

Bericht zur Grundsatzfrage der staatsrechtlichen Eingliederung der künftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Kanton Zürich gemäss neuem Erwachsenenschutzrecht (Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutzrecht, Personenrecht und Kindesrecht])

(von alt Oberrichter Dr. Daniel Steck, Greifensee)

Inhaltsverzeichnis

Fragestellung	S. 4
Management Summary	S. 6-8
Allgemeiner Teil	
A. Inhalt und Tragweite der Reform des Vormundschaftsrechts	S. 9
I. Einleitung	S. 9
II. Überblick über die Zuständigkeiten und Aufgaben der künftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Vergleich mit denen der vormundschaftlichen Behörden im geltenden Recht	S. 12
III. Überblick über die Regelung der Aufsicht: Vergleich des geltenden Rechts mit dem künftigen Recht	S. 15
B. Die bundesrechtlichen Anforderungen an die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und an die Beschwerdeinstanzen	S. 18
I. Allgemeines	S. 18
II. Die Fachbehörde im Sinne von Art. 440 E-ZGB	S. 19
III. Aufsichtsbehörde (Art. 441 Abs. 1 E-ZGB)	S. 28
C. Theoretische Möglichkeiten von Organisationsmodellen für die KESB, bezogen auf die Verhältnisse im Kanton Zürich	S. 29
I. KESB als Gerichtsbehörde	S. 29
II. KESB als Verwaltungsbehörde	S. 30
D. Grundsätzliche Überlegungen zur Frage der Behördenorganisation im Kanton Zürich	S. 31
I. Die künftige KESB: Gericht oder Verwaltungsbehörde?	S. 32
II. Beschwerdeinstanz und Aufsichtsbehörde	S. 34

III. Zusammenfassung	S. 39
Besonderer Teil	S. 39
Stellungnahme zu den in der Auftragsumschreibung aufgeworfenen Fragen	
Zu Frage 1.	
1.1	S. 39
1.2	S. 40
1.3	S. 41
Zu Frage 2.	
2.1	S. 43
2.2	S. 46
2.3	S. 47
Zu Frage 3.	
3.1	S. 48
3.2	S. 58
Zu Frage 4.	S. 62

Fragestellung

1. Kantonale Behördenorganisation im Lichte des neuen Bundesrechts

- 1.1 Welche Anforderungen stellt das neue Bundesrecht ganz generell an die kantonale Behördenorganisation?
- 1.2 Welche Aussagen können hinsichtlich der Minimalanforderungen des neuen Bundesrechts an die kantonale Behördenorganisation gemacht werden?
- 1.3 Welche kantonale Behördenorganisation entspricht aus Ihrer Sicht am besten der Zielsetzung bzw. der Stossrichtung der Revision des Vormundschaftsrechts?

2. Anforderungen an die KESB im Einzelnen

- 2.1 Welche Anforderungen ergeben sich aus dem neuen Bundesrecht an die KESB hinsichtlich:
 - Fachlichkeit der Mitglieder
 - Zusammensetzung der Behörde (Interdisziplinarität, Professionalität, Kollegial-/Einzelzuständigkeit, feste oder volatile Spruchkörper)
 - Grösse des Einzugs- bzw. Zuständigkeitsgebietes
- 2.2 Welche Minimalanforderungen bezüglich dieser Punkte müssen erfüllt sein, damit die KESB bundesrechtskonform ist?
- 2.3 Wie sollte die KESB bezüglich dieser Punkte vor dem Hintergrund Ihrer Schlussfolgerungen gemäss Ziffer 1.3 hievore aus Ihrer Sicht ausgestaltet sein?

3. Eingliederung der KESB in die staatsrechtliche Struktur

- 3.1 Welches sind die Vor- und Nachteile der Eingliederung der KESB auf
 - regionaler Ebene (d. h. kommunale Trägerschaft => z. B. Sitzgemeindemodell analog Betreibungs- und Zivilstandswesen oder Zweckverband),
 - kantonaler Ebene sowie auf
 - grundsätzlich kantonaler Ebene, mit einer Ansiedlung der KESB in den Städten Winterthur und Zürich auf kommunaler Ebene.

Die Prüfung soll insbesondere anhand folgender Kriterien vorgenommen werden:

- materielle Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben,
- effiziente, schlanke Strukturen und Abläufe,
- Zeitbedarf,
- politische Akzeptanz,
- finanzielle Auswirkungen.

3.2 Auf welcher staatsrechtlichen Ebene sollte vor dem Hintergrund Ihrer Schlussfolgerungen gemäss Ziffern 1.3 und 2.3 hievor die KESB aus Ihrer Sicht eingegliedert werden?

4. Weitere Bemerkungen

Haben Sie aus Ihrer Sicht weitere sachdienliche Bemerkungen anzubringen?

Management Summary

1. Im neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, das das geltende Vormundschaftsrecht ablösen soll, wird einerseits die Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend KESB) im Vergleich zur Zuständigkeit der bisherigen vormundschaftlichen Behörden **vereinheitlicht**, andererseits werden die Aufgaben **erheblich erweitert** (Bericht S. 12-18). Für sämtliche Aufgaben ist einheitlich die KESB erstinstanzlich zuständig (Bericht S. 13). Dadurch wird die **Rechtsanwendung** insgesamt wesentlich anspruchsvoller. Um diesem Umstand Rechnung zu tragen und die Verwirklichung des neuen materiellen Bundesrechts zu gewährleisten, schränkt das Bundesrecht in der Revisionsvorlage die grundsätzlich von Verfassungen wegen den Kantonen zustehende Kompetenz zur Behördenorganisation ein.

2.a) Nach Art. 440 E-ZGB besteht zwischen der Erwachsenenschutzbehörde und der Kinderschutzbehörde **Personalunion** (Abs. 3). Das Bundesrecht schreibt vor, dass die an sich von den Kantonen zu bestimmende KESB eine **Fachbehörde** sein muss, die ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern fällt, wobei das kantonale Recht Ausnahmen vorsehen kann. Die Kantone sind frei, die KESB als **Gericht oder als Verwaltungsbehörde** vorzusehen (Bericht S. 19, 32, 39).

b) In den parlamentarischen Beratungen hat sich gezeigt, dass über die Frage, wie weit die Organisationsfreiheit der Kantone durch das Bundesrecht eingeschränkt werden soll, unterschiedliche Auffassungen bestehen. Im Nationalrat wurde jedoch ein Minderheitsantrag, der darauf abzielte die Behördenorganisation vollständig den Kantonen zu überlassen, mit grossem Mehr abgelehnt. Mehrheitlich wird in beiden Kammern die Notwendigkeit anerkannt, dass die KESB eine Fachbehörde sein soll, die **professionell arbeitet und interdisziplinär zusammengesetzt ist**. Darüber hinaus ist jedoch der im Gesetzesentwurf verwendete Begriff der Fachbehörde **auslegungsbedürftig** (Bericht S. 19 ff., 22 f., 27 f.).

c) Als wichtige Hilfe zur **Konkretisierung** der Grundsätze der Professionalität und der Interdisziplinarität bei der kantonalrechtlichen Umsetzung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Fachbehörde erweisen sich die Analyse und die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK), publiziert in der Zeitschrift für Vormundschaftswesen 2008, 63 ff. (Bericht S. 23-28). Es handelt sich dabei nicht um eine Umschreibung der bundesrechtlichen Minimalanforderungen. Vielmehr will die Studie ermöglichen, aus den gewonnenen Erkenntnissen die „nötigen politischen Schlüsse zu ziehen und die den regionalen und kantonalen Gegebenheiten am besten Rechnung tragenden Lösungen zu realisieren“ (ZVW 2008, 66 f.).

d) Kurz zusammengefasst kann eine im Sinne der **ratio legis** ausgestaltete Fachbehörde wie folgt charakterisiert werden: Ihre Mitglieder sind Fachleute mit entsprechender beruflicher Ausbildung und Praxis, die grundsätzlich hauptberuflich tätig sind. Die Kernkompetenzen (Recht, Sozialarbeit und Pädagogik/Psychologie) sind in der Behörde, d.h. im Spruchkörper, der im Einzelfall entscheidet, selber vertreten. Weitere fachliche Kompetenzen, die nicht zwingend im Spruchkörper selber vorhanden sein müssen (sog. Unterstützungsbedarf und delegierbare Kompetenzen, z.B. hinsichtlich von besonderen Kenntnissen in Medizin, Vermögensverwaltung etc.), müssen behördeintern oder auch extern abgerufen werden können. Der Spruchkörper soll in konstanter Besetzung tagen, möglichst oft im Einsatz sein und dadurch eine kohärente Praxis entwickeln können (Bericht S. 44-46). Ein Milizsystem, wie es heute noch verbreitet ist, dürfte meines Erachtens nicht mehr möglich sein (Bericht S. 44 f.).

3. a) Nach Art. 441 Abs. 1 E-ZGB bestimmen die Kantone die **Aufsichtsbehörden**. Sie können die **allgemeine Aufsicht** (d.h. die administrative Aufsicht im Gegensatz zur gerichtlichen Beschwerdemöglichkeit gegen Entscheide der KESB) einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde übertragen (Bericht S. 16 f. und 28 f.).

b) Das Bundesrecht schreibt in Art. 450 E-ZGB zwingend vor, dass gegen Entscheide der KESB beim zuständigen **Gericht**, das vom kantonalen Recht zu bestimmen ist, **Beschwerde** erhoben werden kann. Das Bundesrecht verlangt nur eine kantonale gerichtliche Instanz, lässt aber den Kantonen die Freiheit, für das Beschwerdeverfahren auch zwei kantonale Gerichtsinstanzen vorzusehen. Sofern das kantonale Recht sich mit einer einzigen gerichtlichen Beschwerdeinstanz begnügt, was insbesondere dadurch zu rechtfertigen ist, dass die erste Instanz eine Fachbehörde ist und dass personen- und lebensbezogene Rechtsfragen rasch einer endgültigen Entscheidung zuzuführen sind, muss es sich dabei von Bundesrechts wegen nach Art. 75 BGG um ein **oberes kantonales Gericht** handeln, weil Entscheide der KESB nach Art. 72 Abs. 2 Ziff. 5-7 BGG der Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht unterliegen. Das Bundesrecht schliesst die Möglichkeit aus, dass der Entscheid der KESB zunächst an eine Verwaltungsbehörde weitergezogen wird und erst deren Rechtsmittelentscheid beim kantonalen Gericht nach Art. 450 E-ZGB angefochten werden kann. Wenn aber diese Verwaltungsbehörde mit Gerichtsqualität ausgestaltet ist (Gericht im materiellen Sinne, das den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt), ist sie als erste Beschwerdeinstanz zulässig (Bericht S. 17 f. und 28 f.).

4. Das Bundesrecht erachtet ein **einstufiges gerichtliches Beschwerdeverfahren** gegen Entscheide der KESB, einer Fachbehörde, **als hinreichend**. Um im Kanton Zürich ein effizientes und schlankes Verfahren zu realisieren, sollte davon abgesehen werden, zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorzusehen. Ob das möglich ist, hängt indessen aus Gründen des kantonalen Verfassungsrechts von der Wahl des Modells der KESB ab. Für den Kanton Zürich sind verschiedene Möglichkeiten zu prüfen:

a) In Frage kommt einerseits ein **Gerichtsmodell** entweder in der Form des **Familiengerichts** (ein in das Bezirksgericht integriertes oder angegliedertes Gericht, das erstinstanzlich grundsätzlich für alle familienrechtlichen Belange sachlich zuständig ist) oder andererseits ein **Spezialgericht** („Vormundschaftsgericht“, das an Stelle der heutigen Vormundschaftsbehörde für die Belange des Kindes- und Erwachsenenschutzes sachlich zuständig ist, soweit diese nicht Eheverfahren betreffen, die wie bisher in die Zivilgerichtsbarkeit fallen und künftig in der schweizerischen ZPO geregelt werden, wofür in erster Instanz die Bezirksgerichte, bzw. das Einzelgericht sachlich zuständig sind). Im Wesentlichen gleichbedeutend mit dem Spezialgericht ist die Variante, wonach die **KESB als Verwaltungsbehörde** konzipiert ist, sofern dieser **Gerichtsqualität** zukommt. Mit diesen drei Modellen, die eine **Kantonalisierung der Behördenorganisation** voraussetzen, ist die Eingliederung KESB im kantonalen Staatsrecht sowohl mit dem Bundesrecht (Art. 450 E-ZGB) als auch mit dem kantonalen Verfassungsrecht (Art. 76 KV) im Einklang. Bezüglich der Grösse des Einzugsgebiets, die für die Gewährleistung der Professionalität bedeutsam ist (Bericht S. 26 f., 42, 46), kann an die kantonale Bezirksorganisation angeknüpft werden (Bericht S. 31 ff., 40 ff., 49 - 53).

b) In Frage kommt auch das Modell der KESB als eine **reine Verwaltungsbehörde** (ohne Gerichtsqualität), sei es als kantonale Behörde in Anlehnung an die Bezirksorganisation oder als solche mit der Bildung von separaten Kreisen, oder aber als **überkommunale Organisation** entweder in der Form des **Sitzgemeindemodells** (Bericht S. 53 ff.) oder

allenfalls auch des Zweckverbands (Bericht S. 55, wo diese Variante nicht weiter diskutiert wird).

aa) Das Modell der **kantonalen reinen Verwaltungsbehörde** ist bei einer einstufigen gerichtlichen Beschwerdemöglichkeit nur realisierbar, wenn entweder von der Ausnahmebestimmung von Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KV Gebrauch gemacht wird oder Art. 76 KV revidiert wird, was anscheinend im Zusammenhang mit der Reform der Gerichtsorganisation geplant ist. Theoretisch möglich, aber kaum praktikabel, wäre ein zweistufiges gerichtliches Beschwerdeverfahren, weil dann der Entscheid der KESB bei einem erstinstanzlichen Gericht (wohl Bezirksgericht) angefochten werden müsste (Bericht S. 53 f.). Der **Bezirksrat** kann deshalb ohne entsprechende Gesetzesrevision weder als KESB noch - bei einem zweistufigen Beschwerdeverfahren - als erste Beschwerdeinstanz eingesetzt werden (Bericht S. 51 f.).

bb) Das **Sitzgemeindemodell** dürfte wohl am ehesten den Vorstellungen der politischen Gemeinden entsprechen. Es ist realisierbar, wenn zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorgesehen werden, was jedoch unnötig und aufwändig wäre. Wenn hingegen das kantonale Verfassungsrecht eine einstufige gerichtliche Beschwerdemöglichkeit grundsätzlich zuliesse, käme eine solche Regelung (direkte Anfechtung einer kommunalen Entscheidung beim Obergericht) wohl nicht in Frage. Zudem dürfte es in vielen Fällen nicht einfach sein, mit dem System von Anschlussverträgen diejenige Grösse der Kreise zu erreichen, die nach der Analyse der VBK für die Gewährleistung der Professionalität erforderlich ist (mindestens 50'000 Einwohnerinnen und Einwohner oder ca. 1000 laufende und jährlich 250 neu angeordnete Massnahmen; Bericht S. 46).

c) Das **bisherige System** der rein kommunalen Behörden vermöchte die bundesrechtlichen Anforderungen an eine Fachbehörde nur im Falle der Städte Winterthur und Zürich zu erfüllen, im übrigen Kantonsgebiet jedoch nicht, solange an der vorerwähnten Grösse des Einzugsgebiets festgehalten und ein einheitlicher Lösungsansatz für das ganze Kantonsgebiet angestrebt wird (Bericht S. 43, 48). Eine Ausnahmeregelung wäre jedoch für die Stadt Zürich, deren Gebiet mit dem des Bezirks deckungsgleich ist, unter dem Gesichtspunkt von Art. 97 Abs. 2 KV zu prüfen (Bericht S. 50).

d) Eine **Kantonalisierung** ist zu favorisieren. Dafür spricht u.a. auch der Umstand, dass nach Art. 454 E-ZGB unabhängig von der Organisationsform der KESB eine Kausalhaftung besteht und Träger der Verantwortung ausschliesslich und direkt der Kanton ist (Bericht S. 58 f.). Ein Gerichtsmodell ermöglicht eine effiziente und schlanke Organisation. Prüfwert ist die Variante des Familiengerichts als einer zukunftsgerichteten Lösung (Bericht S. 50 f.). Die KESB als kantonale reine Verwaltungsbehörde hingegen ist bei einstufiger gerichtlicher Beschwerdemöglichkeit nur umsetzbar, wenn die Kantonsverfassung entsprechend angepasst wird. Bei der fürsorgerischen Unterbringung (Fälle von Art. 439 E-ZGB) ergäben sich Komplikationen (Bericht S. 53 f.).

5. Eine Regionalisierung oder Kantonalisierung bedeutet bei richtiger Betrachtungsweise **keinen Einbruch in die Gemeindeautonomie** (Bericht S. 60 f.). Da die KESB den Untersuchungsgrundsatz zu beachten, den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen hat (Art. 446 E-ZGB) und insbesondere auch einschreiten muss, wenn keine betroffene oder beteiligte Person ein förmliches Verfahren angehoben hat, ist es notwendig und zweckmässig, die Gemeinden durch gesetzliche Bestimmungen in die Kooperation zur Abklärung der Verhältnisse einzubinden und damit auch politisch abgesicherte „örtliche Antennen“ zu schaffen (Bericht S. 60 f.).

Allgemeiner Teil

A. Inhalt und Tragweite der Reform des Vormundschaftsrechts

I. Einleitung

1. Die für die Fragestellung massgebenden Bestimmungen des Gesetzesentwurfs (E-ZGB)

Ausgangspunkt ist der bundesrätliche Entwurf gemäss Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht] vom 28. Juni 2006, 06.063, Bundesblatt 2006, 7001 ff. [nachfolgend zit. Botschaft], unter Berücksichtigung der bisher vom Ständerat und Nationalrat beschlossenen Änderungen:

Zwölfter Titel: Organisation
Erster Abschnitt: Behörden und örtliche
Zuständigkeit

Art. 440 E-ZGB
 (Randtitel: A. Erwachsenenschutzbehörde)

¹*Die Erwachsenenschutzbehörde ist eine Fachbehörde. Sie wird von den Kantonen bestimmt.*

²*Sie fällt ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern. Die Kantone können für bestimmte Geschäfte Ausnahmen vorsehen.*

³*Sie hat auch die Aufgaben der Kinderschutzbehörde.*

Art. 441 E-ZGB
 (Randtitel: B. Aufsichtsbehörde)

¹*Die Kantone bestimmen die Aufsichtsbehörden.*

²*Der Bundesrat kann Bestimmungen über die Aufsicht erlassen.*

.....

Zweiter Abschnitt: Verfahren
Erster Unterabschnitt:
Vor der Erwachsenenschutzbehörde

.....

Zweiter Unterabschnitt:
Vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz

Art. 450 E-ZGB

(Randtitel: A. Beschwerdeobjekt und Beschwerdebefugnis)

¹*Gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde kann Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden.*²*Zur Beschwerde befugt sind:*

1. *die am Verfahren beteiligten Personen;*
2. *die der betroffenen Person nahe stehenden Personen;*
3. *Personen, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids haben.*

³*Die Beschwerde ist beim Gericht schriftlich und begründet einzureichen.***Art. 450a E-ZGB**

(Randtitel: B. Beschwerdegründe)

¹*Mit der Beschwerde kann gerügt werden:*

1. *Rechtsverletzung;*
2. *unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts;*
3. *Unangemessenheit.*

²*Ferner kann wegen Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung Beschwerde geführt werden.*

.....

