



DER REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH

an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Zürich, den 3. März 2004

Vorentwürfe 2003 für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) sowie für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (Vernehmlassung)

Herr Bundesrat

Mit Schreiben vom 25. Juni 2003 unterbreiten Sie uns die Vorentwürfe für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht [VE ZGB]) sowie für ein Bundesgesetz über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenenschutzbehörden (VE Verfahren) zur Vernehmlassung. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme und lassen uns innert erstreckter Frist wie folgt vernehmen:

A. Vorbemerkungen

1. Die Bestimmungen des seit nunmehr bald hundert Jahren geltenden Vormundschaftsrechts haben – mit Ausnahme jener zur fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art. 397a–f des Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]) – bis heute praktisch keine Änderungen erfahren. Es ist unbestritten, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse und Anschauungen in der Zwischenzeit in mancher Hinsicht grundlegend verändert haben. Im Weiteren hat der Grundrechtsschutz – dem namentlich in vormundschaftlichen Verfahren eine bedeutende Rolle zukommt – heute einen viel höheren Stellenwert als bei Erlass des ZGB. Die Praxis war indes durch extensive und kreative Auslegung des geltenden Rechts sowie pragmatisches Vorgehen bis heute in der Lage, sich den neuen Herausforderungen zu stellen. So machen bei den Erwachsenen die mit dem leichtesten Eingriff in die Rechtsstellung einer natürlichen Person ver-

bundenen vormundschaftlichen Massnahmen – die Beistandschaften (ohne Beiratschaften) – über die Hälfte der amtsgebundenen Massnahmen aus, obwohl das geltende Vormundschaftsrecht in erster Linie auf die Entmündigung – die den grundsätzlichen Entzug der Handlungsfähigkeit der Betroffenen bedeutet – ausgerichtet ist. Als weiteres Beispiel für die Anpassungsfähigkeit der geltenden Ordnung an veränderte Verhältnisse sei auf die professionellen Mandatsträgerinnen und -träger, deren Bedeutung vielerorts laufend zunimmt, hingewiesen, obwohl das geltende Recht die Amtsvormündin bzw. den Amtsvormund nicht kennt.

In organisations- und verfahrensrechtlichen Fragen überlässt das geltende Recht den Kantonen einen weiten Gestaltungsspielraum, der es ihnen ermöglicht, eigenverantwortlich zu entscheiden, welches Organisationsmodell mit der darauf abgestimmten Verfahrensordnung den spezifischen Gegebenheiten und Strukturen ihres Standes am besten Rechnung trägt. In den meisten Kantonen der deutschen Schweiz – so auch im Kanton Zürich – amtet die Exekutive der Gemeinde bzw. ein Ausschuss aus deren Mitte oder eine besondere Kommission als Vormundschaftsbehörde. Die langjährigen Erfahrungen mit diesem Organisationsmodell zeigen, dass es sich im Grossen und Ganzen bewährt hat. Im Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass seit der Inkraftsetzung der Bestimmungen zur fürsorgerischen Freiheitsentziehung anfangs 1981 sowie den gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung erfolgten Anpassungen bezüglich der kantonalen Rechtsmittelinstanzen der Anspruch auf Beurteilung durch ein Gericht im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention in sämtlichen vormundschaftlichen Verfahren gewährleistet ist.

2. Die seit bald hundert Jahren dauernde Fortentwicklung des Vormundschaftsrechts durch Lehre, Rechtsprechung und Praxis hat unweigerlich zur Folge, dass das geltende Recht mit der Rechtswirklichkeit nicht mehr übereinstimmt. Dieser Umstand ist letztlich der einheitlichen Rechtsanwendung sowie der Rechtssicherheit abträglich. Angesichts der primären Ausrichtung des geltenden Systems der amtsgebundenen Massnahmen auf den vollständigen Entzug der Handlungsfähigkeit der Betroffenen kann dem Verhältnismässigkeitsprinzip letztlich nicht in ausreichender Weise entsprochen werden. Sodann sind in Anbetracht veränderter demographischer Verhältnisse neue Instrumente zur Verfügung zu stellen, welche die Behörden von der Anordnung von Massnahmen entlasten. Angesichts der Aufgabenvielfalt der Behörden (Anordnung von Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes sowie im Bereich der gemeinsamen elterlichen Sorge und des Besuchsrechts, Aufsicht über Beiständinnen und Beistände, Beschwerdeinstanz) sowie der stetig wachsenden Anforderungen an die Rechtsstaatlichkeit

vormundschaftlicher Verfahren dürfte im Interesse der langfristigen Qualitätssicherung die Professionalisierung der Behörden künftig an Bedeutung gewinnen. Ähnliches trifft auf die Mandatsträgerinnen und -träger zu, da die Anzahl komplexer Mandate tendenziell wächst, abgesehen davon, dass es vielerorts schwieriger geworden ist, geeignete Privatpersonen in genügender Anzahl zu gewinnen. Insgesamt gesehen erscheint daher die Revision des Vormundschaftsrechts als grundsätzlich angezeigt.

3. Mit den beiden Vorentwürfen wird zunächst eine umfassende Neuordnung des materiellen Rechts angestrebt. Im Weiteren sind tief greifende Änderungen in organisations- und verfahrensrechtlicher Hinsicht vorgesehen, die den bisherigen kantonalen Gestaltungsspielraum erheblich einschränken. Die Regelungsdichte des materiellrechtlichen Vorentwurfs ist im Verhältnis zum geltenden Recht sehr hoch, und die unterbreiteten Lösungen zeichnen sich vielfach durch einen Hang zur Perfektion aus. Beispielhaft sei auf die Möglichkeit der Errichtung des Vorsorgeauftrags im Allgemeinen mittels öffentlicher Beurkundung (Art. 361 VE ZGB), die Kaskade vertretungsberechtigter Angehöriger für medizinische Massnahmen, wenn eine Person urteilsunfähig ist (Art. 434 Abs. 1 Ziffern 1–3 VE ZGB), sowie auf die vorgesehene Pflicht der Kantone, Wohn- und Pflegeeinrichtungen unangemeldet durch Fachpersonen besuchen zu lassen (Art. 442 Abs. 2 VE ZGB), hingewiesen. Das neue System der amtsgebundenen behördlichen Massnahmen mit notwendiger Massarbeit im Einzelfall (Art. 377 ff. VE ZGB) wird den Arbeitsaufwand der Behörden erhöhen. Aber auch die neuen Instrumente der eigenen Vorsorge (Art. 360 ff. VE ZGB) sowie das gesetzliche Vertretungsrecht für die Angehörigen bei Urteilsunfähigkeit einer Person (Art. 431 ff. VE ZGB) dürften in der vorgeschlagenen Ausgestaltung – in der die Behörden zahlreiche Aufgaben wahrzunehmen haben – zu einer nicht zu vernachlässigenden Mehrbelastung führen.

Als zentrale Neuerung der Revisionsvorlage hätte schliesslich die in Art. 443 Abs. 1 und 2 VE ZGB vorgesehene organisationsrechtliche Bestimmung auf Bundesebene, wonach die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde künftig ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht sein muss, u. a. für unseren Kanton weitreichende Konsequenzen, müsste doch die heutige Behördenstruktur von Grund auf reorganisiert werden. Das Ergebnis des Untervernehmlassungsverfahrens in unserem Kanton zeigt denn auch eine breite Ablehnung des neuen Organisationsmodells bei den Gemeinden.

4. Wir gehen davon aus, dass die Summe der grundlegenden Änderungen, die mit den beiden Vorentwürfen unterbreitet werden, neben personellen Auswirkungen auch erhebliche Mehrkosten für die Kantone

zur Folge haben wird. Angesichts der angespannten Lage der öffentlichen Haushalte mit entsprechend beschränkten Ressourcen besteht die Gefahr, dass sich die hohen Zielsetzungen der Vorentwürfe nur bedingt in angemessener Weise umsetzen lassen, sodass ein grosser Widerspruch zwischen dem Anspruch des Gesetzes und der im Alltag gelebten Praxis entstehen könnte. Unseres Erachtens gilt es indes zu vermeiden, dass das revidierte Recht in der Bevölkerung zu hohe Erwartungen weckt, die sich im Rahmen des Vollzugs nicht oder nur teilweise erfüllen lassen.

5. Vor diesem Hintergrund hätten wir erwartet, dass der Bund zusammen mit den Vorentwürfen eine vertiefte wissenschaftliche Untersuchung mit der Analyse einer repräsentativen Auswahl vormundschaftlicher Verfahren vorlegt, welche die sachliche Notwendigkeit der Revision des Vormundschaftsrechts im beantragten Umfang aufzeigt. Dies gilt umso mehr, als nach unseren Erfahrungen die geltende Ordnung – wie einleitend gezeigt – grundsätzlich funktionsfähig ist. Im Übrigen erachten wir auch die im Expertenbericht (S. 111 ff.) lediglich allgemein gehaltenen Ausführungen zu den Kostenfolgen als ungenügend. Auch diesbezüglich sind weitere Untersuchungen erforderlich, sodass die mit der Revision angestrebten Verbesserungen dem entsprechenden personellen und finanziellen Mehraufwand gegenübergestellt werden können. Wir beantragen daher, die beiden Vorentwürfe einer grundlegenden Überarbeitung zu unterziehen. Im Rahmen dieser Arbeiten sind der Umfang des Revisionsbedarfs sowie die personellen und finanziellen Auswirkungen einer Revision des Vormundschaftsrechts gestützt auf die genannten Untersuchungen noch einmal kritisch zu überprüfen. Im Weiteren ist die kantonale Organisationshoheit so wenig wie möglich einzuschränken, ganz abgesehen davon, dass auf perfektionistische Lösungsansätze zu verzichten ist.

