

Verfahren vor den interkommunalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) sowie vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen im Kanton Zürich.

Grundlagenbericht betreffend die künftige Regelung der Verfahrensbestimmungen

(von alt Oberrichter Dr. Daniel Steck)

I. Auftragsumschreibung

„Im Hinblick auf den Entscheid, ob für das Verfahren vor den interkommunalen KESB sowie vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen (Bezirksgericht und Obergericht) eine eigene Verfahrensordnung geschaffen werden soll bzw. ob sich – vor dem Hintergrund der Verfahrensbestimmungen im revidierten ZGB und von Art. 450f nZGB – lediglich punktuell kantonale Verfahrensregelungen oder gar keine aufdrängen, soll in einem ersten Schritt zu Händen der Direktion der Justiz und des Innern ein entsprechender Grundlagenbericht betreffend die künftige Regelung der Verfahrensbestimmungen erarbeitet werden. Im Rahmen dieses Berichts ist die Zweckmässigkeit folgender drei Vorgehensweisen zu prüfen und gegeneinander abzuwägen:

1. Erlass einer integralen kantonalen Verfahrensordnung für das Verfahren vor den KESB und jenes vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen (Bezirksgerichte und Obergericht).
2. Erlass einer lediglich punktuellen kantonalen Verfahrensordnung.
3. Vollständiger Verzicht auf eine kantonale Verfahrensordnung.

Zusätzlich ist in diesem Zusammenhang darzulegen, ob der Normgehalt der §§ 117a-m EG ZGB (LS 230) zur fürsorglichen Freiheitsentziehung in eine kantonale Umsetzungsvorlage aufzunehmen ist. Für den allfälligen Folgeauftrag (Weiterverfolgung der Variante 1 oder 2 nach dem Grundsatzentscheid) wird ein neuer Vertrag abgeschlossen.“

Management Summary

1. Die **Behördenorganisation** und die **Regelung des Verfahrens** obliegt nach Art. 122 Abs. 2 BV den Kantonen. Der Bund hat jedoch im revidierten ZGB Vorgaben gemacht (Art. 440 f. nZGB für die Behördenorganisation und Art. 443 ff. nZGB für das Verfahren vor der KESB und vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz).

2. Die bundesrechtliche Verfahrensordnung (Art. 443 ff. nZGB) ist rudimentär und mutmasslich ergänzungsbedürftig. Für die **Ergänzung** dieser Verfahrensordnung – im Rahmen der bundesrechtlichen Vorgaben – sind die **Kantone** zuständig. Soweit die Kantone nichts anderes bestimmen, sind nach Art. 450f nZGB die Bestimmungen der CH-ZPO sinngemäss als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht anwendbar.

3. Damit stellt sich die **Frage**, ob für ein kantonales Verfahrensrecht die **Ersatzlösung** nach Art. 450f nZGB **adäquat und hinreichend** ist, oder ob der Kanton selber Verfahrensbestimmungen erlassen soll.

4. Nach dem Konzept des Kantons soll die **KESB als interkommunale Verwaltungsbehörde** (Art. 440 nZGB), das **Bezirksgericht** als erstinstanzliche gerichtliche Beschwerdebehörde (Art. 450 ff. nZGB) und das **Obergericht** als zweitinstanzliche gerichtliche Beschwerdebehörde (ebenfalls Art. 450 ff. nZGB) konstituiert werden. Es rechtfertigt sich deshalb am Grundsatz des geltenden Rechts festzuhalten, dass sich das Verfahren vor der **KESB** (bisher vormundschaftliche Behörden) grundsätzlich nach dem **VRG** und dasjenige vor den **gerichtlichen Beschwerdeinstanzen** nach den **besonderen zivilprozessualen Verfahrensbestimmungen** richten.

5. Nach Abwägen der Vor- und Nachteile der in der Fragestellung zur Diskussion gestellten Optionen ist der Variante gemäss Frage 2, „**Erlass einer punktuellen Verfahrensordnung**“, der Vorzug zu geben. Sie geht einerseits weniger weit als die Maximalvariante einer integralen kantonalen Verfahrensordnung (Frage 1), die als zu aufwendig erscheint. Sie ermöglicht andererseits und gewährleistet – je nach Art der Regelungsdichte – die erforderliche und wünschbare Flexibilität, welche bei einem Verzicht auf eine kantonale Verfahrensordnung (Frage 3) wegen der nach Art. 450f nZGB vorgeschriebenen sinngemässen Anwendung der Bestimmungen der CH-ZPO nicht ohne Weiteres gegeben wäre. Dabei ist insbesondere auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass

Fragen der Behördenorganisation und solche des Verfahrens oft in einem engen Zusammenhang stehen und mit Vorteil im gleichen Gesetz geregelt werden sollten.

6. Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung einer kantonalen Ordnung für die Behördenorganisation und das Verfahren im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht werden **drei Varianten** geprüft. Allen drei ist gemeinsam, dass eine punktuelle kantonale Regelung angestrebt wird. Bei **Variante A1** würde die Regelung grundsätzlich allein im EG ZGB erfolgen; ein neues Gesetz wäre nicht erforderlich. Bei **Variante A2** würde im EG ZGB lediglich in einer Verweisungsnorm auf ein neu zu erlassendes EG zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht hingewiesen, in welchem die Behördenorganisation und das Verfahren, soweit notwendig und wünschbar – ergänzend zum Bundesrecht und zum bestehenden kantonalen Recht – geregelt würde. Bei **Variante B** würde die ganze Materie in drei Gesetzen geregelt, die Behördenorganisation weiterhin im (abgeänderten) EG ZGB, während für das Verfahren vor der KESB und vor der administrativen Aufsichtsbehörde das entsprechend zu ergänzende VRG und für die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen das entsprechend zu ergänzende GOG anwendbar wäre.

7. Der Variante A2 wird im Bericht der Vorzug gegeben.

II. Allgemeine Ausführungen

A. Vorbemerkungen zur Ausgangslage

1. Obwohl die gesetzliche Regelung des Vormundschaftswesens eine Materie beschlägt, die rechtstheoretisch dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, wird das geltende Vormundschaftsrecht nach anerkannter Lehre und Rechtsprechung als Teil des formellen Zivilrechts betrachtet (Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2007, zit. CHK, AFFOLTER/STECK/VOGEL, Art. 373 ZGB N 1). Nach der seit 1. Januar 2007 in Kraft stehenden Bestimmung von Art. 122 Abs. 1 BV ist der Bund auch zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilprozessrechts zuständig. Bei der Schaffung der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (CH-ZPO) wurde jedoch in Bezug auf den Bereich des Vormundschaftswesens für die Regelung des Verfahrens die Anwendbarkeit der CH-ZPO bewusst ausgeschlossen (Art. 1 CH-ZPO; Botschaft CH-ZPO, BBl 2006, 7257 f.; vgl. auch GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, Zürich/St. Gallen 2010, Art. 1 N ff.). In der Folge wurde für das neue Kindes- und Erwachsenenschutzrecht der Erlass eines besonderen bundesrechtlichen Verfahrensgesetzes geprüft, nach den ablehnenden Stellungnahmen im Vernehmlassungsverfahren jedoch auf den Erlass eines solchen verzichtet (Botschaft Änderung ZGB, Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht, BBl 2006, 7010 f.). Das Verfahren wird deshalb sowohl nach bisherigem wie nach künftigem Recht grundsätzlich vom **kantonalen Recht** bestimmt. Vorbehalten bleiben jedoch vielfach bundesrechtliche Einschränkungen. Insbesondere werden wesentliche Verfahrensgarantien durch übergeordnetes Recht – teils durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung – bundesrechtlich bestimmt (Botschaft Änderung ZGB, a.a.O. 7088).

2. Das heutige **ZGB** verweist mit Bezug auf das Verfahren für die unterschiedlichen Bereiche des Vormundschaftsrechts im weiteren Sinne in mehreren Bestimmungen ausdrücklich auf die **kantonale Zuständigkeit**: So z.B. in den Art. 314 ff. (Erlass von Kindesschutzmassnahmen), Art. 373 ff. (Entmündigung), Art. 397 (Bestellung des Beistandes), Art. 397e und 405a (fürsorgerische Freiheitsentziehung), Art. 434 und 439 (Ende der Vormundschaft, bzw. der Beistandschaft).

3. Die gesetzlichen Bestimmungen über die **Behördenorganisation und das Verfahren** stehen oft in einem engen Zusammenhang. Es ist deshalb unumgänglich, dass in die Überlegungen zur Regelung des Verfahrens auch solche über die detaillierte Organisation der Behörden einbezogen werden.

4. Die zurzeit noch geltende Ordnung erfährt **mit dem Inkrafttreten der CH-ZPO** (per 1. Januar 2011) für den Bereich der Zivilgerichtsbarkeit eine **erste Anpassung** durch den Erlass der neuen Bestimmungen des künftigen **GOG vom 10. Mai 2010**. Diese Regelung berührt teilweise auch das noch geltende Vormundschaftsrecht und bleibt diesbezüglich solange in Geltung, bis das revidierte ZGB (betr. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht) in Kraft tritt. In einem **nächsten Schritt** muss nunmehr für den gesamten Bereich des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts die wesentlich weitergehende Anpassung der kantonalen Behörden- und Verfahrensordnung vorgenommen werden, welche durch die Bestimmungen des revidierten ZGB unumgänglich ist und bei Inkrafttreten dieser Gesetzesnovelle (1.1.2013, ev. später) feststehen muss.

B. Rechtslage im geltenden Recht betreffend das Verfahren vor den vormundschaftlichen Behörden

1. Im **geltenden zürcherischen Recht** besteht für den gesamten Bereich, für welchen die vormundschaftlichen Behörden (Vormundschaftsbehörde und Aufsichtsbehörden, Art. 361 ZGB) sachlich und funktionell zuständig sind, keine in sich geschlossene Verfahrensordnung, wie das für die Zivilgerichte heute noch im Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) und in der Zivilprozessordnung (ZPO) und künftig in der CH-ZPO und ergänzend dazu im GOG der Fall ist.

