



Direktion der Justiz und des Innern  
Herr Regierungsrat  
Markus Notter  
Neumühlequai 10  
Postfach  
8090 Zürich

Zürich, den 17. März 2011

## **Stellungnahme zum Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht**

Sehr geehrter Herr Regierungsrat Notter  
Sehr geehrte Frau Baer

Die Grünen Kanton Zürich bedanken sich für die Möglichkeit, sich an der Vernehmlassung zum Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenenschutzrecht zu beteiligen und nehmen dazu gern Stellung.

Mit freundlichen Grüssen

Ulla Blume  
Geschäftsführerin Grüne Kanton Zürich

## **1. Allgemeine Bestimmung**

Das Gesetz regelt, was aufgrund der ZGB-Revision neu zu regeln ist. Zu beachten ist, dass möglicherweise über den Anhang hinaus weitere Normen anzupassen sind. Die kantonale Verordnung über die Bewilligung von Kinder- und Jugendheimen, Kinderkrippen und Kinderhorten (LS 852.23) gibt der heutigen Vormundschaftsbehörde Kompetenzen, die sich nicht aus dem ZGB ergeben. Auch die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden eignen sich für diese Aufgaben. Diese Verordnung ist anzupassen. Dasselbe gilt für allfällige weitere Zuständigkeiten der heutigen Vormundschaftsbehörden, die sich versprengt in Gesetzen und Verordnungen finden könnten.

## **2. A Kindes- und Erwachsenenschutzkreise**

Die Kindes- und Erwachsenenschutzkreise sind ein Kompromiss. Einerseits soll den Gemeinden möglichst viel Selbständigkeit belassen werden, andererseits braucht jede Behörde genügend Fälle, um Routine zu entwickeln.

Die Gemeinden müssen Anschlussverträge mit Nachbargemeinden abschliessen oder sich in Zweckverbänden zusammenschliessen. Sie müssen sich einigen. Das interkommunale Behördenmodell lässt den Gemeinden also weit weniger Selbständigkeit, als es auf den ersten Blick verspricht und das zu einem hohen Preis, was Übersichtlichkeit und Aufwand betrifft. Regierungsrat und Kantonsrat sollten deshalb nochmals in Betracht ziehen, die Zuständigkeit auf den Kanton zu übertragen.

### **§ 2 Gebietsumschreibung**

Die Gemeinden eines Kreises brauchen nicht im selben Bezirk zu liegen, auch nicht «in der Regel». Der Entwurf schafft ja einen Mechanismus, der klarstellt, bei welchem Bezirksgericht die Entscheide der Behörde anzufechten sind. Damit ist der Rechtssicherheit, mit der die Justizdirektion argumentiert, Genüge getan.

Das minimale Einzugsgebiet von 30'000 EinwohnerInnen gehört dagegen ins Gesetz. Es braucht genügend Fälle, um Erfahrung, Wissen und Routine zu erarbeiten. Die Vorschriften über die Stellenprozente stellen nicht sicher, dass die Behörde genug Arbeit hat, um Professionalität zu entwickeln.

### **§ 3 Zusammenarbeit unter Gemeinden**

Die Vorschrift ist die logische Folge des Entscheids, die Zuständigkeit den Gemeinden zu belassen, aber ein Einzugsgebiet zu verlangen, das grösser ist als jede Gemeinde ausser Zürich und Winterthur. Es sind komplexe Verhandlungen zwischen den Gemeinden notwendig, die Vereinbarungen dürften zu administrativ aufwändigen Lösungen führen.

Die Vorschrift verschweigt, was passiert, wenn sich die Gemeinden nicht auf einen Anschlussvertrag oder einen Zweckverband einigen. Dann müsste der Regierungsrat aufsichtsrechtlich einschreiten. Das Gesetz zwingt die Gemeinden zur interkommunalen Zusammenarbeit. Daran führt kein Weg vorbei, da die Einzugsgebiete für eine professionelle Behörde grösser sein müssen als eine Gemeinde. Die Bestimmung sollte jedoch ausdrücklich regeln, was der Kanton tun wird, wenn keine Anschlussverträge oder

Zweckverbände zustande kommen. Der Zwang, sich einem Zweckverband anzuschliessen, ist für die Gemeinden noch eher akzeptabel als ein erzwungener Anschlussvertrag. Das Gesetz muss die Integration in einen Zweckverband gegen den Willen der betroffenen Gemeinde regeln.