6. Für den Fall, dass am vorgelegten Konzept festgehalten werden sollte, äussern wir uns nachfolgend zu den wichtigsten Revisionsanliegen sowie in diesem Zusammenhang zu einzelnen Bestimmungen, die aus kantonaler Sicht von besonderem Interesse sind. In einem dritten Teil werden wir zu weiteren Bestimmungen der Vorentwürfe, die uns aus fachlicher Sicht als wesentlich erscheinen, Stellung beziehen. Das Hauptaugenmerk werden wir dabei auf den materiellrechtlichen Vorentwurf legen, zumal wir davon ausgehen, dass der VE Verfahren auf Grund der auch von anderen Vernehmlassungsadressaten beantragten Änderungen zur Behördenorganisation wohl ohnehin in umfassender Weise zu überarbeiten sein wird.

B. Zu den wichtigsten Revisionsanliegen

1. Förderung des Selbstbestimmungsrechts in der Form der eigenen Vorsorge

Die Förderung des Selbstbestimmungsrechts durch die Einführung von drei neuen Rechtsinstituten – Vorsorgeauftrag im Allgemeinen (Art. 360 ff. VE ZGB) und für medizinische Massnahmen (Art. 370 ff. VE ZGB) sowie Patientenverfügung (Art. 373 VE ZGB) – ist angesichts der stetig steigenden Lebenserwartung und der damit einhergehenden Zunahme von an Alzheimer oder einer Altersdemenz leidenden Personen zu unterstützen. Die neuen Instrumente haben letztlich präventiven Charakter, indem eine durch die Behörden angeordnete Erwachsenenschutzmassnahme in der Regel nicht mehr erforderlich ist, was eine Verminderung von behördlich angeordneten Beistandschaften mit entsprechend positiven Auswirkungen auf die Kostenseite zur Folge haben dürfte. In Anbetracht der verschiedenen Aufgaben, welche die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Rahmen der neuen Rechtsinstitute wahrzunehmen hat, dürfte der Entlastungseffekt allerdings nicht allzu gross sein.

Wir empfehlen sodann, zu prüfen, ob die neuen Institute nicht einheitlicher und einfacher gestaltet werden können. Sind die formellen Erfordernisse zu gross und die Verfahren zu aufwendig und kompliziert, besteht die Gefahr, dass diese Rechtsinstitute in der Praxis nicht oder zu wenig genutzt werden, was der Zielsetzung zuwiderlaufen würde. Eine gewisse Vereinheitlichung der drei Institute könnte auch deren Praktikabilität fördern. Es ist nicht ohne weiteres nachvollziehbar, weshalb für den Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und die Patientenverfügung, die unter Umständen schwer wiegende Eingriffe in die körperliche Integrität regeln und im Extremfall über Leben und Tod entscheiden können, richtigerweise einfache Schriftlichkeit genügt, während für den Vorsorgeauftrag im Allgemeinen, bei dem es oft lediglich um die Verwaltung einer Rente und oder eines Bankkontos geht, die strengen Vorschriften gemäss Art. 361 VE ZGB gelten sollen. Im Sinne des Absehens von perfektionistischen Lösungen beantragen wir, auf die Möglichkeit der Errichtung des Vorsorgeauftrages im Allgemeinen mittels öffentlicher Beurkundung (Art. 361 Abs. 1 VE ZGB) zu verzichten. Im Interesse der wünschbaren Vereinheitlichung der drei neuen Instrumente der eigenen Vorsorge regen wir an, auf die zeitliche Befristung der Wirksamkeit des Vorsorgeauftrags im Allgemeinen (Art. 363 Abs. 1 VE ZGB) sowie für medizinische Massnahmen (Art. 371 in Verbindung mit Art. 363 Abs. 1 VE ZGB) zu verzichten. Schliesslich empfehlen wir, das Verhältnis dieser neuen Instrumente zu den übrigen Stellvertretungsregelungen gemäss Obligationenrecht noch genauer zu untersuchen.

2. Stärkung der Solidarität in der Familie und Entlastung des Staates

Die vorgeschlagenen Neuerungen bezwecken – jedenfalls dem Grundsatz nach – ebenfalls, dass die Erwachsenenschutzbehörde von Massnahmen absehen kann, wenn sich das Problem innerhalb der engeren Familienangehörigen ebenso gut lösen lässt. Ausserdem fällt mit der Einführung eines gesetzlichen Vertretungsrechts für Ehegatten (Art. 431 VE ZGB) eine rechtliche Grauzone weg, die heute mangels gesetzlicher Regelung besteht. Diese Zielsetzungen sind zu begrüessen. Was das gesetzliche Vertretungsrecht für medizinische Massnahmen (Art. 434 f. VE ZGB) betrifft, erscheint eine bundesrechtlich einheitliche Regelung aus Gründen der Rechtssicherheit angebracht. Es gilt jedoch zu beachten, dass urteilsunfähige Personen mittels geeigneter Massnahmen vor dem Missbrauch der gesetzlichen Vertretungsrechte durch nahe Angehörige wirksam geschützt werden müssen.

Bei der konkreten Ausgestaltung des gesetzlichen Vertretungsrechts für medizinische Massnahmen in Art. 434 f. VE ZGB sind bezüglich Praktikabilität und Finanzierbarkeit Vorbehalte anzubringen. Bereits heute unternehmen die Spitäler viel, um die Angehörigen einer urteilsunfähigen Patientin oder eines urteilsunfähigen Patienten zu ermitteln, zu informieren und in die Entscheidungsfindung mit einzubeziehen. Wie aber unter den Nachkommen, Eltern und Geschwistern der urteilsunfähigen Person diejenige Person ermittelt werden soll, zu der die engste Beziehung im Sinne von Art. 434 Abs. 1 Ziffer 3 VE ZGB besteht, ist unklar. Zudem ist zu bedenken, dass sich die Angehörigen der urteilsunfähigen Person für schwer wiegende Entscheide Zeit ausbedingen werden. Dies gilt umso mehr, als sie sich oftmals durch den Besorgnis erregenden Gesundheitszustand des nahen Angehörigen selbst in einer psychischen Ausnahmesituation befinden dürften. Solches hätte letztlich zur Folge, dass künftig in den – durch die KVG-Spitalplanung bewusst knapp gehaltenen – und teuren Pflegebetten Patientinnen und Patienten liegen würden, die auf den Entscheid der vertretungsberechtigten Person oder der Erwachsenenschutzbehörde warten, während gleichzeitig andere, behandlungswillige Patientinnen oder Patienten nicht aufgenommen werden können, was zu unhaltbaren Zuständen führen kann. Wir regen daher an, die in Art. 434 f. VE ZGB vorgesehene Regelung dahingehend zu überarbeiten, dass die Behandlungsteams in den Spitälern gestützt auf die Geschäftsführung ohne Auftrag auch ausserhalb von Notfallbehandlungen innert nützlicher Frist das Erforderliche in die Wege leiten können. Im Übrigen geht Art. 434 VE ZGB auch – jedenfalls in unserem Kanton – weit über die entsprechenden Bestimmungen des vom Kantonsrat am 19. Januar 2004 in erster Lesung beratenen Patientenrechtsgesetzes hinaus. Gemäss dessen § 24 sind die Be-

zugspersonen nämlich lediglich anzuhören, wohingegen nach Art. 434 VE ZGB die Anordnungen der vertretungsberechtigten Personen verbindlich sind.

3. Massnahmen nach Mass

a) Der neue Massnahmenkatalog verbunden mit der Abkehr vom Prinzip der Typenfixierung und dem offenen System der Beistandschaften, das flexible und massgeschneiderte Massnahmen ermöglicht, die den Bedürfnissen des Einzelfalles jeweils gerecht werden, verdient grundsätzlich Unterstützung. Dem Wegfall der überholten Terminologie des geltenden Rechts – wie Entmündigung und Vormundschaft – ist ebenfalls zuzustimmen. Die Handhabung der massgeschneiderten Massnahmen wird sowohl bei der anzuordnenden Instanz als auch bei den Beiständinnen und Beiständen Flexibilität und Professionalität erforderlich machen sowie zu einem Mehraufwand bei den betroffenen Fachpersonen führen.

b) Die Unterstützung schwacher Gesellschaftsmitglieder ist in erster Linie Aufgabe der nächsten Angehörigen. In diesem Sinne hält Art. 375 VE ZGB zu Recht den – in einem liberalen Rechtsstaat allgemein geltenden – Grundsatz der Subsidiarität staatlicher Massnahmen fest. Zu diesem Grundsatz steht aber unseres Erachtens Art. 376 VE ZGB in einem gewissen Widerspruch. Wird Hilfsbedürftigen ein Rechtsanspruch auf rechtzeitiges Einschreiten durch die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eingeräumt, so müsste, um dieser Pflicht gerecht zu werden, letztlich jede Person ständig auf ihre Hilfsbedürftigkeit geprüft werden, weil nur so sichergestellt werden kann, dass ihr die benötigte Hilfe rechtzeitig zuteil wird. In der Praxis werden aber die Kinder- und Erwachsenenschutzbehörden oftmals erst dann auf den Umstand aufmerksam, dass eine bestimmte Person der Hilfe bedarf, wenn etwas schief geht. Ein solch reaktives Verhalten der zuständigen Behörde steht zwar in Einklang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz, verletzt aber streng genommen das Recht der Hilfsbedürftigen auf rechtzeitige Hilfe und kann überdies haftpflichtrechtliche Fragen aufwerfen. Art. 376 VE ZGB ist eine zwar gut gemeinte, aber letztlich all zu perfektionistische Bestimmung. Wir beantragen deshalb, diese ersatzlos zu streichen.

c) Im Vorentwurf wird zwischen vier Arten der Beistandschaft unterschieden. Nach unserem Dafürhalten ist die Begleitbeistandschaft (Art. 380 VE ZGB) für sich allein wenig sinnvoll. Ist eine hilfsbedürftige Person kooperativ, kann auf freiwilliger Grundlage die nötige Unterstützung von privaten und öffentlichen Sozialdiensten geboten werden. Bei fehlender Kooperation der betroffenen Person reicht diese Massnahme zu einer wirkungsvollen Unterstützung nicht aus. Als eigen-

ständige Massnahme kann demnach auf die Begleitbeistandschaft (Art. 380 VE ZGB) verzichtet werden. Die Anordnung der persönlichen Hilfe im Rahmen der anderen Formen von Beistandschaften soll aber möglich sein.