Dritter Unterabschnitt: Gemeinsame Bestimmung**Art. 450f E-ZGB**

(kein Randtitel)

*Im Übrigen sind die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss anwendbar, soweit die Kantone nichts anderes bestimmen.***2. Überblick über die Entstehungsgeschichte**

a) Die drei Experten Prof. Bernhard Schnyder, Prof. Martin Stettler und lic.iur. Christoph Häfeli (Rektor HSA Luzern) wurden 1993 vom Bundesamt für Justiz mit der Ausarbeitung eines Grundlagenberichts beauftragt. Dieser wurde 1995 öffentlich vorgestellt und diskutiert. 1996 wurden die drei Experten mit der Ausarbeitung eines ersten Vorentwurfs betraut, welcher 1998 mit Erläuterungen von Bernhard Schnyder abgeliefert wurde. In der Folge nahm eine vom EJPD eingesetzte interdisziplinäre Expertenkommission ihre Arbeit auf mit dem Auftrag, für die Gesamtrevision des Vormundschaftsrechts einen vernehmlassungsreifen Vorentwurf mit Begleitbericht auszuarbeiten. Die Expertenkommission (ExpK) verabschiedete ihren Vorentwurf im Herbst 2002.

b) Die ExpK erachtete die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes als eine zentrale Frage der Revision. Sie forderte eine **Professionalisierung** und sah vor, dass alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei einer Behörde konzentriert und dafür als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend KESB) ein interdisziplinär zusammengesetztes **Fachgericht** eingesetzt werden solle, wobei der Begriff des Gerichts nicht im formellen, sondern im materiellen Sinne verstanden wurde (vgl. Art. 443 Abs. 1 VE und Begleitbericht zum VE der ExpK vom Juni 2003, Ziff. 1.4.8 ff. und 2.4.1, S. 18 ff., S. 78 f.). Sodann vertrat die ExpK die Auffassung, dass die Aufsichtsbehörde – anders als nach dem geltenden Recht, Art. 361 Abs. 2 ZGB – nicht mehr auf zwei Ebenen organisiert werden könne (Begleitbericht, a.a.O. Ziff. 2.4.1, S. 80).

Durch die **Justizreform von 2000** war in der Zwischenzeit in Art. 122 Abs. 1 BV die Bundeszuständigkeit für das Zivilprozessrecht geschaffen worden. Da die ExpK für die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht vorschlug, stellte sich die Frage, ob das Verfahren vor diesem Gericht in der schweizerischen Zivilprozessordnung zu regeln sein werde. Schon im GestG vom 24. März 2000 hatte jedoch der Gesetzgeber den Bereich des Kindesschutzes und des Vormundschaftsrechts ausdrücklich ausgeklammert (Art. 1 Abs. 2 Bst. a GestG). Auch die ExpK für die Ausarbeitung eines Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung liess in ihrem Vorentwurf vom Juni 2003 Art. 373 ZGB bewusst unberührt. Die ExpK für die Revision des Vormundschaftsrechts ihrerseits sprach sich mehrheitlich für ein eigenständiges Verfahrensgesetz aus. Das Bundesamt für Justiz liess deshalb einen Vorentwurf für ein BG über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ausarbeiten (vgl. dazu den Bericht mit Vorentwurf vom Juni 2003, Ziff. 1.2.2 f., S. 5 f.).

c) Im **Vernehmlassungsverfahren** (vgl. dazu Botschaft, BBl 2006, 7010 f.) fand die Auffassung der ExpK, was die Erfordernisse der Interdisziplinarität und der Professionalität betrifft, weitgehend Zustimmung. Höchst umstritten war hingegen ihr Vorschlag, als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinäres Fachgericht einzusetzen. Die Vorgabe eines Gerichts stiess auf breite Ablehnung. Es wurde argumentiert, die unbestrittene Professionalität könne auch mit einer Fachbehörde gewährleistet werden. Insbesondere auch der Regierungsrat des Kantons Zürich äusserte die Auffassung, dass der mit dem VE der ExpK bewirkte „Eingriff in die Organisationshoheit der Kantone (...) auf das für die Verwirklichung des materiellen Rechts und des Bundesverfahrensrechts unerlässliche

Minimum zu beschränken“ sei. Er verlangte, dass der VE dahingehend zu überarbeiten sei, „dass die Kantone weiterhin die Möglichkeit haben, Verwaltungsbehörden mit den fraglichen Arbeiten zu betrauen“. Der Regierungsrat des Kantons Zürich kritisierte sodann in gleicher Weise die nach dem neuen Recht (Art. 444 VE) zwingend vorgeschriebene einstufige Aufsicht, welche „die kantonale Organisationshoheit ebenfalls stark“ berühre, „ohne dass die sachliche Notwendigkeit für diesen Eingriff hinreichend ausgewiesen“ sei (vgl. Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 3. März 2004, Nr. 317).

d) Aufgrund der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens wurde der VE der ExpK (d.h. die Revision des ZGB) vom Bundesamt für Justiz überarbeitet und auf ein spezielles Verfahrensgesetz verzichtet (vgl. dazu Botschaft, BBl 2006, 7011). Mit Bezug auf die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) findet das Resultat der Überarbeitung seinen Niederschlag in den eingangs zitierten Bestimmungen des bundesrätlichen Entwurfs für ein revidiertes ZGB (vgl. vorn S. 9 f.).

II. Überblick über die Zuständigkeiten und Aufgaben der künftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Vergleich mit denen der vormundschaftlichen Behörden im geltenden Recht

1. Sachliche Zuständigkeit

In allgemeiner Hinsicht ist festzustellen, dass sowohl im Bereich des Erwachsenenschutzes als auch des Kindeschutzes die Zuständigkeiten der künftigen Fachbehörde im Vergleich zum geltenden Recht **einerseits vereinheitlicht, anderseits erweitert werden** (vgl. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde [Analyse und Modellvorschläge] – Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden [VBK], ZVW 2008, 63 ff., 68 ff., nachfolgend zit. VBK, ZVW 2008).

a) Vereinheitlichung der sachlichen Zuständigkeit

Während im geltenden Recht für gewisse Aufgaben der vormundschaftlichen Behörden von Bundesrechts wegen die Zuständigkeit der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde vorgeschrieben ist (z.B. Art. 265 Abs. 3 ZGB, Art. 287 Abs. 2 ZGB, Art. 288 Abs. 2 Ziff. 1

ZGB, Art. 298a Abs. 2 ZGB, Art. 311 ZGB, Art. 363-366 ZGB, Art. 375 Abs. 2 ZGB, Art. 388-390 ZGB, Art. 398 ZGB, Art. 404 Abs. 3 ZGB, Art. 422 ZGB) oder den Kantonen die Kompetenz eingeräumt wird, die zuständige Behörde zu bestimmen (z.B. Art. 373 Abs.1 ZGB, Art. 423 Abs. 3 ZGB), wird im künftigen Recht als entscheidende Änderung **für sämtliche Aufgaben einheitlich die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde erstinstanzlich zuständig sein**. Dies gilt auch für den Bereich der fürsorgerischen Unterbringung (bisher fürsorgerische Freiheitsentziehung, FFE; vgl. VBK, ZVW 2008, 68), wobei hier neben der Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde auch eine beschränkte ärztliche Zuständigkeit (Art. 429 E-ZGB) vorgesehen wird.

b) Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit

Im Erwachsenenschutzbereich betrifft dies im Wesentlichen die Bestimmungen über den Vorsorgeauftrag, die Patientenverfügung, die Vertretung Urteilsunfähiger durch Ehegatten oder eingetragene Partner und Partnerinnen im Rechtsverkehr und bei medizinischen Massnahmen und den Schutz Urteilsunfähiger in Wohn- und Pflegeeinrichtungen, sowie gewisse Neuerungen bei der Regelung der behördlichen Massnahmen und der fürsorgerischen Unterbringung (vgl. dazu VBK, ZVW 2008, 68 ff)

2. Aufgaben der künftigen Fachbehörde

a) **Generell** lassen sich die Aufgaben der Vormundschaftsbehörde, bzw. der künftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde in vier Kategorien zusammenfassen (VBK, ZVW 2008, 72):

- Nicht massnahmegebundene Aufgaben (aa)
- Anordnung, Änderung und Aufhebung von behördlichen Massnahmen bb)
- Mitwirkung bei ausgewählten Rechtsgeschäften (cc)
- Aufsicht, Steuerung und Qualitätssicherung (dd)

b) Für das **künftige Recht** ergeben sich im Wesentlichen folgende Änderungen (vgl. dazu die Aufstellung in Empfehlungen VBK, ZVW 2008, 72 ff.):

aa) Nicht massnahmegebundene Aufgaben:

Die KESB erhält zusätzliche Aufgaben gemäss Art. 363-365 E-ZGB (Wirkungsentfaltung der Vorsorgeaufträge) und gemäss Art. 377 ff., 381 E-ZGB (Gewährleistung der Anordnung nötiger medizinischer Massnahmen).

bb) Anordnung, Änderung und Aufhebung von behördlichen Massnahmen:

Die bedeutsamsten Änderungen gegenüber dem geltenden Recht bestehen in der individuell zugeschnittenen (sog. „massgeschneiderten“) Massnahme und in der Instruktionspflicht gegenüber dem Beistand bzw. der Beiständin. Anders als im geltenden Recht, wo die amtsgebundenen behördlichen Massnahmen einen bestimmten vorgegebenen, stark typisierten Inhalt aufweisen und deshalb nach heutiger Auffassung dem Verhältnismässigkeitsprinzip nicht ausreichend Rechnung tragen, bedingen die neuen behördlichen Massnahmen nach Mass in noch höherem Masse als bisher eine sorgfältige Situationsanalyse, eine fachliche Diagnose und eine sachgerechte Umschreibung des Auftrags an Beistand oder Beiständin (Art. 391 E-ZGB), insbesondere wenn über eine verhältnismässig gehaltene Einschränkung der Handlungsfähigkeit zu entscheiden ist (vgl. Art. 394 Abs. 2, 395 Abs. 3, 396 und 398 Abs. 3 E-ZGB).

cc) Mitwirkung bei ausgewählten Rechtsgeschäften:

Künftig wird die KESB die Möglichkeit haben, zusätzlich zu den im Gesetz umschriebenen zwingend zustimmungsbedürftigen Geschäften einzelne zusätzliche Handlungen des Beistandes/der Beiständin unter einen Zustimmungsvorbehalt zu stellen (Art. 416, 417 E-ZGB).

dd) Aufsicht, Steuerung und Qualitätssicherung:

Neu sind die Aufsichts-/Interventionsfunktionen in Bezug auf privatautonome Bereiche: Art. 368 E-ZGB (Vorsorgevollmacht), Art. 373 E-ZGB (Patientenverfügung), Art. 376 E-ZGB (Vertretungsbefugnisse der Ehegatten und eingetragenen Partner und Partnerinnen), Art. 381 E-ZGB (Vertretung bei medizinischen Massnahmen) und Art. 385 E-ZGB (Einschränkungen der Bewegungsfreiheit von Urteilsunfähigen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen). Nach Art. 387 E-ZGB haben die Kantone Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht zu unterstellen, soweit nicht durch bundesrechtliche Vorschriften bereits eine Aufsicht gewährleistet ist. Welche Behörde diese Aufsicht auszuüben hat, bestimmt sich nach

kantonalem Recht. Meines Erachtens schreibt das Bundesrecht nicht vor, dass es sich dabei um die KESB handeln muss (a.M. wohl VBK, ZVW 2008, 74).

Nach dem künftigen Recht werden der KESB **insgesamt 110 Aufgaben** zugewiesen, 64 aus dem Bereich des Erwachsenenschutzes und 46 zusätzlich aus dem Bereich des Kindeschutzes (vgl. VBK, ZVW 2008, 74 sowie die aus ZVW 2008, 117 ff. übernommene tabellarische Aufstellung in der Beilage, Anhang). Alle diese Neuerungen erheischen wesentlich höhere Anforderungen an die Rechtsanwendung als dies im geltenden Vormundschaftsrecht bisher der Fall war.

III. Überblick über die Regelung der Aufsicht: Vergleich des geltenden Rechts mit dem künftigen Recht

1. Geltendes Recht

a) Das Bundesrecht bezeichnet in Art. 361 Abs. 1 ZGB als vormundschaftliche Behörden die Vormundschaftsbehörde und die Aufsichtsbehörde. Nach Art. 361 Abs. 2 ZGB und Art. 52 SchlT/ZGB werden diese Behörden von den Kantonen bestimmt, wobei zwei Instanzen von Aufsichtsbehörden vorgesehen werden können.

b) Der Kanton Zürich hat von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht und als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde den Bezirksrat (§ 41 und § 75 EGZGB) bezeichnet. Als zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde amtet seit der Gesetzesnovelle vom 27. März 2000 die vom Regierungsrat bezeichnete Direktion (in concreto die Direktion der Justiz und des Innern), unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Obergerichts zur Behandlung von Rekursen (§ 44 Ziff. 9 und § 75 EGZGB sowie § 44a GVG und §§ 280a-280j ZPO). Ihr obliegen – in zweiter Instanz - die Aufgaben der allgemeinen (administrativen) Aufsicht, welche nicht Gegenstand des gerichtlichen Rechtsmittelverfahrens sind. In bestimmten Fällen, z.B. bei der Entmündigung und der Verbeiratung (Art. 369 ff. und Art. 395 ZGB; § 83 EGZGB) entscheidet der Bezirksrat als Aufsichtsbehörde erstinstanzlich (vgl. dazu vorn S. 12 f.); die Ernennung des Vormunds bzw. Beirats erfolgt hingegen auch in diesen Fällen durch die Vormundschaftsbehörde (Art. 379 und 385 ZGB) und diese ist auch zuständig zum Erlass vorsorglicher Massregeln (Art. 386 ZGB). Gegen erst- und zweitinstanzliche Entscheidungen

des Bezirksrats ist nach Massgabe der §§ 280a-280j ZPO der Rekurs an das Obergericht als Zivilgericht gegeben (§ 43 GVG). Hat der Bezirksrat erstinstanzlich entschieden, ist nach der Rechtsprechung gegen den Rekursentscheid des Obergerichts die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zulässig; diese Möglichkeit entfällt aber, wenn der Bezirksrat als Rechtsmittelinstanz (als untere Aufsichtsbehörde) entschieden hat (vgl. dazu hinten S. 35).

c) Bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (FFE) entscheidet über eine Einweisung die Vormundschaftsbehörde (Art. 397b Abs. 1 ZGB; § 117a Abs. 1 EGZGB) oder die vom kantonalen Recht bezeichnete „andere geeignete Stelle“ (Art. 397b Abs. 2; Art. 314a Abs. 3 ZGB), mithin der Arzt, bzw. die Ärztin (§ 117a Abs. 3 EGZGB) und bei Unmündigen oder Entmündigten ausnahmsweise der Vormund (Art. 405a Abs. 1 und Art 406 Abs. 2 ZGB). Gegen einen solchen Entscheid kann gerichtliche Beurteilung beim Einzelrichter oder der Einzelrichterin am Bezirksgericht verlangt werden (Art. 397d ZGB; § 117i EGZGB; § 22a Ziff. 1 GVG). Das Urteil des Einzelrichters oder der Einzelrichterin unterliegt der Berufung an das Obergericht (§ 259 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3 sowie §§ 268a f. ZPO).

d) Gegen die Rekursentscheidungen und Urteile des Obergerichts ist die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegeben (Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5-7 und Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG).

e) Der Vollständigkeit halber zu ergänzen bleibt, dass bei der Vormundschaftsbehörde gegen Handlungen des Vormundes (bzw. des Beistandes) nach Massgabe von Art. 420 Abs. 1 ZGB Beschwerde geführt werden kann.

2. Künftiges Recht

a) Nach Art. 441 Abs. 1 E-ZGB bestimmen die Kantone die **Aufsichtsbehörden**. In Art. 441 Abs. 2 E-ZGB erhält der Bundesrat die Kompetenz, Bestimmungen über die Aufsicht zu erlassen („Der Bundesrat kann Bestimmungen über die Aufsicht erlassen“). Ob und inwieweit er davon je Gebrauch machen wird, ist ungewiss.

aa) Diese bundesrätliche Kompetenz betrifft nur den Bereich der **allgemeinen** (sog. administrativen) **Aufsicht**. Die Aufsichtsbehörde hat laut Botschaft im Rahmen der

allgemeinen Aufsicht die Aufgabe, für eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen und kann im Bedarfsfall von Amtes wegen einschreiten. Einen Entscheid der KESB im Einzelfall vermag sie indessen im Rahmen der Aufsicht nicht zu korrigieren. Diese Aufgabe obliegt ausschliesslich dem nach dem kantonalen Recht zuständigen Gericht im Rechtsmittelverfahren (Botschaft, BBl 2006, 7074; vgl. dazu hinten S. 28 f.).

bb) Art. 450 Abs. 1 E-ZGB schreibt vor, dass gegen Entscheidungen der Erwachsenenschutzbehörde beim zuständigen Gericht **Beschwerde** geführt werden kann. Dies gilt aufgrund von Art. 440 Abs. 3 E-ZGB auch für Entscheidungen der Kinderschutzbehörde. Unter den beiden Behörden besteht Personalunion (Botschaft, BBl 2006, 7074). Das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz ist in den Art. 450 – 450f E-ZGB geregelt. In Art. 450a Abs. 2 E-ZGB wird festgehalten, dass auch für die Beurteilung von Beschwerden betreffend Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung die gerichtliche Beschwerdeinstanz zuständig ist (Botschaft, BBl 2006, 7085).

cc) Daraus wird ersichtlich, dass der gesetzliche Begriff „Aufsichtsbehörde“ in einem engeren Sinn die allgemeine Aufsicht im Auge hat. In einem weiteren Sinn ist jedoch unter der Aufsicht sowohl das gerichtliche Beschwerdeverfahren als auch die allgemeine Aufsicht zu verstehen.

b) Bei der **fürsorgerischen Unterbringung** (Art. 426 ff. E-ZGB) gilt eine besondere Regelung. Für die Anordnung der Unterbringung und die Entlassung ist die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zuständig (Art. 428 Abs. 1 E-ZGB), wobei im Einzelfall die Zuständigkeit für die Entlassung der Einrichtung übertragen werden kann (Art. 428 Abs. 2 E-ZGB). Ausserdem können die Kantone nach Art. 429 Abs. 1 E-ZGB - für die Unterbringung zur Behandlung und Betreuung, nicht aber für eine Einweisung zur Begutachtung (Botschaft, BBl 2006, 7065) - Ärzte und Ärztinnen bezeichnen, die **neben** der Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde die Unterbringung für eine vom kantonalen Recht festzulegende Dauer, aber höchstens für sechs Wochen, anordnen dürfen (im bundesrätlichen Entwurf war von geeigneten Ärzten und Ärztinnen die Rede, doch wurde das Wort „geeignete“ vom Ständerat gestrichen, AmtlBull SR 2007, 836 f.; der Nationalrat hat der ständerätlichen Version zugestimmt, AmtlBull NR 2008, 1524). Über die Entlassung aus einer derart ärztlich angeordneten Unterbringung entscheidet die Einrichtung (Art. 429 Abs. 3 E-ZGB).

Gegen Entscheidungen der KESB ist die Beschwerde an die gerichtliche Beschwerdeinstanz (Art. 450 E-ZGB) gegeben. Bei bestimmten Anordnungen der Ärzte oder Ärztinnen sowie der Einrichtung (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1-4 E-ZGB) und bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Art. 439 Abs.1 Ziff. 5 E-ZGB) kann sodann innert 10 Tagen (Ziff. 1-4), bzw. jederzeit (Ziff. 5), nach Art. 439 Abs. 1 und 2 E-ZGB direkt das „**zuständige Gericht**“ angerufen werden. Hier wird für das Verfahren auf die Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz verwiesen (Art. 439 Abs. 3 E-ZGB).

c) Nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5-7 BGG ist im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht gegeben. Art. 75 Abs. 2 BGG bestimmt, dass von Bundesrechts wegen als gerichtliche Beschwerdeinstanz in **letzter kantonalen Instanz ein oberes Gericht** tätig werden muss.

d) Der Vollständigkeit halber zu ergänzen bleibt, dass nach dem künftigen Recht gegen Handlungen oder Unterlassungen des Beistandes oder der Beiständin sowie einer Drittperson oder einer Stelle, der die KESB einen Auftrag erteilt hat (Art. 392 E-ZGB), die KESB angerufen werden kann (vgl. siebter Unterabschnitt: Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde, Art. 419 E-ZGB).