## **2. B. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde**

Die Regelungen dieses Abschnitts sind zentral dafür, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde unabhängig und fachkundig handeln kann. Bei den Behördenmitgliedern muss das Gesetz nur regeln, wer überhaupt in Frage kommt. Aus diesem Kreis wählt die ernennende Behörde die besten BewerberInnen aus. An allzu starren Vorgaben könnten auch geeignete KandidatInnen scheitern, umgekehrt gibt es immer ungeeignete KandidatInnen, welche die formalen Vorgaben erfüllen. Bei der Ausbildung reicht ein Hochschul- oder Fachhochschulabschluss bzw. ein Facharzttitel aus. Keinesfalls darf sich der Gesetzgeber dazu hinreissen lassen, ein Diplom eines ganz bestimmten Anbieters (z.B. einen bestimmten Nachdiplomstudiengang) vorzuschreiben. Ebenso wichtig wie die erforderlichen Abschlüsse ist die Erfahrung. Der Gesetzgeber sollte sich eingehender damit befassen, welche Art von Berufserfahrung zu verlangen ist. Pünktuell muss der Kanton das Arbeitsverhältnis der Behördenmitglieder und die Organisation auch dann regeln, wenn er die Behörden nicht selber betreiben will. Er muss jene Minimalstandards setzen, die für Unabhängigkeit und Professionalität der Behörde unabdingbar sind.

### **§ 6 Genehmigung**

Die Vorschrift läuft darauf hinaus, dass die Ernennungsbehörde einer Bewerberin oder einem Bewerber zusagt und danach die Genehmigung der Aufsichtsbehörde einholt. Die Meldung muss innert zehn Tagen erfolgen, für den Entscheid der Aufsichtsbehörde gibt es keine Frist. Das führt entweder dazu, dass eine Bewerberin über mehrere Wochen keine Klarheit hat, oder dazu, dass sich die Ernennungsbehörde in Zweifelsfällen mit der Aufsichtsbehörde abspricht, sobald die Bewerbungsdossiers vorliegen.

Es wäre deshalb zweckmässiger, wenn die Aufsichtsbehörde vor den Bewerbungsgesprächen einen Entscheid über die Wahlfähigkeit jener Bewerberinnen und Bewerber treffen würde, welche die Ernennungsbehörde einladen will. Das lässt sich anhand der Dossiers entscheiden. Dann kann die Ernennungsbehörde rasch und verbindlich entscheiden. Darauf sind die BewerberInnen angewiesen, die vielleicht noch andere Stellenangebote erhalten, aber auch die Ernennungsbehörde, deren WunschkandidatIn in der Zwischenzeit «abspringen» könnte.

### **§ 7 Voraussetzungen der Ernennung**

Absatz 1 sagt unnötig kompliziert, dass die Behördenmitglieder Schweizer BürgerInnen sein und in der Schweiz wohnen müssen. Vertrautheit mit den hiesigen Verhältnissen ist erforderlich, um hoheitliche Befugnisse auszuüben. Dieser Anforderung genügt allerdings auch ein Kandidat, der in der Schweiz aufgewachsen ist. Das Gesetz schafft hohe Hürden bei der fachlichen Qualifikation. Um den Kreis der Wählbaren nicht weiter einzuschränken, sollte das Gesetz eine Niederlassungsbewilligung («C-Bewilligung») genügen lassen.

Absatz 2 lit. c regelt die Qualifikation des Behördenmitglieds mit psychologischem, psychiatrischem oder pädagogischem Hintergrund. Es ist nicht einzusehen, weshalb einerseits nur einE KinderpsychiaterIn in Frage kommen soll, andererseits ein PsychologIn keine kinderspezifische Ausbildung haben muss. Dieses Behördenmitglied soll die Fachkompetenz bei der Beurteilung von Kinderbelangen sicherstellen. Das ist am ehesten zu erreichen, indem der Gesetzgeber Berufserfahrung in der Arbeit mit Kindern für alle Behördenmitglieder nach Abs. 2 lit. c vorschreibt. Dann genügt dafür auch ein Facharzttitel in Psychiatrie.

Absatz 4 verlangt fünf Jahre Berufserfahrung «in ihrem Fachgebiet». Das ist gleichzeitig zu streng und zu lax. JuristInnen und PsychologInnen arbeiten in Berufen, die man durchaus als ihr Fachgebiet bezeichnen kann, die sie aber nicht für die Arbeit in der Behörde qualifizieren. Dem Gerichtsschreiber am Bundesgericht oder der Psychologin in der Personalabteilung kann man nicht absprechen, fünf Jahre Erfahrung auf ihrem Fachgebiet zu haben. Was dennoch fehlt, ist die Erfahrung mit den Menschen, um die sich die Behörde kümmern muss. Absatz 4 muss Berufserfahrung im Kindes- und Erwachsenenschutz oder einem ähnlichen Fachgebiet vorschreiben, für PsychologInnen, PädagogInnen oder PsychiaterInnen Berufserfahrung mit Kindern. Andererseits sind fünf Jahre zu lang. Auch drei Jahre relevante (!) Berufserfahrung genügen, um sich ein Bild über die Eignung der Kandidatin oder des Kandidaten zu machen.