d) Den in Art. 392 Abs. 3 VE ZGB im Vergleich zum geltenden Recht (Art. 416 ZGB) enthaltenen Systemwechsel im Zusammenhang mit der Entschädigung der Beiständin oder des Beistands, einschliesslich Spesenersatz, erachten wir als sachlich nicht gerechtfertigt. Der Grundsatz der Subsidiarität staatlichen Handelns ist auch in diesem Zusammenhang zum Ausdruck zu bringen. Wir beantragen daher, die fragliche Bestimmung dahingehend zu überarbeiten, dass die Entschädigung sowie der Ersatz für die notwendigen Spesen der Mandatsträgerin oder des -trägers in erster Linie den Verbeiständeten belastet werden und lediglich subsidiär – mithin bei Mittellosigkeit der Verbeiständeten – das Gemeinwesen die Finanzierung übernehmen muss. Zusätzlich regen wir an, vorzusehen, dass die Verbeiständeten verpflichtet werden können, die vom Gemeinwesen finanzierte Entschädigung der Beiständin oder des Beistands, einschliesslich Ersatz für die notwendigen Spesen, nachzuzahlen, falls Erstere nachträglich in günstige finanzielle Verhältnisse gekommen sind.

e) Die im Vorentwurf in Art. 408 f. VE ZGB von Gesetzes wegen formulierten Privilegien für Angehörige erachten wir als fragwürdig. In der Praxis sind wiederholt Fälle bekannt geworden, in denen Angehörige die Interessen der Betroffenen – oftmals aus Unwissenheit – nicht vollumfänglich gewahrt haben. Aber auch angesichts des Umstands, dass der Kanton für die fragliche Personengruppe primär und kausal haftet (Art. 452 Abs. 2 VE ZGB), drängt es sich auf, nicht auf sämtliche Kontrollmassnahmen zu verzichten. Dies gilt umso mehr, als die Angehörigen bei einem vollständigen Verzicht auf Kontrollmassnahmen sogar gegenüber den vorsorgebeauftragten Personen privilegiert sind, die nach Art. 400 OR immerhin rechenschaftspflichtig sind (Art. 455 VE ZGB). Wir beantragen daher, Art. 408 und 409 VE ZGB so zu formulieren, dass sämtliche in den beiden Bestimmungen enthaltenen Angehörigen sowohl der Inventarpflicht als auch der Rechnungsablage unterliegen, wovon sie nicht befreit werden können. Bezüglich der Pflicht zur periodischen Berichterstattung sowie jener, für bestimmte Geschäfte die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen, kann die Regelung des Vorentwurfs beibehalten werden.

4. Verbesserung des Rechtsschutzes und Schliessung von Lücken bei der fürsorgerischen Freiheitsentziehung

a) Der Vorentwurf lehnt sich bei der Umschreibung der materiellen Voraussetzung zur fürsorgerischen Unterbringung eng an das geltende Recht an. Die neue Terminologie der fürsorgerischen Unterbringung ist zu begrüssen. Hinsichtlich der vorgesehenen Einschränkung der ärztlichen Unterbringungszuständigkeit (Art. 421 VE ZGB) sind demgegenüber Vorbehalte anzubringen. Die Zwangsbehandlung im Rahmen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ist im geltenden Recht nicht geregelt. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der einheitlichen Rechtsanwendung stimmen wir der abschliessenden Regelung der Zwangsbehandlung im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung auf Bundesebene (Art. 427–430 VE ZGB) zu.

b) Die in Art. 419 Abs. 1 VE ZGB enthaltene Befristung der Zurückbehaltung durch die Klinikleitung auf 48 Stunden erscheint zu kurz und unpraktikabel, zumal ein Festhalten an dieser Frist wohl die Einrichtung eines eigentlichen Pikettdienstes für die Erwachsenenschutzbehörde zur Folge hätte. Ausserdem dürften die 48 Stunden häufig nicht reichen für eine kompetente, interdisziplinäre Beurteilung einer komplexen Situation. Konkret kann dies bedeuten, dass die zurückbehaltene Person auch dann entlassen wird, wenn dies objektiv nicht in ihrem Interesse liegt – ganz einfach deshalb, weil die Frist abgelaufen ist. Die im Expertenbericht (S. 62) formulierte Zielsetzung, die heute oft beobachtete «Drehtür-Psychiatrie» zu verhindern, wäre damit gefährdet. Die Zurückbehaltung wird durch die ärztliche Leitung einer Klinik angeordnet und kann nur unter restriktiven Bedingungen (akute Selbst- oder Fremdgefährdung) erfolgen. Insofern lässt sich eine längere Frist durchaus rechtfertigen. Wir regen daher an, die Zurückbehaltung auf höchstens fünf Tage auszudehnen und gleichzeitig festzuhalten, dass in jedem Fall – indes ohne Verzug – zu entscheiden ist.

c) Bei einer Beschränkung der ärztlichen Unterbringung auf vom Kanton als geeignet bezeichnete Ärztinnen und Ärzte, wie es Art. 421 Abs. 1 VE ZGB vorsieht, könnte in unserem Kanton die fürsorgerische Unterbringung wohl nicht mehr durch den von der Ärztesgesellschaft privat organisierten ärztlichen Notfalldienst wahrgenommen werden, in dessen Rahmen sich die Frage der fürsorgerischen Unterbringung besonders oft stellt. Es besteht somit die Gefahr, dass die unterbreitete Einschränkung der ärztlichen Unterbringungszuständigkeit die Einrichtung eines kostspieligen kantonalen Notfalldienstes für fürsorgerische Unterbringungen zur Folge hätte. Nach unseren Erfahrungen bringen die Ärztinnen und Ärzte, die Notfalldienst leisten, die notwendige fachliche Kompetenz zur Vornahme der ärztlichen Unterbringung mit,

was auch daraus ersichtlich ist, dass in der Vergangenheit in diesem – auch von der Öffentlichkeit kritisch verfolgten – Bereich kaum Beschwerden erhoben wurden. Wir beantragen deshalb, Art. 421 Abs. 1 VE ZGB so zu formulieren, dass weiterhin sämtliche Ärztinnen und Ärzte, die im organisierten Notfalldienst tätig sind, zur Vornahme der ärztlichen Unterbringung berechtigt werden können. Die Qualitätssicherung ärztlicher Unterbringungsanordnungen lässt sich durch die von den Kantonen zu fördernde Weiterbildung der in Frage kommenden Ärztinnen und Ärzte erreichen.

5. Besserer Schutz von urteilsunfähigen Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen

a) Es ist eine Tatsache, dass mit zunehmender Lebenserwartung immer mehr Menschen ihre letzten Lebensjahre in einer Wohn- oder Pflegeeinrichtung verbringen müssen. Gemäss Expertenbericht (S. 17) haben die neuen Bestimmungen nicht nur den Schutz hochbetagter Personen zum Ziel, sondern auch Menschen mit einer allenfalls angeborenen geistigen Behinderung, mithin schliesst die gesetzliche Regelung alle urteilsunfähigen Erwachsenen ein. Die Stärkung der Rechtsstellung (Art. 437–440 VE ZGB) sowie des Schutzes der Persönlichkeit der betroffenen Personen (Art. 441 VE ZGB) ist daher zu unterstützen.

b) Aus dem besonderen Schutzbedürfnis urteilsunfähiger Person ergibt sich, dass Wohn- und Pflegeeinrichtungen einer wirksamen Aufsicht zu unterstellen sind. Insofern ist Art. 442 Abs. 1 VE ZGB, der diesen Grundsatz enthält, zuzustimmen, zumal mit dem enthaltenen Vorbehalt zu Gunsten einer durch andere bundesrechtliche Vorschriften gewährleisteten Aufsicht sichergestellt wird, dass keine Konkurrenzfälle entstehen.

Demgegenüber lehnen wir die in Art. 442 Abs. 2 VE ZGB vorgesehenen unangemeldeten Inspektionen durch Fachleute als zu weitgehend und kostenintensiv ab. Im Kanton Zürich unterstehen gemäss § 42 des kantonalen Gesundheitsgesetzes (LS 810.1) Altersheime sowie Alters- und Pflegeheime der Aufsicht des Bezirksrates; die übrigen Heime wie Kinder-, Erziehungs- und Erholungsheime sowie Heime für Behinderte stehen unter der Aufsicht der Gemeinden. Die Gesundheitsdirektion übt lediglich die Oberaufsicht in gesundheitspolizeilicher Hinsicht aus. Die Oberaufsicht der Gesundheitsdirektion kommt lediglich dann zum Tragen, wenn der Bezirksrat festgestellte Mängel nicht zu beheben vermag. Auch wenn die Aufsicht über Pflegeeinrichtungen im Kanton Zürich bisher nicht spezialisierten Fachleuten aus dem Pflege- oder Heimwesen übertragen war, ist sie als wirksam, effizient und zugleich kostengünstig zu bezeichnen. Änderungen, die in die zur Diskussion ge-

stellte Richtung zielen, drängen sich daher nicht auf. Dies gilt umso mehr, als durch die eingangs erwähnten Massnahmen des Vorentwurfs – die zu unterstützen sind – von einer Qualitätssteigerung in der Betreuung urteilsunfähiger Personen in Wohn- und Pflegeeinrichtungen ausgegangen werden kann, abgesehen davon, dass der Rechtsschutz der Betroffenen richtigerweise verbessert wird. Wir beantragen daher, Abs. 2 von Art. 442 VE ZGB ersatzlos zu streichen.

