

**Bachelor-Arbeit  
Sozialarbeit  
VZ 2017 - 2021**

**Rebecca Leu**

**Partizipation im Erwachsenenschutzverfahren**

**Analyse der Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB als gesetzliches  
Instrument zur Förderung der Partizipation Betroffener**

Diese Arbeit wurde am **11. Januar 2021** an der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit eingereicht. Für die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit wird durch die Hochschule Luzern keine Haftung übernommen.

---

Studierende räumen der Hochschule Luzern Verwendungs- und Verwertungsrechte an ihren im Rahmen des Studiums verfassten Arbeiten ein. Das Verwendungs- und Verwertungsrecht der Studierenden an ihren Arbeiten bleibt gewahrt (Art. 34 der Studienordnung).

---

Studentische Arbeiten der Hochschule Luzern – Soziale Arbeit werden unter einer Creative Commons Lizenz im Repositorium veröffentlicht und sind frei zugänglich.

---

Originaldokument gespeichert auf LARA – Lucerne Open Access Repository and Archive der Zentral- und Hochschulbibliothek Luzern



Dieses Werk ist unter einem  
Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle Nutzung-Keine Bearbeitung 3.0 Schweiz Lizenzvertrag  
lizenziert.

Um die Lizenz anzuschauen, gehen Sie bitte zu <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ch/>  
Oder schicken Sie einen Brief an Creative Commons, 171 Second Street, Suite 300, San Francisco, California  
95105, USA.

#### Urheberrechtlicher Hinweis

Dieses Dokument steht unter einer Lizenz der Creative Commons Namensnennung-Keine kommerzielle  
Nutzung-Keine Bearbeitung 3.0 Schweiz <http://creativecommons.org/>

Sie dürfen:



**Teilen** — das Material in jedwedem Format oder Medium vervielfältigen und weiterverbreiten  
Zu den folgenden Bedingungen:



**Namensnennung** — Sie müssen angemessene Urheber- und Rechteangaben machen, einen Link zur  
Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden. Diese Angaben dürfen in jeder  
angemessenen Art und Weise gemacht werden, allerdings nicht so, dass der Eindruck entsteht, der Lizenzgeber  
unterstütze gerade Sie oder Ihre Nutzung besonders.



**Nicht kommerziell** — Sie dürfen das Material nicht für kommerzielle Zwecke nutzen.



**Keine Bearbeitungen** — Wenn Sie das Material remixen, verändern oder darauf anderweitig direkt  
aufbauen dürfen Sie die bearbeitete Fassung des Materials nicht verbreiten.  
Im Falle einer Verbreitung müssen Sie anderen die Lizenzbedingungen, unter welche dieses Werk fällt,  
mitteilen.

Jede der vorgenannten Bedingungen kann aufgehoben werden, sofern Sie die Einwilligung des Rechteinhabers  
dazu erhalten.

Diese Lizenz lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte nach Schweizer Recht unberührt.

Eine ausführliche Fassung des Lizenzvertrags befindet sich unter <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/ch/legalcode.de>

## **Vorwort der Schulleitung**

Die Bachelor-Arbeit ist Bestandteil und Abschluss der beruflichen Ausbildung an der Hochschule Luzern, Soziale Arbeit. Mit dieser Arbeit zeigen die Studierenden, dass sie fähig sind, einer berufsrelevanten Fragestellung systematisch nachzugehen, Antworten zu dieser Fragestellung zu erarbeiten und die eigenen Einsichten klar darzulegen. Das während der Ausbildung erworbene Wissen setzen sie so in Konsequenzen und Schlussfolgerungen für die eigene berufliche Praxis um.

Die Bachelor-Arbeit wird in Einzel- oder Gruppenarbeit parallel zum Unterricht im Zeitraum von zehn Monaten geschrieben. Gruppendynamische Aspekte, Eigenverantwortung, Auseinandersetzung mit formalen und konkret-subjektiven Ansprüchen und Standpunkten sowie die Behauptung in stark belasteten Situationen gehören also zum Kontext der Arbeit.

Von einer gefestigten Berufsidentität aus sind die neuen Fachleute fähig, soziale Probleme als ihren Gegenstand zu beurteilen und zu bewerten. Sozialarbeiterisches Denken und Handeln ist vernetztes, ganzheitliches Denken und präzises, konkretes Handeln. Es ist daher nahe liegend, dass die Diplomandinnen und Diplomanden ihre Themen von verschiedenen Seiten beleuchten und betrachten, den eigenen Standpunkt klären und Stellung beziehen sowie auf der Handlungsebene Lösungsvorschläge oder Postulate formulieren.

Ihre Bachelor-Arbeit ist somit ein wichtiger Fachbeitrag an die breite thematische Entwicklung der professionellen Sozialen Arbeit im Spannungsfeld von Praxis und Wissenschaft. In diesem Sinne wünschen wir, dass die zukünftigen Sozialarbeiter/innen mit ihrem Beitrag auf fachliches Echo stossen und ihre Anregungen und Impulse von den Fachleuten aufgenommen werden.

Luzern, im Januar 2021

Hochschule Luzern, Soziale Arbeit  
Leitung Bachelor

## Abstract

Das Recht auf Selbstbestimmung ist ein leitendes Prinzip des Erwachsenenschutzrechts. Personen, welche von einem Erwachsenenschutzverfahren betroffen sind, leiden mutmasslich an einem Schwächezustand. Deren tatsächliche Partizipation am Verfahren ist folglich vor gewisse Hürden gestellt. Die vorliegende Bachelorarbeit behandelt die Frage, inwiefern die Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB Potenzial hat zur Förderung der Partizipation einer von einem Erwachsenenschutzverfahren betroffenen Person. Als zentrale Punkte gelingender Partizipation wurden eine *adressatengerechte Kommunikation*, die *Haltung der involvierten Fachpersonen* zur Partizipation sowie der *Einbezug des subjektiven Willens der betroffenen Person* eruiert. Diese zentralen Punkte wurden mit den unterschiedlichen Funktionen eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin verglichen. Es hat sich dabei gezeigt, dass die Unterstützung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin durch die Funktionen der Übersetzung, Vermittlung und Vertretung die Partizipation der betroffenen Person begünstigen kann. Der Kontrollfunktion hingegen konnten keine derart begünstigenden Zusammenhänge abgewonnen werden. Die Autorin gelangt zum Schluss, dass nicht primär gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die Partizipation einer betroffenen Person im Verfahren zu stärken. Das Potenzial der Verfahrensbeistandschaft als gesetzliches Instrument zur Förderung der Partizipation Betroffener hängt viel mehr davon ab, wie die unterschiedlichen Funktionen eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin in der Praxis ausgelegt und tatsächlich angewendet werden.

## Inhaltsverzeichnis

|   |     |
|---|-----|
| Abstract.....   | III |
| Abbildungsverzeichnis.....  | VI  |
| Abkürzungsverzeichnis .....   | VII |
| 1 Einleitung .....  | 1   |
| 1.1 Problemstellung & Bezug zur Sozialen Arbeit.....  | 1   |
| 1.2 Fragestellung & Zielsetzung .....   | 1   |
| 1.3 Persönliche Motivation .....  | 2   |
| 1.4 Aufbau der Arbeit .....   | 2   |
| 2 Verfahrensbeistandschaft und das Prinzip der Selbstbestimmung.....  | 4   |
| 2.1 Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB.....  | 4   |
| 2.1.1 Voraussetzungen der Anordnung durch die KESB.....   | 4   |
| 2.1.2 Anforderungen des ZGB an Person des Verfahrensbeistandes/der<br>Verfahrensbeiständin .....            | 7   |
| 2.1.3 Befugnisse und Aufgaben eines Verfahrensbeistandes/einer<br>Verfahrensbeiständin .....                | 8   |
| 2.1.4 Pro memoria: Arbeit im Eingriffssozialrecht.....  | 10  |
| 2.2 Prinzip der Selbstbestimmung bzw. Partizipation .....   | 12  |
| 2.2.1 Selbstbestimmung – selbst bestimmt? .....   | 12  |
| 2.2.2 Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzrecht –<br>Spannungsverhältnis Fremd- vs. Selbstbestimmung.....  | 13  |
| 2.2.3 Selbstbestimmung durch Partizipation - Stufen der Partizipation aus<br>Sicht der Sozialen Arbeit..... | 15  |
| 2.2.4 Partizipation im Erwachsenenschutzverfahren.....  | 17  |
| 3 Aspekte der Verfahrensbeistandschaft zur Förderung von Partizipation Betroffener<br>.....                 | 20  |
| 3.1 Übersetzungsfunktion – adressatengerechte Kommunikation .....   | 20  |
| 3.1.1 Kommunikation als Voraussetzung & Mittel zur Partizipation .....                                      | 21  |
| 3.1.2 Kommunikationssituation Erwachsenenschutzverfahren.....   | 21  |
| 3.1.3 Kommunikationsverhalten als Mitursache für Urteils(unf)fähigkeit....                                  | 23  |

|       |  |    |
|-------|--|----|
| 3.1.4 | Ermöglichung von Urteilsfähigkeit durch Übersetzung .....                  | 24 |
| 3.1.5 | «Transport» des subjektiven Willens .....                                  | 25 |
| 3.2   | Vermittlungsfunktion – Haltung .....                                       | 25 |
| 3.2.1 | Vom Gedanken der Befähigung .....  | 26 |
| 3.2.2 | Anerkennung als Voraussetzung zur Partizipation .....                      | 27 |
| 3.3   | Vertretungsfunktion – Handlungen im (objektivierten) Interesse Betroffener | 29 |
| 3.3.1 | Vertretungshandlungen – «so viel wie nötig, so wenig wie möglich»          | 30 |
| 3.3.2 | Vertretung des subjektiven Willens .....                                   | 31 |
| 3.4   | Kontrollfunktion – Schutz der (objektivierten) Interessen Betroffener..... | 31 |
| 3.4.1 | Missbrauch & Risiken an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit .....            | 32 |
| 3.4.2 | Verfahrensbeistand/Verfahrensbeiständin als «safeguards»? .....            | 33 |
| 4     | Bewertung der Analyse-Ergebnisse aus Perspektive der Sozialen Arbeit.....  | 34 |
| 4.1   | Soziale Arbeit & Menschenrechte.....                                       | 34 |
| 4.2   | UN-BRK als anwendbares Menschenrecht.....                                  | 34 |
| 4.2.1 | Geltung UN-BRK in der Schweiz.....   | 35 |
| 4.2.2 | Gleiche Anerkennung vor dem Recht, Art. 12 UN-BRK.....                     | 35 |
| 4.3   | Konventionskonforme Auslegung von Art. 449a ZGB.....                       | 37 |
| 4.3.1 | Übersetzungsfunktion .....   | 38 |
| 4.3.2 | Vermittlungsfunktion .....   | 39 |
| 4.3.3 | Vertretungsfunktion.....   | 40 |
| 4.3.4 | Kontrollfunktion .....   | 41 |
| 5     | Schlussenteil .....  | 43 |
| 5.1   | Schlüsse für die Praxis des Erwachsenenschutzverfahrens .....              | 43 |
| 5.2   | Fazit .....  | 46 |
| 6     | Literatur- und Quellenverzeichnis .....                                    | 47 |

## **Abbildungsverzeichnis**

Abbildung 1: Stufen der Partizipation (Quelle: Parpan-Blaser et al., S. 278, 2018).....16

## Abkürzungsverzeichnis

|        |   |
|--------|---|
| Abb.   | Abbildung   |
| Abs.   | Absatz  |
| Art.   | Artikel   |
| Aufl.  | Auflage   |
| BGB    | Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland)                                   |
| BGBI.  | Bundesgesetzblatt (Deutschland)   |
| BGE    | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer   | Bundesgericht   |
| BV     | Bundesverfassung  |
| bzw.   | beziehungsweise   |
| E.     | Erwägung  |
| ebd.   | ebenda  |
| EGMR   | Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte                             |
| EMRK   | Europäische Menschenrechtskonvention                                    |
| etc.   | et cetera   |
| ff.    | fortfolgende  |
| Hrsg.  | Herausgeber   |
| HSLU   | Hochschule Luzern   |
| i.V.m. | in Verbindung mit   |
| Kap.   | Kapitel   |
| KESB   | Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde                                    |

|        |   |
|--------|---|
| KOKES  | Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz |
| lit.   | litera                                      |
| Rz     | Randziffer                                  |
| S.     | Seite                                       |
| SR     | Systematische Sammlung des Bundesrechts     |
| UN-BRK | UN-Behindertenrechtskonvention              |
| vgl.   | vergleiche                                  |
| vs.    | versus                                      |
| VZ     | Vollzeit                                    |
| z.B.   | zum Beispiel                                |
| ZGB    | Zivilgesetzbuch                             |
| Ziff.  | Ziffer                                      |
| ZPO    | Zivilprozessordnung                         |

# 1 Einleitung

Das Recht auf Selbstbestimmung gemäss Art. 388 Abs. 2 ZGB bildet ein leitendes Prinzip des Erwachsenenschutzrechts. In der Lehre wird dieses Prinzip häufig im Zusammenhang mit dem Erstellen einer Patientenverfügung oder eines Vorsorgeauftrages thematisiert. Im Zentrum der dahingehenden Fachdiskussionen steht somit meist das materielle Erwachsenenschutzrecht. Das Recht auf Selbstbestimmung innerhalb eines Erwachsenenschutzverfahrens ist hingegen wenig beleuchtet (Luca Maranta, 2019, S. 374–375). Aus rechtssoziologischer Perspektive kommt der Partizipation einer vom Verfahren betroffenen Person jedoch eine zentrale Rolle zu. Durch das Partizipieren erleben die Betroffenen das Gefühl von Selbstwirksamkeit. Dies wiederum führt dazu, dass Entscheide in der Regel besser akzeptiert werden können – unabhängig davon, wie der Entscheid ausfällt (Maranta, 2019, S. 376; vgl. Pascal Langenbach, 2017, S. 99–106). Ob schlussendlich eine behördliche Massnahme akzeptiert wird, ist für die Arbeit im Erwachsenenschutz von zentraler Bedeutung. Denn Massnahmen, welche von den Betroffenen angenommen werden, vermögen nachhaltiger zu wirken (Patrick Fassbind, 2018, S. 117).

## 1.1 Problemstellung & Bezug zur Sozialen Arbeit

Durch die Ratifizierung der UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK) ist in der Schweiz vermehrt die Forderung zu Tage getreten, die Teilhabe von Menschen mit einer Beeinträchtigung zu stärken (Anne Parpan-Blaser, Monika von Fellenberg, Simone Girard, Annette Lichtenauer & Gabriela Antener, 2018, S. 272). Diese Forderung entspricht auch dem Berufskodex der Sozialen Arbeit: Partizipation stellt einen Grundwert sozialarbeiterischen Handelns dar, wofür der Miteinbezug und die Beteiligung der betroffenen Person unumgänglich sind (AvenirSocial, 2010, S. 8–9). Das schweizerische Verfahrensrecht sieht zwar Partizipationsmöglichkeiten vor. Durch Inanspruchnahme dieser sollten sich betroffene Personen möglichst selbstbestimmt und wirksam in das Verfahren einbringen und dadurch auf das Ergebnis einwirken können (Parpan-Blaser et al., 2018, S. 274). Die von einem Erwachsenenschutzverfahren betroffenen Personen benötigen jedoch teilweise aufgrund ihres mutmasslichen Schwächezustandes Unterstützung durch Dritte, um überhaupt am Verfahren partizipieren zu können (Maranta, 2019, S. 376). Deren tatsächliche Mitwirkung am Verfahren stellt infolgedessen für die Praxis eine Herausforderung dar.

## 1.2 Fragestellung & Zielsetzung

Es stellt sich somit die Frage, wie aus Perspektive der Sozialen Arbeit mit der soeben beschriebenen Problemstellung in der Praxis umzugehen ist. Das formelle

Erwachsenenschutzrecht sieht unter anderem vor, dass sich die von allfälligen Massnahmen Betroffenen im Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) durch einen Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin unterstützen lassen können (Art. 449a ZGB). Mit Blick auf die Anzahl der gesamtschweizerisch angeordneten Verfahrensbeistandschaften im Jahr 2019 ist ersichtlich, dass dieses gesetzliche Instrument nicht häufig zur Anwendung gelangt. So bestanden per 31.12.2019 gesamtschweizerisch, jedoch ohne Kanton Genf, nur 189 Verfahrensbeistandschaften. Die angeordneten Verfahrensbeistandschaften verteilten sich dabei sehr ungleich auf die unterschiedlichen Kantone. Im Kanton Luzern wurde beispielsweise im Jahr 2019 gerade mal eine Verfahrensbeistandschaft angeordnet (Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz, 2020, S. 442–443). Mit der Analyse der Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB möchte die Verfasserin dieser Arbeit der Frage nachgehen, inwiefern dieses gesetzliche Instrument Potenzial hat zur Förderung der Partizipation Betroffener.

### **1.3 Persönliche Motivation**

Die Autorin dieser Arbeit ist als Beiständin selber im Erwachsenenschutz tätig. Als Beistand/Beiständin wird eine Person dann involviert, wenn die KESB bereits über eine Erwachsenenschutzmassnahme entschieden und den Beistand/die Beiständin entsprechend mit der Führung der Massnahme beauftragt hat (vgl. Art. 390 und Art. 400 ZGB). Bei der Mandatsaufnahme erweist sich das Thema der Selbst-, beziehungsweise Fremdbestimmung erfahrungsgemäss als zentral. Die Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme wird regelmässig als starker Einschnitt in die Privatsphäre und das Recht auf Selbstbestimmung erlebt. Ist die Massnahme von der betroffenen Person selber nicht erwünscht, so ist in einer ersten Phase der Mandatsführung häufig Widerstand erlebbar. Im Umgang mit derartigem Widerstand hat die Autorin dieser Arbeit wahrgenommen, dass einerseits der Beziehungsaufbau, andererseits das Ausloten und Stärken von Partizipationsmöglichkeiten entscheidend sind dafür, ob eine Zusammenarbeit gelingt oder nicht. In Anbetracht dessen, dass diese Erkenntnisse nicht lediglich die Mandatsführung betreffen, sondern vielmehr auf menschliches Verhalten an sich anwendbar sind, hat sich die Autorin dieser Arbeit die Frage gestellt, wie dem bereits im Stadium des Verfahrens Rechnung getragen werden kann.

### **1.4 Aufbau der Arbeit**

Die Gliederung dieser Arbeit erfolgt entlang der unterschiedlichen Wissensarten: Durch Hinzuziehen von Beschreibungs-, Erklärungs-, Bewertungs- und Handlungswissen soll die in Ziffer 1.2 aufgeführte Fragestellung beantwortet werden.