B. Die bundesrechtlichen Anforderungen an die Organisation der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und der Beschwerdeinstanzen

I. Allgemeines

Das Vormundschaftswesen wird als Zwischengebilde zwischen privatem und öffentlichem Recht charakterisiert. Obwohl das Vormundschaftsrecht eine Materie beschlägt, die rechtstheoretisch dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, wird es anerkanntermassen in Lehre und Rechtsprechung als **formelles Bundeszivilrecht** bezeichnet und behandelt (Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007; K. Affolter/D. Steck/U. Vogel, N 1 zu Art. 373 ZGB). Deshalb ist meines Erachtens hier Art. 122 BV grundsätzlich anwendbar. Nach Art. 122 Abs. 2 BV sind für die Organisation der Gerichte und die Rechtsprechung in Zivilsachen die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes

vorsieht. In Art. 440 Abs. 1 E-ZGB wird festgelegt, dass die Erwachsenenschutzbehörde (und gemäss Abs. 3 auch die Kinderschutzbehörde, denn es besteht Personalunion, vgl. vorn S. 17) von den Kantonen bestimmt wird, doch schreibt das Bundesrecht zur Verwirklichung des materiellen Rechts ausdrücklich eine Fachbehörde vor; es erlässt in Art. 440 Abs. 2 E-ZGB Anordnungen über deren Konstituierung. Damit soll gewährleistet werden, dass das kantonale Recht die Anwendung des Bundeszivilrechts weder behindert noch verunmöglicht. Diese Gesetzesvorschrift steht im Einklang mit Art. 122 Abs. 2 BV. Schon unter der Herrschaft des früheren Verfassungsrechts wurden im Übrigen bundesrechtliche Eingriffe in die kantonale Behördenorganisation und das vom kantonalen Recht zu regelnde Verfahren insoweit als zulässig erachtet, als die Verwirklichung des materiellen Bundesrechts dies erforderte (vgl. Leuenberger, St. Galler Kommentar zu Art. 122 BV, N 8 und 12 f.).

II. Die Fachbehörde im Sinne von Art. 440 E-ZGB

1. Begriff

Der Begriff der Fachbehörde in Art. 440 Abs.1 E-ZGB (frz. „autorité interdisciplinaire“; ital. „autorità specializzata“) ist auslegungsbedürftig.

a) In der **Botschaft** (vgl. BBl 2006, 7073) wird darauf hingewiesen, dass in der Vernehmlassung das Erfordernis der Professionalität und Interdisziplinarität grossmehrheitlich unbestritten geblieben sei. Die Kritik habe sich vielmehr gegen das von der ExpK vorgeschlagene interdisziplinär zusammengesetzte Fachgericht gerichtet. Um die Organisationsfreiheit der Kantone so weit als möglich zu wahren, sei von diesem Vorschlag der ExpK Abstand genommen und stattdessen in Art. 440 E-ZGB eine *Fachbehörde* vorgeschrieben worden. Den Kantonen stehe somit frei, eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht als KESB einzusetzen (vgl. Art. 54 Abs. 2 SchlTZGB).

Nach der Botschaft ist wichtig, *„dass die Mitglieder der Behörde nach dem Sachverstand, den sie für ihre Aufgabe mitbringen müssen, ausgewählt werden. Sachverstand kann indessen auch durch Weiterbildung und Praxis erworben werden. Auf jeden Fall muss ein Jurist oder eine Juristin für eine korrekte Rechtsanwendung verantwortlich sein. Daneben sollten je nach Situation, die es zu beurteilen gilt, Personen mit einer psychologischen, sozialen,*

pädagogischen, treuhändischen, versicherungsrechtlichen oder medizinischen Ausbildung mitwirken. Bei vermögensrechtlichen Fragen oder bei der Abnahme der Rechnung sind beispielsweise auch Personen mit Kenntnissen in der Vermögensverwaltung oder der Rechnungslegung erwünscht.“ (BBl 2006, 7073).

Ob die Behörde auf Gemeinde-, Bezirks-, Kreis- oder Regionsebene organisiert werde, so die Botschaft, bestimmten die Kantone. Sie würden ebenfalls die Frage entscheiden, ob die Behördenmitglieder ihr Amt im Milizsystem oder berufsmässig ausüben oder ob ein gemischtes System gewählt werde. Sie legten die Zahl der Mitglieder fest. Das Bundesrecht schreibe aber vor, dass die Behörde in der Regel als Kollegialbehörde mit mindestens drei Mitgliedern entscheide (Art. 440 Abs. 2 E-ZGB). Die Kompetenz einer Fachbehörde (Kollegialbehörde) sei vor allem im Kernbereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes, d.h. bei der Anordnung von Massnahmen unentbehrlich. Hingegen könne in Verfahren mit geringeren Ermessensspielräumen aus Gründen der Flexibilität und Speditivität vom Erfordernis eines Kollegiums abgesehen werden, weshalb die Kantone hier für bestimmte Geschäfte Ausnahmen und die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds vorsehen könnten (Art. 440 Abs. 2 E-ZGB; Botschaft BBl 2006, 7073 f.).

b) In der **Beratung des Ständerates** bezeichnete Bundesrat Blocher die Behördenorganisation als „politisches Kernstück“; er unterstrich die Notwendigkeit einer Fachbehörde (AmtlBull SR 2007, 824). Grundsätzlich wurden die Erfordernisse der Professionalität und der Interdisziplinarität anerkannt und zur Kenntnis genommen, dass es künftig wohl nicht mehr möglich sein werde, das Vormundschaftsrecht kommunal zu organisieren und die Behörde mit Laien zu besetzen, wobei der zu erwartenden Regionalisierung eine gewisse Skepsis entgegengebracht wurde (vgl. die Voten der Ständeräte Bürgi, a.a.O. 822, Schiesser, a.a.O. 823 und Wicki, a.a.O. 823). Bundesrat Blocher führte in Übereinstimmung mit der Botschaft aus, dass der geforderte Sachverstand der Behördenmitglieder auch „durch Weiterbildung und Praxis“ erworben werden könne (a.a.O. 840) und der Kommissionssprecher, Ständerat Wicki, hielt dafür, man dürfe beim Begriff „Fachleute“ nicht stur sein. Man solle nicht so weit gehen vorzuschreiben, dass in der Fachbehörde unbedingt auch Juristen vertreten sein müssten und wie die Fachbehörden im Einzelnen zusammengesetzt sein müssten. Es sei Flexibilität angebracht und gelte, „die guten Erfahrungen der letzten Jahre mit diesen Behörden“ mit einzubeziehen. Der Bund werde

aufgrund des Gesetzes nicht so weit gehen wie bei den Zivilstandsämtern, wo eine Grossregionalisierung stattgefunden habe (a.a.O. 823).

c) In der **nationalrätlichen Debatte** stellte eine Minderheit (NR Schwander, Freysinger, Geissbühler, Müri, Reimann) den Antrag, die Vorlage sei an den Bundesrat zurückzuweisen mit dem Auftrag, im vorliegenden Entwurf die heutige Vormundschaftsbehördenlösung umzusetzen (AmtlBull NR 2008, 1509). Im Wesentlichen wurde dazu argumentiert, die Revision führe zu grösseren finanziellen Belastungen. Die Regelungsdichte sei zu gross und verursache einen erhöhten Verwaltungsaufwand; zudem sei die Gestaltungsautonomie der Kantone zu gering. Mit der beantragten Behördenorganisation würden bisherige Strukturen zerschlagen. Die Autonomie der Kantone müsse gewährleistet werden. Deshalb müssten die heutigen Vormundschaftsbehörden in den einzelnen Kantonen aus Kostengründen bestehen bleiben. Eine einheitliche Lösung mit einer interdisziplinär zusammengesetzten Fachbehörde sei nicht zwingend notwendig. Den Kantonen müsse es überlassen werden, wie sie die Qualitätssicherung erreichen wollen und welche Form von Professionalisierung ihnen angemessen erscheine. Der NR beschloss Eintreten und wies den Minderheitsantrag mit 97 gegen 48 Stimmen ab (AmtlBull NR 2008, 1514). Bundesrätin Widmer-Schlumpf hatte in der Eintretensdebatte ausgeführt: „Die feinere Ausgestaltung der behördlichen Massnahmen und die zunehmend komplexen psychosozialen Probleme verlangen zwingend nach etwas mehr Professionalität. Die Fachkreise sind sich darin einig, dass gesunder Menschenverstand allein für sich nicht genügt, um als Mitglied einer Erwachsenenschutzbehörde tätig sein zu können. ...'Fachbehörde' bedeutet, dass die Mitglieder dieser Behörde nach dem Sachverstand ausgewählt werden müssen. Das heisst nicht, dass es Akademiker sein müssen; das heisst auch nicht, dass es Sozialarbeiter sein müssen. Selbstverständlich lässt sich das nötige Fachwissen über Weiterbildung und vor allem auch über Praxis erwerben“ (AmtlBull NR 2008, 1514 f.).

In der Detailberatung (AmtlBull NR 2008, 1533 ff., 1535) wurde seitens der gleichen Minderheit der Antrag gestellt, Art. 440 Abs. 1 so zu ändern, dass die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde nach kantonalem Recht erfolge. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Minderheit wolle die volle Gestaltungsautonomie für die Kantone herbeiführen, also nicht das Wort „Fachbehörde“ verankern. Man lehne auch eine Bestimmung ab, wonach der Erwachsenenschutzbehörde mindestens drei Mitglieder angehören müssten. Die vorgeschriebene Fachbehörde biete keine Garantie für höhere

Qualität und bessere Entscheide. Erst die örtliche Nähe und Verbundenheit ermöglichten massgeschneiderte Einzelfalllösungen. Es könne nicht sein, dass einzelne Kantone die heutige Behördenstruktur von Grund auf reorganisieren müssten (Votum NR Schwander, a.a.O. 1536). Dieser Minderheitsantrag wurde mit 120 gegen 54 Stimmen abgelehnt (AmtlBull NR, 2008, 1538). In den den bundesrätlichen Vorschlag befürwortenden Voten wurde das Erfordernis der Interdisziplinarität und der Professionalität im Grundsatz unterstützt (vgl. Voten der NR Schmid-Federer, Thanei, Huber, Wyss, Vischer, a.a.O. 1536 ff.), zum Teil aber auch relativiert und geradezu verwässert, wenn die völlige Organisationsfreiheit der Kantone trotz Art. 440 E-ZGB hervorgehoben wurde (Votum NR Fluri, AmtlBull NR 2008, 1536 f.). Bundesrätin Widmer-Schlupf hingegen bezeichnete die Regelung von Art. 440 E-ZGB als **Kernanliegen** der Revision. Sie führte aus, die Erwachsenenschutzbehörde sei die „eigentliche Fachbehörde, eine zur Verwirklichung des materiellen Bundesrechts geeignete Behörde“. Sie unterstrich das Erfordernis der Professionalität und auch der Interdisziplinarität, betonte aber gleichzeitig, dass damit den Kantonen ein grosser Organisationsspielraum verbleibe, doch werde „die erforderliche Professionalisierung und auch das Gebot der Interdisziplinarität an manchen Orten wohl eine gewisse Regionalisierung begünstigen“ (a.a.O. 1537). Die Organisation der Erwachsenenschutzbehörde aber ganz und gar den Kantonen zu überlassen, „würde nichts anderes heissen, als das geltende Recht beizubehalten und damit einen nicht mehr befriedigenden Zustand festzuschreiben.“ Auf die konkrete Frage von NR Schwander, ob auch Gemeinden mit weniger als tausend Einwohnerinnen und Einwohnern eine Erwachsenenschutzbehörde im Sinne der bundesrätlichen Vorlagen einsetzen könnten (a.a.O. 1536) antwortete Bundesrätin Widmer-Schlumpf: „Das ist möglich; die Vorschrift ist einzig, dass es professionelle Behörden sind, dass sie also mit genügenden Fachkompetenzen ausgestattet sind, dass es eine interdisziplinäre Behörde ist und dass ein Spruchkörper gebildet werden kann“(a.a.O. 1537).

d) Als **Ergebnis der parlamentarischen Beratungen** kann festgehalten werden, dass der Versuch, an der bestehenden Ordnung festzuhalten, deutlich abgelehnt wird. Im Grundsatz wird dem Erfordernis von Professionalität und Interdisziplinarität, d.h. der Notwendigkeit, dass für die künftige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vom Bundesrecht eine Fachbehörde vorgeschrieben wird, überwiegend zugestimmt. Grundsätzlich besteht sodann auch Einigkeit darüber, dass den Kantonen bei der Gestaltung der Behördenorganisation ein grosser Spielraum zustehen soll. Hingegen sind die Vorstellungen darüber, wie weit das

Bundesrecht dabei dem kantonalen Recht bei der Gestaltung der Behördenorganisation Schranken setzt, diffus.

2. Die Anforderungen an die bundesrechtlich vorgeschriebene Fachbehörde nach der Analyse der VBK (Zusammenfassung)

(vgl. dazu ausführlich VBK, ZVW 2008, 63 ff., Ziff. 3: Anforderungen an die künftige Fachbehörde, S. 75 ff.)

a) Kernkompetenzen (VBK a.a.O., Ziff. 3.1., S. 76 ff.):

Darunter werden die Kompetenzen verstanden, die im Spruchkörper (d.h. die im Einzelfall mitwirkenden Behördenmitglieder) selber vertreten sein müssen. Angesprochen ist die berufliche Herkunft der Mitglieder der Fachbehörde. Mindestens ein Mitglied des Spruchkörpers muss über eine entsprechende Ausbildung und Praxis verfügen. Um dem Erfordernis der Interdisziplinarität gerecht zu werden, sollten im Spruchkörper idealerweise **drei Kernkompetenzen** vertreten sein. Unter Berücksichtigung der qualitativen Bedeutung (Wichtigkeit der Kompetenz) und der quantitativen Bedeutung (wie häufig sind diese Kompetenzen gefragt) sollten als Kernkompetenzen im Spruchkörper **zwingend** juristische und sozialarbeiterische sowie insbesondere bei Kindern zusätzlich pädagogische/psychologische Kompetenzen vertreten sein (vgl. dazu im Einzelnen die Beilage im Anhang, Spalte 5, „Kernkompetenzen“).

b) Unterstützungsbedarf und delegierbare Kompetenzen (VBK, a.a.O., Ziff. 3.2., S. 79 ff.):

Gemäss Botschaft erweisen sich weitere Kompetenzen als wichtig: Treuhand, Versicherungswesen (insbesondere Sozialversicherungsrecht), Vermögensverwaltung, Medizin sowie administrative Unterstützung. Damit die Fachbehörde ihre Aufgaben erfüllen kann, ist ein entsprechend ausgestalteter **Unterstützungsbedarf** unabdingbar. Wenn dabei von Unterstützungsbedarf die Rede ist, soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass diese Kompetenzen nicht zwingend im Spruchkörper vorhanden sein müssen. Es genügt, wenn sie behördeintern oder auch extern (mit oder ohne Leistungsvereinbarung) abgerufen werden können (vgl. dazu im Einzelnen die Beilage im Anhang, Spalten 2 und 4, „Aufgaben“ und „Unterstützungsbedarf“). Bei den **delegierbaren Kompetenzen** geht es um Kompetenzen, die

in der Regel an Dritte delegiert werden, nämlich dann, wenn es bei gewissen Fachfragen genügt, dass von dritter Seite eine fachlich kompetente Beurteilung eingeholt wird (z.B. Einholung von Gutachten, Mediationsarbeit etc.; vgl. dazu im Einzelnen die Beilage im Anhang, Spalten 2 und 3, „Aufgaben“ und „Delegierbare Kompetenzen“).

c) Zeitliche Erreichbarkeit der Behörde /Pensum der Behördenmitglieder (VBK, a.a.O., Ziff. 3.3., S. 81 f.):

Die Behörde muss grundsätzlich (durch einen Pikettdienst) während 24 Stunden pro Tag entscheidungsfähig sein, weil sie in der Lage sein muss, in dringenden Fällen sehr rasch zu handeln (vgl. z.B. Art. 445 E-ZGB). Bezüglich der einzelnen Behördenmitglieder ist aus fachlicher Sicht anzustreben, dass das Amt hauptberuflich (nicht zwingend 100%-Pensum) ausgeübt wird. Das Pensum der Behördenmitglieder ist abhängig vom Ausbau des Sekretariats und der Grösse des Einzugsgebiets. Die geforderte Professionalität verlangt, dass möglichst viel von der Behörde selber oder in rückwärtigen Diensten erledigt wird.

d) Grösse des Spruchkörpers und Anzahl Mitglieder der Behörde (VBK, a.a.O., Ziff. 3.4. und 3.5., S. 82 f.):

Das Bundesrecht schreibt in Art. 440 Abs. 2 E-ZGB vor, dass die Fachbehörde als Kollegialbehörde mit mindestens drei Mitgliedern entscheidet. Aus Gründen der Effizienz und der Verfahrensökonomie ist es angemessen, dass der Spruchkörper, der im Einzelfall entscheidet, nicht grösser ist als eine Dreierbesetzung.

Die Anzahl der Mitglieder soll nicht zu gross und nicht zu klein sein. Bei grossen Einzugsgebieten kann es unumgänglich sein, dass die Behörde mehr als drei Mitglieder aufweist. Ideal erweisen sich 5-7 Mitglieder, die in zwei Kammern arbeiten (vgl. heute die Stadt Zürich). Generell sollte die Behörde so zusammengesetzt sein, dass alle Mitglieder den gleichen Status haben, dass die Stellvertretung hinreichend geregelt werden kann und dass nach Möglichkeit beide Geschlechter vertreten sind.

e) Entscheidkompetenz (VBK, a.a.O., Ziff. 3.6., S. 84 ff.):

Der Grundsatz von Art. 440 Abs. 2 E-ZGB, wonach das Gesetz in der Regel den Entscheid einer Kollegialbehörde verlangt, gilt im Interesse einer gewissen Interdisziplinarität und im Hinblick auf die grosse Tragweite insbesondere von Massnahmenentscheiden oder Entscheiden in Kinderbelangen (z.B. Besuchsstreitigkeiten). Das kantonale Recht kann aber für bestimmte Einzelfälle Ausnahmen festlegen und mit der gebotenen Zurückhaltung die Zuständigkeit eines einzelnen Mitglieds der Behörde vorsehen. Es handelt sich dabei um Verfahren mit geringeren Ermessensspielräumen, für welche aus Gründen der Flexibilität und Speditivität vom Erfordernis der interdisziplinären Zusammensetzung abgesehen werden kann (Art. 440 Abs. 2 Satz 2 E-ZGB; Botschaft BBl 2006, 7073 f.). In den Empfehlungen der VBK werden solche Möglichkeiten für den Bereich des Kindesschutzes und des Erwachsenenschutzes im Einzelnen aufgelistet (ZVW 2008, 85 f.). Im VE für ein Bundesgesetz über das Verfahren (VKE) war – damals im Hinblick auf eine bundesrechtliche Regelung – in Art. 12 folgender Katalog enthalten, der indessen mit den Vorschlägen der VBK nicht völlig übereinstimmt (vgl. dazu Bericht mit VE vom Juni 2003, S. 13 f. und Art. 12 VE, ferner ZVW 2008, 85, FN 52 und 53):

Art. 12 Zuständigkeit eines einzelnen Mitglieds

Ein Mitglied der Kindes- oder Erwachsenenschutzbehörde ist für folgende Geschäfte zuständig, soweit das kantonale Recht nicht auch für solche Geschäfte die Zuständigkeit der Kollegialbehörde vorsieht:

1. Gewährung der Vollstreckungshilfe, soweit das kantonale Recht hierfür nicht eine andere Behörde für zuständig erklärt (Art. 131 und 290 ZGB);
2. Antragstellung auf Neuregelung der elterlichen Sorge beim Scheidungs- oder Trennungsgesicht (Art. 134 Abs. 1 ZGB);
3. Genehmigung von Unterhaltsverträgen (Art. 134 Abs. 3 und 287 ZGB);
4. Antragstellung zur Anordnung einer Kindesvertretung im Scheidungs- oder Trennungsprozess (Art. 146 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB);
5. Zustimmung zur Adoption des bevormundeten Kindes (Art. 265 Abs. 3 ZGB);
6. Entgegennahme der Zustimmungserklärung von Vater und Mutter zur Adoption (Art. 265a Abs. 2 ZGB);
7. Zuteilung der elterlichen Sorge an den Vater (Art. 298 Abs. 1^{bis} VE ZGB);
8. Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Art. 298a Abs. 1 ZGB);
9. Erteilung der Bewilligung zur Aufnahme eines Pflegekindes und Ausübung der Pflegekinderaufsicht, soweit das kantonale Recht hierfür nicht eine andere Behörde für zuständig erklärt (Art. 316 Abs. 1 ZGB);
10. Anordnung der periodischen Rechnungsstellung und Berichterstattung über das Kindesvermögen (Art. 318 Abs. 3 und 322 Abs. 2 ZGB);
11. Bewilligung zur Anzehrung des Kindesvermögens (Art. 320 Abs. 2 ZGB);
12. Zustimmung zu Rechtshandlungen des Ehegatten im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung (Art. 431 Abs. 3 VE ZGB);
13. Festlegung der Vertretungsberechtigung bei medizinischen Massnahmen (Art. 434 Abs. 2 und 3 und 437 Abs. 3 VE ZGB).
14. Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht (Art. 448 Abs. 3 VE ZGB);
15. Auskunftserteilung über das Vorliegen einer Massnahme des Erwachsenenschutzes und Gewährung des Akteneinsichtsrechts (Art. 450 Abs. 1 und 2 VE ZGB);
16. Antragstellung auf Anordnung eines Inventars (Art. 553 Abs. 1 Ziffer 3 VE ZGB);
17. Einleitung der Übertragung der bestehenden Massnahme an die Behörde des neuen Wohnsitzes (Art. 9 VKE).
18. Vollstreckungsverfügungen (Art. 57 VKE).