6. Professionalisierung des Kindes- und Erwachsenenschutzes

a) Das im neuen Recht vorgesehene Prinzip der massgeschneiderten Massnahmen – das dem starren Massnahmenkatalog der geltenden Ordnung vorzuziehen ist – wird die Anforderungen an die Sach- und Fachkompetenz der anordnenden Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden erhöhen. Aber auch die zahlreichen neuen Aufgaben, die das revidierte Recht den Behörden im Bereich der eigenen Vorsorge, der fürsorgerischen Unterbringung sowie des gesetzlichen Vertretungsrechts für Angehörige überträgt, stellen höhere fachliche Anforderungen an die Mitglieder der Behörden. Insofern erscheint die mit der Revision angestrebte Professionalisierung der Behörden als durchaus notwendig und sachgerecht. Der in diesem Zusammenhang erfolgende Eingriff des Bundes in die Organisationshoheit der Kantone ist indes auf das für die Verwirklichung des materiellen Rechts und des Bundesverfahrensrechts unerlässliche Minimum zu beschränken. Diesem wichtigen föderalistischen Anliegen wird der Vorentwurf nicht gerecht, schreibt er doch in Art. 443 Abs. 1 und 2 VE ZGB einheitlich für sämtliche Kantone vor, dass als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ein interdisziplinär zusammengesetztes Fachgericht vorzusehen sei. Selbst wenn dieses Fachgericht nur ein Gericht im materiellen Sinn zu sein hat, wird die Organisationshoheit der Kantone erheblich eingeschränkt, ohne Vorliegen eines ausreichenden Belegs dafür, dass die Umsetzung des neuen Rechts lediglich mit einer gerichtlichen Behördenorganisation sichergestellt werden könne. Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass weder die Europäische Menschenrechtskonvention noch die diesbezügliche Rechtsprechung verlangen, dass im fraglichen Bereich bereits in erster Instanz Gerichte zu befinden haben. Wir beantragen somit, Art. 443 Abs. 1 und 2 VE ZGB dahingehend zu überarbeiten, dass die Kantone weiterhin die Möglichkeit haben, Verwaltungsbehörden mit den fraglichen Aufgaben zu betrauen, was auf Grund der erforderlichen Professionalisierung bzw. Interdisziplinarität vielerorts dazu führen wird, dass das örtliche Zuständigkeitsgebiet der Behörden nicht nur – wie heute – eine, sondern mehrere Gemeinden umfasst. Indem die Kantone den Vollzug des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts – gebe-

nenfalls regionalen – interdisziplinär zusammengesetzten Verwaltungsbehörden übertragen können, ist auch gewährleistet, dass mit einem geeigneten Einbezug der Gemeinden (vgl. hierzu das in ZVW 5/2003, S. 387 ff., vorgestellte Tessiner Modell) die in den besagten Verfahren wichtige Nähe zu den lokalen Gegebenheiten sichergestellt werden kann.

Die nach neuem Recht zwingend vorgeschriebene einstufige Aufsicht (Art. 444 VE ZGB) berührt die kantonale Organisationshoheit ebenfalls stark, ohne dass die sachliche Notwendigkeit für diesen Eingriff hinreichend ausgewiesen ist. Wenn auch der als Folge der Professionalisierung zunehmende Druck zur Schaffung grösserer Organisationseinheiten die Berechtigung von zwei kantonalen Aufsichtsinstanzen in den Hintergrund drängen dürfte, sind doch die kantonalen Verhältnisse zu verschieden, als dass sich für sämtliche Kantone eine einheitliche Lösung mit einer lediglich einstufigen Aufsicht rechtfertigen würde. Wir plädieren deshalb für die Beibehaltung des heutigen Systems, wonach die Kantone auch zwei Instanzen der vormundschaftlichen Aufsichtsbehörde vorsehen können (Art. 361 Abs. 2 ZGB).

b) Die mit der Revisionsvorlage angestrebte Qualitätssicherung im Bereich des Kinder- und Erwachsenenschutzes bedingt – neben entsprechenden materiell- und formellrechtlichen Grundlagen – auch, dass die mit dem Vollzug betrauten Personen über eine fundierte Aus- und Weiterbildung verfügen. Es ist daher grundsätzlich richtig, die Möglichkeiten zur Aus- und Weiterbildung von Behördenmitgliedern und juristischem Kanzleipersonal sowie von Mandatsträgerinnen und -trägern zu fördern. In diesem Sinn hat denn auch die in unserem Kanton mit der administrativen vormundschaftlichen Aufsicht zweiter Instanz betraute Direktion der Justiz und des Innern das Schulungsangebot für Mitglieder sowie Sekretärinnen und Sekretäre von Vormundschaftsbehörden aber auch für Mandatsträgerinnen und -träger in den vergangenen Jahren ausgebaut. Im Grundsatz erachten wir dieses Angebot als ausreichend, wengleich es an die Bedürfnisse von neu zusammengesetzten Fachbehörden anzupassen wäre. Abgesehen davon setzen die zur Verfügung stehenden Mittel der öffentlichen Hand einem umfassenden Ausbau der Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten der Kantone für die im Kindes- und Erwachsenenschutzbereich tätigen Personen Grenzen. Aus diesen Gründen können wir Art. 446 Abs. 1 VE ZGB, der die Kantone verpflichtet, für geeignete Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten für Behördenmitglieder sowie Mandatsträgerinnen und -träger zu sorgen, lediglich mit den genannten Einschränkungen zustimmen.

Als sachgerecht erachten wir demgegenüber die vorgesehene Kostenbeteiligung des Bundes (Art. 446 Abs. 2 VE ZGB).

Die Gewinnung von privaten Beiständigen und Beiständen bereitet heute oftmals – trotz grundsätzlicher Pflicht zur Mandatsübernahme (Art. 382 ZGB bzw. Art. 386 Abs. 3 VE ZGB) – Mühe. Abgesehen davon erweisen sich zahlreiche Mandate als verhältnismässig schwierig, sodass sie von professionellen Beiständigen oder Beiständen geführt werden müssen. Insofern kann der Verpflichtung an die Adresse der Kantone, dafür zu sorgen, dass ausgebildete Berufs- und Fachbeiständigen und -beistände in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen (Art. 446 Abs. 3 VE ZGB) grundsätzlich zugestimmt werden. Sie darf aber nicht zu einer – indirekten – Hierarchisierung der verschiedenen Gruppen von Mandatsträgerinnen und -trägern führen, verzichtet doch auch das neue Recht bewusst darauf (Expertenbericht, S. 43). Entscheidend ist demnach, dass im Verhältnis zu den verbeiständeten Personen in Verbindung mit den zu erfüllenden Aufgaben eine ausreichende Anzahl von Privat-, Berufs- und Fachbeiständigen und -beiständen zur Verfügung steht. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die konkrete Festlegung von als ausreichend erachteten Stellen für Fach- und Berufsbeiständigen und -beistände im Einzelfall stets auch von (finanz-)politischen Überlegungen beeinflusst wird.

c) Angesichts ihrer grundlegenden Bedeutung äussern wir uns an dieser Stelle auch noch zu den Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 451–454 VE ZGB), zumal sie im gleichen Titel wie jene zur Behördenorganisation (Zwölfter Titel^{bis}) enthalten sind.

Vorab ist festzuhalten, dass auch mit der vorliegenden Revision der Tendenz Vorschub geleistet wird, in immer mehr Rechtsbereichen eine primäre Staatshaftung der Kantone einzurichten. Wir anerkennen, dass es Gründe gibt, welche die Einführung einer kausalen und ausschliesslichen Staatshaftung auf dem ganzen Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes an Stelle der bisherigen Kaskadenhaftung – mit Ausnahme der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art. 429a ZGB) – rechtfertigen. Der Systemwechsel darf aber nicht zur Folge haben, dass der Kanton für Personen haften muss, die nicht in einem Amts- oder Dienstverhältnis stehen, sondern unabhängig vom Staat im öffentlichen Interesse aktiv sind. Es soll derjenige für den Schaden aufkommen, der ihn verursacht hat. An diesem Grundsatz soll auch im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes nicht gerüttelt werden. Der Systemwechsel muss deshalb mit einem Regressrecht verbunden sein, das dem primär und kausal haftenden Kanton die Möglichkeit einräumt, fehlbare Personen zu belangen. Das in Art. 453 Abs. 1 VE ZGB festgelegte Regressrecht wird diesem Anspruch nicht gerecht. Es gesteht dem Kanton nur bei grobfahrlässig oder absichtlich verursachtem Schaden ein Rückgriffsrecht gegenüber den Behördenmitgliedern, den Beiständin-

nen und Beiständen sowie den im Rahmen einer fürsorgerischen Unterbringung zuständigen Personen zu. Nur wenn sich die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit und Absicht als offensichtlich unbillig erweist, kann der Kanton auch bei leichter Fahrlässigkeit Rückgriff nehmen, wenn es sich bei den Beiständinnen und Beiständen um Angehörige der verbeiständeten Person handelt (Art. 453 Abs. 2 VE ZGB; Expertenbericht, S. 86). Wir regen daher an, dass in Anbetracht der Tragweite des Systemwechsels die Regressmöglichkeiten des Kantons gegenüber Personen, die nicht in einem Amts- oder Dienstverhältnis zu ihm stehen, vorteilhafter zu Gunsten des Kantons ausgestaltet werden, was aber die Gewinnung von privaten Beiständinnen und Beiständen nicht erschweren darf. Eine Möglichkeit sehen wir darin, dass das Regressrecht wie im Betreibungs- und Konkursrecht der kantonalen Gesetzgebung überlassen wird (Art. 5 Abs. 3 SchKG [SR 281.1]). Eine andere Lösung könnte in einer analogen Regelung wie im Grundbuchrecht gefunden werden. Hier hat der Bundesgesetzgeber auf die Einschränkung des Regressrechts auf grobe Fahrlässigkeit und Absicht verzichtet; es genügt für den Rückgriff auf den Fehlbaren, dass ihm ein Verschulden zur Last fällt (Art. 955 Abs. 2 ZGB).