2. Die **Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde** (kommunale Verwaltungsbehörde) und vor dem **Bezirksrat** (kantonale vormundschaftliche Aufsichtsbehörde erster Instanz und Beschwerinstanz über Vormundschaftsbeschwerden nach Art. 420 ZGB) richtet sich nach den Bestimmungen des **Verwaltungsrechtspflegegesetzes** (VRG; § 4 ff. VRG). Das Gleiche gilt mit Bezug auf das Verfahren vor der Direktion der Justiz und des Innern (kantonale Aufsichtsbehörde zweiter Instanz, § 44 Ziff. 9 und § 75 EG ZGB, künftig je in der abgeänderten Fassung der Revision des EG ZGB durch das GOG). Für die Führung der Vormundschaft bestehen zudem ausführliche Vorschriften im **Einführungsgesetz zum ZGB**, welche durch das GOG nicht berührt werden (§§ 92–117 EG ZGB; betr. FFE vgl. hinten Ziffer 4).

3. Auf **Rekurse** gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates sowie gegen Verfügungen der zuständigen Direktion des Regierungsrates über Namensänderungen, für welche die Zuständigkeit des Obergerichts gegeben ist (§ 75 EG ZGB, bisher § 44a GVG und § 56b EG ZGB, neu künftig § 50 lit. a und c GOG), finden neu künftig grundsätzlich die Bestimmungen von **Art. 308 ff. CH-ZPO** Anwendung, indessen unter Vorbehalt der in den **§§ 188 ff. GOG statuierten kantonalrechtlichen Ergänzungen**.

4. Für den Bereich der **fürsorgerischen Freiheitsentziehung** (Art. 397a ff. ZGB) besteht ferner eine kantonalrechtliche Verfahrensordnung besonderer Art (§ 56 Abs. 2 EG ZGB; §§ 117a–117m EG ZGB), wobei hier wichtige bundesrechtliche Vorgaben konkretisiert und umgesetzt werden (Art. 397e ZGB). Diese Regelung wird grundsätzlich bis zum Inkrafttreten des revidierten ZGB weitergeführt (vgl. § 56b Abs. 2 EG ZGB in der durch das GOG revidierten Fassung). Für die bundesrechtlich vorgeschriebene Möglichkeit der **gerichtlichen Beurteilung** (Art. 397d ZGB) schreibt das Gesetz in Art. 397f ZGB Verfahrensregeln vor; zudem enthält die ZPO in § 203a und 203b ZPO kantonalrechtliche Bestimmungen für das **erstinstanzliche Gerichtsverfahren** und in § 259 Abs. 2 und § 260 Abs. 2 ZPO solche für das **Berufungsverfahren**. Mit dem Inkrafttreten der CH-ZPO werden diese kantonalen Vorschriften revidiert und an die Anforderungen der CH-ZPO angepasst (§ 56 Abs. 2 EG ZGB in der durch das GOG revidierten Fassung und § 177 ff. GOG).

5. Zum Teil bestehen auf kommunaler Ebene auch **Geschäftsordnungen und Reglemente**, welche auf Beschlüssen der Gemeindebehörden oder der Vormundschaftsbehörden beruhen und nebst organisatorischen Bestimmungen auch Anweisungen verfahrensrechtlicher Natur enthalten (z.B. Geschäftsordnung der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich und Reglement über den Wertschriften- und Schirmladeverkehr der Vormundschaftsbehörde der Stadt Zürich).

C. Grundsätzliches zum Verfahren im neuen Recht

1. Das neue Recht zeichnet sich dadurch aus, dass erstinstanzlich alle Geschäfte aus dem Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzes von der KESB behandelt werden (eine Einschränkung ergibt sich nur für Fälle der fürsorgerischen Unterbringung, für welche erstinstanzlich auch eine ärztliche Zuständigkeit gegeben ist). Ähnlich wie schon bisher erfolgt die Regelung der örtlichen Zuständigkeit (bisher Art. 315 ff. und 376 ff. ZGB) im materiellen Recht (neu Art. 315 und Art. 442 nZGB). In den Art. 443–449c und 450g nZGB enthält das Gesetz für das **Verfahren vor der Erwachsenenschutzbehörde** und in den Art. 450–450e und 450g nZGB für das **Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz** eine rudimentäre **bundesrechtliche Verfahrensordnung**. Für weite Teile des Verfahrens bleibt jedoch das kantonale Recht vorbehalten (Botschaft Änderung ZGB, a.a.O. 7088). Dies gilt auch für den Bereich des Kindesschutzes: Die genannten bundesrechtlichen Bestimmungen sind nach Art. 314 nZGB ausdrücklich sinngemäss auch auf das **Kindesschutzverfahren** anwendbar.

2. Aus Art. 450f nZGB ist abzuleiten, dass – unter Vorbehalt der erwähnten bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen (Art.443 ff. nZGB, Art. 450 ff. nZGB, Art. 314 nZGB) – das **Verfahrensrecht weiterhin durch die Kantone zu regeln ist** (Botschaft Änderung ZGB, a.a.O. 7088; VOGEL/WIDER, Das neue Erwachsenenschutzrecht, ZVW 2009, 73, 78). Nur soweit die Kantone nichts anderes bestimmen, sind „im Übrigen“ die Bestimmungen der Zivilprozessordnung (CH-ZPO) sinngemäss anwendbar. In diesem Falle wird der Inhalt des Bundesrechts zum **ergänzenden kantonalen Verfahrensrecht**.