In einem ersten Schritt werden in Kapitel 2 die beiden Kernthemen – die Verfahrensbeistandschaft und das Prinzip der Selbstbestimmung – genauer beschrieben. In diesem Zusammenhang relevante Begrifflichkeiten werden zudem erläutert. In Kapitel 3 wird in einem weiteren Schritt erklärt, inwiefern Zusammenhänge zwischen den Funktionen eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeistandin und gelingender Partizipation vorhanden sind. Diese Zusammenhänge, beziehungsweise das ermittelte Potenzial der Verfahrensbeistandschaft zur Stärkung der Partizipation Betroffener wird in Kapitel 4 durch Bezug der UN-BRK bewertet. In Kapitel 5 folgen sodann Schlüsse für die Praxis, welche aufgrund der vorangegangenen Kapitel gezogen werden können sowie ein abschliessendes Fazit.

## **2 Verfahrensbeistandschaft und das Prinzip der Selbstbestimmung**

Die allgemeinen Verfahrensgarantien, welche in der BV niedergeschrieben sind, stehen jeder Person von Verfassung wegen zu. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV gehört zu eben diesen Minimalgarantien (Daniel Steck, 2013, S. 932). Zufolge Kurt Affolter-Fringeli und Urs Vogel (2016) ist der Anspruch auf rechtliches Gehör als Inbegriff der gesamten Partizipationsrechte, welche in einem Verfahren vorhanden sind, zu betrachten. Der Umfang dieses Anspruchs ist somit deutlich umfassender, als lediglich der Aspekt der Anhörung als solcher (S. 643).

Unter anderem beinhaltet der Anspruch auf rechtliches Gehör, dass eine Person einen Rechtsbeistand/eine Rechtsbeiständin hinzuziehen und sich durch diesen/diese vertreten lassen kann. Im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes wird der Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB konkretisiert (Bundesrat, 2006, S. 7081).

### **2.1 Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB**

Gemäss Art. 449a ZGB ordnet die KESB die Vertretung der betroffenen Person an, wenn dies nötig erscheint. Ein Beistand oder eine Beiständin, welche in rechtlichen und fürsorglichen Fragen erfahren ist, wird hierfür ernannt (Art. 449a ZGB). Art. 449a ZGB regelt somit einerseits die Voraussetzungen für die Anordnung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin durch die KESB. Andererseits nennt der Artikel die persönlichen Anforderungen, welche an den Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin gestellt werden.

Von der Gesetzessystematik her lässt sich Art. 449a ZGB den Bestimmungen für das Verfahren vor der KESB zuordnen. Gemäss der ratio legis ist Art. 449a ZGB jedoch zweifelsfrei auch im Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz einschlägig (Steck, 2013, S. 933).

#### **2.1.1 Voraussetzungen der Anordnung durch die KESB**

Für die Anordnung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin ist die KESB, beziehungsweise die gerichtliche Beschwerdeinstanz, falls die Notwendigkeit der Vertretung erst im Rechtsmittelverfahren zutage tritt, zuständig (Steck, 2013, S. 933). Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein, sodass ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin angeordnet wird:

Zufolge des Wortlautes von Art. 449a ZGB findet diese Bestimmung nur Anwendung auf Personen, welche «betroffen» sind. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass es nicht ausreichend ist, wenn eine Person lediglich am Verfahren beteiligt ist. Beteiligten Personen kommt gemäss kantonalem Verfahrensrecht, subsidiär zufolge Art. 450f i.V.m. Art. 69 Abs. 1 ZPO, Anspruch auf Vertretung zu (Luca Maranta, Christoph Auer & Michèle Marti, 2018, S. 2780).

Gemäss Art. 449a ZGB hat die Anordnung «wenn nötig» zu erfolgen. Diese Bestimmung kann insofern als abschliessend verstanden werden, als dass auf kantonaler Ebene kein Spielraum für die Präzisierung des Begriffes der Notwendigkeit besteht. Sodann ist auch nicht vorgesehen, dass zur Errichtung einer Verfahrensbeistandschaft Automatismen erstellt werden (Maranta et al., 2018, S. 2780).

Zufolge der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird ein Anspruch auf Vertretung als gegeben betrachtet, wenn folgende *zwei Voraussetzungen* gegeben sind: Die betroffene Person ist aufgrund der konkreten Umstände *nicht fähig dazu, die eigenen Interessen selbständig sachgerecht zu vertreten*. Zudem ist sie *ausserstande, hierfür eine Vertretung einzusetzen* (Bundesrat, 2006, S. 7081; vgl. BGer, 19.11.2014, 5A\_368/2014, E. 5.2). Im Entscheid 5A\_368/2014 vom 19.11.2014 führt das Bundesgericht in Erwägung 5.2 aus, dass an letzteres Kriterium hohe Anforderungen zu stellen seien.

Es ist nicht ausreichend, wenn die Notwendigkeit der Vertretung damit begründet wird, dass zum Schutze der betroffenen Person die Anordnung einer Massnahme überprüft wird (BGE 107 II 314, S. 315-318; BGer, 12.08.2004, 5C.163/2004, E. 2; 23.04.2004, 5P.130/2004, E. 4). Handkehrum darf die Notwendigkeit der Anordnung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin nicht deshalb negiert werden, weil der Offizial- und Untersuchungsgrundsatz sowie die Rechtsanwendung von Amtes wegen zum Zuge kommen. Es kann hierbei nicht argumentiert werden, dass der Wahrung des Rechtsschutzes der betroffenen Person somit bereits genüge getan sei (BGE 130 I 180, S. 182-184; BGE 125 V 31, S. 36; BGE 107 II 314, S. 315-318; BGer, 06.10.2010, 5A\_597/2010, E. 2.2).

Die durch das Bundesgericht aufgeführten Kriterien zur Anordnung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin sind zweifelsfrei dann gegeben, wenn die betroffene Person prozessunfähig ist. Bei *Prozessunfähigkeit* ist die betroffene Person nämlich nicht im Stande dazu, ein Verfahren selbständig zu führen oder jemanden hiermit zu beauftragen (Maranta et al., 2018, S. 2781). Gemäss Art. 67 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) gilt als prozessfähig, wem die

Handlungsfähigkeit zukommt. Handlungsfähig wiederum ist gemäss Art. 13 ZGB, wer volljährig und urteilsfähig ist. Ist jemand somit im Erwachsenenschutzverfahren prozessunfähig, so ist dies auf fehlende Urteilsfähigkeit zurückzuführen.

Urteilsfähig zufolge Art. 16 ZGB ist «jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln». Da die Urteilsfähigkeit als Normalzustand zu betrachten ist, geht Art. 16 ZGB von einer doppelten Negation aus. Positiv ausgedrückt handelt es sich bei der Urteilsfähigkeit somit um die Fähigkeit, vernunftgemäss zu handeln. Damit eine Person als urteilsfähig gilt, ist zweierlei vorausgesetzt: Einerseits muss sie fähig sein, sich einen eigenen Willen bilden zu können (Willensbildungsfähigkeit). Andererseits muss sie auch zufolge dieses Willens handeln, beziehungsweise diesen in die Tat umsetzen können (Willensumsetzungsfähigkeit) (Heinz Hausheer & Regina Aebi-Müller, 2020, S. 50–51).

Ist die betroffene Person *prozessfähig* (das heisst volljährig und urteilsfähig) und hat sie bereits eine andere, prozessfähige Person beauftragt, ihre Interessen zu wahren, so kommt das Instrument der Verfahrensbeistandschaft nicht zum Zuge. Als Ausnahme ist hier jedoch der Fall zu nennen, bei welchem die gewillkürte Vertretung in massiver Weise die Interessen der betroffenen Person verletzt (Maranta et al., 2018, S. 2781).

Wenn *keine gewillkürte Vertretung vorhanden* ist, so ist zufolge Maranta et al. (2018) weiter zu differenzieren: Die oben aufgeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtes ist nicht anzuwenden, falls das Verfahren eine Freiheitsentziehung eines Erwachsenen gemäss Art. 5 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) beinhaltet. In dieser Konstellation gilt es, Art. 449a ZGB völkerrechtskonform auszulegen und somit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 5 Ziff. 1 lit. e EMRK z beizuziehen (S. 2781). Personen, die wegen ihrer gesundheitlichen Verfassung in eine psychiatrische Einrichtung eingewiesen worden sind, müssen zufolge dieser Rechtsprechung des EMGR in Verfahren um Aufhebung, Suspension oder Fortdauer der Unterbringung eine Vertretung bekommen. Vorbehalten bleiben aussergewöhnliche Umstände. Zuzufolge des EGMR muss sich die betroffene Person hierbei nicht selbständig um die Organisation einer Vertretung kümmern (EGMR, 19.02.2015, 75450/12, M.S./Kroatien, Rz 153/ eigene Übersetzung).

Falls das Verfahren keine Freiheitsentziehung eines Erwachsenen zum Gegenstand hat und es sich um eine prozessfähige Person handelt, so ist gemäss Maranta et al. (2018) die oben aufgeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtes anzuwenden (S. 2781). Für die Einschätzung, ob eine Person die eigenen Interessen selbständig vertreten kann,

sind vorrangig die Komplexität der Gegebenheiten, der Grad der Hilflosigkeit sowie die Schwere des drohenden Eingriffs zu beachten (Patrick Fassbind, 2016, S. 885). Ergänzend zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint zufolge Maranta et al. (2018) eine Verfahrensbeistandschaft häufig dann notwendig, wenn Verfahrensrechte der betroffenen Person durch die Behörde eingeschränkt werden. Die Verfahrensbeistandschaft kann in dieser Konstellation als Gegengewicht zu den geschmäleren Verfahrensrechten betrachtet werden und der Eingriff erweist sich eher als verhältnismässig (S. 2781). Zudem kann eine Verfahrensbeistandschaft auch in dem Falle sinnvoll erscheinen, wo sich eine Person von dem Verfahren vor der KESB fernhält. Ist dies der Fall, so kann der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin eine vermittelnde Funktion zwischen der KESB und der betroffenen Person wahrnehmen. Ziel dieser Vermittlung kann es sein, dass die betroffene Person Vertrauen in das behördliche Handeln erlangen kann (ebd.).

### **2.1.2 Anforderungen des ZGB an Person des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin**

Zufolge Art. 449a ZGB muss ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin *in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahren* sein. Unter fürsorgerischen Fragen sind Fragen aus dem ärztlichen und psychosozialen Bereich zu verstehen. Aus juristischer Perspektive ist es zudem zentral, dass der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin über Wissen im Verfahrensrecht sowie im einschlägigen materiellen Recht verfügt. Ein Berufsabschluss in den entsprechenden Disziplinen, so etwa in Sozialer Arbeit, Recht, Psychologie und Psychiatrie, stellt jedoch keine Voraussetzungen dar. Die Voraussetzung der Erfahrungheit kann auch über berufliche Arbeit erworben worden und somit erfüllt sein. Mit Blick auf die erwähnten Kriterien ist ersichtlich, dass für dessen Erfüllung beispielsweise die Tätigkeit als Anwalt für sich alleine genommen nicht ausreichend ist. Gleichzeitig ist anzuführen, dass kein Verfahrensbeistand/keine Verfahrensbeiständin alle angeforderten Fachkenntnisse vollends erfüllen kann. Vielmehr sollte die KESB die Wahl des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin und die spezifischen Anforderungen aufgrund des Falles aufeinander abstimmen. Aufgrund der Komplexität eines Falles kann es zudem sinnvoll sowie rechtlich möglich sein, zwei Verfahrensbeistände/Verfahrensbeiständinnen aus unterschiedlichen Disziplinen, beziehungsweise mit unterschiedlichen Schwerpunkten beizuziehen (Maranta et al., 2018, S. 2782–2783). Die soeben gemachten Ausführungen zeigen auf, dass auch Professionelle der Sozialen Arbeit als Verfahrensbeistände/Verfahrensbeiständinnen tätig sein können, solange sie in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahren sind.

Analog des Art. 400 Abs. 1 ZGB muss die Geeignetheit nicht nur in fachlicher Hinsicht gegeben sein: Der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin muss zusätzlich *in persönlicher Hinsicht geeignet sein* und auch *die notwendige Zeit einsetzen können*, um den Auftrag selbständig zu erfüllen. Die persönliche Geeignetheit beinhaltet gemäss Daniel Rosch (2018) vor allem Sozialkompetenz, Geschicklichkeit beim Verhandeln mit Akteuren des Systems sowie Kenntnisse im Umgang mit der Klientengruppe (S. 1361).

Des Weiteren ist erforderlich, dass der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin *unabhängig tätig ist von der entscheidenden Behörde*. Dies bedeutet, dass er/sie nicht an Weisungen der Behörde gebunden sein soll. Denn bei fehlender Unabhängigkeit bestünde die Gefahr, dass die entscheidende Behörde die Vertretungshandlungen beeinflussen könnte. Objektiv betrachtet wäre jedenfalls zu bedenken, dass der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin aufgrund des Subordinationsverhältnisses in einem Interessenkonflikt stehen könnte: Diese problematische Stellung zwischen den Interessen der Behörde einerseits und jenen der betroffenen Person andererseits könnte dazu führen, dass die Vertretungshandlungen hierdurch beeinflusst würden. Infolgedessen kann eine Beistandsperson gemäss Art. 390 ff. ZGB nicht zugleich Verfahrensbeistand/Verfahrensbeiständin der betroffenen Person sein (Maranta et al., 2018, S. 2783).

Den Kantonen ist es grundsätzlich erlaubt, ein *Anforderungsprofil* für Verfahrensbeistände/Verfahrensbeiständinnen festzulegen. Unabhängig eines solchen Anforderungsprofiles sind die Behörden verpflichtet dazu, im Einzelfall zu entscheiden, ob eine Person geeignet ist im Sinne der bundesrechtlichen Bestimmungen (ebd.).

### **2.1.3 Befugnisse und Aufgaben eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin**

Die *Vertretung der betroffenen Person* im Verfahren kann als primäre Aufgabe eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin betrachtet werden. Nebst der Vertretung gibt es jedoch noch weitere Aufgaben, welchen sich ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin annehmen muss: Ergänzend zur Vertretung besteht zudem eine Übersetzungs-, eine Vermittlungs- sowie eine Kontrollfunktion zu (Maranta et al., 2018, S. 2784).

Nimmt der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin im Rahmen der Vertretungsfunktion Vertretungshandlungen wahr, so stellt sich die Frage, ob diese Handlungen sich an dem Willen der betroffenen Person orientieren sollen oder ob das objektive Wohl entscheidend ist. Eben diese Frage ist höchstrichterlich noch nicht geklärt (ebd.). Maranta et al. (2018) sprechen sich dafür aus, dass sich die

Vertretungshandlungen primär am *subjektiven Willen der betroffenen Person* zu orientieren haben (S. 2784). Hierfür deuten sowohl personelle wie auch strukturelle und rechtliche Gründe: Die UN-BRK fordert die Vertragsstaaten in Art. 12 Abs. 3 dazu auf, behinderten Personen Zugang zu Hilfestellungen zu gewähren, welche erforderlich sind für die Wahrnehmung ihrer Handlungsfähigkeit. Dies ist im Verfahren vor der KESB nur dann der Fall, wenn Verfahrensbeistände/Verfahrensbeiständinnen die subjektive Perspektive ihrer Klientel darlegen können. Hinzu kommt, dass das Wohl der betroffenen Person bereits durch den Abklärungsdienst der KESB nach weitgehendst objektivierten Gesichtspunkten ermittelt wird. Die Arbeit des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin würde somit keinen merklichen Mehrwert erzielen, beziehungsweise käme es häufig gar zu Doppelspurigkeit (ebd., S. 2784-2785). In Hinblick auf die Praxis erachtet es Maranta (2018) jedoch als zwingend, dass bei Annahme eines Mandats eine *Rollenklärung mit der KESB* stattfindet und der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin über das eigene Rollenverständnis informiert (S. 2785). Diese Haltung wird auch vorliegend begrüsst.

Der Wille der betroffenen Person ist unter Berücksichtigung des Schwächezustandes zu ermitteln. Dies hat zur Folge, dass nicht jede Aussage direkt als deren Wille einzuordnen ist. Das objektive Wohl und der subjektive Wille der betroffenen Person sind zudem nicht als Gegensätze zu betrachten. Vielmehr kann der subjektive Wille als Teilgehalt des objektiven Wohls eingeordnet werden (ebd., S. 2785). So führt Fassbind (2018) aus, dass eine objektiv angezeigte Massnahme mit mehr Nachhaltigkeit wirken kann, wenn sie von der betroffenen Person mitgetragen wird, beziehungsweise sich mit dem subjektiven Willen deckt (S. 115).

Ermittelt ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin den subjektiven Willen der betroffenen Person, so ist es zugleich klar angezeigt, diesen in den objektiven Kontext zu stellen. Der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin muss das Abklärungsergebnis auf dessen Plausibilität hin überprüfen und allenfalls ergänzende Beweisanträge stellen. Weicht der Wille der betroffenen Person vom Abklärungsergebnis der Behörde ab, so ist es an dem Verfahrensbeistand/ der Verfahrensbeiständin, dies vor der betroffenen Person zu problematisieren und den Gang des weiteren Verfahrens aufzuzeigen. Für eine wirksame Wahrnehmung der Vertretungsfunktion muss der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin klären, wie zumindest Teilgehalte des subjektiven Willens umgesetzt werden können (Maranta et al., 2018, S. 2785).

Ist mit der betroffenen Person aufgrund von *Urteilsunfähigkeit bezüglich des Verfahrensgegenstandes* oder aufgrund von *Abwesenheit* keine Kommunikation im

engeren Sinne möglich, so sind die obigen Ausführungen anzupassen. In dieser Situation ist wie folgt zu differenzieren: Konnte mit der betroffenen Person zu einem früheren Zeitpunkt Kontakt hergestellt werden, beziehungsweise war sie urteilsfähig, so ist der mutmassliche Wille zu eruieren. Es ist somit zu klären, wie sich die betroffene Person aufgrund der eigenen Werthaltung sowie Biographie zu einer Frage positionieren würde. War sie hingegen nie urteilsfähig, konnte nicht kontaktiert werden oder ist der mutmassliche Wille nicht ermittelbar, so ist auf den hypothetischen Willen Bezug zu nehmen (Maranta et al., 2018, S. 2785).

Nebst der Vertretung kommt dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin weiter eine Übersetzungsfunktion zu. Die betroffene Person ist hiernach durch den Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin über die momentanen Verfahrensschritte zu informieren. Die Materie ist der betroffenen Person – mit Rücksicht auf deren Schwächezustand – zu erklären (ebd.).

Als weitere Funktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin ist die Vermittlungsfunktion zu nennen. Durch vermittelnde Tätigkeit zwischen der Behörde und der betroffenen Person soll das Vertrauen dieser in das behördliche Handeln gestärkt werden (ebd.).

Im Rahmen einer Kontrollfunktion ist es Aufgabe des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin, zu prüfen, ob (zusätzliche) Kindes- und Erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen bis zum Endentscheid hin notwendig sind. Bei Notwendigkeit weiterer Anordnungen ist zugleich deren Umsetzung zu überwachen (ebd.).

