

Journées d'étude des 1^{er} et 2 septembre 2022 à Fribourg
« 10 ans du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte »



Atelier 9

Dilemmes d'obligations – droit, clientèle, profession, économie

Claudio Domenig, prof. HES, Dr. iur., médiateur FSM, Executive MPA,
co-directeur du département Intervention sociale et professeur, BFH

Les membres des autorités ainsi que les curatrices et curateurs disposent d'une grande marge de manœuvre dans la mise en œuvre du droit de la protection de l'enfant et de l'adulte. Ce pouvoir d'appréciation leur permet de prendre les décisions adéquates au cas par cas. Simultanément, cette marge de manœuvre représente aussi une responsabilité particulière.

Différents éléments de référence permettent aux professionnels d'orienter leurs actions et de s'engager auprès des différentes instances : notamment l'Etat et les dispositions légales, la clientèle et ses besoins, ainsi que les valeurs et normes de leur propre profession. La dimension économique constitue un autre facteur d'influence : non seulement les acteurs privés en pleine concurrence, mais aussi les pouvoirs publics sont confrontés à des obligations financières et de performance ainsi qu'à un impératif d'efficacité.

Les différentes obligations génèrent des tensions et dilemmes chez les professionnels. Pour y faire face et réduire l'écart entre attentes et résultats, il convient d'adopter diverses stratégies d'adaptation. Les professionnels peuvent par exemple contourner les règles au profit de la clientèle ou au contraire suivre rigoureusement les directives ; ils peuvent prioriser certains clients ou standardiser leurs prestations au détriment de la qualité.

La prise de conscience des stratégies d'adaptation choisies ou envisagées sensibilise aux obligations existantes et ouvre la voie à d'autres possibilités d'action. Le tétralemme permet aussi de faire face aux dilemmes : le schéma en (quatre) positions met en exergue les champs de tension et permet de trouver de nouvelles perspectives et solutions dans le cadre d'un processus spécifique.

Durant cet atelier, nous réfléchirons aux champs de tension concrets et aux différentes possibilités de les surmonter.

*Les présentations et d'autres documents des journées seront disponibles
sur www.copma.ch → Actualités → « Journées d'étude 2022 ».*



Berner Fachhochschule
Haute école spécialisée bernoise
Bern University of Applied Sciences

In Spannungsfeldern von Verpflichtungen – Recht, Klientel, Profession, Ökonomie

Workshop 9

KOKES Fachtagung vom 1./2. September 2022, Freiburg

Claudio Domenig, Prof. FH, Dr. iur., Executive MPA

Berner Fachhochschule – Soziale Arbeit

claudio.domenig@bfh.ch

Inhaltsübersicht

- Theoretischer Zugang: *Street-Level Bureaucracy*
- Ermessen, Handlungsspielräume
- Verpflichtungen und Spannungsfelder
- Coping, Bewältigungsstrategien
- Das Spannungsverhältnis als Tetralemma
- Folgerungen, Diskussion

Theoretischer Zugang: *Street-Level Bureaucracy*

- Theorie der *Street-Level Bureaucracy* von Lipsky (1980 / 2010) und darauf aufbauende Modelle
- Prämisse: Umsetzungsakteure an der «Basis» haben wesentlichen Einfluss auf die Konkretisierung einer Politik
- Analyse der Ziele, Aktivitäten und Strategien dieser Akteure dient zum (besseren) Verständnis der Umsetzung einer Politik
- Zentrale konzeptionelle Elemente:
 - Ermessen / Handlungsspielräume
 - Verpflichtungen / Rechenschaft
 - Coping / Bewältigungsstrategien

Ermessen, Handlungsspielräume

- Verwaltungsakteure an der Basis verfügen über erhebliches Ermessen bzw. Handlungsspielräume in der Umsetzung politischer Vorgaben
- Ermessen ist *problematisch* aus einer *Top-down*-Perspektive:
Die demokratische Legitimität einer Regelung wird untergraben, wenn Umsetzungsakteure ihre eigenen Ziele verfolgen und damit die wirksame Umsetzung der offiziellen Ziele beeinträchtigen