Zu prüfen ist, ob es allenfalls einfacher wäre, diejenigen Geschäfte einzeln aufzuzählen, die nach Art. 440 Abs. 2 E-ZGB in die kollegiale Zuständigkeit fallen (zu denken ist insbesondere an die Anordnungen von Massnahmen und die Beurteilung von strittigen Kinderbelangen etc.) und für alle anderen generell die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds der Fachbehörde vorzusehen. Gesetzestechnisch wäre das möglicherweise einfacher und jedenfalls bundesrechtlich nicht zu beanstanden, solange die ratio legis nicht missachtet wird. Diesbezüglich dürfte sich eine Abstimmung mit dem Kanton Genf empfehlen, welcher diese Variante erwägt, da bisher alle vormundschaftlichen Belange in richterlicher Einzelkompetenz lagen und sich für diesen Kanton die Herausforderung stellt, in welchen Bereichen diese durch die Zuständigkeit des Fachgerichtsplenums eingeschränkt werden soll.

f) Konstanter oder volatiler Spruchkörper /Stellvertretung (VBK, a.a.O., Ziff. 3.7., S. 87 f.):

Professionalität kann nach Auffassung der VBK nur erreicht werden, wenn die Mitglieder möglichst oft im Einsatz sind. Wichtig ist, dass die Behörde eine konstante und kohärente Praxis entwickeln kann. Ein konstanter Spruchkörper tagt stets in gleicher Zusammensetzung; die Stellvertretung ist generell geregelt. Ein konstanter Spruchkörper in diesem Sinne ist anzustreben. Im Gegensatz dazu wäre ein volatiler Spruchkörper ein Modell mit einer grösseren Anzahl von Mitgliedern und einer je nach zu bearbeitenden Themen oder nach örtlicher Herkunft der betroffenen Personen flexiblen Zusammensetzung. Ein solcher Spruchkörper würde in ständig wechselnder Zusammensetzung tagen, was die Entwicklung einer anzustrebenden konstanten und kohärenten Praxis erschweren würde.

g) Einzugsgebiet (VBK, a.a.O., Ziff. 3.8., S. 88 ff.):

Damit eine Fachbehörde die erforderliche Professionalität erreichen und halten kann, bedarf es neben spezifischem Fachwissen auch einer bestimmten Auslastung. Nur so kann kontinuierliche professionelle Arbeit gewährleistet, können Erfahrungen gesammelt, kann eine kohärente Praxis entwickelt und ein Wissensmanagement aufgebaut werden.

Der Bundesgesetzgeber macht keine Vorgaben bezüglich der Grösse des Einzugsgebiets. Aber schon im Rahmen des geltenden Rechts ist in den Kantonen, die eine Gebiets- oder Organisationsreform planen oder umgesetzt haben, eine Tendenz zur Regionalisierung festzustellen (vgl. dazu die in ZVW 2008, 89, FN 59 aufgeführten Beispiele). In ihrer Studie

führt die VBK aus, dass für mittlere bis grössere Städte pro Spruchkörper von einem Minimum von einem Bestand von ca. 1'000 laufenden Massnahmen oder ca. 250 jährlich neu angeordneten Massnahmen oder von einem minimalen Einzugsgebiet von 50'000 bis 100'000 Einwohnern und Einwohnerinnen ausgegangen werden muss, um eine Fachbehörde im Rahmen einer hauptberuflichen Tätigkeit und im Sinne der neu vorgegebenen Professionalität auslasten zu können (vgl. ZVW 2008, 89). Die Grösse des Einzugsgebietes ist ein wesentliches Element für die Umsetzung der Behördenprofessionalisierung. Nur bei genügend grosser Fallzahl kann die Behörde entsprechend qualifiziert tätig und auch punkto Kosten angemessen ausgelastet werden. Die Mindestzahl von 50'000 Einwohnern und Einwohnerinnen sollte deshalb nicht unterschritten werden. Vor allem in grösseren Agglomerationen sollten die Einzugsgebiete massgeblich grösser sein.

3. **Würdigung:** Eine Fachbehörde im Sinne von Art. 440 E-ZGB ist nur gegeben, wenn für den Entscheid im Einzelfall bezüglich ihrer personellen Zusammensetzung sowohl der Grundsatz der Professionalität als auch der Interdisziplinarität gewährleistet ist. Aus der Botschaft und den parlamentarischen Beratungen ist kein eindeutiges Bild zu gewinnen, wie weit die Kantone in ihrer Organisationsfreiheit durch das Bundesrecht eingeschränkt werden. Hiefür ist auf die **ratio legis** abzustellen. Eine teleologische Betrachtungsweise zeigt, dass die Revision zwölf zentrale Anliegen zum Ziel hat (vgl. dazu Botschaft, BBl 2006, 7011 ff., Ziff. 1.3.): Insbesondere drei dieser Schwerpunkte machen deutlich, dass das neue Recht an die Behördenmitglieder und deren Fachkompetenz weit höhere Anforderungen stellen wird, als das im geltenden Recht der Fall ist. Dies betrifft den Schutz urteilsunfähiger Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen (a.a.O. 7014 f., Ziff. 1.3.3), den Grundsatz der behördlichen Massnahmen nach Mass (a.a.O. 7015 f., Ziff. 1.3.4) und die angestrebte Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (a.a.O. 7019, Ziff. 1.3.8). Laienbehörden, die für politische Aufgaben demokratisch gewählt sind und in der Regel keine fachlichen Vorgaben im Hinblick auf das „Vormundschaftswesen“ erfüllen, werden nicht in der Lage sein, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Das Parlament hat dies erkannt. Im Nationalrat wurde der Minderheitsantrag, der die Behördenorganisation ganz dem kantonalen Recht überlassen und das geltende Recht beibehalten „und damit einen nicht mehr befriedigenden Zustand“ festschreiben wollte (vgl. Votum von Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AmtlBull NR 2008, 1537), mit grossem Mehr abgelehnt (vgl. vorn S. 21 f.). Die Kantone sind zwar frei, auf ihre

Verhältnisse zugeschnittene organisatorische Lösungen zu schaffen, sie sind jedoch gehalten, das neue Recht mit seiner klar herausgearbeiteten Zielsetzung bundestreu umzusetzen.

Die Vorstellung, auch Kleingemeinden könnten sich eine Fachbehörde leisten, welche nur alle paar Jahre mit gleichen Fragestellungen konfrontiert wäre und selten zum Einsatz kommen würde, lässt sich nur umsetzen, wenn dieses Fachgremium von einer Vielzahl von Gemeinden eingesetzt würde und ihm damit ermöglicht würde, die in jeder Berufssparte – ob Handwerker/in, Dienstleister/in oder Akademiker/in - von der Regelmässigkeit, von der Hauptbeschäftigung und der hinreichenden Erfahrung und Weiterbildung abhängige Fachkompetenz ausweisen zu können. Andererseits scheint auch klar, dass Personen, welche sich bisher im Vormundschaftsbereich beruflich bewährt haben, auch dann die Voraussetzungen als Fachbehördenmitglieder erfüllen können, wenn sie keine akademische Ausbildung als Jurist/in, Sozialarbeiter/in, Psychologe oder Pädagogin aufweisen.

III. Aufsichtsbehörde (Art. 441 Abs. 1 E-ZGB)

Vgl. dazu auch die Ausführungen vorn S. 16 ff.

1. Nach der **Botschaft** sind die Kantone frei, die Aufsicht einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht anzuvertrauen. Sie sind auch frei, das heutige System beizubehalten, wonach die Kantone zwei Instanzen, eine untere und eine obere Aufsichtsbehörde, vorsehen können.

2. Entscheidungen der KESB müssen jedoch vom Gericht, welches das kantonale Recht bezeichnet, auf dem **Beschwerdeweg** nach Art. 450 ff. E-ZGB überprüft werden können. Da die KESB „künftig eine Fachbehörde ist und es bei der Anordnung von Massnahmen um Eingriffe in das Grundrecht der persönlichen Freiheit geht, sollen ihre Entscheide nicht mehr an eine Verwaltungsbehörde weitergezogen werden können“ (Botschaft, BBl 2006, 7074). Vielmehr sollen sie im Rechtsmittelverfahren - in Nachachtung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV - direkt von dem Gericht beurteilt werden, das vom kantonalen Recht bezeichnet wird. Für das Beschwerdeverfahren nach Art. 450 E-ZGB muss somit von Bundesrechts wegen zwingend ein Gericht zuständig sein, doch kann das kantonale Recht zwei gerichtliche Instanzen vorsehen. Ausgeschlossen ist von Bundesrechts wegen eine Regelung, wonach das

gegen den Entscheid der KESB ergriffene Rechtsmittel in erster Instanz von einer Verwaltungsbehörde beurteilt wird und erst in zweiter Instanz eine Beurteilung durch ein Gericht erfolgt. Die Botschaft hält jedoch fest, dass mit dem Begriff „Gericht“ nicht zwingend ein formelles Gericht gemeint ist, sondern dass es vielmehr darum geht, dass das Organ den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen hat (Botschaft, BBl 2006, 7074).

3. Art. 441 Abs. 2 E-ZGB, wonach der Bundesrat Bestimmungen über die Aufsicht erlassen kann, bezieht sich wie erwähnt auf die **allgemeine** (administrative) **Aufsicht** (vgl. vorn S. 16 f.). Hier geht es darum, die einzelnen Aufgaben zu konkretisieren, „um auf diesem Weg eine kohärente Qualitätsentwicklung und eine gewisse Einheit in der administrativen Aufsicht zu sorgen“ (Botschaft, BBl 2006, 7074). Die Aufsichtsbehörde hat demnach im Rahmen der allgemeinen Aufsicht die Aufgabe, „für eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Sie kann deshalb von Amtes wegen einschreiten, wenn sie von fehlerhaftem Tun oder Unterlassen der KESB, indirekt auch der Amtsträger, Kenntnis erhält. Einen Entscheid der KESB im Einzelfall vermag sie indessen im Rahmen der Aufsicht nicht zu korrigieren. Vielmehr kann nur das nach kantonalem Recht zuständige Gericht im Rechtsmittelverfahren nach Art. 450 ff. E-ZGB die Sache neu beurteilen und den Entscheid ändern“ (Botschaft, BBl 2006, 7074). Den Kantonen steht es frei, das für Beschwerden zuständige Gericht auch mit der allgemeinen Aufsicht zu betrauen (Botschaft, BBl 2006, 7074).

C. Theoretische Möglichkeiten von Organisationsmodellen für die KESB, bezogen auf die Verhältnisse im Kanton Zürich.

Vgl. dazu auch die Analyse der VBK (ZVW 2008, 90 ff.) und die dort aufgeführte Darstellung der Modellvorschläge (ZVW 2008, 97 ff.). Im Folgenden werden diejenigen Organisationsmodelle nicht dargestellt, die für den Kanton Zürich zum vornherein ausser Betracht fallen

I. KESB als Gerichtsbehörde (VBK, ZVW 2008, 92 f., 100)

Hier geht es um eine **regionale Gerichtsbehörde** (kantonales Fachgericht mit Delegation an Kreise, ein bis zwei Spruchkörper pro Kreis). Die Trägerschaft liegt beim Kanton, der die Aufgaben an Gerichtskreise delegiert. Denkbare Form ist ein

1. **Familiengericht** (zuständig für sämtliche familienrechtlichen Angelegenheiten, entweder integriert als Abteilung eines Bezirksgerichts oder angegliedert an ein Bezirksgericht). Bei diesem Modell werden alle familienrechtlichen Aufgaben, die nach geltendem Recht zum einen in die sachliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde und zum anderen in diejenige der Bezirksgerichte/Einzelgerichte fallen, erstinstanzlich einheitlich von einer gerichtlichen Behörde beurteilt (vgl. dazu hinten S. 32 f., 50 f.), oder

2. ein verselbständigt **Spezialgericht** („Vormundschaftsgericht“). In diesem Falle würde wie bisher an der grundsätzlichen Trennung der sachlichen Zuständigkeit zwischen Kindes- und Erwachsenenschutz und Zivilgericht festgehalten, aber für den Kindes- und Erwachsenenschutz unter Vorbehalt der Zuständigkeit des Zivilgerichts als Fachbehörde ein selbständiges Gericht im formellen Sinne) vorgesehen (vgl. dazu hinten S. 33, 51 f.).

II. KESB als Verwaltungsbehörde

1. Kommunale Behörde (VBK, ZVW 2008, 90 f., 99)

Die KESB ist in diesem Falle ein **rein kommunaler Spruchkörper** (ein oder mehrere Spruchkörper). Dies entspricht der Regelung im geltenden Recht.

2. Regionale Verwaltungsbehörde (VBK, ZVW 2008, 91 f., 99)

a) Überkommunale Verwaltungsbehörde als **Zweckverband** mehrerer Gemeinden (ein oder mehrere Spruchkörper), oder

b) **Sitzgemeindemodell** (ein oder mehrere Spruchkörper).

In beiden Fällen handelt es sich um regionale Kreise, im einen Fall mit **überkommunaler Trägerschaft**, im andern Fall mit **kommunaler Trägerschaft** und vertraglichen, öffentlichrechtlichen Verbindungen (überkommunale Organisation). Verschiedene

Gemeinden können sich (a) zur Lösung der Aufgaben im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes im Rahmen eines **Zweckverbandes** zusammenschliessen (zum Zweckverband vgl. Art. 92 f. KV und § 7 GG) und auf diese Weise eine überkommunale Verwaltungsbehörde schaffen. Beim **Sitzgemeindemodell** (b) entsteht keine gemeinsame Körperschaft. Die Kooperation der einzelnen Gemeinden kommt dadurch zustande, dass die abgebenden (kleinen oder mittleren) Gemeinden (sog. Anschlussgemeinden) ihre Kompetenzen an die übernehmende (grössere) Sitzgemeinde delegieren, welche sich zur Erfüllung der Aufgaben im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes mit der eigenen Fachbehörde zur Verfügung stellt. „Die Sitzgemeinde übernimmt die Aufgaben der Anschlussgemeinden in ihre Zuständigkeit, womit die entsprechenden Rechte und Pflichten und die entsprechenden hoheitlichen Befugnisse auf die Sitzgemeinde übergehen“ (vgl. dazu Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Zürich 2007, Vittorio Jenni, N 12 zu Art. 91).

3. Kantonale Verwaltungsbehörde (VBK, ZVW 2008, 92, 99)

Kantonale Fachbehörde mit Delegation an Kreise (Kreismodell)

Trägerschaft der Fachbehörde ist der Kanton. Dabei kann es sich um eine Verwaltungsbehörde im klassischen Sinne, d.h. eine reine Verwaltungsbehörde handeln. Eine Verwaltungsbehörde kann aber gegebenenfalls zwar formell Verwaltungsbehörde sein, jedoch über Gerichtsqualität verfügen. Dies ist dann der Fall, wenn sie den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK vollumfänglich entspricht. Dann liegt ein Gericht im materiellen Sinne vor. Dies setzt voraus, dass die Behörde unabhängig und unparteiisch ist, dass sie die rechtserheblichen Tatsachen selber ermittelt, die einschlägigen Rechtsnormen auf diesen Sachverhalt anwendet und einen verbindlichen Entscheid fällt. Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, entspricht die Variante der Verwaltungsbehörde weitgehend dem Modell des Spezialgerichts (vorn S. 30). Wird die KESB hingegen als reine Verwaltungsbehörde konzipiert, ist dies nicht der Fall (vgl. dazu auch hinten S. 37 ff.).

D. Grundsätzliche Überlegungen zur Frage der Behördenorganisation im Kanton Zürich

Die bundesrechtlichen Vorgaben in Art. 440 und 441 E-ZGB schränken die kantonale Kompetenz zur Behördenorganisation ein. Aus meiner Sicht stellen sich **zwei Grundfragen**,

die bei der Beantwortung der nachfolgenden Fragen (vgl. besonderer Teil, S. 39 ff.) vorweg zu klären sind:

- Soll die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Fachbehörde) als Gericht oder als Verwaltungsbehörde konzipiert werden? (nachfolgend I)
- Soll mit Bezug auf das gerichtliche Beschwerdeverfahren und die allgemeine Aufsicht ein einstufiges oder ein zweistufiges Verfahren (eine oder zwei Instanzen) festgelegt werden? (nachfolgend II)

I. Die künftige KESB: Gericht oder Verwaltungsbehörde?

Im Kanton Zürich sind die vormundschaftlichen Behörden (Vormundschaftsbehörde und Bezirksrat als untere Aufsichtsbehörde) nach geltendem Recht als Verwaltungsbehörden ausgestaltet. Auch nach neuem Recht steht es den Kantonen weiterhin frei, als Fachbehörde im Sinne von Art. 440 E-ZGB **ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde** einzusetzen (Botschaft 2006, 7073; Voten von Bundesrat Blocher, AmtlBull SR 2007, 824 und Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AmtlBull NR 2008, 1537; vgl. ferner vorn S.19).

Mit der Einführung eines Gerichtsmodells würden neue Wege beschritten:

1. Angesichts der Grösse des Kantons Zürich kommen bei der **Gerichtsvariante** als gerichtliche Behörden nur regionale Gerichte mit kantonaler Trägerschaft (d.h. kantonale Gerichte mit Delegation an Gerichtskreise) in Frage. Bei einem solchen Modell kann an die bewährte und gut eingespielte Gerichtsorganisation im Kanton (Bezirksgerichte/Einzelrichter und Einzelrichterinnen) angeknüpft werden.

2. Ideal wäre die Einrichtung von eigentlichen **Familiengerichten** (vgl. dazu vorn S. 30). Diese wären künftig für alle familienrechtlichen Belange sachlich zuständig, was nicht nur sachgerecht sondern überdies effizient und ökonomisch wäre. Denn es würden (insbesondere im Bereich des Kindesschutzes) ähnlich gelagerte Sachverhalte, für deren Beurteilung heute zum Teil eine sachliche Zuständigkeit der vormundschaftlichen Behörden und zum Teil eine solche des Eheschutzrichters bzw. der Eheschutzrichterin oder des Einzelrichters, bzw. der Einzelrichterin im ordentlichen Verfahren gegeben ist, von **der gleichen (gerichtlichen) Behörde** beurteilt. Damit würde namentlich auch die oft schwierige Kompetenzausscheidung

zwischen Kinderschutzbehörde (heute Vormundschaftsbehörde) und Eheschutzgericht/Scheidungsgericht (vgl. z.B. Art. 134, 273 ff., 297 ff., 307 ff., 314 – 316 ZGB) eliminiert (vgl. dazu Philippe Meier, Die sachliche Zuständigkeit von Ehegericht und vormundschaftlichen Behörden, theoretische Erwägungen und Praxisfälle, ZVW 2007, 109 ff.). Eine solche Regelung würde voraussetzen, dass die bestehenden Bezirksgerichte personell aufgestockt und bezüglich der bereits vorhandenen Infrastruktur entsprechend ausgebaut werden müssten, damit den Mitgliedern des Gerichts das notwendige Instrumentarium für die grundsätzlich von Amtes wegen zu treffenden Abklärungen der tatsächlichen Verhältnisse (vgl. Art. 446 E-ZGB) und die besonderen fachspezifischen Aufgaben (z.B. Art. 392, 415 ff., 425, 431 E-ZGB) zur Verfügung gestellt wird.