#### **2.1.4 Pro memoria: Arbeit im Eingriffssozialrecht**

*Erwachsenenschutz im engeren Sinne* bezieht sich auf die Art. 360-456 ZGB (Christiana Fountoulakis & Daniel Rosch, 2018, S. 23). Die Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB ist somit hierunter zu fassen. Zweck des Erwachsenenschutzes ist es, Erwachsene, welche einen ausgeprägten Schwächezustand haben, zu schützen. Dahinterstehend ist der Gedanke, dass schutzbedürftige Personen sich nicht selbst überlassen, sondern – sofern sie nicht selber Abhilfe schaffen können - mit geeigneten Massnahmen unterstützt werden sollen (Rosch, 2015; zit. in Fountoulakis & Rosch, 2018, S. 22). Das Erwachsenenschutzrecht befindet sich somit in einem *Spannungsverhältnis zwischen Selbst- und Fremdbestimmung* (Fountoulakis & Rosch, 2018, S. 22).

Systematisch lässt sich das Erwachsenenschutzrecht dem Schweizerischen Sozialrecht zuordnen. Eine sozialrechtliche Massnahme ist sodann eine Massnahme, welche die als notwendig eingestuften Lebensbedürfnisse gewährleistet. Derartige Massnahmen nehmen sich der Daseinsvor- und -fürsorge an in Bereichen, in welchen die tatsächliche Lebenssituation dies eben nicht mehr gewährleistet. Massgeblich für die Bestimmung, was denn ein solches Lebensbedürfnis ist, ist die *gesellschaftliche Wertung*. Diese wiederum ist wandelbar (Fountoulakis & Rosch, 2018, S. 23).

Sozialrecht ist als Querschnittsmaterie zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichem Recht einzuordnen. Zuzufolge Rosch beinhaltet das Sozialrecht alle rechtlichen Normen, «welche die für die Lebensbewältigung notwendige *Teilhabe* ermöglichen sollen und zugleich Ausdruck einer besonderen staatlichen Zielsetzung sind, also auf soziale Absicherung, sozialen Ausgleich, *Schutz*, *Teilhabe* und Chancengleichheit ausgerichtet sind» (Rosch, 2015; zit. in Fountoulakis & Rosch, 2018, S. 24). Der öffentlich-rechtliche Charakter des Sozialrechts ist insbesondere dadurch ersichtlich, dass der Staat anhand öffentlich-rechtlicher Verfahrensgrundsätze hoheitlich entscheidet. So setzt er beispielsweise einen Beistand/eine Beiständin ein. Nimmt dieser/diese Vertretungshandlungen für die betroffenen Person wahr, so erinnert dies wiederum an die gewillkürte Vertretung, welche im Zivilrecht geregelt ist (Fountoulakis & Rosch, 2018, S. 26–27).

## 2.2 Prinzip der Selbstbestimmung bzw. Partizipation

Mit den Worten «Wir wollen über unser Leben selbst bestimmen» (S. 7) beginnt der Schweizer Philosoph und Autor Peter Bieri (2014) seine Erläuterungen. Doch was bedeutet es denn wirklich, selbstbestimmt zu handeln?

### 2.2.1 Selbstbestimmung – selbst bestimmt?

In einer ersten Variante kann diese Aussage dahingehend gedeutet werden, dass der Mensch in Harmonie mit den eigenen Wünschen, Gefühlen und Gedanken leben möchte. Selbstbestimmung grenzt sich in dem Sinne von der Fremdbestimmung, beziehungsweise Bevormundung ab. Bei dieser Lesart von Selbstbestimmung geht es somit um die *Unabhängigkeit anderen gegenüber* (ebd., S. 7-8). Anzumerken bleibt, dass Selbstbestimmung in dieser Lesart nicht die vollumfängliche Durchsetzung eigener Interessen bedeuten kann. Denn selbstbestimmtes Handeln kann das Recht anderer auf Selbstbestimmung tangieren oder gar verhindern. Das Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet somit auch dessen Beschränkung. Selbstbestimmung kann und darf infolgedessen weder vollständige Fremdbestimmung noch kompletter Egoismus sein (Daniel Rosch, 2015, S. 216).

Weiter kann Selbstbestimmung jedoch auch gedeutet werden als *Fähigkeit eines Menschen, über sich selbst zu bestimmen*. Der Mensch kann nach diesem Verständnis seine Innenwelt beeinflussen: Er wirkt auf sein eigenes Denken, Wollen und Erleben ein, woraus sodann seine Handlungen entstehen. Der Mensch wird hiermit zum Subjekt und Autor des eigenen Lebens (Bieri, 2014, S. 9). Ist ein Mensch somit fähig, einen Willen zu bilden (Willensbildungsfähigkeit) und entsprechend dieses Willens zu handeln (Willensumsetzungsfähigkeit), so gilt er aus rechtlicher Perspektive als «urteilsfähig» (siehe Ziff. 2.1.1). Ein reines «Ich», beziehungsweise ein vollständig freier Wille existiert in dem Sinne jedoch nicht. Der Mensch wird sozialisiert. Diese Prägung soll ihn zu einem Teil der Gesellschaft, einem gesellschaftlichen Wesen, machen. Der Mensch muss sich möglichst aus freien Stücken in die Gesellschaft einfügen, sodass Selbstbestimmung und Freiheit als solche überhaupt gewährleistet werden können. Folgt man diesen Gedankengängen, so stellt sich die Frage, ob ein Mensch sich überhaupt in Unabhängigkeit von anderen bestimmen kann oder ob er doch einfach Spielball seiner Umwelt ist. Es lässt sich somit festhalten, dass eine Abgrenzung zwischen dem reinen «Ich» und dem Anteil, welcher durch Sozialisation hinzugestossen ist, schwierig ist. Die Frage, was nun eine Person wirklich möchte, um von der Selbstbestimmung überhaupt Gebrauch machen zu können, erweist sich infolgedessen als anspruchsvoll (Rosch, 2015, S. 216–217).

Reflektiert ein Mensch über das, was er denkt, fühlt, möchte und wie er zu eben diesen Gedanken und Gefühlen gekommen ist, so ist dies eine Möglichkeit zu ermitteln, was eine Person in ihrem Innersten möchte. Der Mensch entwickelt somit ein Selbstbild (Bieri, 2014, S. 11–13). Das, was ein Mensch in seinem Innersten möchte, wird aus rechtlicher Perspektive als dessen *subjektiver Wille* bezeichnet (siehe Ziff. 2.1.3). Für das Erlebnis scheiternder, beziehungsweise gelingender Selbstbestimmung ist eben dieses Selbstbild zentral (Bieri, 2014, S. 13).

Gemäss Bieri (2014) führt ein Mensch ein selbstbestimmtes Leben, wenn er in Harmonie mit seinem Selbstbild lebt. Es gelingt einem solchen Menschen, im Denken, Handeln, Fühlen und Wollen derjenige zu sein, den er auch sein möchte. Selbstbestimmung kommt somit dann ins Wanken oder scheitert gar, wenn ein Graben zwischen der Realität und dem Selbstbild bestehen bleibt (S. 13). Die Notwendigkeit eines realistischen Selbstbildes zur Erlangung eines selbstbestimmten Lebens zeigt auf, dass Selbstbestimmung in einen sozialen Kontext eingeflochten ist (Rosch, 2015, S. 217). Rosch (2015) erklärt in Bezug auf die Ausführungen von Axel Honneth (2003), dass ein Mensch eine Grenze zu anderen zieht, indem er sich selbst bestimmt. Selbstbestimmung eines Menschen ist hiernach nur in Abgrenzung zu anderen möglich. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass ein Mensch *soziale Anerkennung* erfährt: Das Gegenüber muss anerkennen, dass eine Person über sich selber bestimmen will und dies auch kann. Dies führt dazu, dass sich eine soziale Beziehung zu einer anderen, selbstbestimmten Person entwickelt. Selbstbestimmung kann somit nur existieren, wenn zugleich anerkennende Verhältnisse vorhanden sind (S. 217-218).

## **2.2.2 Selbstbestimmung im Erwachsenenenschutzrecht – Spannungsverhältnis Fremd- vs. Selbstbestimmung**

Wie unter Ziffer 2.2.1 ausgeführt, ist soziale Anerkennung für das Realisieren von Selbstbestimmung notwendig. In Bezug auf das Erwachsenenenschutzrecht bedeutet dies, dass ein gesellschaftlicher Wille vorhanden sein muss, Personen mit Schwächezuständen ein selbstbestimmtes Leben möglich zu machen (Rosch, 2015, S. 218). Dass ein gesetzgeberischer, beziehungsweise gesellschaftlicher Wille hierzu vorhanden ist, lässt sich aus der Botschaft zum revidierten Erwachsenenenschutzrecht entnehmen: Die Selbstbestimmung stellt das zentrale Revisionsziel dar (Bundesrat, 2006, S. 7002).

Trotzdem, dass eine behördliche Massnahme einen Schwächezustand (psychische Störung, geistige Behinderung, Verwahrlosung oder vorübergehende Urteilsunfähigkeit) voraussetzt, soll Selbstbestimmung soweit möglich erhalten und gefördert werden (Art.

388 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 390 Abs. 1 ZGB). Unter Ziffer 2.2.1 wurde aufgezeigt, dass reine Selbstbestimmung auch für Menschen ohne einen Schwächezustand anspruchsvoll ist. Zuzufolge Rosch (2015) ist deshalb davon auszugehen, dass es sich nicht um denselben Massstab von Selbstbestimmung handeln kann bei Personen, welche einen Schwächezustand haben. Jedoch betont er, dass die Fremdbestimmung klar möglichst gering zu halten ist und die betroffenen Personen als Gestalter des eigenen Lebens und aktive Subjekte zu betrachten sind. Hierfür ist die Befähigung dieser zentral (S. 218). Fremdbestimmung ist nur insofern legitim, als sie einen Schwächezustand abschwächt oder ausgleicht (ebd., S. 218-219). Von Fremdbestimmung wird in vorliegender Arbeit fortan dann ausgegangen, wenn eine Massnahme vorrangig dem Schutz der betroffenen Person davor, sich selbst zu schädigen, dient (vgl. Volker Lipp, 2013, S. 341). Fremdbestimmung führt sodann meist dazu, dass die Selbstbestimmung der betroffenen Person beschnitten wird. Zentrale Frage ist hierbei, ob und wie Selbstbestimmung – trotz Vorhandensein eines Schwächezustandes – gewährleistet werden kann (Rosch, 2015, S. 218–219).

Die subjektiven Interessen der betroffenen Person stehen somit – trotz Schwächezustand und Schutzbedürftigkeit – im Zentrum, beziehungsweise es soll soweit als möglich hiernach gehandelt werden. Wiederum ist selbstbestimmtes Handeln jedoch nur dort möglich, wo eigenverantwortliche Entscheidungen gefällt werden können. Dies bedeutet, dass der Beistand/die Beiständin einzelfallspezifisch feststellen muss, wo und inwiefern selbstbestimmtes Handeln möglich ist, ohne dass es zu einer starken Selbstschädigung der betroffenen Person kommt. Es gilt somit, im Einzelfall herauszufinden, über welche Ressourcen und Fähigkeiten eine Person verfügt. Nur so kann die Mandatsführung massgeschneidert umgesetzt werden. Hinter diesem Vorgehen steckt die Idee, Menschen zu selbstbestimmtem Handeln zu aktivieren, wann immer dies möglich ist. Der Beistand/die Beiständin nimmt somit durch die Mandatsführung eine zentrale Rolle ein bezüglich der Gewährung von Selbstbestimmung: Er/sie fällt aufgrund einer Prognose sowie einer anschliessenden Güterabwägung eine Entscheidung über die Gewährung von selbstbestimmtem Handeln (Rosch, 2015, S. 220–223).

Die soeben gemachten Ausführungen machen deutlich, dass es an dem Beistand/der Beiständin liegt, herauszufinden, inwiefern Selbstbestimmung möglich ist (ebd., S. 223). Im alltäglichen Wortgebrauch suggeriert der Begriff der Selbstbestimmung meist die vollumfängliche Selbstbestimmung. Dieser Begriff deckt somit nur eine mögliche Stufe von Selbstbestimmung ab (Maranta, 2019, S. 375). In Anbetracht der Vielzahl möglicher Fallkonstellationen in der Mandatsführung erscheint eine Aufteilung in ja / nein,

beziehungsweise Selbstbestimmung / keine Selbstbestimmung jedoch wenig sinnvoll. Vielmehr ist ein graduelles Konzept, bei welchem *Selbstbestimmung als Partizipationsmöglichkeiten* verstanden wird, anzuwenden (Rosch, 2015, S. 224).

### **2.2.3 Selbstbestimmung durch Partizipation - Stufen der Partizipation aus Sicht der Sozialen Arbeit**

Rahel El-Maawi (2014) führt aus, dass *Selbstbestimmung durch Partizipation gestärkt*, beziehungsweise begünstigt werden kann. Partizipation wiederum stärkt immer auch die Selbstreflexion eines Menschen: Durch das Partizipieren lernt er sich selber besser kennen und lernt auch, sich hierüber zu artikulieren (S. 20).

*Partizipation* kann *in einem weiten Verständnis* als Inklusion in die Gesellschaft gedeutet werden. Durch das Partizipieren soll die Teilnahme sowie Teilhabe am wirtschaftlichen, politischen, kulturellen und sozialen Leben gestärkt werden (El-Maawi, 2014, S. 20). *Partizipieren in einer engeren Deutungsweise* lässt sich als «Teilnahme einer Person oder Gruppe an Entscheidungsprozessen oder an Handlungsabläufen, die in übergeordneten Strukturen und Organisationen stattfinden» (Erwin Carigiet, Ueli Mäder & Jean-Michel Bonvin, 2003) umschreiben. Folglich geht es bei der Partizipation darum, die betroffenen Personen zu involvieren, sie an Entscheidungen beteiligen zu lassen und die Fremdbestimmung somit möglichst gering zu halten. Werden von übergeordneten Strukturen Entscheidungen gefällt, so ist die betroffene Person in den Prozess der Entscheidungsfindung miteinzubeziehen (El-Maawi, 2014, S. 20). El-Maawi (2014) betont, dass Soziale Arbeit grundsätzlich immer davon handelt, eine betroffene zu einer beteiligten Person werden zu lassen (ebd.).

Wird Selbstbestimmung als höchstmögliche Stufe von Partizipation verstanden, so stellt sich die Frage, welche Stufen der Beteiligung vorgängig sinnvoll erscheinen. Fortan wird in dieser Arbeit anstatt des Begriffs der «Selbstbestimmung» lediglich von «Partizipation», beziehungsweise von unterschiedlichen Stufen der Partizipation gesprochen. Selbstbestimmung bildet hierbei, wie soeben dargestellt, die oberste Partizipationsstufe.

Parpan-Blaser et al. (2018) ziehen für die Unterscheidung unterschiedlicher Partizipationsstufen ein Modell von Michael Wright, Martina Block und Hella von Unger (2007) bei (S. 278). Es wurde entwickelt, um bereits bestehende partizipative Prozesse genauer umschreiben zu können. Durch diese Auseinandersetzung mit einem bereits bestehenden Prozess soll der Grad der vorhandenen Partizipation gemessen und Steigerungsmöglichkeiten somit entwickelt werden (Michael Wright, Martina Block & Hella von Unger, 2007, S. 2). Dieses Modell wird durch Parpan-Blaser et al. (2018)

bewusst beigezogen, da es eine graduelle Unterscheidung von Partizipation ermöglicht. Als zentralen Bezugspunkt wird die Co-Produktion zwischen den Beteiligten genannt: Nur hierüber kann in der Sozialen Arbeit ein Ergebnis erreicht werden, welches für alle zufriedenstellend ist. Dies ist grundsätzlich auch in anderen humanbezogenen Dienstleistungen der Fall. Grundeinheit dieses Modells stellt das Zusammenkommen der Klientel und der involvierten Fachpersonen dar. Weder der Zwangskontext noch eine Asymmetrie in der Beziehung zwischen der Klientel und den Fachpersonen können somit in der Sozialen Arbeit als Begründung dienen, um über den Umstand hinwegzusehen, dass tragfähige Lösungen eben nur durch Co-Produktion entstehen können. Dieses Strukturmerkmal Sozialer Arbeit und der Umstand, dass Partizipation generell Zielgrösse sozialarbeiterischen Handelns ist, legen eine Unterscheidung verschiedener Beteiligungsstufen nahe (S. 278). In Anlehnung an Wright et al. (2007) sehen Parpan-Blaser et al. (2018) folgende Stufen der Beteiligung vor:

|   |  |                             |
|---|--|-----------------------------|
| Stufe 9<br>Autonomie                        | Alle Aspekte liegen ausschliesslich in den Händen und in der Entscheidungskompetenz der Betroffenen.                                   | Über Partizipation hinaus   |
| Stufe 8<br>Entscheidungsmacht               | Eigeninitiative aus Betroffenheit, eigenständige Entscheidungen, Begleitung der Massnahme/des Projekts von ausserhalb.                 | Formen der Partizipation    |
| Stufe 7<br>Teilweise Entscheidungskompetenz | Entscheidungskompetenz bleibt auf ausgewählte Aspekte beschränkt, Initiative zum Einbezug kommt von ausserhalb des Betroffenenkreises. |                             |
| Stufe 6<br>Mitbestimmung                    | Mitspracherecht der Betroffenen ohne alleinige Entscheidungsbefugnis.  |                             |
| Stufe 5<br>Einbeziehung                     | Formale Teilnahme am Entscheidungsprozess ohne verbindlichen Einfluss auf denselben.   | Vorstufen der Partizipation |
| Stufe 4<br>Erkundigung                      | Sichtweise der Betroffenen wird angehört, ohne dass klar ist ob und inwiefern sie in die Entscheidung einfliesst.                      |                             |
| Stufe 3<br>Information                      | Betroffene werden über Zusammenhänge der Entscheidung in Kenntnis gesetzt.   |                             |
| Stufe 2<br>Erziehen und Behandeln           | Wahrgenommene Defizite der Betroffenen schliessen ihre Entscheidungsfähigkeit aus und rechtfertigen eine paternalistische Haltung.     | Keine Partizipation         |
| Stufe 1<br>Instrumentalisierung             | Entscheidungen werden ohne die Betroffenen getroffen.  |                             |

Abbildung 1: Stufen der Partizipation (Quelle: Parpan-Blaser et al., S. 278, 2018)

Gemäss Parpan-Blaser et al. (2018) ist bei Betrachtung eines solchen Modells jedoch folgendes präsent zu halten: Das Vorhandensein von Partizipationsmöglichkeiten bedeutet nicht, dass es automatisch auch zu faktischer Partizipation kommt (S. 279). Auch El-Maawi (2014) merkt hierzu an, dass *gelingende Partizipation an weitere Voraussetzungen geknüpft ist*. Sie beginnt dabei bei einer sehr fundamentalen Voraussetzung: Der *Haltung* der involvierten Fachpersonen zu Partizipation (S. 21). Soll Partizipation gelingen, so ist einerseits *Teilnahmegewährung* und andererseits *Teilnahme* notwendig. Diese beiden Grössen stehen in Abhängigkeit zueinander (Maria

Lüttringhaus, 2000, S. 23). Sind beide Elemente gegeben, so kann die betroffene Person in den Entscheidungsprozess miteinbezogen werden. Dies bedeutet, dass die involvierten Fachpersonen durch die Gewährung von Teilnahme zumindest die Hälfte der Mitwirkung der Betroffenen steuern können. Die Teilnahmegewährung hat einerseits die *formellen Mitspracherechte* – wie beispielweise ein Rekurs- oder Antragsrecht – zum Inhalt. Andererseits bestehen jedoch auch *informelle Mittel*, welche die Teilnahme positiv beeinflussen können. Die Teilnahme wiederum ist der aktive Part der betroffenen Person, die das Partizipationsangebot annimmt. Für Partizipation - verstanden als Co-Produktion – ist eine *Haltung* der involvierten Fachpersonen notwendig, welche es möglich macht, zu lernen und bei der nicht alles auf dem schnellsten Weg erledigt wird (S. 21).