## **§ 8 Unabhängigkeit**

Die Behördenmitglieder sollen, wie eine Richterin oder ein Staatsanwalt, unabhängig sein. Das im Gesetz ausdrücklich festzuhalten ist notwendig, genügt aber nicht.

Einfluss auf die Praxis der Behörde wird haben, wie die Ernennungsbehörde das Arbeitsverhältnis beenden kann, ob und wie die Leistung der Behördenmitglieder gemessen wird, wer wie über Lohnerhöhungen entscheidet und wie die Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen finanziert werden. Auf all das kann der Kanton nur wenig Einfluss nehmen, wenn er die Zuständigkeit nicht ganz an sich ziehen will. Dennoch ist eine Regelung von Minimalstandards, die Unabhängigkeit sicherstellen, möglich und notwendig. Das betrifft erstens das Personalrecht (dazu § 17), zweitens die Finanzierung. Zweckverbände und Anschlussverträge müssen die Finanzierung so regeln, dass die Behörde die gesetzlich vorgeschriebenen Massnahmen auch anordnen kann. Das sollte das Gesetz ausdrücklich festhalten.

## **§ 9 Besetzung**

Die bzw. der Vorsitzende der Behörde leitet das Verfahren, setzt Fristen an, sorgt für ordnungsgemässe Protokollierung usw. Die Behörde soll nach dem Entwurf ähnlich wie ein Gericht funktionieren und wird zu einem guten Teil dieselben Verfahrensvorschriften zu beachten haben. Es ist deshalb sinnvoll, wenn einE JuristIn grundsätzlich den Vorsitz führt. Auch die Ausnahmeregelung ist sinnvoll. Es ist jedoch klarzustellen, dass in jedem Fall alle drei Fachrichtungen im Spruchkörper vertreten sein müssen. Die Schreiberin oder der Schreiber der Behörde, wohl regelmässig einE JuristIn, wird aufgrund der hierarchischen Stellung mit Bedenken nicht durchdringen, wenn die Behörde einen rechtlich fragwürdigen Entscheid fällen will.

Das Problem der Regelung ist, dass juristischer Sachverstand für die Verfahrensleitung Sinn macht, dass aber mit dem Vorsitz Prestige und höherer Lohn einhergehen können. Die Behörden sollten sich so organisieren und ihre Mitglieder so bezahlen, dass bspw. die Präsidentin als echte *prima inter pares* und nicht als «Chefin» erscheint. Beispielsweise sollte die Präsidentin nicht allein über Anstellungen für das Behördensekretariat entscheiden können. Wenn der Gesetzgeber am interkommunalen Behördenmodell festhält, ist es ihm jedoch verwehrt, hier Einfluss zu nehmen. Blosser Empfehlungen gehören nicht in ein Gesetz und die vorgeschlagene Regelung lässt eine vernünftige Organisation zu. Wenn der Vorsitz den JuristInnen vorbehalten bleibt, müssen deren Vorrechte auf die Verfahrensleitung beschränkt sein. Nur dafür qualifiziert juristischer Sachverstand besser als jener der anderen Behördenmitglieder.

### **§ 11 Stellvertretung**

Auch Ersatzmitglieder sollten über eine gewisse Routine in den Geschäften der Behörde verfügen. Mindestpensen bei der Behörde vorzuschreiben ist nicht sinnvoll, es geht ja gerade darum, Abwesenheiten, Belastungsspitzen usw. abzudecken. Die Ersatzmitglieder sollten jedoch zu mindestens 50% beruflich im Kindes- und Erwachsenenschutz oder einem verwandten Gebiet tätig sein müssen. Der Entwurf beschränkt die Wählbarkeit zu Recht nicht auf ordentliche Mitglieder anderer Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. So kann die Tätigkeit als Ersatzmitglied als Einstieg in den Beruf genutzt werden.

### **§ 13 Pikettdienst**

Die Polizei arbeitet rund um die Uhr. Die Formulierung erweckt deshalb den Eindruck, dass ein Behördenmitglied rund um die Uhr erreichbar sein muss. Die Erläuterungen sprechen von täglicher Erreichbarkeit auch an Wochenenden und Feiertagen. Ein Pikettdienst in der Art des Haftrichterdiensts der Gerichte dürfte ausreichen. Die Formulierung sollte das klarstellen.

### **§ 16 Behördensekretariat**

Die Gemeinden werden sich auch für die Führung der Beistandschaften in Zweckverbänden zusammenschliessen oder sich grösseren Nachbargemeinden anschliessen müssen. Wie bei den Behördenmitgliedern selbst (§ 12) ist vorzuschreiben, dass auch MitarbeiterInnen des Behördensekretariats im selben Kreis weder Vormund noch Beistand sein dürfen. Aufsicht und Beauftragte dürfen einander nicht zu nahe stehen.