3. Vom **kantonalen Recht erfasst** werden insbesondere die Detailregelungen über Rechtshängigkeit, Verfahrensleitung und Instruktion, Verfahrensabläufe im erst- und zweitinstanzlichen Verfahren, Fristen und Zustellungen, Protokollierung, Kosten und Entschädigungen, unentgeltliche Rechtspflege sowie Form der Entscheide (Botschaft Änderung ZGB, a.a.O. 7088).

4. Nach dem Konzept des Kantons Zürich für die **künftige Behördenorganisation**, das diesem Bericht zugrunde gelegt wird, ist hinsichtlich der **sachlichen und funktionellen Zuständigkeit** folgende Regelung vorgesehen:

Behörde	Funktion
Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde	Interkommunale Verwaltungsbehörde, die erstinstanzlich entscheidet
Bezirksgericht	Untere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz
Obergericht	Obere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz
Direktion der Justiz und des Innern	Allgemeine (administrative) Aufsichtsbehörde

5. Bei der **Ausgestaltung des Verfahrens** ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass dieses auch **durch die gesetzliche Regelung der Behördenorganisation beeinflusst wird**. So sieht Art. 440 Abs. 2 nZGB vor, dass die Kantone für bestimmte Geschäfte des Kindes- und Erwachsenenschutzes Ausnahmen von der kollegialen Zuständigkeit, mithin eine Einzelzuständigkeit vorsehen können. Es ist deshalb zu prüfen, ob für diese Fälle allenfalls Anpassungen an die generellen Verfahrensbestimmungen angezeigt sind. Bei der vom Kanton Zürich konkret in Aussicht genommenen Behördenorganisation (KESB als interkommunale Verwaltungsbehörde) ist generell

notwendig und grundsätzlich zu prüfen, inwieweit die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht (Art. 450f nZGB) angesichts der spezifischen Besonderheiten des Kinder- und Erwachsenenschutzes zweckmässig ist oder eher eine sachgerechte Lösung erschweren würde.

6. Für die **Regelung des Verfahrens** im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht stehen dem kantonalen Gesetzgeber grundsätzlich **drei Möglichkeiten** zur Verfügung (Varianten 1–3):

Ausgangspunkt ist dabei folgende Rechtslage:

- Mit Inkrafttreten der CH-ZPO wird die ZH-ZPO aufgehoben.
- Das VRG bleibt.
- Die Bestimmungen im EG ZGB (und in anderen kantonalen Erlassen), welche die bisherigen vormundschaftlichen Behörden betreffen (Regelung der Behördenorganisation, der Kompetenzen sowie gewisser Verfahrensbestimmungen), werden gegenstandslos und müssen ersetzt werden. Dies gilt grundsätzlich auch für bisherige Bestimmungen, die durch das GOG eine erste Anpassung erfahren haben.

6.1 Variante 1 Der Kanton erlässt eine integrale Verfahrensordnung mit Bestimmungen für das Verfahren vor der KESB, vor beiden gerichtlichen Beschwerdeinstanzen und vor der allgemeinen (administrativen) Aufsichtsbehörde.

Verfahrensrechtliche Konsequenzen:

- Das kantonale Recht regelt das **Verfahren für alle Instanzen umfassend in einem eigenständigen Gesetz**. Die bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 443–449c nZGB und Art. 450–450e sowie 450g nZGB bleiben vorbehalten.
- Soweit diese kantonale Verfahrensordnung Lücken aufweisen sollte, sind nach Art. 450f nZGB die Bestimmungen der CH-ZPO sinngemäss als kantonales Recht anwendbar.

6.2 Variante 2 Der Kanton übernimmt die bestehende (altrechtliche) Verfahrensordnung, soweit diese nicht mit dem Inkrafttreten der CH-ZPO hinfällig geworden ist, und passt diese punktuell an die Bedürfnisse des neuen Rechts an.

Verfahrensrechtliche Konsequenzen:

- Für das **Verfahren vor der KESB**, die als interkommunale Verwaltungsbehörde konstituiert wird, gelten grundsätzlich die Bestimmungen des VRG, gegebenenfalls jedoch in einer durch erforderliche Anpassungen revidierten Form, immer aber unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 443–449c und 450g nZGB. Soweit diese kantonale Verfahrensordnung Lücken aufweisen sollte, sind nach Art. 450f nZGB sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Recht anwendbar.
- Sowohl für das **Verfahren vor Bezirksgericht** (untere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz) als auch für das **Verfahren vor Obergericht** (obere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz) besteht allein eine (rudimentäre) Verfahrensordnung gemäss den bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 450–450e und 450g nZGB und fehlt eine kantonalrechtliche Ergänzung. Insbesondere ist hervorzuheben, dass die am 1. Januar 2011 in Kraft tretende Ordnung der §§ 177 ff. GOG (betr. gerichtliche Beurteilung von Fällen der FFE) und der §§ 187 ff. GOG (betr. Rechtsmittel gegen familienrechtliche Entscheide des Bezirksrates) als Folge der Revision des ZGB entfallen wird (im materiellen Recht wird die FFE durch die FU ersetzt; der Bezirksrat kann in seiner bestehenden Konstituierung nicht als erstinstanzliche *gerichtliche Beschwerdeinstanz* eingesetzt werden).
- Falls diese bundesrechtliche Verfahrensordnung als nicht ausreichend erachtet wird und deshalb eine kantonalrechtliche Ergänzung des Verfahrens angestrebt wird (die inhaltlich unterschiedlich weit gehen kann), hat dies entweder in einem neuen eigenständigen kantonalen Gesetz oder durch Ergänzung eines bereits bestehenden kantonalen Gesetzes zu erfolgen. Soweit sich diese (ergänzte) Verfahrensordnung als lückenhaft erweist, sind wiederum nach Art. 450f nZGB sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Recht anwendbar.