Bei der Gewährung von Teilnahme nennt Parpan-Blaser et al. (2018) wiederum *Information* als zentralen Aspekt: Potenziell Teilhabende müssen über ihre Möglichkeiten der Partizipation informiert sein. Weiter müssen diese fähig oder befähigt worden sein, von diesen Möglichkeiten Gebrauch zu machen. In einem letzten Schritt soll es – aufgrund der vorangegangenen Schritte – auch möglich sein, aktiv das Partizipieren abzulehnen. Nicht selten jedoch sind es *Hürden sprachlicher Art*, welche das faktische Partizipieren verhindern (S. 279).

#### **2.2.4 Partizipation im Erwachsenenschutzverfahren**

In Ziffer 2.2.2 dieser Arbeit wurde die Bedeutung der Partizipation im Erwachsenenschutzrecht genauer umrissen. Da es in dieser Arbeit jedoch spezifisch um die Partizipation im Erwachsenenschutzverfahren geht, soll sodann in einem nächsten Schritt das bereits eruierte auf das Verfahren heruntergebrochen werden. Wie bereits einleitend erklärt, ist die Rolle der Partizipation im Verfahren auf Anordnung einer Erwachsenenschutzmassnahme wenig beleuchtet (siehe Ziff. 1). Art. 388 Abs. 2 ZGB, welcher die Selbstbestimmung als Leitgedanke des Erwachsenenschutzrechtes statuiert, soll jedoch auch auf das Verfahren vor der Behörde Anwendung finden (Parpan-Blaser et al., 2018, S. 274). Somit erweist es sich klar als berechtigt, die Thematik der Partizipation auch im Verfahren genauer zu betrachten (Maranta, 2019, S. 375).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV kann als Inbegriff aller Verfahrensrechte, welche sich der Partizipation annehmen, bezeichnet werden. Dieser Anspruch beinhaltet somit weit mehr, als lediglich die Anhörung. Das rechtliche Gehör soll ermöglichen, dass rechtliche Ansprüche und Anliegen der Beteiligten eines Verfahrens richtig belichtet und ein Sachverhalt somit möglichst korrekt aufgenommen

werden kann. Durch die Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten soll ein weitgehendst sachgerechter Entscheid gefällt werden können (Kurt Affolter-Fringeli & Urs Vogel, 2016, S. 643).

Nebst der Partizipationsrechte, welche durch Art. 29 Abs. 2 BV Geltung erlangen, beinhaltet auch das ZGB Mitwirkungsrechte- und -pflichten für das Verfahren vor der KESB. Einige dieser Rechte konkretisieren das rechtliche Gehör, andere sind gar weitergehend (Parpan-Blaser et al., 2018, S. 276). Maranta (2019) hat eine Auflistung von Partizipationsmöglichkeiten erstellt, welche die Rechte aus Art. 29 Abs. 2 BV sowie jene aus dem ZGB berücksichtigt. Das Recht auf Vertretung wurde in dieser Auflistung bewusst noch ausgelassen. Folgende Partizipationsmöglichkeiten bestehen hiernach (S. 378-379):

Nachvollziehen – Einleitung und Gang eines Verfahrens: Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV beinhaltet unter anderem, dass die Verfahrensbeteiligten – und hiermit auch die betroffene Person - über den Gegenstand sowie die Hängigkeit des Verfahrens orientiert werden. Zumindest in den Grundzügen kann aus diesem Anspruch auch abgeleitet werden, dass die Behörde betreffend Entscheidungen adressatengerecht kommunizieren muss. Das Recht auf Akteneinsicht – als weiterer Teilgehalt des rechtlichen Gehörs - lässt sich zudem in Art. 449b ZGB vorfinden.

Einfluss nehmen – Beweismittel: Art. 29 Abs. 2 BV beinhaltet weiter das sogenannte Recht auf Beweis. Hiernach hat jede Person das Recht, dass taugliche Beweismittel, welche sie frist- und formgerecht der Behörde dargeboten hat, auch abgenommen werden. Das Recht auf Beweis ist weiter auch in Art. 450f ZGB i.V.m. Art. 152 ZPO geregelt.

Darlegen – eigene Haltung: Die Behörde muss aufgrund der uneingeschränkten Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 446 Abs. 1 und 2 ZGB) in der Phase der Abklärung mit den betroffenen Personen Gespräche führen. Zusätzlich besteht aufgrund mehrerer Bestimmungen des ZGB eine Verpflichtung, die betroffene Person anzuhören (Anhörung durch einen Arzt, Art. 430 Abs. 1 ZGB; Anhörung durch die KESB, Art. 447 Abs. 2; Anhörung durch eine kantonale Beschwerdeinstanz, Art. 450e Abs. 4 ZGB).

Einschätzen und Wehren – (Un)Rechtmässigkeit Behördenhandeln: Zuzufolge Art. 450 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB ist die betroffene Person zur kantonalen Beschwerde legitimiert. Weiter kann sie gemäss Art. 76 Abs. 1 lit. a BGG Beschwerde in Zivilsachen einreichen.

Der betroffenen Person stehen somit Rechtsmittel zu, um sich gegen unrechtmässiges Behördenhandeln zur Wehr zu setzen.

In Ziffer 2.2.3 dieser Arbeit wurde ausgeführt, dass das Vorhandensein von Partizipationsmöglichkeiten nicht zwingend auch zu faktischer Partizipation führt: Gelingende Partizipation ist an weitere Voraussetzungen geknüpft. Doch was passiert, wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind und die betroffene Person deshalb *faktisch am Verfahren nicht partizipieren kann*? Im Rahmen eines Erwachsenenschutzverfahrens kann es zu eben dieser Situation kommen: Aufgrund eines mutmasslichen Schwächezustandes ist es einigen betroffenen Personen nicht möglich, am Verfahren vor der Behörde zu partizipieren (Maranta, 2019, S. 376). Wird der Fokus auf die Wirkung von Partizipation gerichtet, so erscheint die eben beschriebene Situation als problematisch.

Aus rechtssoziologischer Perspektive erweist sich das Partizipieren der vom Verfahren betroffenen Person als entscheidend. Denn durch das Partizipieren und der damit einhergehenden Selbstwirksamkeitserfahrung werden durch die Behörde gefällte Entscheide häufig besser durch die Betroffenen angenommen. Dabei ist irrelevant, ob das Ergebnis des Verfahrens aus Perspektive der Betroffenen als negativ oder positiv gewertet wird (Maranta, 2019, S. 376; vgl. Langenbach, 2017, S. 99-106). Ob ein behördlicher Entscheid durch die betroffene Person angenommen wird, ist für das Erarbeiten nachhaltiger Lösungen im Erwachsenenschutz zentral. Dies deshalb, da die Nachhaltigkeit einer Massnahme davon abhängt, ob sie durch die betroffene Person mitgetragen wird oder nicht (Fassbind, 2018, S. 117).

Maranta (2019) betont, dass in solch einer Konstellation die *Unterstützung durch Dritte* angezeigt sein kann. Als Argumentation zieht er unter anderem Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 der UN-BRK bei. Aus diesem Artikel lässt sich ableiten, dass Partizipationsrechte sowohl durch behinderte Personen wie auch Personen ohne Behinderung gleichberechtigt ausgeübt werden können müssen. Es darf somit nicht bei rein theoretischen Ansprüchen bleiben. Die behinderten Personen müssen die Partizipationsrechte auch tatsächlich wahrnehmen können. Führt dies dazu, dass sie auf Unterstützung angewiesen sind, so ist ihnen diese in geeigneter Form – beispielweise durch Beiziehen einer Drittperson - zu gewähren (Maranta, 2019, S. 379).

### **3 Aspekte der Verfahrensbeistandschaft zur Förderung von Partizipation Betroffener**

In Kapitel 2 dieser Arbeit wurde einerseits das gesetzliche Instrument der Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB vorgestellt. Dabei wurden insbesondere die unterschiedlichen Funktionen eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin erläutert. Andererseits wurde vertieft auf die Selbstbestimmung, beziehungsweise das Stufenkonzept der Partizipation eingegangen. Bis anhin konnte festgehalten werden, dass das Recht für Personen, welche sich in einem Verfahren vor der Behörde befinden, diverse Ansprüche auf Partizipation vorsieht. Es liegt dabei an der KESB oder der Rechtsmittelbehörde, um die Partizipation der Betroffenen besorgt zu sein (siehe Ziff. 2.2.4). Weiter wurde jedoch auch aufgezeigt, dass das Vorhandensein von Partizipationsmöglichkeiten nicht zwingend auch zu faktischer Partizipation führt: Gelingende Partizipation ist an weitere Voraussetzungen geknüpft (siehe Ziffer 2.2.3). Der Beizug einer unterstützenden Drittperson im Verfahren wurde als mögliches Instrument genannt, um betroffenen Personen zu faktischer Partizipation zu verhelfen.

Mit der Analyse der Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB möchte die Verfasserin dieser Arbeit nun prüfen, inwiefern dieses gesetzliche Instrument Potenzial hat zur Förderung der Partizipation Betroffener. Grundlage der Analyse bilden die unterschiedlichen Funktionen des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin. Durch das Hinzuziehen bereits eruiert zentraler Punkte gelingender Partizipation soll ermittelt werden, inwiefern eine Schnittmenge mit den Funktionen des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin gebildet werden kann. Als zentrale Punkte gelingender Partizipation werden im Folgenden die *adressatengerechte Kommunikation*, die *Haltung der involvierten Fachpersonen* zur Partizipation sowie der *Einbezug des subjektiven Willens der betroffenen Person* hinzugezogen.

#### **3.1 Übersetzungsfunktion – adressatengerechte Kommunikation**

Anhand des Stufenkonzepts von Partizipation wurde in Ziffer 2.2.3 aufgezeigt, dass Information notwendig ist, sodass überhaupt von einer Vorstufe von Partizipation gesprochen werden kann. Weiter wurde jedoch auch erläutert, dass regelmässig Barrieren sprachlicher Art bestehen, welche die faktische Partizipation verhindern. Dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin kommt unter anderem eine Übersetzungsfunktion zu. Hiernach ist die betroffene Person durch den Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin über die momentanen Verfahrensschritte

zu informieren. Unter Berücksichtigung des mutmasslichen Schwächezustandes ist die Materie der betroffenen Person zu erklären (siehe Ziff. 2.1.3).

### **3.1.1 Kommunikation als Voraussetzung & Mittel zur Partizipation**

Das menschliche Zusammenleben ist in jeglicher Beziehung geprägt von sprachlichen Handlungen. Die Kommunikation nimmt hierbei sowohl eine *Sozial-* wie auch *Vermittlungsfunktion* ein. Dies bedeutet, dass Sprache einerseits dazu dient, uns zu verständigen und verstehen zu können. Andererseits ermöglicht sie Teilhabe im Sinne gemeinschaftlicher oder individueller Beteiligung. Die Ausgestaltung sprachlicher Handlungen steht jedoch in Abhängigkeit zu der spezifischen Situation, beziehungsweise dem Kontext, in welchem sie angewendet wird. Wiederum ist die Funktion von Kommunikation und das Ziel, weshalb überhaupt kommuniziert wird, entscheidend für den Einsatz unterschiedlicher sprachlicher Mittel. Dies ist durch das Bestehen einer Vielzahl verschiedener Textsorten (Gerichtsurteil, Kochrezept, Erzählung, etc.) ersichtlich (Parpan-Blaser et al., 2018, S. 273).

Wird der Blick auf den politischen Kontext, beziehungsweise auf ein demokratisches System gerichtet, so wird ersichtlich, dass versiertes sprachliches Handeln von grosser Relevanz ist. Dies deshalb, da Prozesse der Partizipation über Sprache begründet und beibehalten werden. Soll politische Teilhabe erreicht werden, so muss folglich zuerst kommunikativ-sprachliche Teilhabe gewährleistet sein (Clemens Knobloch & Friedemann Vogel, 2015, S. 14).

Parpan-Blaser et al. (2018) führen hierzu aus, dass es in der Gesellschaft eine Vielzahl von Personen gibt, welche an den für sie wichtigen Sozialsystemen aufgrund fehlender Kommunikationskompetenzen nicht teilhaben können. Die Ursachen dieser mangelnden Kommunikationskompetenzen können divers sein. So ist es möglich, dass sie von Geburt an bestehen und somit auf der individuellen Ebene anzusiedeln sind (z.B. Lernbehinderung). Sie können sich jedoch auch erst im Verlauf des Lebens entwickeln (z.B. Aphasie, Demenz) oder nur von vorübergehender Natur sein (z.B. beim Spracherlernen). Weiter können jedoch auch strukturelle Bedingungen den Zugang zu und somit das Verständnis von notwendigen Informationen verhindern. Dies kann beispielweise durch die Verwendung von Fachsprache geschehen (S. 273).

### **3.1.2 Kommunikationssituation Erwachsenenschutzverfahren**

Wie soeben in Ziffer 3.1.1 ausgeführt, können die Kommunikationskompetenzen unter anderem je nach Situation, beziehungsweise aufgrund struktureller Bedingungen variieren. Es ist folglich angezeigt, die konkrete Kommunikationssituation – vorliegend das Erwachsenenschutzverfahren – zu betrachten.

Das Erwachsenenschutzverfahren gliedert sich in unterschiedliche Verfahrensschritte, welche durch mündliche sowie schriftliche Kommunikationssituationen geprägt werden. Dies macht ersichtlich, wie wichtig verständliche Kommunikation und Information für die tatsächliche Ausübung von Partizipationsmöglichkeiten sind. Das Stufenmodell der Partizipation (siehe Abb. 1) zeigt auf, dass Information bereits auf einer Vorstufe von Partizipation eine zentrale Rolle einnimmt. Gelangt die betroffene Person in einem Erwachsenenschutzverfahren nicht an für sie verständliche Informationen, so scheinen die durch das Recht zugestandenen Partizipationsmöglichkeiten faktisch hinfällig zu werden. Insbesondere, wenn die betroffene Person in solch einer Konstellation keine Unterstützung durch Dritte erhält, wird sie tendenziell im Nicht-Partizipieren verbleiben (Parpan-Blaser et al., 2018, S. 279).

Als Merkmale einer solchen Behördenkommunikation nennen Parpan-Blaser et al. (2018) die *Schriftdominanz* sowie eine *Verrechtlichung*. Diese beiden Punkte machen ersichtlich, dass sich die Kommunikation im Erwachsenenschutzverfahren klar von jener im Alltag unterscheidet. Es handelt sich typischerweise um Experten-Laien-Gespräche (S. 280). Gemäss Rainer Bromme, Regina Jucks und Riklef Rambow (2004) lässt sich *Experten-Laien-Kommunikation* über eine systematische Wissensasymmetrie der involvierten Kommunikationspartner definieren. Die eine Person verfügt bezüglich des Gegenstandes der Kommunikation über Expertenwissen. Dies bedeutet, dass sie sich disziplinar strukturiertes Fachwissen angeeignet hat, welches in der Regel durch eine mehrjährige Ausbildung sowie durch Berufserfahrung entstanden ist. Die andere Person, welche am Gespräch beteiligt ist, verfügt nicht über solches Wissen und wird in Bezug auf den Gesprächsgegenstand als Laie betrachtet (S. 176). Mit Blick auf das Erwachsenenschutzverfahren ist zufolge dieser Argumentation die KESB als Experte und die vom Verfahren betroffene Person als Laie zu betrachten.

Die soeben aufgeführte Definition von Experten-Laien-Kommunikation stützt sich auf den unterschiedlichen Wissensstand der Gesprächsbeteiligten in Hinblick auf den Gesprächsgegenstand ab. Anzufügen bleibt hier jedoch, dass die Begriffe «Experte» und «Laie» *über den Prozess der gegenseitigen Zuschreibung auch als soziale Rollen existieren*. Diese Zuschreibungen geschehen in modernen Industriegesellschaften über formale Akkreditierungsprozesse (Zulassungen, Prüfungen, etc.). Führt man sich exemplarisch das Beispiel eines Arztes/einer Ärztin und eines Patienten/einer Patientin vor Augen, so deckt sich die soziale und die kognitive Rollendefinition vorerst. Dies kann jedoch auch anderes ausfallen: Der Patient/die Patientin als Laie weiss in der Regel aus seiner/ihrer subjektiven Perspektive viel über die eigenen Schmerz- und Körpererfahrungen und verfügt somit naturgemäss über zentrale Informationen. Insofern

können auch Patienten/Patientinnen als Experten bezeichnet werden (ebd., S. 177). Die Frage danach, wer eigentlich in einem Erwachsenenschutzverfahren als Experte betrachtet werden soll, spiegelt gemäss vorliegend vertretener Ansicht die Relevanz der Haltung der involvierten Fachpersonen wider (siehe Kap. 3.2). In Bezug auf das Erwachsenenschutzverfahren und die Verwirklichung von Partizipation stellt sich die Frage, wie die betroffene Person ihr eigene Expertise in das Verfahren einbringen kann. Durch das Einbringen eben dieses eigenen Fachwissens soll die betroffene Person bei der Erueierung des Sachverhalts mitwirken und insofern auch den Entscheid mitgestalten können (Parpan-Blaser et al., 2018, S. 280).

### **3.1.3 Kommunikationsverhalten als Mitursache für Urteils(un)fähigkeit**

Wie im obigen Abschnitt ausgeführt, muss die betroffene Person im Erwachsenenschutzverfahren an für sie verständliche Informationen gelangen, sodass sie überhaupt die Möglichkeit hat, von ihren Partizipationsrechten Gebrauch zu machen (Ziff. 3.1.2). In Ziffer 3.1.1 wurde festgehalten, dass die Kommunikationskompetenzen einer Person zudem in Abhängigkeit stehen zur spezifischen Kommunikationssituation. Daniel Rosch (2017) führt hierzu weiter aus, dass eine Wechselwirkung zwischen der betroffenen Person und den weiteren Akteuren einer bestimmten Situation besteht. Dies deshalb, da die beteiligten Akteure ein der Situation entsprechendes, spezifisches Kommunikationsverhalten aufweisen. Eine Person kann durch diese Korrelation zum Kommunikationsverhalten der beteiligten Akteure in der einen Kommunikationssituation als urteilsfähig, in einer anderen jedoch als urteilsunfähig erscheinen. Wer somit fähig ist, komplexe Verhältnisse mit einfachen Worten zu erklären, trägt zur Ermöglichung einer informierten Einwilligung durch die betroffene Person bei (S. 296).