2. Denkbar, und als weniger weit gehende Variante in Betracht zu ziehen, wäre stattdessen auch die Schaffung von **Spezialgerichten** („Vormundschaftsgerichte“) in besonderen Gerichtskreisen, deren sachliche Zuständigkeit auf die Belange des Kindes- und Erwachsenenschutzes beschränkt würde, und die nicht in der bestehenden erstinstanzlichen Gerichtsorganisation integriert wären (vgl. dazu vorn S. 30). Eine solche Regelung würde einen grösseren organisatorischen Aufwand erfordern, könnte aber auch zur Vorbereitung einer künftigen Reform zur Einrichtung von Familiengerichten dienlich sein.

3. Die politische Durchsetzbarkeit einer solchen Reform wäre wohl nicht einfach. Der VE der ExpK, welcher für die KESB ein Fachgericht vorsah, war in der Vernehmlassung stark umstritten und wurde namentlich in der deutschen Schweiz und insbesondere auch vom Kanton Zürich abgelehnt (vorn S. 11 f.). Nachdem die Reformvorlage wie erwähnt davon ausgeht, dass das kantonale Recht als Fachbehörde im Sinne von Art. 440 Abs. 1 E-ZGB ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde einsetzen kann, dürfen diese beiden gerichtlichen Varianten (KESB als Gericht mit kantonaler Trägerschaft in der Form des Familiengerichts oder eines Spezialgerichts) aber meines Erachtens nicht zum vornherein ausgeschlossen, sondern sollten weiter verfolgt werden. Dies ist umso mehr angezeigt, als auch beim Modell der KESB als Verwaltungsbehörde einschneidende Neuerungen unabdingbar sind (vgl. dazu hinten S. 53 f.).

II. Beschwerdeinstanz und Aufsichtsbehörde

1. Ausgangspunkt ist die Tatsache, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht sein kann (vorstehend I). In beiden Fällen müssen ihre Entscheidungen von Bundesrechts wegen bei der **gerichtlichen** Beschwerdeinstanz mit Beschwerde angefochten werden können (Art. 450 E-ZGB). Da im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes nach Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 5-7 BGG der Weiterzug an das Bundesgericht mittels zivilrechtlicher Beschwerde gewährleistet ist, muss das zürcherische kantonale Recht als Beschwerdeinstanz in letzter kantonaler Instanz ein oberes kantonales Gericht einsetzen (Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG). In Frage kommt in erster Linie das Obergericht (wie bis anhin); theoretisch wäre auch das Verwaltungsgericht möglich.

2. Das Bundesrecht begnügt sich mit einer einzigen gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 450 E-ZGB; Botschaft, BBl 2006, 7074). Das kantonale Recht kann jedoch zwei gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorsehen (vgl. vorn S. 28). Aufgrund von Art. 450 E-ZGB ist indessen ausgeschlossen, dass der gerichtlichen Beschwerdeinstanz eine Verwaltungsbehörde als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde vorgeschaltet wird und erst gegen deren Entscheidung die Beschwerde an ein Gericht erfolgt (Botschaft, BBl 2006, 7074). Dies trifft insbesondere auch dann zu, wenn das kantonale Recht als Fachbehörde im Sinne von Art. 440 Abs. 1 E-ZGB eine Verwaltungsbehörde einsetzt.

Mit anderen Worten: Die bisherige zürcherische Regelung, wonach der Bezirksrat als erstinstanzliche Aufsichtsbehörde über Beschwerden gegen die Vormundschaftsbehörde entscheidet (Art. 420 Abs. 2 ZGB; § 41 EGZGB) und gegen den Beschwerdeentscheid des Bezirkrates an das Obergericht rekuriert werden kann (§ 280a ZPO), ist künftig nicht mehr möglich, solange der Bezirksrat sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht weiterhin als reine Verwaltungsbehörde konzipiert ist. Wenn somit das kantonale Recht hier ein zweistufiges Beschwerdeverfahren beibehalten will, müssen zwei **gerichtliche** Rechtsmittelinstanzen geschaffen werden: Aus Gründen des Bundesrechts (Art. 75 Abs. 1 und 2 BGG) müsste dann dem Obergericht eine untere gerichtliche Beschwerdeinstanz vorgelagert werden.

3. a) Aus grundsätzlichen Überlegungen kann meines Erachtens auf ein zweistufiges gerichtliches Beschwerdeverfahren ohne weiteres verzichtet werden. Das Bundesrecht

verlangt nur eine gerichtliche Rechtsmittelinstanz. Da die KESB als **Fachbehörde** ausgestaltet sein muss, ist mit der Regelung einer einstufigen gerichtlichen Beschwerdemöglichkeit der Rechtsschutz hinreichend gewahrt. Sie wird dem Art. 75 Abs. 2 BGG zugrundeliegenden und damit im Bundesrecht verankerten Prinzip der „double instance“ gerecht. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass schon im geltenden Recht bei der einschneidendsten Massnahme, der Entmündigung, der Bezirksrat als Verwaltungsbehörde **erstinstanzlich** entscheidet (§ 83 EGZGB) und dagegen im kantonalen Bereich als einziges ordentliches Rechtsmittel (mit umfassender Kognition) der Rekurs an das Obergericht gegeben ist (§ 280a ZPO). In diesen Fällen ist allerdings nach der Rechtsprechung gegen den Rekursentscheid des Obergerichts die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht zulässig (vgl. Zirkulationsbeschluss vom 28. April 2006, ZR 2006, Nr. 55; vgl. dazu vorn S. 16), was eine beschränkte Überprüfung durch ein ausserordentliches Rechtsmittel ermöglicht. Die Frage ist jedoch auch im Lichte des kantonalen Verfassungsrechts zu prüfen.

b) Die Kantonsverfassung schreibt in Art. 76 Abs. 1 KV vor, dass das Gesetz für Zivil- und Strafverfahren zwei gerichtliche Instanzen vorzusehen habe. Falls das kantonale Recht für die Kindes- und Erwachsenenschutzbelange die bundesrechtlich vorgeschriebene Fachbehörde als **Gericht** ausgestaltet, ist diese Voraussetzung problemlos erfüllt. Da der Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts dem formellen Bundeszivilrecht zuzuordnen ist (vgl. dazu vorn S.18), spricht aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben vieles dafür, die KESB als erstinstanzliches Gericht auszugestalten, womit das Erfordernis von zwei gerichtlichen Instanzen erfüllt wäre.

c) Wenn hingegen die Fachbehörde eine **Verwaltungsbehörde** ist, stellt sich die Frage der Anwendung von Art. 77 KV. Diese Norm bezieht sich auf die Verwaltungsrechtspflege. Danach unterliegen Anordnungen, die im Verwaltungsverfahren ergangen sind, „einer wirksamen Überprüfung durch eine Rekursinstanz“ sowie dem Weiterzug an ein Gericht. Das kantonale Recht schreibt somit auch hier zwei Rechtsmittelinstanzen vor. Das Bundesrecht schliesst indessen eine solche Lösung dann aus, wenn es sich bei der „Rekursinstanz“ um eine Verwaltungsbehörde handelt, weil gegen einen Entscheid der KESB nach Art. 450 E-ZGB zwingend als Rechtsmittel nur die Beschwerde an das vom Kanton bezeichnete Gericht vorgesehen ist (vgl. Botschaft, BBl 2006, 7074 und 7083). Die Voraussetzungen der KV wären aber erfüllt, wenn der gerichtliche Beschwerdeweg über zwei Instanzen führen würde.

Das kantonale Recht müsste dann bestimmen, dass über Beschwerden im Sinne von Art. 450 E-ZGB gegen Entscheide der KESB zuerst ein erstinstanzliches Gericht (z.B. Bezirksgericht) anzurufen ist und erst der erstinstanzliche Gerichtsentscheid vom oberen kantonalen Gericht (z.B. Obergericht) zweitinstanzlich überprüft wird. Damit wären die Anforderungen von Art. 76 Abs. 1 KV erfüllt.

Wenn aber die KESB eine Verwaltungsbehörde ist und das kantonale Recht nur eine einstufige gerichtliche Beschwerdemöglichkeit (beim Obergericht) vorsieht, lässt sich eine solche Regelung mit der Kantonsverfassung nur dann in Einklang bringen, wenn sie sich auf die in Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KV statuierte Ausnahme stützen kann. Es stellt sich dann die generell-abstrakte Frage, ob ein begründeter Fall vorliegt, wenn der Entscheid einer Verwaltungsbehörde, die im Sinne von Art. 440 Abs. 1 E-ZGB eine Fachbehörde ist, nur mit Beschwerde beim Obergericht angefochten werden kann. Das Problem ist im Übrigen dann leicht zu lösen, wenn die Verwaltungsbehörde so ausgestaltet wird, dass sie den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt und als Gericht im materiellen Sinne betrachtet werden kann (vgl. dazu auch vorn S. 31 und hinten S. 49). Eine solche Regelung wäre im Einklang mit Art. 76 KV.

4. Auch für die **allgemeine** (administrative) **Aufsicht** gilt, dass das Bundesrecht nicht zwei Instanzen vorschreibt, die Kantone jedoch wie bisher eine untere und eine obere Aufsichtsbehörde vorsehen können (Botschaft, BBl 2006, 7074). Auch hier erscheint eine einstufige Regelung als hinreichend. Im geltenden Recht besteht im Bereich der allgemeinen (administrativen) Aufsicht (verstanden als Gegensatz zur gerichtlichen Aufsicht auf dem Rechtsmittelweg) Zweistufigkeit (d.h. Bezirksrat als erste Instanz und Direktion der Justiz und des Innern als zweite Instanz, § 75 EGZGB). Die Aufteilung der aufsichtsrechtlichen Kompetenzen der zweiten Instanz zwischen der Direktion der Justiz und des Innern einerseits (allgemeine, d.h. administrative Aufsicht) und dem Obergericht (Rechtsmittelinstanz), wie sie im zürcherischen Recht heute gehandhabt wird, ist zu hinterfragen. Zweckmässiger wäre wohl, die Rechtsmittelkompetenz, die von Bundesrechts wegen (Art. 75 Abs. 2 BGG) zwingend dem Obergericht zukommen muss, und die allgemeine (administrative) Aufsicht bei der gleichen Behörde (mithin beim Obergericht) zu konzentrieren. Um die allgemeine (administrative) Aufsicht mit der erforderlichen Sorgfalt und fachlich kompetent bewältigen zu können, wäre dem Obergericht das nötige Instrumentarium zur Verfügung zu stellen. Zu denken ist an die Angliederung eines besonderen Inspektorats (vgl. auch VBK, ZVW 2008,

98), ähnlich den bewährten Einrichtungen des Notariatsinspektorats oder des Betreibungsinspektorats, welche beide auch dem Obergericht angegliedert sind.

5. a) Die gleichen Überlegungen gelten auch mit Bezug auf die **fürsorgerische Unterbringung**, soweit der Entscheid durch die KESB erfolgt (Art. 428 Abs. 1 E-ZGB).

b) Besondere Fragen stellen sich, wenn ein Entscheid nicht von der KESB getroffen wurde, sondern als **Anordnung im Sinne von Art. 439 E-ZGB** ergangen ist (vgl. dazu vorn, S. 17 f.). In diesen Fällen (Massnahmen zur Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, die einem Freiheitsentzug gleichkommen) muss nach Art. 439 Abs. 1 E-ZGB zwingend das **Gericht** angerufen werden können. In den Fällen von Art. 385 E-ZGB andererseits (mit Bezug auf urteilsunfähige Personen, die für längere Zeit in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung betreut werden, Art. 382 ff. E-ZGB) geht es zwar auch um Beschränkungen der Bewegungsfreiheit. Diese gehen aber in der Regel weniger weit und werden deshalb nicht als Freiheitsentzug im eigentlichen Sinne qualifiziert. Gegen eine solche Massnahme kann nach Art. 385 Abs. 1 E-ZGB die KESB angerufen werden, deren Entscheid sodann der gerichtlichen Beschwerde nach Art. 450 E-ZGB unterliegt. Anders als in Art. 439 E-ZGB ist hier eine direkte Anrufung des Gerichts nicht vorgesehen.

aa) Wird die **KESB als Gericht** oder als **Verwaltungsbehörde mit Gerichtsqualität** (dazu vorn S. 31) konzipiert, ist es naheliegend, diese als zuständiges Gericht im Sinne von Art. 439 Abs. 1 E-ZGB zu bestimmen, gegen dessen Entscheidung wegen Art. 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 6 und 7 BGG und Art. 75 Abs. 2 BGG der nach Art. 450 E-ZGB vorgesehene Weg der gerichtlichen Beschwerde an das Obergericht gegeben ist (vgl. Botschaft, BBl 2006, 7071). In diesem Falle besteht auch kein Unterschied in der formellen Behandlung der Fälle von Art. 385 und 439 E-ZGB.

bb) Wenn hingegen die **KESB als reine Verwaltungsbehörde** konstituiert wird, kommt diese als zuständige Behörde nach Art. 439 Abs. 1 E-ZGB nicht in Frage, weil in diesen Fällen in Beachtung von übergeordnetem Recht zwingend eine gerichtliche Überprüfung vorgeschrieben wird (vgl. Art. 5 Abs. 1 Ziff. 1 EMRK; Botschaft BBl 2006, 7071 f.). Sie hat jedoch zu entscheiden, wenn sie im Sinne von Art. 385 E-ZGB angerufen wird.

aaa) Im geltenden Recht wurde für die Fälle von fürsorgerischer Freiheitsentziehung der Rechtsbehelf des Begehrens um gerichtliche Beurteilung geschaffen (Art. 397d ZGB; vgl. dazu vorn S. 16). Nach dem neuen Recht wäre anscheinend grundsätzlich von Bundesrechts wegen hinreichend, als Gericht im Sinne von Art. 439 E-ZGB die gleiche Instanz wie in Art. 450 E-ZGB, mithin das Obergericht, für zuständig zu erklären (ZVW 2008, 94). Ein solches Vorgehen wäre jedoch nicht sachgerecht. Denn es wäre systemwidrig und aus rein praktischen Gründen unzweckmässig, gegen Anordnungen von Ärzten und Ärztinnen sowie von Einrichtungen (Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1-5 E-ZGB) direkt an das Obergericht gelangen zu müssen. Wird in diesen Fällen das Gericht angerufen, muss eine sofortige Intervention und regelmässig die Anhörung der betroffenen Person in der Einrichtung gewährleistet werden. Dafür müsste ein oberes kantonales Gericht entsprechend ausgerüstet sein. Es erscheint deshalb als unumgänglich, insoweit als zuständiges Gericht im Sinne von Art. 439 Abs. 1 E-ZGB eine **besondere Gerichtsinstanz** vorzusehen, deren Entscheid dann nach Art. 450 E-ZGB zwingend dem Weiterzug an das Obergericht unterliegt.

bbb) Dabei ist zu prüfen, ob das bisherige zürcherische System (Begehren um gerichtliche Beurteilung durch den Einzelrichter oder die Einzelrichterin, § 22a Ziff. 1 GVG; § 117i EGZGB, mit der Möglichkeit der kantonalen Berufung an das Obergericht, § 259 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3 sowie §§ 268a f. ZPO) beibehalten werden kann. Grundsätzlich kann festgestellt werden, dass sich diese erst 1996 eingeführte Regelung wegen ihrer Effizienz bewährt hat. Ihre Übernahme in die neue Behördenorganisation erscheint aber im Hinblick auf Sinn und Zweck des neuen Rechts, das von Bundesrechts wegen in allen Fällen die Beurteilung durch eine Fachbehörde vorschreibt, als nicht ganz unproblematisch. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Anordnungen, die aufgrund der ärztlichen Zuständigkeit ergangen sind, höchstens für eine Dauer von sechs Wochen zulässig sind (Art. 429 E-ZGB) und, falls eine Verlängerung der Massnahme angezeigt ist, in jedem Fall ein Entscheid der KESB ergehen muss, der nach Art. 450 E-ZGB angefochten werden kann. Am einfachsten wäre eine Regelung, wonach gegen Anordnungen im Sinne von Art. 439 Abs. 1 Ziff. 1-5 E-ZGB die **Fachbehörde** (KESB) angerufen werden kann. Dies ist problemlos möglich, wenn die KESB als Gericht konzipiert wird. Wird daran festgehalten, dass die KESB eine Verwaltungsbehörde sein soll, sind die bundesrechtlichen Anforderungen von Art. 439 E-ZGB jedoch nur dann erfüllt, wenn der KESB (als formeller Verwaltungsbehörde) die Bedeutung eines Gerichts im materiellen Sinne zukommt (vgl. dazu vorn S. 31).

ccc) Falls die KESB im kantonalen Recht als Verwaltungsbehörde ausgestaltet wird, liesse sich angesichts der Vorgaben des Bundesrechts deren staatsrechtliche Eingliederung im kantonalen Recht wesentlich vereinfachen, wenn sie als **Gericht im materiellen Sinne** ausgestaltet wird und dies durch das Gesetz klargestellt wird. Um eine solche Regelung besser auszuloten, könnte gegebenenfalls das Gutachten eines Staatsrechtlers hilfreich sein.

III. Zusammenfassung

Die KESB als Fachbehörde im Sinne von Art. 440 E-ZGB kann von Bundesrechts wegen als **Gericht oder als Verwaltungsbehörde** konzipiert werden. Grundsätzlich ist für das **gerichtliche Beschwerdeverfahren** einerseits und die **allgemeine** (administrative) **Aufsicht** andererseits ein einstufiges Verfahren **hinreichend**. Die Aufgaben der gerichtlichen Beschwerdeinstanz (zuständiges Gericht im Sinne von Art. 450 Abs. 1 E-ZGB) obliegen dann dem **Obergericht** und die allgemeine (administrative) Aufsicht wäre dem Obergericht zu übertragen, welchem für diesen Bereich ein besonderes Inspektorat anzugliedern wäre. Wird die KESB als Gericht oder als Verwaltungsbehörde mit der Qualität eines Gerichts im materiellen Sinne ausgestaltet, ist die staatsrechtliche Eingliederung im kantonalen Recht problemlos möglich. Umständlicher ist die Eingliederung, falls das kantonale Recht für die KESB eine reine Verwaltungsbehörde vorsieht,

Besonderer Teil

Stellungnahme zu den in der Auftragsumschreibung aufgeworfenen Fragen

1. Kantonale Behördenorganisation im Lichte des neuen Bundesrechts

1.1 Welche Anforderungen stellt das neue Bundesrecht ganz generell an die kantonale Behördenorganisation?

Vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen im allgemeinen Teil, vorn S. 18 ff.)

Zusammenfassend ist festzuhalten:

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde muss von Bundesrechts wegen als **Fachbehörde** ausgestaltet sein. Sie kann vom kantonalen Recht als Gericht oder als verwaltungsrechtliche Fachbehörde konzipiert werden. Sie muss interdisziplinär zusammengesetzt sein und professionelle Arbeit gewährleisten. Das Bundesrecht verlangt sodann mindestens eine vom kantonalen Recht zu bestimmende Aufsichtsbehörde. Das kantonale Recht kann aber weiterhin eine zweistufige Aufsicht vorsehen. Das Bundesrecht schreibt vor, dass Entscheidungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nur mit gerichtlicher Beschwerde beim vom kantonalen Recht zu bezeichnenden Gericht angefochten werden können. Eine zweistufige gerichtliche Überprüfung durch kantonale Gerichte (zwei Instanzen) ist möglich, wird aber vom Bundesrecht nicht vorgeschrieben. Besteht nur eine gerichtliche Beschwerdeinstanz, muss hierfür ein oberes kantonales Gericht eingesetzt werden (zur besonderen Situation bei der fürsorgerischen Unterbringung vgl. vorn, S. 37 ff.). Mit Bezug auf die Belange der allgemeinen (administrativen) Aufsicht kann eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht betraut werden.