- Ermessen ist *notwendig* aus einer *Bottom-Up*-Perspektive:
Handlungsspielräume sind unumgänglich, um allgemeine Normen im Einzelfall sachgerecht und wirksam anzuwenden, d.h. sie auf die spezifischen Situationen und Bedürfnisse der Klientel abzustimmen

Ermessen: Rechtliche Wertung

- Bundesgerichtliche Rechtsprechung: «Basisnahe» Entscheidungsinstanz, welche die Parteien und die Situation am besten kennt, wird vielfach auf ihr Ermessen verwiesen
- Einschreiten der Rechtsmittelinstanz, wenn die Vorinstanz
 - grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgewichen ist,
 - Tatsachen berücksichtigt hat, die keine Rolle hätten spielen dürfen, oder umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die zwingend hätten beachtet werden müssen,
 - den Ermessensspielraum über- oder unterschritten oder das Ermessen missbraucht hat und damit zu einem offensichtlich unbilligen, in stossender Weise ungerechten Ergebnis gelangt ist.

(BGE 143 III 140 E. 4.1.3)

Handlungsspielräume im KES: Beispiele

- Bsp. Kinderschutz: Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge, «wenn dies zur Wahrung des Kindeswohls *nötig* ist» (Art. 298 Abs. 1 ZGB)
- Bsp. Erwachsenenschutz: Die Beistandsperson «erfüllt die Aufgaben im Interesse der betroffenen Person (und) nimmt, *soweit tunlich*, auf deren Meinung Rücksicht (...)» (Art. 406 Abs. 1 ZGB)
- Bsp. Organisation: «Sie [die KESB] fällt ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern. Die Kantone können *für bestimmte Geschäfte* Ausnahmen vorsehen.» (Art. 440 Abs. 2 ZGB)
- Bsp. Verfahren: «Die betroffene Person wird persönlich angehört, soweit dies nicht als *unverhältnismässig* erscheint.» (Art. 447 Abs. 1 ZGB)

Annahmen und Zwischenfazit: Ermessen und Handlungsspielräume im KES

- Zahlreiche unbestimmte Gesetzesbegriffe; Auslegung wurde durch Lehre und Rechtsprechung in letzten 10 Jahren zunehmend konkretisiert
- KES-Recht bietet Fachpersonen (weiterhin) grosse Handlungsspielräume; unterschiedliche professionelle Wahrnehmung des Rahmens? Herausforderung (und Chance) für Interdisziplinarität?
- Ermessen ist notwendig für sachgerechte Entscheidung im Einzelfall, und zugleich anfällig auf sachfremde Einflussfaktoren
- Ausübung des Ermessens orientiert sich nicht nur am «richtigen» Vorgehen im Einzelfall, sondern an weiteren handlungsleitenden Aspekten – die möglichst bewusst und explizit zu machen sind

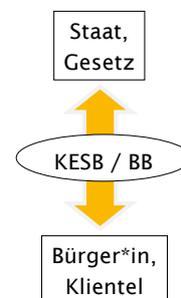
Verpflichtungen und Spannungsfelder (I)

- Umsetzungsakteure können sich bei der Ausübung ihres Ermessens an unterschiedlichen Referenzsystemen ausrichten und sich gegenüber verschiedenen Instanzen verpflichtet fühlen
- Primäres Spannungsfeld: Staat / Norm vs. Bürger*in / Klientel

- Umsetzungsakteure als «Staatsvertreter»:
Orientierung an rechtlichen Normen /
Vorschriften / hierarchischer Autorität

- Umsetzungsakteure als «Bürgervertreter»:
Ausrichtung auf individuelle Klientel
und deren Umstände

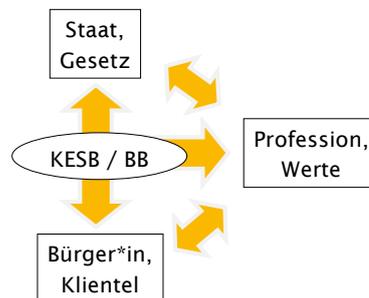
(Maynard-Moody & Musheno, 2000, S. 329 f.)