### **§ 17 Arbeitsverhältnis**

Wenn die Behördenmitglieder wirklich eine unabhängige Stellung haben sollen, wie eine Richterin oder ein Staatsanwalt, dann ist eine minimale Regelung des Arbeitsverhältnisses unumgänglich.

Der beste Garant für Unabhängigkeit ist die Wahl auf feste Amtszeit und ein Verzicht auf lohnwirksame Leistungsbeurteilungen. Als zweitbeste Lösung wäre vorzuschreiben, dass Leistungsbeurteilungen und Bestimmungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Unabhängigkeit der Behörde in der Rechtsanwendung nicht berühren dürfen.

### **3. Führung der Beistandschaften**

Die Justizdirektion weist in ihren Erläuterungen zu Recht darauf hin, dass die Führung der Beistandschaften im ZGB bereits weitgehend geregelt ist. Dennoch ist zu zwei Bestimmungen Folgendes zu bemerken:

#### **§ 19 Aufsicht**

Art. 419 ZGB deutet an, dass es ein Beschwerdeverfahren betreffend die Führung der Beistandschaft vor der Erwachsenenschutzbehörde geben muss. Das ist einer der wenigen Punkte, die das ZGB nicht eingehend regelt. Das kantonale Einführungsgesetz sollte zumindest in den Grundzügen regeln, was die Behörde bei Eingang einer Beschwerde tun muss (schriftliches oder mündliches Beschwerdeverfahren; Sanktionsmöglichkeiten gegenüber einem fehlbaren Beistand; Möglichkeit des Einschreitens auch von Amtes wegen oder auf Anzeige einer Person, die nicht zum Kreis der Beschwerdeberechtigten nach Art. 419 ZGB gehört).

#### **§ 24 Zusammenarbeit unter Gemeinden**

Das Gesetz sollte ausdrücklich sagen, dass ein Zweckverband zur Führung von Beistandschaften organisatorisch unabhängig vom Zweckverband sein sollte, der die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde führt. Wie bereits bei § 16 erwähnt, ist zu viel Nähe zwischen Aufsicht und Beaufsichtigten zu vermeiden.

### **4. A. Anordnung der Unterbringung und Entlassung**

Über die kurzfristige Unterbringung bei psychiatrischen Notfällen wird wohl auch in Zukunft meist ein Arzt entscheiden. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird sich vorwiegend mit Unterbringungen befassen, die länger dauern und nicht plötzlich notwendig werden.

#### **§ 35 Zuständige Ärztinnen und Ärzte**

Diese Zuständigkeit beizubehalten ist sinnvoll. Auch heute ordnen oft NotfallpsychiaterInnen die fürsorgerische Freiheitsentziehung an. Will man daran nicht festhalten, so wäre ein Pikettdienst rund um die Uhr für die Behörde unumgänglich.

Absatz 2 schreibt vor, dass einweisende ÄrztInnen nicht in der aufnehmenden Einrichtung tätig sein dürfen. Der Gesetzgeber sollte näher umschreiben, was damit gemeint ist. Ein Zweifelsfall entsteht, wenn dasselbe Unternehmen ein Ambulatorium und eine Klinik betreibt. Die ÄrztInnen des Ambulatoriums stehen dann in demselben Interessenkonflikt wie die ÄrztInnen in der Klinik selbst (optimale Auslastung/Notwendigkeit der Einweisung). Auch ihnen sollte der Einweisungsentscheid deshalb verwehrt sein.

#### **§ 36 Weiterbildung**

Diese Bestimmung verspricht Qualitätssicherung, kann dieses Versprechen aber nicht halten. Es ist nicht ersichtlich, wie der Kanton die Pflicht zur Weiterbildung durchsetzt, wenn letztlich doch alle praktizierenden ÄrztInnen die fürsorgerische Unterbringung

anordnen dürfen. Wer als Arzt oder Ärztin praktiziert, kann mit Notfällen konfrontiert werden, die nach einer fürsorgerischen Unterbringung rufen. Es muss deshalb genügen, dass die einweisenden ÄrztInnen die Voraussetzungen von § 35 erfüllen.

#### **4. B. Nachbetreuung und ambulante Massnahmen**

In diesem Punkt lässt der Bundesgesetzgeber den Kantonen viel Spielraum. Die Rechtsprechung zur heutigen fürsorgerischen Freiheitsentziehung ist streng. Sobald es einigermassen geht, muss die betroffene Person entlassen werden. Heute besteht allerdings keine Möglichkeit, ambulante Pflege zu erzwingen. Bei uneinsichtigen PatientInnen schafft die heutige Rechtslage oft eine unbefriedigende Wahl zwischen fürsorgerischer Freiheitsentziehung und Wegfallen jeglicher Behandlung in Freiheit. Diese Lücke will der Entwurf mit Recht schliessen. Er geht jedoch gelegentlich zu weit.