1.2 Welche Aussagen können hinsichtlich der Minimalanforderungen des neuen Bundesrechts an die kantonale Behördenorganisation gemacht werden?

Das Bundesrecht schreibt in Art. 440 Abs. 1 E-ZGB eine Fachbehörde vor, die von den Kantonen zu bestimmen ist. Es handelt sich dabei um eine zur Verwirklichung des materiellen Bundesrechts geeignete Behörde, ein Kernanliegen der Revision (vgl. Votum von Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AmtlBull NR 2008, 1537). Die Fachbehörde hat ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen, doch können die Kantone für bestimmte Geschäfte Ausnahmen vorsehen (Abs. 2). In Abs. 3 wird sodann bestimmt, dass die Erwachsenenschutzbehörde auch die Aufgaben der Kinderschutzbehörde hat. Fachbehörde im Sinne von Art. 440 E-ZGB bedeutet, dass deren Mitglieder den Anforderungen an Professionalität genügen und dass die interdisziplinäre Zusammensetzung gewährleistet ist (Botschaft, BBl 2006, 7073). Diese Voraussetzungen müssen beim Entscheid im Einzelfall erfüllt sein. Das Gesetz konkretisiert die Begriffe der Professionalität und der Interdisziplinarität nicht. Die Kantone haben hier einen gewissen Ermessensspielraum, sind jedoch im Rahmen der ratio legis gehalten, ihre Organisationsfreiheit bundestreu wahrzunehmen.

Positiv kann gesagt werden, dass über das erforderliche Fachwissen auch verfügt, wer sich in der Praxis bewährt und zusätzlich sein Wissen in steter Weiterbildung gefestigt hat. Wie bei jeder von Fachkompetenz geprägten beruflichen Tätigkeit wird Fachlichkeit nicht erreichbar sein, wenn das nötige Fachwissen und eine hauptberufliche Praxis sowie ständige Weiterbildung im sehr weitgefächerten Spektrum der KESB fehlen. Negativ muss davon ausgegangen werden, dass künftig die Delegation eines politisch gewählten Amtsträgers in die Fachbehörde (z.B. zwecks Wahrnehmung der Interessen der Wohnsitzgemeinde der jeweils betroffenen Person), mit dem Bundesrecht nicht mehr vereinbar sein dürfte. Das gilt auch für Personen, die zwar den entsprechenden Fachtitel tragen, aber keine professionelle hauptberufliche Tätigkeit im KESB ausüben und mit der Spezialmaterie nicht vertraut sind. Die Frage, was eine Minimalanforderung an eine Fachbehörde sei, wird von der VBK (vgl. vorn S. 23 ff.) mit Recht nicht behandelt, weil sich bei der Konstituierung jeglichen Fachgremiums nicht die Frage der Minimalanforderung, sondern jene der höchst möglichen Qualifikation und Qualität stellen muss.

1.3 Welche kantonale Behördenorganisation entspricht aus Ihrer Sicht am besten der Zielsetzung bzw. der Stossrichtung der Revision des Vormundschaftsrechts?

Vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen im allgemeinen Teil, vorn S.29 ff., 32 ff.).

a) Aus meiner Sicht darf sich der Kanton Zürich als grosser und bevölkerungsreicher Kanton nicht mit minimalistischen Ansprüchen an die KESB-Mitglieder zufrieden geben. Er sollte vielmehr ein klares Zeichen setzen und im Sinne der Zielsetzung des Bundesrechts nicht nur eine formal gerade noch genügende, sondern eine ernsthafte und weitsichtige Regelung suchen. Aus dieser Optik orientiere ich mich an der Analyse mit den Modellvorschlägen und den Empfehlungen der VBK (ZVW 2008, 63 ff.), die von kompetenten und mit der Praxis besonders vertrauten Fachleuten erarbeitet wurden. Daraus ist meines Erachtens zu folgern, dass die Bestellung einer professionell tätigen und interdisziplinär zusammengesetzten Fachbehörde und deren effizientes Tätigwerden nur dann hinreichend gewährleistet werden kann, wenn das Einzugs- bzw. Zuständigkeitsgebiet gross genug ist. Die von der VBK ermittelte Grösse von einer Bevölkerung von mindestens 50'000 Einwohnerinnen und Einwohnern (entsprechend einem Bestand von ca. 1000 laufenden Massnahmen und ca. 250 jährlich neu angeordneten Massnahmen) ist plausibel und überzeugend. Sie ist allerdings in der parlamentarischen Beratung zum Teil auch in Zweifel gezogen worden (vgl. z.B. die Voten der NR Nidegger und Fluri, AmtIBull NR 2008, 1536 f.). Diese Voten haben aber bei

näherer Prüfung die durch das neue materielle Recht bedingten Anforderungen kaum ins Blickfeld gerückt.

Des Weiteren gehe ich davon aus, dass in Übereinstimmung mit dem Bundesrecht eine **einzige kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz** und eine **einstufige Aufsichtsbehörde** genügt und einen hinreichenden Rechtsschutz gewährleistet. Gegen den Entscheid der KESB, einer im Sinne der bundesrechtlichen Anforderungen interdisziplinär zusammengesetzten Fachbehörde, stehen dann insgesamt zwei Rechtsmittel zur Verfügung, die kantonale Beschwerde (Art. 450 E-ZGB) und hernach die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht (Art. 72 Abs. 2 Ziff. 5-7 und Art. 75 BGG). Ein zweistufiges Rechtsmittelverfahren im kantonalen Recht würde nicht gerechtfertigte Mehrkosten und zeitliche Verzögerung verursachen.

b) Auf dieser Grundlage kann die staatsrechtliche Eingliederung der KESB grundsätzlich ohne grössere Probleme vorgenommen werden, wenn sie **kantonalisiert** wird, d.h. wenn die Rechtsträgerschaft beim Kanton liegt und die KESB für einen bestimmten Kreis zuständig ist (Kreismodell). Für die Bildung der Kreise kann an die bestehende Bezirksorganisation angeknüpft werden. Eine solche Lösung lässt sich bei der **Gerichtsvariante** ohne nennenswerte Schwierigkeiten realisieren, wenn vom **Modell des Familiengerichts** (vgl. dazu vorn S. 30, 32 f.) ausgegangen wird. Wird das **Modell des Spezialgerichts** („Vormundschaftsgericht“, vgl. dazu vorn S. 30, 33 f.) anvisiert, muss generell genauer geprüft werden, ob bei Bezirken mit weniger als 50'000 Einwohnerinnen und Einwohnern die erforderliche Professionalisierung trotzdem gewährleistet werden kann. Die gleiche Frage stellt sich, wenn bei kantonalen Rechtsträgerschaft die KESB nicht als Gericht im formellen Sinne, sondern als **Verwaltungsbehörde** konzipiert wird. Sofern die Verwaltungsbehörde den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt und Qualität als Gericht im materiellen Sinne aufweist (vgl. dazu vorn S. 31), unterscheidet sich diese Variante nicht wesentlich vom Modell des Spezialgerichts. Anders verhält es sich, wenn die KESB eine reine kantonale Verwaltungsbehörde ist. In diesem Falle stellen sich zwar nicht für die Grösse des Einzugsgebiets, aber für die staatsrechtliche Eingliederung rechtliche Probleme (vgl. dazu vorn S. 37 ff.). Im Übrigen kann hier auf die Ausführungen zu den Fragen 2.3 (hinten S. 47 f.) und 3.2 (hinten S. 58 ff.) verwiesen werden.

c) Aus grundsätzlicher Sicht ist es nicht ausgeschlossen, für die staatsrechtliche Eingliederung der KESB ein **überkommunales Modell** (Zweckverbandsmodell einerseits oder Sitzgemeindemodell andererseits) ins Auge zu fassen. In diesem Fall muss aber wohl die Grösse der Einzugsgebiete hinterfragt werden, weil hier möglicherweise dem erforderlichen Zusammenschluss einer grösseren Anzahl von Gemeinden aus praktischen Gründen Grenzen gesetzt sind. Zudem ergeben sich im Zusammenhang mit dem Instanzenzug beim Rechtsmittelverfahren Probleme (vgl. vorn lit. a). Auch hier ist ergänzend auf die Ausführungen zu den Fragen 2.3 (hinten S. 47 f.) und 3.2 (hinten S. 58 ff.) zu verweisen.

d) Die staatsrechtliche Eingliederung der KESB auf **rein kommunaler Ebene**, d.h. die Beibehaltung der Organisation nach dem geltenden Recht, ist als einheitliche Lösung für den ganzen Kanton nicht realisierbar. Sie wäre nach den dargestellten Grundsätzen (vgl. vorn lit. a) nur möglich für die Städte Winterthur und Zürich, eventuell für einzelne andere grössere Gemeinden, falls als Richtlinie von einer geringeren Bevölkerungszahl als 50'000 Einwohnerinnen und Einwohnern ausgegangen wird. Theoretisch wäre eine staatsrechtliche Eingliederung denkbar, wonach das kantonale Recht sowohl ein rein kommunales als auch ein überkommunales Modell nebeneinander zulassen würde, und die Gemeinden sich für die eine oder andere Lösung entscheiden müssten. Hier würden aber die für das überkommunale Modell geäusserten Vorbehalte (vorn lit. c) in gleicher Weise gelten. Es ist jedoch offensichtlich, dass ein rein kommunales Modell für die überwiegende Anzahl der Gemeinden zum vornherein ausgeschlossen ist. Die Vorstellung, dass auch Gemeinden mit weniger als 1'000 Einwohnerinnen und Einwohnern eine mit dem Bundesrecht kompatible eigene KESB stellen könnten (vgl. AmtlBull NR 2008, S.1537 f.) ist meines Erachtens illusorisch.

2. Anforderungen an die KESB im Einzelnen

2.1 Welche Anforderungen ergeben sich aus dem neuen Bundesrecht an die KESB hinsichtlich:

- **Fachlichkeit der Mitglieder**
- **Zusammensetzung der Behörde (Interdisziplinarität, Professionalität, Kollegial-/Einzelzuständigkeit, feste oder volatile Spruchkörper)**
- **Grösse des Einzugs- bzw. Zuständigkeitsgebietes**

Ich verweise hier generell auf die Analyse und die Empfehlungen der VBK (ZVW 2008, 63 ff.). Vgl. dazu die vorstehenden Ausführungen im allgemeinen Teil, vorn S. 23 ff.)

Zusammenfassend ist noch einmal festzuhalten:

a) Das Bundesrecht verlangt, dass die KESB eine Fachbehörde ist. Diese muss **interdisziplinär zusammengesetzt** sein und **Professionalität gewährleisten**. Das erfordert, dass die Mitglieder **Fachleute mit entsprechender beruflicher Ausbildung und Praxis** sind. In den parlamentarischen Beratungen wurde dieser Auffassung zum Teil mit Skepsis begegnet und mit Hinweis auf die „völlige Organisationsfreiheit der Kantone“ (NR Fluri, AmtlBull NR 2008, 1536 f.) postuliert, dass „nicht nur Juristen, Sozialpädagogen, Psychologen, Ärzte usw. diese Voraussetzungen der Fachanforderung in der neuen Behörde erfüllen“, sondern eine Lösung zu suchen sei, „wonach auch die Erfahrung der bisherigen Tätigkeit in Vormundschaftsbehörden ein Kriterium für die Aufnahme in eine solche Fachbehörde sein kann“ (vgl. Votum von Ständerat Schiesser, AmtlBull SR 2007, 822 f.). Ähnlich hat sich Bundesrat Blocher geäußert (AmtlBull SR 2007, 824 und 840); NR Fluri betonte unter Hinweis auf eigene positive Erfahrungen, dass „in unserer kleinen Stadt eine völlig professionalisierte Vormundschaftsbehörde nach dem Milizsystem und nicht im Sinne einer beruflichen Professionalisierung“ bestehe, und kritisierte das von der VBK als Kriterium für eine professionelle Fachbehörde „gewünschte Mengengerüst“ (a.a.O. 1536 f.). Der Hinweis auf die Organisationsfreiheit der Kantone vermag aber nicht darüber hinwegzutäuschen, dass das Bundesrecht eine Fachbehörde verlangt, was ein reines Milizsystem, wie es heute noch weit verbreitet ist, meines Erachtens ausschliesst (a.M wohl Botschaft, BBl 2006, 7073). Immerhin müsste im Sinne einer Übergangsregelung meines Erachtens rechtlich zulässig sein, bisherige bewährte Behördenmitglieder, die über die Qualifikationen einer entsprechenden beruflichen Ausbildung zwar nicht verfügen, sich aber in langjähriger Praxis und steter Weiterbildung eine breite Erfahrung erworben haben, als Mitglieder der Fachbehörde zuzulassen. Das dürfte bei der Schaffung der neuen Behörde bei Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts z.B. für erfahrene, bisher hauptberuflich tätige Vormundschaftssekretärinnen und –sekretäre möglich sein, während es bei politisch gewählten Personen, die bisher ihre Behördentätigkeit nebenamtlich ausübten und über keine entsprechende fachliche Ausbildung verfügen, wohl in der Regel ausgeschlossen werden muss. Auch Studienabgänger ohne jede praktische Erfahrung oder Fachleute, die mit dem Kindes- und Erwachsenenschutz nicht vertraut sind, wären meines Erachtens nicht wählbar. Um sicherzustellen, dass die Mitglieder der Fachbehörde den bundesrechtlichen Anforderungen entsprechen, wird es unumgänglich sein, deren Eignung

durch Wahlfähigkeitszeugnisse festzustellen und zu bestätigen. Hier könnte die Verordnung über das Wahlfähigkeitszeugnis für Staatsanwältinnen und Staatsanwälte vom 22. Juni 2005 (LS 213.23) Anhaltspunkte für eine entsprechende Regelung liefern, wobei diese Regelung nicht in einer Verordnung, sondern in einem Gesetz im formellen Sinne zu verankern wäre. Die Wahl sollte nach den Bestimmungen des Gesetzes über die politischen Rechte vom 1. September 2003 an der Urne stattfinden (§§ 39 ff.).

b) Eine Fachbehörde in diesem Sinne setzt voraus, dass die **Kernkompetenzen** (Recht, Sozialarbeit und Pädagogik/Psychologie) in der Behörde, d.h. im Spruchkörper, der im Einzelfall entscheidet, selber vertreten sein müssen. Darüber hinaus muss gewährleistet sein und die Fachbehörde entsprechend ausgerüstet und in die Lage versetzt werden, dass sie weitere fachliche Kompetenzen, die nicht zwingend im Spruchkörper selber vorhanden sein müssen (sog. **Unterstützungsbedarf und delegierbare Kompetenzen**), behördeintern oder auch extern abrufen kann. Es handelt sich dabei vor allem um besondere Kenntnisse im Treuhandwesen, Versicherungswesen (Sozialversicherung), Medizin, Administration und Vermögensverwaltung.

c) Die **Interdisziplinarität** ist insbesondere dort unabdingbar und eine Entscheidung durch ein Fachgremium erforderlich, wo es um den eigentlichen Kernbereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes geht, hauptsächlich dort, wo Massnahmen und Anordnungen in Frage stehen, die mit einem Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Personen verbunden sind oder denen eine präjudizielle Wirkung im Hinblick auf andere Entscheidungen zukommt oder die in wirtschaftlicher Hinsicht von grosser Tragweite sind. In solchen Fällen ist der Entscheid von der **Kollegialbehörde** zu treffen. Daneben existiert aber auch eine Vielzahl von einfacheren Verfahren mit geringeren Ermessensspielräumen, wo aus Gründen der Flexibilität und Speditivität sowie der Verfahrensökonomie vom Erfordernis des interdisziplinär zusammengesetzten Spruchkörpers abgesehen und die Entscheidung einem - ebenfalls fachlich ausgewiesenen - **Einzelmitglied** übertragen werden kann. Es ist dem kantonalen Recht überlassen, im Sinne dieser Überlegungen für bestimmte gesetzlich umschriebene Verfahren die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds vorzusehen (Botschaft, BBl 2006, 7073 f.; vgl. auch vorn, S. 25 f.).

d) **Professionalität** erfordert sodann Spruchkörper, die in konstanter Besetzung tagen, möglichst oft im Einsatz sind und dadurch eine kohärente Praxis entwickeln können. Ein volatiler Spruchkörper würde diesem Anspruch nicht gerecht (vgl. vorn, S. 26). Die Mitglieder müssen zudem ständig erreichbar und die Behörde stets entscheidfähig sein (vorn, S. 24).

e) Die **Gewährleistung der Professionalität** ist wesentlich von der **Grösse des Spruchkörpers** und der **Anzahl der Mitglieder** der Behörde sowie des **Einzugsgebiets** abhängig. Das Bundesrecht sieht zwingend vor, dass für eine Entscheidung der Kollegialbehörde **mindestens drei Mitglieder** erforderlich sind (Art. 440 Abs. 2 E-ZGB). Nach der überzeugenden Analyse der VBK, die sich auf Studien von Fachleuten aus der Praxis des Vormundschaftswesens stützt, erfordert der Grundsatz der Professionalität für die Entfaltung einer reibungslosen Tätigkeit der Fachbehörde eine **Grösse von 5 – 7 Mitgliedern**, die idealerweise in **zwei Kammern** arbeiten, sofern das Einzugsgebiet eine Bevölkerung von mehr als 100'000 Einwohnern und Einwohnerinnen aufweist. Diese Anzahl wird als notwendig erachtet, damit eine Fachbehörde in städtischen Verhältnissen im Rahmen einer hauptberuflichen Tätigkeit im Sinne der angestrebten Professionalität ausgelastet ist. Liegt die Zahl der Einwohner und Einwohnerinnen zwischen 50'000 und 100'000, dürfte ein Spruchkörper von 3 Mitgliedern ausreichend sein, wobei in beiden Fällen für die Stellvertretungen genügend Ersatzmitglieder einzuplanen sind. Als massgebend erachtet wird pro Spruchkörper ein Minimum von ca. 1000 laufenden Massnahmen oder ca. 250 jährlich neu angeordneten Massnahmen, was ungefähr einem **Einzugsgebiet von mindestens 50'000 bis 100'000 Einwohnern und Einwohnerinnen** entspricht (vgl. VBK, ZVW 2008, 88 ff., 98, vgl. auch vorn S. 26 f.). Das Bundesrecht schreibt indessen keine Mindestzahl von Fällen pro Jahr vor, die vom Spruchkörper behandelt werden müssen, damit von Professionalität gesprochen werden kann (vgl. Votum von NR Schwander und Antwort von Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AmtIBull NR 2008, 1537).

2.2 Welche Minimalanforderungen bezüglich dieser Punkte müssen erfüllt sein, damit die KESB bundesrechtskonform ist?

a) Das Bundesrecht verlangt eine Fachbehörde. Damit ist das Erfordernis der Professionalität gesetzlich verankert. Die Fachbehörde muss zudem interdisziplinär zusammengesetzt sein.

Das Bundesrecht will innerhalb dieser Schranken „die Organisationsfreiheit der Kantone so weit wie möglich wahren“ (Botschaft, BBl 2006, 7073). Die Kantone sind jedoch verpflichtet, die Organisation der Fachbehörde so zu regeln, dass das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht **im Sinne der ratio legis bundestreu** umgesetzt wird.

b) Was die an die Behördenmitglieder gestellten fachlichen Anforderungen und den Grundsatz der Interdisziplinarität betrifft, besteht meines Erachtens kein Spielraum, um diese Erfordernisse strenger oder larger zu gewichten. Es ist sicherzustellen, dass die KESB so konstituiert wird, dass das nötige Fachwissen grundsätzlich in der Behörde selber vorhanden ist, um im Sinne eines zentralen Anliegens der Revisionsvorlage die immer komplexer gewordenen psychosozialen Probleme, die es im Kindes- und Erwachsenenschutz zu bewältigen gilt, sachgerecht zu entscheiden und die anspruchsvollen Verfahren so zu gestalten, dass der angestrebte verbesserte Rechtsschutz korrekt und juristisch einwandfrei und ohne kostspielige Reibungsverluste und Leerläufe abgewickelt werden kann.