Verpflichtungen und Spannungsfelder (II)

- Umsetzungsakteure erfahren nebst der vertikalen Dimension (staatliche Normen vs. Klientel) auch auf einer horizontalen Ebene Verpflichtungen gegenüber hierarchisch gleichgestellten Instanzen
- Professionelle Werte und Haltungen, Beziehungen zu Kolleg*innen inner- oder ausserhalb der eigenen Organisation als verpflichtende, verhaltensbeeinflussende Elemente

(Hupe & Hill, 2007, S. 285)

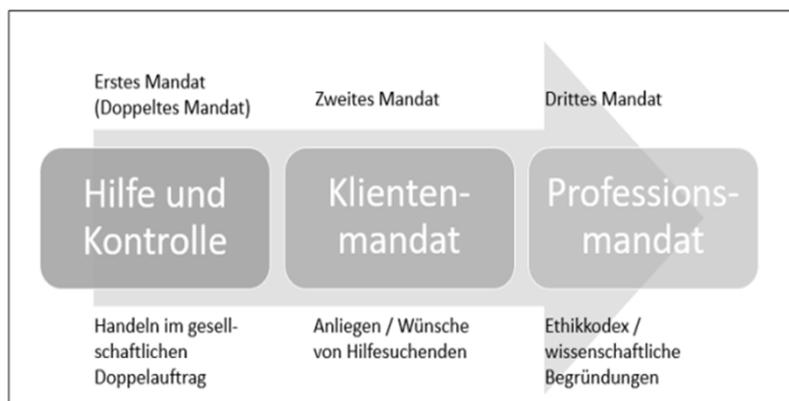


Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

9

Exkurs: Das Tripelmandat in der Sozialen Arbeit

(nach Silvia Staub-Bernasconi)



(Abplanalp et al., 2020, S. 57)

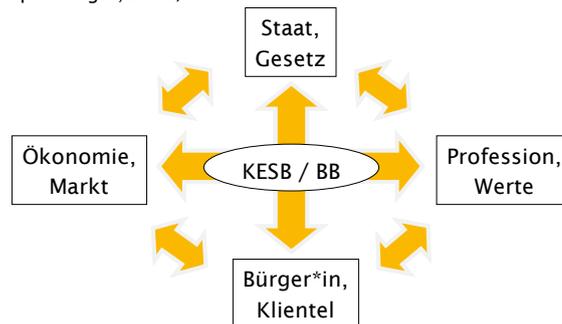
Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

10

Verpflichtungen und Spannungsfelder (III)

- Umsetzungsakteure erfahren auch in einer ökonomischen Dimension Verpflichtungen, etwa durch Finanz- und Leistungsvorgaben
- Besonders ausgeprägt ist dies bei den Marktmechanismen ausgesetzten, wettbewerbsorientierten privaten Akteuren

(Thomann, Hupe & Sager, 2018)



Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

11

Übersicht: Referenzsysteme und Verpflichtungen

Referenzsystem:	Staat	Klientel	Profession	Ökonomie / Markt
Form der Verpflichtung:	politisch-administrativ	partizipativ	berufsbezogen	effizienz-, kunden- und eignerorientiert
Handlungsvorgaben:	formelle Regeln (Rechtsnormen) Admin. Vorgaben Leitentscheide	Bedürfnisse der Klientel	professionelle Werte, Normen, Haltungen	Kostenminimierung Gewinnmaximierung Kundenzufriedenheit
Massgebende Instanzen:	Gesetzgeber Aufsichtsbehörde Oberinstanz	Klientel Bürger Gemeinwesen	Fachverband Berufskollegen Mitarbeitende	Geldgeber Kunden, Eigner, Leistungsbesteller