##### **§ 47 Ambulante Massnahmen**

Der Begriff ambulante Massnahmen ist unglücklich, weil er auch im Strafrecht verwendet wird. Um stigmatisierende Verwechslungen zu vermeiden, ist ein anderer Begriff vorzuziehen, zum Beispiel «angeordnete Betreuung».

Der Gesetzgeber muss nur das regeln, was er gegen den Willen der betroffenen Person durchsetzen will und durchsetzen kann. Der Katalog zählt eine Reihe sinnvoller Massnahmen auf. Ob deren Durchsetzung gegen den Willen der Betroffenen verhältnismässig ist, ist jedoch fraglich.

Problematisch sind die Weisungen zu Berufsausübung, Aufenthaltsort und Verhalten. Die Behörde hat kein Druckmittel in der Hand, wenn einE BetroffeneR sich weigert, einen bestimmten Beruf auszuüben oder nicht auszuüben. Das ist auch gut so. In diesem Punkt lehnt sich der Entwurf viel zu stark an die Regeln an, die für StraftäterInnen auf Bewährung gelten. Absatz 2 lit. a ist von einer Bestimmung des früheren Strafgesetzbuchs inspiriert (vgl. Art. 41 Ziff. 2 alt StGB). Gegenüber StraftäterInnen hat der Staat ein starkes Druckmittel in der Hand, bei Missachtung der Weisung droht der Strafvollzug. Demgegenüber ist kein verhältnismässiges Mittel ersichtlich, mit dem die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine Weisung zur Berufsausübung durchsetzen könnte. Sie sollte solche Weisungen nicht erteilen dürfen. Dasselbe gilt für die gut gemeinte Idee, Betroffenen zum Beispiel den Aufenthalt an notorischen Treffpunkten von AlkoholikerInnen zu verbieten. Das durchzusetzen hiesse, die Betroffenen zu büssen, weil sie sich zum Beispiel am Stadelhoferplatz aufgehalten haben. Das geht zu weit und hat nichts mehr mit Fürsorge zu tun.

Wenn einE BetroffeneR eine Meldepflicht missachtet, kann die Behörde nachfragen, wie es ihr bzw. ihm geht. Das macht Sinn. Medizinische Behandlungen lassen sich mit körperlichem Zwang durchsetzen. Verhältnismässig ist das freilich nur dort, wo sich so eine neuerliche Einweisung verhindern lässt. Allgemein formuliert, sollte das Gesetz nur Massnahmen vorsehen, die sich mit direktem, körperlichem Zwang durchsetzen lassen oder solche, die sicherstellen, dass die Behörde rechtzeitig von Entwicklungen erfährt, die nach ihr rufen. Ein Damoklesschwert, wie es über StraftäterInnen auf Bewährung schwebt, hat die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde nicht zur Hand, und der Gesetzgeber sollte ihr keins geben.

Jedoch sollte die Behörde eine Person zwingen können, Gegenstände zu hinterlegen, um einer Selbst- oder Fremdgefährdung entgegenzuwirken. Zu denken ist beispielsweise an die Hinterlegung gefährlicher Gegenstände nach einem Suizidversuch, aber auch an die Hinterlegung einer Stereoanlage, wenn der Verlust der Wohnung wegen nächtlicher Ruhestörungen droht. Es kommt vor, dass Betroffenen sich oder andere mit Gegenständen gefährden, die sich nicht gestützt auf das Waffengesetz wegnehmen lassen, etwa mit Messern, die einen Zentimeter zu kurz sind, um unter das Waffengesetz zu fallen. Zu denken ist aber auch an in grossen Mengen gehortete Medikamente des Suizidgefährdeten. Die Hinterlegung von Gegenständen sollte ausdrücklich geregelt werden. Sie ist eine Möglichkeit, einem Betroffenen den Weg zu einer früheren Entlassung zu ebnen.

### **§ 49 Überwachung, Aufhebung**

Die Bestimmung läuft auf eine periodische Überprüfung alle zwei Jahre hinaus. Vorher muss die betroffene Person von sich aus an die Behörde gelangen, um beispielsweise von einer Meldepflicht befreit zu werden. Längst nicht alle Betroffenen werden das tun. Anordnungen der Behörde sollten alle sechs Monate von Amtes wegen überprüft werden. Das muss zumindest für jene Anordnungen gelten, die stark in die persönliche Freiheit eingreifen wie die Zwangsmedikation.