Betreffend Kommunikation im Erwachsenenschutzverfahren wurde in Ziff. 3.1.2 aufgezeigt, dass sich eine solche Behördenkommunikation aufgrund von Schriftdominanz und einer allgemeinen Verrechtlichung klar von Alltagskommunikation unterscheidet: Es handelt sich um Experten-Laien-Kommunikation. Rosch (2017) führt in Bezug auf die Mandatsführung aus, dass eine angepasste Kommunikation eine zentrale Rolle einnimmt: Die Kommunikationsfähigkeiten des Beistandes/der Beiständin stehen in einem zwangsläufigen Zusammenhang mit dem Verstehen der betroffenen Person. Eben diese Kommunikation mit Personen, welche einen Schwächezustand haben, ist individueller, anforderungsreicher und hängt mehr vom Kontext ab, als es bei Personen ohne Schwächezustand der Fall ist (S. 296). Exemplarisch nennt Rosch (2017) hierzu die Kommunikation mit demenziell erkrankten Personen: Verschiedene Therapieformen und Anpassungsmöglichkeiten scheinen sich nachweislich stützend auf die Kommunikation auszuwirken. Geht man davon aus, dass das

Kommunikationsverhalten massgeblich sein kann für die Beurteilung der Grenze zur Urteils(un)fähigkeit, so relativiert sich diese als solche: Die Grenze ist somit eine fließende (ebd., S. 296-298).

In Ziffer 2.1.1 wurde erläutert, dass die Voraussetzung der *Notwendigkeit* zur Anordnung einer Verfahrensbeistandschaft klar gegeben erscheint, wenn die betroffene Person prozessunfähig ist. Dies wiederum bedeutet bei einer volljährigen Person, dass sie bezüglich der Ausübung ihrer Verfahrensrechte als urteilsunfähig eingeschätzt wird (vgl. Art. 13 ZGB). Ist dies der Fall und wird deshalb ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin angeordnet, so kommt diesem/dieser unter anderem eine Übersetzungsfunktion zu (siehe Ziff. 2.1.1). Doch inwiefern kann ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin hierdurch eine betroffene Person beim Partizipieren unterstützen?

### **3.1.4 Ermöglichung von Urteilsfähigkeit durch Übersetzung**

Basierend auf den soeben ausgeführten Erkenntnissen merkt Rosch (2017) an, dass es Aufgabe eines Begleitbeistandes/einer Begleitbeiständin sein kann, durch Übersetzung mittels geschultem Kommunikationsverhalten die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person zu ermöglichen oder zu erhalten (S. 298). In Bezug auf das Verfahren kann dies bedeuten, dass die betroffene Person zwar prozessunfähig bleibt, jedoch in Bezug auf den Verfahrensgegenstand urteilsfähig wird. Weiter ist auch denkbar, dass die betroffene Person über das Kommunikationsverhalten des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin gar prozessfähig wird und somit ihre Verfahrensrechte theoretisch selbständig ausüben kann (siehe Ziff. 3.3.1).

Rosch (2017) bezieht sich bei den obigen Ausführungen wohlbemerkt auf das Stadium der Mandatsführung und nicht spezifisch auf das vorangehende Erwachsenenschutzverfahren. Es stellt sich deshalb die Frage, inwiefern diese Gedankengänge betreffend anderer Beistandschaftsarten auf die Verfahrensbeistandschaft anzuwenden sind. Gemäss vorliegender Haltung können die obigen Ausführungen analog für das Verfahren übernommen werden: Denn wie bereits in Kapitel 2.2 ausführlich erläutert wurde, bezieht sich das Prinzip der Selbstbestimmung gemäss Art. 388 Abs. 2 ZGB auch auf das Stadium des Verfahrens. Die Zusammenhänge zwischen gelingender Partizipation und Kommunikationsverhalten sind zudem auch von allgemeiner Natur und nicht spezifisch auf die Mandatsführung während einer laufenden Erwachsenenschutzmassnahme ausgerichtet. Zudem kommt einem Verfahrensbeistand/einer Verfahrensbeiständin ja gerade die Funktion zu, übersetzend für die betroffene Person tätig zu sein. Diese Haltung, dass die

Bestimmungen betreffend anderer Beistandschaftsarten analog auf die Verfahrensbeistandschaft anzuwenden sind, wird auch durch das Bundesgericht gestützt (vgl. BGer vom 01.05.2017, 5A\_327/2016, E. 4.2.1).

### 3.1.5 «Transport» des subjektiven Willens

Aufgrund der Komplexität der Umstände, der Schwere des drohenden Eingriffs oder des Ausmasses der Hilflosigkeit kann die Unterstützung durch einen Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin auch dann notwendig sein, wenn die betroffene Person bezüglich der Ausübung ihrer Verfahrensrechte eigentlich urteilsfähig erscheint (siehe Ziff. 2.1.1). Äussert sich der mutmassliche Schwächezustand der betroffenen Person etwa derart, dass sie aufgrund einer sprachlichen Einschränkung eine Erklärung nicht selber überbringen kann, so kann es an dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin liegen, den subjektiven Willen über Sprache zu «transportieren» (Dagmar Brosey, 2014, S. 212). In Bezug auf die Mandatsführung führt Rosch (2017) aus, dass die Unterstützung urteilsfähiger Personen in der Regel einfacher ist, da die Verantwortung weitgehend diesen selber zukommt. Soweit die betroffene Person urteilsfähig ist und einen Schwächezustand hat, liegt jedoch ein Teil der Verantwortung bereits bei dem Beistand/der Beiständin. Dies deshalb, da der Beistand/die Beiständin den Schwächezustand zu mildern und auf den Prozess derart einzuwirken hat, sodass die betroffene Person in ihrem Aufgabenbereich ihren Interessen zufolge entscheiden kann (S. 271).

## 3.2 Vermittlungsfunktion – Haltung

In Ziffer 2.2.3 dieser Arbeit wurde aufgezeigt, dass die Haltung der involvierten Fachpersonen als grundlegende Voraussetzung gelingender Partizipation zu betrachten ist. Einem Verfahrensbeistand/einer Verfahrensbeiständin kommt neben der Übersetzungs- auch eine Vermittlungsfunktion zu: Der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin soll hiernach zwischen der Behörde und der betroffenen Person weitgehendst vermittelnd tätig sein und somit auch das Vertrauen in die Handlungen der Behörde festigen (siehe Ziff. 2.1.3). Doch inwiefern steht diese Vermittlungsfunktion in einem Zusammenhang mit der Haltung der involvierten Fachpersonen?

Wie bereits oben erläutert, dient Kommunikation unter anderem der Vermittlung (Vermittlungsfunktion). Über Sprache wird Teilhabe im Sinne gesellschaftlicher oder individueller Beteiligung ermöglicht (siehe Ziff. 3.1.1). Die Mitwirkung beinhaltet jedoch ein reziprokes Moment: Tatsächliches Partizipieren setzt einerseits *Teilnahme* und andererseits *Teilnahme* voraus. Eine betroffene Person ist erst dann in einen Entscheidungsprozess eingebunden, wenn diese beiden Elemente

gegeben sind und miteinander harmonisieren. Teilnahmegewährung als jenes Element, welches von aussen beeinflussbar ist, erfolgt jedoch nicht nur über die formellen Mitspracherechte: Auch informelle Mittel beeinflussen die Ermöglichung von Teilnahme. Als ein solches informelles Mittel ist die *Haltung der beteiligten Fachpersonen* als fundamentale Voraussetzung von Partizipation zu benennen: *Partizipation ist unter anderem eine Handlungsfrage* (siehe Ziff. 2.2.3). Im Folgenden soll dargestellt werden, inwiefern zwischen der Partizipationsvoraussetzung «Haltung» und der Vermittlungsfunktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeistandin Parallelitäten vorhanden sind.

### 3.2.1 Vom Gedanken der Befähigung

Die von einem Erwachsenenschutzverfahren Betroffenen leiden mutmasslich an einem Schwächezustand, welcher in Form einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines sonstigen in der Person liegenden Schwächezustandes vorliegen kann (vgl. Art. 390 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB). Die Frage nach der Haltung der involvierten Fachpersonen zur Partizipation Betroffener legt nahe, den Begriff der «Behinderung» etwas genauer zu betrachten. Denn gemäss der hier vertretenen Auffassung bildet das Verständnis dieses Begriffes Ausgangspunkt dafür, wie den Betroffenen in der Gesellschaft tatsächlich begegnet wird.

Gemäss Art. 1 UN-BRK gehören zu den Menschen mit Behinderung Personen, welche über eine längere Zeitspanne hinweg geistige, seelische, körperliche oder Sinnesbeeinträchtigungen haben. Durch Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren können diese Beeinträchtigungen Betroffene daran hindern, wirksam und gleichberechtigt an der Gesellschaft teilzuhaben. Gemäss Aichele und Degener (2013) entsteht Behinderung dann, wenn eine Person mit einer Beeinträchtigung die für sie notwendige Unterstützung für selbständiges Handeln nicht angeboten erhält, ihr die vorhandene und gewünschte Unterstützung nicht zugänglich ist, der Zugang sodann nicht hergestellt oder gar verwehrt wird. Behinderung definiert sich somit über die Wechselwirkung einer längerfristigen Beeinträchtigung mit den Bedingungen der Umwelt. Gemäss diesem Verständnis wird Behinderung nicht mehr länger als Eigenschaft einer Person betrachtet und eine Abkehr von der Defizitorientierung findet statt (S. 38). Zuzufolge der Autorin dieser Arbeit ist bei der Auslegung der Prozess-, beziehungsweise Urteilsfähigkeit einer Person dieses Verständnis von Behinderung miteinzubeziehen. Denn wie bereits bei der Übersetzungsfunktion ausgeführt, wird vorliegend davon ausgegangen, dass Urteilsfähigkeit unter Umständen durch geeignete Unterstützung herbeigeführt werden kann (siehe Ziff. 3.1.4).

### 3.2.2 Anerkennung als Voraussetzung zur Partizipation

Selbstbestimmung – verstanden als höchstmögliche Stufe von Partizipation – ist stets in einen sozialen Kontext eingeflochten: Dadurch, dass ein Mensch über sich selber bestimmt, zieht er eine Grenze zu anderen Menschen. Eine solche Abgrenzung zu anderen erfordert jedoch, dass man als Individuum überhaupt sozial anerkannt ist (siehe Ziff. 2.2.1). Da Partizipation unter anderem als Handlungsfrage identifiziert wurde, kann an diesem Punkt sodann ergänzt werden, dass eine *das Gegenüber anerkennende Haltung* erforderlich erscheint.

Anerkennende Verhältnisse bilden nach Honneth (1994) eine Voraussetzung dafür, dass gerechte Teilhabe an der Gesellschaft, beziehungsweise Partizipation realisiert werden kann. Hierfür müssen auf drei Ebenen – jene der Liebe, des Verdienstes und des Rechts – anerkennende Verhältnisse vorhanden sein. Nur dann kann sich ein Mensch unter gerechten Bedingungen in eine Gesellschaft einbringen. Es gilt somit, auf diesen drei Ebenen Anerkennungsverhältnisse zu gewährleisten. Die drei Anerkennungsebenen sind nicht als separate Bereiche, sondern in Abhängigkeit zueinander zu verstehen: Entsteht in der einen Ebene eine Veränderung, so hat dies auf die anderen beiden Auswirkungen (Anna Riegler, 2015, S. 112). Der Anerkennungsebene des Rechts kommt hierbei die stärkste Veränderungswirkung zu. Nur über das Zusammenwirken von Veränderungen in der Anerkennungsebene des Rechts, der Liebe sowie des Verdienstes ist es möglich, einen Menschen zur Partizipation zu befähigen und seine Teilhabechancen nachhaltig zu verbessern (ebd.; vgl. Honneth, 2003, S. 222-224).

Anerkennung auf der Ebene der Liebe bedeutet, dass sich ein Mensch über das Sich-Erzählen-Können sowie das Zuhören selber erkennen kann. Im Zuhören sowie im Erzählen verändert sich ein Mensch fortlaufend. Er lernt sich hierüber neu zu erzählen. Über die Anerkennung in der Liebe, das heisst über die unmittelbare Beziehung zweier Menschen zueinander, kann sich ein Zugang zu den eigenen Bedürfnisimpulsen und ein Bewusstsein um den eigenen Wert sowie ein Vertrauen in sich selber entwickeln (Riegler, 2015, S. 113; vgl. Honneth, 1994, S. 192). Das über die Ebene der Liebe gewonnene *Selbstvertrauen* bildet Basis dafür, dass ein Mensch gleichberechtigt in der Gesellschaft partizipieren und sich einbringen kann (ebd.).

Wie soeben ausgeführt, kann sich ein Mensch erst über die Anerkennung in der Ebene der Liebe als aktives Wesen in der Gesellschaft einbringen. Optimalerweise erhält ein Mensch durch andere Personen der Gesellschaft Anerkennung für diese individuellen Beiträge. Hierbei handelt es sich sodann um Anerkennung auf der Ebene des Verdienstes. Erhält ein Mensch Anerkennung für das, was er innerhalb einer

Gesellschaft bewirkt, so lernt er sich selbst *Wert zu schätzen*. Das Bedürfnis auf Anerkennung seiner selbst ist somit dem Menschen inhärent. Erst durch das Zuhören und das Anerkennen des Gesagten können einem Menschen sodann die eigenen Handlungen zugerechnet werden. Folglich geht es bei Anerkennung auf der Ebene des Verdienstes darum, einen Menschen in seinem Sosein - als Voraussetzung von Partizipation an gesellschaftlichen Prozessen – anzunehmen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass zugleich dessen Verhalten akzeptiert wird: Die Person an sich wird angenommen, jedoch wird nicht zwingend jedes Verhalten von ihr toleriert (Riegler, 2015, S. 114–115).

Erst über die Anerkennung auf der Ebene des Rechts – als dritte und letzte Ebene – kann ein Mensch sodann *Selbstachtung* erfahren. Exemplarisch sind hier etwa die Menschenrechte zu nennen (Riegler, 2015, S. 118). Zuzufolge Honneth (1994) sind Rechte als «anonymisierte Zeichen einer gesellschaftlichen Achtung» (S. 192) zu verstehen. Individuelle Rechte zu besitzen bedeutet, Ansprüche einfordern zu können, welche sozial toleriert sind. Somit ermöglichen diese Rechte dem einzelnen Menschen, eine legitime Aktivität auszuüben. Hierüber wiederum kann er sich immer wieder vor Augen halten, dass ihm die Achtung aller anderen zukommt. Dieser öffentliche Charakter des Rechts führt dazu, dass ein Mensch Selbstachtung zu entwickeln beginnen kann (ebd., S. 194). Menschenwürdig zu leben bedeutet somit unter anderem, rechtlich anerkannt zu sein. Dies drückt sich aus in dem Gefühl, sich gleichwertig mit anderen Menschen zu fühlen, Begegnungen auf Augenhöhe zu erleben und stolz darüber zu sein, dazuzugehören. Menschenwürde bedeutete in dem Sinne, Selbstrespekt erleben zu können (Riegler, 2015, S. 118).

Ist ein Mensch rechtlich nicht anerkannt, so kann dies Gefühle von Scham und Entwürdigung auslösen. Die Überwindung dieses entwürdigenden Zustandes kann nur dadurch erfolgen, dass ein Mensch Widerstand zeigt und somit würde- und machtvoll partizipiert (ebd.; vgl. Honneth, 1994, S. 222-225).

Bei der Revision des Erwachsenenschutzrechtes wurde Selbstbestimmung zum zentralen Revisionsziel erklärt. Der gesetzgeberische, beziehungsweise gesellschaftliche Wille geht also dahin, dass Selbstbestimmung trotz Vorhandensein eines Schwächezustandes möglichst erhalten und gefördert werden soll (siehe Ziff. 2.2.2). Auf der Ebene des Rechts spiegelt sich dieser gesellschaftliche Wille wider: Das Recht räumt Personen, welche sich in einem Verfahren vor der Behörde befinden, diverse Ansprüche auf Partizipation ein. Die Behörde ist dabei verpflichtet, der betroffenen Person diese Partizipationsrechte zu gewähren (siehe Ziff. 2.2.4).

Wie bereits ausgeführt, sind die Anerkennungsebenen der Liebe, des Verdienstes sowie des Rechts miteinander verwoben (siehe Ziff. 3.2.2). Dies macht deutlich, dass es nicht ausreichend ist, lediglich auf der Ebene des Rechts anerkennende Verhältnisse zu schaffen. Denn Anerkennung im Recht allein ermöglicht es einem Menschen noch nicht, tatsächlich partizipieren zu können. Vielmehr bedarf es einer Verwobenheit dieser rechtlichen Anerkennung mit den Anerkennungsebenen der Liebe und des Verdienstes. Die Anerkennungsebene des Verdienstes jedoch erweist sich insbesondere in der Arbeit durch Professionelle der Sozialen Arbeit als anspruchsvoll: Denn eigene Werthaltungen und Lebenseinstellungen müssen hinterfragt werden, sodass eine Begegnung auf einer Ebene von Mensch zu Mensch möglich sein kann (Riegler, 2015, S. 120–121).

Zufolge der hier vorgenommenen Auslegung der Vermittlungsfunktion kann ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin insofern die Partizipation der betroffenen Person begünstigen, als dass die Notwendigkeit der Verwobenheit dieser drei Anerkennungsebenen beachtet und Anerkennung auf allen Ebenen bewusst angestrebt wird. Zufolge Maranta (2019) kann Partizipation im Erwachsenenschutzverfahren erst dann umgesetzt werden, wenn diese als leitende Maxime für das behördliche Handeln verstanden wird (S. 378). Es kann somit gemäss hier vertretener Ansicht auch an dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin liegen, um eine anerkennende und somit die Partizipation begünstigende Haltung der am Verfahren involvierten Personen besorgt zu sein.

### **3.3 Vertretungsfunktion – Handlungen im (objektivierten) Interesse Betroffener**

Als primäre Aufgabe kommt einem Verfahrensbeistand/einer Verfahrensbeiständin eine Vertretungsfunktion zu: Er/sie muss hiernach die Interessen der betroffenen Person im Verfahren vertreten (siehe Ziff. 2.1.3). Wie sind jedoch derartige Vertretungshandlungen in Bezug auf die Partizipation der betroffenen Person einzuordnen?