(eigene Darstellung, angelehnt an Hupe und Hill, 2007, S. 289, sowie Thomann et al., 2018, S. 302)

Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

12

Annahmen und Zwischenfazit: Verpflichtungen und Spannungsfelder im KES

- «Im Spannungsfeld zwischen den Erwartungen der betreuten Person, den Angehörigen, der Gesellschaft, den Zusammenarbeitspartnern und eigenen Ansprüchen haben sich die Fachpersonen im Kindes- und Erwachsenenschutz auf die Interessen der betreuten Person zu konzentrieren.» (Vorwort zur KOKES Tagung 2022)
- Fokus auf Interessen der betroffenen Person ist «gesetzt» - konsequent? Wie stark ist die Praxis (weiterhin) darauf ausgerichtet, dass sich die Klientel den Schemata und Kategorien des Hilfesystems anpasst, statt dass sich umgekehrt das System dem Bedarf der Klientel adaptiert?
- Fachliche Diskussion fokussiert auf inhaltliche Spannungsfelder, z.B. zwischen Schutz und Selbstbestimmung, oder zwischen Kinder- und Elternrechten; Kontextfaktoren werden noch wenig thematisiert

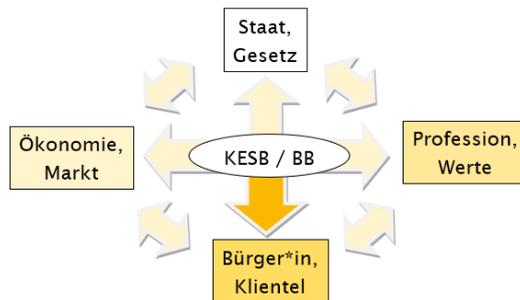
Coping, Bewältigungsstrategien

- Umgang mit aus diversen Anforderungen hervorgehenden Dilemmata
- Versuch, unter schwierigen Bedingungen (namentlich unzureichenden Ressourcen) dennoch gute Arbeit zu leisten und die Lücken zwischen Erwartungen und Ergebnissen zu verringern
- Systematisierung der Bewältigungsformen: 3 Coping-Kategorien mit jeweils verschiedenen Coping-Formen
 - «Sich zur Klientel hinbewegen»
 - «Sich von der Klientel wegbewegen»
 - «Sich gegen die Klientel wenden»

(Tummers et al., 2015, S. 1103 f.)

Coping-Strategien (I): «Sich zur Klientel hinbewegen»

- Regeln biegen / Regeln brechen zugunsten Klientel
- Priorisierung von Klientel (insb. bei kooperationsbereiter und «erfolgsversprechender» Klientel)
- Einsatz persönlicher Ressourcen zugunsten Klientel (Bsp. Überzeit)

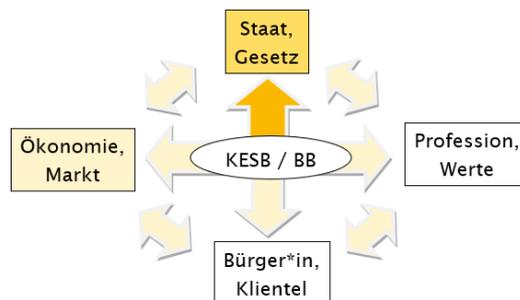


Berner Fachhochschule

15

Coping-Strategien (II): «Sich von der Klientel wegbewegen»

- Routinisieren und Standardisieren (unter Abstrichen bei der Leistungsqualität)
- Rationieren von Leistungen (Einschränkung bzw. Erschwerung des Leistungszugangs)

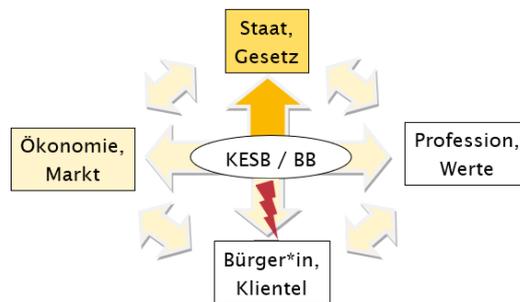


Berner Fachhochschule

16

Coping-Strategien (III): «Sich gegen die Klientel wenden»

