



Demokratische  
Juristinnen und Juristen  
Postfach 1308  
4001 Basel  
T 061 333 77 80  
djs.basel@djs-jds.ch

## **EINSCHREIBEN**

Vormundschaftsbehörde Basel-Stadt  
Frau Marianne Kalt  
Rheinsprung 16/18  
Postfach  
4001 Basel

marianne.kalt@bs.ch

Basel, 30. August 2011

### **Vernehmlassung zum Entwurf zu einer neuen kantonalen Organisation und Gesetzgebung im Kindes- und Erwachsenenschutz**

Sehr geehrter Herr Regierungsrat

Sehr geehrte Frau Kalt

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Einladung, zum Entwurf des kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzgesetzes Stellung zu nehmen, und machen von dieser Möglichkeit gerne Gebrauch. Ebenfalls bedanken wir uns für die Verlängerung der Frist zur Stellungnahme.

Die Demokratischen JuristInnen sind eine Organisation, die sich für den Schutz der Grundrechte und rechtsstaatliche Verfahren einsetzt. Wir befassen uns seit längerem mit der kantonalen Implementierung der eidgenössischen Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und führten am 26.10.2010 eine Podiumsdiskussion zum Thema durch, an der unter anderem Frau Dr. Erika Arnold, damalige Vorsteherin der Vormundschaftsbehörde, Herr Dr. Christoph Bürgin, Präsident des Vormundschafts-

Jugend- und Fürsorgerats und Herr Stefan Blülle, Leiter AKJS teilnahmen, und Herr Prof. Christoph Häfeli über die Spielräume der Kantone bei der Behördenorganisation referierte .

## 1. Grundsätzliches/Modell der KESB

1.1. Zunächst bedauern wir, dass die Chance nicht genutzt wurde, im Rahmen der Einführung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts eine spezialisierte Familiengerichtsbarkeit zu schaffen. Diese hätte das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht an dem für das übrige Familienrecht zuständigen Zivilgericht ansiedeln können. Die Vereinigung von Kompetenzen des Familienrechts und des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts hätte den Vorteil, dass insbesondere im Bereich des Kindesschutzes ähnlich gelagerte Sachverhalte von der gleichen Behörde beurteilt würden, was den Richterinnen und Richtern noch verstärkter als heute die fachliche Spezialisierung ermöglichen würde. Nicht zuletzt würde die komplizierte Zuständigkeitsausscheidung zwischen Kindesschutzbehörde und Eheschutzgericht resp. Scheidungsgericht vermieden.<sup>1</sup> Diese Lösung wird von Fachleuten empfohlen<sup>2</sup> und der Kanton Aargau wird sie voraussichtlich einführen.

1.2. Wenn jedoch dem Ratschlag grundsätzlich gefolgt wird, das heisst wenn die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Verwaltungsbehörde ausgestaltet wird, so sollten die **Entscheid-Kompetenzen gerichtartigen Spruchkammern vorbehalten bleiben.** Die Gründe für das gewählte Modell der KESB als reine Verwaltungsbehörde überzeugen u.E. nicht.

Entgegen dem ersten Anschein bedeutet nämlich der Vorschlag, die **KESB als reine Verwaltungsbehörde** zu gestalten, **gerade nicht die Beibehaltung des bisherigen Basler Modells, sondern einen Systemwechsel.** Denn wie im Ratschlag (S. 10) ausgeführt werden – mit Ausnahme der seltenen

---

<sup>1</sup> Vgl. Philippe Meier, Die sachliche Zuständigkeit von Ehegericht und vormundschaftlichen Behörden, theoretische Erwägungen und Praxisfälle, ZVW 2007, 109 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Ingeborg Schwenzer, Braucht die Schweiz Familiengerichte?, in: Vetterli (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 89 ff.; Christoph Häfeli, Familiengerichte in der Schweiz - eine ungeliebte Institution mit Zukunft, FamPra.ch 2010, 34 ff. m.w.Nachw.

Entzüge der elterlichen Sorge ausserhalb eines Scheidungsverfahrens – alle schwerwiegenden Erwachsenen- und Kindes-/Jugendschutzmassnahmen wie Entmündigung, definitive Obhutsentzüge bei Kindern, fürsorgerischer Freiheitsentzug, Rückbehaltung in einer psychiatrischen Klinik und Weisungen an Suchtkranke nicht durch die Vormundschaftsbehörde (VB) gefällt, sondern durch das Zivilgericht oder durch die gerichtsartigen Behörden Vormundschafts-, Jugend- und Fürsorgerat (VJFR) und Psychiatrierekurskommission (PRK) getroffen. VJFR und PRK sind bereits, wie von nZGB verlangt, multidisziplinär zusammengesetzt.

Wir sind ebenfalls der Ansicht, dass die Spruchkammern der KESB nicht ein Gericht im engeren Sinn, also durch das Volk oder das Parlament gewählt werden sollten, da politische Wahlen nicht geeignet sind eine – gemäss nZGB zwingend – multidisziplinär zusammengesetzte Fachbehörde zu bestimmen. Dies bedeutet jedoch lediglich, dass die Spruchkammern nicht ein politisch gewähltes und damit ein Gericht im Wortsinn sein sollten, sondern **gerichtsartig wie die jetzigen VJFR und PRK.**

Als Wahlbehörde käme unseres Erachtens wie bei der jetzigen PRK der Regierungsrat in Frage. Sinnvoll und die fachliche statt politische Wahl fördernd wäre vielleicht eine Regelung analog zur Wahl der Mitglieder des VJFR gemäss § 6 Abs. 3 bis 5 Gesetz über die Vormundschaftsbehörde und den behördlichen Jugendschutz (wonach ein Mitglied des VJFR vom Strafgericht gewählt wird), dass also ein Teil der Mitglieder der Spruchkammern (und das Präsidium, das die Wählbarkeitsvoraussetzungen für ein Gerichtspräsidium erfüllen muss) durch den Regierungsrat, ein Teil durch das Zivilgericht gewählt würde.

- 1.3. Eine Zusammenfassung der bisherigen verschiedenen gerichtlichen oder gerichtsartigen Entscheidungsinstanzen in die Spruchkammern der KESB ist zweifellos sinnvoll. Dass auch diese jedoch als reine Verwaltungsbehörde statt gerichtsartig organisiert werden sollen, wäre ein Systemwechsel und zudem ein rechtsstaatlicher Rückschritt.

Die neuen Begriffe des KESR – umfassende Beistandschaft statt Entmündigung, Fürsorgerische Unterbringung statt Fürsorgerischer Freiheitsentzug, usw. – sollten nicht darüber hinweg täuschen, dass es sich bei vielen erwachsenen- und kinder-/jugendschützenden Massnahmen um Eingriffe in Grund-, Eltern- und Kinderrechte handelt, deren Schwere mit derjenigen strafrechtlicher Sanktionen vergleichbar ist. Wir begrüssen es deshalb sehr, dass ein gerichtsartiges Verfahren vorgeschlagen wird. Unseres Erachtens sollte jedoch auch die Behördenorganisation bereits in erster Instanz gerichtsartig sein und richterliche Unabhängigkeit gewährleisten.

Besonders deutlich wird dies bei Kindern und Jugendlichen, die kindesschutzrechtlich oft in die gleichen Heime platziert werden wie strafrechtlich. Es ist u.E. stossend und kaum vermittelbar, dass straffällig gewordene Kinder und Jugendliche bei einer ausserfamiliären Platzierung bereits in erster Instanz Anspruch auf eine gerichtliche Beurteilung und damit grösseren Rechtsschutz geniessen als nicht straffällige.

Die hohe Akzeptanz, die der VJFR und seine Entscheide bei den Betroffenen geniessen, ist wohl wesentlich auf seine richterliche Unabhängigkeit zurückzuführen. Sie ist beim vorgeschlagenen Spruchkammer-Modell u.E. nicht mehr gewährleistet, was, durch vermehrte Anrufung des Verwaltungsgerichts, auch zu höheren Kosten führen dürfte.

Wir sind uns selbstverständlich bewusst, dass bei einer Behördenumstrukturierung die Kostenfolgen relevant sind. Gemäss Ratschlag (S. 22 ff), entsteht der grösste Teil der Mehrkosten jedoch durch die aufgrund des revidierten Bundesrechts verursachten Zunahme an Entscheiden. Diese Sachlage wird durch den Vorschlag, Entscheidungsfindung und Abklärung personell zu trennen nicht verändert, mit Mehrkosten ist nicht zu rechnen.

- 1.4. Mit der im Entwurf vorgesehenen Besetzung der Spruchkammern durch Personen, die innerhalb der KESB auch weitere Funktionen (in den sogenannten „Abklärungsteams“) wahrnehmen (der Beizug von externen Fachpersonen wird lediglich fakultativ vorgeschlagen) wird die abklärende mit der entscheidenden Instanz zusammengelegt. Dies ritzt u.E. mindestens den Grundsatz der Gewaltentrennung und ist in diesem Bereich besonders

problematisch: Das Recht von handlungsunfähigen Kindern und Erwachsenen auf Schutz steht wesensgemäss im Konflikt mit ihren Grundrechten auf persönliche Freiheit, Schutz der Familie, Eltern- und Kinderrechten, in die mit Schutzverfügungen gravierend eingegriffen wird. Die notwendige, sorgfältige und unabhängige Abwägung zwischen Schutz und massivem Grundrechtseingriff muss in jedem Einzelfall getroffen werden. Die gleichwertige Berücksichtigung von Schutz und Freiheitsrechten ist u.E. nur durch unabhängige Fachpersonen zu gewährleisten. Die Spruchkammern müssen deshalb gerichtsartig (mit einem eigenen Sekretariat) gestaltet werden. Deren Mitglieder dürfen neben der Entscheidungsfunktion nicht noch weitere Aufgaben innerhalb der KESB oder der Abteilung Kindes- und Jugendschutz wahrnehmen. Abklärung/Antragstellung und Entscheidung sollten klar getrennt werden.

- 1.5. Wir würden es begrüßen, wenn innerhalb der KESB die Spruchkammern und ihr Sekretariat, die abklärenden und die vollziehenden Stellen analog zu Staatsanwaltschaft, Strafgericht und Straf- und Massnahmenvollzug auch örtlich getrennt würden. Zum einen ist der Einfluss des gemeinsamen Kaffeetrinkens usw. nicht zu unterschätzen, zum andern würde eine örtliche Trennung gegenüber den Betroffenen auch die Glaubwürdigkeit als unabhängige Instanz und damit die Akzeptanz der Entscheidungen fördern.

Der Ratschlag schlägt zur Wahrung der Unabhängigkeit der Spruchkammern lediglich vor, dass das abklärende KESB-Mitglied nicht identisch sein darf mit dem entscheidenden KESB-Mitglied. Auch wenn das Spruchkammer-Mitglied der KESB in seinem Entscheid unabhängig ist/sein soll, dürfte für einen Betroffenen nicht glaubhaft sein, dass der Bürokollege seines Sachbearbeiters tatsächlich einen unabhängigen Entscheid trifft.

- 1.6. Einer der zentralen Fortschritte der Bundesrevision des KESR besteht in der Kantonalisierung (mindestens Regionalisierung) und damit Professionalisierung der Vormundschaftsbehörden. Für unsern Kanton, in dem seit 100 Jahren eine professionelle Vormundschaftsbehörde besteht, bedeutet dies keinen Fortschritt, der Ersatz bisheriger gerichtlicher oder gerichtsartiger Entscheidungsbehörden hingegen einen Rückschritt.

Basel-Stadt hatte und hat, nicht nur bezüglich Organisation des Vormundschafswesens, eine Zwischenstellung zwischen den politischen und rechtlichen Kulturen der deutschsprachigen (welche sich bei der Modellentwicklung zum grossen Teil für die Beibehaltung ihres bisherigen Verwaltungsmodells entschieden; zwischenzeitlich sind unseres Wissens in verschiedenen Kantonen jedoch ebenfalls Nuancierungs-Diskussionen im Gange) und der welschen Schweiz, (die sich für das Gerichtsmodell entschied). Gerade weil unser Kanton als einziger bei der Implementierung des KESR die grosse Aufgabe der Kantonalisierung und Professionalisierung nicht leisten muss, würde es u.E. guter Basler Tradition entsprechen, auch im Kindes- und Erwachsenenschutzbereich weiterhin eine Zwischenstellung einzunehmen.

## **2. Bisherige PRK / vorgeschlagene FU-Rekurskommission**

Wir begrüssen es sehr, dass die Beschwerdeinstanz für alle fürsorgerischen Unterbringungen, nicht nur für die medizisch-psychiatrischen, in Anlehnung an die heutige PRK, als Fachgericht gestaltet werden soll. Nicht übersehen werden sollte aber, dass die heutige PRK bei der periodischen Ueberprüfung von psychiatrischen Freiheitsentzügen auch erstinstanzlich tätig ist, und dass diese Funktion nun die KESB übernehmen soll. Fürsorgerische Unterbringungen sind gleich schwerwiegende Eingriffe in die persönliche Freiheit wie Haft und strafrechtliche Sanktionen. An diesem Beispiel wird u.E. besonders deutlich, dass die erstinstanzliche periodische Ueberprüfung weiterhin durch eine gerichtsartige Behörde bzw. durch ausschliesslich aus unabhängigen Fachpersonen bestehende Spruchkammern erfolgen muss.

## **3. Vorsorgliche Massnahmen (§ 5)**

In Bezug auf die vorsorglichen Massnahmen nach § 5 E KESG erscheint uns die Einzelzuständigkeit für alle vorsorglichen Massnahmen als problematisch.

Wir erlauben uns, diesbezüglich aus der Botschaft zu zitieren:

„In Artikel 440 Absatz 2 erster Satz wird festgehalten, dass die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ihre Entscheide mit mindestens drei Mitgliedern fällt. Die Kantone können aber Ausnahmen vorsehen und für bestimmte Geschäfte durch Gesetz die Entscheidkompetenz einem Einzelmitglied einräumen (Art. 440 Abs. 2 zweiter Satz). Dabei darf indessen der bei der

Revision mit dem Grundsatz von Artikel 440 Absatz 1 verfolgte Zweck nicht vereitelt werden. So sind Entscheide, welche die Handlungsfähigkeit der betroffenen Person einschränken oder auf andere Weise in schwerer Weise in die persönliche Freiheit eingreifen, grundsätzlich von der Kollegialbehörde zu fällen, soweit nicht dringende vorsorgliche Massnahmen (Art. 445 Abs. 2) in Frage stehen.“<sup>3</sup>

In den Verfahren, wo es um Entscheide geht, die in schwerer Weise in die Rechte der betroffenen Personen eingreifen, dürfen also **nur superprovisorische Massnahmen** (die ohne Anhörung der betroffenen Person gefällt werden) in die Einzelzuständigkeit der Verfahrensleitung gelegt werden. Der Entscheid über die vorsorgliche Massnahme muss nach der sofort nachgeholtten Anhörung in ordentlicher Besetzung erfolgen.<sup>4</sup> Der Entwurf KESG enthält in § 3 eine Liste der besonders eingreifenden Massnahmen. Diese Massnahmen dürfen nach dem Gesagten u.E. auch als vorsorgliche Massnahmen nur durch die Kollegialbehörde angeordnet werden. Siehe den entsprechenden Ergänzungsvorschlag.

Um sicher zu stellen, dass eine vorsorgliche Massnahme innert angemessener Frist durch eine im ordentlichen Verfahren (mit entsprechend umfassender Sachverhaltsabklärung) erlassene Massnahme ersetzt wird, schlagen wir vor, dass vorsorgliche Massnahmen und deren allfällige Verlängerungen auf jeweils höchstens drei Monate zu befristen sind und dass die Gesamtdauer vorsorglicher Massnahmen höchstens ein Jahr betragen darf.

#### 4. **Meldepflicht § 6**

Eine Meldepflicht für Angestellte öffentlich-rechtlicher Betriebe (als Beispiel werden IWB-Mitarbeiter genannt) und subventionierter Betriebe und Institutionen, die im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht tätig sind, geht unseres Erachtens wesentlich zu weit.

Eine Meldepflicht zum Beispiel für das Müllabfuhr-Personal würde u.E. eher ordnungspolitischen Vorstellungen als dem Kindes- und Erwachsenenschutz dienen. Eine Meldepflicht für in subventionierten Institutionen Tätige, die im

---

<sup>3</sup> Botschaft Erwachsenenschutz, BBI 2006, 7078.

<sup>4</sup> Vgl. Daniel Steck, Art. 445 ZGB N 9, in: Rosch/Büchler/Jakob, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Basel 2011

Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes tätig sind, würde das Vertrauensverhältnis untergraben oder, z.B. bei der Opferhilfe der gesetzlichen Schweigepflicht widersprechen. Wir regen deshalb an, §6 ersatzlos zu streichen.

## **5. Eröffnung des Entscheids (§ 8)**

Urteilsfähige Minderjährige können selbständig oder durch die Vertreterin oder den Vertreter ihrer Wahl handeln, um Rechte betreffend ihre Persönlichkeit (sog. höchstpersönliche Rechte) wahrzunehmen (Art. 19c Abs. 1 nZGB; BGE 120 Ia 369, E. 1). Höchstpersönliche Rechte sind im Kindesschutzbereich sehr häufig tangiert, nämlich dann, wenn das Recht auf Familienleben (Betreuung und Kontakt mit den Eltern vgl. etwa BGer 17.02.2006, 5P.41/2006, E. 1.3; BGer vom 2.9.2005, 5C.51/2005, E. 2.2), das Recht auf persönliche Freiheit (insbes. im Kontext der fürsorgerischen Unterbringung) oder das Recht auf körperliche Integrität (insb. medizinische Eingriffe) betroffen sind. Die Urteilsfähigkeit beurteilt sich im Einzelfall, das Bundesgericht hat in diesen Fragen schon bei Kindern ab 10 Jahren Urteilsfähigkeit angenommen (BGer vom 2.9.2005, 5C.51/2005, E. 2.2; vgl. auch BGE 131 III 553 ff.). Zur **Verdeutlichung dieser Rechtslage** sollte das kantonale Recht mindestens klarstellen, dass Minderjährigen der Entscheid eröffnet wird, wenn sie urteilsfähig sind. Nur so ist gewährleistet, dass sie ihre Rechte wahrnehmen können. Einzig finanzielle Belange (Kostenentscheid, Unterhaltsfragen) können davon ausgenommen werden, da sie nicht unter die höchstpersönlichen Rechte gemäss Art. 19c Abs. 1 nZGB fallen. **§ 8 E KESG ist entsprechend zu ergänzen.**

## **6. Fürsorgerische Unterbringung §§ 10 und 11**

- 6.1. § 10 regelt lediglich die Zuständigkeit der KESB für fürsorgerische Unterbringungen gemäss nZGB (u.E. müssen es deren ausschliesslich aus unabhängigen Fachpersonen bestehende Spruchkammern sein, s. oben 1. und 2.) und wiederholt im übrigen die bundesrechtlichen Bestimmungen. Wir schlagen vor, §10 ff durch materielle kantonale Bestimmungen zu ergänzen und weitere zentrale bundesrechtliche Bestimmungen zur Verdeutlichung auch im kantonalen Gesetz zu nennen.

6.2. Ein Ziel der KESR-Revision ist die Förderung der Selbstbestimmung (Ratschlag S. 5), beim FFE, neu FU, die Verbesserung des Rechtsschutzes und die Schliessung von Lücken (Ratschlag S. 7). Dabei setzt das revidierte Zivilgesetzbuch, wie häufig im Zivilrecht, lediglich Mindeststandards. Basel-Stadt hat mit dem Psychatriegesetz von 1996 (im folgenden PsychG) den Rechtsschutz psychiatrisch hospitalisierter Personen entscheidend und bahnbrechend verbessert. Dies zeigt sich unter anderem darin, dass in diesem Bereich lediglich wenige Fristen entsprechend neuem Bundesrecht reduziert werden müssen (z.B. § 11 Abs. 1, ärztliche Einweisung für längstens 6 Wochen).

Umso mehr bedauern wir, dass die bewährten Bestimmungen des PsychG, die einen besseren Rechtsschutz als das revidierte ZGB gewährleisten, nicht übernommen und auch auf nicht psychiatrisch Untergebrachte angewendet werden sollen, sondern dass umgekehrt der Rechtsschutz psychiatrisch zwangsweise Untergebrachter auf die bundesrechtlichen Mindestanforderungen reduziert werden soll.

Es kann nicht Aufgabe einer Vernehmlassung sein, umfassende und konkrete Aenderungsvorschläge auch zur Koordination mit weiteren kantonalen Gesetzen zu erarbeiten. Wir beschränken uns hier auf die folgenden Punkte, **regen aber dringend an, das Psychatriegesetz darauf zu überprüfen, ob es höhere Rechtsschutzstandards als das revidierte ZGB enthält, und diese als kantonales Recht für alle FU-Betroffenen in den KESG-Vorschlag aufzunehmen.**

6.3. Entlassungsgesuch, periodische Ueberprüfung und Befristung  
Gemäss Art. 426 Abs. 4 nZGB (und PsychG § 27 Abs. 4) kann jederzeit ein Entlassungsgesuch gestellt werden. Wir regen an, diese Bestimmung als wichtige Rechtsbelehrung für die Betroffenen in § 10 deklaratorisch zu wiederholen.

Gemäss Art. 431 nZGB muss die KESB eine FU spätestens nach 6 Monaten ein erstes Mal, innerhalb von weiteren 6 Monaten ein zweites Mal und danach mindestens jährlich überprüfen.

Gemäss Psychatriegesetz § 28 Abs. 2 überprüft die PRK (als gerichtsartige Behörde erstinstanzlich) eine FU nach 3 Monaten, wenn die behandelnde Institution einen Verlängerungsantrag stellt. Gemäss § 39 Abs. 2 befristet sie

allfällige weitere Zurückbehaltungen auf jeweils maximal 3 Monate, bei PatientInnen, die offensichtlich dauernder stationärer Pflege bedürfen, auf maximal ein Jahr.

Nach unserer Erfahrung ist die explizite Befristung für die Betroffenen sehr wichtig, und wir möchten beliebt machen, anstelle der periodischen Ueberprüfungen entsprechende Befristungen in § 10 aufzunehmen.

U.E. gibt es keinen Grund, die bewährten 3-monatigen

Ueberprüfungsperioden gemäss PsychG gegenüber heute zu verlängern.

Auch entsteht u.E. eine Unstimmigkeit zwischen erst- und zweitinstanzlichen Ueberprüfungen bzw. Befristungen, wenn gemäss Entwurf § 39 PsychG beibehalten werden soll, für die erstinstanzlichen Ueberprüfungen jedoch die längeren Perioden gemäss nZGB gelten sollen.

Wir schlagen deshalb als (teilweise materielle, teilweise deklaratorische)

Ergänzung der bundesrechtlichen Mindestbestimmungen und in Analogie zu § 39 PsychG vor, dass die Spruchkammern der KESB FU und allfällige Verlängerungen auf maximal je 3 Monate befristen.

#### 6.4. **§ 11 Zuständigkeit für die ärztlich angeordnete Unterbringung**

In der Akutsituation ärztlicher Einweisungen dürfte eine anfängliche Befristung schwierig sein. Die nötige Klärung der Situation sollte jedoch u.E. innert vier statt sechs Wochen möglich sein.

Betreffend Abs. 2 regen wir an, die gemäss Ratschlag beabsichtigte Beschränkung privatärztlicher Einweisungen auf Psychiaterinnen und Psychotherapeuten ins Gesetz aufzunehmen

### 7. **Ambulante Massnahmen und Nachbetreuung § 12 - 14**

7.1. Wir begrüssen, dass ausser der fürsorgerischen Unterbringung auch weniger einschneidende Massnahmen verfügt werden können. Hingegen ist u.E. eine Eingrenzung der Voraussetzungen und eine Befristung dieser Massnahmen erforderlich.

In Bezug auf die **ambulanten Massnahmen** sollte aus dem Gesetzestext klar hervorgehen, dass Ziel der ambulanten Massnahmen die Verhinderung einer (neuerlichen) fürsorgerischen Unterbringung ist, wie es auch im Ratschlagsentwurf ausgeführt wird (S. 32). In der jetzigen, viel zu offenen Formulierung wird potentiell die Möglichkeit geschaffen, Menschen mit von der

Norm abweichender Lebensweise mit Weisungen in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränken. Dies ist nicht das Ziel des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Vgl. den entsprechenden Formulierungsvorschlag. In Bezug auf die **Nachbetreuung** ist festzuhalten, dass kein Raum für die schriftliche Anordnung einer medizinischen Behandlung gemäss Art. 434 nZGB besteht: Eine solche ist nur möglich, wenn die betroffene Person im Rahmen einer FU in einer psychiatrischen Klinik untergebracht wurde. Ausserhalb des FU richtet sich die medizinische Behandlung von Urteilsunfähigen nach Art. 377 ff. nZGB (vgl. Art. 380 nZGB).<sup>5</sup> Der Verweis auf Art. 434 nZGB ist deshalb zu streichen.

6.2 Wir teilen die Auffassung des Ratschlags (S. 34), dass es sich bei ambulanten Massnahmen und Nachbetreuung um weitreichende behördliche Eingriffe handelt, die ebenfalls analog Art. 431 nZGB periodisch zu überprüfen sind. Dasselbe gilt u.E. für die analoge Anwendung von Art. 426 Abs. 4 nZGB, gemäss dem jederzeit ein Entlassungsgesuch gestellt werden kann.

**§14 Abs. 2**, gemäss dem bei ambulanten Massnahmen und Nachbetreuung Betroffene im Gegenteil nur bei veränderten Verhältnissen eine Ueberprüfung beantragen bzw. ein Entlassungsgesuch stellen können sollen, ist unseres Erachtens ein **Versehen und zu streichen**.

Wir schlagen als § 14 Abs. 2 einen Verweis auf die u.E. neu einzufügenden § 10 Abs.2 bis 4 vor (s. oben). Sollte unserem diesbezüglichen Vorschlag nicht gefolgt werden, sollte mindestens ein ausdrücklicher Hinweis aufgenommen werden, dass die periodische Ueberprüfung gemäss Art. 431 nZGB und die Möglichkeit gemäss Art. 426 Abs.4 nZGB, jederzeit ein Gesuch um Entlassung aus der Massnahme stellen zu können, auch bei ambulanten Massnahmen und Nachbetreuung gelten.

In jedem Fall müssen ambulante Massnahmen und Nachbetreuung auf insgesamt maximal zwei Jahre begrenzt werden.

## 8. Kindesvertretung

Gemäss Art. 12 der UN-Kinderrechtskonvention haben Kinder einen unbedingten Anspruch darauf, in allen sie berührenden Gerichts- oder

---

<sup>5</sup> Vgl. Daniel Rosch, Die fürsorgerische Unterbringung im revidierten Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, AJP 2011, 505, 509 f.

Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter gehört zu werden. Mit anderen Worten: Kinder sind an allen sie unmittelbar betreffenden Verfahren in geeigneter Weise zu beteiligen. Damit bezweckt wird eine Aufwertung der Stellung des Kindes, indem seine Sichtweise und seine Interessen ins Verfahren eingebracht werden und von den zuständigen Behörden beim Entscheid angemessen zu berücksichtigen sind. Das Kind soll vermehrt als eigenständiges Subjekt wahrgenommen werden. Je einschneidender sich die in Aussicht stehende Massnahme für das Kind auswirkt, desto mehr ist auf den Einbezug des Kindes zu achten.

Nach Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 1 ZGB ordnet die Kindesschutzbehörde «wenn nötig» die Vertretung des Kindes an und «prüft» die Anordnung einer Vertretung gemäss Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 2 ZGB insbesondere, wenn die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahren ist – beispielsweise bei einem Obhutsentzug – oder wenn die Beteiligten bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen. Es wird der Kindesschutzbehörde damit lediglich nahe gelegt zu prüfen, ob eine Kindesvertretung nötig ist. Der Entscheid über die Anordnung einer Kindesvertretung wird damit mehr oder weniger vollständig dem Ermessen der Kindesschutzbehörde resp. der verfahrensleitenden Person überlassen.

Die bisherigen Erfahrungen mit der analogen Gesetzesbestimmung im Scheidungsrecht (Art. 146 ZGB resp. neu nun Art. 299 ZPO) haben leider gezeigt, dass die zuständigen Entscheidungsträger von der Möglichkeit einer Einsetzung einer Kindesvertretung häufig keinen Gebrauch machen. Die Bestimmung im ZGB ist weitgehend toter Buchstabe geblieben und die Rechtsstellung der Kinder wurde damit trotz UN-Kinderrechtskonvention in keiner Weise verbessert.

Wir regen deshalb an, für die in Art. 314a<sup>bis</sup> Abs. 2 ZGB genannten, das Kind direkt und erheblich betreffenden Fälle regelmässig die Anordnung einer Kindesvertretung vorzusehen und nicht lediglich deren Prüfung. Mit der von uns vorgeschlagenen Formulierung wird der Behörde darüber hinaus die Möglichkeit belassen, im Einzelfall und begründet von der Anordnung einer Kindesvertretung abzusehen.

Weiter machen wir beliebt, entsprechend der analogen Regelung in familienrechtlichen Angelegenheiten (vgl. Art. 299 Abs. 3 ZPO) die Anordnung

einer Kindesvertretung zwingend vorzusehen, sofern ein urteilsfähiges Kind einen entsprechenden Antrag stellt. Urteilsfähigkeit wird gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung regelmässig ab vollendetem 12. Altersjahr angenommen. Es ist nicht einzusehen, weshalb Kinder in familienrechtlichen Angelegenheiten anders behandelt werden sollen wie Kinder in Kindeschutzverfahren, bei denen es regelmässig um ähnlich schwerwiegende Eingriffe in die Lebensstellung der Kinder geht. Dasselbe hat für die Anfechtungsmöglichkeit des urteilsfähigen Kindes im Falle der Nichtanordnung der von ihm beantragten Kindesvertretung zu gelten (vgl. Art. 299 Abs. 3 ZPO). Soll der Anspruch des Kindes auf eine eigenständige Vertretung effektiv durchgesetzt werden können, braucht es entsprechende rechtsstaatliche Sicherungsmöglichkeiten. Schliesslich sind wir der Auffassung, dass die als Kindsvertretung eingesetzte Person behördenunabhängig sein und insbesondere nicht der KESB oder der AKJS angehören sollte, um eine eigenständige und unabhängige Vertretung der Kindesinteressen gewährleisten zu können. Wir regen deshalb eine entsprechende und ausdrückliche Regelung an.

# Änderungsvorschläge zum Entwurf KESG

## I. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

**§ 1.** Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (nachfolgend KESB genannt) ist eine interdisziplinär zusammengesetzte Verwaltungsbehörde mit ~~im Entscheid unabhängigen Spruchkammern.~~

<sup>2</sup> Die Spruchkammern **der KESB** bestehen aus **unabhängigen Fachpersonen verschiedener Disziplinen, die keine andere Funktion der KESB oder der AKJS ausüben.** Den Vorsitz übt eine Juristin oder ein Jurist aus. **Die Spruchkammern sind unabhängig und der KESB administrativ zugeordnet. Die Mitglieder der Spruchkammern** werden vom Regierungsrat gewählt.

**Variante: Ein Teil der Mitglieder der Spruchkammern** werden durch den Regierungsrat, **ein Teil durch das Zivilgericht** gewählt.

**neu Abs. 3**

**Die Spruchkammern verfügen über ein juristisches Sekretariat, dessen Personal keine andere Funktion in der KESB oder der AKJS ausübt.**

## II. Verfahren

### § 3. Kollegialentscheide

<sup>2</sup> **Insbesondere** für nachstehende Entscheidungen führt die KESB eine mündliche Verhandlung durch, soweit die Vorsitzende bzw. der Vorsitzende der Spruchkammer ~~eine entsprechende Verfügung erlässt~~ **dies für angebracht hält oder ein Mitglied der Spruchkammer** oder eine gemäss Art. 450 Abs. 2 ZGB zur Beschwerde berechnete Person einen entsprechenden Antrag stellt:

(a ff. keine Aenderungsvorschläge)

### § 4. Einzelentscheide

<sup>2</sup> h. Verfahren vor der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde **zusätzlich**  
**hd. Art. 449 a und 314 a<sup>bis</sup> Anordnung einer Vertretung**

### § 5. Vorsorgliche Massnahmen

Das mit der Verfahrensleitung betraute Mitglied der Spruchkammer trifft die für die Dauer des Verfahrens notwendigen vorsorglichen Massnahmen.

**neu Abs. 2**

<sup>2</sup> **Über die vorsorgliche Anordnung von Massnahmen gemäss § 3 Abs. 2 Ziff. a. bis c. entscheidet die Spruchkammer in ordentlicher Besetzung.**

**Ausgenommen sind Fälle besonderer Dringlichkeit gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB.**

**neu Abs. 3**

**<sup>3</sup> Vorsorgliche Massnahmen sind auf maximal 3 Monate zu befristen. Kann innert dieser Frist keine definitive Entscheidung getroffen werden, können sie um jeweils maximal 3 Monate verlängert werden. Die Gesamtdauer einer vorsorglichen Massnahme beträgt höchstens ein Jahr.**

**bisheriger Abs. 2 wird Abs. 4**

**<sup>2,4</sup> Bei besonderer Dringlichkeit gemäss Art. 445 Abs. 2 ZGB ausserhalb der ordentlichen Bürozeiten sind für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen alle Mitglieder der Spruchkammer zuständig.**

### **§ 6 Meldepflicht: streichen**

### **§ 8. Verhandlungen**

**neu Abs. 3**

**<sup>3</sup> Urteilsfähigen Minderjährigen wird die sie direkt betreffende Entscheidung in gleicher Weise eröffnet, in der Regel mit Ausnahme der finanziellen Aspekte.**

## **III. Fürsorgerische Unterbringung**

### **§ 10. Allgemeine Zuständigkeit**

§ 10. Die KESB ist **Spruchkammern sind** zuständig für die Anordnung, die Aufhebung und die periodische Überprüfung einer **aller** fürsorgerischen Unterbringungen, sowie für die Übertragung der Entlassungszuständigkeit in Einzelfällen an die Einrichtung.

**neu Abs. 2**

**<sup>2</sup> Eine fürsorgerisch untergebrachte Person kann jederzeit ein Entlassungsgesuch stellen.**

**neu Abs. 3**

**<sup>3</sup> Fürsorgerische Unterbringungen und deren allfällige Verlängerungen sind durch die Spruchkammern auf jeweils maximal drei Monate zu befristen.**

**neu Abs. 4**

**<sup>4</sup> Kann eine fürsorgerisch untergebrachte Person innert der durch die Spruchkammer festgesetzten Frist nicht entlassen werden, so hat die behandelnde Institution durch schriftlich begründeten Antrag den Entscheid der Spruchkammer einzuholen.**

## **§ 11. Zuständigkeit für die ärztlich angeordnete Unterbringung**

<sup>1</sup> Aerztinnen und Aerzte des zuständigen kantonalen Dienstes sind befugt, Unterbringungen gemäss Art. 429 ZGB für eine Dauer von maximal ~~sechs~~ vier Wochen anzuordnen.

<sup>2</sup> Der Regierungsrat kann auch Privatärztinnen und –ärzte **der Fachrichtung Psychiatrie und Psychotherapie** für zuständig erklären.

## **IV. Ambulante Massnahmen und Nachbetreuung**

### **§ 12 Ambulante Massnahmen**

**Abs. 1 streichen**

**Ersatz durch:**

<sup>1</sup> **Um die Einweisung in eine Einrichtung zu vermeiden, kann die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde bei einer Person, die an einer psychischen Störung oder an geistiger Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, die notwendigen Weisungen erteilen, insbesondere die Inanspruchnahme von:**

(a. bis d. wie im E KESG)

**neu Abs. 2**

<sup>2</sup> **Die ambulanten Massnahmen müssen geeignet, erforderlich und verhältnismässig sein. Sie dürfen insbesondere nur angeordnet werden, wenn die freiwilligen Hilfemöglichkeiten ausgeschöpft sind.**

### **§ 13. Nachbetreuung**

**§ 13.** Wird eine Person aus der fürsorgerischen Unterbringung entlassen, kann die KESB eine medizinische Nachbetreuung im Sinne einer ambulanten Kontrolle verfügen, damit der Gesundheitszustand der Person stabilisiert werden kann. Der zu erstellende Behandlungsplan richtet sich sinngemäss nach den Bestimmungen von Art. 433 ~~und 434~~ ZGB. (...)

### **§14. Gemeinsame Bestimmungen**

<sup>1</sup> **Zuständig für die Anordnung einer Massnahme gemäss §§ 12 und 13 ist die KESB. sind die Spruchkammern.** Für das Verfahren gelten die Bestimmungen der fürsorgerischen Unterbringung sinngemäss.

**Abs. 2 streichen**

**Ersatz durch:**

**§ 10 Abs. 2 bis 4 betreffend Entlassungsgesuch und Befristung bei der fürsorgerischen Unterbringung finden sinngemässe Anwendung. Nach einer Gesamtdauer von höchstens zwei Jahren wird die Massnahme aufgehoben.**

<sup>3</sup> Genügt für die Gewährleistung der persönlichen Fürsorge die ambulante Massnahme oder die medizinische Nachbetreuung nicht bzw. nicht mehr, prüft die **KESB Spruchkammer** die Anordnung einer Massnahme nach Art. 426 ZGB.

## Ergänzungen

### Vertretung des Kindes

#### § X

Die Vertretung des Kindes im Sinn von Art. 314a bis ZGB ist von der Kinderschutzbehörde in der Regel anzuordnen, wenn:

1. Gegenstand des Verfahrens die Unterbringung des Kindes ist;
2. die Beteiligten bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen.

<sup>2</sup> Stellt das urteilsfähige Kind Antrag auf eine Vertretung, so ist diese anzuordnen.

<sup>3</sup> Das Kind kann die Nichtanordnung mit Beschwerde anfechten.

<sup>4</sup> Für die Vertretung des Kindes wird eine unabhängige Fachperson eingesetzt, die insbesondere keine Funktion in der KESB oder der AKJS ausübt.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen bei der Ausarbeitung des definitiven Ratschlags und Entwurfs bedanken wir uns im Voraus herzlich.

Mit freundlichen Grüßen

Demokratische Juristinnen und Juristen  
(DJS) Basel

lic. iur. Barbara Csontos  
Geschäftsführerin

Verfasserinnen:

lic. iur. Elisabeth Stärkle, Advokatin

Dr. iur. Michelle Cottier, Assistenzprofessorin Juristische Fakultät

lic. iur. Daniela Migliazza, Advokatin