2.3 Wie sollte die KESB bezüglich dieser Punkte vor dem Hintergrund Ihrer Schlussfolgerungen gemäss Ziffer 1.3 hievon aus Ihrer Sicht ausgestaltet sein?

Anzustreben sind Fachbehörden mit einem Einzugsgebiet von zwischen 50'000 und 100'000 Einwohnern und Einwohnerinnen, so dass grundsätzlich ein Spruchkörper von drei vollamtlichen Mitgliedern hinreichend ist; dazu kommt die erforderliche Anzahl von Ersatzmitgliedern, um die Stellvertretungen zu gewährleisten. Für die Stadt Zürich drängt sich eine andere Regelung auf. Jedenfalls hier soll die Fachbehörde zwei Kammern bilden, die je in Dreierbesetzung tagen, wofür insgesamt 5-7 hauptberuflich tätige fachlich ausgebildete Mitglieder notwendig sind, welche die Kernkompetenzen abzudecken vermögen, so dass auch der Einsatz der Tätigkeit in der Zuständigkeit der Einzelmitglieder und der Stellvertretung geregelt werden kann. Erforderlich ist sodann für jede KESB eine personell ausreichend dotierte Kanzlei, die juristisch ausgebildete Sekretärinnen und Sekretäre, kaufmännisches Personal, EDV-Support und weiteres Personal für behördeninterne Abklärungen sowie ausreichend Fachpersonal für Rechnungsrevisionsarbeiten und Vermögensverwaltungen umfassen muss. Die nähere Ausleuchtung des Bedarfs an personellen Ressourcen und der damit verbundenen Detailfragen ist im Rahmen dieses Berichts schon aus Zeitgründen nicht

möglich. Diese Arbeit könnte mit Vorteil einer besonderen Arbeitsgruppe übertragen werden, wenn über die Grundfragen der Organisation Klarheit besteht.

3. Eingliederung der KESB in die staatsrechtliche Struktur

3.1 Welches sind die Vor- und Nachteile der Eingliederung der KESB auf

- **regionaler Ebene (d. h. kommunale Trägerschaft; z. B. Sitzgemeindemodell analog Betriebs- und Zivilstandswesen oder Zweckverband),**
- **kantonaler Ebene sowie auf**
- **grundsätzlich kantonaler Ebene, mit einer Ansiedlung der KESB in den Städten Winterthur und Zürich auf kommunaler Ebene.**

Die Prüfung soll insbesondere anhand folgender Kriterien vorgenommen werden:

- **materielle Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben,**
- **effiziente, schlanke Strukturen und Abläufe,**
- **Zeitbedarf,**
- **politische Akzeptanz,**
- **finanzielle Auswirkungen.**

Hier ist an die Ausführungen zu Frage 1.3 anzuknüpfen:

a) Das **bisherige System der rein kommunalen Behörden** vermöchte die bundesrechtlichen Anforderungen an eine Fachbehörde nur in den Fällen der Städte Winterthur und Zürich zu erfüllen, im übrigen Kanton jedoch nicht. Es fällt deshalb - jedenfalls als Lösungsansatz für das ganze Kantonsgebiet - ausser Betracht (vgl. vorn S. 43 und hinten S. 50).

b) Näher zu prüfen sind die Varianten **KESB als Gericht**, **KESB als kantonale Verwaltungsbehörde** (kantonale Trägerschaft, Kreismodell) und **KESB als überkommunale Verwaltungsbehörde** (kommunale Trägerschaft).

aa) **Die KESB als Gericht** (vgl. vorn, S. 30., 32 ff.)

aaa) In Frage kommen wie erwähnt regionale Gerichte mit kantonaler Trägerschaft (d.h. kantonale Gerichte mit Delegation an Gerichtskreise). Diese können entweder idealerweise und zukunftsweisend als **Familiengerichte** in der Form einer in die bestehenden Bezirksgerichte integrierten oder angegliederten Abteilung ausgestaltet werden, oder das Gericht kann - weniger weit gehend - als **Spezialgericht** mit Beschränkung der Kognition auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbelange („Vormundschaftsgericht“) konzipiert werden. Hier kann gegebenenfalls an die Überlegungen angeknüpft werden, wie sie in den von der Direktion der Justiz und des Innern veröffentlichten „Allgemeinen Erläuterungen zum Entwurf für ein Gesetz über die Anpassung der kantonalen Gerichts- und Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Straf- und Zivilsachen an die Prozessgesetze des Bundes“ festgehalten werden (nachfolgend zit. Erläuterungen GOG; vgl. dazu Abschnitt D. Zivilprozessrecht, D. 3.2. Spezialgerichte, mit Verweisung auf § 3 GOG). Wenn die KESB als **kantonale Verwaltungsbehörde** (kantonale Trägerschaft, Kreismodell) ausgestaltet wird, ist diese Variante weitgehend gleich zu beurteilen wie diejenige des Spezialgerichts, sofern sichergestellt wird, dass sie als **Gericht im materiellen Sinne** definiert wird, was erfordert, dass sie die Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK vollständig erfüllt (vgl. dazu vorn, S. 30).

Beim Familiengericht und beim Spezialgericht, aber auch bei einer Verwaltungsbehörde als Gericht im materiellen Sinn, muss als **einziges kantonales Rechtsmittel** die Beschwerde ans Obergericht vorgesehen werden (Art. 450 E-ZGB und Art. 75 BGG). Damit sind sowohl die bundesrechtlichen Voraussetzungen als auch die kantonalrechtlichen Erfordernisse von Art. 76 KV erfüllt. Die gerichtliche Zuständigkeit in den Fällen von Art. 439 E-ZGB biete keine Probleme (vgl. vorn S. 18, 37 f.). Die allgemeine (administrative) Aufsicht ist dem Obergericht zu übertragen, wofür neu ein besonderes Inspektorat zu schaffen ist.

Bei allen drei Varianten kann bezüglich des Einzugs- bzw. Zuständigkeitsgebiets an die bestehende Bezirksorganisation angeknüpft und eine KESB vorgesehen werden, die je nach Grösse der Bevölkerung eine oder zwei Kammern aufweisen sollte (vgl. dazu vorn S. 24, 26 f., 46).

Besondere Beachtung verdient die Situation bei den Städten Zürich und Winterthur. Schon heute handelt es sich bei diesen grossen Vormundschaftsbehörden um bewährte, weitgehend professionell tätige, spezialisierte und effizient funktionierende Behörden, wenn auch unterschiedlichen Typs, die wohl mit relativ geringem Aufwand in die vom Bundesrecht vorgeschriebene Fachbehörde überführt werden können. Während das Gebiet der Stadt Zürich mit demjenigen des Bezirks Zürich deckungsgleich ist, umfasst der Bezirk Winterthur nebst der Stadt zusätzlich 20 Landgemeinden. Unter den vorliegenden Umständen könnte jedenfalls mit Bezug auf den Bezirk Zürich eine Regelung in Betracht gezogen und näher geprüft werden, wonach der Kanton im Sinne von Art. 97 Abs. 2 KV die Erfüllung der Aufgaben der KESB der Stadt Zürich überträgt. Ob für Winterthur eine analoge Regelung gangbar wäre, wäre gesondert zu prüfen.

bbb) Die Variante **Familiengericht** würde eine grössere Umgestaltung der kantonalen Gerichtsorganisation, insbesondere in der ersten Instanz, erfordern. Da als Folge der Inkraftsetzung der schweizerischen Strafprozessordnung und Zivilprozessordnung eine Anpassung der kantonalen Gerichts- und Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Straf- und Zivilsachen erfolgen muss (vgl. Erläuterungen GOG), drängt sich meines Erachtens die Frage auf, im gleichen Zusammenhang auch die Variante Familiengericht zu prüfen.

Die Vorteile einer Regelung mit der Schaffung von Familiengerichten sind evident (vgl. dazu vorn, S. 32 f.). Die familienrechtlichen Verfahren würden grundsätzlich bei den erstinstanzlichen Gerichten angesiedelt. Damit würde insbesondere bei den Kinderbelangen den soziologischen Realitäten besser Rechnung getragen. Heute entscheidet in der ersten Instanz die Einzelrichterin oder der Einzelrichter über Kinderbelange im Rahmen der Eheprozesse (Eheschutz, Ehescheidungen, Ehenichtigkeit, Abänderungsverfahren) und - abhängig vom Streitwert - das Bezirksgericht (Kollegium) über Unterhaltsklagen. Für alle Kinderbelange ausserhalb dieser Verfahren, zudem für alle Besuchsrechtsstreitigkeiten ohne direkten Zusammenhang mit Unterhaltsfragen, elterlicher Sorge und Kindesschutzmassnahmen, sowie für alle Kinderbelange (ausser strittigem Unterhalt) bei Kindern unverheirateter Eltern sind dagegen die vormundschaftlichen Behörden zuständig. Heute ziehen sehr viele Paare die nichteheliche Gemeinschaft der Ehe vor; beide Lebensformen sind gesellschaftlich anerkannt und die die Kinder betreffenden Sachverhalte, die einer behördlichen Entscheidung bedürfen, sind in beiden Kategorien praktisch die

gleichen. Eine unterschiedliche sachliche Zuständigkeit, welche unter anderen Voraussetzungen ursprünglich sinnvoll war, lässt sich heute sachlich nicht mehr rechtfertigen. Wie lässt sich begründen, dass die einen Fälle heute von den vormundschaftlichen Behörden beurteilt werden und - zu Recht - künftig in die Zuständigkeit einer Fachbehörde fallen sollen, während für ähnlich gelagerte andere Fälle ganz überwiegend die sachliche Zuständigkeit einer Einzelrichterin oder eines Einzelrichters ohne Spezialwissen und interdisziplinärem Profil erhalten bleibt und genügen soll?

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde muss - wie heute schon die vormundschaftlichen Behörden - die *Offizialmaxime* beachten (Art. 446 E-ZGB; Botschaft, BBl 2006, 7077 f.). Dieser Grundsatz geht so weit, dass sie von Amtes wegen tätig werden muss, und dies auch dann, wenn kein Verfahrens Antrag vorliegt, mithin immer schon dann, wenn sie auf irgendeinem Weg Kenntnis von einem Sachverhalt erlangt, welcher ein behördliches Einschreiten erfordert. Diese Rechtslage ist für ein Zivilgericht ungewohnt, denn in aller Regel wird es nur dann tätig, wenn eine Partei ein Verfahren angehoben hat. Wenn die KESB als Gericht im formellen Sinne konzipiert wird, kann dieser Umstand als Schwäche gesehen werden, die aber durch entsprechende Schulung leicht behoben werden kann. Bei der Umsetzung einer Variante Familiengericht wären vermutlich politische und emotional bedingte Widerstände nicht zu unterschätzen. Es sei nicht verschwiegen, dass der seinerzeitige Vorschlag der ExpK für das heute geltende Scheidungsrecht von 1998, der im bundesrätlichen Entwurf übernommen worden war (Art. 152 E-ZGB), wonach die Kantone die Durchführung von Scheidungsprozessen und anderen familienrechtlichen Verfahren Fachgerichten (Familiengerichten) übertragen könnten, in den parlamentarischen Beratungen abgelehnt wurde (vgl. AmtlBull SR 1996, 771).

ccc) Wie erwähnt unterscheidet sich die Variante **Spezialgericht** („Vormundschaftsgericht“) nicht wesentlich von der Variante der **kantonalen Verwaltungsbehörde** (Kreismodell), sofern diese als Gericht im materiellen Sinne ausgestaltet wird (vorn lit. aaa). Beim Modell der kantonalen Verwaltungsbehörde ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob gegebenenfalls die **Bezirksräte** mit den Aufgaben der KESB betraut werden könnten.

Generell besteht die Aufgabe des Bezirksrates im geltenden Recht in der dezentralen Erfüllung kantonaler Aufgaben. Zum Teil geht es um Verwaltungstätigkeit, zum Teil um Rechtsprechung. Soweit er Organ der Verwaltung ist, hat er Weisungen der kantonalen

Oberbehörde entgegenzunehmen und zu befolgen. Übt er dagegen Rechtsprechungsfunktionen aus, ist er unabhängig. Nach § 3 des Gesetzes über die Bezirksverwaltung (LS 173.1) ist er beim Entscheid über ein Rechtsmittel an keine Weisungen gebunden, ausgenommen bei der Rückweisung durch eine höhere Instanz. E contrario müsste nach dem Wortlaut deshalb geschlossen werden, dass er an Weisungen dann gebunden ist, wenn er erstinstanzlich tätig wird. Im Bereich der vormundschaftlichen Verfahren wird für das geltende Recht die Auffassung vertreten, das Obergericht (zweitinstanzliche Aufsichtsbehörde) könne in einem konkreten Rekursfall und beschränkt auf diesen sämtliche Funktionen kraft Kompetenzattraktion wahrnehmen und in diesem Rahmen auch aufsichtsrechtliche Anordnungen treffen (H.A. Müller, Aufsichtsrechtliche Zuständigkeiten und Rechtsmittel im vormundschaftlichen Verfahren, in Stiftung für juristische Weiterbildung, Anpassung des Zürcher Prozessrechts im Personen- und Familienrecht (Hrsg. Verena Bräm), Zürich 2001, S. 117 ff., 122). Würde man den Bezirksrat als KESB einsetzen, würde er in Kindes- und Erwachsenenschutzangelegenheiten erstinstanzlich entscheiden. Er hätte staatsrechtlich die Funktionen einer reinen Verwaltungsbehörde, was mit Bezug auf die Gestaltung der gerichtlichen Beschwerdemöglichkeiten eine Anpassung der Kantonsverfassung erfordern würde (vorn S. 35 f. und hinten S. 53 f.). Es ist allerdings wohl möglich, ihn de lege ferenda so auszugestalten, dass ihm Gerichtsqualität zukäme, z.B. analog den Baurekurskommissionen, welche zu den Gerichten im materiellen Sinn gehören (Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, N 26 zu § 4 VRG). Als Gesamtbehörde wäre er dann aber teilweise (und wohl überwiegend) mit Verwaltungsaufgaben betraut und teilweise als Spezialgericht („Vormundschaftsgericht“) mit erstinstanzlichen richterlichen Funktionen ausgestattet. Das hätte organisatorisch zur Folge, dass das Spezialgericht („Vormundschaftsgericht“) einer reinen Verwaltungsbehörde angegliedert wäre. Eine solche Regelung wäre meines Erachtens staatsrechtlich wohl problematisch (Vermengung von Exekutive und Judikative) und sollte jedenfalls von einem Staatsrechtler näher abgeklärt werden.

ddd) Ein Gerichtsmodell würde meines Erachtens eine einfache und optimale Umsetzung der bundesrechtlichen Vorgaben ermöglichen und effiziente, schlanke Strukturen und Abläufe garantieren. Der Zeitbedarf für eine solche Umsetzung ist aus meiner Sicht nicht einfach zu beurteilen. Er wäre für die Schaffung von Familiengerichten bestimmt grösser als für die beiden anderen Varianten, weil hier die gesamte kantonale Gerichtsorganisation tangiert wäre.

Doch könnte eine entsprechende Revision im Rahmen der zurzeit in Vorbereitung befindlichen umfassenden Anpassung der kantonalen Gerichts- und Behördenorganisation erfolgen. Unter den drei Modellen von Gerichtsvarianten dürfte die politische Akzeptanz wohl am ehesten für die Variante der kantonalen Verwaltungsbehörde (als Gericht im materiellen Sinne) zu erreichen sein.

Eine zuverlässige Beurteilung der **finanziellen Auswirkungen** kann im Rahmen dieses Berichts nicht erfolgen. Dazu bräuchte es vertiefte Abklärungen, für welche im Rahmen dieses Auftrags die Zeit fehlt. Bei einer kantonalen Trägerschaft für die KESB hätte wohl grundsätzlich der Kanton für deren Kosten aufzukommen und die Gemeinden wären insoweit entlastet. Über die Kostenstruktur der heutigen Vormundschaftsbehörden sind anscheinend keine verlässlichen Zahlen erhältlich. Eine an der HSA Luzern im Jahre 2002 von Fürsprecher lic.iur. Kurt Affolter in Zusammenarbeit mit Frau Judith Binder durchgeführte Erhebung bei 13 grösseren Städten in der Deutschschweiz ergab für professionelle Strukturen Werte von CHF 14 – 25 pro Jahr und Einwohner/Einwohnerin. Die Autoren ziehen allerdings den Schluss, dass zuverlässige Belastungsvergleiche aufgrund des vorhandenen Datenmaterials, der unterschiedlichen Zuständigkeiten (z.B. unter Einschluss von Erbschaftsdienst und Alimentenvermittlung) und der Regelung der Kostenstrukturen (z.B., im Bereich der Informatik und der Miete), sowie der krass unterschiedlichen Ertragsstruktur (zwischen 1% und 33 % des Bruttoaufwandes) nicht möglich sind und nur anhand neuer statistischer Angaben, welche sie im Einzelnen empfehlen, eruierbar wären. Wenn man das Ergebnis der Studie für den Kanton Zürich mit einer gegenwärtigen Bevölkerungszahl von rund 1'300'000 umsetzt, ergäbe das heute Kosten zwischen CHF 18 Mio. und CHF 32 Mio. Zu ermitteln wären aber auch das künftige Sparpotential und die Erträge (Gebühren). Z.B. würde die Beschränkung auf nur eine einzige kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz sicher eine Kostenersparnis mit sich bringen. Qualitativ hochwertige erstinstanzliche Verfügungen reduzieren auch die Beschwerdehäufigkeit und den Bedarf nach unentgeltlicher Prozessführung. Wie die dem Kanton anfallenden Kosten im Falle einer Kantonalisierung zu tragen wären, ist finanzpolitisch neu zu lösen.

bb) Wenn die KESB als **Verwaltungsbehörde** (Kreismodell) den Anforderungen an ein Gericht im materiellen Sinne (Art. 6 Abs. 1 EMRK) **nicht** entspricht sondern als **reine Verwaltungsbehörde** ausgestaltet wird, ergeben sich folgende Schwierigkeiten:

aaa) Falls gegen die Entscheidungen der KESB eine einzige gerichtliche Beschwerdeinstanz vorgesehen wird (was aus den genannten Gründen anzustreben wäre, vgl. vorn S. 31 ff., 39, 42), wäre diese Regelung von Bundesrechts wegen zulässig, könnte aber mit Art. 77 KV nur dann in Einklang gebracht werden, wenn das Gesetz eine Ausnahme im Sinne von Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KV vorsehen würde, weil die in Art. 77 Abs. 1 Satz 1 KV vorgeschriebene, dem gerichtlichen Verfahren vorgelagerte Rekursinstanz aus Gründen des Bundesrechts nicht möglich wäre (vgl. dazu vorn S. 28, 33 ff.). Ein Entscheid der KESB (reine Verwaltungsbehörde) wäre in diesem Falle direkt an das Obergericht (einzige kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz) weiterziehbar. Sofern sich jedoch ergeben sollte, dass die Ausnahmebestimmung von Art. 77 Abs. 1 Satz 2 KV nicht anwendbar ist, liesse sich das Problem nur dadurch lösen, dass für das gerichtliche Beschwerdeverfahren zwei Instanzen vorgeschrieben werden. Eine solche Regelung wäre dann zwar mit dem Bundesrecht und mit Art. 76 KV kompatibel, indessen kaum praktikabel, denn sie würde bedeuten, dass ein Entscheid der KESB, einer kantonalen Fachbehörde, an ein erstinstanzliches Gericht (wohl an das Bezirksgericht) weiterziehbar wäre, dessen Rechtsmittelentscheid dann zweitinstanzlich vom Obergericht beurteilt würde.