Der gesetzlichen Verankerung der medizinischen Behandlung im Rahmen der fürsorgerischen Unterbringung ist – wie erwähnt (vgl. hiezu Ausführungen unter B./4.a) – zuzustimmen. Hinsichtlich der Haftung ergeben sich daraus jedoch unannehmbare Konsequenzen. Gemäss Vorentwurf haftet der Kanton nicht mehr nur für jene Personen, welche die fürsorgerische Unterbringung anordnen und durchführen, sondern auch für rechtswidrig verursachte Behandlungsschäden (Art. 451 Abs. 1 und 452 Abs. 2 VE ZGB; Expertenbericht, S. 84). Soweit die Behandlung in einer kantonalen Einrichtung durchgeführt wird, ist die Haftung des Kantons grundsätzlich nicht zu beanstanden. Wird die fürsorgerische Unterbringung aber in einer anderen Einrichtung vollzogen und die Behandlung von Fachärztinnen und Fachärzten dieser Einrichtung durchgeführt, ist es nach unserem Dafürhalten nicht Sache des Kantons, für die von ihnen verursachten Schäden einzustehen, da die fraglichen Ärzte in keinem Amts- bzw. Dienstverhältnis zum Staat stehen. Die Haftung muss in diesen Fällen demnach letztlich Sache der privaten Einrichtung bleiben. Auch diesbezüglich erachten wir es daher als notwendig, das Regressrecht des Kantons im Sinne der vorstehenden Ausführungen auszugestalten.

Wir möchten noch einmal darauf hinweisen, dass wir u. a. auch aus haftungsrechtlichen Überlegungen beantragen, die Art 408 und 409 VE ZGB dahingehend zu überarbeiten, dass sämtliche in den beiden Bestimmungen aufgeführten Angehörigen sowohl der Inventarpflicht als

auch der Rechnungsablage unterliegen, wovon sie nicht befreit werden können (vgl. hierzu Ausführungen unter B./3.e). Falls am vorgesehenen Konzept des Rückgriffsrechts des Kantons festgehalten werden sollte, regen wir an, die auf die Beiständigen und Beistände nach Art. 408 f. VE ZGB zugeschnittene Regressregelung (Art. 453 Abs. 2 VE ZGB) so zu formulieren, dass ein Rückgriff auch bei leichter Fahrlässigkeit möglich ist, ausser er erweise sich als offensichtlich unbillig.

Grundsätzlich gilt, dass der Kanton für ein Fehlverhalten der vorsorgebeauftragten Person im Sinne von Art. 360 ff. VE ZGB nicht haftet (Art. 455 Abs. 1 VE ZGB). Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass auch in diesen Fällen gegenüber dem Kanton gestützt auf Art. 451 Abs. 2 VE ZGB regelmässig Haftungsansprüche gestellt werden mit der Begründung, die Erwachsenenschutzbehörde habe die Eignung der beauftragten Person zu Unrecht bejaht bzw. sei nicht eingeschritten, obwohl die Interessen der auftraggebenden Person nicht mehr hinlänglich gewahrt worden seien. Es besteht demnach die Gefahr, dass Geschädigte diese Vorwürfe gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde regelmässig erheben werden, um ihre Schadenersatzbegehren beim kausal haftenden Staat durchzubringen. Wir erachten es daher als notwendig, einerseits genaue Kriterien für die Eignungsprüfung im Sinne von Art. 364 Abs. 2 VE ZGB zu definieren und andererseits in Art. 369 VE ZGB ausdrücklich festzuhalten, dass die Erwachsenenschutzbehörde keine aktiven Überwachungspflichten hat, sondern nur dann einschreiten muss, wenn ihr das Wissen über Missstände zugetragen wird.

C. Zu einzelnen Bestimmungen

1. Einleitende Bemerkungen

Die Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden unterscheiden sich in zahlreichen Punkten von einem klassischen Zivilprozess. Sie weisen vielmehr Gemeinsamkeiten mit einem Verwaltungsverfahren auf. Vielfach sind Personen mit erhöhter Schutzbedürftigkeit betroffen, weshalb dem Grundrechtsschutz ein hoher Stellenwert einzuräumen ist. Die Verfahren sind sodann möglichst einfach zu gestalten, was selbstredend auch für die Rechtsmittelverfahren zu gelten hat. Diesen Eigenheiten wird die geltende Ordnung, in der die Kantone die Verfahren bestimmen und teilweise auf die Bestimmungen der Zivilprozessordnung, des Verwaltungsrechtspflegegesetzes oder gar beide Verfahrensordnungen – wie in unserem Kanton – verweisen, nicht gerecht. Der Erlass eines spezifischen und umfassenden Verfahrensgesetzes für den Kindes- und Erwachsenenschutz auf Bundesebene ist daher grundsätzlich zu unterstützen, zumal damit gleichzeitig das ZGB von den Bestimmungen über die örtliche Zuständigkeit und das Verfahren entlastet wird.

Die Umsetzung der beantragten Änderungen zu den organisationsrechtlichen Bestimmungen im Vorentwurf ZGB dürfte eine grundlegende Überarbeitung des Vorentwurfs Verfahren zur Folge haben. Trotzdem äussern wir uns nachfolgend zu einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs Verfahren (vgl. hiezu Ausführungen unter C./4.), zumal wir davon ausgehen, dass zahlreiche seiner Regelungen ebenfalls in einem überarbeiteten Vorentwurf – wenn auch in veränderter Fassung – erhalten sein werden.

2. Zum Vorentwurf ZGB

Zu Art. 373

Dem Expertenbericht (S. 29) lässt sich entnehmen, die Patientenverfügung berge das Risiko in sich, dass sie nicht mehr dem Willen der betroffenen Person entspreche. Obwohl gemäss Abs. 3 die entsprechenden Zweifel begründet sein müssten, seien Zweifel sicher berechtigt, wenn die Anordnung vor langer Zeit errichtet worden sei und die betroffene Person kürzlich eine andere Meinung geäussert habe. Um diesen berechtigten Bedenken Rechnung zu tragen, möchten wir anregen, für die Patientenverfügung nicht lediglich einfache Schriftlichkeit (Unterschrift), sondern – wie beim medizinischen Vorsorgeauftrag (Art. 370 Abs. 3) – einfache Schriftlichkeit mit Datierungspflicht vorzusehen. Ohne Datierung der Patientenverfügung dürfte es in der Praxis vielfach Schwierigkeiten bereiten, festzustellen, wann die Verfügung errichtet wurde.

Zu Art. 377

Abs. 2 verlangt, die Belastung der Angehörigen und den Schutz von Drittpersonen zu berücksichtigen. Weshalb bei den Angehörigen nur die Belastung und nicht deren Schutz und bei Drittpersonen nur deren Schutz und nicht die Belastung von Bedeutung sein sollen, lässt sich unseres Erachtens sachlich nicht rechtfertigen, weshalb wir vorschlagen, Abs. 2 wie folgt zu formulieren:

«Die Belastung und der Schutz von Angehörigen und Drittpersonen sind zu berücksichtigen.»

Zu Art. 385

Nach Abs. 1 Ziffer 2 endet die Beistandschaft von Gesetzes wegen mit der Erledigung der bestimmten einzelnen Geschäfte, für die sie errichtet worden ist. Der Zeitpunkt, in dem die verschiedenen Geschäfte erledigt sind, ist jedoch oft nicht genau bestimmbar. Wir beantragen daher, Abs. 1 Ziffer 2 so zu formulieren, dass die Beistandschaft nicht bei Erledigung der Geschäfte, sondern mit dem formellen Aufhebungsentscheid der Erwachsenenschutzbehörde endet. Im Übrigen wäre zu prüfen, ob im Rahmen dieser Bestimmung nicht auch die Abschlussarbeiten der Beistandin oder des Beistands geregelt werden sollten.

Zu Art. 386

In Abs. 1 werden die allgemeinen Voraussetzungen für die Bestellung einer Beiständin oder eines Beistands aufgeführt. Von der Mandatsträgerin oder vom Mandatsträger wird u. a. verlangt, dass sie sich für die vorgesehenen Aufgaben persönlich eignen, womit impliziert wird, dass sie ausreichend Zeit für das fragliche Mandat aufbringen können. Der zeitliche Gesichtspunkt kann ohne weiteres im Rahmen der persönlichen Eignung geprüft werden. Folglich kann der in Abs. 1 enthaltene Passus: *«und die dafür erforderliche Zeit einsetzen kann»*, ersatzlos gestrichen werden.

Ferner fragt sich, ob eine Verpflichtung zur Amtsübernahme, wie in Abs. 3 festgehalten, den heutigen gesellschaftlichen Verhältnissen noch gerecht wird.

Zu Art. 388

Die in Abs. 2 vorgesehene Regelung, wonach die Wünsche Angehöriger bei der Wahl der Beiständin oder des Beistands ohne Vorbehalt zu berücksichtigen sind, geht zu weit. Wir regen folglich an, Abs. 2 wie folgt zu präzisieren:

«Wünsche der Familie der zu verbeiständenden Person werden berücksichtigt, sofern nicht wichtige Gründe dagegensprechen.»

Zu Art. 394

Abs. 2 beschreibt das Ziel der Unterstützung durch die Beiständin oder den Beistand bereits ausreichend. Wir empfehlen daher, Abs. 3 ersatzlos zu streichen.

Zu Art. 416

Der in Abs. 1 enthaltene Begriff der geeigneten «Einrichtung» ist neu und weit gefasst. Offenbar sind damit nicht nur geschlossene Institutionen gemeint. Der Begriff umfasst beispielsweise auch die Unterbringung einer betagten Person gegen deren Willen bei nahen Verwandten (Expertenbericht, S. 61). Es versteht sich nicht von selbst, dass diese Form der Unterbringung auch unter den Begriff «geeignete Einrichtung» fällt, weshalb wir empfehlen, nach einer geeigneteren Formulierung zu suchen.