Das Recht auf Selbstbestimmung als leitendes Prinzip des Erwachsenenschutzrechtes setzt fest, dass Fremdbestimmung möglichst gering zu halten ist. Die Befähigung der betroffenen Person ist hierfür zentral. Fremdbestimmung kann nur insofern legitim sein, als sie einen Schwächezustand abschwächt oder ausgleicht. Zentral ist somit, ob und wie Selbstbestimmung im Sinne von Partizipationsmöglichkeiten – trotz Vorhandensein eines Schwächezustandes – gewährleistet werden kann (siehe Ziff. 2.2.2).

### 3.3.1 Vertretungshandlungen – «so viel wie nötig, so wenig wie möglich»

In Ziffer 2.1.1 dieser Arbeit wurde ausgeführt, dass die Anordnung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin jeweils dann als klar notwendig erachtet wird, wenn die betroffene Person *in Hinblick auf ihre Verfahrensrechte urteils- und somit prozessunfähig* ist. Der Bedarf an Unterstützung lässt sich in dieser Konstellation über die allgemeinen prozessualen Grundsätze rechtfertigen. Weiter wurde jedoch auch erläutert, dass – analog dem materiellen Erwachsenenschutzrecht – die Urteilsfähigkeit nicht ausschliessliches Anknüpfungskriterium für die Anordnung einer Verfahrensbeistandschaft sein sollte: Das materielle Erwachsenenschutzrecht geht vielmehr davon aus, dass auch eine urteilsfähige Person Unterstützung durch eine Drittperson benötigen kann.

Betreffend Urteilsfähigkeit konnte weiter festgehalten werden, dass diese unter Umständen über das Kommunikationsverhalten der involvierten Fachpersonen herbeigeführt werden kann (siehe Ziff. 3.1.4). Die Urteilsfähigkeit ist zudem ein relatives Konstrukt: Es muss stets geprüft werden, ob die betroffene Person im spezifischen Fall, das heisst mit einer konkreten Handlung zusammenhängend oder bei der Begutachtung bestimmter Gegebenheiten, urteilsfähig erscheint (BGE 118 Ia 236, S. 237-238).

Wird ein Verfahrensbeistand/einer Verfahrensbeiständin aufgrund von Prozessunfähigkeit der betroffenen Person angeordnet, so kommt diesem/dieser nicht nur eine Vertretungs-, sondern auch eine Übersetzungs-, Vermittlungs- und Kontrollfunktion zu (siehe Ziff. 2.1.3). Über die Übersetzungs- sowie die Vermittlungsfunktion sind beispielsweise bereits unterstützende Handlungen möglich, welche sich begünstigend auf die Partizipation der betroffenen Person auswirken können (siehe Ziff. 2.1.3, Kap. 3.1, 3.2). Aufgrund der Erkenntnis, dass die Urteilsfähigkeit der betroffenen Person in Abhängigkeit stehen kann zum Kommunikationsverhalten der involvierten Fachpersonen, ist die Konstellation denkbar, dass derartige Unterstützungshandlungen bereits ausreichend sind für die Herbeiführung von Urteilsfähigkeit bezüglich der Verfahrensrechte (siehe Ziff. 3.1.3, 3.1.4). Gilt die betroffene Person somit als prozessfähig, so kann sie im Verfahren selbständig handeln (Maranta et al., 2018, S. 2786). In dieser Konstellation wäre die Wahrnehmung der Vertretungsfunktion durch den Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin unter Umständen nicht mehr angezeigt. Diese Gedankengänge - im Sinne einer «massgeschneiderten Verfahrensbeistandschaft» – zieht die Autorin unter anderem analog zur Mandatsführung im materiellen Erwachsenenschutzrecht bei. Rosch (2015) führt hierzu aus, dass der Beistand/die Beiständin durch die Mandatsführung eine zentrale Rolle einnimmt bezüglich der Gewährung von

Selbstbestimmung, beziehungsweise Partizipationsmöglichkeiten: Er/sie fällt aufgrund einer Prognose sowie einer anschliessenden Güterabwägung eine Entscheidung über die Gewährung von selbstbestimmtem Handeln (S. 220-223). Auch in Bezug auf die Idee des «Supported Decision Making» merkt Rosch (2017) an, dass nicht von einer klaren Abgrenzung zu sprechen ist zwischen vertretendem und unterstützendem Handeln. Vielmehr liegt hier ein Spektrum vor (S. 274).

Inwiefern die Vertretungsfunktion bei einer urteilsfähigen Person, welche jedoch aufgrund eines Schwächezustandes faktisch dennoch ihre Verfahrensrechte nicht ausüben kann, zum Zuge kommen sollte, ist gemäss hier vertretener Auffassung identisch wie bei der urteilsunfähigen Person zu überprüfen: Sind andere Unterstützungsmassnahmen – so etwa eine vermittelnde, adressatengerechte Kommunikation – bereits ausreichend, um Urteilsfähigkeit herbeizuführen, beziehungsweise den mutmasslichen Schwächezustand genügend zu mildern?

### **3.3.2 Vertretung des subjektiven Willens**

Muss der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin jedoch aufgrund anhaltender Prozessunfähigkeit oder eines mutmasslichen Schwächezustandes der betroffenen Person Vertretungshandlungen für diese wahrnehmen, so ist gemäss der hier vertretenen Auffassung deren subjektiver Wille einzubringen (siehe Ziff. 2.1.3). Mit Blick auf das Stufenmodell von Partizipation ist erkenntlich, dass bereits durch das Informieren der betroffenen Person eine Vorstufe von Partizipation erreicht ist (siehe Abb. 1). Wird der subjektive Wille der betroffenen Person in das Verfahren eingebracht, so wird vorliegend davon ausgegangen, dass damit zumindest die Stufe der Mitbestimmung – wenn nicht gar die teilweise Entscheidungskompetenz - und somit eine Form von Partizipation gewährleistet wird. Denn der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin hat die betroffene Person engagiert zu vertreten. Er/sie muss dabei nicht nur im Auge behalten, dass das Verfahren korrekt abläuft. Vielmehr muss er/ sie gewährleisten, dass die Interessen der betroffenen Personen tatsächlich dargelegt werden (Maranta et al., 2018, S. 2785). Wird die Rolle des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin dahingehend verstanden, dass Vertretung eine Form von Unterstützung hin zur Ermöglichung eigener Handlungsfähigkeit ist, so können selbst Vertretungshandlung positiv auf das Partizipieren der betroffenen Person wirken (Lipp, 2013, S. 341).

## **3.4 Kontrollfunktion – Schutz der (objektivierten) Interessen Betroffener**

Dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin kommt unter anderem eine Kontrollfunktion zu. Hiernach hat er/sie zu überwachen, ob (weitere) Kindes- und

erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen bis zum Endentscheid, beziehungsweise bis zu deren Realisierung notwendig sind (siehe Ziff. 2.1.3). Mit Blick auf die in dieser Arbeit verwendeten theoretischen Grundlagen zur Partizipation (siehe Kap. 2.2) ist kein begünstigender Zusammenhang zwischen derartiger Kontrolle an sich und Partizipation ersichtlich. Vielmehr scheint das Element der Kontrolle Ausdruck von Fremdbestimmung zu sein. Die staatliche Zielsetzung hinter diesem Aspekt der Verfahrensbeistandschaft liegt annahmegemäss mehr im Schutz, als in der Teilhabe der betroffenen Person (vgl. Ziff. 2.1.4). Mit Blick auf das Stufenmodell der Partizipation (siehe Abb. 1) kann insofern der Partizipation der betroffenen Person dennoch Rechnung getragen werden, in dem sie zumindest transparent über diese Funktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin informiert wird. Dies sollte gemäss hier vertretener Ansicht im Rahmen der rechtlichen Anhörung, welche betreffend Errichtung einer Verfahrensbeistandschaft als auch zu der Person des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin erfolgt, stattfinden (vgl. Art. 447 ZGB).

Bei umfassender Betrachtung der Aufgabenbereiche eines Verfahrensbeistandes/eines Verfahrensbeiständin ist der Autorin dieser Arbeit jedoch aufgefallen, dass Kontrolle im Zusammenhang mit Partizipation durchaus noch von anderer Bedeutung sein kann. Es handelt sich hierbei jedoch um ein anderes Verständnis von Kontrolle, als dies im Rahmen der Kontrollfunktion aufgezeigt worden ist.

### **3.4.1 Missbrauch & Risiken an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit**

Wie in Ziffer 3.1.3 erläutert, wird vorliegend davon ausgegangen, dass das Kommunikationsverhalten mitverantwortlich sein kann bei der Beurteilung, ob jemand als urteilsfähig erachtet wird. Hiermit wird die Grenze zu der gesetzlichen Vertretung automatisch auch eine fließende und die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Vertretung entsprechend diffiziler. Bei Personen an der Grenze zur Urteilsunfähigkeit eröffnet sich hier ein gewisses Missbrauchspotenzial. Je mehr eine zufolge der UN-BRK behinderte Person auf Unterstützung Dritter angewiesen ist, da sie eine Entscheidung nicht mehr vollumfänglich selbständig fassen kann und somit Unterstützung benötigt, desto stärker ist sie dieser unterstützenden Person auch ausgeliefert. Insbesondere bei vertrauten Unterstützungspersonen ist die betroffene Person unter Umständen Manipulationen ausgesetzt (Daniel Rosch, 2017, S. 301). Es ist somit auch fraglich, inwiefern bei der Unterstützung durch eine Drittperson ohne Zutun der Behörde dem subjektiven Willen der betroffenen Person zum Durchbruch verholfen und damit die Partizipation gestärkt wird.

Das Erwachsenenschutzrecht sieht beispielsweise für eine «nahestehende Person» vor, dass dieser eigene Verfahrensrechte zukommen. Damit sie diese ausüben darf, muss sie am Verfahren beteiligt sein. Die nahestehende Person kann ihre Rechte unter anderem derart ausüben, als dass sie die betroffene Person beim Partizipieren unterstützt. Zu berücksichtigen gilt jedoch, dass die nahestehende Person zwar berechtigt ist, am Verfahren mitzuwirken. Ihr kommt jedoch diesbezüglich keine Verpflichtung zu. Eine nahestehende Person wird sich folglich regelmässig nicht in ein Verfahren einbringen, wenn sie mit der angedachten behördlichen Massnahme einig geht (Maranta, 2019, S. 386–387).

### 3.4.2 Verfahrensbeistand/Verfahrensbeiständin als «safeguards»?

Unterstützt ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin die betroffene Person in einem Verfahren beim Partizipieren, so ist vorrangig deren subjektiver Wille massgeblich und somit vor der Behörde einzubringen (siehe Ziff. 3.3.2). Weiter kann die betroffene Person dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin auch Weisungen erteilen. Diese Weisungen sind für den Verfahrensbeistand/ die Verfahrensbeiständin insofern verpflichtend, als dass dieser/diese den Willen der betroffenen Person im Verfahren darstellen muss. In jedem Falle muss der Wille vor der Behörde bekannt gemacht werden (Maranta et al., 2018, S. 2786). Maranta (2019) betont, dass das Vertretungshandeln durch den Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin als ultima ratio zentral ist, damit das Partizipieren der betroffenen Person sichergestellt werden kann (S. 376). Diese Ausführungen zeigen auf, dass über eine Verfahrensbeistandschaft in gewissem Masse eine *Kontrolle* vorhanden ist, dass auch tatsächlich *der subjektive Wille der betroffenen Person eingebracht* wird. Dies ist beispielsweise bei der nahestehenden Person – wie in Ziffer 3.4.1 soeben aufgezeigt – nicht zwingend der Fall.

Um dem unter Ziffer 3.4.1 beschriebenen Missbrauchspotenzial zu begegnen, fordert die UN-BRK mittels Art. 12 Abs. 4 nach Sicherheitsmassnahmen. Durch diese «safeguards» soll beispielweise ein Abhängigkeitsverhältnis der betroffenen Person nicht ausgenutzt oder deren Wille bei der unterstützten Entscheidungsfindung nicht übermässig ausgedehnt werden (Nandini Devi, Jerome Bickenbach & Gerold Stucki, 2011, S. 255–263). An diesem Punkt kann somit die Überlegung getätigt werden, ob der Verfahrensbeistandschaft nicht bereits derartige Sicherheitsmassnahmen inhärent sind im Vergleich zu nicht behördlichen Drittpersonen und sie insofern begünstigend auf die Partizipation der betroffenen Person wirken kann. Mit Blick auf die staatlichen Zielsetzungen in der Sozialpolitik (siehe Ziff. 2.1.4) wird unter dieser Betrachtungsweise nicht nur der Schutz, sondern auch die Teilhabe Betroffener mitgedacht.

## 4 Bewertung der Analyse-Ergebnisse aus Perspektive der Sozialen Arbeit

In Kapitel 3 dieser Arbeit wurde aufgezeigt, inwiefern zwischen der Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB und der Förderung der Partizipation Betroffener Zusammenhänge und insofern Potenzial besteht. In einem weiteren Schritt sollen nun diese aufgedeckten Zusammenhänge in Hinblick auf die Realisierung der Menschenrechte bewertet werden.

### 4.1 Soziale Arbeit & Menschenrechte

Zufolge des Berufskodex der AvenirSocial (2010) gehören die *Menschenrechte* zu den *zentralen Grundwerten Sozialer Arbeit*. Die Professionellen der Sozialen Arbeit haben sich hiernach für die *bedingungslose Realisierung der Sozial- und Menschenrechte* einzusetzen. Aus der Verpflichtung zur Einlösung der Menschenrechte lassen sich für die Arbeit der Professionellen wesentliche Grundsätze ableiten. Unter anderem sind dies die Grundsätze der Ermächtigung, der Partizipation sowie der Selbstbestimmung (S. 8-9).

Da das Erwachsenenschutzrecht unter das Sozialrecht einzuordnen ist (siehe Ziff. 2.1.4), haben sich die Professionellen der Sozialen Arbeit folglich auch für dessen Realisierung einzusetzen. Gemäss den Ausführungen zur «Selbstbestimmung» im Berufskodex ist zudem ersichtlich, dass auch die AvenirSocial selbstbestimmtes Handeln aufgrund eines Schutzgedankens nicht immer als möglich einstuft und dies auch so durch die Professionellen der Sozialen Arbeit beachtet werden muss (AvenirSocial, 2010, S. 8). Als Querschnittsmaterie mit starken Bezügen zum öffentlichen Recht (siehe Ziff. 2.1.4) bilden die Grund-, beziehungsweise Menschenrechte im Erwachsenenschutzrecht jedoch «Leitplanken» des behördlichen Handelns. Über den im Berufskodex festgehaltenen Grundsatz der «Ermächtigung» ist ersichtlich, dass es an den Professionellen der Sozialen Arbeit liegt, Unterstützung zur Förderung von «Partizipation» als weiteren Grundsatz des Berufskodex zu gewährleisten (AvenirSocial, 2010, S. 9). Auf der Ebene der Menschenrechte ist diese Verpflichtung zu Unterstützungshandlungen hin zur Partizipation durch Beizug der UN-BRK zu begründen (siehe Ziff. 2.2.4).

### 4.2 UN-BRK als anwendbares Menschenrecht

Für die Bewertung, inwiefern die Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB als derartige Unterstützungshandlung zur Anwendung kommen sollte, wird vorliegend eine menschenrechtskonforme Auslegung von Art. 449a ZGB vorgenommen. Konkret wird

hierfür der Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 der UN-BRK beigezogen, da er auf menschrechtlicher Ebene eben diese Unterstützung zu Partizipation einfordert.

#### **4.2.1 Geltung UN-BRK in der Schweiz**

Die UN-BRK wurde am 15. April 2014 von der Schweiz ratifiziert und ist sodann am 14. Mai desselben Jahres in Kraft getreten. Der Schweiz kommt durch den Beitritt zum Übereinkommen die Verpflichtung zu, Hürden, mit welchen Menschen aufgrund ihrer Beeinträchtigung konfrontiert sind, zu beseitigen, die Gleichstellung und Inklusion voranzutreiben und Diskriminierungsschutz zu gewährleisten (Eidgenössisches Departement des Innern, ohne Datum).

Die Konvention richtet sich vorrangig an die Vertragsstaaten selber und beinhaltet hauptsächlich Zielvorgaben für diese. Diese programmatischen Bestimmungen sind durch Individuen nicht unmittelbar einklagbar. Es ist jedoch Aufgabe der Vertragsstaaten, diese Verpflichtungen schrittweise in die nationale Gesetzgebung zu integrieren und über diese umzusetzen. Bei der Umsetzung selber kommt den einzelnen Vertragsstaaten ein grosser Ermessensspielraum zu (ebd.).

#### **4.2.2 Gleiche Anerkennung vor dem Recht, Art. 12 UN-BRK**

Art. 12 der UN-BRK ist sowohl als *Gleichheits-* als auch *Freiheitsrecht* konzipiert. Es geht nicht alleinig um die Anerkennung behinderter Menschen als Rechtssubjekte. Vielmehr geht es auch darum, dass diese Anerkennung in gleicher Art und Weise und im selben Umfang wie bei allen anderen Menschen geschieht. Der Gewährleistungsgehalt von Art. 12 UN-BRK ist jedoch über die Gleichstellung behinderter Menschen mit anderen noch nicht ausgeschöpft. Denn Art. 12 UN-BRK beinhaltet nicht nur ein Diskriminierungsverbot behinderter Menschen und ein Gleichheitsgebot in der Behandlung zu anderen Menschen. Vielmehr ist auch ein Freiheitsrecht in Art. 12 UN-BRK enthalten. Diese Norm darf somit nicht nur unter dem Aspekt der Diskriminierung betrachtet werden. Als Freiheitsrecht beinhaltet Art. 12 Abs. 1 UN-BRK die Anerkennung behinderter Menschen überhaupt als Rechtssubjekte. Zu betonen ist hierbei, dass durch Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 UN-BRK nicht eine generelle Handlungsfreiheit, beziehungsweise Selbstbestimmung als solches geschützt wird, sondern das Recht auf gleiche Handlungs- und Rechtsfähigkeit (Lipp, 2013, S. 331).

Dem Recht auf gleiche Handlungsfähigkeit sowie dem Recht auf gleiche Rechtsfähigkeit kommen keine Wirkung zu, wenn ein Mensch diese Rechte aufgrund einer langfristigen Beeinträchtigung faktisch gar nicht wahrnehmen kann. Er kann somit nicht wie alle anderen Menschen rechtlich handeln. Der Anwendungsbereich der UN-BRK ist hiermit als eröffnet zu betrachten (Lipp, 2013, S. 332).