bbb) In Art. 6a der schweizerischen Zivilprozessordnung werden die Kantone ermächtigt, ein Gericht zu bezeichnen, das Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung als einzige Instanz beurteilt. Da Art. 76 Abs. 1 KV einen zweistufigen Instanzenzug verlangt, wird deshalb im Rahmen der Revisionsarbeiten für ein Gesetz über die Anpassung der kantonalen Gerichts- und Behördenorganisation gleichzeitig eine Änderung von Art. 76 Abs. 1 KV vorgesehen, dahingehend, dass das Gesetz in begründeten Fällen Ausnahmen vom zweistufigen Instanzenzug vorsehen kann, wenn das Bundesrecht die Beurteilung durch eine einzige kantonale Instanz zulässt. Falls die KV in diesem Sinne geändert wird, wäre auch eine Regelung zulässig, wonach Entscheide der KESB als einer reinen kantonalen Verwaltungsbehörde nur mit gerichtlicher Beschwerde an das Obergericht weitergezogen werden könnten.

ccc) Mit Bezug auf die fürsorgliche Unterbringung liesse sich für die Beurteilung der Fälle von Art. 439 E-ZGB für die KESB als reine Verwaltungsbehörde keine Zuständigkeit begründen, weil hier das Bundesrecht ein Gericht vorschreibt (vorn S. 36 ff.). Als gerichtliche Beschwerdeinstanz müsste deshalb auch hier entweder das Obergericht vorgesehen werden,

oder es wäre das bisherige System der gerichtlichen Beurteilung beizubehalten, was beides nicht zu befriedigen vermag (vorn S. 37 f.).

cc) Zu prüfen bleiben sodann die beiden **überkommunalen Modelle**, der **Zweckverband** einerseits und das **Sitzgemeindemodell** andererseits (vgl. vorn S. 30 f.):

aaa) Eine überkommunale Behörde als Gericht zu konstituieren, ist nicht ausgeschlossen. Wenn sie jedoch erstinstanzlich entscheidet, was bei der KESB zutreffen würde, wäre das zumindest aussergewöhnlich. Bei den folgenden Überlegungen ist deshalb davon auszugehen, dass die KESB bei einem überkommunalen Modell der Fachbehörde als reine Verwaltungsbehörde ausgestaltet würde.

bbb) Bei einer einzigen gerichtlichen Beschwerdeinstanz ist die Situation gleich zu beurteilen wie bei der kantonalen reinen Verwaltungsbehörde. Eine solche Regelung müsste zunächst mit dem kantonalen Verfassungsrecht in Einklang gebracht werden (vorn, lit. bb). Dabei ergäbe sich das Problem, dass Entscheidungen einer kommunalen Behörde (Sitzgemeindemodell) oder einer überkommunalen Behörde (Zweckverband) direkt beim Obergericht angefochten werden müssten (vorn S. 35), was unüblich und unzweckmässig wäre. Falls hingegen für das gerichtliche Beschwerdeverfahren zwei kantonale gerichtliche Instanzen vorgesehen werden, ist die Umsetzung eines überkommunalen Modells nicht ausgeschlossen. Als erstinstanzliche Beschwerdeinstanz müsste von Bundesrechts wegen ein Gericht (wohl das Bezirksgericht) eingesetzt werden, dessen Entscheid an das Obergericht weiterziehbar wäre (vorn S. 35). Damit dürfte das Ziel, eine interdisziplinäre Fachlichkeit sicherzustellen, eher wieder in Frage gestellt sein.

ccc) Die Lösung einer überkommunalen Behörde in der Rechtsform des **Zweckverbands** ist vor allem geeignet für politisch sensible hoheitliche Aufgaben, was für den Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes nicht zutrifft (VBK, ZVW 2008, 91 f.). Sie ist deshalb hier als Modell für die KESB nicht weiter zu verfolgen.

ddd) Näher zu prüfen ist hingegen im Folgenden das **Sitzgemeindemodell**. In der Analyse der VBK werden dafür folgende Vorteile aufgelistet (vgl. ZVW 2008, 90 f.):

Das Sitzgemeindemodell

- erfordert am wenigsten neue Infrastrukturausgaben;
- garantiert eine effiziente und professionelle Aufgabenerfüllung und Nutzung von Synergien;
- ermöglicht den Anschlussgemeinden eine vertragliche Anbindung ihrer Bedürfnisse und eine generelle Entlastung in anforderungsreichen Aufgabenbereichen;
- verursacht wenig administrativen Aufwand;
- ermöglicht bedürfnisgerechte Ausgestaltungsmöglichkeiten.

Das Sitzgemeindemodell eignet sich nach der Analyse der VBK für Gemeinden mit weniger als 50'000 Einwohnern und Einwohnerinnen. Diese sollten sich dann durch einen Anschlussvertrag mit andern Gemeinden zusammenschliessen, um die erforderliche ideale Grösse zu erreichen (VBK, ZVW 2008, 91, 101).

In Art. 91 KV ist die Grundlage für eine vertragliche Zusammenarbeit von Gemeinden geregelt. Das Gesetz legt fest, unter welchen Voraussetzungen Verträge von den Stimmberechtigten oder dem Parlament genehmigt werden können (Art. 91 Abs. 2 KV). In § 7 Gemeindegesetz (GG) wird der Anschlussvertrag nicht ausdrücklich erwähnt. Er wird jedoch in der Praxis anerkannt und kommt häufig vor (Kommentar zum Gemeindegesetz, H.R. Thalman, 3.Aufl. 2000, Ziffer 3 zu § 7, S. 20 ff.; vgl. im Übrigen Kommentar zur KV, zit. S. 31, Art.91 N 3 ff.).

Für den Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzwesens könnte hier sinngemäss eine Regelung wegleitend sein, wie sie für das Zivilstandswesen gewählt wurde:

EGZGB

§ 26. ¹ Zivilstandskreise sind die politischen Gemeinden.

² Mehrere Gemeinden können die Aufgaben des Zivilstandsamtes gemeinsam besorgen lassen.

³ Der Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu einem Zivilstandskreis bedarf der Genehmigung durch den Regierungsrat. Der Vertrag zwischen den Gemeinden regelt, wer die Rechte und Pflichten wahrnimmt, die nach Gesetz der Gemeinde oder einem Gemeindeorgan zukommen. Die Verordnung regelt das Nähere.

Kantonale Zivilstandsverordnung (ZVO; vom 1. Dezember 2004)

§ 1. ¹ Der Regierungsrat legt nach Anhörung der Gemeinden die Zivilstandskreise fest.

² Die Gemeinden, die einen Zivilstandskreis bilden, vereinbaren:
a. den Sitz und die Bezeichnung des Zivilstandskreises,

b. wem die Rechte und Pflichten zukommen, die nach Gesetz der Gemeinde oder einem Gemeindeorgan zukommen.

3 Zuständig für den Vertragsabschluss sind die Gemeinderäte. Die Vereinbarungen unterliegen der Genehmigung durch die kantonale Aufsichtsbehörde.

Damit die im Hinblick auf die anzustrebende Professionalität erforderliche ideale Zielgrösse des Einzugsgebietes (zwischen mindestens 50'000 und 100'000 Einwohnern und Einwohnerinnen) erreicht werden kann, müsste durch die Gesetzgebung analog § 7 Abs. 2 GG sichergestellt werden, dass die Gemeinden auch gegen ihren Willen zum Anschluss verpflichtet werden können. Die Wahl der Mitglieder würde durch die Stimmberechtigten der Sitzgemeinde (d.h. die übernehmende Gemeinde) oder aller zusammengeschlossenen Gemeinden an der Urne erfolgen (vgl. vorn, Ausführungen zu Ziff. 2.1 und 2.2). Nachteilig wäre hier, dass die angeschlossenen Gemeinden, die nicht mehr Träger der Aufgaben der KESB sind, nach den allgemeinen Grundsätzen bei der Aufgabenerfüllung und auch bei der Wahl der Behördenmitglieder kein direktes Mitspracherecht besitzen (Kommentar zum Gemeindegesetz, H.R. Thalmann, a.a.O., Ziffer 3 zu § 7, S. 20). Allenfalls müsste hier die Gesetzgebung für eine Korrektur sorgen, indem für die Anschlussverträge zwingende Vorschriften für entsprechende inhaltliche Auflagen gemacht würden (vgl. dazu Kommentar zur KV, zit. S. 31, Art. 91 N 14 ff.). Die Finanzierung der von der KESB als einer kommunalen Behörde zu erfüllenden Aufgaben wäre im Anschlussvertrag zu regeln.

Falls vom Sitzgemeindemodell ausgegangen wird, dürfte es sinnvoll sein, für die Zusammenfassung von Gemeinden nach Möglichkeit die bestehenden Bezirksgrenzen zu beachten. Nach der vom statistischen Amt des Kantons Zürich im Internet erfolgten Publikation weisen die Bezirke per Ende 2007 folgende Bevölkerungszahlen auf:

Bezirk	Bevölkerung
Affoltern	45'221
Andelfingen	28'414
Bülach	122'722
Dielsdorf	74'918
Dietikon	75'675
Hinwil	83'117
Horgen	110'462
Meilen	93'659

Pfäffikon	53'387
Uster	113'371
Winterthur	145'291
Zürich	354'308

Angeknüpft werden könnte gegebenenfalls auch an die bestehenden Kreise der Jugendsekretariate, weil davon auszugehen ist, dass zwischen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden einerseits und Jugendsekretariaten andererseits besonders enge fachliche Kontakte bestehen. Diese Kreise weisen folgende Bevölkerungszahlen auf:

	Jugendsekretariat	Bevölkerung
1	Region Ost	249'875
	<i>Hinwil 83'117</i> <i>Pfäffikon 53'387</i> <i>Uster 113'371</i>	
2	Region Süd	231'358
	<i>Affoltern 45'221</i> <i>Dietikon 75'675</i> <i>Horgen 110'462</i>	
3	Andelfingen	28'414
4	Bülach	122'722
5	Dielsdorf	74'918
6	Meilen	93'659
7	Winterthur	145'291
8	Zürich	354'308
		<i>1'300'545</i>

Fazit: Das Sitzgemeindemodell weist gewisse Vorteile auf (vorn S. 55 ff.), ist aber praktisch nur umsetzbar, wenn zwei kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanzen vorgesehen werden, was aus meiner Sicht weder notwendig noch wünschbar erscheint (vorn S. 34, 42). Da für die Gewährleistung der Professionalität relativ grosse Kreise unumgänglich sind, dürfte der Zusammenschluss der Gemeinden nicht einfach sein.

3.2 Auf welcher staatsrechtlichen Ebene sollte vor dem Hintergrund Ihrer Schlussfolgerungen gemäss Ziffern 1.3 und 2.3 hievor die KESB aus Ihrer Sicht eingegliedert werden?

a) In der mehrfach zitierten Analyse der VBK wird zu Recht hervorgehoben, dass sich eine kantonale Behörde aus den gleichen Gründen rechtfertigen lasse wie die Kantonalisierung der gesamten Justiz. Eine solche Regelung rechtfertige sich nicht zuletzt auch deshalb, weil gemäss Art. 454 Abs. 3 E-ZGB der Kanton – unabhängig von der staatsrechtlichen Eingliederung der Behörde - haftbar wird für widerrechtliches Handeln oder Unterlassen im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes (bzw. genauer des Kindes- und Erwachsenenschutzes). Weder der Kindes- noch der Erwachsenenschutz würden Raum bieten für gemeindeautonome Ermessensentscheide. Das Bedürfnis, kommunales Wissen über die sozialen Verhältnisse von Schutzbedürftigen in die Entscheidungsfindungen einbringen zu können, lasse sich durch eine sorgfältige Sachverhaltserhebung gegebenenfalls unter Einzug von lokal verankerten Fachstellen sicherstellen (VBK, ZVW 2008, 92). Diesen Ausführungen ist vollumfänglich beizupflichten.

b) Wegleitend für die nachfolgenden Überlegungen ist sodann die Überzeugung, dass nur eine einzige kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz, das Obergericht, vorgesehen werden sollte.

c) Persönlich würde ich eine Kantonalisierung befürworten und dabei der **Gerichtsvariante** in der Form des **Familiengerichtes** den Vorzug geben. Dabei sollte eine für die Städte Zürich und Winterthur adäquate besondere Lösung geprüft werden (vorn S. 50). Selbstverständlich müsste auch beim Familiengericht für alle Verfahren die in Art. 440 Abs. 2 E-ZGB vorgesehene Möglichkeit bestehen, dass durch Gesetz Ausnahmen von der Zuständigkeit des Kollegiums geschaffen werden können. Trotz der zu erwartenden Widerstände sollte nach meinem Dafürhalten die Variante Familiengericht ernsthaft geprüft werden. Sie mag zwar als visionär erscheinen, meines Erachtens ist sie aber zukunftsweisend. Es sei daran erinnert, dass zurzeit in Deutschland eine Gesetzesrevision im Gange ist und voraussichtlich per 1. September 2009 in Kraft treten wird, wonach künftig alle Verfahren, die mit der Familie zu tun haben, einheitlich vor dem Familiengericht verhandelt werden sollen (vgl. Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [FamFG], vom Bundestag am 27. Juni 2008 verabschiedet, noch nicht verkündet). Nach diesem Gesetz sollen das bisherige Vormundschaftsgericht aufgelöst und seine Zuständigkeiten auf das Familiengericht, bzw. auf ein neu zu schaffendes Betreuungsgericht (dieses für Betreuungsverfahren und Freiheitsentziehungsmassnahmen) verteilt werden.

d) Sofern das Modell Familiengericht aus politischen oder anderen Gründen als nicht realisierbar beurteilt werden sollte, würde ich als Modell für die Fachbehörde (KESB) das **Spezialgericht** („Vormundschaftsgericht“) oder – grundsätzlich gleichwertig – die **kantonale Verwaltungsbehörde** (Kreismodell) vorsehen, sofern diese so konzipiert wird, dass sie als Gericht im materiellen Sinne den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK genügt.

e) Realisierbar ist auch das Modell der KESB als einer reinen kantonalen Verwaltungsbehörde (Kreismodell), sofern es mit den kantonalen Verfassungsbestimmungen von Art. 76 oder 77 KV in Einklang gebracht werden kann (vgl. dazu vorn S. 34 ff.).

f) Das **Sitzgemeindemodell** erachte ich grundsätzlich als gangbaren Weg, doch ist hier unumgänglich, dass das gerichtliche Beschwerdeverfahren über zwei kantonale Instanzen erfolgt, was nach meinem Dafürhalten zu aufwändig ist und wofür keine Notwendigkeit besteht. Zudem besteht hier eine gewisse Gefahr, dass die Zusammenschlüsse der Gemeinden zu kleine Zuständigkeitsgebiete umfassen, so dass die vom Bundesrecht angestrebte Professionalisierung nur halbherzig umgesetzt wird.

g) Nicht unerwartet werden bei einem Wechsel der Zuständigkeit von der bisher kommunal organisierten Vormundschaftsbehörde in eine kantonale Zuständigkeit Bedenken laut wegen befürchteter Eingriffe in die Gemeindeautonomie. In der Analyse der VBK (ZVW 2008, 96 f.) wird indessen überzeugend dargelegt, dass dies bei objektiver und nüchterner Betrachtungsweise nicht zutrifft. Gemeindeautonomie bedeutet vor allem das Recht der Gemeinde zum Erlass eigener Rechtsnormen und zur Selbstverwaltung (Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl. 2005, Rz. 976). Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnisse zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung des kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen (BGE 128 I 3 ff., 5 E. 2a). Zu Recht wird in der Analyse der VBK darauf hingewiesen, dass Gemeindeautonomie zum Ziel hat, „den wohnörtlichen Bedürfnissen und Gegebenheiten bestmöglich Rechnung tragen zu können“, und dass es vor allem um die „den lokalen Verhältnissen entsprechend adäquate Erfüllung öffentlicher Aufgaben“ geht. Um solche politische Spielräume (z.B. Raumplanung, sozialpolitische Versorgung mit Krippen, Tagesschulen, Altersheimen, Spitexdiensten, Wirtschafts- und Tourismusförderung etc.) geht es beim Kindes- und Erwachsenenschutz nicht. Die Entscheidungsfindung in diesem Bereich „ist (...) gerade nicht mit politischen

Spielräumen oder Handlungsmacht versehen, sondern stellt eine am individuellen Wohl des Einzelnen orientierte, bundesrechtlich geregelte Spezialfürsorge und damit auf die Verwirklichung des Familienrechts ausgerichtete Tätigkeit dar. (...). Aspekte der Gemeindeautonomie sind dabei typischerweise sachfremd.“

Ergänzend sei hier beigefügt, dass es sich beim Kindes- und Erwachsenenschutz um eine durch das formelle Bundesprivatrecht geregelte Materie handelt, um eine Aufgabe der Rechtsgemeinschaft, die traditionellerweise bisher den Gemeinden übertragen wurde. Das revidierte Bundesrecht will jedoch unter Berücksichtigung der heutigen Bedürfnisse der Gesellschaft eine neue Ordnung schaffen, für deren Realisierung die bestehenden Strukturen nicht mehr genügen (vgl. auch das Votum von Bundesrätin Widmer-Schlumpf, AmtIBull NR 2008, 1537). Der von Kritikern oft geäußerte Einwand, mit der Aufhebung der kommunalen Zuständigkeit bei der Reorganisation der vormundschaftlichen Behörden (bzw. der Konzeption der neuen KESB) werde in einen Kernbereich der Gemeinden eingegriffen, trifft deshalb in dieser Form überhaupt nicht zu.

Ohne Zweifel ist es aber bei der im Hinblick auf Entscheidungen der KESB wichtigen Ermittlung des Sachverhalts von grosser Wichtigkeit, die persönlichen Verhältnisse und das soziale Umfeld der betroffenen Personen abzuklären. Diesem Umstand ist dadurch Rechnung zu tragen, dass die örtlich vertrauten Stellen (z.B. örtliche oder regionale Sozialdienste, Schulorgane, medizinische Dienste etc. als örtliche „Antenne“ der Fachbehörde) wenn immer möglich in die Ermittlungen einbezogen werden. Zusammenfassend wird dazu in der erwähnten Analyse der VBK zu Recht festgehalten: „Lokal einzuholende Informationen spielen im Sinn der Ressourcen- und Sozialraumorientierung eine wichtige Rolle, die Gemeindeautonomie als solche ist im Kindes- und Erwachsenenschutz hingegen ein sachfremdes Entscheidungskriterium“ (ZVW 2008, 96 f.). Die aus kommunalen Kreisen geäußerten Befürchtungen, bei einer Regionalisierung würden lokale Gegebenheiten nicht gebührend berücksichtigt, sind ernst zu nehmen. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass, insbesondere im Bereiche des Kinderschutzes heute schon bewährte Praxis ist, dass viele Abklärungen im Auftrag der Vormundschaftsbehörden von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Jugendsekretariate, die regelmässig für bestimmte Gemeinden „zuständig“ sind, vorgenommen werden. Daran werden auch die künftigen Fachbehörden anknüpfen können. Es ist anzustreben, dass ein entsprechendes Netz, wie es teilweise über besondere Zweckverbände auch heute schon ähnlich funktioniert, auch für den Bereich des

Erwachsenenschutzes ausgebaut wird. Solche Vernetzungen, die garantieren sollen, dass lokales Wissen in die Entscheide der KESB einfliessen kann, sind schon deshalb von grosser Bedeutung und unentbehrlich, weil die Fachbehörde den Untersuchungsgrundsatz (Art. 446 E-ZGB) zu beachten hat. Es ist daher notwendig und zweckmässig, die Gemeinden durch gesetzliche Bestimmungen in die Kooperation zur Abklärung der Verhältnisse einzubinden und damit auch politisch abgesicherte „örtliche Antennen“ zu schaffen.

4. Weitere Bemerkungen

Haben Sie aus Ihrer Sicht weitere sachdienliche Bemerkungen anzubringen?

Bei den im Hinblick auf die kantonale Umsetzung des neuen Rechts dargestellten Varianten werden sich ganz unterschiedliche und wichtige Detailfragen stellen, auf welche im Rahmen dieses Berichts nicht näher eingegangen werden kann.

Greifensee, den 30. November 2008

Beilage: Anhang als separates Dokument: Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: Aufgaben und erforderliche Kompetenzen (Wiedergabe der tabellarischen Übersicht in ZVW 2008, 117 ff.)