Die zur Anordnung einer fürsorglichen Massnahme zwingend notwendige Voraussetzung einer geeigneten Einrichtung führt unter Umständen zum stossenden Ergebnis, dass eine dringend notwendige fürsorgliche Unterbringung mangels geeigneter Einrichtungsplätze unterbleibt. Unter diesem Blickwinkel wird dem Schutzgedanken, d. h. der Gefahrenabwehr und dem Schutz von gefährdeten Dritten, zu wenig Rechnung getragen, weshalb wir eine etwas abgeschwächtere Formulierung begrüssen würden.

Unklar ist im Weiteren, ob die Bestimmungen der fürsorgerischen Unterbringung auch bei urteilsunfähigen Personen, die in einer Pflegeeinrichtung untergebracht werden, anzuwenden wären, oder ob die gesetzlichen Regelungen betreffend Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen Geltung hätten. Im Übrigen regen wir an, in der Botschaft klarzustellen, dass eine psychiatrische Klinik bei Fällen schwerer Verwahrlosung und regelmässig auch bei Personen mit geistiger Behinderung sowie bei nicht therapiebedürftigen bzw. nicht therapierbaren Gewalttätigen keine geeignete Einrichtung im Sinne von Abs. 1 sein kann, zumal Verwahrungsmassnahmen mit betreuungs- und sozialtherapeutischen Zielen nicht in einem kostenintensiven, der Behandlung Kranker dienenden Spital vollzogen werden sollten.

Obwohl in Abs. 2 neu erwähnt, wird dem Schutz Dritter bei der Beurteilung, wann eine fürsorgerische Unterbringung anzuordnen ist, oft zu wenig Rechnung getragen. Schwere Gewalttaten werden häufig von Personen, die unter einer psychischen Störung oder einer geistigen Behinderung leiden, begangen. Insbesondere in Fällen von häuslicher Gewalt oder Gewalt gegen bedrohte Opfer stehen den Strafverfolgungsbehörden lediglich strafprozessuale Mittel zur Verfügung, die jedoch oft zeitlich beschränkt sind und selten zur Stabilisierung der (potenziellen) Täter beitragen. Um die Gefahr schwerer Straftaten abzuwenden, regen wir daher an, dem Schutzauftrag stärkeres Gewicht beizumessen, was in Form einer griffigeren als der vorgesehenen Formulierung im Gesetzestext zum Ausdruck kommen müsste.

Zu Art. 418

Diese Regelung begrüssen wir sehr. Die Entlassung wird restriktiver geregelt als im geltenden Recht. Oft sind die Strafverfolgungsbehörden mit der so genannten Drehtür-Psychiatrie konfrontiert. Patientinnen und Patienten verlassen Kliniken, sobald die akute Krise, die zur Einweisung geführt hat, vorüber ist. Wie der Expertenbericht (S. 62) zutreffend aufzeigt, fehlt den Patientinnen und Patienten bis zum Zeitpunkt der Entlassung die Zeit für eine gewisse Stabilisierung des Gesundheitszustandes oder für die Bereitstellung der erforderlichen Betreuung. Dies führt in der Praxis verhältnismässig häufig zu wiederholten Klinik-einweisungen, bei denen oft, insbesondere wenn die betroffene Person Widerstand leistet, die Polizei beigezogen werden muss.

Zu Art. 419

Aus Gründen der Rechtssicherheit empfehlen wir in Abs. 2 ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass der Unterbringungsentscheid sowohl von der Erwachsenenschutzbehörde als auch von einer Ärztin oder einem Arzt erfolgen kann.

Zu Art. 421

Vor dem Hintergrund des zu Recht gut ausgebauten Rechtsschutzes bei fürsorgerischen Unterbringungen und des Umstands, dass jede sich in einer Einrichtung befindende Person eine Vertrauensperson bezeichnen kann, die sie während des Aufenthaltes und bei damit zusammenhängenden Verfahren unterstützt (Art. 426), fragt es sich, ob die Befristung der ärztlichen Unterbringung gemäss Abs. 2 tatsächlich notwendig ist bzw. ob darauf nicht ohne Beeinträchtigung für die Betroffenen ersatzlos verzichtet werden kann.

Zu Art. 422

Die Möglichkeit einer Übertragung der Zuständigkeit zur Entlassung an die Einrichtung gemäss Abs. 2 begrüssen wir ausdrücklich.

Zu Art. 426

Hinsichtlich Entschädigungsanspruch sowie Ersatz der notwendigen Spesen der Vertrauensperson äussern sich weder der Wortlaut von Art. 426 noch der Expertenbericht. Wir gehen daher davon aus, dass ihr nicht dieselbe Stellung wie derjenigen nach Opferhilfegesetz zukommt und jedenfalls das Gemeinwesen die Vertrauensperson nicht zu entschädigen und deren notwendige Spesen nicht zu ersetzen hat.

Zu Art. 427

Die Bestimmung lässt den Eindruck entstehen, dass die der Notfallsituation angemessenen medizinischen Massnahmen erst *nach* der Einweisung in die Klinik ergriffen werden können. Auch der Expertenbericht (S. 67) spricht klar von Massnahmen nach erfolgter Einweisung. In Notfällen sind jedoch oftmals bereits vor bzw. gerade im Hinblick auf die Klinikeinweisung erste Massnahmen erforderlich. Sollte diese Möglichkeit der ersten Massnahmen durch Art. 427 nicht abgedeckt sein, so möchten wir anregen, diesen entsprechend zu ergänzen.

Zu Art. 428

Im Zusammenhang mit dem grundsätzlich positiv zu bewertenden Instrument des Behandlungsplans ist darauf hinzuweisen, dass man damit Gefahr läuft, dass eine einmal eingeschlagene Therapie nicht rechtzeitig dem Krankheitsverlauf und den aus der bisherigen Behandlung gewonnen Erkenntnissen angepasst werden kann. Zwar sieht Art. 429 in Gefahrensituationen eine Behandlung auch ohne Zustimmung vor, aber eben gerade nur, wenn diese im Behandlungsplan vorgesehen ist. Ist die Massnahme nicht im Behandlungsplan vorgesehen, müsste sie folglich – ausser es liege ein eigentlicher Notfall im Sinne von Art. 427 vor – zunächst durch Zustimmung der Patientin oder des Patienten Eingang in den Behandlungsplan finden. Dies hat zur Folge, dass man, um dem Buchstaben der neuen Bestimmungen gerecht zu werden, dazu an-

gehalten wäre, die Patientin oder den Patienten erst in eine eigentliche Notfallsituation abgleiten zu lassen, bevor eine nicht im Behandlungsplan enthaltene, von der Patientin oder dem Patienten abgelehnte Behandlung durchgeführt werden könnte. Dies schadet letztlich der Patientin oder dem Patienten, zumal die Zustimmung wohl regelmässig nur deshalb verweigert werden dürfte, weil ihnen krankheitsbedingt die Einsicht in die Behandlungsbedürftigkeit fehlt. Wir regen daher an, die geschilderte Problematik noch einmal zu untersuchen.

Aus Abs. 2 geht nicht klar hervor, ob die Umstände, die im Hinblick auf die medizinischen Massnahmen wesentlich sind, ebenfalls schriftlich zu dokumentieren sind oder ob diesbezüglich eine mündliche Orientierung ausreicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit schlagen wir vor, die Frage zumindest in der Botschaft zu klären.

Zu Art. 429

Die im Expertenbericht (S. 68 unten) thematisierte unterschiedliche Handhabung bei urteilsunfähigen psychisch Kranken (Art. 429) und urteilsunfähigen somatisch Kranken vermag nicht zu überzeugen (Art. 434; die in Abs. 4 enthaltene Verweisung auf die Bestimmungen über die fürsorgerische Unterbringung lässt sich nur so erklären, dass Art. 429 vorgeht). Auch bei psychisch Kranken sollte es möglich sein, mit Zustimmung der vertretungsberechtigten Person jede medizinische Massnahme zu ergreifen, die dem Wohle der Betroffenen dient. Die gegenwärtige Formulierung hat zur Folge, dass psychisch kranke, infolge Fremdgefährdung fürsorgerisch untergebrachte Personen, denen die Einsicht in ihre Behandlungsbedürftigkeit fehlt, deren Gesundheitszustand sich aber durch die Unterlassung einer adäquaten Behandlung nicht zu verschlechtern droht, auf unbestimmte Zeit in den Kliniken zurückbehalten werden müssten, was nicht im Interesse der betroffenen Patientinnen und Patienten sein dürfte. Gleiches gilt im Übrigen auch bei freiwillig eingetretenen, nicht fremdgefährlichen Personen, deren Zustand eine Hospitalisation zwar objektiv erforderlich macht, bei denen aber eine Nichtbehandlung nicht zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes führt, sondern dieser «lediglich» (stabil) so schlecht bleibt, dass eine Entlassung nicht verantwortet werden kann. Kommt hinzu, dass es gerade bei solchen Patientinnen und Patienten nicht selten vorkommt, dass sie gar nicht entlassen werden wollen. Auch sie müssten infolge fehlender Behandlungseinsicht auf unabsehbare Zeit in den Kliniken zurückbehalten werden, was letztlich mit sehr hohen Kosten für das Gesundheitswesen verbunden wäre. Diese Probleme liessen sich nach unserem Dafürhalten lösen, wenn Abs. 1 Ziffer 2 wie folgt formuliert würde:

«2. ihr oder Dritten ohne Behandlung ein ernster Schaden droht.»

Die Art. 427–429 lassen in akuten Fällen die Zwangsmedikation zu, die unter Umständen aggressionsverursachende Symptome mindert oder ganz abbaut, wodurch eine zwangsweise Unterbringung hinfällig werden kann. Meist handelt es sich dabei um eine Dauermedikation, deren regelmässige Einnahme gesichert werden muss. Hierfür ist jedoch nicht in allen Fällen eine stationäre Behandlung notwendig und zweckmässig. Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip kann durchaus eine ambulante Behandlung gerechtfertigt sein. Zu prüfen wäre demnach eine Ergänzung von Art. 429, z. B. mit einem zusätzlichen Absatz (nach Abs. 1, womit Abs. 2 in der vorliegenden Fassung zu Abs. 3 würde), mit folgendem Wortlaut:

«Die Behandlung kann auch ambulant weitergeführt werden, wenn dadurch der Behandlungserfolg nicht gefährdet wird.»