Bei angeordneten medizinischen Behandlungen wird die behandelnde Ärztin bzw. der behandelnde Arzt als ersteR feststellen, dass die Behandlung nicht mehr indiziert ist. Das Gesetz sollte ausdrücklich festhalten, dass der Arzt dann die Behandlung von sich aus einstellen und der Behörde die Aufhebung beantragen kann.

## **5.A. Allgemeine [Verfahrens-] Bestimmungen**

Die vorgesehene «Kaskadenordnung» ist sinnvoll. Der Bundesgesetzgeber sieht eine Fachbehörde vor und der Entwurf schafft eine Behörde, die nicht direkt mit den bisherigen Vormundschaftsbehörden zu vergleichen ist. Die neuen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden werden ihre Arbeitsweise erst noch finden müssen. Es ist grundsätzlich richtig, auf die allgemeinen Bestimmungen des VRG und der ZPO zu verweisen, das schafft mehr Flexibilität als eine minutiöse Regelung des Verfahrens vor einer Behörde, die es noch nicht gibt.

### **§ 51 Anwendbares Recht**

Für das Verfahren vor Bezirks- und Obergericht soll die Zivilprozessordnung anwendbar sein, nicht aber das Verwaltungsrechtspflegegesetz. Der Entwurf sieht eine Überprüfung durch das Bezirks- und das Obergericht vor. Zu beachten ist aber, dass die Bestimmungen der Zivilprozessordnung nicht so recht auf die gerichtliche Überprüfung passen. Die Rechtsmittelverfahren der Zivilprozessordnung (Berufung und Beschwerde) sind stets schriftlich. Der Entwurf weicht zu Recht davon ab und schreibt Anhörungen vor. Das ist zu begrüssen. Wenn die Rechtsmittelinstanz die Person, um die es geht, nicht gesehen hat, wird sie sich grosse Zurückhaltung auferlegen und nicht ohne Not in das Ermessen der Vorinstanz eingreifen. Eine wirksame Überprüfung setzt eine persönliche Begegnung mit dem Betroffenen voraus.

## **§ 53 Öffentlichkeit des Verfahrens**

Die Erläuterungen weisen zu Recht darauf hin, dass die Entscheidungen der Behörde in den Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 der Europäischen Menschenrechtskonvention fallen. Sie greifen in die zivilrechtliche Stellung der Betroffenen ein. Selbstverständlich ist der Ausschluss der Öffentlichkeit vom Verfahren mit der EMRK vereinbar. Deren Art. 6 Ziff. 1 sieht aber keine Ausnahme von der Öffentlichkeit der Urteilsverkündung vor. Das bedeutet nicht, dass die Behörde ihre Entscheide in einem Verhandlungssaal verlesen muss oder aktiv im Internet publizieren muss. Die Entscheide müssen aber im Dispositiv für alle einsehbar sein, wie das auch heute bei den Gerichten der Fall ist. Das sollte das Gesetz ausdrücklich erwähnen.

## **5.B. Verfahren vor der KESB**

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde soll ähnlich wie ein Gericht funktionieren. Das Konzept einer interdisziplinären Fachbehörde setzt der Anlehnung an den Gerichtsbetrieb jedoch Grenzen. Das dort übliche ReferentInnensystem läuft darauf hinaus, dass einE JuristIn (ReferentIn) von zwei JuristInnen (PräsidentIn und KorreferentIn) kontrolliert wird. Dagegen sollen in der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde drei Fachleute mit ganz unterschiedlicher Ausbildung ihr Wissen in den Entscheid einbringen. Einem der Behördenmitglieder eine so starke Stellung zu geben, wie sie ReferentInnen am Gericht hat, schadet dem Dialog der Fachrichtungen.

## **§ 55 Sachliche Zuständigkeit**

An den Gerichten ist es üblich, dass die Präsidentin bzw. der Präsident allein über vorsorgliche Massnahmen entscheidet. Es entscheidet dann eine JuristIn anstatt drei JuristInnen. Bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist das anders. Absatz 2 führt dazu, dass anstelle eines interdisziplinären Spruchkörpers in der Regel einE JuristIn entscheidet. Die Vorschrift legt zu viel Gewicht auf einen geringfügigen Zeitgewinn: Aufgrund der Minimalpensen von 50% bzw. 80% kann sich die Behörde so organisieren, dass sie derartige Entscheide an zwei verschiedenen Wochentagen zu dritt fällen kann. Das ist noch immer schnell genug, wenn man bedenkt, dass die Entscheide eingeschrieben per Post zugestellt werden, also eine ganze Woche lang dort liegenbleiben können. Zumindest sollte eine Einsprache an die Kollegialbehörde möglich sein, nur schon als Filter vor dem Rechtsmittelverfahren, das gegen Massnahmenentscheide möglich ist (Art. 445 Abs. 3 ZGB).