6.3 Variante 3 **Der Kanton verzichtet auf Erlass einer besonderen (neuen) Verfahrensordnung.**

Verfahrensrechtliche Konsequenzen:

- Das **Verfahren vor der KESB**, die als interkommunale Verwaltungsbehörde konstituiert wird, richtet sich wie bisher weiterhin nach den Bestimmungen des VRG, unter Vorbehalt der bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 443–449c und 450g nZGB.
- Sowohl für das **Verfahren vor Bezirksgericht** (untere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz) als auch für das **Verfahren vor Obergericht** (obere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz) besteht allein eine (rudimentäre) Verfahrensordnung gemäss den bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 450–450e und 450g nZGB (vgl. dazu auch die Ausführungen zu Variante 2).
- Soweit sich diese bundesrechtliche Verfahrensordnung als lückenhaft erweist, sind nach Art. 450f nZGB sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Recht anwendbar.

D. Vergleich mit der Planung in anderen Kantonen

Nach den dazu publizierten Angaben zeigte sich Ende 2008 die Tendenz ab, dass in fünf Kantonen (AG, FR, GE, NE, VD) grundsätzlich das Zivilprozessrecht, bei fünf Kantonen dagegen das Verwaltungsverfahrenrecht (BS, JU, LU, SO, VS) zur Anwendung gelangen wird (vgl. VOGEL/WIDER, a.a.O. 80). Über die seitherigen Entwicklungen in der Planung liegen keine publizierten Ergebnisse vor. Anscheinend ist diesbezüglich in einer Reihe von Kantonen zurzeit die Situation noch völlig offen. Dem Vernehmen nach ist davon auszugehen, dass in den Kantonen, wo für das Verfahren an die CH-ZPO angeknüpft wird, zusätzlich – in unterschiedlichem Ausmass – ergänzende Bestimmungen dazu erlassen werden.

III. Beantwortung der Fragen

Vorbemerkung

Das Verfahrensrecht ist dazu bestimmt, die Verwirklichung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Es kommt ihm in diesem Sinne eine dienende Funktion zu. Das im Kanton Zürich vor den vormundschaftlichen Behörden zur Anwendung kommende geltende Verfahrensrecht ist als Verwaltungsverfahrensrecht ausgestaltet, soweit es um das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde, vor dem Bezirksrat und vor der administrativen Aufsichtsbehörde (kantonale Direktion der Justiz und des Innern) geht. Soweit es dagegen um das Verfahren vor dem Obergericht geht, ist formell Zivilprozessrecht (in Bestimmungen, die auf die Besonderheiten der Materie zugeschnitten sind, bisher §§ 280a ff. ZPO, neu §§ 177 ff., 187 ff. GOG) anwendbar. **Für das neue Recht ist zu hinterfragen und in grundsätzlicher Hinsicht auch ein Entscheid darüber zu treffen, ob es zweckmässig und sachgerecht ist, an dieser Zweiteilung festzuhalten, oder ob vielmehr eine einheitliche Verfahrensordnung angezeigt ist.**

Zu Frage 1:

Der Erlass einer **integralen kantonalrechtlichen Verfahrensordnung**, abgestimmt auf die bundesrechtlichen Vorgaben in den Art. 443—449c und Art. 450—450e sowie 450g nZGB, würde eine systematische, ganzheitliche verfahrensmässige Erfassung der gesamten Materie und damit eine „massgeschneiderte“ Ausrichtung auf die vielfältigen Probleme des Kindes- und Erwachsenenschutzes ermöglichen. Bei allfälligen – bewussten oder unbewussten – Lücken wären subsidiär nach Art. 450f nZGB sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Recht anwendbar. Mit einem solchen Gesetz, das in Abweichung vom heutigen System eine **Verfahrensordnung sui generis** (weder reines Verwaltungsverfahren noch Zivilprozess im engeren Sinne) schaffen würde, liesse sich insbesondere auch eine einheitliche Betrachtungsweise und koordinierte Bearbeitung innerhalb der verschiedenen Instanzen erreichen. In seiner Perfektion wäre dadurch die Umsetzung des neuen materiellen Rechts in idealer Weise optimal realisierbar.