Benötigt eine behinderte Person Unterstützung, um ihre Handlungs- und Rechtsfähigkeit überhaupt ausüben zu können, so ist diese gemäss Art. 12 Abs. 3 UN-BRK zu gewähren. Die Vertragsstaaten tragen die Verantwortung dafür, dass geeignete Unterstützungsmassnahmen vorhanden sind und den einzelnen Personen auch zugänglich gemacht werden. Unterstützung bei der Wahrnehmung der Handlungsfähigkeit beinhaltet dabei alle Massnahmen und Möglichkeiten, welche behinderten Personen dabei helfen, Hürden zu überwinden, sodass rechtlich wirksames Handeln und somit Teilnahme am Rechtsverkehr möglich werden (Brosey, 2014, S. 211–212). Aichele und Degener (2013) verstehen Unterstützung, beziehungsweise «Supported Decision Making» als konkrete, personenzentrierte Assistenzleistung, welche durch eine behinderte Person beigezogen werden kann. Diese Unterstützung hat zum Ziel, dass diese Person rechtliche Handlungen persönlich vollziehen und auch persönliche Entscheidungen treffen kann. Solche Entscheidungen sind unter Umständen eben erst durch Unterstützung möglich (S. 49).

Unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der behinderten Person kann es beispielsweise notwendig sein, dass diese Unterstützung erhält, damit sie die für sie relevanten Informationen versteht, einordnen und basierend darauf eigene Entscheide fällen kann. Weiter kann der Bedarf an Unterstützung auch darin liegen, den ermittelten, persönlichen Entscheid der beeinträchtigten Person gegenüber Dritten zu kommunizieren, sodass er auch realisiert wird (Devi et al., 2011, S. 255/ eigene Übersetzung). Im Umkehrschluss definiert sich eine ersetzende Entscheidung, beziehungsweise «Substitute Decision Making» gemäss Brosey (2014) darüber, dass weder die Vorstellungen noch der Wille der betroffenen Person erfragt werden. Vielmehr trifft die vertretende Person Entscheidungen aufgrund eines eigenen oder allenfalls eines objektiven Masstabes (S. 211-212).

Den Vertragsstaaten ist es in Erfüllung von Art. 12 Abs. 3 UN-BRK möglich, ganz unterschiedliche Systeme und Einrichtungen der Unterstützung zu organisieren und zur Verfügung zu stellen. Zentrales Kriterium dafür, ob die Unterstützung mit Art. 12 Abs. 3 UN-BRK konform ist, bildet das Ziel dieses Artikels: *Dem Willen der behinderten Person muss zur rechtlichen Entfaltung verholfen werden.* Es muss sich daher bei «Unterstützung» im Sinne von Art. 12 Abs. 3 UN-BRK um Massnahmen handeln, welche Hilfe hin zur Selbstbestimmung ermöglicht. Wird die rechtliche Handlungsfähigkeit einer Person eingeschränkt oder gänzlich entzogen, so ist dies nicht mehr als Unterstützung, sondern vielmehr als Eingriff zu bewerten. Dies ist auch dann so einzustufen, wenn die Einschränkung oder Entziehung der Handlungsfähigkeit zum Schutze der betroffenen Person erfolgt (Lipp, 2013, S. 332).

Art. 12 Abs. 3 der UN-BRK macht somit deutlich, dass ein Paradigmenwechsel von der paternalistisch orientierten, ersetzenden Entscheidungsfindung («substituted decision-making») hin zur selbstbestimmungsorientierten, unterstützenden Entscheidungsfindung («supported decision-making») gefordert wird (ebd.).

Art. 12 Abs. 4 der UN-BRK benennt Vorgaben, welche nicht nur für Eingriffe gemacht werden, sondern auch für alle behördlichen Massnahmen bezüglich der Realisierung der Rechts- und Handlungsfähigkeit Geltung haben (Lipp, 2013, S. 334). Für Unterstützungsmassnahmen, welche sich auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit beziehen, müssen zufolge Art. 12 Abs. 4 UN-BRK entsprechende Sicherungsmassnahmen existieren. Diese Sicherungsmassnahmen sollen gewährleisten, dass der Wille, die Präferenzen und die Rechte von Menschen mit Behinderung tatsächlich respektiert werden (Brosey, 2014, S. 211). Sie sollen Interessenkonflikten und Missbrauch vorbeugen. Wird eine Sicherungsmassnahme getroffen, so muss diese stets verhältnismässig und an die individuelle Lebenssituation der betroffenen Person angepasst sein (Lipp, 2013, S. 334).

Bei einer solchen Sicherungsmassnahme ist weder vorausgesetzt, dass die Rechts- oder Handlungsfähigkeit beschränkt wird, noch ist eine Unterstützungsmassnahme zufolge Art. 12 Abs. 3 der UN-BRK hierfür ausgeschlossen. Der Anwendungsbereich des Art. 12 Abs. 4 UN-BRK ist entsprechend sehr gross (ebd.)

Wird ein Eingriff in Art. 12 UN-BRK überprüft, so ist zwischen den Elementen des Gleichheits- und des Freiheitsrechtes zu unterscheiden (siehe Ziff. 4.2.2). Wird mit behinderten Personen aufgrund ihrer längerfristigen Beeinträchtigung anders umgegangen als mit nicht behinderten Personen, so liegt ein Eingriff in den Schutzbereich des Gleichheitsrechtes vor. Wird jedoch die Rechts- oder Handlungsfähigkeit beschränkt, so ist dies als Eingriff in den Schutzbereich des Freiheitsrechtes einzustufen (Lipp, 2013, S. 335). Derartige Eingriffe sind zwar nicht per se unzulässig, bedürfen zu ihrer Rechtfertigung jedoch einer qualifizierten Verhältnismässigkeitsprüfung. Generell ausgeschlossen ist eine Rechtfertigung dann, wenn ein Eingriff in den Kernbereich eines Rechts eingegriffen wird (Valentin Aichele & Theresia Degener, 2013, S. 55).

### **4.3 Konventionskonforme Auslegung von Art. 449a ZGB**

Mit Blick auf das revidierte schweizerische Erwachsenenschutzrecht führt Rosch (2017) aus, dass dieses bereits zentrale Grundsätze beinhaltet, welche eine der UN-BRK konforme Umsetzung des Rechts ermöglichen. So sind dies etwa die *Verhältnismässigkeit* einer behördlichen Massnahme und die *im Einzelfall zu prüfende*

*Subsidiarität.* Wird eine behördliche Massnahme angeordnet, so hat der Beistand/die Beiständin das Handeln weitgehendst *anhand des Willens, beziehungsweise der individuellen Lebensvorstellung und der Wünsche der betroffenen Person auszurichten.* Fremdbestimmte Massnahmen und Kompetenzen – so etwa Vertretungsmöglichkeiten – sind erst nachrangig in Betracht zu ziehen (S. 300). Diese Ausführungen zu anderen Beistandschaftsarten sind sodann auch auf die Verfahrensbeistandschaft anwendbar, wobei jedoch den spezifischen Eigenheiten der Verfahrensbeistandschaft Rechnung getragen werden muss (siehe Ziff. 3.1.4).

Es stellt sich nun also die Frage, ob die Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB als der Idee des «Supported Decision Making» tatsächlich entspricht und somit konform ist mit der UN-BRK. Zur Eruiierung dieser Frage werden Ausführungen von Lipp (2013) hinzugezogen. Dieser bezieht sich dabei auf das deutsche Erwachsenenschutz-, beziehungsweise Betreuungsrecht, welches im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) geregelt ist. Der Betreuer/die Betreuerin ist in Deutschland in dem zugesprochenen Aufgabenbereich immer auch gesetzliche Vertretungsperson (§ 1902 BGB). In der Schweiz würde dies wohl den Kompetenzen einer Vertretungsbeistandschaft gemäss Art. 394 ZGB entsprechen. Analog für das Verfahren kommen auch dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin gemäss Art. 449a ZGB Vertretungskompetenzen zu. Da das Selbstbestimmungsrecht seit der Reform von 1992 im deutschen Betreuungsrecht ein leitendes Prinzip darstellt und die Unterstützungsformen auch entsprechend ausgestaltet sind, können die Ausführungen hierzu in ihren Grundzügen auf das Erwachsenenschutzrecht in der Schweiz übertragen werden (Lipp, 2013, S. 329).

#### **4.3.1 Übersetzungsfunktion**

Die von einem Erwachsenenschutzverfahren betroffene Person muss in einem ersten Schritt an für sie verständliche Informationen gelangen, sodass sie überhaupt die Möglichkeit hat, von ihren Partizipationsrechten Gebrauch zu machen (siehe Ziff. 3.1.2). Das Kommunikationsverhalten der involvierten Fachpersonen kann folglich massgeblich dafür sein, inwiefern die betroffene Person diese Informationen versteht und somit hierüber als urteilsfähig erscheint oder eben nicht. Sind die involvierten Fachpersonen einer adressatengerechten Kommunikation fähig, so tragen sie dazu bei, dass die betroffene Person hierüber wiederum befähigt wird, ihre Partizipationsrechte selbständig auszuüben (siehe Ziff. 3.1.3, 3.1.4). Diese Unterstützung möglichst hin zur Selbstbestimmung stellt gerade den Grundgedanken des Art. 12 Abs. 3 der UN-BRK dar (siehe Ziff. 4.2.2).

In Bezug auf die Unterstützung bei der Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit gemäss Art. 12 Abs. 3 UN-BRK führt Brosey (2014) aus, dass Beeinträchtigungen sich in drei Bereichen auswirken können: Beim Entscheiden, dem Erklären sowie bei der Übermittlung einer Erklärung. Unterstützung soll hiernach in dem Bereich und in der Form geleistet werden, wo eine behinderte Person dies aufgrund ihrer langfristigen Beeinträchtigung benötigt (S. 212). Durch eben diese Unterstützung einer behinderten Person soll deren subjektiver Wille gewissermassen für andere hörbar, verständlich, sichtbar und gegebenenfalls auch nachweislich gemacht werden (Klaus Lachwitz, 2013, S. 77). Dadurch, dass die Notwendigkeit einer Verfahrensbeistandschaft unter Umständen auch bei Prozessfähigkeit der betroffenen Person zu bejahen ist, wird eben dieser Erkenntnis Rechnung getragen: Denn eine Person kann zwar in Bezug auf den Verfahrensgegenstand urteilsfähig sein (Bereich des «Entscheidens»). Eventuell benötigt sie jedoch spezifische Unterstützung beim Erklären oder Übermitteln dieses subjektiven Willens, sodass dieser zum Durchbruch gelangt und die betroffene Person schlussendlich von ihren Partizipationsrechten Gebrauch machen kann (vgl. Ziff. 2.1.1, 3.1.5). Nimmt ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin die Übersetzungsfunktion entsprechend wahr, so kann dies gemäss hier vertretener Ansicht als Unterstützungshandlung im Sinne der UN-BRK eingestuft werden.

#### **4.3.2 Vermittlungsfunktion**

In Bezug auf das deutsche Betreuungsrecht führt Lipp (2013) aus, dass es zur Qualifikation als «Fremdbestimmung» oder «Unterstützung» auch darauf ankommt, was der Zweck der Anordnung eines Betreuers/einer Betreuerin ist. Weiter ist relevant, mit welchem Ziel die gesetzlichen Vertretungskompetenzen im spezifischen Einzelfall ausgeübt werden. Findet die Anordnung mit dem Ziel statt, der betroffenen Person die gleichberechtigte Realisierung ihrer Handlungsfähigkeit zu ermöglichen, da sie selbst nicht rechtlich handeln kann, so ist dies zufolge Lipp als Unterstützung einzuordnen. Findet die Anordnung jedoch nur statt, um die betroffene Person vor einer Selbstschädigung zu schützen, so handelt es sich um Fremdbestimmung und somit keine Unterstützung (S. 341).

Lipp (2013) spricht mit diesen Ausführungen wohl einen Aspekt an, welcher auch in Bezug auf die Verfahrensbeistandschaft als zentral eingestuft wurde: Die Haltung der involvierten Fachpersonen zur Partizipation behinderter Menschen (siehe Ziff. 2.2.3). Bei der Revision des schweizerischen Erwachsenenschutzrechtes wurde Selbstbestimmung zum zentralen Revisionsziel erklärt. Der gesetzgeberische und somit gesellschaftliche Wille geht also dahin, dass Selbstbestimmung, beziehungsweise Partizipation trotz Vorhandensein eines Schwächezustandes möglichst erhalten und

gefördert werden soll (siehe Ziff. 2.2.2). Wird der Zweck der Anordnung einer Verfahrensbeistandschaft also darin erachtet, der betroffenen Person die gleichberechtigte Realisierung der Handlungsfähigkeit zu ermöglichen, auch wenn sie selber nicht rechtlich handeln kann, so könnte Art. 449a ZGB wohl als «Unterstützung» gemäss der UN-BRK eingeordnet werden. Das Ziel der gesetzlichen Vertretungskompetenzen hat entsprechend darin zu liegen, dem subjektiven Willen der beeinträchtigten Person zum Durchbruch zu verhelfen. Dies ist gemäss vorliegender Ansicht auch die Stossrichtung, in welche ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin die Vertretungsfunktion auszuüben hat (siehe Ziff. 3.3.2).

### 4.3.3 Vertretungsfunktion

Als zentrales Kriterium dafür, ob eine Unterstützungsform den Anforderungen des Art. 12 Abs. 3 UN-BRK nachkommt, wurde das Ziel dieses Artikels genannt: Dem Willen der behinderten Person muss zur rechtlichen Entfaltung verholfen werden (siehe Ziff. 4.2.2). Doch mit welchen Mitteln darf dies geschehen?

Einem Verfahrensbeistand/einer Verfahrensbeiständin kommt eine *Vertretungsfunktion* zu: Er/sie handelt als gesetzliche Vertretung der betroffenen Person (siehe Ziff. 2.1.3, Kap. 3.3). Bezüglich Vertretungskompetenzen merkt Rosch (2017) an, dass nach Auffassung des Ausschusses der UN-BRK etwa eine Vertretungsbeistandschaft nach Art. 394 ZGB ohne Einschränkung der Handlungsfähigkeit wohl nicht als «Supported Decision Making» einzuordnen wäre. Dies deshalb nicht, da das stellvertretende Handeln bei dieser Form der Beistandschaft im Zentrum steht (S. 273). Gemäss dieser Argumentation müsste man wohl zum Schluss kommen, dass Unterstützung über eine Verfahrensbeistandschaft nicht als «Supported Decision Making» eingeordnet werden dürfte. Denn auch dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin kommt primär eine Vertretungsfunktion zu. Zuzufolge der Autorin dieser Arbeit ist jedoch vielmehr massgeblich, mit welchem Verständnis die Vertretungsfunktion im Rahmen einer Verfahrensbeistandschaft tatsächlich ausgeübt wird (vgl. Kap. 3.3, Ziff. 4.3.2).

Unterstützung zufolge Art. 12 Abs. 3 UN-BRK soll möglichst Hilfe hin zur Selbstbestimmung sein. Stehen die Massnahmen mit Fremdbestimmung in Verbindung, so stellen sie keine Unterstützung dar (Lipp, 2013, S. 340). Gemäss Lipp (2013) bedeutet dies für das Verständnis von «Unterstützung» gemäss Art. 12 Abs. 3 UN-BRK Folgendes: Kann die betroffene Person zwar selbst noch rechtlich handeln, benötigt aber dennoch gewisse Hilfestellungen, so ist beratende und begleitende Unterstützung angezeigt. Kann die betroffene Person selbst nicht mehr rechtlich handeln, ihr subjektiver Wille ist jedoch noch erkennbar, so ist dieser durch Unterstützung zu

übermitteln und rechtlich durchzusetzen. Ist die betroffene Person jedoch nicht mehr in der Lage, den subjektiven Willen zu äussern, beziehungsweise ist dieser unbekannt, so soll derart unterstützend gehandelt werden, wie dies die betroffene Person selber getan hätte (S. 340).

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass sowohl die Prozessunfähigkeit der betroffenen Person sowie auch ihr mutmasslicher Schwächezustand – trotz vorhandener Urteilsfähigkeit – die Notwendigkeit der Anordnung einer Verfahrensbeistandschaft begründen können. Wird eine Verfahrensbeistandschaft angeordnet, obwohl die betroffene Person an sich prozessfähig ist, so wird dabei honoriert, dass auch ein mutmasslicher Schwächezustand die Partizipation beeinträchtigen und somit etwa das Ausüben der Partizipationsrechte faktisch verunmöglichen kann (siehe Ziff. 2.1.1). Ist die betroffene Person aufgrund von Prozessunfähigkeit oder durch ihren mutmasslichen Schwächezustand in der Wahrnehmung der Partizipationsmöglichkeiten eingeschränkt, so müsste wohl zufolge der Ausführungen von Lipp (2013) für eine konventionskonforme Umsetzung deren subjektiver Wille ermittelt und rechtlich durchgesetzt werden (vgl. S. 340). In Bezug auf die Verfahrensbeistandschaft wurde in dieser Arbeit eben das festgehalten: Bei Urteilsfähigkeit der betroffenen Person in Bezug auf den Verfahrensgegenstand ist gemäss hier vertretener Ansicht deren subjektiver Wille durch den Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin in das Verfahren einzubringen (siehe Ziff. 2.1.3). Um eine ersetzende Entscheidungsfindung («Substitute Decision-Making») würde es sich hingegen handeln, wenn weder die persönlichen Vorstellungen noch der Wille der betroffenen Person erfragt und somit auch nicht verwirklicht würden. Vielmehr würde die vertretende Person hier nach eigenem oder einem objektiven Massstab handeln (siehe Ziff. 4.2.2).

#### **4.3.4 Kontrollfunktion**

Bezüglich der Kontrollfunktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin wurde in Ziffer 3.4 festgehalten, dass unter dem vorherrschenden Verständnis von Kontrolle keine begünstigenden Zusammenhänge zur Partizipation der betroffenen Person gefunden werden konnten. Relevant für diese Einschätzung ist, ob Kontrolle nur im Hinblick auf einen Schutzgedanken ausgeübt oder ob auch der Gedanke der Teilhabe miteinbezogen wird. Lipp (2013) führt in Bezug auf die Anordnung eines Betreuers/einer Betreuerin aus, dass es sich hierbei um eine Unterstützungsmassnahme gemäss der UN-BRK handelt, sofern der behinderten Person dadurch bei der gleichberechtigten Ausübung der rechtlichen Handlungsfähigkeit geholfen wird. Findet die Anordnung jedoch nur statt, damit die behinderte Person davor geschützt wird, sich selbst zu schädigen, so steht der Schutzgedanke im Fokus und ein Akt der Fremdbestimmung

liegt vor. Selbst wenn jedoch der Schutzgedanke bei der Anordnung im Vordergrund steht, führt dies gemäss Lipp noch nicht zu einem Eingriff in Art. 12 Abs. 3 UN-BRK. Denn mit der alleinigen Anordnung eines Betreuers/einer Betreuerin bleibt die rechtliche Handlungsfähigkeit der behinderten Person unberührt (S. 341). Dies ist auch bei der Verfahrensbeistandschaft der Fall: Ist die betroffene Person prozessfähig, so kann sie im Verfahren nach wie vor selbständig handeln (siehe Ziff. 3.3.1).