## **§ 61 Anhörung**

Der persönliche Eindruck ist beim Entscheid über Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes oft ausschlaggebend. Absatz 1 trägt dem zu wenig Rechnung. Wo über einschneidende Massnahmen zu entscheiden ist, sollte der gesamte Spruchkörper die betroffene Person sehen und hören. Dass die bzw. der Betroffene das ohnehin verlangen kann, reicht nicht aus, da sie bzw. er sich mit solchen Fragen regelmässig nicht auskennt. Die Anhörung durch ein Behördenmitglied allein gibt diesem eine viel zu starke Stellung. Die zwei Mitglieder, die die bzw. den Betroffenen nicht gesehen haben, werden kaum widersprechen. Damit das Fachwissen und die Intuition der Behördenmitglieder aller

Fachrichtungen in den Entscheid einfließen, muss eine Anhörung vor dem gesamten Spruchkörper stattfinden. In den Fällen nach Absatz 1 ist das zwingend vorzuschreiben.

Eine Delegation der Anhörung an eine aussenstehende Fachbehörde (Absatz 3) ist unnötig. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde wird ja mit Fachleuten aus drei Richtungen besetzt, von denen mindestens eine stets in der Lage sein sollte, das Gespräch mit der bzw. dem Betroffenen zu führen. Die Verhältnisse liegen anders als bei den Gerichten, an denen nur JuristInnen tätig sind.

### **§ 62 Einvernahme von Zeuginnen und Zeugen**

Der Entwurf sagt nur, dass die Behörde ZeugInnen einvernehmen kann, nicht aber, wann sie das tun muss. Das ist problematisch. Zur Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse im Sinne von § 60 dürften regelmässig auch formlose, vielleicht sogar telefonische Befragungen gehören. § 62 darf nicht dazu führen, dass solches unmöglich wird. Wenn aber den Wahrnehmungen einer Person aus dem Umfeld der bzw. des Betroffenen ausschlaggebende Bedeutung für den Entscheid der Behörde zukommt, so muss die Behörde diese als ZeugInnen befragen und darf sich nicht auf eine Aktennotiz über ein Telefongespräch oder dergleichen abstützen. Das gilt selbstverständlich nur, wenn die bzw. der Betroffene die Wahrnehmungen bestreitet. All das sollte das Gesetz ausdrücklich festhalten.

### **§ 65 Kontradiktorisches Verfahren**

Im Streit der Eltern um Besuchsrecht, Obhut oder elterliche Sorge entscheidet die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde einen Rechtsstreit zwischen zwei Privatpersonen mit gegensätzlichen Auffassungen. Hier hat die Behörde eine Aufgabe, die sonst den Gerichten zukommt. Die Bestimmungen des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, die primär anwendbar sein sollen, passen deshalb nicht. Das Gesetz sollte die Bestimmungen der Zivilprozessordnung über das vereinfachte Verfahren (mündliche Verhandlung; kein Schriftenwechsel) für anwendbar erklären.

## **5.C. Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen**

Die Argumente des Gutachtens von Professor Georg Müller überzeugen, die weiteren Zuständigkeiten des Bezirksrates lassen ihn nicht als unabhängiges Gericht erscheinen. Obwohl das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht materiell Verwaltungsrecht ist, beruft der Entwurf zu Recht die Zivil- und Strafgerichte zur richterlichen Überprüfung. Sie führen öfter mündliche Verhandlungen durch als das Verwaltungsgericht. Das ist für eine wirksame gerichtliche Überprüfung zentral. Die Gerichte werden sich in vielen Verfahren die Frage stellen müssen, ob es notwendig ist, die persönliche Freiheit des Betroffenen so stark einzuschränken, wie es die Behörde getan hat. Allenfalls muss sich das Gericht auf den Standpunkt stellen, die bzw. der Betroffene sei durchaus in der Lage, sich um dies oder jenes ohne Beistand zu kümmern. Einem Gericht, das die Betroffenen nicht mit eigenen Augen gesehen hat, wird es schwer fallen, hier einer fachkundigen Vorinstanz zu widersprechen. Es ist wichtig, dass die RichterInnen die Betroffenen sehen. Hier verträgt es viel weniger Abstriche als bei der Frage, ob es eine oder zwei gerichtliche Instanzen braucht.

### **§ 70 Sachliche Zuständigkeit a. Bezirksgericht**

Die Überlegungen der Justizdirektion zum Rechtsmittelzug sind sachfremd. Ob es eine oder zwei Gerichtsstufen braucht, kann nicht davon abhängen, ob die Kindes- und Erwachsenenschutzkreise gross oder klein sind. Auch kann die Überprüfung durch zwei Instanzen mit juristischer Brille die fachliche Qualifikation der interdisziplinären Behörde nicht ersetzen. Ausschlaggebend muss sein, wie viel Gewicht der Raschheit des Verfahrens und wie viel Gewicht einer möglichst umfassenden Überprüfung zukommen soll.