- rigide Regelbefolgung (zwecks Sanktionierung, zur Kontrolle der Klientel, zur Effizienzsteigerung)
- Aggression gegenüber Klientel (als relationale Reaktion oder als Abbau von Stress und Frustration anderweitigen Ursprungs)



Berner Fachhochschule

17

Annahmen und Zwischenfazit: Coping-Strategien im KES

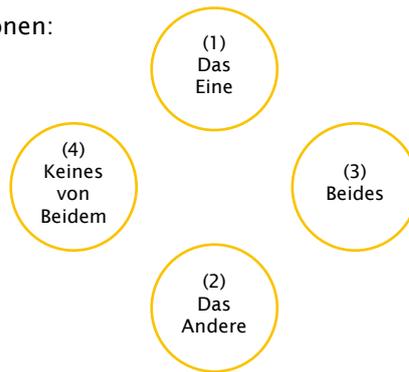
- Im Sozialbereich tätige Akteure neigen (besonders) häufig zur Strategie «Sich zur Klientel hinbewegen»; sie sehen sich primär der Klientel gegenüber verpflichtet und orientieren sich an deren Bedürfnissen, um Hilfe zu leisten (Tummers et al., 2015, S. 1108; Sager et al., 2020, S. 9)
- Motivation und professionelles Selbstverständnis stehen oft in Kontrast zu verfügbaren Ressourcen; Auswirkungen auf Qualitätsverständnis
- Ökonomische Anforderungen wirken implizit oder explizit auf die verschiedenen Bewältigungsstrategien ein
- Bewusstmachung der gewählten bzw. intendierten Coping-Strategien sensibilisiert für die bestehenden Verpflichtungselemente und öffnet den Blick für alternative Handlungsmöglichkeiten

Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

18

Exkurs: Das Spannungsverhältnis als Tetralemma

- Ursprung: Struktur aus der traditionellen indischen Logik zur Kategorisierung von Haltungen und Standpunkten
- vielseitig einsetzbares Erkenntnis- und Entwicklungsinstrument im Umgang mit Dilemmata
- Schema mit 4 Positionen:



Die 4 Positionen / Perspektiven im Tetralemma

- 1. Position („Das Eine“): Rechtliche / behördliche Vorgaben
- 2. Position („Das Andere“): Bedürfnisse der Klientel
- 3. Position (Beides): Professionelles Handeln als Vereinigung der Gegensätze („Das Eine“ und „Das Andere“) auf Basis einer Verbindung; allenfalls auch weiterhin mit Elementen der Trennung
- 4. Position („Keines von Beidem“): Ökonomie als übersehener Kontext; Frage, in welchem Kontext ein Dilemma bzw. eine Fragestellung überhaupt Sinn macht.

(Varga von Kibéd & Sparrer, 2014, S. 78 f.)

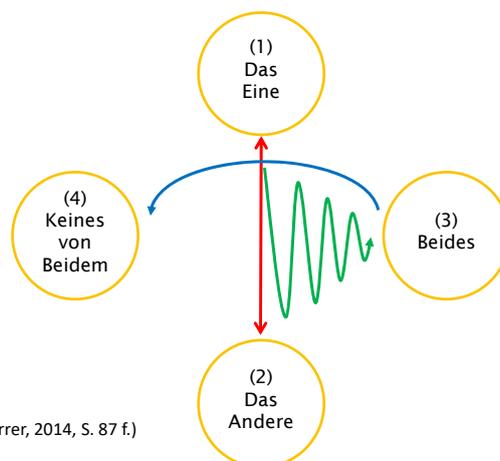
Die 5. (Nicht-) Position: Negation des Tetralemmas

- Kritik des Tetralemmas: verfehltter Versuch, letzte Standpunkte einzunehmen
- 5. Position bzw. 'Nichtposition': „All dies nicht – und selbst das nicht!“
 - „All dies nicht“ : keine der ersten vier Positionen stellt einen alle Aspekte des Problems umfassenden Standpunkt dar.
 - „und selbst das nicht“: auch die fünfte 'Position' ist kein endgültiger Standpunkt. Sie bezieht sich auch auf sich selbst und hebt sich selbst auf.
 - Prinzip der reflexiven Musterunterbrechung (Qualitäten: Humor, Weisheit, Mitgefühl, ...)