Um eine Unterstützungsmassnahme gemäss der UN-BRK würde es sich bei der Wahrnehmung der Kontrollfunktion durch einen Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin wohl dann handeln, wenn sich diese auf die Umsetzung des subjektiven Willens der betroffenen Person beziehen würde. Mittels Art. 12 Abs. 4 UN-BRK werden Sicherungsmassnahmen von den Vertragsstaaten eingefordert, welche gewährleisten sollen, dass der Wille, die Präferenzen und die Rechte von behinderten Menschen tatsächlich respektiert werden. Interessenkonflikten und Missbrauch soll mit derartigen Massnahmen vorgebeugt werden (siehe Ziff. 4.2.2). Ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin hat nach der hier vertretenen Ansicht im Rahmen der Vertretungsfunktion eben diesen subjektiven Willen der betroffenen Person in das Verfahren einzubringen, sofern diese in Bezug auf den Verfahrensgegenstand urteilsfähig ist (siehe Ziff. 3.3.2). Es ist hingegen fraglich, inwiefern dem subjektiven Willen der betroffenen Person zum Durchbruch verholfen und damit die Partizipation gestärkt wird, wenn die Unterstützung im Verfahren durch eine Drittperson ohne Dazutun der Behörde erfolgt (siehe Ziff. 3.4.1).

## 5 Schlussteil

In Kapitel 3 dieser Arbeit wurde aufgezeigt, inwiefern zwischen der Verfahrensbeistandschaft nach Art. 449a ZGB und der Förderung der Partizipation Betroffener Zusammenhänge und insofern Potenzial besteht. Als die Partizipation begünstigende Faktoren im Rahmen einer Verfahrensbeistandschaft wurden eine adressatengerechte Kommunikation, eine anerkennende Haltung der involvierten Fachpersonen zur Partizipation sowie die Übermittlung des subjektiven Willens der betroffenen Person herausgearbeitet. Diese aufgedeckten Zusammenhänge wurden sodann in Kapitel 4 in Hinblick auf die Realisierung der Menschenrechte – spezifisch in Hinblick auf die UN-BRK – bewertet. Die konventionskonforme Auslegung der Verfahrensbeistandschaft hat ersichtlich gemacht, dass die rechtliche Ausgestaltung des Art. 449a ZGB grundsätzlich der Idee des «Supported Decision Making» entsprechen kann. In Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn die Fremdbestimmung nur noch dem Schutz- und nicht mehr dem Teilhabegedanke dient, handelt es sich gemäss hier vertretener Ansicht um «Substitute Decision-Making». Derartig fremdbestimmtes Handeln ist zwar nicht mehr als Unterstützung im Sinne von Art. 13 Abs. 3 UN-BRK einzustufen. Es stellt jedoch auch nicht zwingend einen Eingriff in diesen Artikel dar. Denn mit der alleinigen Anordnung einer Verfahrensbeistandschaft bleibt die rechtliche Handlungsfähigkeit der behinderten Person unberührt: Ist die betroffene Person prozessfähig, so kann sie im Verfahren nach wie vor selbständig handeln (siehe Ziff. 3.3.1).

### 5.1 Schlüsse für die Praxis des Erwachsenenschutzverfahrens

Für die Praxis der Erwachsenenschutzverfahrens – und somit auch jener der Sozialen Arbeit – schliesst die Autorin dieser Arbeit, dass nicht primär gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die Partizipation einer betroffenen Person zu stärken. Das Potenzial der Verfahrensbeistandschaft als gesetzliches Instrument zur Förderung der Partizipation Betroffener hängt viel mehr davon ab, wie die unterschiedlichen Funktionen eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin in der Praxis ausgelegt, beziehungsweise angewendet werden. Bei der Übersetzungsfunktion ist dies beispielsweise insofern ersichtlich, als dass ein grosser Spielraum besteht, wie im Rahmen dieser Funktion Unterstützung geboten werden kann. So wurde in Ziffer 3.1.3 ausgeführt, dass Kommunikation mit Personen, welche einen Schwächezustand haben, individueller, anforderungsreicher und mehr vom Kontext abhängig ist, als es bei Personen ohne Schwächezustand der Fall ist. In Bezug auf demenziell erkrankte Personen wurde exemplarisch aufgezeigt, dass verschiedene Therapieformen und Anpassungsmöglichkeiten vorhanden sind, welche sich nachweislich stützend auf die

Kommunikation auswirken können. Die Kommunikationsfähigkeiten der unterstützenden Person stehen somit in einem zwangsläufigen Zusammenhang mit dem Verstehen der betroffenen Person (siehe Ziff. 3.1.3). Die Frage nach der fachlichen Geeignetheit eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin rückt somit ins Zentrum. Zuzufolge Art. 449a ZGB muss ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahren sein. Unter fürsorgerische Fragen sind unter anderem psychosoziale Fragen zu fassen (siehe Ziff. 2.1.2), worunter auch das Kommunikationsverhalten eingeordnet werden kann. In Hinblick auf die Stärkung der Partizipationsmöglichkeiten der betroffenen Person wird somit regelmässig zentral sein, inwiefern der Verfahrensbeistand/ die Verfahrensbeiständin auch über derartige Kommunikationskompetenzen verfügt (siehe Kap. 3.1). Wird somit ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin angeordnet, so ist die *Geeignetheitsprüfung durch die KESB* als zentral einzustufen für die Partizipation der betroffenen Person.

Die Relevanz der Haltung der involvierten Fachpersonen in Bezug auf die Partizipation Betroffener (siehe Ziff. 2.2.3) zeigt weiter auf, dass nicht nur die fachliche, sondern auch die persönliche Eignung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin grundlegend ist: Ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin muss sich darum bewusst sein, dass die alleinige Anerkennung der betroffenen Person auf der rechtlichen Ebene nicht ausreichend ist dafür, dass diese tatsächlich partizipieren kann. Vielmehr muss sich die betroffene Person erzählen können, das Gefühl haben, dass ihr zugehört und dass sie in ihrem «Sosein» angenommen wird. Es kann somit gemäss hier vertretener Ansicht auch an dem Verfahrensbeistand/der Verfahrensbeiständin liegen, um eine anerkennende und somit die Partizipation begünstigende Haltung der am Verfahren involvierten Personen besorgt zu sein. Denn soll Partizipation realisiert werden, so muss sie auch durch die zuständige Behörde als leitende Maxime begriffen werden (siehe Ziff. 3.2.2). Bei der Anordnung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin wird sodann im Rahmen der persönlichen Geeignetheit erwartet, dass diese Person über Sozialkompetenzen verfügt (siehe Ziff. 2.1.2). Die Geeignetheitsprüfung eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin durch die KESB ist somit gemäss hier vertretener Ansicht sowohl in Hinblick auf die fachliche als auch die persönliche Eignung zentral für das Partizipieren der betroffenen Person. Wird die Verfahrensbeistandschaft vermehrt als Instrument zur Stärkung der Partizipation Betroffener betrachtet, so hat dies zuzufolge der Autorin dieser Arbeit auch Auswirkungen auf das «Anforderungsprofil» eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin: Insbesondere die Zusammenhänge zwischen einer adressatengerechten Kommunikation und einer anerkennenden Haltung zur Partizipation lassen die

Notwendigkeit danach, dass auch vermehrt Professionelle der Sozialen Arbeit in diesem Bereich tätig sein sollten, aufkommen.

Bezüglich der Vertretungsfunktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeistand kann für die Praxis ebenfalls festgehalten werden, dass die Ausgestaltung dieser Funktion entscheidend ist für die Frage des Partizipationspotenzials. In Ziffer 2.1.3 wurde bezüglich Vertretungshandlungen festgehalten, dass sich diese gemäss vorliegend vertretener Haltung nach dem subjektiven Willen der betroffenen Person und nicht nach dem objektiven Wohl auszurichten haben. Eben diese entscheidende Frage, ob ein Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin eine Willensvertretung der betroffenen Person oder eine Vertretung des objektiven Wohls vorzunehmen hat, ist höchststrichterlich noch ungeklärt (siehe Ziff. 2.1.3). Wird die Rolle des Verfahrensbeistandes/der Verfahrensbeiständin dahingehend verstanden, dass die Vertretung eine Form von Unterstützung hin zur Ermöglichung eigener Handlungsfähigkeit ist, so können selbst Vertretungshandlung positiv auf das Partizipieren der betroffenen Person wirken (siehe Ziff. 3.3.1). In Hinblick auf die Praxis erscheint zwingend, dass bei Annahme eines Mandats eine *Rollenklärung mit der KESB* stattfindet und der Verfahrensbeistand/die Verfahrensbeiständin über das eigene Rollenverständnis informiert. Diese Haltung wird auch vorliegend begrüsst, sodass die Partizipationsmöglichkeiten der betroffenen Person über die Vermittlung des subjektiven Willens auch tatsächlich durch einen Verfahrensbeistand/eine Verfahrensbeiständin gestärkt werden können (siehe Ziff. 2.1.3).

In Hinblick auf die Kontrollfunktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin wurde in Ziffer 3.4 festgehalten, dass unter dem vorherrschenden Verständnis von Kontrolle keine begünstigenden Zusammenhänge zur Partizipation der betroffenen Person gefunden werden konnten. Relevant für diese Einschätzung ist, ob Kontrolle nur im Hinblick auf einen Schutzgedanken ausgeübt oder ob auch der Gedanke der Teilhabe miteinbezogen wird. Insbesondere die Kontrollfunktion verdeutlicht der Autorin dieser Arbeit, dass die Verfahrensbeistandschaft in der Praxis sowohl Instrument zur Förderung von Partizipation wie auch Instrument zum Schutz vor Selbstschädigung sein kann. Dieses Spannungsverhältnis ist jedoch dem Erwachsenenschutzrecht per se inhärent (siehe Ziff. 2.2.2). Mit Blick auf das Stufenmodell der Partizipation (siehe Abb. 1) kann insofern der Partizipation der betroffenen Person dennoch Rechnung getragen werden, in dem sie zumindest im Rahmen der rechtlichen Anhörung transparent über diese Funktion eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin informiert wird.

## 5.2 Fazit

Die Analyse der Verfahrensbeistandschaft gemäss Art. 449a ZGB hat ersichtlich gemacht, dass dieses gesetzliche Instrument an sich geeignet sein kann, die Partizipation der betroffenen Person zu stärken (siehe Kap. 3). Für die Praxis der Erwachsenenschutzverfahrens – und somit auch jener der Sozialen Arbeit – bedeutet dies, dass nicht primär gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um die Partizipation einer betroffenen Person zu stärken. Das Potenzial der Verfahrensbeistandschaft als gesetzliches Instrument zur Förderung der Partizipation Betroffener hängt viel mehr davon ab, wie die unterschiedlichen Funktionen eines Verfahrensbeistandes/einer Verfahrensbeiständin in der Praxis ausgelegt, beziehungsweise angewendet werden (siehe Ziff. 5.1). In Anbetracht dessen, dass die Schweiz die UN-BRK ratifiziert und somit den Paradigmenwechsels von der ersetzenden hin zur unterstützten Entscheidfindung akzeptiert hat, sollte gemäss hier vertretener Ansicht der Partizipationsgedanken bei Verfahrensbeistandschaft weitmöglichst vorrangig sein vor dem Schutzgedanken. Dies entspricht sodann dem Recht auf Selbstbestimmung gemäss Art. 388 Abs. 2 ZGB, welches als Leitprinzip des Erwachsenenschutzrechtes soweit wie möglich zu erhalten und zu fördern ist.

## 6 Literatur- und Quellenverzeichnis

- Affolter-Fringeli, Kurt & Vogel, Urs (2016). Kommentierung von Art. 314 ZGB. In Heinz Hausheer & Hans Peter Walter (Hrsg.), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB. Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB. Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB* (S. 627–684). Bern: Stämpfli.
- Aichele, Valentin & Degener, Theresia (2013). Frei und gleich im rechtlichen Handeln - Eine völkerrechtliche Einführung zu Artikel 12 UN-BRK. In Valentin Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention* (S. 35–67). Baden-Baden: Nomos.
- AvenirSocial (2010). *Berufskodex Soziale Arbeit Schweiz. Ein Argumentarium für die Praxis der Professionellen*. Bern: Autorin.
- Bieri, Peter (2014). *Wie wollen wir leben?* (3. Aufl.). Salzburg: Residenz.
- Brosey, Dagmar (2014). Der General Comment No. 1 zu Art. 12 der UN-BRK und die Umsetzung im deutschen Recht. *Betreuungsrechtliche Praxis* (5), 211–215.
- Bundesrat (2006). Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006. *Bundesblatt*, 7001–7138.
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
- Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 13 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3256) geändert worden ist
- Carigiet, Erwin, Mäder, Ueli & Bonvin, Jean-Michel (Hrsg.) (2003). *Wörterbuch der Sozialpolitik*. Zürich: Rotpunktverlag.
- Devi, Nandini, Bickenbach, Jerome & Stucki, Gerold (2011). Moving towards substituted or supported decision-making? Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Alter, European Journal of Disability Research*, 5, 249–264.
- Eidgenössisches Departement des Innern (ohne Datum). *Übereinkommen der UNO über die Rechte von Menschen mit Behinderungen*. Gefunden unter <https://www.edi.admin.ch/edi/de/home/fachstellen/ebgb/recht/international0/uebereinkommen-der-uno-ueber-die-rechte-von-menschen-mit-behinde.html##>
- El-Maawi, Rahel (2014). Selbstbestimmung durch Partizipation. Vom hierarchischen Mandatsverhältnis zur Koproduktion. *SozialAktuell* (1), 20–23.

- Fassbind, Patrick (2016). Kommentierung von Art. 449a ZGB. In Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz & Roland Fankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (3. Aufl., S. 884–886). Zürich: Orell Füssli.
- Fassbind, Patrick (2018). Verfahren vor der KESB. Von der Gefährdungsmeldung bis zur Vollstreckung. In Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis & Christoph Heck (Hrsg.), *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute* (2. Aufl., S. 99–195). Bern: Haupt.
- Fountoulakis, Christiana & Rosch, Daniel (2018). Kindes- und Erwachsenenschutz als Teil des schweizerischen Sozialrechts. In Daniel Rosch, Christiana Fountoulakis & Christoph Heck (Hrsg.), *Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute* (2. Aufl., S. 22–29). Bern: Haupt.
- Hausheer, Heinz & Aebi-Müller, Regina (2020). *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (5. Aufl.). Bern: Stämpfli.
- Honneth, Axel (1994). *Der Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Honneth, Axel (2003). Umverteilung als Anerkennung. Eine Erwiderung auf Nancy Fraser. In Nancy Fraser & Axel Honneth (Hrsg.), *Umverteilung oder Anerkennung? Eine politisch-philosophische Kontroverse* (S. 129–224). Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Knobloch, Clemens & Vogel, Friedemann (2015). Demokratie - zwischen Kampfbegriff und Nebelkerze. Was können Sprach-, Medien- und Kulturwissenschaften zur Demokratisierung von Gesellschaft beitragen? *Linguistik Online*, 73 (4), 3–25. Gefunden unter <http://dx.doi.org/10.13092/lo.73.2190##>
- Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (2020). KOKES-Statistik 2019. Anzahl Personen mit Schutzmassnahmen per 31.12.2019. *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz* (5), 438–447.
- Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR. 0.101)
- Lachwitz, Klaus (2013). Funktion und Anwendungsbereich der "Unterstützung" ("support") bei der Ausübung der Rechts- und Handlungsfähigkeit gemäss Artikel 12 UN-BRK - Anforderungen aus der Perspektive von Menschen mit geistiger Behinderung. In Valentin Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention* (S. 67–99). Baden-Baden: Nomos.
- Langenbach, Pascal (2017). Der Anhörungseffekt. Verfahrensfairness und Rechtsbefolgung im allgemeinen Verwaltungsverfahren. In Wolfgang Kahl, Jens-

- Peter Schneider & Ferdinand Wollenschläger (Hrsg.), *Beiträge zum Verwaltungsrecht* (Bd. 3). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lipp, Volker (2013). Erwachsenenschutz, gesetzliche Vertretung und Artikel 12 UN-BRK. In Valentin Aichele (Hrsg.), *Das Menschenrecht auf gleiche Anerkennung vor dem Recht. Artikel 12 der UN-Behindertenrechtskonvention* (S. 329–354). Baden-Baden: Nomos.
- Lüttringhaus, Maria (2000). *Stadtentwicklung und Partizipation. Fallstudien aus Essen Katernberg und der Dresdner Äusseren Neustadt*. Bonn: Stiftung Mitarbeit.
- Maranta, Luca (2019). Selbstbestimmung im Erwachsenenschutzverfahren. Die Unterstützung betroffener Personen bei der Partizipation im Verfahren durch Dritte, unter besonderer Berücksichtigung des FU-Verfahrens. *Die Praxis des Familienrechts* (2), 374–401.
- Maranta, Luca, Auer, Christoph & Marti, Michèle (2018). Kommentierung von Art. 449a ZGB. In Thomas Geiser & Christiana Fountoulakis (Hrsg.), *Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB* (6. Aufl., S. 2778–2789). Basel: Helbing Lichtenhahn.
- Parpan-Blaser, Anne, von Fellenberg, Monika, Girard, Simone, Lichtenauer, Annette & Antener, Gabriela (2018). Potenziale Leichter Sprache zur Partizipation Betroffener im Verfahren auf Anordnung einer erwachsenenschutzrechtlichen Massnahme. *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz* (4), 272–292.
- Riegler, Anna (2015). Partizipation ist ohne Anerkennung nicht denkbar. *soziales\_kapital*, 112–128. Gefunden unter <https://soziales-kapital.at/index.php/sozialeskapital/article/view/395/670##>
- Rosch, Daniel (2015). Die Selbstbestimmung im revidierten Erwachsenenschutzrecht. *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz* (3), 215–225.
- Rosch, Daniel (2017). *Die Begleitbeistandschaft. Unter Berücksichtigung der UN-Behindertenrechtskonvention* (Schriften zum Kindes- und Erwachsenenschutz, Bd. 1). Bern: hep.
- Rosch, Daniel (2018). Kommentierung von Art. 449a ZGB. In Andrea Büchler & Jakob Dominique (Hrsg.), *Kurzkomentar ZGB. Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Aufl. Basel: Helbing Lichtenhahn (S. 1360–1361)
- Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
- Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
- Steck, Daniel (2013). Kommentierung von Art. 449a ZGB. In Andrea Büchler, Christoph Häfeli, Audrey Leuba & Martin Stettler (Hrsg.), *Kommentare zum Familienrecht. Erwachsenenschutz* (S. 931–940). Bern: Stämpfli.

Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom  
13. Dezember 2006 (SR 0.109)

Wright, Michael, Block, Martina & Unger, Hella von (2007). Stufen der Partizipation in  
der Gesundheitsförderung. In Gesundheit Berlin (Hrsg.), *Dokumentation 13.*  
*bundesweiter Kongress Armut und Gesundheit* (S. 1–5). o.V.