Der **Nachteil** einer solchen gesetzlichen Regelung liegt jedoch darin, dass neben den für die Zivilgerichte anwendbaren Prozessgesetzen (CH-ZPO und GOG) ein weiteres umfangreiches Gesetz erlassen werden müsste, für dessen Ausarbeitung bis zum Inkrafttreten des revidierten ZGB möglicherweise die Zeit nicht reichen würde, falls die Revision des ZGB auf 1. Januar 2013 in Kraft treten sollte. Dazu kommt, dass möglicherweise die politische Akzeptanz fraglich wäre, nicht

zuletzt auch, weil im Zusammenhang mit den Revisionsarbeiten des materiellen Rechts beim Bund wegen der im Vernehmlassungsverfahren seinerzeit geäusserten Bedenken und Widerstände schliesslich auf ein – bundesrechtliches – Verfahrensgesetz verzichtet wurde.

Zu Frage 2:

Der Erlass einer **punktuellen kantonalen Verfahrensordnung** erweist sich als gangbarer Weg. Es wird an der bestehenden und bewährten Ordnung so weit als möglich angeknüpft und nur gerade soviel geändert, als notwendig erscheint, insbesondere dort, wo die Regelung der bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen im revidierten ZGB als zu knapp erscheint. Damit lässt sich eine einigermaßen „schlanke“ Verfahrensordnung realisieren, was in der Anfangsphase, wo sich auch die Anwendung des neuen materiellen Rechts einspielen muss, von Vorteil sein kann und eine allfällige spätere notwendige Anpassung der Verfahrensvorschriften erleichtern dürfte. Zudem kann damit erreicht werden, dass in bestimmten Bereichen der Materie durch adäquate kantonalrechtliche Verfahrensbestimmungen verhindert werden kann, dass über die sinngemässe Anwendung nach Art. 450f nZGB allzu schematische Lösungen aus einer oft andersgearteten Optik des Zivilprozessrechts übernommen werden müssen. **In diesem Sinne ermöglicht eine punktuelle Anpassung und Ergänzung der bestehenden Regelung, das Verfahren im Kindes- und Erwachsenenschutzrecht mit der erforderlichen und wünschbaren Flexibilität zu versehen.**

Zu Frage 3:

Der vollständige **Verzicht auf eine kantonale Verfahrensordnung** führt dazu, dass die heute bestehende Regelung des Verfahrens weitergeführt wird. Dabei werden Lücken entstehen, weil viele Bestimmungen der bis 1. Januar 2011 geltenden Ordnung wegfallen werden. Diese müssten über Art. 450f nZGB geschlossen werden, was möglicherweise adäquate Lösungen verhindert oder erschwert.

Für das **Verfahren vor der KESB** (erstinstanzliche Verfahren vor der interkommunalen Verwaltungsbehörde) bedeutet das, dass weiterhin die Bestimmungen des VRG anwendbar sind. Soweit das VRG über Fragen des Verfahrens keine Regelung enthält, mithin Lücken aufweist, gelangen wie erwähnt nach Art. 450f nZGB von Bundesrechts wegen die Bestimmungen der CH-ZPO sinngemäss als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung. Die Bestimmung von § 71 VRG (in der durch das GOG revidierten Fassung) verweist zwar partiell auch auf die CH-ZPO (1. Teil, 9. Titel: Art. 124–149 CH-ZPO) sowie die Bestimmungen des GOG (6. Teil, 1. und 2. Abschnitt: §§ 117–147 GOG). Sie ist jedoch nur auf das Beschwerdeverfahren vor

Verwaltungsgericht zugeschnitten und auf das Verfahren vor der KESB selber nicht anwendbar. Die Verweisung in Art. 450f nZGB erfolgt demgegenüber ohne inhaltliche Beschränkung und geht damit weiter als diejenige in § 71 VRG.

Falls der Kanton auf eine Verfahrensregelung verzichtet, kann für das **Beschwerdeverfahren** vor dem Bezirksgericht (untere kantonale gerichtliche Beschwerdeinstanz) und vor dem Obergericht (obere kantonale Beschwerdeinstanz) nicht an eine bestehende kantonale Verfahrensregelung angeknüpft werden. Weil das neue Bundesrecht als Beschwerdeinstanz nur noch – eine oder zwei – gerichtliche Instanzen erlaubt (Art. 450 nZGB; Botschaft, BBl 2006, 7074) und nach dem Konzept des Regierungsrates mit deren Aufgabe auch künftig die Zivilgerichte betraut werden sollen, ist § 71 VRG nicht anwendbar. Wenn somit der Kanton hier keine eigene Verfahrensregelung vorsieht, sind nur gerade die bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 450–450e und 450g nZGB gegeben. Das führt dazu, dass nach Art. 450f nZGB ohne Weiteres sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO zur Anwendung gelangen, und zwar auch dort, wo im Sinne der Praktikabilität und Flexibilität eine adäquatere Lösung wünschbar wäre.