Im Weiteren verzichtet der Vorentwurf auf die gesetzliche Regelung der Behandlung ohne Zustimmung im ambulanten Rahmen. Zur Begründung wird im Expertenbericht (S. 16) u. a. ausgeführt, dass diese Massnahme verschiedene heikle Fragen aufwerfen würde, nur wenige Kantone ausdrückliche Rechtsgrundlagen kennen würden und die Praxis von dieser Massnahme nur wenig Gebrauch mache. Im Rahmen des Untervernehmlassungsverfahrens wurde indes teilweise geltend gemacht, in der Praxis werde die fehlende gesetzliche Regelung der Behandlung ohne Zustimmung im ambulanten Rahmen bemängelt. Wir schlagen daher vor, die Thematik bei der Überarbeitung des Vorentwurfs noch einmal zu überprüfen.

Zu Art. 438

Es ist unklar, ob die Ärztin oder der Arzt des Heimes oder die Verantwortlichen in der Pflege für die Beurteilung im Einzelfall zuständig sind. Im Interesse der Rechtssicherheit empfehlen wir, die Zuständigkeitsfrage in der Bestimmung zu regeln oder die Botschaft mit einem entsprechenden Hinweis zu ergänzen.

Zu Art. 441

Menschen, die in ihrer Urteilsfähigkeit eingeschränkt sind, erweisen sich als besonders gefährdet bezüglich einer Verletzung der sexuellen Integrität. Der Schutz der Persönlichkeit umfasst zwar auch jenen der sexuellen Integrität. Der Klarheit halber empfehlen wir jedoch, in der Botschaft den Schutz der sexuellen Integrität ausdrücklich zu erwähnen. Im Weiteren fragt sich, ob es angesichts der besonderen Schutzbedürftigkeit urteilsunfähiger Personen nicht angezeigt wäre, die Wohn- und Pflegeeinrichtungen zu verpflichten, ein Konzept mit Handlungsrichtlinien zu erstellen, das die Persönlichkeit und die sexuelle Integrität schützt.

Abs. 3 gewährleistet grundsätzlich die freie Wahl der Ärztin oder des Arztes. Besonders in Pflegeeinrichtungen gilt indes oft das Prinzip der Heimärztin bzw. des Heimarztes, bei dem die freie Wahl der Ärztin oder des Arztes nicht mehr selbstverständlich ist. Ob diese Regelung mit dem Begriff der «besonderen Umstände» abgedeckt ist, scheint fraglich. Wir empfehlen daher in der Botschaft eine genauere Beschreibung der Situationen, in denen die freie Wahl der Ärztin oder des Arztes eingeschränkt werden kann, u.a. mit dem Hinweis auf die Praxis der Heimärztin bzw. des Heimarztes.

Zu Art. 454

Art. 451 Abs. 1 regelt die Verantwortlichkeit nur für behördliche Massnahmen des Erwachsenenschutzes. Die entsprechenden Klagefristen sind in Art. 454 vorgesehen. Dem Expertenbericht (S. 84 f. und 86 f.) kann nicht entnommen werden, ob die erwähnten Bestimmungen auch für Haftungsfälle im Rahmen von Kinderschutzmassnahmen sowie der Zustimmung zur Adoption Geltung haben. Wir gehen indes davon aus, dass die Bestimmungen zur Verantwortlichkeit auch für behördliche Massnahmen des Kinderschutzes angewandt werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der Klarheit regen wir an, diese Thematik ausdrücklich im Gesetz zu regeln (vgl. hierzu Ausführungen zu Art. 327c). In diesem Zusammenhang empfehlen wir im Weiteren vorzusehen, dass in den genannten Fällen die Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Schadenersatz und Genugtuung erst mit dem Eintritt der Volljährigkeit der Geschädigten zu laufen beginnt.

3. Zu den weiteren Bestimmungen des ZGB, die geändert werden sollen

Zu Art. 265

Abs. 3 sieht vor, dass nicht mehr die Aufsichtsbehörde, sondern neu die Kinderschutzbehörde der Adoption eines bevormundeten Kindes zustimmen muss. Adoptionsbehörde gemäss Art. 268 ZGB ist in allen Kantonen eine vormundschaftliche Behörde oder eine Aufsichtsbehörde, in gewissen Kantonen die Regierung. Im letzteren Fall werden die Adoptionsgesuche jedoch von einer kantonalen Fachinstanz bearbeitet. Diese Behörden oder Fachinstanzen verfügen über die gleiche Sachkenntnis und bearbeiten die Adoptionsfälle mit der gleichen Sorgfalt wie die Kinderschutzbehörde. Im Übrigen haben sie sich beim Entscheid über die Adoption ebenso vom Kindeswohl leiten zu lassen wie diejenige Behörde, deren vormundschaftsrechtliche Zustimmung zur Adoption nötig ist. Das separate, vormundschaftliche Zustimmungsverfahren kann deshalb als überflüssiger Verfahrensteil fallen gelassen werden.

Zu Art. 298

Nach Abs. 1^{bis} soll neu auf gemeinsamen Antrag unverheirateter Eltern die elterliche Sorge auf den Vater des Kindes übertragen werden können. Unter Wahrung des Kindeswohls sollte auf die gleiche Weise auch die Rückübertragung auf die Mutter ermöglicht werden, ohne dass dazu beim Vater ein Entziehungsgrund im Sinne von Art. 311 f. vorliegen muss. Wir beantragen demnach, Abs. 1^{bis} entsprechend zu ergänzen.

Zu Art. 312

Der neue Randtitel «Auf Ersuchen der Eltern» steht zwar in logischem Zusammenhang mit dem neuen Randtitel zu Art. 311. Inhaltlich stimmt dieser Randtitel nur mit Ziffer 1, nicht jedoch mit Ziffer 2 überein. Gemäss Ziffer 2 hat die Vormundschafts- bzw. Kindesschutzbehörde den Eltern die elterliche Sorge nicht erst auf deren Gesuch hin zu entziehen, sondern bereits auf Grund der Tatsache, dass Eltern einer Adoption ihres Kindes durch unbekannte Dritte zugestimmt haben. Das Problem lässt sich dadurch beheben, dass der Inhalt von Ziffer 2 von Art. 312 als neuer Abs. 4 in Artikel 311 eingefügt wird.

Zum Verhältnis zwischen Erwachsenen- und Kindesrecht (Art. 327c)

Bereits im geltenden Recht war es im Wesentlichen einzig auf Grund der Literatur und im Laufe der Zeit gestützt auf einzelne Gerichtsentseide klar, dass die Bestimmungen des Vormundschaftsrechts im engen Sinne auch für die Organe des Kindesschutzrechts Anwendung finden. Diese Unklarheit sollte dadurch beseitigt werden, dass dem Kindesrecht ein allgemeiner Artikel beigefügt wird, wonach die Bestimmungen für die Beiständin bzw. den Beistand des Erwachsenenschutzrechts auch für die Beiständinnen und Beistände sowie Vormünderinnen und Vormünder des Kindesrechts (und nicht nur des Kindesschutzrechts im engen Sinne) gelten. Der Vorentwurf ZGB sieht zwar eine solche Verweisung in Art. 327c Abs. 2 und Abs. 3 vor, dies jedoch klar nur für die Vormünderin und den Vormund und lediglich in der Form einer sehr allgemeinen Verweisung in Abs. 3.

Aus dem 2. Abschnitt «Die Beistandschaften» des 11. Titels des ZGB «Die behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes» sind die folgenden Bestimmungen auch für die erwähnten Mandatsträgerinnen und -träger des Kindesrechts von Bedeutung:

- Vierter Unterabschnitt: Der Beistand oder die Beiständin (Art. 386–392).
- Fünfter Unterabschnitt: Die Führung der Beistandschaft (Art. 393–396, 398, 399 Abs. 1 und 3 sowie Art. 400–402).
- Sechster Unterabschnitt: Die Mitwirkung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 403–406).
- Siebter Unterabschnitt: Beschwerde (Art. 407 VE).

– Neunter Unterabschnitt: Das Ende des Amtes des Beistandes oder der Beiständin (Art. 410–415).

Im Übrigen gilt das Gesagte auch für die Bestimmungen zur Verantwortlichkeit (Art. 451–454; vgl. hiezu auch Ausführungen zu Art. 454).

4. Zum Vorentwurf Verfahren

Zu Art. 2 bis 4

Der pragmatische Weg, bei unklarer Zuständigkeit den Meinungs-austausch zu pflegen (Art. 2), wie auch die Möglichkeit, bei Nichteini-gung über die Zuständigkeit die Aufsichtsbehörde anrufen zu können (Art. 4), beurteilen wir positiv.

Zu Art. 5–8

Neben ordentlicher (Art. 5 und 6) und ausserordentlicher Zuständig-keit (Art. 7) ist auch die Zuständigkeit am Ort der Einrichtung (Art. 8) zu begrüssen.

Überholt scheint hingegen die Regelung in Art. 6 Abs. 2, wonach die Kantone unter den genannten Voraussetzungen auch die Erwachsenens-chutzbehörde der Heimat als zuständig erklären können, da in der Regel kein enger Bezug zwischen der betroffenen Person und der Hei-matbehörde besteht und die Zuständigkeit der Wohnsitzbehörde bzw. im Ausnahmefall der Behörde am Aufenthaltsort ausreichend ist. Aus diesen Gründen regen wir an, Abs. 2 von Art. 6 ersatzlos zu streichen.

Zu Art. 9 und 10

Betreffend Art. 9 ist anzumerken, dass es dabei einzig um die Über-tragung einer bestehenden Kindes- oder Erwachsenenschutzmass-nahme – und somit nicht um die Regelung der örtlichen Zuständigkeit im eigentlichen Sinne – geht, weshalb der betreffende Artikel besser mit «Übertragung einer Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme» zu bezeichnen wäre. Die jetzige Bezeichnung ist deshalb missverständlich, da in Art. 9 die örtliche Zuständigkeit für Verfahren betreffend Errich-tung einer Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahme, während den-nen ein Wechsel des Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes der betroffenen Person stattfindet, gerade nicht geregelt wird.

