Leben der betroffenen Personen pulsiert oft schneller als den Behörden bewusst ist.

Dieses Pulsieren basiert auf dem ausgewiesenen Schwächezustand (geistige Behinderung, psychische Störung, anderer in der Person liegender Schwächezustand) der betroffenen Personen. Gerade weil ein derartiger Schwächezustand gegeben ist, liegt es eigentlich auch auf der Hand, dass mit den Betroffenen in den prozessualen Modalitäten nicht gleich wie mit Personen ohne Schwächezustand vorgegangen werden kann. Ohne Erläuterung und Instruktion werden Gerichtsverfügungen und Entscheide in den wenigsten Fällen verstanden. Rechtsmittelbelehrungen werden wohl gelesen, aber nicht in ihrer juristischen Bedeutung erfasst. An die gerichtssübliche Schriftlichkeit sind deshalb im KESR-Bereich andere Massstäbe zu setzen, ansonsten sich die zivilprozessualen Eigenheiten kontraproduktiv und meistens zulasten der betroffenen Personen auswirken.

Zu beachten ist weiter, dass die Beistandspersonen mit den betroffenen Personen in einem sozialen Dialog stehen (Art. 406 ZGB). Dies bedeutet prozessual, dass eine fortgesetzte Zusammenarbeit auch nach einem Urteil möglich sein muss. Ein Urteil muss deshalb auch in enger Zusammenarbeit mit der Beistandsperson ergehen und darf nicht nach monatelangem Schweigen plötzlich das Vertrauensverhältnis erschüttern.

### 4. *Abklärung – Entscheide – Kommunikation*

Die gemäss V-KESR vorgesehene Verantwortung der Gemeinden für die Abklärungen des Sachverhalts (Sozialberichte) müsste durch die Bezirksgerichte vermehrt in Anspruch genommen werden, denn nur mit einer präzisen, interdis-

<sup>19</sup> GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, 2. Aufl., Art. 248 N 1.

ziplinären Abklärung kann eine den Bedürfnissen der betroffenen Personen entsprechende Massschneidung der behördlichen Massnahme gelingen.

Es ist noch immer Praxis, dass Entscheide der Behörde nur im Dispositiv, ohne Begründungen eröffnet werden. Es widerspricht dem Geist des KESR fundamental, wenn Beistandspersonen erst über die Akteneinsicht zu erahnen versuchen können, was die KESB bei der Auftragserteilung gedacht haben könnte.

#### 5. *Massschneidung des Verfahrens?*

Der Schritt zu einem eigenen Verfahrensrecht im Bereich des KESR wurde nicht beschritten. Immerhin wurden einige Verfahrensbestimmungen sowie wichtige Grundsätze im ZGB festgehalten (Offizial- und Untersuchungsmaximime, Melderechte und -pflichten, Mitwirkungspflichten, Transparenz und faires Verfahren, Subsidiarität und Verhältnismässigkeit, Professionalität, Interdisziplinarität, vorsorgliche und superprovisorische Massnahmen, Anhörung, Amtshilfe, Akteneinsichtsrecht, Beschwerdemöglichkeit).

Es liegt aber auch auf der Hand, dass die Bandbreite von möglichen Zusammenarbeitsformen mit der Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen zusammenhängt. So kann das Verfahren betr. eines Erbantritts formell streng und diskussionslos (mit Belegen und schriftlich) behandelt werden, im Gegensatz beispielsweise zu einem Antrag auf Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts. Aus Sicht der betroffenen Personen sind beide Entscheide zeitlich dringlich (es hängt in jedem Fall ein soziales System mittendrin). Das bedeutet, dass die Behörden ihre Arbeiten priorisieren müssten.

Die Massschneidung gemäss Art. 391 ZGB hat sich nach den Bedürfnissen der betroffenen Person zu richten. Wenn eine Massnahme errichtet wurde, bedeutet dies selbstredend, dass ein Schwächezustand vorliegen muss, und zwar unabhängig davon, ob die Handlungsfähigkeit eingeschränkt wurde. Die daraus abgeleitete Schutzbedürftigkeit mag sich oft «nur» auf Personen- und Vermögenssorge, selten auf den Rechtsverkehr beziehen. Es ist jedoch die soziale Realität, dass für diese Personen jegliche amtliche, behördliche oder private Schriftlichkeit schwer fällt. Nun davon auszugehen, dass diese Personen ihre rechtliche Handlungsfähigkeit behalten und sich somit auch mit der KESB auf schriftlichem Wege austauschen können, geht an der Schutzbedürftigkeit dieser Personen vorbei. Gleiches gilt es bei der sinngemässen Anwendung des Prozessrechts zu berücksichtigen. Nur wenn Betroffenen auch über die Mündlichkeit der Zugang zum Verfahren ermöglicht wird, können die materiellen Revisionsziele der Selbstbestimmung und des Schutzes realisiert werden.

### **IV. Erkenntnisse und Ausblick**

#### *Erkenntnis I*

Alle Institutionen, die einen Beitrag zur Umsetzung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu leisten haben, müssen rascher und gleichberechtigt zueinander finden. Nur dann kann es gelingen, die allen gemeinsam auferlegten

Pflichten zum Wohle und Schutz der betroffenen Personen zu erfüllen. Durch verstärktes Zusammenwirken entsteht erst die angestrebte Wirkung des neuen Rechts: Wohl, Schutz und Selbstbestimmung der betroffenen Person.

### *Erkenntnis II*

Es braucht für den Erwachsenenschutz (und mit den entsprechenden Verweisen auch für den Kinderschutz), klare(re) prozessuale Regelungen. Eine <sinngemässe> Anwendung der ZPO lässt die mit dem neuen Kindes- und Erwachsenenschutz angestrebten materiellen Neuerungen nicht entstehen. Die Diskussion rund um die Schaffung eines eigenen Verfahrensrechts muss neu lanciert werden. Nur so können die in der Mandatsführung zentralen Aufträge (Interessenwahrung, Art. 405 und Art. 406 ZGB, Rücksichtnahme auf Meinung und Willen der betreuten Person, Art. 407 ZGB, Respektierung der individuellen Lebensgestaltung und Aufbau eines Vertrauensverhältnisses), realisiert werden. Anzustreben ist mithin eine auf das materielle Recht abgestimmte Massschneidung des formellen Rechts.

### *Ausblick*

Im Zentrum des KESR steht die betroffene Person. Für diese ist infolge einer temporären oder dauernden Schutzbedürftigkeit durch die KESB eine staatliche Massnahme zu errichten. Die Beistandspersonen haben die hierfür notwendigen Schritte in einem anzustrebenden Vertrauensverhältnis anzugehen.

Um dieses gemeinsame Ziel zu erreichen, sind zwei Voraussetzungen zu erfüllen:

- Zusammenwirken
- Prozessuale Unterstützung

Die Abstimmung zwischen Beistandspersonen und KESB einerseits sowie zwischen KESR und ZPO andererseits ist noch nicht abgeschlossen. Erst wenn eine engere Wirkung zwischen KESB und BB gelingt, und nicht formalprozessuale Verfahren die sozialprozessualen Schritte behindern, kann eine gute Umsetzung zugunsten der betroffenen Personen erreicht werden. Nur so können die Arbeitsbeziehungen – welche teils über lange Zeiträume erarbeitet werden mussten – zwischen Beistandspersonen und betroffenen Personen zielführend fortgesetzt werden.

Eine Aktivierung des Zusammenwirkens bzw. Revitalisierung des Gedankens von aArt. 360 ZGB sowie eine massgeschneidertes Prozessrecht sind notwendig. KESB und Beistandspersonen müssen hierfür als Helfer und Lösungsbeschleuniger ihre Möglichkeiten voll ausschöpfen.