Zur Frage betreffend Übernahme der Bestimmungen von § 117a–m EG ZGB:

Die Bestimmungen der §§ 117a–m EG ZGB konkretisieren und ergänzen die in den Art. 397a–f ZGB vom Bundesgesetzgeber erlassenen materiellrechtlichen Vorschriften, die zum Teil auch Fragen der Organisation und Verfahrensfragen beschlagen. Mit Inkrafttreten des revidierten ZGB (Dritter Abschnitt: Die fürsorgerische Unterbringung, Art. 426–439 nZGB) werden die kantonalrechtlichen Bestimmungen der §§ 117a–m EG ZGB gegenstandslos und entfallen. Die neue bundesrechtliche Regelung ist umfassender als die bisherige in den Art. 397a–f ZGB. Insbesondere werden nunmehr gewisse Fragen, die bisher das kantonale Recht im Rahmen des EG ZGB behandelte, in den Art. 426–439 nZGB bundesrechtlich geregelt, so dass insoweit keine kantonalrechtliche Ergänzung mehr stattfinden kann.

Die neuen Bestimmungen des ZGB erfassen die Materie der FU ganzheitlich. Einerseits werden – materiellrechtlich – Voraussetzungen und Inhalt der vom Gesetz vorgesehenen Massnahmen festgelegt (Art. 426 f., 431, 432, 434 ff. nZGB). Andererseits regelt das Gesetz darin sowohl organisatorische als auch verfahrensrechtliche Belange. Einzelne Bestimmungen betreffen die Behördenorganisation, wie die primäre sachliche Zuständigkeit der Erwachsenenschutzbehörde und die vom kantonalen Recht festzulegende, zeitlich auf höchstens sechs Wochen beschränkte, alternative sachliche Zuständigkeit der Ärztinnen und Ärzte (Art. 428 f. nZGB). Andere Vorschriften weisen einen verfahrensrechtlichen Charakter auf (z.B. 430, 432, 433–436, 438 f.

nZGB). Überdies sind die bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften (Art. 443–449c und 450g nZGB für das Verfahren vor der KESB und Art. 450–450e und 450g nZGB für das Verfahren vor der gerichtlichen Beschwerdeinstanz) auch auf die Fälle von fürsorgerischer Unterbringung anwendbar.

Eine klare **kantonale Kompetenz** verbleibt jedoch in **Art. 437 nZGB**: Hier wird im Gesetz festgehalten, dass die Kantone die **Nachbetreuung** regeln und **ambulante Massnahmen** vorsehen können. Das kantonale Recht hat deshalb hier den Erlass sowohl von organisatorischen Vorschriften als auch von Verfahrensbestimmungen in Erwägung zu ziehen.

Beim gesetzgeberischen Entscheid über die Frage, inwieweit das kantonale Recht die vom Bund vorgegebene Verfahrensordnung ergänzen soll, wird deshalb **im Einzelnen** zu prüfen sein, ob diesbezüglich auch bei der fürsorgerischen Unterbringung Handlungsbedarf besteht.

IV. Folgerungen

1. Ein Abwägen der Vor- und Nachteile führt m.E. dazu, **der Variante 2 (Erlass einer punktuellen kantonalen Verfahrensordnung) den Vorzug zu geben**. Dabei wird genau zu prüfen sein, welche Verfahrensabschnitte einer detaillierten Regelung bedürfen. Dies gilt sowohl für das Verfahren vor der KESB als auch für das zweistufige gerichtliche Beschwerdeverfahren, soweit die bundesrechtlichen Bestimmungen von Art. 443–449c und Art. 450–450e sowie 450g nZGB nicht als ausreichend erachtet werden.

2. Für das **Verfahren vor Bezirksgericht** bestehen heute in Bezug auf den Bereich der fürsorgerischen Freiheitsentziehung Verfahrensbestimmungen, die aufgrund der Regelung in den §§ 176 ff. GOG mit der CH-ZPO koordiniert worden sind. Hier wird zu prüfen sein, inwiefern die Änderung des materiellen Rechts (neu: Fürsorgerische Unterbringung, Art. 426 ff. nZGB) unter Berücksichtigung der bundesrechtlichen Verfahrensbestimmungen im revidierten ZGB (Art. 450 ff. nZGB) zusätzlich kantonalrechtliche Anpassungen des Verfahrensrechts erfordert. Die erstinstanzliche gerichtliche Beschwerdeinstanz ist jedoch nicht nur für die Beschwerden im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung zuständig, sondern für alle gegen Entscheidungen der KESB erhobenen Beschwerden. Diese andern Fälle fallen nicht unter die Regelung von §§ 177 ff. GOG. Sofern insoweit keine kantonalrechtliche Ergänzung ergeht, ist das Verfahren nur durch die bundesrechtlichen Bestimmungen geregelt (Art. 450 ff. nZGB) und gelangen aufgrund von Art.

450f nZGB die Bestimmungen der CH-ZPO sinngemäss als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung.

3. Beim Rechtsmittelverfahren **vor Obergericht** sind die neuen Bestimmungen von §§ 187 ff. GOG mit denjenigen von Art. 308 ff. CH-ZPO koordiniert worden. Das bedeutet, dass heute in diesem Bereich die einschlägigen Bestimmungen der CH-ZPO durch die kantonalrechtlichen Vorschriften von § 188 ff. GOG ergänzt werden. Mit Inkrafttreten des revidierten ZGB wird jedoch dieser Regelung die Grundlage entzogen, geht es bei der gegenwärtigen Regelung doch um Rechtsmittel *gegen Entscheide der Bezirksräte*, d.h. gegen Entscheide von Verwaltungsbehörden (§ 187 GOG), was das neue Recht nicht mehr zulässt. Auch hier wird deshalb im Einzelnen zu prüfen sein, ob und inwiefern die bundesrechtliche Regelung in Art. 450 ff. nZGB ergänzungsbedürftig ist und daher gegebenenfalls die änderungsbedürftigen §§ 188 ff. GOG an die Bedürfnisse des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts anzupassen sind.