Für die Übertragung einer bestehenden Kindes- oder Erwachsenens-chutzmassnahme befürworten wir die flexible Regelung in Art. 9 Abs. 2 – Grundsatz Übernahme ohne Verzug; Ausnahme Übernahme zu einem späteren Zeitpunkt, sofern ein wichtiger Grund besteht.

Die gegebenenfalls analoge Anwendung von Art. 4 wird bei Art. 10 lediglich im Expertenbericht (S. 13) erwähnt, während in Art. 9 Abs. 2 ausdrücklich auf Art. 4 verwiesen wird. Als allgemeine Bestimmung zur Zuständigkeit findet Art. 4 auch ohne ausdrückliche Erwähnung in den Art. 9 und 10 Anwendung. Der letzte Satz von Art. 9 Abs. 2 kann dem-nach ersatzlos gestrichen werden.

Zu Art. 12

Ziffer 5 kann gestrichen werden, sofern Art. 265 Abs. 3 ZGB aufgehoben wird.

Die nun 25-jährige Praxis zeigt, dass die Kinderschutzbehörde nur ganz vereinzelt einen Entscheid betreffend Anzehung des Kindesvermögens im Sinne von Art. 320 Abs. 2 ZGB zu fällen hat. Liegt jedoch eine solche Situation vor, so ist die Sachlage meistens so delikant, dass dieser Entscheid der Gesamtbehörde vorbehalten sein sollte. Wir beantragen daher, Ziffer 11 zu streichen.

Entscheide hinsichtlich Übernahme und Übertragung einer Massnahme des Kindes- oder Erwachsenenschutzes verlangen keine interdisziplinäre Fachkompetenz. Wir regen deshalb an, die fraglichen Entscheide in den Katalog der Geschäfte aufzunehmen, die in die Zuständigkeit eines Mitglieds der Kindes- oder Erwachsenenschutzbehörde fallen.

Zu Art. 14

Die Behörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen zu erforschen und die notwendigen Beweise zu erheben. Regeln zur Beweiserhebung fehlen jedoch. Diese Lücke sollte geschlossen werden, sei es durch eine eigenständige Ordnung, durch eine Verweisung auf das kommende eidgenössische Zivilprozessrecht oder auf das heutige kantonale Zivilprozessrecht.

Zu Art. 19

Die Sistierung ist gemäss Vorentwurf namentlich zulässig, um den Verfahrensbeteiligten zu ermöglichen, mit Hilfe einer Mediatorin oder eines Mediators eine einvernehmliche Lösung zu finden. Wir regen an, in der Botschaft zu präzisieren, dass auch andere Personen (z. B. Psychiaterin oder Psychiater) oder Stellen (private oder öffentliche Dienste) mit einbezogen werden können.

Zu den Art. 23 bis 25

Die angestrebte klare Regelung des Eintritts der Rechtshängigkeit, wodurch der Beginn des Verfahrens bestimmt wird, begrünnen wir im Sinne des Gebots der Rechtssicherheit (Art. 23). Ebenso zu begrünnen ist die Möglichkeit, durch Vorabklärungen – die nicht zwingend durch das verfahrensleitende Mitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde vorgenommen werden müssen, sondern an eine geeignete Person delegiert werden können – das Verfahren auf unbürokratische Weise wieder einzustellen (Art. 24). Für den reibungslosen Ablauf schlagen wir folgende Präzisierungen vor:

«Art. 24 Verfahrensleitung und Vorabklärungen

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann aus ihrer Mitte ein Mitglied bezeichnen, das die Durchführung des Verfahrens leitet, sofern die Behörde nicht als Gesamtbehörde das Verfahren leiten will.

Eine geeignete Person, die nicht Mitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde sein muss, kann mit Vorabklärungen beauftragt werden.

Die beauftragte Person erstattet über ihre Vorabklärungen einen kurzen Bericht.

Art. 25 Erledigung des Verfahrens

Nach Ermittlung des Sachverhalts und der Erhebung der notwendigen Beweise stellt das beauftragte Mitglied der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Antrag zur Weiterführung oder zur Einstellung des Verfahrens oder beantragt einen Entscheid.

Die Einstellung des Verfahrens ist den Verfahrensbeteiligten mitzuteilen, soweit nicht wichtige Gründe dagegensprechen.»

Zu den Art. 27 bis 29

Die vorliegende Regelung der Mitwirkungspflicht (Art. 27), der Zwangsmittel im Falle der Verweigerung (Art. 28) sowie der Ausnahmen von der Mitwirkungspflicht (Art. 29) sind trotz dem zur Anwendung gelangenden Prinzip des Freibeweises für die Beweismittelerhebung von entscheidender Bedeutung, weshalb wir sie begrüssen.

Selbstverständlich ist es korrekt und wichtig, auch die Mediatorinnen und Mediatoren von der Mitwirkungspflicht auszunehmen (Art. 29 Abs. 1 Ziffer 2). Auf Grund der besonderen Vertrauensstellung, die der Ombudsperson in jenen Kantonen, die sie – wie in unserem Kanton – institutionalisiert haben, zukommt, sollte diese ebenfalls nicht der Mitwirkungspflicht unterliegen. Aber auch Therapeutinnen und Therapeuten unterstützen und begleiten im Rahmen einer Psychotherapie die betroffenen Personen oft intensiv und bauen mit den Klientinnen und Klienten ein Vertrauensverhältnis auf, weshalb es sachgerecht ist, auch diese Berufsgruppe von der Mitwirkungspflicht auszunehmen. Wir beantragen daher, Art. 29 Abs. 1 Ziffer 2 entsprechend zu ergänzen.

Wenn die betroffene Person die Ärztin oder den Arzt in der jeweiligen Angelegenheit persönlich vom Berufsgeheimnis entbindet, dürfte wohl ebenfalls eine Mitwirkungspflicht der betreffenden Ärztin oder des betreffenden Arztes begründet werden. Dieser in der Praxis häufig vorkommende Fall sollte in Art. 29 Abs. 2 Satz 2 ebenfalls zum Ausdruck kommen.

Zu Art. 31

Abs. 2 sieht vor, dass auf die persönliche Anhörung verzichtet werden kann, wenn diese nach den gesamten Umständen als unverhältnismässig erscheint. Nach dem Vorentwurf soll dies insbesondere bei einer

Massnahme im Sinne von Art. 312 Ziffer 2 ZGB der Fall sein. Es handelt sich hierbei um ein Beispiel (Entziehung der elterlichen Sorge nach einer Verzichtserklärung der leiblichen Eltern im Hinblick auf eine Adoption ihres Kindes), bei dem die verzichtenden Eltern nach Möglichkeit immer angehört werden müssen und die Behörde sich ein eigenes Bild darüber machen muss, ob diese Eltern sich der Folgen ihrer Zustimmung wirklich bewusst sind. Wir beantragen demnach, den letzten Teil des ersten Satzes von Abs. 2: «..., wie insbesondere bei einer Massnahme nach Art. 312 Ziffer 2 ZGB», ersatzlos zu streichen.

Zu Art. 33

In Anlehnung an das Institut der unentgeltlichen Prozessführung regen wir zu Abs. 2 an, die Volljährigen nur bei Mittellosigkeit von der Kostenaufgabe zu befreien.

Zu Art. 38 und 43

Wenn die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde von Bundesrechts wegen – wie beantragt – auch eine Verwaltungsbehörde sein darf, kann sie im Rahmen der fürsorglichen Unterbringung nicht Rechtsmittelinstanz sein.

Zu Art. 42 und 43

Wie vorstehend ausgeführt (vgl. hierzu Ausführungen unter B./4.b), erachten wir die Frist von 48 Stunden als nicht praktikabel. Wir beantragen daher, die Frist entsprechend dem zu Art. 419 VE ZGB Gesagten zu verlängern.

Zu Art. 46

Wir erachten eine Verlängerung der Beschwerdefrist bei Entscheidungen auf neu 20 Tage (Abs. 2 Satz 1) als nicht notwendig, da sich die Beschwerdefrist des geltenden Rechts von 10 Tagen bewährt hat und die Rechtsschutzinteressen der betroffenen Person genügend gewahrt sind. Folglich beantragen wir, die heute geltende Beschwerdefrist von 10 Tagen in Abs. 2 Satz 1 zu übernehmen.

Zu Art. 60

Im Zusammenhang mit der Einführung des Bundesgesetzes zum Haager Adoptionsübereinkommen (BG-HAÜ; LS 211.221.31) wurde Art. 44 Bst. d des Bundesrechtspflegegesetzes (SR 173.110) geändert. Allerdings wurde damals versehentlich die Berufungsmöglichkeit nur gegen die Errichtung einer Beistandschaft gemäss Art. 17 BG-HAÜ vorgesehen, nicht aber gegen die Errichtung einer Vormundschaft gemäss Art. 18 BG-HAÜ oder gegen die Wegnahme des Kindes gemäss Art. 19 BG-HAÜ. Anlässlich der Jahrestagung 2002 der VBK und des VSAV wurde auf diesen Mangel hingewiesen (vgl. ZVW 1/2003, S. 35). Im vorliegenden Vorentwurf wurde nun eine teilweise Korrektur vorgenom-

men, jedoch nur bezüglich Art. 18 BG-HAÜ. Da die Wegnahme eines Kindes gemäss Art. 19 BG-HAÜ einer Entziehung der elterlichen Obhut gleichkommt, gegen welche die Berufung ans Bundesgericht möglich ist, ist die Berufung auch gegen die Wegnahme gemäss Art. 19 BG-HAÜ zu gewähren.

Genehmigen Sie, Herr Bundesrat, die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.



Im Namen des Regierungsrates
Der Präsident:

Der Staatsschreiber: