



Einführung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts:

- § Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG)**
- § Dekret über die Anpassung von Dekreten an das Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz**

Inhaltsverzeichnis

1. Zusammenfassung	2
2. Ausgangslage.....	3
2.1 Revision des Vormundschaftsrechts	3
2.2 Anpassungsfrist für die kantonalen Ausführungsbestimmungen.....	4
2.3 Bisherige Vorarbeiten.....	5
2.4 Neupositionierung in der Frage der Vollzugskompetenz (Modellwechsel)	6
3. Grundzüge der Neuregelung	6
3.1 Zweck der Vorlage	6
3.2 Behördenorganisation	7
3.3 Aufsicht	8
3.4 Zusammenarbeit mit Verwaltungsstellen und Trägern öffentlicher Aufgaben.....	8
3.5 Kindes- und Erwachsenenschutzgericht als gerichtliche Beschwerdeinstanz	8
3.6 Spezialgesetzliche Verfahrensregelungen.....	9
3.7 Kausalhaftung des Kantons.....	10
4. Erläuterungen zu den Artikeln.....	10
5. Anpassungen auf Dekretsstufe.....	41
6. Verhältnis zu den Richtlinien der Regierungspolitik (Rechtsetzungsprogramm) und anderen wichtigen Planungen.....	42
7. Finanzielle Auswirkungen	42
7.1 Mehr- und Minderkosten beim Kanton.....	42
7.2 Lastenausgleich	43
7.3 Massnahmekosten	43
8. Personelle und organisatorische Auswirkungen.....	43
9. Auswirkungen auf die Gemeinden	43
10. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft.....	44
11. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens.....	44
11.1 Vernehmlassung vom 23. Dezember 2010 bis zum 23. März 2011	44
11.2 Kurzkonsultation vom 15. Juni bis zum 25. Juni 2011	44
12. Antrag / Anträge	45

Vortrag**des Regierungsrates an den Grossen Rat zum Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG) und zum Dekret über die Anpassung von Dekreten an das Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz**

1. Zusammenfassung

Die Revision des ZGB zum Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht tritt am 1. Januar 2013 in Kraft. Auf diesen Zeitpunkt hin hat der Kanton Bern die Organisation des Kindes- und Erwachsenenschutzes den bundesrechtlichen Anforderungen anzupassen. Das neue Bundesrecht sieht für den Vollzug die Schaffung von interdisziplinären Fachbehörden vor, deren Entscheide direkt bei einer gerichtlichen Beschwerdeinstanz angefochten werden können.

Diese bundesrechtlichen Vorgaben haben zur Folge, dass im Kanton Bern eine vollkommen neue Behördenorganisation aufgebaut werden muss. Obwohl sich der Grosse Rat am 27. Januar 2010 für die Schaffung von kantonalen Fachbehörden ausgesprochen hat (kantonales Modell), sieht sich der Regierungsrat aufgrund der ausgesprochen schwierigen finanzpolitischen Situation nunmehr veranlasst, dem Grossen Rat die Beibehaltung der bisherigen kommunalen Kompetenz im Kindes- und Erwachsenenschutz zu beantragen (kommunales Modell). Nach dem kommunalen Modell wird jede Einwohnergemeinde und jede gemischte Gemeinde verpflichtet, eine eigene Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) zu führen, mit anderen Gemeinden eine gemeinsame KESB zu betreiben oder sich einer Gemeinde anzuschliessen, die ihrerseits eine KESB führt. Eine entsprechende Verpflichtung trifft auch die Burgergemeinden. Die neuen Fachbehörden treten an die Stelle der bisherigen vormundschaftlichen Behörden, d.h. der kommunalen Vormundschaftsbehörden, der Regierungsstatthalterämter und der burgerlichen Oberwaisenkammer. Ihre Mitglieder müssen über Fachwissen in den Kerndisziplinen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts verfügen (Rechtswissenschaft, Soziale Arbeit, Pädagogik, Psychologie oder Medizin), da die notwendige Sach- oder Fachkompetenz zwingend in der Behörde selbst vorhanden sein muss. Die KESB fällen ihre Entscheide mit drei Mitgliedern, soweit die Gemeinden nicht einen grösseren Spruchkörper bei Kollegialentscheiden vorsehen.

Die interdisziplinäre Natur des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts gebietet eine Zusammenarbeit der KESB mit verschiedenen anderen staatlichen Stellen und Dritten, die ebenfalls Aufgaben auf den Gebieten des zivilrechtlichen Kindesschutzes, des Jugendstrafrechts, der Jugendhilfe oder in verwandten Aufgabenbereichen erfüllen. Von der Organisation der jeweiligen KESB hängt ab, wie künftig die Zusammenarbeit mit den kommunalen und regionalen Sozialdiensten sowie den Amtsbeistandschaften und Amtsvormundschaften auszugestalten ist, die bereits heute im Vormundschaftswesen tätig sind. Die neuen Behörden arbeiten ferner je nach Situation mit den Polizeiorganen des Kantons, den Regierungsstatthalterämtern und weiteren betroffenen Stellen zusammen.

Die KESB werden in fachlicher Hinsicht durch die JGK beaufsichtigt. Einzelne Aufsichtsaufgaben sollen zudem von den Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthaltern sowie der Oberwaisenkammer wahrgenommen werden.

Als gerichtliche Beschwerdeinstanz ist das Obergericht vorgesehen, bei dem ein zur Zivilabteilung gehörendes Kindes- und Erwachsenenschutzgericht geschaffen werden soll. Es tritt an die Stelle der heutigen Rekurskommission für fürsorgerische Freiheitsentziehungen und übernimmt zudem Aufgaben, die bisher vom Appellationshof erfüllt worden sind.

Nebst der im revidierten ZGB enthaltenen punktuellen Regelung des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens ist es aufgrund der spezifischen Bedürfnisse des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts unabdingbar, spezialgesetzliche Verfahrensnormen zu erlassen. Der vorliegende Entwurf regelt sämtliche wichtigen Verfahrensaspekte und verweist als ergänzendes Recht auf das VRPG.

2. Ausgangslage

2.1 Revision des Vormundschaftsrechts

Das Vormundschaftsrecht ist seit dem Inkrafttreten des *Zivilgesetzbuches (ZGB)*¹ im Jahre 1912 – abgesehen von den Bestimmungen über die fürsorgerische Freiheitsentziehung – nahezu unverändert geblieben. Es entspricht unseren heutigen Verhältnissen und Anschauungen nicht mehr. Am 19. Dezember 2008 haben daher National- und Ständerat nach umfangreichen Vorarbeiten mit nur zwei Gegenstimmen eine Revision des ZGB zum Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht verabschiedet. Die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen. Am 1. Januar 2013 wird das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht das geltende Vormundschaftsrecht ablösen. Es ist auf alle im Zeitpunkt seines Inkrafttretens hängigen Verfahren anzuwenden (Art. 14 Abs. 1 und Art. 14a Abs. 1 und 2 SchlT ZGB).

Ein Kernelement des revidierten ZGB bilden die von den Kantonen als Fachbehörden auszugestaltenden KESB, welche interdisziplinär zusammengesetzt sein und über sämtliche behördliche Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes befinden müssen (Art. 440 rev. ZGB). Das Erfordernis der Interdisziplinarität ergibt sich aus dem französischen Wortlaut von Artikel 440 rev. ZGB («autorité interdisciplinaire»). Den Kantonen steht es frei, eine Verwaltungsbehörde oder ein Gericht als KESB einzusetzen. Die Mitglieder der KESB müssen aber über einschlägiges Fachwissen in den Kerndisziplinen des Kindes- und Erwachsenenschutzes verfügen, da die notwendige Fachkompetenz zwingend in der Behörde selbst vorhanden sein muss. Auf jeden Fall hat gemäss der bundesrätlichen Botschaft eine Juristin oder ein Jurist für die korrekte Rechtsanwendung verantwortlich zu sein. Daneben sollen – je nach Situation, die es zu beurteilen gilt – Personen mit einer psychologischen, sozialen, pädagogischen, treuhänderischen, versicherungsrechtlichen oder medizinischen Ausbildung mitwirken.²

Einer der Hauptgründe für die neue Behördenorganisation besteht darin, dass sich der Aufgabenkatalog gegenüber dem heutigen Recht erheblich erweitern und die Anforderungen in qualitativer Hinsicht steigen werden. So hat die KESB im Bereich des Erwachsenenschutzes neu auch über den Vorsorgeauftrag (Art. 360 ff. rev. ZGB), die Patientenverfügung (Art. 370 ff. rev. ZGB) oder gesetzliche Massnahmen für urteilsunfähige Personen zu befinden (Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner [Art. 374 ff. rev. ZGB], Vertretung bei medizinischen Massnahmen [Art. 377 ff. rev. ZGB] und Aufenthalt in Wohn- oder Pflegeeinrichtungen [Art. 382 ff. rev. ZGB]). Statt der Anordnung standardisierter Massnahmen (Vormundschaft, Beiratschaft, Beistandschaft) ist künftig Massarbeit gefordert, damit im Einzelfall nur so viel staatliche Betreuung erfolgt, wie wirklich nötig ist. Überdies hat die KESB dafür zu sorgen, dass die Beiständin oder der Beistand die erforderliche Instruktion, Beratung und Unterstützung erhält (Art. 400 Abs. 3 rev. ZGB). Neu wird die KESB ferner über die Sterilisationen von Personen unter umfassender Beistandschaft und dauernd urteilsunfähiger Personen zu befinden haben (Art. 6 bis 8 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen [Sterilisationsgesetz]³ in der per 1.1.2013 geltenden Fassung). Im Bereich des Kindesschutzes wird sie zudem über den Entzug der elterlichen Sorge (Art. 311 rev. ZGB) und die Abänderung der gemeinsamen elterlichen Sorge (Art. 298a Abs. 2 und 3 rev. ZGB) zu entscheiden haben.

Es ist Sache der Kantone, die Aufsichtsbehörden über die KESB zu bestimmen (Art. 441 Abs. 1 rev. ZGB). Sie sind frei, die Aufsicht einer Administrativbehörde oder einem Gericht anzuvertrauen.⁴

In Bezug auf den Rechtsschutz setzt das revidierte ZGB voraus, dass die Entscheide der KESB direkt bei einem Gericht angefochten werden können (Art. 450 Abs. 1 rev. ZGB); dieses

¹ SR 210

² Botschaft des Bundesrats vom 28. Juni 2006 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht), in: BBI 2006 S. 7001 ff., 7073

³ SR 211.111.1

⁴ BBI 2006 S. 7074

hat den Anforderungen von Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁵ zu genügen.⁶

Das Verfahren vor der ersten und zweiten Instanz ist im revidierten ZGB nur punktuell geregelt. Der Bund hat sich darauf beschränkt, nur in jenen Bereichen Verfahrensregeln vorzusehen, in denen eine Verwirklichung des materiellen Rechts dringend eine einheitliche bundesrechtliche Regelung erfordert.⁷ Im Übrigen ist es Sache der Kantone zu bestimmen, ob neben den bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften weitere Verfahrensnormen zu erlassen sind oder ob die Bestimmungen der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO)⁸ sinngemäss Anwendung finden sollen (Art. 450f rev. ZGB).

Abgesehen vom Verfahren sind den Kantonen noch weitere Angelegenheiten auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes zur Regelung überlassen. So haben sie etwa

- Wohn- und Pflegeeinrichtungen, in denen urteilsunfähige Personen betreut werden, einer Aufsicht zu unterstellen, soweit nicht durch bundesrechtliche Vorschriften bereits eine Aufsicht gewährleistet ist (Art. 387 rev. ZGB);
- die Entschädigung und den Spesenersatz der Beiständin oder des Beistands festzulegen und die Rechtsfolgen zu regeln für den Fall, dass die entsprechenden Aufwendungen nicht aus dem Vermögen der betroffenen Person bezahlt werden können (Art. 404 Abs. 3 rev. ZGB);
- allenfalls Ärztinnen und Ärzte zu bezeichnen, die neben der KESB eine fürsorgerische Unterbringung während einer vom kantonalen Recht festzulegenden Dauer anordnen können, wobei diese Dauer höchstens sechs Wochen betragen darf (Art. 429 Abs. 1 rev. ZGB);
- die Nachbetreuung im Anschluss an eine fürsorgerische Unterbringung zu regeln und allenfalls ambulante Massnahmen vorzusehen (Art. 437 rev. ZGB);
- gegebenenfalls für Bürgerinnen und Bürger, die Wohnsitz im Kanton haben, statt der Wohnsitzbehörde die Behörde des Heimatortes für zuständig zu erklären, sofern auch die Unterstützung bedürftiger Personen ganz oder teilweise der Heimatgemeinde obliegt (Art. 442 Abs. 4 rev. ZGB);
- allenfalls weitere – über das Bundesrecht hinausgehende – Meldepflichten vorzusehen (Art. 443 Abs. 2 rev. ZGB);
- im Zusammenhang mit der Kausalhaftung, die in erster Linie den Kanton trifft (Art. 454 Abs. 3 rev. ZGB), den Rückgriff auf die Person zu regeln, die den Schaden verursacht hat (454 Abs. 4 rev. ZGB).

2.2 Anpassungsfrist für die kantonalen Ausführungsbestimmungen

Das revidierte Recht gilt unmittelbar ab seinem Inkrafttreten und sieht keine Übergangsfristen vor. Das hat zur Folge, dass die KESB per 1. Januar 2013 betriebsbereit sein müssen. Um das gewährleisten zu können, muss das kantonale Gesetzgebungsverfahren spätestens bis zu Beginn des Jahres 2012 abgeschlossen sein. Unmittelbar daran anschliessend – bzw. teilweise bereits parallel zur Endphase des Gesetzgebungsverfahrens – ist in den Gemeinden die neue Behördenorganisation aufzubauen (vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziff. 3.2). Auf den 1. Januar 2013 sind zudem alle laufenden Mandate an die neuen KESB zu übergeben. Dies erfordert eine detaillierte Planung mit entsprechenden Vorgaben, damit sich die bisherigen Vormundschaftsbehörden auf diese Übergabe vorbereiten können.

⁵ SR 0.101

⁶ BBI 2006 S. 7074

⁷ BBI 2006 S. 7088

⁸ SR 272

2.3 Bisherige Vorarbeiten

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (JGK) hatte bereits Ende 2006 die Vorarbeiten zur Einführung des damals im Entwurf vorliegenden neuen Bundesrechts aufgenommen und im Rahmen einer breit zusammengesetzten Arbeitsgruppe verschiedene kantonale und kommunale Modelle für die Behördenorganisation diskutiert. Da die eidgenössischen Räte im Sommer 2007 die Beratungen zum neuen Vormundschaftsrecht noch nicht aufgenommen hatten, wurde das Vormundschaftswesen mit Regierungsratsbeschluss (RRB) Nr. 1074 vom 20. Juni 2007 von den Reformpaketen der dezentralen Verwaltung und der Justizreform abgekoppelt. Als Folge davon wurden die Diskussionen in der Arbeitsgruppe bis zur Verabschiedung der Vorlage auf Bundesebene sistiert.

Im Frühjahr 2008 erteilte die JGK Dr. Peter Voll den Auftrag, die Arbeit der Vormundschaftsbehörden im Kanton Bern zu untersuchen. Zu diesem Zweck wurde bei sämtlichen Gemeinden im Kanton Bern (inkl. Anschlussgemeinden) und den Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthaltern eine Umfrage zur Organisation, Arbeit und Fallbelastung im Vormundschaftswesen durchgeführt.⁹ Diese Untersuchung, die im Oktober 2008 abgeschlossen war, diente in der Folge als Basis für die Schätzung der finanziellen Auswirkungen. Damit beauftragt wurde die Beratungs- und Forschungsunternehmung ECOPLAN. Sie nahm eine Kosten-schätzung des heutigen Behördenaufwands sowie der verschiedenen, künftig möglichen Behördenmodelle vor.¹⁰

Gestützt auf diese Untersuchungsergebnisse und das zwischenzeitlich verabschiedete Bundesrecht erarbeitete die Arbeitsgruppe einen Berichtsentwurf, der die Grundzüge sowohl für ein kommunales als auch ein kantonales Modell der künftigen Behördenorganisation festlegte. Das zur Modellfrage durchgeführte Vernehmlassungsverfahren ergab ein kontroverses Resultat, wobei sich insbesondere die Gemeinden für die Beibehaltung der kommunalen Zuständigkeit im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes und damit für das kommunale Modell aussprachen.

Nachdem im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten die Frage aufgetaucht war, ob die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter von Amtes wegen als Präsidenten der KESB eingesetzt werden könnten, hat die JGK zur Klärung ein Gutachten bei Dr. Ruth Reusser in Auftrag gegeben. Die Expertin kam in ihrem Bericht vom September 2009 zum Schluss, es sei ausgeschlossen, dass die zehn Regierungsstatthalter nach der Verwaltungsreform die nötige Zeit aufbringen könnten, um auch noch das anforderungsreiche Amt des Präsidenten der KESB zu übernehmen, zumal die neue Behörde nicht weniger als 110 Aufgaben zu erfüllen habe. Dazu komme, dass es ohne die Umschreibung bestimmter Wahlanforderungen mit dem Bundesrecht nicht vereinbar sei, das Amt des Regierungsstatthalters von Gesetzes wegen mit dem Präsidium der KESB zu koppeln.¹¹ Diese Ausführungen gelten sinngemäss auch für einen Einsatz der Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter als (nicht präsidierende) Mitglieder der KESB.

Am 14. Oktober verabschiedete der Regierungsrat zuhanden des Grossen Rats einen Bericht, in welchem er die Umsetzung des kantonalen Modells empfahl.¹² Der Grosse Rat folgte dieser Empfehlung am 27. Januar 2010 mit 84 zu 59 Stimmen bei einer Enthaltung und beauftragte den Regierungsrat, ein auf dem kantonalen Modell basierendes Gesetz auszuarbeiten.¹³

⁹ Peter Voll, Die Arbeit der Vormundschaftsbehörden im Kanton Bern. Ergebnisse einer Untersuchung im Auftrag der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, Oktober 2008 (nachfolgend: Gutachten Voll).

¹⁰ ECOPLAN, Vormundschaftswesen: Kinder- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde. Schätzung der finanziellen Auswirkungen verschiedener Modellvorschläge, Bericht vom 10. Februar 2009.

¹¹ Ruth Reusser, Die neue Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde: Kann im Kanton Bern die Regierungsstatthalterin bzw. der Regierungsstatthalter von Gesetzes wegen deren Präsident sein?, September 2009 (nachfolgend: Gutachten Reusser) S. 11.

¹² Bericht des Regierungsrates vom 14. Oktober 2009, Neues Erwachsenen- und Kinderschutzrecht; Umsetzung im Kanton Bern: «Modelle von Fachbehörden – Eckwerte» (nachfolgend: Bericht des Regierungsrates).

¹³ Planungserklärung vom 27.1.2010, Tagblatt des Grossen Rates 2010, S. 190, 197.

Hierauf setzte der Justizdirektor am 2. Februar 2010 eine Projektorganisation ein und erteilte ihr den Auftrag, einen Vorentwurf für ein KESG zu erarbeiten. Der Gesamtprojektausschuss setzte sich aus folgenden Personen zusammen:

- Stefan Müller, Generalsekretär JGK (Leitung GPA),
- Christoph Auer, Vorsteher Rechtsamt JGK (Leitung Gesetzgebung),
- Andrea Weik, Vorsteherin Kantonales Jugendamt JGK,
- Rudolf Reist, Vorsteher Amt für Betriebswirtschaft und Aufsicht JGK,
- Markus Grossenbacher, Vorsteher Geschäftsleitung Regierungsstatthalter,
- Evelyne Lüthy-Colomb, Oberrichterin (bis August 2010),
- Adrian Studiger, Oberrichter (seit September 2010),
- Christine Pfister Hadorn, Oberrichterin (seit September 2010),
- Regula Unteregger, Vorsteherin Sozialamt GEF,
- Doris Haldner, Stv. Vorsteherin Amt für Grundstücke und Gebäude der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE),
- Gerhard Engel, Stv. Generalsekretär II FIN,
- Monika Gerber, Vorstandsmitglied Verband Bernischer Gemeinden
- Hans-Georg Nussbaum, Vertreter Burgergemeinden,
- Adrian Vonrüti, Präsident Berner Konferenz für Sozialhilfe, Erwachsenen- und Kinderschutz,
- Kurt Affolter, Experte Kindes- und Erwachsenenschutzrecht,
- Michèle Marti, juristisches Sekretariat.

Die Projektorganisation schloss ihre Tätigkeit im September 2010 ab und legte einen Vorentwurf vor. Diesen Vorentwurf schickte der Regierungsrat vom 23. Dezember 2010 bis am 23. März 2011 in die Vernehmlassung.

2.4 Neupositionierung in der Frage der Vollzugskompetenz (Modellwechsel)

Am 1. Juni 2011 beschloss der Regierungsrat, aus finanzpolitischen Gründen auf seine frühere Positionierung zugunsten eines kantonalen Modells von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden zurückzukommen und dem Grossen Rat die Beibehaltung der bisherigen kommunalen Kompetenz im Kindes- und Erwachsenenschutz zu beantragen. beauftragte die JGK, den Vorentwurf entsprechend zu überarbeiten und bei den direkt betroffenen Verbänden und Stellen eine Kurz-Konsultation durchzuführen. Diese fand vom 15. Juni 2011 bis am 25. Juni 2011 statt.

3. Grundzüge der Neuregelung

3.1 Zweck der Vorlage

Die Vorlage hat einerseits zum Ziel, das revidierte ZGB einzuführen und – wo zulässig – zu ergänzen. Ausführungsbestimmungen zum ZGB werden im Kanton Bern traditionellerweise im Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB)¹⁴ verankert. Der Umfang der im vorliegenden Fall erforderlichen Einführungsgesetzgebung liess es aber als ratsam erscheinen, ein neues eigenständiges Gesetz zu erlassen.

Gegenstand der Vorlage bilden andererseits – wenn auch in sehr untergeordnetem Masse – die Ausführungsbestimmungen zum Sterilisationsgesetz. Eine Integration dieser Materie in den vorliegenden Erlass war notwendig, weil die bestehende Einführungsverordnung vom 19. Oktober 2005 zum Bundesgesetz über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisationen (EV Sterilisationsgesetz)¹⁵ mit dem Inkrafttreten des revidierten ZGB ihre Gültigkeit verlieren wird. Zudem werden die KESB in Zukunft von Bundesrechts wegen auch Aufgaben auf dem Gebiet der Zwangssterilisation zu erfüllen haben (vgl. Art. 6 bis 8 des Sterilisationsgesetzes in der per 1.1.2013 geltenden Fassung).

¹⁴ BSG 211.1

¹⁵ BSG 212.141.1

3.2 Behördenorganisation

Mit Inkrafttreten des revidierten ZGB sind alle Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes von einer interdisziplinär zusammengesetzten Fachbehörde mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen (Art. 440 Abs. 1 und 2 rev. ZGB). Die Behördenmitglieder haben über Fachwissen zu verfügen, das sie sich durch Ausbildung, Weiterbildung und Praxis angeeignet haben.¹⁶ Die im Kanton Bern bestehenden 318 kommunalen Vormundschaftsbehörden vermögen diesen Anforderungen nicht zu genügen. In der überwiegenden Anzahl der Fälle (59 %) amtet der Einwohnergemeinderat als Vormundschaftsbehörde, der nach geltendem Recht denn auch ordentliche Vormundschaftsbehörde ist (Art. 27 Abs. 1 EG ZGB). In 6 Prozent der Fälle haben sich Gemeinden einer sog. Sitzgemeinde angeschlossen oder sich mit anderen Gemeinden zu einem Vormundschaftskreis vereinigt (Art. 27 Abs. 2 EG ZGB). In den übrigen Fällen ist das Vormundschaftswesen einer eigens dafür gebildeten Vormundschaftskommission übertragen (Art. 27 Abs. 1 EG ZGB).¹⁷

Der Gesetzesentwurf sieht in Ausführung des revidierten ZGB vor, dass jede Einwohnergemeinde und jede gemischte Gemeinde eine eigene KESB führt, mit anderen Gemeinden eine gemeinsame KESB betreibt oder sich einer Gemeinde anschliesst, die eine solche Behörde führt. Die Organisation der KESB ist grundsätzlich Sache der Gemeinden. Der Gesetzesentwurf verzichtet daher darauf, den Gemeinden eine bestimmte Grösse für das Einzugsgebiet der KESB vorzuschreiben. Als empfehlenswert wird aber ein solches von mindestens 20'000 Einwohnerinnen und Einwohner erachtet.¹⁸

Um die vom Bundesrecht verlangte Fachlichkeit zu gewährleisten, werden die meisten Gemeinden untereinander eine Kooperation eingehen. Dabei stehen ihnen die im Gemeindegesetz vom 16. März 1998 (GG)¹⁹ geregelten Möglichkeiten der Zusammenarbeit zur Verfügung, wobei folgende Zusammenarbeitsformen im Vordergrund stehen: Zum einen können zwei oder mehrere Gemeinden eine gemeinsame KESB betreiben, indem sie einen mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestalteten Gemeindeverband bilden. Zum anderen kann die interkommunale Zusammenarbeit auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Vertrags erfolgen (sog. *Sitzgemeindemodell*). Im zuletzt genannten Fall verpflichtet sich eine Gemeinde (Sitzgemeinde), gegen Entgelt für eine oder mehrere andere Gemeinden (Anschlussgemeinden) eine KESB zu führen. Rechtsträgerin der Aufgabenerfüllung und Eigentümerin der hierfür notwendigen Anlagen ist allein die Sitzgemeinde.²⁰ Will die Anschlussgemeinde bei der Aufgabenerfüllung mitwirken, muss dies eigens vereinbart werden. Dass die Anschlussgemeinde ihre Kompetenzen im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes integral auf die Sitzgemeinde überträgt, ist aber zulässig.²¹

Die Kantone sind nach dem revidierten ZGB auch in Zukunft berechtigt, für ihre Bürgerinnen und Bürger, die Wohnsitz im Kanton haben, statt der Wohnsitzbehörde die Behörde des Heimatortes als zuständig zu erklären, sofern auch die Unterstützung bedürftiger Personen ganz oder teilweise der Heimatgemeinde obliegt (Art. 442 Abs. 4 rev. ZGB; bisher: Art. 376 Abs. 2 ZGB). Die Zuständigkeit der Heimatgemeinde im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes setzt somit die Wahrnehmung sozialhilferechtlicher Aufgaben voraus. Gestützt auf Artikel 28 Absatz 1 EG ZGB in Verbindung mit Artikel 47 Absatz 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2001 über die öffentliche Sozialhilfe (Sozialhilfegesetz, SHG)²² nehmen derzeit nebst der Burgergemeinde Bern und den Gesellschaften und Zünften von Bern die Burgergemeinden Aarberg, Biel, Bözingen, Burgdorf und Thun Aufgaben des Sozialhilfe- und Vormundschaftswesens wahr. Auch künftig sollen die Burgergemeinden auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes tätig sein. Sie sind demnach – wie die Einwohnergemeinden und die ge-

¹⁶ BBI 2006 S. 7073

¹⁷ Gutachten Voll, S. 2 f.

¹⁸ Bericht des Regierungsrats, S. 13 ff.

¹⁹ BSG 170.11

²⁰ Markus Müller, in Kommentar zum Gemeindegesetz des Kantons Bern, 1999, Art. 7 N. 4.

²¹ Kurt Affolter, Modelle von Fachbehörden als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde. Kanton Bern. Bericht vom 14.12.2006 (nachfolgend: Bericht Affolter).

²² BSG 860.1

mischten Gemeinden – verpflichtet, eine eigene oder gemeinsame KESB zu führen oder sich einer Bürgergemeinde anzuschliessen, die eine KESB führt.

3.3 Aufsicht

Nach dem revidierten ZGB ist es Sache der Kantone die Aufsichtsbehörden zu bestimmen (Art. 441 Abs. 1 rev. ZGB). Das geltende Recht sieht eine untere und eine obere Aufsichtsbehörde vor (Art. 361 Abs. 2 ZGB), wobei die Regierungstatthalterin oder der Regierungstatthalter die erstinstanzliche, der Regierungsrat die oberinstanzliche Aufsichtsbehörde bildet (Art. 30 Abs. 1 EG ZGB). Für die Bürgergemeinde der Stadt Bern ist im Sinne einer Sonderlösung die Oberwaisenkammer die erstinstanzliche Aufsichtsbehörde (Art. 30 Abs. 2 EG ZGB).

Der Gesetzesentwurf weist die fachliche Aufsicht über die KESB (einschliesslich die burgerlichen KESB) der JGK zu. Gewisse Aufsichtsaufgaben sollen jedoch auch in Zukunft durch die Regierungstatthalterinnen und Regierungstatthalter sowie die Oberwaisenkammer wahrgenommen werden. Im Einzelnen soll die Zuordnung der Aufsichtsaufgaben in einer Verordnung des Regierungsrates erfolgen.

3.4 Zusammenarbeit mit Verwaltungsstellen und Trägern öffentlicher Aufgaben

Die interdisziplinäre Natur des Kindes- und Erwachsenenschutzes gebietet die Zusammenarbeit der KESB mit Verwaltungsstellen und Trägern öffentlicher Aufgaben. Eine Zusammenarbeit ist vorab erforderlich mit jenen kommunalen Diensten, die bereits heute in die Aufgabenerfüllung im Vormundchaftswesen einbezogen sind. Es sind dies vor allem die Sozialdienste sowie jene kommunalen Stellen, bei denen die Amtsvormundschaften – in Zukunft: Berufsbeistandschaften – angesiedelt sind.

Eine Zusammenarbeit der KESB ist ferner je nach Situation notwendig mit den Polizeiorganen des Kantons sowie verschiedenen weiteren betroffenen Stellen (z.B. Schulbehörden, Betreuungs- und Klinikeinrichtungen, Gerichten sowie Straf- und Strafvollzugsbehörden) und Dritten (z.B. Pro Juventute, Pro Infirmis, Pro Senectute). Auf dem Gebiet der häuslichen Gewalt ist eine enge Zusammenarbeit mit den Regierungstatthalterämtern geboten, die hier Aufgaben zu erfüllen haben. Der Gesetzesentwurf verankert die entsprechenden Grundsätze und regelt den gegenseitigen Datenaustausch zwischen den Behörden und Stellen.

3.5 Kindes- und Erwachsenenschutzgericht als gerichtliche Beschwerdeinstanz

Das revidierte ZGB verlangt zwingend einen gerichtlichen Rechtsschutz (vgl. Art. 439 und 450 Abs. 1 rev. ZGB). Es schliesst daher aus, zunächst den Weiterzug einer Anordnung der KESB an eine verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz vorzusehen. Wenngleich die Gerichte nach den Artikeln 439 und 450 Abs. 1 rev. ZGB nicht identisch zu sein brauchen, soll im Kanton Bern nur eine einzige neue gerichtliche Beschwerdeinstanz geschaffen werden. Unterschiedliche Rechtsmittelbehörden, wie sie zum Teil heute bestehen – Regierungstatthalteramt, Rekurskommission für fürsorgliche Freiheitsentziehungen (Reko FFE), Appellationshof –, erschweren die einheitliche Anwendung des materiellen Rechts und sind daher wenn möglich zu vermeiden.

Nicht in Frage kommt aus Sicht des Regierungsrates ein zweistufiges gerichtliches Beschwerdeverfahren. Es hätte zum einen den gravierenden Nachteil einer Verlängerung des Instanzenzuges. Zum anderen wäre es mit erheblichen Mehrkosten verbunden (doppelte Behörden, doppelte Aufwendungen bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege usw.).

Ebenfalls nicht weiter verfolgt wurde die Schaffung einer neuen, eigenständigen gerichtlichen Rekurskommission als einzige Instanz im Kanton Bern. Ein solches Modell stünde im Widerspruch zur soeben verabschiedeten Justizreform, da es diesfalls vier oberste Justizorgane gäbe und die Justizleitung aus dem Gleichgewicht geriete.

Aus all diesen Gründen drängt es sich auf, an die bestehende Strukturen anzuknüpfen. Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzgericht soll daher – wie bisher die Reko FFE – in das Obergericht integriert werden. Eine solche Angliederung beim Obergericht ist auch insofern sachgerecht, als im Verfahren vor dem Bundesgericht die Anordnungen auf dem Gebiet des

Kindes- und Erwachsenenschutz in die Beschwerde in Zivilsachen verwiesen werden (Art. 72 Abs. 2 Bst. b Ziff. 6 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG]²³ in der per 1.1.2013 geltenden Fassung).

Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzgericht wird sich im Gegensatz zur heutigen Reko FFE nicht nur mit dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung, sondern mit sämtlichen Bereichen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu befassen haben. Sein Zuständigkeitsgebiet wird damit wesentlich breiter sein als jenes der heutigen Reko FFE. Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzgericht soll aus Mitgliedern des Obergerichts sowie aus Fachrichterinnen und Fachrichtern zusammengesetzt sein. Die Fachrichterinnen und Fachrichter wirken grundsätzlich bei sämtlichen Geschäften mit, es sei denn, es würden sich nur rechtliche Fragen stellen, deren Beurteilung kein Fachwissen erfordert (vgl. im Einzelnen die Erläuterungen zur indirekten Änderung von Art. 45 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG])²⁴.

3.6 Spezialgesetzliche Verfahrensregelungen

Da sich das revidierte ZGB auf eine punktuelle Verfahrensregelung beschränkt, bleibt für weite Teile des Verfahrens kantonales Recht vorbehalten. Der Kanton Bern ist somit befugt, sowohl Verfahrensvorschriften im KESG zu erlassen als auch das Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG)²⁵ als ergänzendes Recht vorzusehen. Soweit er auf den Erlass oder die Bezeichnung ergänzenden Rechts verzichtet, finden die Bestimmungen der ZPO sinngemäss Anwendung (Art. 450f rev. ZGB).

Die überwiegenden Bestimmungen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sind – ungeachtet dessen, dass sie «im Kleid des Zivilrechts» erlassen sind – öffentlich-rechtlicher Natur. Typische Beispiele solch formellen Zivilrechts sind die behördlichen Massnahmen wie die Beistandschaften oder die fürsorgerische Unterbringung. Die Rechtspflege über derartige Massnahmen wird als «freiwillige Gerichtsbarkeit» bezeichnet. Dies im Gegensatz zur «streitigen Gerichtsbarkeit», die weniger der Sicherung des Privatrechts für die Zukunft als vielmehr der Erledigung eines in der Vergangenheit liegenden Streits in einem klassischen Zweiparteienverfahren dient. Als streitige Gerichtsbarkeit und Ausnahmefall gilt lediglich die Regelung des Besuchsrechts uneiniger Eltern (Art. 134 Abs. 4 ZGB und Art. 315b Abs. 2 rev. ZGB). Aus diesen Gründen hält das Zivilprozessrecht, das auf kontradiktorische Zweiparteienverfahren ausgerichtet ist, für die meisten Verfahrensfragen keine adäquaten Antworten bereit. Es soll demnach nicht Anwendung finden. Hinzu kommt, dass auch das VRPG den spezifischen Bedürfnissen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts nicht gerecht wird. Es ist daher notwendig, sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren eigenständige Verfahrensbestimmungen zu erlassen. Solche spezialgesetzliche Regelungen sind insbesondere erforderlich für folgende Aspekte: Rechtshängigkeit und Verfahrensleitung, Vertretung, Anhörung, Protokollierung und Akteneinsicht, Spruchkörper der KESB und des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts (Kollegiumsentscheide und Einzelkompetenzen), Entscheidungsfindung und Öffentlichkeit sowie Kosten (Verfahrens- und Parteikosten).

Das revidierte ZGB und die im Gesetzesentwurf vorgesehenen kantonalen Regelungen bilden zusammen eine geschlossene Verfahrensordnung. Angesichts dessen hat die Frage, ob daneben subsidiär noch das VRPG oder die ZPO anzuwenden ist, praktisch keine Bedeutung mehr. Gleichwohl sieht die Vorlage einen Subsidiärverweis auf das VRPG vor. Hierfür spricht, dass sowohl die KESB als auch die Ärztinnen und Ärzte sowie die Einrichtungen Verwaltungsbehörden bzw. Trägerinnen und Träger von Verwaltungsaufgaben sind.

Für das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz ist entscheidend, dass das Verfahrensrecht im Verlaufe des Instanzenzugs nicht wechseln sollte. Das VRPG soll daher auch vor der oberen Instanz ergänzend zur Anwendung kommen. Es wird namentlich in den Bereichen Ausstand, Fristen und Zustellungen, unentgeltliche Rechtspflege noch eine Bedeutung

²³ SR 173.110

²⁴ BSG 161.1

²⁵ BSG 155.21

haben. Wo das VRPG seinerseits auf die ZPO verweist – insbesondere in Bezug auf die Ermittlung des Sachverhalts und die Beschaffung der Beweismittel (Art. 19 Abs. 2 VRPG) –, findet zudem auch die neue gesamtschweizerische ZPO Anwendung.

3.7 Kausalhaftung des Kantons

Das revidierte ZGB führt die Kausalhaftung des Kantons ein (Art. 454 Abs. 3 rev. ZGB). Die geschädigte Person muss sich künftig nicht um die Frage kümmern, wer gehandelt hat und ob diese Person allenfalls ein Verschulden trifft. Entscheidend ist ausschliesslich, dass ihr widerrechtlich ein Schaden zugefügt worden ist (Art. 454 Abs. 1 und 2 rev. ZGB). Der Rückgriff auf die fehlbare Person richtet sich allerdings nach kantonalem Recht. Der Gesetzesentwurf regelt das Verfahren zur Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen sowie die Voraussetzungen und das Verfahren zur Geltendmachung von Rückgriffsforderungen. Er legt insbesondere fest, dass die betroffene Gemeinde den Kanton schadlos halten muss, wenn der Schaden durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen einer Mitarbeiterin oder eines Mitarbeiters einer Gemeinde oder einer von der KESB beigezogenen Person ausserhalb der Gemeindeverwaltung verursacht worden ist.

4. Erläuterungen zu den Artikeln

Artikel 1

Absatz 1: Das KESG enthält die Ausführungsbestimmungen zum revidierten ZGB. Es regelt die Behördenorganisation und das Verfahren vor den KESB und der gerichtlichen Beschwerdeinstanz. Ausserdem ordnet es all jene Angelegenheiten, in denen der Bundesgesetzgeber den Kantonen ausdrücklich einen Rechtsetzungsauftrag erteilt oder Aspekte zur freiwilligen Regelung überlassen hat (vgl. z.B. Art. 404 Abs. 3 und 437 Abs. 2 rev. ZGB). Schliesslich enthält es auch die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zum Sterilisationsgesetz. Hier löst es die befristete EV Sterilisationsgesetz ab.

Absatz 2: Die Organisation der Gerichtsbehörden ist seit dem Inkrafttreten der Justizreform im GSOG geregelt. Dementsprechend wird auch die Ausgestaltung der vom Bund vorgeschriebenen gerichtlichen Beschwerdeinstanz (Art. 450 Abs. 1 rev. ZGB) im GSOG verankert.

Artikel 2

Absatz 1 verpflichtet die Gemeinden, entweder eine eigene KESB zu führen oder mit einer oder mehreren anderen Gemeinden eine Kooperation einzugehen. Im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben ist den Gemeinden die Organisation der neuen Behörden überlassen (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 3.2). Aufgrund dieser Vorgaben werden nur wenige Gemeinden in der Lage sein, eine eigene KESB zu führen. Somit besteht ein gewisser Zwang zur interkommunalen Zusammenarbeit. Für diese Zusammenarbeit stehen den Gemeinden grundsätzlich sämtliche Formen gemäss Art. 7 GG offen. Im Vordergrund stehen freilich die Bildung eines Gemeindeverbands (Art. 7 Bst. a und Art. 130 ff. GG) und der Anschluss einer oder mehrerer Gemeinden an eine andere Gemeinde auf der Basis eines öffentlich-rechtlichen Vertrags (Art. 7 Bst. b GG; sog. *Sitzgemeindemodell*). Der im KESG an mehreren Stellen verwendete Ausdruck «Gemeinde» steht daher je nach den Verhältnissen für „Einwohnergemeinde“, „gemischte Gemeinde“ oder „Gemeindeverband“. Denkbar ist zudem wie erwähnt auch die Bildung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt oder einer juristischen Person des Privatrechts.

Absatz 2: Auch wenn die KESB als Kommission im Sinne des GG ausgestaltet wird, muss sie ausschliesslich nach fachlichen Gesichtspunkten zusammengesetzt sein. Die Vorschriften von Art. 38 ff. GG betreffend den Minderheitenschutz sollen daher keine Anwendung finden.

Artikel 3

Absätze 1 und 2: Die Burgergemeinden und burgerlichen Korporationen sind auch künftig für ihre im Kanton lebenden Bürgerinnen und Bürger im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes kompetent, sofern und solange sie auch die sozialhilferechtliche Zuständigkeit bei-

behalten. Die Burgergemeinden Aarberg, Bern, Biel, Bözingen, Burgdorf und Thun sowie die Gesellschaften und Zünfte von Bern, die sozialhilferechtliche Aufgaben wahrnehmen, sind somit zur Führung einer KESB verpflichtet (vgl. die Ausführungen unter Ziff. 3.2). Für die interkommunale Zusammenarbeit stehen ihnen dieselben Möglichkeiten wie den Einwohnergemeinden und den gemischten Gemeinden zu.

Artikel 4

Absatz 1: Die KESB haben als Fachbehörden sämtliche Entscheide im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes zu fällen. Darüber hinaus haben sie die durch das Sterilisationsgesetz (vgl. Art. 6 bis 8 des Sterilisationsgesetzes in der per 1.1.2013 geltenden Fassung) und dieses Gesetz zugewiesenen Aufgaben zu übernehmen.

In **Absatz 2** kommt die vom revidierten ZGB geforderte Interdisziplinarität explizit zum Ausdruck, wonach in der Fachbehörde verschiedene Disziplinen des Kindes- und Erwachsenenschutzes vertreten sein müssen. Hiermit soll gewährleistet werden, dass das grundlegende Fachwissen in der Behörde selber vorhanden ist. Diese Bestimmung wird sodann durch Artikel 6 ergänzt, welcher die fachlichen Anforderungen der Behördenmitglieder festlegt.

Die KESB haben ihre Entscheide von Bundesrechts wegen mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen, wobei die Kantone für bestimmte Geschäfte Ausnahmen vorsehen können (Art. 440 Abs. 2 rev. ZGB). Das KESG übernimmt diese Mindestanforderung (Art. 49 Abs. 1). Folglich sieht **Absatz 2** vor, dass jede KESB über *mindestens* drei Behördenmitglieder verfügen muss. Sehen die Gemeinden für Kollegialentscheide einen grösseren Spruchkörper vor, was ihnen freisteht (Art. 49 Abs. 1), ist die KESB mit entsprechend mehr Mitgliedern zu bestücken. Bei der konkreten Festlegung der Mitgliederzahl wird nebst der Grösse des Spruchkörpers auch anderen Umständen (Ferien, krankheitsbedingte Abwesenheiten, andere Verhinderungsgründe wie das Vorliegen von Ausstandsgründen) Rechnung zu tragen sein.

Mit **Absatz 3** soll sichergestellt werden, dass das für die Ernennung zuständige Organ und die Aufsichtsbehörde auf die Entscheidungsfindung der KESB in materieller Hinsicht keinen Einfluss nehmen können. Die KESB ist aber selbstverständlich an Rechtsmittelentscheide gebunden.

Artikel 5

Absatz 1: Trägerschaft der jeweiligen KESB ist – je nach dem, wie sie sich organisiert hat (vgl. die Erläuterungen zu Art. 2) – die Gemeinde selbst, ein Gemeindeverband oder eine Sitzgemeinde. In allen drei Fällen soll die Ernennung der Behördenmitglieder dem Exekutivorgan der Trägerschaft, d.h. dem jeweiligen Gemeinderat obliegen (vgl. Art. 25 Abs. 1 GG und Art. 133 Abs. 1 GG). Ausschlaggebend bei der Auswahl der Behördenmitglieder ist nicht etwa die politische Ausrichtung, sondern vielmehr die fachliche Qualifikation (vgl. Art. 6) und die interdisziplinäre Zusammensetzung der Behörde.

Den Gemeinden steht es frei, eine von Absatz 1 abweichende Regelung zu treffen. **Absatz 2** stellt somit sicher, dass nicht über Gebühr in die Organisationsfreiheit der Gemeinden eingegriffen wird.

Artikel 6

Um den Aufgaben des Kindes- und Erwachsenenschutzes gewachsen zu sein, müssen die Behördenmitglieder über einschlägiges Fachwissen in den Kerndisziplinen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts verfügen. Eine Kerndisziplin, die zwingend im Spruchkörper vertreten sein muss, bildet nach der bundesrätlichen Botschaft die Rechtswissenschaft, hat doch eine Juristin oder ein Jurist für die korrekte Rechtsanwendung besorgt zu sein.²⁶ **Absatz 1** sieht deshalb vor, dass die Präsidentin oder der Präsident regelmässig über das Anwaltspatent oder das bernische Notariatspatent, mindestens aber über einen Universitätsabschluss der Rechtswissenschaft (Master- oder Lizentiatstitel) verfügen muss. Ebenfalls genügend ist selbstverständlich ein nach altem Recht (ohne Universitätsabschluss) erworbenes Fürsprecherpatent.

²⁶ BBI 2006 S. 7073

Für die übrigen Behördenmitglieder legt *Absatz 2* die fachlichen Voraussetzungen fest. Die Kerndisziplinen sind hier Soziale Arbeit, Pädagogik, Psychologie oder Medizin und Rechts- oder Wirtschaftswissenschaft. Anstelle des auf diesen Gebieten grundsätzlich erforderlichen Universitäts- oder Fachhochschulabschlusses kann auch eine andere vergleichbare Ausbildung genügen. Zu den weiteren Disziplinen, die für das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht von Bedeutung sind, gehören Vermögensverwaltung, Versicherungswesen und Treuhand. Diese Kompetenzen können auch im Sekretariat der Behörde abrufbar sein.

Sämtliche Behördenmitglieder sollten sich abgesehen von der vorgeschriebenen Ausbildung auch durch eine mehrjährige Berufserfahrung im jeweiligen Fachbereich ausweisen. Das Gesetz verzichtet allerdings auf konkrete diesbezügliche Vorgaben, da davon auszugehen ist, dass der Gemeinderat bei der Ernennung der Behördenmitglieder ohnehin den Bewerberinnen und Bewerbern mit einer grossen Berufserfahrung den Vorzug geben wird.

Im Rahmen der *erstmaligen* Bestellung der Behörden soll es in Abweichung von Artikel 6 Absatz 2 zulässig sein, auch solche Personen als Behördenmitglieder zu ernennen, die zwar nicht über den nach Absatz 2 erforderlichen Hochschulabschluss, dafür aber eine langjährige Berufserfahrung verfügen (Art. 72).

Artikel 7

Diese Vorschrift führt die unvereinbaren personellen Verflechtungen der Behördenmitglieder auf. Sie entspricht dem kürzlich erlassenen Artikel 28 GSOG und ist etwas weiter gefasst als die für den Gemeinderat geltende Regelung zum Verwandtenausschluss in Artikel 37 GG.

Artikel 8

An die Mitglieder der KESB werden durch die immer komplexeren Probleme, die im Kindes- und Erwachsenenschutz zu bewältigen sind und durch die Anordnung von Massnahmen nach Mass, die das revidierte ZGB verlangt, hohe Anforderungen gestellt.²⁷ Die Gemeinden haben dafür besorgt zu sein, dass die Behördenmitglieder ihr Fachwissen mit regelmässigen Weiterbildungen vertiefen und erweitern.

Artikel 9

Die Gemeinden sind verpflichtet, die nähere Organisation der KESB reglementarisch zu regeln, wobei für eine Übergangszeit von drei Jahren aufgrund der engen zeitlichen Verhältnisse eine Regelung auf Verordnungsstufe genügt (Art. 74 Abs. 1). Im Reglement ist nach der nicht abschliessenden Aufzählung Folgendes zu ordnen:

- § Die rechtliche Stellung der Behördenmitglieder (*Bst. a*): In den meisten Fällen dürfte es sich bei den Behördenmitgliedern um kommunale Angestellte handeln. Denkbar ist aber auch, dass sie – oder allenfalls einzelne von ihnen – im Milizsystem tätig sind, weshalb statt einer Anstellung auch eine andere Form der Beschäftigung in Frage kommen kann (z.B. Status als nebenamtliche Mitglieder mit einer Entschädigung nach Aufwand oder Tagessätzen). Diese personalrechtlichen Fragen bedürfen zwingend einer Regelung. Für die Ernennung ist in jedem Fall – soweit die Gemeinden nichts anderes bestimmen – der Gemeinderat zuständig (Art. 5). Mit dieser Kompetenz geht die dazugehörige Befugnis einher, nötigenfalls auch ein Mitglied zu entlassen.
- § Die Aufgaben der Präsidentin oder des Präsidenten (*Bst. b*): Das KESG weist der Präsidentin oder dem Präsidenten bereits Aufgaben zu. So leitet sie oder er das Verfahren (Art. 42 Abs. 1), entscheidet über das Einsichtsrecht nach Artikel 449b rev ZGB (Art. 48 Abs. 2), bezeichnet die am Entscheid mitwirkenden Mitglieder (Art. 49 Abs. 2) und verfügt über Einzelzuständigkeit in gewissen Angelegenheiten des Kindes- und Erwachsenenschutzes (Art. 51 und 52). Gleichwohl bleibt zu regeln, in welchem Verhältnis die Präsidentin oder der Präsident zu den anderen Behördenmitgliedern oder den anderen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter steht. Denkbar wäre es,

²⁷ BBI 2006 S. 7073

der Präsidentin oder dem Präsidenten die Leitung in organisatorischen und administrativen Belangen sowie die Vorgesetztenfunktion in personalrechtlichen Belangen zuzuweisen. Wichtiger Bestandteil der zuletzt genannten Aufgabe wäre auch das Führen von Mitarbeitergesprächen. Dessen ungeachtet wären die zum Spruchkörper gehörenden Mitglieder einander gleichgestellt, soweit es um Entscheide in hängigen Verfahren geht.

- § die Grundzüge der Organisation sowie der Aufgaben des Sekretariats (*Bst. c*): Die Ausgestaltung des behördeneigenen Sekretariats hängt zunächst vom Einzugsgebiet und der Organisation der betreffenden KESB ab. So fallen Aufgaben und Organisation des Sekretariats anders aus, je nachdem, ob die Behörde aus hauptamtlichen oder nebenamtlichen Mitgliedern besteht. Sodann sind Organisation und Aufgaben des Sekretariats davon abhängig, ob die KESB über eine zum Sekretariat gehörende behördeneigene Abklärungsstelle verfügt („Intake“) oder ob sie die gebotenen Sachverhaltsabklärungen ganz oder teilweise dem zuständigen Sozialdienst zur Erledigung überträgt.
- § die Vertretung der Behördenmitglieder und die Gewährleistung eines Pikettdienstes (*Bst. d*): Die KESB muss grundsätzlich jederzeit in der Lage sein, eine Massnahme anzuordnen. Ist ein Behördenmitglied verhindert, ist eine Stellvertretung zu organisieren. Dabei gelten für die Stellvertreterinnen und Stellvertreter dieselben fachlichen Vorgaben wie für die ordentlichen Mitglieder, damit die KESB auch in einer ausserordentlichen Besetzung den Erfordernissen der Fachlichkeit und der Interdisziplinarität genügt. Jede Disziplin hat daher über eine Stellvertretung zu verfügen. Die KESB hat überdies jederzeit erreichbar zu sein. Der Kindes- und Erwachsenenschutz erfordert regelmässig ein Tätigwerden ausserhalb der Bürozeiten, insbesondere auch an Wochenenden und während der Feiertage. Sofortiger Handlungsbedarf kann sich insbesondere mit Blick auf vorsorgliche Massnahmen ergeben (Art. 445 rev. ZGB). Den Gemeinden steht es frei, mit Blick auf die Stellvertretung und den Pikettdienst mit anderen Gemeinden zusammenzuarbeiten.

Artikel 10

Die fachliche Aufsicht über die KESB ist Sache der JGK. Diese hat insbesondere Vorkehren zur Förderung einer einheitlichen Rechtsanwendung zu treffen. Zu diesem Zweck kann sie etwa Richtlinien oder Weisungen erlassen. Auch die Entwicklung von Mustervorlagen oder die Erarbeitung eines Handbuchs fallen in Betracht. In präventiver Hinsicht kann die Fachaufsicht Beratungen und – zusammen mit den Gemeinden (Art. 8) – das Bereitstellen eines Weiterbildungsangebots umfassen.

Innerhalb der JGK kann der Regierungsrat einzelne oder sämtliche Aufsichtsaufgaben mittels Verordnung an ein Amt der JGK – in erster Linie an das Kantonale Jugendamt – übertragen (vgl. Art. 69 Abs. 3 Satz 2 KV, wonach der Regierungsrat befugt ist, Aufgaben der Direktionen ohne Ermächtigung im Gesetz zu übertragen).

Ausgenommen von der Fachaufsicht ist die Rechtsanwendung im Einzelfall (vgl. auch Art. 4 Abs. 3). Die JGK ist somit – ungeachtet des Weisungsrechts – nicht befugt, auf die Entscheidung der KESB Einfluss zu nehmen.

Artikel 11

Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der KESB sind Angestellte der Gemeinden oder von den Gemeinden mandatierte Personen. Es ist daher angezeigt, gewisse Aufsichtsaufgaben bei den Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthaltern anzusiedeln, da diese grundsätzlich für die Aufsicht über die Gemeinden zuständig sind (Art. 87 Abs. 1 GG).

Schwerpunkt der Aufsichtsaufgaben der Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter ist die Sicherstellung eines ordnungsgemässen Geschäftsgangs. Demgegenüber fallen fachliche Fragen in die Zuständigkeit der JGK.

Obwohl die Instrumente der allgemeinen Aufsicht über die Gemeinden bereits in den Artikeln 88 und 89 GG geregelt sind, ist es sachgerecht, im vorliegenden Zusammenhang die wichtigsten Aufsichtsinstrumente zu erwähnen und damit eine *lex specialis* zur Regelung des GG zu schaffen. So ist etwa Artikel 89 Absatz 1 Buchstabe c GG, wonach die Regierungsstatthalterin oder der Regierungsstatthalter widerrechtliche Beschlüsse oder Verfügungen von Gemeindeorganen aufheben kann, nicht anwendbar, da die Rechtsanwendung der KESB im Einzelfall nur durch das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht korrigiert werden darf. Zudem ist die Aufzählung der wichtigsten Aufsichtsinstrumente angezeigt, damit die administrative Aufsicht durch die Regierungsstatthalterin oder den Regierungsstatthalter von der fachlichen Aufsicht durch die JGK abgegrenzt werden kann. So stellt *Absatz 2 Buchstabe c* etwa klar, dass das Erledigen von Aufsichtsanzeigen grundsätzlich in die Zuständigkeit der Regierungsstatthalterämter und nicht in diejenige der JGK fällt.

Artikel 12

Wie bis anhin soll für die Burgergemeinde Bern an Stelle der Regierungsstatthalterin oder des Regierungsstatthalters die Oberwaisenkammer als administrative Aufsichtsbehörde tätig sein. Deren Organisation wird in einer Verordnung des Regierungsrates geregelt (die Rechtssetzungsdelegation in Art. 12 Satz 2 ersetzt die entsprechende Regelung des geltenden Art. 30 Abs. 2 EG ZGB, welche aufgehoben wird).

Artikel 13

Absätze 1 und 2: Die KESB sind verpflichtet, der JGK jährlich über die wesentlichen Aspekte der Tätigkeit zu berichten. Der Geschäftsbericht hat namentlich statistische Angaben zu den angeordneten Massnahmen zu enthalten, sind diese doch mit Blick auf die Ausübung der Aufsicht sowie die Planung und Bereitstellung eines bedarfsgerechten Leistungsangebots unerlässlich (Art. 69 Abs. 1). Der Regierungsrat hat gestützt auf seine allgemeine Vollzugskompetenz (Art. 70) die Möglichkeit, nähere Vorschriften auf Verordnungsstufe zum Inhalt der Berichterstattung zu erlassen.

Artikel 14

Die administrative Oberaufsicht soll wie bisher der JGK obliegen. Die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter haben daher der JGK ihrerseits Bericht zu erstatten.

Artikel 15

Die Einzelheiten der Aufsicht, namentlich auch die Abgrenzung der administrativen Aufsicht (Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter) von der Fachaufsicht (JGK) sollen in einer Verordnung des Regierungsrates geregelt werden.

Damit die JGK ihre Aufsichtsbefugnisse optimal wahrnehmen kann, muss sie unter Umständen Kenntnis von gewissen für sie wesentlichen Entscheiden der KESB sowie des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts Kenntnis haben (z.B. betreffend länger andauernde fürsorgliche Unterbringungen oder Platzierungen von Kindern). Der Regierungsrat soll daher befugt sein, auf Verordnungsstufe jene Kategorien von Entscheiden zu bezeichnen, welche die Behörden der JGK mitteilen müssen.

Artikel 16

Die kommunalen und regionalen Sozialdienste, die Abklärungsdienste sowie die Berufsbeistandschaften sind bereits heute – wenn auch in unterschiedlichem Ausmass – in die Aufgabenerfüllung im Vormundtschaftswesen einbezogen. Sie verfügen somit über einen einschlägigen Erfahrungsschatz, den es auch unter dem revidierten ZGB zu nutzen gilt. In *Absatz 1* wird daher in grundsätzlicher Weise festgehalten, dass die KESB mit diesen Diensten zusammenarbeiten. Die Pflicht zur Zusammenarbeit erübrigt sich freilich dort, wo eine KESB über behördeneigene Abklärungs- und Berufsbeistandsdienste verfügt.

Absatz 2: Die kommunalen und regionalen Dienste sind nach *Buchstabe a* verpflichtet, auf Anordnung der KESB Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen, womit eine zweckmässige und

effiziente Abklärung der Verhältnisse gewährleistet werden soll.²⁸ Die Anordnung von Beweismassnahmen hat jedoch zwingend durch die KESB selbst zu erfolgen, zumal allein sie die Verantwortung für die Verfahrensleitung trägt (Art. 446 Abs. 2 rev. ZGB). Sie wird letztlich auch festzulegen haben, von welchem Sachverhalt auszugehen ist. In der Regel wird der kommunale oder regionale Sozialdienst am Wohnort der betroffenen Person mit der Sachverhaltsabklärung betraut. Er kann unter Umständen auch zur Ergänzung bereits getroffener Abklärungen angehalten werden.

Auch die burgerlichen KESB können Sachverhaltsabklärungen durch ihre Sozialhilfebehörden durchführen lassen. Sozialhilfearbeiten werden bei den Burgergemeinden vom Burgerlichen Sozialzentrum der Burgergemeinde Bern (BSZ), den Almosnerinnen und Almosnern der Gesellschaften und Zünfte sowie den Sozialdiensten einzelner Burgergemeinden wahrgenommen.

Nach *Buchstabe b* haben die Sozialdienste Beistandschaften und Vormundschaften für Minderjährige und Beistandschaften für Erwachsene zu führen (vgl. Art. 30 Abs. 2). Schliesslich haben sie gemäss *Buchstabe c* andere Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu vollziehen. Hierzu gehört beispielsweise das Überwachen von Weisungen und Besuchsrechtsregelungen (vgl. Art. 28 Abs. 3).

Artikel 17

Nach dieser Vorschrift können die KESB die Polizeiorgane für den Vollzug ihrer Anordnungen anfordern. Dies entspricht der geltenden Rechtslage, können doch die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter im Zusammenhang mit Vorführungen und Überführungen in Einrichtungen den Beizug der Polizeiorgane anordnen (vgl. Art. 25 und 32 des Gesetzes vom 22. November 1989 über die fürsorgerische Freiheitsentziehung und andere Massnahmen der persönlichen Fürsorge [FFEG]²⁹). Der Möglichkeit einer zwangsweisen Durchsetzung von *ambulant* Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person stehen die Fachleute kritisch gegenüber.³⁰ Der Regierungsrat teilt deren Vorbehalte und lehnt die Einführung einer Rechtsgrundlage für solche Zwangsmassnahmen ab (Art. 28 Abs. 5). Artikel 17 enthält einen entsprechenden Vorbehalt.

Artikel 18

Die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter nehmen in ihrem Verwaltungskreis Aufgaben auf dem Gebiet der Bekämpfung der häuslichen Gewalt wahr (Art. 9 Abs. 1 Bst. f des Gesetzes vom 28. März 2006 über die Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter [RStG]³¹). Da dieser Themenkreis Berührungspunkte zum Kindes- und Erwachsenenschutz aufweist, ist eine Zusammenarbeit der Regierungsstatthalterämter mit den KESB angezeigt.

Artikel 19

Artikel 19 verankert die Pflicht zur Zusammenarbeit der KESB mit weiteren Personen und Stellen. Im Vordergrund steht die Zusammenarbeit auf den Gebieten des zivilrechtlichen Kindesschutzes, des Jugendstrafrechts und der übrigen Jugendhilfe. Für diese Bereiche enthält das Bundesrecht keine spezifischen Voraussetzungen (vgl. Art. 317 ZGB sowie Art. 31 der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung vom 20. März 2009 [JStPO]³² und Art. 20 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 über das Jugendstrafrecht [Jugendstrafgesetz, JStG]³³). Solche sind auch nicht angezeigt. Vielmehr sollte eine Zusammenarbeit zwischen den potenziell betroffenen Behörden grundsätzlich immer dann möglich sein und stattfinden, wenn

²⁸ BBI 2006 S. 7078

²⁹ BSG 213.316

³⁰ Vgl. z.B. Bridler/Gassmann, Zukunft der Psychiatrie: ambulante Zwangsbehandlungen?, in: ZKE 2011 S. 1 ff.

³¹ BSG 152.321

³² SR 312.2

³³ SR 311.1

Massnahmen zum Schutz oder Wohl von Kindern oder Jugendlichen ins Auge gefasst werden. Dementsprechend sieht diese Bestimmung eine allgemeine Pflicht der KESB zur Zusammenarbeit mit Lehrkräften und Schulbehörden (Schulleitungen, Schulkommissionen, Schulinspektorate) sowie deren Fachstellen (Schulsozialarbeiterinnen und Schulsozialarbeiter, Erziehungsberatungsstellen, Kinder- und Jugendpsychiatrischer Dienst, Schulärztlicher Dienst) vor (Bst. a und b). Notwendig und wichtig ist ferner eine regelmässige Zusammenarbeit der neuen Fachbehörden mit den Betreuungs- und Klinikeinrichtungen (Heime, Kliniken usw.; Bst. c). Auch mit den Straf- und Strafvollzugsbehörden, namentlich den Jugendanwältinnen und Jugendanwälten sowie dem Jugendgericht, kann je nach Sachverhalt eine Zusammenarbeit notwendig oder angezeigt sein (Bst. d).

Die Pflicht zur Zusammenarbeit gilt grundsätzlich auch auf dem Gebiet des Erwachsenenschutzes. Allerdings sind dort die Rahmenbedingungen von Artikel 453 Absatz 1 rev. ZGB zu beachten. Demnach setzt die für eine Zusammenarbeit erforderliche Befreiung von Amtsgeheimnis das Bestehen einer ernsthaften Gefahr voraus, dass eine hilfsbedürftige Person sich selbst gefährdet oder ein Verbrechen oder Vergehen begeht, mit dem sie jemanden körperlich, seelisch oder materiell schwer schädigt.

Artikel 20

Mit dieser Vorschrift soll eine gesetzliche Grundlage für die auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes oft anzutreffende Zusammenarbeit der Behörden mit Dritten geschaffen werden. In Betracht fällt die Zusammenarbeit mit Stiftungen und Vereinen wie Pro Infirmis, Pro Juventute oder Pro Senecute.

Artikel 21

Ein wichtiger Aspekt der Zusammenarbeit – und gleichzeitig in gewissem Sinne auch eine notwendige Voraussetzung dafür – ist die gegenseitige Information der zusammenarbeitenden Stellen. In erster Linie sind diesbezüglich die Bestimmungen der Datenschutzgesetzgebung zu beachten. Darüber hinaus haben die KESB und die in den Artikeln 16 bis 19 erwähnten Personen und Stellen die Möglichkeit, einander die für die jeweilige Aufgabenerfüllung zwingend erforderlichen Daten von sich aus bekannt zu geben. Eine Informationsübermittlung kommt allerdings nur im Rahmen der konkreten Aufgabenbereiche in Betracht. Zudem soll sie nicht vorgeschrieben sein, sondern im pflichtgemäss auszuübenden Ermessen der über die Daten verfügenden Behörde stehen. Eine Verpflichtung zur Weitergabe könnte kontraproduktiv sein, da die Behörden darauf angewiesen sind, ein Vertrauensverhältnis zu den von ihnen Betreuten und ihrem Umfeld aufzubauen. Wären sie zur Weitergabe verpflichtet, so bestünde die Gefahr, dass sie von den betroffenen Personen nicht mehr im selben Umfang informiert würden. Vorbehalten bleiben schliesslich in jedem Fall die besonderen Geheimhaltungspflichten (vgl. z.B. Art. 11 des Bundesgesetzes vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten [Opferhilfegesetz, OHG]³⁴; Art. 33 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]³⁵; Art. 30 des Einführungsgesetzes vom 11. Juni 2009 zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ]³⁶). Aus diesem Grund ist auf dem Gebiet des *Erwachsenenschutzes* eine Durchbrechung des Amtsgeheimnisses nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Artikel 453 Absatz 1 rev. ZGB erfüllt sind (vgl. die Ausführungen zu Art. 19).

Artikel 22

Das revidierte ZGB ermächtigt die Kantone, Ärztinnen und Ärzte zu bezeichnen, die neben der KESB eine Unterbringung während einer vom kantonalen Recht festgelegten Dauer anordnen dürfen. Von Bundesrechts wegen darf diese Dauer höchstens sechs Wochen betragen (Art. 429 Abs. 1 rev. ZGB). Bereits nach geltendem Recht können die im Kanton Bern zur Berufsausübung zugelassenen Ärztinnen und Ärzte eine Unterbringung anordnen (Art. 12

³⁴ SR 312.5

³⁵ SR 830.1

³⁶ BSG 271.1

FFEG). Diese Regelung ist beizubehalten. Neu sollen nach *Absatz 1* allerdings sämtliche in der Schweiz zur Berufsausübung zugelassenen Ärztinnen und Ärzte hierzu befugt sein. Anders als im geltenden Recht wird die Befugnis der Ärztinnen und Ärzte nicht auf jene Fälle beschränkt, in denen die betroffenen Personen psychisch oder suchtkrank sind. Eine ärztliche Unterbringung ist nach neuem Recht insbesondere auch bei geistig behinderten oder schwer verwahrlosten Personen möglich. Ebenfalls der geltenden Rechtslage entspricht die Beschränkung der ärztlichen Unterbringung auf Fälle, in denen Gefahr im Verzug liegt. In der Praxis bedeutet dies, dass die Ärztinnen und Ärzte für die Anordnung von notfallmässigen Unterbringungen zuständig sind. Insoweit sind sie Trägerinnen bzw. Träger von Verwaltungsaufgaben.

Die Vorgabe, dass nur zur Berufsausübung zugelassene Ärztinnen und Ärzte eine fürsorgliche Unterbringung anordnen dürfen, gilt auch mit Bezug auf Einweisungen, die von einer Einrichtung ausgehen. Befindet sich beispielsweise eine Person bereits in einer Klinik und soll sie in eine andere, zum Vollzug der fürsorglichen Unterbringung besser geeignete Einrichtung eingewiesen werden, so hat der entsprechende ärztliche Einweisungsentscheid durch eine Ärztin oder einen Arzt mit Berufsausübungsbewilligung zu erfolgen.

Absatz 3 präzisiert, dass die maximale Dauer einer ärztlichen Unterbringung sechs Wochen beträgt. Auch nach geltendem Recht ist die (vorsorgliche) Unterbringung nach spätestens sechs Wochen durch eine ordentliche Einweisung abzulösen (Art. 12 i.V.m. Art. 17 Abs. 1 FFEG). Eine Verkürzung drängt sich insbesondere mit Blick auf die Möglichkeit, jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen zu können (Art. 426 Abs. 4 rev. ZGB), nicht auf.³⁷

Artikel 23

Absatz 1: Ordnet eine Ärztin oder ein Arzt der behandelnden Einrichtung den Unterbringungsentscheid nach Artikel 427 Absatz 2 rev. ZGB an und hat sich die Ärztin oder der Arzt bereits während des unmittelbar vorangehenden Aufenthalts mit der betroffenen Person befasst, so besteht der Anschein von Befangenheit. Daher verlangt diese Vorschrift, dass ein solcher Entscheid durch die KESB, eine externe Ärztin oder einen externen Arzt oder allenfalls einen noch nicht mit der betroffenen Person befassten klinikinternen Arzt (z.B. eine Ärztin oder einen Arzt einer anderen Abteilung) zu treffen ist.

Absatz 2: Nach geltendem Recht darf die zur Begutachtung eingewiesene Person während höchstens sechs Wochen in der Einrichtung zurückbehalten werden (Art. 27 Abs. 2 FFEG). Das neue Bundesrecht kennt keine solche Befristung. Vielmehr richtet sich die Einweisung zur Begutachtung nach den Regeln über die fürsorgliche Unterbringung, welche keine fixen Fristen enthalten (Art. 449 Abs. 2 rev. ZGB). Da eine Beobachtungszeit von sechs Wochen bei Jugendlichen zu kurz sein kann, verzichtet der Entwurf auf eine Weiterführung der starren Regelung von Artikel 27 Absatz 2 FFEG. Stattdessen soll die KESB aber verpflichtet werden, Unterbringungsentscheide nach Artikel 449 rev. ZGB mit einer Befristung zu versehen. Das zwingt die Behörde, bereits beim Einweisungsentscheid gestützt auf ihre Erfahrungen und gegebenenfalls nach Rücksprache mit der Einrichtung eine Höchstdauer zu setzen, während der die zur Beobachtung eingewiesene Person längstens zurückbehalten werden darf. Dieser steht es im Übrigen trotz der Maximalfrist weiterhin zu, jederzeit ein Entlassungsgesuch zu stellen (Art. 449 Abs. 2 i.V.m. Art. 426 Abs. 4 rev. ZGB).

Artikel 24

Absätze 1 und 2: Die (Um-)Platzierung von Patientinnen und Patienten, für die eine fürsorgliche Freiheitsentziehung angeordnet worden ist oder angeordnet werden soll, bereitet heute oftmals Probleme mit Bezug auf die Vorschriften des Datenschutzes. So ist es den platzierenden Stellen zuweilen nicht möglich, sämtliche Angaben zur betroffenen Person bloss in anonymisierter Form zu machen. Auch kommt es immer wieder vor, dass die angefragten Stellen aufgrund ihrer Vorkenntnisse Rückschlüsse auf die Identität einer bestimmten Person machen können. Da Fehlplatzierungen aber unbedingt zu vermeiden sind und eine umfassende Schilderung des Sachverhalts daher oftmals notwendig ist, sollen die KESB ermächtigt werden,

³⁷ BBI 2006 S. 7065

den Einrichtungen, bei denen sie Erkundigungen zur Unterbringung einer Person tätigen, besonders schützenswerte Personendaten bekannt zu geben.

Absatz 3: Soweit eine Stelle besteht, die für die Koordination von Unterbringungen zuständig ist, kann ihr die KESB unter den gleichen Voraussetzungen besonders schützenswerte Personendaten bekannt geben. Der Regierungsrat hat mit RRB Nr. 545 vom 28. März 2007 den Aufbau und Betrieb einer solchen Koordinationsstelle veranlasst.

Artikel 25

Die KESB hat gemäss dem revidierten ZGB periodisch die Eignung der Einrichtung zu überprüfen (Art. 431 rev. ZGB). Drängt sich eine Versetzung in eine andere Einrichtung auf, so hat sie – entsprechend dem geltenden Recht (Art. 28 FFEG) – einen neuen Unterbringungsentcheid zu treffen.

Artikel 26

Nach dieser Vorschrift hat die zur Entlassung befugte Einrichtung die KESB sowie eine allfällige Beiständin oder einen allfälligen Beistand über die Entlassung zu informieren. Diese Meldepflicht ist zum einen notwendig, damit die Behörde rechtzeitig die Nachbetreuung organisieren kann. Zum anderen ist die Meldung auch mit Blick auf die der KESB obliegende Pflicht der periodischen Überprüfung erforderlich (Art. 431 rev. ZGB). Es handelt sich um einen speziell geregelten Anwendungsfall der allgemeinen Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen KESB und Einrichtung (vgl. dazu Art. 19 Bst. c).

Artikel 27

Das revidierte ZGB überlässt es den Kantonen die Nachbetreuung zu regeln (Art. 437 Abs. 1 rev. ZGB). Ziel der Nachbetreuung ist es, den Gesundheitszustand der betroffenen Person zu stabilisieren und – als Folge davon – Rückfälle zu vermeiden. Auch soll der betroffenen Person die Wiedereingliederung nach der Entlassung aus einer Einrichtung erleichtert werden. Aus diesen Gründen hat die KESB gestützt auf *Absatz 1* die betroffene Person nötigenfalls anzuweisen, sich einer Nachbetreuung zu unterziehen. Die Nachbetreuung erfolgt mittels ambulanter Massnahmen (vgl. Art. 28).

Absätze 2 und 3: Je nachdem ob die KESB oder die Einrichtung für die Entlassung zuständig ist, ist die Nachbetreuung gestützt auf die Meinung der behandelnden Ärztin oder des behandelnden Arztes (Abs. 2) oder den Antrag der Einrichtung (Abs. 3) anzuordnen. Die Einrichtung wird darauf zu achten haben, die adäquaten Massnahmen rechtzeitig bei der KESB zu beantragen.

Artikel 28

Die Kantone können gestützt auf Artikel 437 Absatz 2 rev. ZGB ambulante Massnahmen vorsehen. Ambulante Massnahmen sind für die Betroffenen in der Regel weniger einschneidend und stigmatisierend als eine (erneute) fürsorgerische Unterbringung.³⁸ Sie können nicht nur nach einer Unterbringung im Rahmen einer Nachbetreuung angeordnet werden (Art. 27 i.V.m. Art. 28), sondern auch als eigenständige Ersatzmassnahmen bei einem Verzicht auf eine Unterbringung (Art. 28).³⁹ Werden die Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet, sind sie – wie im Falle von Zwangsbehandlungen im stationären Bereich (Art. 434 Abs. 2 rev. ZGB) – mittels Verfügung zu eröffnen.

Die KESB kann nach *Absatz 1* insbesondere die folgenden ambulanten Massnahmen anordnen:

- Verhaltensweisungen (Bst. a): Nach geltendem Recht dürfen der betroffenen Person, insbesondere um eine fürsorgerische Unterbringung zu vermeiden, Weisungen für ihr Verhalten erteilt werden (vgl. Art. 4 Abs. 2 FFEG). Dies soll auch künftig möglich sein. In Betracht fallen etwa Weisungen, sich alkoholischer Getränke zu enthalten, einen

³⁸ BBI 2006 S. 7071

³⁹ Hierzu Christof Bernhart, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung, 2011, N. 788.

Mahlzeitendienst in Anspruch zu nehmen, eine Selbsthilfegruppe zu besuchen, den Arbeitspflichten nachzukommen oder ein Lernprogramm zu absolvieren (z.B. Lernprogramm gegen Gewalt in Ehe, Familie und Partnerschaft).

- Meldepflichten (Bst. b): Im Rahmen einer ambulanten Massnahme können die betroffenen Personen verpflichtet werden, sich regelmässig bei der KESB, der Beiständin oder dem Beistand oder weiteren (Fach-)Stellen zu melden.
- Nachkontrollen (Bst. c): Bereits nach geltendem Recht dürfen die betroffenen Personen angewiesen werden, sich einer ambulanten Nachkontrolle zu unterziehen (Art. 20 Abs. 1 FFEG). In Frage kommt die Nachkontrolle beispielsweise dann, wenn die Einnahme eines ärztlich verordneten Medikaments zu überprüfen ist. Die Nachkontrolle kann durch Ärztinnen und Ärzte sowie durch Spitex-Dienste erfolgen.
- medizinisch indizierte Behandlungen (Bst. d): In der Praxis von grosser Relevanz ist die Medikamentenabgabe. Insbesondere bei Chronischkranken lassen sich mit Medikamentenabgaben und Depotmedikationen fürsorgerische Unterbringungen verkürzen bzw. vermeiden. Die KESB ist daher zur Anordnung von medizinisch indizierten Behandlungen befugt.

Absatz 2: Ambulante Massnahmen gemäss Absatz 2 Buchstaben c und d können aber nur auf ärztlichen Bericht hin angeordnet werden.

Absatz 3: Für den Erfolg der angeordneten Massnahmen ist es in der Regel nicht unwesentlich, dass ihre Einhaltung überwacht wird und die betroffene Person von diesem Umstand Kenntnis hat. Die mit dem Vollzug betrauten Personen und Stellen haben der KESB daher regelmässig Bericht zu erstatten.

Absatz 4: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebietet eine zeitliche Befristung der ambulanten Massnahmen.⁴⁰ Absatz 4 sieht deshalb vor, dass diese längstens zwei Jahre dauern. Nach dieser Frist kann die ambulante Massnahme gegebenenfalls neu angeordnet werden.

Absatz 5: Hauptproblem bei ambulanten Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person bildet die Vollstreckung. Das Angeordnete real zu erzwingen, ist in den überwiegenden Fällen mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht zu vereinbaren. Ausserdem bestehen in Fachkreisen grundsätzliche Vorbehalte gegen eine zwangsweise Durchsetzung von ambulanten Massnahmen (vgl. die Erläuterungen zu Art. 17 am Ende). Absatz 5 stellt deshalb klar, dass die polizeiliche Zuführung von Betroffenen an einen ambulanten Dienst ebenso unzulässig ist wie die ambulante Medikamentenabgabe unter körperlichem Zwang. Die ambulante Behandlung setzt somit stets eine minimale Kooperation der betroffenen Person voraus. Immerhin können ambulante Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet (nicht aber vollstreckt) werden, woraus sich zumindest indirekt ein gewisser Zwang ergeben dürfte. Auch wenn die Nichtbeachtung einer solchen Anordnung nicht ohne weiteres zu einer (neuerlichen) fürsorgerischen Unterbringung führen darf, erhöht sich für die betroffene Person doch das Risiko, dass eine zwangsweise Unterbringung gestützt auf Artikel 426 Absatz 1 rev. ZGB (erneut) angeordnet werden muss. Insofern kann in der Nichtbeachtung ein Indiz für die Notwendigkeit einer (erneuten) stationären Behandlung liegen.⁴¹

Artikel 29

Nach dieser Vorschrift sind die Bestimmungen betreffend die fürsorgerische Unterbringung bei Minderjährigen analog anwendbar (vgl. Art. 314b Abs. 1 rev. ZGB). Unterbringungen von Minderjährigen können psychiatrisch indiziert oder aus anderen Gründen erfolgen (z.B. mangelnde Erziehungsfähigkeit der Eltern). Die Artikel 27 und 28 gelangen aber nur zur Anwendung, wenn Minderjährige psychiatrisch indiziert untergebracht sind, liegt doch das Ziel der Nachbetreuung und der ambulanten Massnahmen in der Stabilisierung des Gesundheitszustandes der betroffenen Person oder in der Vermeidung einer Rückfallgefahr.

⁴⁰ Christof Bernhart, a.a.O., N. 782, 787.

⁴¹ Christof Bernhart, a.a.O., N. 640.

Artikel 30

Absatz 1: Wie bis anhin sind nur natürliche Personen als Mandatsträgerinnen und Mandatsträger zugelassen (Art. 400 Abs. 1 rev. ZGB). Dabei kann es sich um für das Gemeinwesen beruflich tätige Beiständinnen oder Beistände (sog. Berufsbeiständinnen oder -beistände) oder um Privatpersonen handeln. Berufsbeiständinnen und -beistände werden dann eingesetzt, wenn die Führung der Beistandschaft nicht einer Privatperson übertragen werden kann. Entscheidende Voraussetzung für die Ernennung einer Beiständin oder eines Beistandes bildet stets die Eignung.⁴²

Absatz 2: Berufsbeiständinnen und Berufsbeistände sollen auch in Zukunft Mitarbeitende eines Sozialdienstes oder einer anderen kommunalen Dienststelle (Amtsbeistandschaft und Amtsvormundschaft) sein. Das hat zur Folge, dass sie gewissermassen «Diener zweier Herren» sind. Mit anderen Worten ist die betreffende Person als Mitarbeiterin bzw. Mitarbeiter eines kommunalen oder regionalen Dienstes sowohl dem betreffenden Dienst als auch – insbesondere mit Blick auf die Mandatsführung – der KESB unterstellt (vgl. Art. 400 Abs. 3 rev. ZGB).

Artikel 31

Absatz 1: Die Entschädigung und der Spesenersatz werden in der Regel anlässlich der periodischen Berichts- und Rechnungsprüfung festgelegt. Je nach Situation ist darüber aber auch in einem gesonderten Verfahren zu befinden. So wird die Festsetzung der amtlichen Entschädigung einer Verfahrensbeiständin oder eines Verfahrensbeistands (Art. 449a rev. ZGB) regelmässig zusammen mit dem das Verfahren abschliessenden Entscheid in der Sache erfolgen. – Der Entscheid der Vormundschaftsbehörden über die Entschädigung stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar.⁴³ Hieran wird sich auch mit dem revidierten ZGB nichts ändern.

Absätze 2 und 3: Die Höhe der Entschädigung und der Spesenersatz werden gestützt auf Vorschriften festgelegt, die der Regierungsrat in einer Verordnung zu erlassen hat. Ist die Beiständin oder der Beistand lediglich für die Interessenwahrung im Verfahren vor der KESB bestellt worden (Art. 449a rev. ZGB) und erfolgt die Verbeiständung durch eine Anwältin oder einen Anwalt, so ist die Entschädigung nach den entsprechenden Bestimmungen der Anwaltsgesetzgebung festzusetzen.

Artikel 32

Nach dieser Vorschrift sind die Bestimmungen betreffend die Mandatsführung auf Minderjährige analog anwendbar (vgl. Art. 327c Abs. 2 rev. ZGB).

Artikel 33

Die Sterilisation einer Person, die unter umfassender Beistandschaft steht, bedarf der Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde (Art. 6 Abs. 2 Bst. b des Sterilisationsgesetzes in der per 1.1.2013 geltenden Fassung). Im KESG, das auch an die Stelle der bisherigen EV Sterilisationsgesetz tritt, ist zu regeln, welche der Behörden örtlich zuständig ist (im bisherigen Recht bestand in diesem Punkt eine Lücke). Es erscheint sachgerecht, an den Wohnsitz der betroffenen Person und nicht an den Ort der mit dem Eingriff befassten Klinik anzuknüpfen.

Absatz 2: Für Angehörige der Burgergemeinden sollen wie bisher die burgerlichen Behörden zuständig sein.

Artikel 34

Artikel 10 Absatz 1 des Sterilisationsgesetzes verpflichtet Personen, die einen Heileingriff an einer urteilsunfähigen Person vorgenommen haben, dessen unvermeidliche Begleiterscheinung die Aufhebung der Fortpflanzungsfähigkeit ist, den Eingriff innerhalb von zehn Tagen der Erwachsenenschutzbehörde zu melden. **Absatz 1** stellt klar, dass eine solche Meldung stets an die KESB jenes Ortes zu machen ist, an dem der Eingriff durchgeführt worden ist. Der für

⁴² BBI 2006 S. 7049 f.

⁴³ BGE 113 II 395 E. 2.

den betreffenden Ort zuständigen KESB sind infolgedessen auch Eingriffe zu melden, die an Angehörigen der Burgergemeinden vorgenommen werden. Die burgerliche KESB hat demnach keine entsprechenden Meldungen entgegenzunehmen.

Mit *Absatz 2* wird die Regelung des bisherigen Artikels 4 Absatz 2 EV Sterilisationsgesetz formellgesetzlich verankert.

Artikel 35

Die Bestimmung zählt die Kosten des Massnahmenvollzugs auf. Dazu gehören nebst den Kosten für die Führung einer Beistandschaft (Entschädigung und Spesenersatz der Mandatsträgerinnen und -träger) vor allem die Aufwendungen für eine fürsorgerische Unterbringung und für Kindesschutzmassnahmen. Nicht zu den Kosten des Massnahmenvollzugs sind die Kosten für Begutachtungen zu zählen, gehören diese doch zu den Verfahrenskosten (vgl. Art. 58 Abs. 4). Auch um Verfahrenskosten handelt es sich bei Kosten, die im Zusammenhang mit dem Transport von anzuhörenden Personen zum Sitz der KESB anfallen (vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 46).

Artikel 36

Absatz 1: Für die Kosten des Massnahmenvollzugs hat grundsätzlich die Person aufzukommen, zu deren Schutz oder Fürsorge die Massnahme angeordnet worden ist. Das ergibt sich für die Kosten der Beiständinnen und Beistände aus Artikel 404 Absatz 1 rev. ZGB, wonach die Entschädigung der Mandatstragenden und der Ersatz ihrer Spesen «aus dem Vermögen der betroffenen Person» zu bezahlen sind, wobei zum Vermögen auch Forderungen aus Unterhalts- und Unterstützungspflicht der Verwandten und des Ehegatten gehören. Ganz allgemein gilt, dass die betroffene Person für die Kosten der staatlich organisierten Dienstleistung aufkommen soll, da die Mandatsführung in ihrem Interesse liegt.⁴⁴ Dieser Grundsatz soll aber nicht nur für die Entschädigung und den Spesenersatz der Mandatsträgerin oder des Mandatsträgers zur Anwendung gelangen, sondern für sämtliche in Artikel 35 aufgezählten Kosten. Bereits das bisherige Recht sieht eine umfassende Pflicht der betroffenen Person zur Tragung der Kosten von fürsorgerischen Freiheitsentziehungen und anderen Massnahmen der persönlichen Fürsorge vor (Art. 50 Abs. 1 FFEG). Daran soll festgehalten werden. Beim Vorliegen besonderer Umstände, namentlich wenn eine Kostenpflicht unbillig oder unzumutbar wäre, kann es aber angezeigt sein, auf die Kostenauflegung zu verzichten.

Absatz 2: Bei Minderjährigen haben die Eltern die Kosten zu tragen, sieht doch Artikel 276 Absatz 1 ZGB explizit vor, dass die Eltern für den Unterhalt des Kindes aufzukommen haben, inbegriffen die Kosten von Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen.

Absatz 3: Die Einforderung der Kosten bei der betroffenen Person muss – jedenfalls vorläufig – dort entfallen, wo diese nicht in der Lage ist, für die Kosten des Vollzugs der Massnahmen aufzukommen.⁴⁵ In einem solchen Fall werden die Kosten durch das sozialhilfepflichtige Gemeinwesen vorfinanziert (Art. 37). Ob eine Vorfinanzierung Platz zu greifen hat, klärt die KESB nach Eingang der Rechnung ab. Unnötig kann eine solche Abklärung dann sein, wenn die betroffene Person wirtschaftliche Sozialhilfe bezieht und die KESB bereits Kenntnis über deren (unzureichende) finanzielle Verhältnisse hat.

Absatz 4: Über die Kostenpflicht nach Artikel 36 Absatz 1 sowie die Frage der Vorfinanzierung durch das Gemeinwesen (Art. 37) hat die KESB durch Verfügung zu entscheiden. Je nach den zeitlichen Umständen kann diese Verfügung auch separat, d.h. losgelöst vom Massnahmenentscheid erfolgen. Die KESB hat bei der Ermittlung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse den Sachverhalt von Amtes wegen zu erheben, doch trifft die betroffene Person eine Mitwirkungspflicht, die durch den Regierungsrat mittels Verordnung konkretisiert werden kann (Art. 37 Abs. 3).

⁴⁴ BBI 2006 S. 7051

⁴⁵ Der Bund hat die Frage der Kostentragung bei mittellosen Massnahmebetroffenen den Kantonen zur Regelung überlassen (Art. 404 Abs. 3 rev. ZGB).

Artikel 37

Nach *Absatz 1* muss das sozialhilfepflichtige Gemeinwesen bzw. die zuständige Burgergemeinde oder burgerliche Korporation die Kosten des Massnahmenvollzugs vorfinanzieren, falls die betroffene Person aufgrund ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht in der Lage ist, für die ihr auferlegten Kosten aufzukommen.

Absatz 2: Im Falle der Vorfinanzierung werden die bereits bezahlten Kosten vorläufig nicht überwält. Das vorfinanzierende Gemeinwesen tritt aber in die Rechte der an sich zahlungspflichtigen Person gegenüber Dritten (Sozialversicherungen, Krankenkasse) ein.

Absatz 3 sieht vor, dass der Regierungsrat in einer Verordnung Einkommens- und Vermögensgrenzwerte festlegt, bei deren Unterschreitung der für die (vorläufige) Kostenbefreiung erforderliche Grad der Mittellosigkeit erreicht ist. Diese Regelung ist vergleichbar mit jener, wie sie bei der unentgeltlichen Prozessführung in Justizverfahren oder der Bemessung der wirtschaftlichen Sozialhilfe gilt. Ebenfalls auf Verordnungsstufe sind die Mitwirkungspflichten der betroffenen Personen bei der Ermittlung der Bedürftigkeit zu konkretisieren. Denkbar wäre etwa eine Verpflichtung zur Einreichung eines Zeugnisses der Wohnsitzgemeinde über die Familien-, Vermögens- und Einkommensverhältnisse, wie es die bis Ende 2010 geltende bernische Zivilprozessordnung vorsah.⁴⁶ Dabei kann auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass psychisch kranke Personen beim Versuch, ihren Mitwirkungspflichten nachzukommen, überfordert sein können.

Artikel 38

Ist eine Vorfinanzierung erfolgt und kommt die betroffene Person später zu hinreichendem Einkommen oder Vermögen, hat sie dem sozialhilfepflichtigen Gemeinwesen bzw. der zuständigen Burgergemeinde oder burgerliche Korporation die Kosten des Massnahmenvollzugs nachzuzahlen (Abs. 1). Das ist der Fall, wenn sich ihre wirtschaftlichen Verhältnisse «wesentlich verbessert haben und ihr eine Nachzahlung zugemutet werden kann». Diese Formulierung lehnt sich an Artikel 40 Absatz 1 SHG an (Rückerstattung wirtschaftlicher Sozialhilfe). Eine solche Verbesserung der Verhältnisse ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht schon dann anzunehmen, wenn die betroffene Person wieder dazu in der Lage ist, ihren Lebensbedarf aus eigenen Mitteln zu decken und darüber hinaus eine Schuldentilgung vorzunehmen. Vielmehr müssen die Verhältnisse der betroffenen Person nunmehr als günstig bezeichnet werden können.⁴⁷ Eine Nachzahlung kann auch nur teilweise erfolgen, entsprechend dem Grundsatz, dass auch die Kostentragung bloss teilweise angeordnet werden kann.

Absatz 2: Zuständig für die Anordnung der Nachzahlung ist die KESB bzw. eine andere von der Gemeinde bezeichnete Behörde. Anders als im sozialhilferechtlichen System ist die Nachzahlung stets durch Verfügung anzuordnen. Auf die Möglichkeit, die Nachzahlung einvernehmlich zu regeln, ist zu verzichten (vgl. Art. 44 Abs. 2 SHG). Solche einvernehmlichen Regelungen haben in der Praxis zu Unsicherheiten über das Vorgehen bei umstrittenen Ansprüchen geführt.⁴⁸

Die Regelung zur Verjährung (Abs. 3) orientiert sich wiederum an den entsprechenden Vorschriften des SHG. Danach verjährt der Nachzahlungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, seitdem die zuständige Behörde von seiner Entstehung Kenntnis erhalten hat (relative Verjährungsfrist), in jedem Fall aber zehn Jahre nach seiner Entstehung (absolute Verjährungsfrist).

Artikel 39

Nach dieser Vorschrift sollen die nicht einbringlichen Kosten durch den Mechanismus des Lastenausgleichs nach Artikel 78 ff. SHG solidarisch auf die Gesamtheit der Gemeinden und den Kanton verteilt werden. Im Anwendungsbereich des FFEG werden bereits heute die Kosten des Massnahmenvollzugs, soweit die betroffene Person hierfür nicht aufzukommen vermag, vom sozialhilfepflichtigen Gemeinwesen übernommen und dem Lastenausgleich zuge-

⁴⁶ Art. 79 Abs. 2 BE ZPO (GS 1990 S. 42).

⁴⁷ BVR 2010 S. 366, E. 2.3, 2009 S. 273 E. 4.1.1.

⁴⁸ Vgl. VGE 2009/2005 vom 18.2.2011 (zur BVR-Publikation vorgesehen, noch nicht rechtskräftig).

führt (Art. 50 Abs. 2 und 3 FFEG). Ebenso sind heute jene Aufwendungen lastenausgleichsberechtigt, die den Sozialdiensten aus ihrer Tätigkeit beim Vollzug von vormundschaftlichen Massnahmen anfallen. Bei den nicht einbringlichen Kosten handelt es sich insofern wie bisher um Aufwendungen gemäss Artikel 79 Absatz 1 Buchstabe c SHG.

Nicht von der Vorschrift betroffen sind die Kosten des Vollzugs von Massnahmen an Burgerinnen und Burgern. Sie werden von den Burgergemeinden getragen.

Artikel 40

Diese Vorschrift bildet eine Ausnahme zu Artikel 48 Absatz 1 EG ZSJ, wonach Behörden und Angestellte des Kantons und der Gemeinden zur Mitteilung an die Staatsanwalt verpflichtet sind, wenn ihnen in ihrer amtlichen Tätigkeit konkrete Verdachtsgründe für ein von Amtes wegen zu verfolgendes Verbrechen bekannt werden (Art. 48 Abs. 3 EG ZSJ). Eine entsprechende Regelung findet sich bereits im geltenden Recht in Artikel 25 Absatz 2 EG ZGB, wobei die neue Formulierung der Klarheit halber festhält, dass auch Beiständinnen und Beistände von der Anzeigepflicht befreit sind.

Artikel 41

Mit der Rechtshängigkeit entsteht ein Verhältniss zwischen der KESB und der betroffenen Person, das zur Beachtung der Verfahrensgrundsätze verpflichtet. Die Rechtshängigkeit hat zur Folge, dass die KESB die Sache zu behandeln und zu einem förmlichen Abschluss zu bringen hat.⁴⁹

Absatz 1: Ein Verfahren kann zunächst mit der Einreichung eines Gesuchs angehoben werden. Auch wenn die KESB in den Fällen nach *Buchstabe a* unter Umständen auf private Veranlassung hin tätig wird, kann die gesuchstellende Person regelmässig nicht über den Verfahrensgegenstand verfügen, da für das Verfahren vor der KESB die *Offizialmaxime* gilt (Art. 446 Abs. 3 rev ZGB). Die *Dispositionsmaxime* gilt ausnahmsweise bei Verfahren betreffend das Besuchsrecht uneiniger Eltern (Art. 134 Abs. 4 ZGB und Art. 315b Abs. 2 rev. ZGB). Wer ein Gesuch um Anordnung einer Massnahme stellt, hat im Verfahren vor der KESB als Gesuchstellerin oder Gesuchsteller Parteistellung. Dies gilt auch für die betroffene Person, wird sie doch als materielle Verfügungsadressatin unmittelbar in eigenen Rechten betroffen. Sie ist damit als Gesuchsgegnerin von Amtes wegen in das Verfahren einzubeziehen.

Nach *Buchstabe b* tritt die Rechtshängigkeit weiter mit Eingang einer Meldung ein, die nicht offensichtlich unbegründet ist. Der Person, die der KESB Meldung nach Artikel 443 rev. ZGB erstattet, kommt anders als der gesuchstellenden Person keine Parteistellung zu.

Buchstabe c lässt die Rechtshängigkeit eintreten, wenn die KESB in den vom revidierten ZGB bestimmten Fällen angerufen wird. So sieht Artikel 419 rev. ZGB vor, dass gegen Handlungen oder Unterlassungen der Beiständin oder des Beistands die KESB angerufen werden kann. Hierbei handelt es sich nicht um ein eigentliches Beschwerdeverfahren. Der Zweck der Anrufung der KESB besteht darin, dass innert kurzer Zeit ein materiell möglichst richtiger Entscheid in einem möglichst einfachen Verfahren zustande kommt.⁵⁰ Nach der Natur der Sache ist die Schwelle für eine solche Anrufung sehr niedrig anzusetzen, niedriger als bei einer Beschwerde.

Buchstabe d nennt schliesslich als Grund für den Eintritt der Rechtshängigkeit die Eröffnung eines Verfahrens von Amtes wegen.

Absatz 2: Die Eröffnung von Amtes wegen geschieht in der Regel durch eine entsprechende Mitteilung an die Betroffenen. Wo die Behörde jedoch schon vorher erste sichtbare Vorkehren getroffen hat und die betroffene Person – aus welchen Gründen auch immer – noch keine förmliche Mitteilung erhalten hat, muss das Verfahren bereits früher als eröffnet gelten. Massgebend ist diesfalls der Zeitpunkt, in dem die Behörde Anordnungen trifft, die sich gegen ausser manifestieren (z.B. die Anordnung sichernder Massnahmen wie die Sperre eines Bank-

⁴⁹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 16 N. 1.

⁵⁰ BBI 2006 S. 7059

kontos, die Mobilisierung einer Notfallärztin oder eines Notfallarztes usw.). Noch keine Verfahrenseröffnung liegt demgegenüber in der Regel vor, wenn die Behörde bloss erste interne Notizen erstellt oder ein Dossier angelegt hat.

Absatz 3: Die Rechtshängigkeit fixiert die Zuständigkeit der KESB, so dass sich die betroffene Person nicht durch einen Wechsel ihres Wohnsitzes oder Aufenthaltsortes einer notwendigen behördlichen Anordnung entziehen kann.

Artikel 42

Absatz 1 überträgt die *Verfahrensleitung* der Präsidentin oder dem Präsidenten, wobei sie oder er diese Aufgabe einem anderen Behördenmitglied übertragen kann.

Absatz 2: Das instruierende Behördenmitglied muss von sich aus alles Erforderliche vorgehen, um das Verfahren der Erledigung zuzuführen (sog. Amtsbetrieb). So hat es insbesondere von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig abzuklären und die gebotenen Beweise zu erheben (Untersuchungsmaxime; Art. 446 Abs. 1 rev. ZGB). Die Anordnung der jeweiligen Beweismassnahme muss zwingend durch das instruierende Behördenmitglied erfolgen. Die Durchführung der Massnahme ist demgegenüber delegierbar (vgl. Art. 446 Abs. 2 rev. ZGB; vgl. auch Art. 16 Abs. 2 Bst. a).

Artikel 43

Zur Vertretung vor der KESB sind in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Personen und Organisationen (z.B. Pro Infirmis, Pro Juventute oder Pro Senectute) sowie nahestehende Personen (z.B. Geschwister, Ehegattin bzw. Ehegatte, Lebenspartnerin bzw. Lebenspartner, Stiefelternteil, eingetragene Partnerin bzw. eingetragener Partner) zugelassen. Wird der betroffenen Person ein Verfahrensbeistand gemäss den Artikeln 314a^{bis} und 449a ZGB beigeordnet, so fällt die Vertretung durch eine nahestehende Person allerdings dahin, denn es sollen nicht zwei Vertreterinnen oder Vertreter vor der KESB auftreten.

Die Verbeiständung ist keine besondere Art der Vertretung, sondern meint nur das gemeinsame Erscheinen von vertretender und vertretener Person.⁵¹

Namentlich in kindesrechtlichen Belangen (z.B. Besuchsrechtsstreitigkeiten) ist persönliches Erscheinen und Handeln nötig und damit eine Vertretung durch Organisationen oder Nahestehende in der Regel ausgeschlossen.

Artikel 44

Bestellt die KESB der betroffenen Person eine Verfahrensbeiständin oder einen Verfahrensbeistand nach den Artikeln 314a^{bis} und 449a rev. ZGB, so hat sie – wie bei jeder Beistandschaft – auch eine Anordnung zur Entschädigung und zum Spesenersatz der Beiständin oder des Beistands zu treffen (Art. 31). Die Festsetzung der amtlichen Entschädigung wird in einem solchen Fall regelmässig zusammen mit dem das Verfahren abschliessenden Entscheid in der Sache erfolgen.

Artikel 45

Für das Verfahren vor der KESB gelten der Untersuchungsgrundsatz und die Officialmaxime (Art. 446 Abs. 1 und Abs. 3 rev. ZGB). Der KESB obliegt somit eine unbeschränkte Pflicht zur Tatsachenfeststellung. Die Mitwirkungspflicht von Verfahrensbeteiligten und Dritten bildet dazu das Korrelat.

In *Absatz 1* wird die Mitwirkungspflicht konkretisiert. Die Verfahrensbeteiligten und in erster Linie die betroffenen Personen haben die erforderlichen Auskünfte zu erteilen (Bst. a), die verlangten Urkunden herauszugeben (Bst. b) und gegebenenfalls ärztliche Untersuchungen, behördliche Durchsuchungen sowie Augenscheine zu dulden (Bst. c). Diese Aufzählung ist nicht abschliessend: Die Mitwirkungspflicht erstreckt sich vielmehr auch auf andere Beweismittel und alle sachdienlichen Abklärungen, die von der KESB angeordnet werden.

⁵¹ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 15 N. 5.

Absatz 2: Bei einer ungerechtfertigten Verweigerung der Mitwirkung sind gesetzlich umschriebene Zwangsmittel unerlässlich. Nebst den in den *Buchstaben a bis c* genannten Möglichkeiten der zwangsweisen Durchsetzung der Mitwirkungspflicht kann die Anordnung einer Ungehorsamsstrafe in Betracht kommen (Art. 292 StGB). Zu beachten ist stets der Grundsatz der Verhältnismässigkeit: Danach muss die verlangte Mitwirkung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls unerlässlich sein und darf nicht weiter gehen als unbedingt erforderlich. Hinzu kommt, dass der Zweck der zwangsweisen Durchsetzung den konkreten Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person rechtfertigen muss.

Artikel 46

Absatz 1: Artikel 447 Absatz 1 rev. ZGB sieht die persönliche, mithin mündliche Anhörung der betroffenen Person vor. Artikel 29 Absatz 2 der Bundesverfassung [BV]⁵² und Artikel 26 Absatz 2 KV sagen über die Form, in welcher das rechtliche Gehör zu gewähren ist, nichts aus. Insoweit geht das in Artikel 447 Absatz 1 rev. ZGB vorgesehene Recht der Betroffenen, persönlich angehört zu werden, über den Anspruch auf rechtliches Gehör hinaus. Die persönliche Anhörung erfüllt einen doppelten Zweck: Zum einen ist sie ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht und dient dazu, dass die behördlichen Massnahmen das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherstellen und die Selbstbestimmung der betroffenen Person so weit wie möglich erhalten und gefördert wird (vgl. Art. 388 rev. ZGB). Zum anderen ist sie unentbehrlich für die Sachverhaltsabklärung. Von einer persönlichen Anhörung kann nach Artikel 447 rev. ZGB abgesehen werden, soweit eine solche unverhältnismässig erscheint. Die Anhörung hat grundsätzlich durch das instruierende Mitglied oder durch ein am Entscheid mitwirkendes Mitglied zu erfolgen. Nach der bundesrätlichen Botschaft kann die Anhörung – in Übereinstimmung mit Artikel 446 Absatz 2 rev. ZGB – auch von einer anderen geeigneten Person vorgenommen werden. Dies trifft zu, wenn es nicht primär um den persönlichen Eindruck geht. Erforderlich ist jedoch, dass die in Artikel 440 Absatz 1 rev. ZGB vorausgesetzte Sachkenntnis gewährleistet ist.⁵³ Unter diesen Umständen kann eine persönliche Anhörung auch durch eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter des behördeneigenen Sekretariats oder eine externe Fachperson erfolgen.

Allfällige Kosten, die im Zusammenhang mit dem Transport von anzuhörenden Personen zum Sitz der KESB anfallen, bilden Teil der Verfahrenskosten. Für sie gelten die Kostenliquidationsregeln von Art. 58. In der Regel dürften die Anhörungen freilich in der Einrichtung stattfinden.

Absatz 2: Artikel 447 Absatz 2 rev. ZGB sieht vor, dass die KESB die betroffene Person im Fall einer fürsorgerischen Unterbringung in der Regel als Kollegium anhört. Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, wenn Gefahr im Verzug liegt. Von einer persönlichen Anhörung muss ferner abgesehen werden, wenn die betroffene Person eine solche ablehnt oder eine Durchführung aus anderen Gründen nicht möglich ist.⁵⁴ Die Weigerung der betroffenen Person, am Verfahren mitzuwirken, hat zur Folge, dass aufgrund der Akten, d.h. der Angaben der Einrichtung, namentlich der Krankengeschichte, entschieden werden muss.⁵⁵

Für die Kindesanhörung verweist **Absatz 3** auf Artikel 314 rev. ZGB, der die Regelung des geltenden Rechts übernimmt (Art. 144 Abs. 2 ZGB). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich.⁵⁶

Der Anhörung von nahestehenden Personen sowie Behörden und Stellen kommt namentlich dann besondere Bedeutung zu, wenn die betroffene Person – aus welchen Gründen auch immer – nicht angehört werden kann. **Absatz 4** räumt den nahestehenden Personen und Stel-

⁵² SR 101

⁵³ BBI 2006 S. 7080

⁵⁴ BBI 2006 S. 7080

⁵⁵ BGE 116 II 406 E. 2.

⁵⁶ BGE 133 III 553 E. 3, 131 III 553 E. 1.2.3.

len aber kein Recht auf persönliche (mündliche) Anhörung ein. Ein solches kommt lediglich der betroffenen Person zu.

Artikel 47

Aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 26 Abs. 2 KV) ergibt sich im Verwaltungsverfahren eine Protokollierungspflicht im Sinne einer Niederschrift der mündlichen Äusserungen nach ihrem wesentlichen Inhalt.⁵⁷ *Absatz 1* gibt diese Anforderungen wieder. *Absatz 2* verweist auf Artikel 314a Absatz 2 rev. ZGB, wonach bei der Anhörung von Kindern nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse zu protokollieren sind.

Artikel 48

Das gemäss *Absatz 1* zu erstellende Aktendossier stellt sowohl für die KESB als auch für das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht ein unentbehrliches Arbeitsinstrument dar. Aktendossiers werden daher grundsätzlich nicht an private Parteien zugestellt. Vielmehr hat die Einsichtnahme regelmässig in den Räumen der KESB zu erfolgen (Abs. 3). Eine Ausnahme gilt für Anwältinnen und Anwälte, die Gewähr für einen sorgfältigen Umgang mit behördlichen Akten bieten.

Bei dem in Artikel 48 angesprochenen Recht auf Akteneinsicht handelt es sich um das in Artikel 449b rev. ZGB verankerte Verfahrensrecht (Teilgehalt des rechtlichen Gehörs). Davon zu unterscheiden ist das datenschutzrechtliche Einsichtsrecht (Art. 18 KV), das im KDSG näher umschrieben wird und für das zum Teil andere Regeln gelten (z.B. sieht Art. 31 KDSG für das Erstellen von Kopien Gebührenfreiheit vor).

Artikel 49

Die KESB hat ihre Entscheide von Bundesrechts wegen mit mindestens drei Mitgliedern zu fällen (Art. 440 Abs. 2 rev. ZGB). *Absatz 1* übernimmt diese Mindestanforderung. Den Gemeinden steht es aber frei, in einem Reglement einen grösseren Spruchkörper für Kollegialentscheide vorzusehen.

Nach *Absatz 2* bezeichnet die Präsidentin oder der Präsident die mitwirkenden Mitglieder. Das Präsidium trägt somit die Verantwortung für die Zuteilungsmodalitäten sowie für den Belastungsausgleich bei den Behördenmitgliedern. Die Zusammensetzung des Spruchkörpers kann je nach Grösse der Behörde mehr oder weniger stark variieren. Bei mehreren Spruchkörpern ist es Sache des Präsidiums, für eine kohärente Rechtsprechung innerhalb der Behörde zu sorgen. Für die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zwischen den KESB hat die JGK besorgt zu sein (Art. 10 Abs. 1).

Artikel 50 bis 54

Die Kantone können für bestimmte Geschäfte Ausnahmen von der Entscheidfindung im Kollegium vorsehen (Art. 440 Abs. 2 Satz 2 rev. ZGB). Sie haben diese Ausnahmen abschliessend zu bestimmen, so dass Geschäfte, die nicht ausdrücklich der Einzelzuständigkeit zugesprochen werden, in der Zuständigkeit des Kollegiums verbleiben. Die Einzelzuständigkeit ist dort sachgerecht, wo das Geschäft nicht zwingend einer interdisziplinären Beurteilung bedarf. Eine Ausnahme von der Entscheidfindung im Kollegium drängt sich zudem bei Verfahren mit kleinen Ermessensspielräumen und bei zeitlich dringenden Geschäften auf.⁵⁸

Artikel 50: Bei Verfahren mit vorwiegend prozessrechtlicher Fragestellung ist eine Entscheidfindung im Kollegium nicht erforderlich. So fallen in die Einzelzuständigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten die das Verfahren abschliessenden Prozessverfügungen (Abschreibungs- und Nichteintretensverfügungen; Bst. a und b), die Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen (Bst. c), die Vollstreckungsverfügungen (Bst. d) und sämtliche selbständig anfechtbaren Zwischenverfügungen (Bst. f). Gleiches gilt für Verfügungen in Anwendung des KDSG (Bst. e).

⁵⁷ BGE 130 II 473 E. 4.4; Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 19 N. 31.

⁵⁸ BBI 2006 S. 7073

Artikel 51: In dieser Vorschrift werden die Angelegenheiten des Kindesschutzes aufgezählt, die in die Einzelzuständigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten fallen. Nach den Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden können Verfahren, bei denen in materieller Hinsicht kein Entscheid getroffen wird (beispielsweise: Antragstellungen), der Einzelzuständigkeit zugewiesen werden.⁵⁹ Dies trifft auf die Fälle zu, die in den *Buchstaben a* (Antragstellung auf Neuregelung der Kinderbelange beim Scheidungs- oder Trennungsgerecht sowie beim Eheschutzgericht; Art. 134 Abs. 1 ZGB) *und c* (Antragstellung zur Anordnung einer Kindesvertretung im Scheidungs- oder Trennungsprozess; Art. 299 Abs. 2 Bst. b ZPO) geregelt sind.

In die Einzelzuständigkeit sollen ferner Verfahren fallen, die nicht streitiger Natur sind (beispielsweise: Einigkeit der Eltern).⁶⁰ Solche Verfahren sind in den *Buchstaben b* (Genehmigung von Unterhaltsverträgen sowie Neuregelung der elterlichen Sorge bei Einigkeit der Eltern; Art. 134 Abs. 3 und 287 ZGB), *e* (Übertragung der elterlichen Sorge an den anderen Elternteil; Art. 298 Abs. 3 ZGB) *und f* (Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge; Art. 298a Abs. 1 ZGB) enthalten.

Schliesslich sollen Entscheide, die überwiegend formeller Natur sind oder nicht der Beurteilung durch ein interdisziplinäres Gremium bedürfen, in die Einzelzuständigkeit fallen.⁶¹ Solche Fälle werden in den *Buchstaben d* (Entgegennahme der Zustimmungserklärung von Vater und Mutter zur Adoption; Art. 265a Abs. 2 ZGB), *i* (Erteilung der Bewilligung zur Aufnahme des Pflegekindes und Ausübung der Pflegekinderaufsicht; Art. 316 Abs. 1 ZGB), *k* (Entgegennahme des Kindesvermögensinventars und Anordnung der periodischen Rechnungsstellung und Berichterstattung über das Kindesvermögen; Art. 318 Abs. 3 rev. ZGB und Art. 322 Abs. 2 ZGB), *l* (Bewilligung zur Anzehrung des Kindesvermögens; Art. 320 Abs. 2 ZGB) geregelt. Kein Ermessensspielraum und damit kein Bedürfnis nach einer interdisziplinären Beurteilung besteht weiter in den Verfahren nach den *Buchstaben g* (Errichtung der Kollisionsbeistandschaft; Art. 306 Abs. 2 rev. ZGB), *h* (Errichtung der Beistandschaft zur Regelung des Unterhalts und der Vaterschaft; Art. 308 Abs. 2 und 309 ZGB) *und m* (Anordnung einer Vertretungsbeistandschaft für das ungeborene Kind zur Wahrung erbrechtlicher Ansprüche; Art. 544 Abs. 1^{bis} rev. ZGB), in welchen von Bundesrechts wegen eine Beistandin oder ein Beistand zu ernennen ist. Gleiches gilt für die Berichtsprüfung im Sinne von *Buchstabe n* (Unterhalts- und Vaterschaftsregelung gemäss Art. 308 Abs. 2 und 309 ZGB).

Artikel 52: In dieser Vorschrift werden die Angelegenheiten des Erwachsenenschutzes aufgezählt, die in die Einzelzuständigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten fallen. In den Fällen nach den *Buchstaben a* (Auslegung und Ergänzung des Vorsorgeauftrages; Art. 364 rev. ZGB) *und b* (Zustimmung zu Rechtshandlungen des Ehegatten im Rahmen der ausserordentlichen Vermögensverwaltung; Art. 374 Abs. 3 rev. ZGB) werden Entscheide aufgeführt, bei denen eine rein juristische Beurteilung im Vordergrund steht und daher kein Fachwissen der anderen KESB-Disziplinen beigezogen werden muss. Da die Verfahren nach den *Buchstaben c* (Aufnahme eines Inventars und Anordnung zur Aufnahme eines öffentlichen Inventars; Art. 405 Abs. 2 und 3 rev. ZGB) *und d* (Antrag auf Anordnung eines Erbschaftsinventars; Art. 553 Abs. 1 rev. ZGB) keinen Entscheid in materieller Hinsicht implizieren, rechtfertigt sich auch hier die Einzelzuständigkeit.

⁵⁹ Empfehlungen VBK, S. 85.

⁶⁰ Empfehlungen VBK, S. 85.

⁶¹ Vgl. Empfehlung VBK, S. 85.

Artikel 53: Die in die Einzelzuständigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten fallenden Angelegenheiten sollen, soweit es die rechtlichen oder tatbeständlichen Verhältnisse gebieten, dem Kollegium zur Beurteilung überwiesen werden können. Eine entsprechende Vorschrift enthält das GSOG bei den einzelrichterlichen Kompetenzen des Verwaltungsgerichts (Art. 57 Abs. 6 GSOG). Sie hat sich bewährt und soll daher auch auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes zur Anwendung kommen.

Artikel 54

Absatz 1: Sämtliche instruierenden Behördenmitglieder sind zum Erlass von nicht selbständig anfechtbaren Zwischenverfügungen befugt. Im Vordergrund stehen bei dieser Kategorie die verfahrensleitenden Anordnungen, welche die Behörde mit Blick auf das in der Endverfügung zu regelnde Rechtsverhältnis treffen muss.

Absatz 2 verschafft der Präsidentin oder dem Präsidenten die Möglichkeit, einem anderen Behördenmitglied eine Präsidialangelegenheit nach den Artikeln 50 bis 52 zur selbständigen Erledigung zu übertragen. Von dieser Möglichkeit kann etwa Gebrauch gemacht werden, wenn eine grössere KESB über mehr als ein Behördenmitglied mit juristischer Ausbildung verfügt. Ferner kann eine Anwendung von Artikel 54 Absatz 2 geboten sein, wenn der in Frage stehende Entscheid spezifische nichtjuristische Fachkenntnisse erfordert, über die ein anderes Behördenmitglied verfügt. Schliesslich ist eine Anwendung der Regelung bei standardisierten Routineentscheiden möglich, von denen die Präsidentin oder den Präsidenten entlastet werden soll.

Artikel 55

Wo eine Beistandschaft die Vermögensverwaltung umfasst, hat die Beiständin oder der Beistand in Zusammenarbeit mit der KESB ein Inventar der zu verwaltenden Vermögenswerte aufzunehmen (Art. 405 Abs. 2 rev. ZGB). Diese Inventaraufnahme muss nicht zwingend durch ein Behördenmitglied erfolgen. Vielmehr soll sie gegebenenfalls an das behördeneigene Sekretariat delegiert werden können.

Artikel 56

Sind die Sachverhaltsermittlungen abgeschlossen, stellt das instruierende Behördenmitglied der KESB gestützt auf *Absatz 1* einen Antrag. Letztere fällt sodann den Entscheid als Kollegialbehörde (Art. 49 Abs. 1). Besteht eine Einzelzuständigkeit, entfällt die Antragsstellung und das instruierende Behördenmitglied entscheidet allein (Art. 50–52 oder Art. 50–52 i.V.m. Art. 54 Abs. 2).

Gehört die Präsidentin oder der Präsident nicht zum Spruchkörper, so obliegt die Leitung der Entscheidfindung nach *Absatz 2* dem instruierenden Behördenmitglied.

Absätze 3 und 4: Es ist grundsätzlich der KESB überlassen, ob sie ihre Kollegialentscheide mittels einer mündlichen Beratung oder auf dem schriftlichen Zirkulationsweg fällt. Artikel 56 sieht jedoch vor, dass immer dann eine mündliche Beratung durchzuführen ist, wenn die schriftliche Zirkulation nicht zu einem einstimmigen Ergebnis führt. Diese Regelung orientiert sich an der entsprechenden Vorschrift für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht (Art. 56 Abs. 5 GSOG). Ein Zirkulationsentscheid ist gefällt, wenn alle Behördenmitglieder dem Antrag zugestimmt und dies mit ihrer Unterschrift dokumentiert haben.

Artikel 57

Verhandlungen und Beratungen von kommunalen Verwaltungsbehörden sind weder partei- noch publikumsöffentlich. Die Vorschrift ist mit dem übergeordneten Recht vereinbar, da Artikel 30 Absatz 3 BV, Artikel 6 Ziffer 1 EMRK und Artikel 14 Absatz 1 des Internationalen Pakts vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt II)⁶²

⁶² SR 0.103.1

den Grundsatz der Öffentlichkeit (von Verhandlung und Urteilsverkündung) nur vor staatlichen Gerichten gewährleisten.⁶³

Artikel 58

Für die in eine Verfügung mündenden Dienstleistungen der kommunalen KESB ist grundsätzlich eine Gebühr zu entrichten (Art. 103 Abs. 1 VRPG). Die Verfahrenskosten umfassen das Entgelt für das Tätigwerden der Behörde und die Auslagen für die Durchführung des Verfahrens.⁶⁴ Sie bestehen aus einer Pauschalgebühr; für besondere Untersuchungen, Gutachten und dergleichen können zusätzliche Gebühren erhoben werden (Art. 103 Abs. 1 Satz 2 VRPG). Die Höhe der einzelnen Gebühren soll in einer Verordnung des Regierungsrates geregelt werden (Abs. 5).

Absatz 1: Die Verfahren vor der KESB sollen grundsätzlich kostenpflichtig sein. Eine Kostenfreiheit – wie sie beispielsweise die Sozialhilfegesetzgebung kennt (Art. 53 SHG) – rechtfertigt sich mit Blick auf die vielfältigen Gebiete des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts nicht. So wäre nicht einzusehen, weshalb die Inanspruchnahme der staatlichen Behörden im Zusammenhang mit den neuen Rechtsinstituten – Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung – kostenfrei sein sollte. Gleiches gilt für Verfahren betreffend die Regelung von Kinderbelangen bei hochstrittigen Eltern ohne Einigungswillen. Auch bei Verfahren, in welchen eine Vertretungsbeistandschaft für die Verwaltung eines grossen Vermögens zu errichten ist, wäre eine Kostenfreiheit nicht gerechtfertigt. Dessen ungeachtet soll dem konkreten Einzelfall Rechnung getragen werden können. Daher kann die KESB, sofern besondere Umstände vorliegen, auf die Erhebung von Verfahrenskosten ganz oder teilweise verzichten.

Absatz 2: Ein besonderer Umstand, der zur Kostenlosigkeit führt, liegt namentlich dann vor, wenn die Behörde eine Massnahme ins Auge fasst, nach Erhebung des Sachverhalts und Prüfung der Rechtslage aber schliesslich doch davon absieht. In solchen Fällen, in denen die betroffene Person unter Umständen gegen ihren Willen zur Teilnahme an einem behördlichen Verfahren gezwungen wird, ist eine Kostentragung durch den Staat in aller Regel sachgerecht. Die Verfahrenskosten können aber auch hier den Parteien auferlegt werden, wenn diese das Verfahren durch mutwilliges oder leichtfertiges Verhalten veranlasst oder behindert haben.

Absatz 3: Keine Verfahrenskosten werden in den folgenden Fällen erhoben:

- Verfahren betreffend die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. rev. ZGB; Bst. a): Bereits nach geltendem Recht sind diese Verfahren kostenlos (Art. 22 Abs. 1 FFEG).
- Verfahren betreffend die Sterilisation (Bst. b): Verwaltungsverfahren vor der KESB, in denen die Voraussetzungen für eine Zwangssterilisation von Personen unter umfassender Beistandschaft und dauernd urteilsunfähiger Personen überprüft werden, können in schwerwiegende Einschränkungen der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen münden. Wie bei der fürsorgerischen Unterbringung ist es aus sozialpolitischen Gründen angezeigt, dass die Verfahrenskosten vom Staat getragen werden.
- Verfahren betreffend die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft wegen geistiger Behinderung (Art. 398 rev. ZGB; Bst. c): Die Kostenlosigkeit, die bereits im geltenden Recht vorgesehen ist (Art. 37 Abs. 3 EG ZGB), ist ebenfalls sozialpolitisch begründet.
- Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen: Dies entspricht der geltenden Praxis. Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass es zu Unverständnis oder gar Kooperationsverweigerung führen kann, wenn die Eltern für ein Verfahren, das in eine Kindesschutzmassnahme mündet, auch noch eine Gebühr zahlen müssen.
- Verfahren betreffend Artikel 419 rev. ZGB (Bst. d): Gemäss Artikel 419 rev. ZGB kann die betroffene oder eine ihr nahestehende Person sowie jede weitere Person, die ein rechtlich geschütztes Interesse hat, gegen Handlungen und Unterlassungen der Beiständin

⁶³ BGE 133 I 106 E. 8.1.

⁶⁴ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 103 N. 1.

oder des Beistands sowie einer Drittperson oder Stelle, der die Erwachsenenschutzbehörde einen Auftrag erteilt hat, die Erwachsenenschutzbehörde anrufen. Diese Vorschrift tritt an die Stelle des geltenden Artikels 420 Absatz 1 ZGB.⁶⁵ Ihr Zweck besteht darin, innert kurzer Zeit einen Entscheid in einem möglichst einfachen Verfahren herbeizuführen.⁶⁶ Aus diesem Grund rechtfertigt sich die Kostenfreiheit; bei mutwilligem oder leichtfertigem Verhalten können jedoch auch hier Verfahrenskosten erhoben werden.

Absatz 4: Verfahren, die zu einer fürsorgerischen Unterbringung, einer Zwangssterilisation oder einer umfassenden Beistandschaft wegen geistiger Behinderung führen, können die Einholung von kostspieligen Gutachten erfordern. Solche Beweiskosten können nebst der Pauschalgebühr für das Verfahren separat ausgewiesen werden (Art. 103 Abs. 1 Satz 2 VRPG). Sie sind daher auch einer besonderen Regelung betreffend ihre Tragung zugänglich. – Grundsätzlich ist in der Kostenlosigkeit der Verfahren nach Absatz 3 Buchstaben a bis c auch die Übernahme der Gutachterkosten durch den Staat enthalten. Wo sich die betroffene Person aber in günstigen wirtschaftlichen Verhältnissen befindet und problemlos für die letztlich auch zu ihrem Nutzen anfallenden Gutachterkosten aufkommen könnte, ist nicht einzusehen, weshalb sie von deren Bezahlung befreit werden soll. Absatz 4 sieht daher vor, dass die Gutachterkosten ausnahmsweise der betroffenen Person zur Bezahlung auferlegt werden können. Die vom Regierungsrat festzulegenden Einkommens- und Vermögensgrenzwerte sind für diese Fälle tendenziell hoch anzusetzen, so dass die Ausnahmeregelung nur bei wirklich gut situierten Personen zur Anwendung kommt.

Absatz 5 sieht vor, dass der Regierungsrat auf Verordnungsstufe einen Tarif für die Verfahrenskosten erlässt. Bereits heute existiert mit der Verordnung vom 17. Januar 1996 über Gebühren und Entschädigungen im Vormundtschaftswesen (GEVV)⁶⁷ ein kantonaler Erlass, der die entsprechenden Tarife festlegt.

Artikel 59

In Verwaltungsverfahren besteht nach bernischem Recht kein Anspruch auf Parteikostenersatz (Art. 107 Abs. 3 VRPG). Hinter dieser Regelung steht die Überlegung, dass es den Verfahrensbeteiligten in solchen Verfahren grundsätzlich möglich und zumutbar ist, ihre Rechte selber zu wahren. Somit haben Parteien, die in einem Verfahren auf Erlass einer Verfügung mit ihren Anträgen durchdringen, weder Anspruch auf Ersatz ihrer Anwaltskosten noch auf Zusprechung von Auslagenersatz.⁶⁸ Dieses Prinzip, das bisher auch in den vormundschaftlichen Angelegenheiten vor den Vormundschaftsbehörden und den Regierungsstatthalterämtern zur Anwendung kommt, soll gemäss **Absatz 1** weiterhin bestimmend sein. Das ist auch deshalb gerechtfertigt, weil in Verfahren auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes nicht im eigentlichen Sinne von Obsiegen und Unterliegen gesprochen werden kann, geht es doch letztlich stets um eine von Amtes wegen anzuordnende Massnahme zum Schutz der betroffenen Person.

Absatz 2: Um den spezifischen Bedürfnissen des Kindes- und Erwachsenenschutzes gerecht zu werden, rechtfertigt es sich allerdings, in gewissen Konstellationen – wenn besondere Umstände vorliegen – einen angemessenen Parteikostenersatz oder eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen. Besondere Umstände liegen beispielsweise bei der Regelung des Besuchsrechts uneiniger Eltern vor (Art. 134 Abs. 4 ZGB und Art. 315b Abs. 2 rev. ZGB), da hier die Entscheidfindung im Rahmen eines klassischen Zweiparteienverfahrens erfolgt. Zudem wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn in solchen Fällen ein Unterschied zum Zivilprozess in familienrechtlichen Streitigkeiten geschaffen würde. Parteikosten sollen überdies in angemessener Weise ersetzt werden können, wenn von der Anordnung einer in Aussicht genommenen Massnahme abgesehen und das Verfahren als gegenstandslos vom Geschäftsverzeichnis der KESB abgeschrieben wird. In solchen Fällen, in denen die betroffene Person unter Umständen gegen ihren Willen zur Teilnahme an einem behördlichen Verfahren ge-

⁶⁵ BBI 2006 S. 7058

⁶⁶ BBI 2006 S. 7059

⁶⁷ BSG 213.361

⁶⁸ Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 107 N. 11.

zwungen worden ist, ist ihre Schadloshaltung angezeigt. Voraussetzung ist jedoch nach *Buchstabe a*, dass die anwaltliche Vertretung aufgrund der rechtlichen oder tatsächlichen Verhältnisse geboten war.

Nach *Buchstabe b* besteht ein Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung, wenn die betroffene Person in einem aufwendigen Verfahren ihre Rechte selbst wahrnimmt oder sich durch jemanden vertreten lässt, der nicht Anwältin oder Anwalt ist. Mit der Parteientschädigung werden der Partei die durch die persönliche Teilnahme am Verfahren entstandenen Auslagen ersetzt. Entschädigt werden indes nur die Selbstkosten, nicht ein eigentliches Honorar.

Liegt eine amtliche Verbeiständung vor (Art. 314a^{bis} und Art. 449a rev. ZGB), so erfolgt die Entschädigung grundsätzlich durch den Staat gestützt auf Artikel 31 in Verbindung mit Artikel 44. Wären in einem solchen Fall die Voraussetzungen für eine Zusprechung von Parteikostenersatz gegeben und obsiegt die durch eine Anwältin oder einen Anwalt amtlich verbeiständete Partei, so hat sie Anspruch auf vollen Parteikostenersatz.

Artikel 60

Das revidierte ZGB sieht zum einen vor, dass die Entscheide der KESB innert einer Frist von zehn bzw. dreissig Tagen «beim zuständigen Gericht» angefochten werden können (Art. 450 Abs. 1 i.V.m. Art. 450b Abs. 1 und 2 sowie Art. 445 Abs. 3 rev. ZGB). Zum anderen kann in den Fällen von Artikel 439 Absatz 1 rev. ZGB innert einer Frist von zehn Tagen «das zuständige Gericht» angerufen werden, wobei sich das Verfahren sinngemäss nach den Bestimmungen über das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz richtet (Art. 439 Abs. 3 rev. ZGB). Wenngleich die Gerichte nach Artikel 450 Absatz 1 rev. ZGB und Artikel 439 rev. ZGB nicht identisch zu sein brauchen,⁶⁹ soll im Kanton Bern nur eine einzige neue gerichtliche Rechtsmittelinstanz geschaffen werden. Diese ist beim Obergericht anzusiedeln, da das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht – jedenfalls formell – zum Zivilrecht gehört und die Regelung von Kinderbelangen im Rahmen von familienrechtlichen Auseinandersetzungen ebenfalls in letzter kantonaler Instanz dem Obergericht obliegt. Die Rechtsmittelinstanz soll Teil der Zivilabteilung des Obergerichts bilden und die Bezeichnung «Kindes- und Erwachsenenschutzgericht» tragen (vgl. die ähnliche Situation in Bezug auf das ebenfalls zur Zivilabteilung des Obergerichts gehörende Handelsgericht, Art. 35 Abs. 3 GSOG). Sie löst die heutige Reko FFE ab, mit welcher der Kanton Bern gute Erfahrungen gemacht hat. Im Gegensatz zur Reko FFE wird sich das neue Kindes- und Erwachsenenschutzgericht aber nicht nur mit dem Gebiet der fürsorgerischen Unterbringung, sondern mit sämtlichen Bereichen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu befassen haben.

Die Schaffung einer solchen umfassend zuständigen gerichtlichen Beschwerdeinstanz hat folgende Auswirkungen:

- Im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung gibt es nach wie vor einen einstufigen Instanzenzug, d.h. einen direkten Weiterzug von Entscheiden der KESB (Art. 450 Abs. 1 rev. ZGB), Einrichtungen sowie Ärztinnen oder Ärzten (Art. 439 rev. ZGB) an die gerichtliche Beschwerdeinstanz.
- Bei den übrigen Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzes erfolgt ein Wechsel von einem zweistufigen Instanzenzug (heute: Vormundschaftsbehörde – Regierungsstatthalteramt – Appellationshof) zu einem einstufigen Rechtsweg (neu: KESB – gerichtliche Beschwerdeinstanz).
- Bei den Beschwerden gemäss Artikel 419 rev. ZGB (bisher Art. 420 ZGB) kommt es von einem dreistufigen Beschwerdeverfahren (heute: Beistand/Vormund – Vormundschaftsbehörde – Regierungsstatthalteramt – Appellationshof) zu einem zweistufigen Rechtsweg (neu: Beistand/Vormund – KESB – gerichtliche Beschwerdeinstanz).

⁶⁹ BBI 2006 S. 7083

Artikel 61

Das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht ist nach *Buchstabe a* zur Überprüfung von beschwerdefähigen Anordnungen der KESB zuständig, und zwar auf sämtlichen Gebieten des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Nach *Buchstabe b* ist es ferner zuständig zur Beurteilung von beschwerdefähigen Anordnungen der Ärztinnen und Ärzte sowie der Einrichtungen. Darunter fallen die in Artikel 439 Absatz 1 rev. ZGB aufgezählten Angelegenheiten. Nach dieser Bestimmung kann das Gericht bei der ärztlich angeordneten Unterbringung (Ziff. 1), der Zurückbehaltung durch die Einrichtung (Ziff. 2), der Abweisung eines Entlassungsgesuchs durch die Einrichtung (Ziff. 3), der Behandlung einer psychischen Störung ohne Zustimmung (Ziff. 4) sowie bei Massnahmen zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit (Ziff. 5) angerufen werden.

Artikel 62

Mit dem Verweis auf Artikel 42 Absatz 2 soll zum Ausdruck gebracht werden, dass auch das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht Dritte mit Sachverhaltsabklärungen betrauen kann. Das ist insofern geboten, als sie den erstinstanzlichen Entscheid von Amtes wegen in Anwendung der Untersuchungs- und Officialmaxime in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend überprüfen und neu beurteilen muss (vgl. auch die Ausführungen zu Art. 66).⁷⁰

Artikel 63

Verfahren auf dem Gebiet des Erwachsenenschutzes haben hauptsächlich die Anordnung von Beistandschaften und fürsorgerischen Unterbringungen zum Gegenstand, solche auf dem Gebiet des Kindesschutzes den Entzug der elterlichen Sorge oder Obhut und strittige Besuchsrechtsregelungen. Solche Verfahren sind regelmässig mit einem Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person verbunden oder auf andere Weise in persönlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht von grosser Tragweite. Das Prinzip der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen, wie es in den Artikeln 30 Absatz 3 BV, 6 Ziffer 1 EMRK und 14 Absatz 1 UNO-Pakt II verankert ist⁷¹, steht daher in den meisten Kindes- und Erwachsenenschutzfällen im Widerspruch zu den berechtigten Interessen der betroffenen Personen am Schutz ihres Privatlebens. *Absatz 1* schliesst aus diesem Grund die Öffentlichkeit aus.

Auf Antrag einer oder eines Verfahrensbeteiligten kann die Öffentlichkeit jedoch gemäss *Absatz 2* dennoch (ausnahmsweise) zugelassen werden, soweit keine überwiegenden Interessen entgegenstehen.

Absatz 3: Bei der Urteilsberatung und Abstimmung sind auch die Parteien von der Teilnahme ausgeschlossen.

Artikel 64

Absatz 1: Das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht verfügt über volle Kognition.

Absatz 2: Erweist sich die Beschwerde als begründet und ist der angefochtene Entscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, soll das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht wenn immer möglich in der Sache urteilen (reformatorisches Urteil). Das verlangen der Grundsatz der Prozessökonomie und das auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes besonders wichtige Beschleunigungsgebot. Nur ausnahmsweise soll die Sache zu neuer Beurteilung an die KESB zurückgewiesen werden (kassatorisches Urteil).

Entscheidet das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht in der Sache, so kann es die Anordnung der KESB auch entgegen den Anträgen der beschwerdeführenden Person durch eine einschneidendere neue Anordnung ersetzen (sog. *reformatio in peius*). Ein solches Vorgehen ist unter Umständen aufgrund der Untersuchungs- und Officialmaxime geboten, setzt aber voraus, dass die Verfahrensbeteiligten zuvor von dieser Absicht in Kenntnis gesetzt worden

⁷⁰ BBI 2006 S. 7083

⁷¹ Vgl. dazu BGE 133 I 106 E. 8.1.

sind und dass ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist (Art. 74 i.V.m. Art. 86 VRPG und Art. 73 VRPG).

Die für externe Verwaltungsjustizbehörden an sich atypische Geltung dieser besonderen Verfahrensregeln ist insofern sachgerecht, als das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht als erste Rechtsmittelinstanz Verfügungen und Entscheide beurteilt.⁷²

Artikel 65

Die Bestimmung betrifft die Verlegung sowohl der Verfahrenskosten als auch der Parteikosten. *Absatz 1* verweist dabei als Grundsatz auf die einschlägigen Bestimmungen des VRPG (insbes. Art. 104 und 108). Anders als im Verfahren vor der KESB soll somit im Verfahren vor der zweiten Instanz das Unterliegerprinzip zur Anwendung kommen: Die Verfahrenskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt, es sei denn, das prozessuale Verhalten einer Partei gebiete eine andere Verlegung oder die besonderen Umstände rechtfertigten, keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 VRPG). Die unterliegende Partei hat der Gegenpartei die Parteikosten zu ersetzen, sofern nicht deren prozessuales Verhalten oder die besonderen Umstände eine andere Teilung oder die Wettschlagung gebieten oder die Auflage der Parteikosten an das Gemeinwesen als gerechtfertigt erscheint (Art. 108 Abs. 3 VRPG).

In aufwendigen Verfahren der Verwaltungsrechtspflege kann die Verwaltungsjustizbehörde Privaten, die ihren Prozess selber geführt haben, eine angemessene Parteientschädigung und Auslagenersatz zuerkennen (Art. 104 Abs. 2 VRPG). *Absatz 2* orientiert sich an dieser Regelung, ermöglicht darüber hinaus die Gewährung einer angemessenen Parteientschädigung und von Auslagenersatz aber auch dann, wenn sich die betroffene Person durch jemanden vertreten lässt, der nicht Anwältin oder Anwalt ist.

Die Entschädigung einer amtlichen Beiständin oder eines amtlichen Beistands – ggf. einer Anwältin oder eines Anwalts – richtet sich nach Artikel 44.

Absatz 3 sieht für Verfahren betreffend die fürsorgerische Unterbringung, für Verfahren betreffend die Sterilisation von Personen unter umfassender Beistandschaft und dauernd urteilsunfähiger Personen, für Verfahren betreffend die Errichtung einer umfassenden Beistandschaft wegen geistiger Behinderung sowie für Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahme die Kostenfreiheit vor (vgl. dazu die Ausführungen zu Art. 58 Abs. 3). Soweit in solchen Verfahren Gutachterkosten erst vor der Rechtsmittelinstanz anfallen, gilt Artikel 58 Absatz 4 sinngemäss (Abs. 4; der Vorbehalt gilt nicht für Verfahren in Kindesschutzsachen, bei denen nach Art. 58 Abs. 4 auch die Gutachterkosten vom Gemeinwesen getragen werden).

Absatz 5: Die Höhe der von der gerichtlichen Beschwerdeinstanz zu erhebenden Gebühren wird im Rahmen einer Ergänzung des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (Verfahrenskostendekret, VKD⁷³) zu regeln sein.

Artikel 66

In dieser Vorschrift wird auf einzelne Bestimmungen über das Verfahren vor der KESB verwiesen, die sinngemäss auch auf das Verfahren vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht Anwendung finden. Es handelt sich um die Regelung zur Vertretung (Art. 43) einschliesslich jener betreffend die Entschädigung einer amtlichen Beiständin oder eines amtlichen Beistands (Art. 44) sowie die Normen zur Mitwirkungspflicht (Art. 45), Protokollierung (Art. 47), Aktenführung und -einsicht (Art. 48) und Entscheidungsfindung (Art. 56).

Hinsichtlich der Vertretungsregelung ist darauf hinzuweisen, dass die Zulassung von in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrenen Personen oder Organisationen sowie von nahestehenden Personen zur Parteivertretung einen Einbruch in das Anwaltsmonopol bedeutet, das ansonsten die bernische Verwaltungsrechtspflege kennzeichnet (vgl. Art. 15 Abs. 4 VRPG; offener demgegenüber die Regelung von Art. 68 ZPO). Dieser Einbruch ist jedoch

⁷² Merkli/Aeschlimann/Herzog, a.a.O., Art. 86 N. 2.

⁷³ BSG 161.12

durch das Bundesrecht bedingt (vgl. Art. 450e Abs. 4 rev. ZGB, der auch für das urteilsfähige Kind gilt, das nach Artikel 314b rev. ZGB selber die gerichtliche Beschwerdeinstanz anrufen kann).

Artikel 67

Soweit einzelne Verfahrensaspekte weder im revidierten ZGB noch im KESG geregelt sind, kommt das VRPG als ergänzende Rechtspflegeordnung zur Anwendung. Die Bedeutung dieses Subsidiärverweises ist allerdings beschränkt, da sämtliche wichtigen Verfahrensfragen im Bundesrecht oder in den Artikeln 40 bis 66 des vorliegenden Gesetzes geregelt sind. Ergänzend anwendbar bleibt das VRPG namentlich in den Bereichen Ausstand, Fristen und Zustellungen oder unentgeltliche Rechtspflege. Wo das VRPG seinerseits auf die ZPO verweist – namentlich in Bezug auf die Ermittlung des Sachverhalts und die Beschaffung der Beweismittel (Art. 19 Abs. 2 VRPG) –, findet zudem auch die neue gesamtschweizerische ZPO Anwendung.

Für das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht hat die Anwendbarkeit des VRPG zur Folge, dass ihm die Stellung einer verwaltungsunabhängigen (Verwaltungs-)Justizbehörde zukommt. Es hat demnach den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 18 Abs. 1 VRPG) und das Recht von Amtes wegen anzuwenden (Art. 20a Abs. 1 VRPG).⁷⁴

Artikel 68

Das geltende Bundesrecht regelt die Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe in einer komplizierten Kaskadenordnung (Art. 426 ff. ZGB). Neu sieht das revidierte ZGB in Artikel 454 eine Kausalhaftung vor, wobei allein der Kanton haftbar ist. Gegen die Person, die den Schaden verursacht hat, steht der geschädigten Person kein Ersatzanspruch zu (Art. 454 Abs. 3 rev. ZGB). Der Kanton ist aber gemäss Art. 454 Abs. 4 rev. ZGB befugt, auf die Person Rückgriff zu nehmen, die den Schaden verursacht hat.

Ansprüche auf Schadenersatz oder Genugtuung im Sinne von Art. 454 rev. ZGB sind mittels Klage beim Regionalgericht Bern-Mittelland geltend zu machen (vgl. zum örtlichen Gerichtsstand für Klagen gegen den Kanton Art. 10 Abs. 1 Bst. d ZPO). Ist der Schaden durch widerrechtliches Handeln oder Unterlassen einer von der Gemeinde angestellten oder mandatierten Person oder einer von der KESB beigezogenen Person ausserhalb der Gemeindeverwaltung verursacht worden, so hat die Gemeinde dem Kanton die Schadenersatz- und Genugtuungszahlungen sowie die dem Kanton im Urteil auferlegten Gerichtskosten und die Parteientschädigungen zu ersetzen. Die betroffene Gemeinde hat die Möglichkeit, im Prozess als Nebenpartei zu intervenieren und zu diesem Zweck beim Gericht ein Interventionsgesuch zu stellen (Art. 74 ZPO).

Ergibt sich die Zahlungspflicht aus einem gerichtlichen oder vertraglichen Vergleich, so besteht die Kostenersatzpflicht nur, wenn die Gemeinde dem Vergleich zugestimmt hat.

Artikel 69

Die Vorschrift entspricht weitgehend dem bisherigen Artikel 52 FFEG.

Artikel 70

Zusätzlich zu den in einzelnen Bestimmungen enthaltenen spezifischen Rechtsetzungsdelegationen soll dem Regierungsrat eine allgemeine Kompetenz zum Erlass der notwendigen Ausführungsbestimmungen eingeräumt werden.

Artikel 71

Die heutigen kommunalen Vormundschaftsbehörden verlieren mit Inkrafttreten des revidierten ZGB ihre Zuständigkeit. Besteht die Behörde auch unter dem neuen Recht fort – etwa, weil sie wie das Regierungsstatthalteramt nebst dem Vormundschaftswesen noch andere Aufgaben erfüllt –, so bleibt sie auch in Zukunft für die Behandlung von «altrechtlichen» Aktenein-

⁷⁴ BBI 2006 S. 7083

sichtsgesuchen zuständig (Abs. 1). Andernfalls entscheidet an Stelle der nicht mehr existierenden kommunalen Behörde der Gemeinderat oder eine andere von ihm bezeichnete Stelle (Abs. 2).

Artikel 72

Nach Artikel 6 Absatz 2 müssen die Behördenmitglieder über eine abgeschlossene Ausbildung im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes und den entsprechenden Hochschulabschluss verfügen. Hiervon abweichend sieht Artikel 72 vor, dass im Rahmen der *erstmaligen* Bestellung der KESB auch Personen ohne eine solche Ausbildung als Behördenmitglieder ernannt werden können, sofern sie eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung aufweisen. Diese Ausnahme für die Zeit des Übergangs ist mit dem revidierten Bundesrecht vereinbar.⁷⁵ Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass die bisher auf dem Gebiet des Vormundschaftsrechts tätigen Personen unter Umständen noch keine Fachausbildung – jedenfalls noch keine auf das *neue* Recht ausgerichtete Ausbildung – aufweisen, deswegen aber aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung gleichwohl befähigt sein können, als Behördenmitglieder der neuen KESB tätig zu sein.

Artikel 73

Die neue Behördenorganisation hat zur Folge, dass mehrere Stellen bei den Regierungsstatthalterämtern aufgehoben werden müssen. Personen, die aufgrund der Reorganisation ihre Stelle verlieren, sollen die Möglichkeit haben, ihre Tätigkeit bei einer kommunalen KESB fortzusetzen. Die Vorschrift hat allerdings nicht die Wirkung einer eigentlichen Bestandesgarantie. So findet denn auch keine automatische Überführung des Personals statt. Vielmehr haben Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, deren bisherige Funktion bei einem Regierungsstatthalteramt aufgehoben wird, sich neu bei einer KESB zu bewerben. Die Anstaltsbehörden (Gemeinderat) haben jedoch wenn immer möglich solchen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern den Vorzug vor «externen» Kandidaturen zu geben.

Artikel 74

Die Zeit bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2013 ist kurz. Die Gemeinden müssen in dieser Zeit die für die Behördenorganisation erforderlichen Vorschriften erlassen und die Behörden installieren (Rekrutierung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Bereitstellung der Infrastruktur usw.). Zu diesem Zweck müssen die meisten von ihnen zunächst Verhandlungen mit anderen Gemeinden führen, um so die nötigen Kooperationen in die Wege zu leiten. Für die Bildung eines Gemeindeverbands muss ebenso wie für die Schaffung einer gemeindeeigenen KESB ein Reglement erlassen oder geändert werden (Art. 9; vgl. auch Art. 134 GG). Da die Rechtsetzung auf Reglementsstufe in den Gemeinden eine gewisse Zeit beansprucht, würde bei Anwendung des ordentlichen Rechtsetzungsprozesses nur schon für die Bildung der Trägerschaft der KESB sehr viel wertvolle Zeit vergehen. *Absatz 1* sieht daher vor, dass die erforderlichen Vorschriften vorübergehend in einer Verordnung des Gemeinderates erlassen werden dürfen. Diese Regelung orientiert sich an Artikel 88 Absatz 3 der Kantonsverfassung vom 6. Juni 1993 (KV)⁷⁶, der Entsprechendes für die dringliche Einführung von Bundesrecht durch den Kanton vorsieht. Das Verordnungsrecht muss umgehend, spätestens innerhalb von drei Jahren, durch ordentliches Recht abgelöst werden.

Ebenfalls aus Gründen der Dringlichkeit sollen gemäss *Absatz 2* sämtliche Ausgabenbefugnisse im Zusammenhang mit dem Aufbau der KESB dem Gemeinderat zukommen. Die in den Organisationsreglementen enthaltenen Regelungen zur Ausgabenzuständigkeit finden daher keine Anwendung.

⁷⁵ Nach der bundesrätlichen Botschaft müssen die Behördenmitglieder ihr Fachwissen nicht zwingend durch Ausbildung erworben haben; auch eine Aneignung durch Praxis und Weiterbildung ist zulässig (BBl 2006 S. 7073).

⁷⁶ BSG 101.1

Artikel 75

Es ist grundsätzlich Sache jeder einzelnen Gemeinde zu entscheiden, ob sie selbst eine eigene KESB schaffen oder sich mit anderen Gemeinden zusammenschliessen und eine gemeinsame KESB bilden will. Die Ausarbeitung eines Zusammenarbeitsvertrags kann jedoch aufwendig und zeitintensiv sein. Da das neue Recht bereits am 1. Januar 2013 in Kraft treten wird, ist daher nicht garantiert, dass all jene Gemeinden, die nicht allein eine KESB betreiben können oder wollen, fristgerecht eine adäquate Kooperationslösung finden. Aus diesem Grund soll der Regierungsrat ermächtigt werden, einzelne Gemeinden notfalls zur Zusammenarbeit zu verpflichten. Eine solche Verpflichtung zur Kooperation sieht bereits Art. 8 GG vor. Allerdings ist die doch verankerte Zuständigkeit des Grossen Rates aus Zeitgründen nicht sachgerecht.

Der Regierungsrat wird von der Kompetenz zur Anordnung einer Kooperation nur ausnahmsweise Gebrauch machen. Eine Ersatzvornahme nach Artikel 75 kann etwa Platz greifen, wenn sämtliche Anstrengungen der Gemeinden erfolglos geblieben sind und sie am Ende selbst um eine Festlegung durch den Regierungsrat ersuchen. Der Regierungsrat muss notfalls aber auch ohne einen entsprechenden Antrag der Gemeinde(n) eingreifen können, wenn absehbar ist, dass die Behördenorganisation nicht überall rechtskonform zustande kommen wird.

Absatz 3: Gegen die Anordnung des Regierungsrates steht innerkantonale kein Rechtsmittel offen. Es handelt sich um einen Entscheid mit vorwiegend politischem Charakter – vergleichbar den Entscheiden gemäss Artikel 77 Buchstabe d VRPG –, für den Kanton kein oberes Gericht als Vorinstanz des Bundesgerichts einsetzen muss.

Artikel 76

Das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht bringt einen erheblichen Anpassungsbedarf mit sich. Die Auswirkungen können derzeit nicht vollständig abgeschätzt werden. Deshalb müssen spätestens nach vier Jahren die Wirkungen der Neuregelungen überprüft werden. Zentral wird die Frage sein, ob die mit dem neuen Recht erhoffte Qualitätssteigerung im Kindes- und Erwachsenenschutz erfolgt ist. Die Evaluation wird zeigen, ob und gegebenenfalls welche Massnahmen ergriffen werden müssen. Die Statuierung einer Evaluationsklausel ist bereits im Bericht des Regierungsrates vom 14. Oktober 2009 gefordert worden.⁷⁷

Änderungen bisherigen Rechts

Gesetze gemäss den Ziffern 1, 2 und 3

Die Änderungen sind lediglich terminologischer Natur.

4. Gesetz vom 20. Juni 1995 über die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung

Artikel 29

In die Auflistung der Gebiete, in denen die JGK öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ist neu auch der Bereich Erwachsenenschutz aufzunehmen. Ferner soll die Revision zum Anlass genommen werden, bisher fehlende Aufgabengebiete zu erwähnen (Gerichtsorganisation, Notariats- und Anwaltswesen).

5. Gesetz vom 28. November 2006 über die Harmonisierung amtlicher Register

Artikel 5 und 6

Die Änderungen sind lediglich terminologischer Natur.

6. Gesetz vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege

⁷⁷ Bericht des Regierungsrates, S. 30.

Artikel 76

Die heutige Rekurskommission FFE verliert mit Inkrafttreten des revidierten ZGB ihre Zuständigkeit, weshalb *Buchstabe d* aufzuheben ist. Zwar ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch gegen Verfügungen und Entscheide der neuen gerichtlichen Beschwerdeinstanz – das zur Zivilabteilung des Obergerichts gehörende Kindes- und Erwachsenenschutzgericht – unzulässig. Dessen ungeachtet bedarf es im VRPG keiner speziell auf diese Organisationseinheit des Obergerichts zugeschnittenen Ausnahmeregelung, da sich die Unzulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide des Obergerichts bereits aus Artikel 76 Absatz 1 Buchstabe b VRPG ergibt.

7. Gesetz vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft

Die Änderungen in den Artikeln 35 Absatz 3 und 38 Absatz 2 Buchstabe c sind lediglich terminologischer Natur.

Art. 45

Absatz 3: Wie alle anderen Spruchbehörden des Obergerichts soll auch das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht seine Urteile in Dreierbesetzung fällen. Anders als sonst beim Obergericht – aber entsprechend der bisherigen (und bewährten) Regelung auf dem Gebiet der fürsorglichen Freiheitsentziehungen – soll dieses Dreierkollegium nicht nur aus ordentlichen Mitgliedern des Obergerichts, sondern auch aus nebenamtlichen Fachrichterinnen und Fachrichtern zusammengesetzt sein. Auf diese Weise kann dem Gebot der Interdisziplinarität auch auf der Ebene der Rechtsmittelinstanz Rechnung getragen werden. Das ist gerechtfertigt, da das Gericht den Sachverhalt frei prüfen und je nach Ausgang des Verfahrens einen neuen Entscheid in der Sache treffen muss.

Die ordentliche Dreierbesetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts besteht demnach aus einem präsidierenden Mitglied des Obergerichts und zwei nebenamtlich tätigen Fachrichterinnen und Fachrichtern. Die Fachrichterinnen und Fachrichter sollen grundsätzlich bei sämtlichen Geschäften mitwirken und nicht nur bei Beschwerden auf dem Gebiet der fürsorglichen Unterbringung und der medizinischen Massnahmen. Allerdings kann dort auf ihre Mitarbeit verzichtet werden, wo sich vorwiegend prozessrechtliche Fragen stellen. Das präsidierende Mitglied des Obergerichts urteilt daher als Einzelrichterin oder Einzelrichter über Zwischenverfügungen und -entscheide, Nichteintretensverfügungen und -entscheide sowie Abschreibungsverfügungen und -entscheide (Bst. a). Stellen sich keine fachspezifischen Fragen – etwa in Fällen, wo eine Grundsatzfrage des Prozessrechts zu beurteilen ist –, so sollen an der Entscheidungsfindung ebenfalls keine Fachrichterinnen und Fachrichter mitwirken. Diesfalls besteht der Spruchkörper aus drei hauptamtlichen Richterinnen und Richtern des Obergerichts (Bst. b).

8. Gesetz vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches

Art. 5, 7 und 14

Die Änderungen sind lediglich terminologischer oder redaktioneller Natur.

Art. 21a bis 25

Die Vormundschafts- und Kindesschutzrechtsbestimmungen des EG ZGB werden aufgehoben, da die Materie in Zukunft ausschliesslich im ZGB und im KESG geregelt wird.

Art. 26

Die Bewilligung zur Aufnahme eines inländischen Pflegekindes, das nicht zum Zwecke der späteren Adoption aufgenommen wird, fällt grundsätzlich in die Zuständigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde oder einer andern vom kantonalen Recht bezeichneten Stelle am

Wohnsitz der aufnehmenden Person (Art. 316 Abs. 1 rev. ZGB). Ob von der im ZGB angelegten Möglichkeit Gebrauch zu machen ist, statt der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eine andere Stelle als Bewilligungsinstanz einzusetzen, kann erst entschieden werden, wenn der Bundesrat die Verordnung über die ausserfamiliäre Betreuung von Kindern (Kinderbetreuungsverordnung, KiBeV) verabschiedet hat. Der Entwurf zu dieser Verordnung ist umstritten und wird zurzeit kontrovers diskutiert. Die Ausgestaltung des Pflegekinderwesens steht daher zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht fest. Aus diesem Grund soll der Regierungsrat ermächtigt werden, durch Verordnung die Bewilligungskompetenz an geeignete kantonale oder kommunale Behörden zu übertragen. Da Bewilligungskompetenz und Aufsicht gekoppelt sind (vgl. den Wortlaut von Art. 316 Abs. 1 rev. ZGB), gehen in diesem Fall auch die Aufsichtsbefugnisse nach Artikel 26a auf diese Behörden über.

Art. 26a

Die Aufsicht über die Tages- und Pflegeeltern obliegt den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden. Die burgerlichen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sind zuständig für die Aufsicht über Angehörige einer Burgergemeinde, die als Tages- und Pflegeeltern tätig sind. Zudem obliegt ihnen die Aufsicht über die burgerlichen Heimpflegebetriebe. Falls der Regierungsrat die Bewilligungskompetenz nach Artikel 26 Absatz 1 EG ZGB auf geeignete kantonale oder kommunale Behörden überträgt, gehen auch die Aufsichtsbefugnisse auf diese Behörden über.

Art. 26c bis 53b

Der Vollzug des Pflegekinderwesens obliegt in Zukunft der KESB, soweit es um inländische Pflegekinder geht, die nicht zum Zwecke der späteren Adoption aufgenommen werden. In diesen Fällen soll gegen die Entscheid der KESB Beschwerde bei der JGK geführt werden können (*Abs. 1*).

Bei ausländischen Pflegekindern und bei Kindern, die zur Adoption vorgesehen sind, soll wie bis anhin – vgl. Artikel 26 Absatz 2 und 3 EG ZGB – das Kantonale Jugendamt als einzige kantonale Behörde Bewilligungsinstanz sein (vorbehalten bleiben anderweitige Vorgaben des Bundes im Rahmen der zurzeit noch ausstehenden eidgenössischen KiBeV sowie der Adoptionsverordnung). Auch in diesen Fällen ist die JGK Rechtsmittelinstanz.

Absatz 2: Als letzte Instanz im Kanton entscheidet im Pflegekinderwesen das Obergericht. Die übrigen Vorschriften des EG ZGB im Bereich des Pflegekinderwesens können aufgehoben werden. Ebenfalls aufgehoben werden können sämtliche Vorschriften betreffend die Einführung des bisherigen Vormundschaftsrechts.

9. Gesetz vom 6. Februar 1980 über Inkassohilfe und Bevorschussung von Unterhaltsbeiträgen

Vorbemerkung

Das neue Recht erfordert zahlreiche redaktionelle Anpassungen. Zudem soll die Revision dazu genutzt werden, Unklarheiten im Gesetz zu bereinigen und dieses den tatsächlichen Verhältnissen anzupassen.

Art. 1

Absatz 1: Im Zusammenhang mit der Überführung der Einführungsverordnung zum neuen Scheidungsrecht in die ordentliche Gesetzgebung mussten auch einzelne Bestimmungen des GIB angepasst werden. Insbesondere wurde in Art. 1a GIB die bundesrechtlich vorgeschriebene Inkassohilfepflicht für nacheheliche Unterhaltsbeiträge verankert. In diesem Zusammenhang wurde der letzte Satz von Artikel 1 Absatz 1 GIB («Gleichzeitig kann auch dem obhutsberechtigten Elternteil für seinen eigenen Unterhaltsanspruch Inkassohilfe gewährt werden») irrtümlich gestrichen. Aus diesem Grund fehlt seit dem 1. Januar 2005 eine gesetzliche Grundlage, welche die Inkassohilfestellen zur Vertretung von (noch) verheirateten Anspruchsberechtigten legitimieren würde. Diesem Umstand wurde seither Rechnung getra-

gen, indem bei formellen Interventionen (z.B. Betreibungen, Rechtsöffnungsgesuche, Schuldneranweisungen usw.) alle Eingaben von der berechtigten Person persönlich unterzeichnet wurden. Dies ist jedoch umständlich. Bei dieser Gelegenheit soll das damalige Versehen rückgängig gemacht werden, weshalb der Einleitungssatz zu Artikel 1 sowie Absatz 1 entsprechend ergänzt werden.

Absätze 2 und 4: Es handelt sich um rein redaktionelle Anpassungen.

Art. 1a

Es handelt sich um rein redaktionelle Anpassungen.

Art. 3

Das geltende Recht sieht auch sogenannte systemfremde Ausnahmefälle vor, also Situationen, in welchen kein gültiger Unterhaltstitel vorliegt, aber dennoch eine Bevorschussung bzw. Überbrückungshilfen möglich sein sollen, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Diese Bestimmungen haben seit jeher für viel Verunsicherung gesorgt, so sie denn überhaupt zur Anwendung gekommen sind. Nach Auffassung des Regierungsrats sind die Regelungen unnötig. Falls Kinder nicht zu ihrem Unterhalt kommen, etwa weil der Vater unbekannten Aufenthaltes ist, haben sie Anspruch auf wirtschaftliche Sozialhilfe. Der Unterhaltsanspruch subrogiert wie bei der Bevorschussung von Gesetzes wegen auf das Gemeinwesen (Art. 289 Abs. 2 ZGB). Es ist nicht einzusehen, weshalb hier „à Konto Alimentenhilfe“ Leistungen der öffentlichen Hand erbracht werden sollen. Die systemfremden Regelungen in den Absätzen 2 und 3 sind daher aufzuheben.

An Stelle der aufgehobenen Regelungen soll *in Absatz 2* neu ausdrücklich festgehalten werden, dass ein gültiger, vollstreckbarer Unterhaltstitel erforderlich ist, damit ein Anspruch auf Alimentenbevorschussung besteht. Die Revision bietet Gelegenheit, diese Klarstellung nachzuholen.

Bereits unter der Herrschaft des geltenden Rechts werden keine Vorschüsse ausgerichtet, wenn sich das anspruchsberechtigte Kind länger als drei Monate im Ausland aufhält. Diese Praxis findet ihre gesetzliche Grundlage im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG)⁷⁸, das auf Grund des internationalen Sachverhalts anzuwenden ist. Weil das IPRG keinen abgeleiteten Wohnsitz analog dem Artikel 25 ZGB kennt, verliert das Kind bei einem längeren Auslandsaufenthalt seinen Wohnsitz in der Schweiz bzw. im Kanton Bern, womit die Zuständigkeit zur Bevorschussung entfällt. In einem Entscheid des Regierungsratsstatthalteramtes Bern von 2007 wurde dies indessen anders beurteilt: Die Beschwerde der Anspruchsberechtigten, die ein Jahr in den USA verbrachte, wurde gutgeheissen und die Bevorschussung gewährt. Unter anderem wurde in diesem Entscheid festgestellt, das bernische Recht sehe nicht ausdrücklich vor, dass der Anspruch auf Vorschuss bei Auslandsaufenthalt entfalle. Diese Lücke soll im Rahmen der vorliegenden Revision durch eine entsprechende Regelung in *Absatz 3* geschlossen werden, da erstens die Verwendung von Vorschüssen im Ausland kaum kontrollierbar ist und es zweitens nicht Sinn und Zweck der Bevorschussung sein kann, kostspielige Auslandsaufenthalte zu finanzieren.

Art. 4

Absatz 1: Mit der Formulierung «Unterstützung durch die öffentliche Hand» soll nicht nur die wirtschaftliche Sozialhilfe im engeren Sinne, sondern jede Art der Finanzierung des Unterhalts durch ein Gemeinwesen abgedeckt werden – so insbesondere auch der jugendstrafrechtliche Massnahmevollzug (Finanzierung durch Kanton alleine). Dies entspricht auch der Konzeption von Artikel 289 Absatz 2 ZGB, wonach der Unterhaltsanspruch von Gesetzes wegen an dasjenige Gemeinwesen übergeht, das für den Unterhalt eines anspruchsberechtigten Kindes aufkommt. Für die Bevorschussung bleibt in solchen Situationen kein Raum. Insbesondere sollen keine Vorschüsse an Behörden ausbezahlt werden.

⁷⁸ SR 291

Art. 5

Es handelt sich um rein redaktionelle Anpassungen.

Art. 6

Der bisherige Absatz 2 bezieht sich ausschliesslich auf die systemfremden Ausnahmefälle von Artikel 3 Absätze 2 und 3. Da diese aufgehoben werden, ist auch Absatz 2 von Artikel 6 zu streichen.

Art. 8

Es handelt sich um eine rein redaktionelle Anpassung.

Art. 9

Im geltenden Recht ist eine Überprüfung aller Dossiers alle zwei Jahre vorgeschrieben. Eine häufigere Kontrolle wäre jedoch wünschbar, weil so weniger die Gefahr besteht, dass z.B. wegen Umzugs oder wegen einer laufenden Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge zu viel bevorschusst wird. Ein effizientes Controlling ist so besser möglich. Ohnehin müssen sich die zuständigen Stellen auf Grund der Indexierung der Unterhaltsbeiträge jährlich mit den Dossiers befassen; es drängt sich deshalb eine jährliche Überprüfung auf.

Art. 11

Die Frage, wie eingehende Zahlungen des Schuldners zwischen den verschiedenen Anspruchsberechtigten (Gemeinde, Kinder [für Rückstände bzw. über die Maximalgrenze hinausgehende Unterhaltsbeiträge], Inhaber der elterlichen Sorge oder Obhut) zu verteilen sind, bereitet immer wieder Kopfzerbrechen. Lange galt die Regel, dass die Zahlungen anteilmässig verteilt werden. Grundlage dafür war Artikel 87 Absatz 2 des Obligationenrechts (OR)⁷⁹, wonach eine verhältnismässige Anrechnung stattzufinden hat, wenn der Schuldner bei mehreren Gläubigern nicht ausdrücklich bezeichnet, wessen Schuld er begleichen will. Dies führte je nach den Umständen zur stossenden Situation, dass die Gemeinde, die den Maximalbetrag – Im Jahre 2011 Fr. 928.00 pro Kind und Monat – bevorschussen musste, nur einen Teil dieser Vorschüsse zurück erhielt, während die Kinder und ihre Mutter zusätzlich zu den bevorschussten Unterhaltsbeiträgen noch weitere Zahlungen verbuchen konnten. Nicht zuletzt im Hinblick auf eine Verbesserung der Rücklaufquote wurde in letzter Zeit von diesem Grundsatz Abschied genommen. Das KJA hat im Rahmen seiner Schulungen die zuständigen Mitarbeitenden angewiesen, sämtliche eingehenden Zahlungen vorab an die bevorschussten Unterhaltsbeiträge anzurechnen. Juristisch kann dies ohne weiteres gerechtfertigt werden, indem die Gesuchsteller sich unterschriftlich damit einverstanden erklären müssen, mit einer Verrechnung der eingehenden Zahlungen mit den bevorschussten Beträgen einverstanden zu sein. Es ist sinnvoll, diese Regel ausdrücklich im Gesetz zu verankern.

Gesetze gemäss den Ziffern 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 und 17

Die Änderungen sind lediglich terminologischer Natur.

18. Gesundheitsgesetz vom 2. Dezember 1984

Die Änderungen in den Artikeln 28 Absatz 3 und 34 Absatz 2 sind terminologischer Natur.

Art. 40a

Die Artikel 377-379 ZGB regeln die medizinische Behandlung von Urteilsunfähigen abschliessend, weshalb Artikel 40a aufgehoben werden kann.

Art. 40b

Diese Vorschrift wird aufgehoben, da die Patientenverfügung nunmehr im revidierten ZGB über eine abschliessende Regelung verfügt (Art. 370 ff. rev. ZGB).

⁷⁹ SR 220

Art. 41 bis 41e

Die medizinischen Massnahmen zur Behandlung einer Person, die an einer psychischen Störung leidet und in einer Einrichtung untergebracht ist, sind nunmehr im revidierten ZGB geregelt, so dass die Artikel 41 bis 41e aufgehoben werden können.

19. Gesetz vom 11. Juni 2001 über die öffentliche Sozialhilfe

Art. 8a, 19 und 50

Die Änderungen sind vorab terminologischer Natur. Bei Artikel 8a können die Tatbestände von Absatz 2 Buchstabe d und Absatz 2 Buchstabe e zusammengefasst werden, da – anders als heute – auch sämtliche Massnahmen von derselben Behörde (KESB) angeordnet werden.

20. Gesetz vom ... über freiheitsbeschränkende Massnahmen im Vollzug von Jugendstrafen und -massnahmen und in der stationären Jugendhilfe (FMJG)

Art. 3

Die Änderungen sind terminologischer Natur.

5. Anpassungen auf Dekretsstufe

1. Dekret vom 8. September 2009 über die Besetzung von Richter und Staatsanwaltschaftsstellen

Art. 3

Absatz 2: Das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht verfügt – wie bis anhin die Reko FFE – über Fachrichterinnen und Fachrichter (vgl. Art. 36 Abs. 1 FFEG). Deren Höchstzahl ist mit 25 Personen etwas höher zu veranschlagen als im geltenden Recht (15 Personen), da sich der Aufgabenkreis der neuen Gerichtsbehörde erweitert und die Fachrichterinnen und Fachrichter häufiger an Gerichtssitzungen werden teilnehmen müssen als bisher. Die genaue Zahl der erforderlichen Personen wird bei der Wahlvorbereitung festzulegen sein.

Fachrichterinnen und Fachrichter verfügen über ein den Prozessgegenstand betreffendes Fachwissen, müssen jedoch über keine juristische Ausbildung verfügen (Art. 20 Abs. 6 GSOG). Nach geltendem Artikel 3 Absatz 2 sind die Fachrichterinnen und Fachrichter der Reko FFE in der Regel Sachverständige im Bereich der Medizin oder der Sozialen Arbeit. Aufgrund der interdisziplinären Natur des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts sollen darüber hinaus auch Sachverständige im pädagogischen oder psychologischen Fachbereich als Fachrichterinnen und Fachrichter des Kindes- und Erwachsenenschutzgerichts gewählt werden können. Dies kommt nunmehr zum Ausdruck. Weitergehende Voraussetzungen wie sie noch Artikel 39 Absatz 1 FFEG vorsieht, drängen sich nicht auf.

Art. 13 und 14

Die Justizreform hat grosse Änderungen mit sich gebracht. Dabei war von Anfang an klar, dass sich insbesondere beim Personalbedarf der Justiz erst nach einer gewissen Zeit herausstellen würde, ob die Dotation stimmt. Erste Abklärungen des Obergerichts und der Justizkommission haben nun ergeben, dass die im Rahmen der Justizreform festgesetzten Höchstzahlen betreffend die Fachrichterinnen und Fachrichter in arbeitsrechtlichen und mietrechtlichen Streitigkeiten deutlich zu klein sind. Es besteht dringender Handlungsbedarf, da ansonsten die Einhaltung der zeitlichen Vorgabe von Artikel 203 ZPO – diese besagt, dass die Verhandlung vor den Schlichtungsbehörden innert zwei Monaten seit Eingang des Gesuchs oder nach Abschluss des Schriftenwechsels stattzufinden hat – nicht gewährleistet werden kann. Es ist daher eine deutliche Erhöhung der der Höchstzahl an Fachrichterinnen und Fachrichter notwendig.

2. Dekret vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft

Art. 46

Für Entscheide über Beschwerden in Angelegenheiten des Kindes- und Erwachsenenschutzes findet der Tarif Anwendung, der für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorgesehen ist. Dies ist insofern gerechtfertigt, als sich das Verfahren vor dem Kindes- und Erwachsenenschutzgericht – soweit das KESG keine abweichenden Bestimmungen enthält – nach den Bestimmungen des VRPG richtet. Absatz 2 sieht die Anwendung dieses Tarifs ebenfalls vor, wenn das Obergericht in Beschwerdeverfahren in Anwendung des VRPG entscheidet.

Art. 57

Der vorgeladenen Beistandin oder dem vorgeladenen Beistand einer unbemittelten angeschuldigten Person kann die gleiche Entschädigung wie einer Zeugin oder einem Zeugen ausgerichtet werden. Werden hingegen Mitglieder der KESB oder Mitarbeitende des Behördensekretariats vorgeladen, so erhalten diese als in amtlichem Auftrag handelnde Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons eine Entschädigung für Reise und Verpflegung gemäss Artikel 57 Absatz 1 Buchstabe c.

3. Dekret vom 16. Februar 1971 über Zuschüsse für minderbemittelte Personen

Die Änderungen in den Artikeln 3 Absatz 1, 5 Absatz 1, 7 Absatz 4 und 11 Absatz 1 sind lediglich terminologischer Natur.

6. Verhältnis zu den Richtlinien der Regierungspolitik (Rechtsetzungsprogramm) und anderen wichtigen Planungen

Die Vorlage ist im Rechtsetzungsprogramm 2011-2014 enthalten.

7. Finanzielle Auswirkungen

7.1 Mehr- und Minderkosten beim Kanton

Das Vormundschaftsrecht wird heute von Kanton und Gemeinden gemeinsam vollzogen: Die Vormundschaftsbehörden sind auf der Stufe der Gemeinden angesiedelt. Als erstinstanzliche vormundschaftliche Aufsichtsbehörden amten dagegen die zum Kanton gehörenden Regierungsstatthalterinnen und Regierungsstatthalter. Letztere sind auch zuständig für die Anordnung von fürsorgerischen Freiheitsentziehungen, den Entzug der elterlichen Sorge, die Entmündigung bei unwidersprochenem Antrag und die Beurteilung von Vormundschaftsbeschwerden nach Artikel 420 ZGB.

In Zukunft müssen sämtliche Aufgaben auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes von den kommunalen KESB und – je nach Organisation der jeweiligen KESB – weiteren kommunalen Diensten, namentlich den Sozialdiensten, wahrgenommen werden. Das führt zu einer Entlastung beim Kanton: Bei den Regierungsstatthalterämtern entfallen die soeben erwähnten bisherigen Zuständigkeiten, was einen geschätzten Abbau von 18 Stellen zur Folge haben wird. Es ist anzunehmen, dass ein Teil der mit den entsprechenden fachlichen Aufgaben betrauten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Regierungsstatthalterämter zu den neuen Fachbehörden wechseln kann und wird.

Auf der anderen Seite führt die neue Behördenorganisation zu einem Mehraufwand bei der Aufsichtsbehörde (Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion). Diese wird in erheblichem Umfang Beratungs- und Kontrollaufgaben erfüllen müssen, damit das neue Bundesrecht im ganzen Kanton einheitlich und korrekt angewendet wird (Erarbeitung von Richtlinien, Weisungen und Mustervorlagen, Durchführung von Inspektionen, Bereitstellung von Weiterbildungsangeboten usw.). Es ist davon auszugehen, dass für diesen Mehraufwand 2.5 zusätzliche Stellen (wissenschaftliche Mitarbeiterinnen) notwendig sind.

Ebenfalls zunehmen dürfte der Aufwand beim Obergericht. Wie bereits ausgeführt wurde (Ziff. 3.5), sieht der Gesetzesentwurf für den Rechtsschutz eine einzige kantonale Beschwerdein-

stanz vor. Wo der Rechtsweg nach geltendem Recht über zwei Beschwerdeinstanzen führt (Vormundschaftsbehörde – Regierungstatthalter – Obergericht), wird es daher neu nur noch eine Beschwerdeinstanz geben (KESB – Obergericht). Das hat freilich zur Folge, dass für das Obergericht ein gewisser Filtereffekt entfällt. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass die Geschäftslast des Obergerichts im Vergleich zu heute zunehmen wird, zumal der beim kantonalen Modell erwartete Ausgleichseffekt – weniger Verfahrensfehler bei elf professionellen Fachbehörden – bei einem Gemeindemodell, das auf kleineren Behörden und z.T. auf Mitgliedern im Milizamt basiert, nicht in gleicher Weise erwartet werden kann. Es ist davon auszugehen, dass für diesen Mehraufwand 2.5 zusätzliche Stellen (eine Oberriechterstelle, 1.5 Gerichtsschreiberstellen) notwendig sind.

Insgesamt muss der Kanton somit mit fünf zusätzlichen Stellen rechnen, was bei den zu erwartenden Funktionen einem Zusatzaufwand von ca. 0.6 Mio. Franken entspricht. Dem steht der Stellenabbau bei den Regierungstatthalterämtern (18 Stellen) gegenüber, der zu einer Entlastung im Umfang von 1.8 Mio. Franken führt. Damit ergibt sich für den Kanton eine Netto-Entlastung im Umfang von jährlich 1.2 Mio. Franken.

7.2 Lastenausgleich

Gemäss Ziff. 5 der Übergangsbestimmungen der vom Grossen Rat am 1. Februar 2011 verabschiedeten Revision des Gesetzes vom 27. November 2000 über den Finanz- und Lastenausgleich (FILAG)⁸⁰ wird die Lastenverschiebung zwischen Kanton und Gemeinden aufgrund einer neuen Aufgabenteilung im Erwachsenen- und Kinderschutzrecht ab dem Zeitpunkt ihres Eintretens dem Lastenausgleich gemäss Artikel 29b FILAG angerechnet. Konkret bedeutet dies eine Korrektur der FILAG-Globalbilanz im Umfang der Verschiebung der Aufgaben von den Regierungstatthalterämtern an die kommunalen KESB. Der Stellenabbau bei den Regierungstatthalterämtern führt zu einer Entlastung des Kantonsbudgets im Umfang von 1.8 Mio. Franken. Dieser Betrag ist den Gemeinden gutzuschreiben.

7.3 Massnahmekosten

Die Kosten des Massnahmenvollzugs (z.B. Kosten von Kinderschutzmassnahmen oder von fürsorglichen Unterbringungen) sollen auch in Zukunft – wie bisher – dem Lastenausgleich zugeführt werden. Die Vorfinanzierung obliegt für sämtliche Massnahmekosten dem sozialhilfepflichtigen Gemeinwesen (Art. 37 Abs. 1). Die geschätzten Massnahmekosten sind daher von den Gemeinden zu budgetieren. An der bisherigen solidarischen Tragung der nicht einbringlichen Kosten durch Kanton und Gemeinden ändert sich jedoch nichts.

8. Personelle und organisatorische Auswirkungen

Die Vorlage wird zu einer leichten Erhöhung des Personalbestands des Obergerichts führen. Ausserdem wird die Zusammenführung sämtlicher Aufsichtsaufgaben bei der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion einen moderaten Stellenzuwachs bei der kantonalen Verwaltung bedingen. Auf der anderen Seite führt das neue Gesetz zu einer Entlastung der Regierungstatthalterämter.

9. Auswirkungen auf die Gemeinden

Die Gemeinden behalten ihre bisherige Zuständigkeit im Bereich Vormundschaftsrecht. Ausserdem werden ihre Sozialdienste wohl in den meisten Fällen weiterhin für die Vornahme von Abklärungen (im Auftrag der kommunalen Fachbehörden) und für die Mandatsführung zuständig bleiben.

Die Beibehaltung der kommunalen Zuständigkeit darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die heutigen kommunalen Vormundschaftsbehörden komplett umgestaltet werden müssen. Politisch gewählte Gemeinderätinnen und Gemeinderäte können in Zukunft auf dem Gebiet des Kindes- und Erwachsenenschutzes keine Aufgaben mehr erfüllen. Stattdessen sind die Gemeinden verpflichtet, bis zum 1. Januar 2013 die vom ZGB geforderten interdis-

⁸⁰ BSG 631.1

ziplinären Fachbehörden zu installieren. Das erfordert die Anstellung von neuem Personal und den Aufbau der notwendigen Behördeninfrastruktur.

10. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Vorlage hat keine spezifischen Auswirkungen auf die Volkswirtschaft.

11. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

11.1 Vernehmlassung vom 23. Dezember 2010 bis zum 23. März 2011

Die vom 23. Dezember 2010 bis zum 23. März 2011 in die Vernehmlassung geschickte Vorlage sah – anders als der nun unterbreitete Gesetzesentwurf – eine kantonale Behördenorganisation vor. Die Auswertung der rund 80 eingegangenen Stellungnahmen ist daher im vorliegenden Zusammenhang nicht mehr von Bedeutung. Zwar sind weite Teile des Gesetzes durch den Modellwechsel unberührt geblieben (z.B. Verfahrensrecht, Rechtsmittelinstanz, Bestimmungen zur fürsorgerischen Unterbringung). Die überwiegende Mehrzahl der Vernehmlassungen betraf jedoch gerade Fragen, welche mit der kantonalen Behördenorganisation zusammenhängen (Modellentscheid, Zusammenarbeit der kantonalen Behörden mit den kommunalen Sozialdiensten, Finanzierung der Massnahmekosten bei einem kantonalen Modell usw.). Eine Wiedergabe dieser Anliegen macht daher keinen Sinn.

11.2 Kurzkonsultation vom 15. Juni bis zum 25. Juni 2011

Zu dem im Anschluss an die Neupositionierung des Regierungsrates vom 1. Juni 2011 überarbeiteten Vorentwurf der JGK (kommunale Behördenorganisation) wurde ein abgekürztes Konsultationsverfahren durchgeführt. Begrüsst wurden die kommunalen Verbände (Verband bernischer Gemeinden VBG und Bernisches Gemeindekader BGK), die Berner Konferenz für Sozialhilfe, Kindes- und Erwachsenenschutz (BKSE), der Verband bernischer Burgergemeinden und burgerlicher Korporationen (VBBG), die Geschäftsstelle der Regierungsratsstatthalter sowie die Justizleitung.

Modellfrage: Positiv zum kommunalen Modell geäußert haben sich die SVP, die Stadt Bern, die Vormundschaftsbehörde Sigriswil und die kommunalen Verbände (VBG, BGK und VBBG). Sämtliche übrigen Konsultationsteilnehmer lehnen das kommunale Modell ab. Es sind dies: Die BKSE, das Obergericht, die GL Regierungsratsstatthalter, die demokratischen Juristinnen und Juristen Bern (djb), die kantonale Behindertenkonferenz (kbk), die Universitären Psychiatrischen Dienste (UPD), die Kommission Psychiatrie sowie die Städte Biel/Bienne und Thun. Deziidiert negativ geäußert haben sich namentlich das Obergericht und die BKSE.

Verbindliche Festlegung der Einzugsgebiete: Verschiedene Konsultationsteilnehmer haben gefordert, dass der Gesetzgeber oder der Regierungsrat die Einzugsgebiete der KESB verbindlich festlegt (so etwa das Obergericht, die BKSE, die Stadt Bern oder die GL der Regierungsratsstatthalter). Der Regierungsrat lehnt diese Forderung ab, da er in seinem seinerzeitigen Bericht an den Grossen Rat gestützt auf die damalige Vernehmlassung die Meinung vertreten hatte, bei einem kommunalen Modell sei es Sache der Gemeinden, die Organisation festzulegen. Immerhin soll aber zumindest in einer Übergangsbestimmung vorgesehen werden, dass das Einzugsgebiet in einer kantonalen Verordnung festgelegt werden kann, wenn die Gemeinden selbst nicht rechtzeitig eine bundesrechtskonforme Organisation erarbeiten.

Modell „Integration in die Verwaltungskreise“ der Regierungsratsstatthalter: Die GL der Regierungsratsstatthalter beantragt die Überarbeitung der Vorlage in Richtung eines sog. Modells „Integration in die Verwaltungskreise“. Dieses Modell zeichnet sich dadurch aus, dass die örtlich zuständigen Regierungsratsstatthalter von Amtes wegen Mitglieder der jeweiligen KESB sind. Sie führen das Behördensekretariat, gewährleisten den Pikettdienst und ordnen im Rahmen des Piketts vorsorgliche Massnahmen an. – Der Regierungsrat lehnt diese Vorschläge ab. Zunächst könnte eine Mitgliedschaft der Regierungsratsstatthalter in der KESB von vornherein nur bei einem kantonalen Modell in Frage kommen. Ein solches steht für den Regierungsrat aber aus den bereits genannten Gründen nicht mehr zur Diskussion. Sodann verstösst eine automatische Einsitznahme der vom Volk gewählten Regierungsratsstatthalter in die KESB gegen

Bundesrecht (vgl. Gutachten Reusser). Schliesslich würde es zu Schwierigkeiten führen, wenn das Sekretariat, welches die KESB unterstützen muss, administrativ zu einer anderen Behörde gehört und nicht dem Präsidenten oder der Präsidentin der KESB unterstellt ist.

Kosten: Verschiedene Konsultationsteilnehmer fordern, dass auch die den Gemeinden entstehenden Kosten eines kommunalen Modells ermittelt werden. – Dieser Forderung kann nicht nachgekommen werden, da die Gemeinden bei der Behördenorganisation Autonomie geniessen und deshalb nicht klar ist, welche Kosten den Gemeinden im Einzelnen anfallen. Die seinerzeitige ECOPLAN-Studie hat immerhin ergeben, dass die jährlichen Betriebskosten eines kommunalen Modells ca. 5 Mio. Franken tiefer sind als bei einem kantonalen Modell.

Varia: Verschiedene Vorschläge der Konsultationsteilnehmer konnten übernommen werden, so etwa die Schaffung von übergangsrechtlichen Rechtsetzungs- und Ausgabenkompetenzen des Gemeinderates, der Verzicht auf das Erfordernis des Hochschulabschlusses bei der erstmaligen Bestellung der KESB, die Anliegen der Datenschutzaufsichtsstelle zum Ermessen der KESB bei der Weitergabe von Informationen oder die Kostenlosigkeit von Verfahren betreffend Kindesschutzmassnahmen. Nicht übernommen wurde nebst den bereits erwähnten Punkten namentlich die Forderung des Obergerichts nach einem zweistufigen gerichtlichen Instanzenzug.

12. Antrag / Anträge

Der Regierungsrat beantragt, dem Gesetz und dem Dekret zuzustimmen.

Bern, 6. Juli 2011

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident: *Pulver*

Der Staatsschreiber: *Nuspliger*