Für die Überprüfung der fürsorgerischen Unterbringung kommt nur das Einzelgericht in Frage. Ein Entscheid innert vier Arbeitstagen erfordert einen Pikettdienst, wie ihn die EinzelrichterInnen an den Bezirksgerichten heute schon unterhalten. Der Entscheid des Einzelgerichts muss beim Obergericht angefochten werden können, damit hernach der Weg an das Bundesgericht offen steht. Das Bundesgerichtsgesetz lässt es nicht zu, den Entscheid des Einzelgerichts direkt an das Bundesgericht zu ziehen. Für die fürsorgerische Unterbringung braucht es auf jeden Fall zwei kantonale Instanzen.

### **§ 71 b. Obergericht**

Für die übrigen Verfahren ist eine direkte Anfechtung der Entscheide der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beim Obergericht in Betracht zu ziehen. Das Bezirksgericht kommt als einzige richterliche Instanz nicht in Frage, weil dessen Entscheide nicht vor Bundesgericht angefochten werden können.

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde kann und muss ihre Entscheidungen veränderten Verhältnissen anpassen. Der Gesundheitszustand der bzw. des Betroffenen kann sich bessern, eine nahe stehende Person, die sich um sie gekümmert hat, kann wegziehen usw. Die Entscheide sind also nicht gleichermassen in Stein gemeisselt wie Urteile über eine Erbteilung oder einen Betrug. Das rechtfertigt es, nur zwei richterliche Instanzen (Ober- und Bundesgericht) vorzusehen. Während eines dreistufigen Verfahrens würden die Gerichte häufiger von den Ereignissen überholt.

Schriftliche Verfahren, bei denen die RichterInnen die Betroffenen nicht sehen, führen dazu, dass sich das Gericht darauf beschränkt, offenkundig unhaltbare Entscheidungen zu korrigieren. In einen Entscheid, der vertretbar, aber verbesserungswürdig ist, wird das Gericht nicht eingreifen, wenn es die bzw. den Betroffenen nicht gesehen hat. Zwei gerichtliche Instanzen machen somit nur Sinn, wenn beide die betroffene Person anhören. Das wäre indes langwierig und teuer. Aus diesen Gründen ist die direkte Anfechtung der Entscheidungen der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde beim Obergericht zu erwägen.

### **§ 74 Stellungnahme, mündliche Verhandlung**

Die von Kindes- oder Erwachsenenschutzmassnahmen betroffenen Personen können ihre Beschwerde oft nur rudimentär begründen. Sie sind selten schreibgewandt. Wenn das Gericht keine mündliche Verhandlung durchführt, ist ein faires Verfahren ohne anwaltliche Vertretung des Betroffenen schwer vorstellbar. Allerdings muss das Gericht querulatorische Beschwerden mit vernünftigen Aufwand erledigen können. Es ist deshalb richtig, dass das Gericht offensichtlich unbegründete oder unzulässige Beschwerden ohne Verhandlung oder schriftliche Stellungnahmen abweisen kann (Absatz 1 Satz 2). Davon abgesehen sollte das Gericht in der Regel eine mündliche Verhandlung durchführen. Der Aufwand dafür ist relativ

gross. Wenn der Kantonsrat an zwei gerichtlichen Instanzen festhält, ist in erster Instanz für alle Fälle die Zuständigkeit des Einzelgerichts zu erwägen. EinE EinzelrichterIn, die bzw. der eine mündliche Verhandlung durchführt, überprüft den Entscheid wirksamer als drei RichterInnen in einem schriftlichen Verfahren und kostengünstiger als drei RichterInnen, die eine mündliche Verhandlung durchführen.

### **§ 77 Anhörung im Verfahren betreffend fürsorgerische Unterbringung**

Absatz 2 bringt eine wesentliche Änderung. Heute hört das Obergericht die betroffene Person im Verfahren betreffend fürsorgerische Freiheitsentziehung sehr selten an. BeschwerdeführerInnen – ob anwaltlich vertreten oder nicht – dürften regelmässig eine Anhörung verlangen. Das bringt einen erheblichen Mehraufwand für das Obergericht.

### **§ 78 Teilnahmepflicht der Einrichtung**

Dass das Gericht die ärztliche Leitung zur Teilnahme an der Verhandlung verpflichten kann, ist zu begrüßen. Die Teilnahme sollte die Regel sein. Das sollte das Gesetz so festhalten. Psychiatrische GutachterInnen sind zwar unabhängig, haben die Betroffenen aber nur kurz exploriert. Die behandelnden ÄrztInnen sind nicht unabhängig, haben die Betroffenen aber während ein paar Tagen oder sogar während ein paar Wochen erlebt und können wertvolle Informationen liefern. Es braucht beide.