(Varga von Kibéd & Sparrer, 2014, S. 90 f.)

Das Tetralemma als Prozessschema (I)

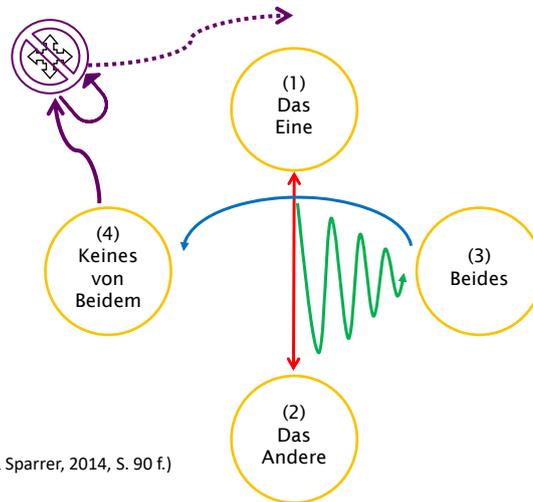
vom „entweder – oder“ zum „sowohl – als auch“ zum „weder – noch“ ...



(Varga von Kibéd & Sparrer, 2014, S. 87 f.)

Das Tetralemma als Prozessschema (II)

... zum „all dies nicht – und selbst das nicht!“ (und zu einer neuen 1.)



(Varga von Kibéd & Sparrer, 2014, S. 90 f.)

Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

23

Literatur

- Abplanalp, E., Cruceli, S., Disler, S., Pulver, C. & Zwilling, M. (2020). *Beraten in der Sozialen Arbeit. Eine Verortung zentraler Beratungsanforderungen*. Bern: Haupt.
- Lipsky, M. (1980 / 2010). *Street-level bureaucracy. Dilemmas of the individual in public service*. 30th Anniversary Expanded Edition. New York, NY: Russell Stage Foundation.
- Hupe, P. & Hill, M. (2007). Street-level bureaucracy and public accountability. *Public Administration* 85 (2): 85-102.
- Maynard-Moody, S. & Musheno, M. (2000). State agent or citizen agent: Two narratives of discretion. *Journal of Public Administration Research and Theory* 10: 329-358.
- Sager, F.; Thomann, E. & Hupe, P. (2020). Accountability of Public Servants at the Street Level. In H. Sullivan, H. Dickinson & H. Henderson (Hrsg.), *The Palgrave Handbook of the Public Servant*. Cham: Springer International Publishing, S. 1-17.
- Staub-Bernasconi, S. (2018). *Soziale Arbeit als Handlungswissenschaft. Soziale Arbeit auf dem Weg zu kritischer Professionalität* (2. A.). Opladen, Toronto, Leverkusen: Barbara Budrich.
- Tummers, L., Bekkers, V., Vink, E. & Musheno, M. (2015). Coping during public service delivery: A conceptualization and systematic review of the literature. *Journal of Public Administration Research and Theory* 25 (4): 1099-1126.
- Thomann, E., Hupe, P. & Sager, F. (2018). Serving many masters: Public accountability in private policy implementation. *Governance* 31 (2): 299-319.
- Varga von Kibéd, M. & Sparrer, I. (2014). *Ganz im Gegenteil. Tetralemmaarbeit und andere Grundformen Systemischer Strukturaufstellungen*. Carl Auer Verlag.

Berner Fachhochschule | Soziale Arbeit

24