4. Aus meiner Sicht sollten für eine **gesetzliche Regelung im Sinne einer punktuellen Anpassung der gesamten Verfahrensordnung** im Wesentlichen drei Varianten (nachfolgend Varianten A1 unter Ziffer 5, A2 unter Ziffer 6 und B unter Ziffer 7) näher geprüft werden, die sich hinsichtlich der Regelungsdichte und inhaltlich nur wenig voneinander unterscheiden werden. Der Unterschied liegt vielmehr in der systematischen Eingliederung in die kantonale Rechtsordnung.

Die **Gemeinsamkeiten der drei Varianten** können etwa wie folgt skizziert werden:

4.1 Behördenorganisation:

4.1.1 KESB: Zu regeln sind die sachliche Zuständigkeit (insbesondere auch die Festlegung der Einzelzuständigkeit nach Art. 440 Abs. 2 nZGB, die Festlegung der ärztlichen Zuständigkeit nach Art. 429 Abs. 1 und 2 nZGB und weiteren Bestimmungen in diesem Bereich [z.B. Vorschriften für die Einrichtungen zur Bestimmung der internen Zuständigkeiten betr. Art. 427 Abs. 1, Art. 434 Abs. 1 nZGB]), gegebenenfalls ergänzende Bestimmungen im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung (Art. 395 nZGB), der Ernennung der Beistände und Beiständinnen (Art. 400 ff. nZGB) sowie der Führung der Beistandschaften (Art. 405 ff. nZGB), mithin Vorschriften, die an die Stelle der im EG ZGB wegfallenden organisatorischen Vorschriften zu treten haben, sofern dafür weiterhin ein Regelungsbedarf besteht. Zudem ist der Erlass von gesetzlichen Bestimmungen über die Nachbetreuung und die ambulanten Massnahmen bei der fürsorgerischen Unterbringung zu prüfen (Art. 437 nZGB).

4.1.2 Gerichtliche Beschwerdeinstanzen: Dem **Bezirksgericht** als erstinstanzliche gerichtliche Beschwerdeinstanz kommt eine doppelte Funktion zu. Es ist einerseits Beschwerdeinstanz, welche bei fürsorglicher Unterbringung erstinstanzlich über Beschwerden im Sinne von Art. 439 nZGB entscheidet, andererseits hat es alle gegen Entscheidungen der KESB erhobenen Beschwerden erstinstanzlich zu beurteilen. Für die Behördenorganisation ist hier an den Inhalt von § 30 GOG anzuknüpfen und diese Bestimmung entsprechend den Vorschriften des revidierten ZGB zu ergänzen, anzupassen und je nach Variante im entsprechenden Gesetz zu verankern. Für das **Obergericht** als zweitinstanzliche gerichtliche Beschwerdeinstanz ist entsprechend vorzugehen, an den Inhalt von § 50 GOG anzuknüpfen und in gleicher Weise diese Bestimmung entsprechend den Gegebenheiten des neuen Rechts anzupassen.

4.2 Verfahrensordnung:

4.2.1 KESB: Im Einzelnen ist zu prüfen, ob angesichts der neuen materiellrechtlichen Regelung im revidierten ZGB die bisherige Regelung im VRG als Ergänzung zu den bundesrechtlichen Verfahrensvorschriften (Art. 443–449c und 450g nZGB) zu genügen vermag, und – falls dies verneint wird – ob die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht eine Ergänzung des VRG als überflüssig erscheinen lässt oder ob vielmehr zusätzlich besondere kantonale Verfahrensbestimmungen zu erlassen sind.

4.2.2 Gerichtliche Beschwerdeinstanzen: Für das Verfahren vor dem Bezirksgericht und vor dem Obergericht gelten primär die Bestimmungen des revidierten ZGB (Art. 450 ff. nZGB). Zunächst ist im Einzelnen zu prüfen, ob diese bundesrechtliche Verfahrensordnung einer Ergänzung durch kantonales Verfahrensrecht bedarf. Trifft dies zu, ist weiter zu prüfen, ob und inwieweit an die bestehenden Vorschriften angeknüpft werden kann (§§ 177–198 GOG) und diese anzupassen, gegebenenfalls zu ergänzen oder zu ersetzen sind, oder ob vielmehr auf eine solche Regelung ganz verzichtet werden kann und generell nach Art. 450f nZGB die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen der CH-ZPO hinreichend ist.

5. Variante A1 („EG ZGB“)

Die Regelung von Behördenorganisation und Verfahren für die KESB, die beiden gerichtlichen Beschwerdeinstanzen und die administrative Aufsichtsbehörde erfolgt **integral im EG ZGB**. In

Bezug auf die **Regelung des Verfahrens** enthält das Gesetz gegebenenfalls Verweisungen auf Bestimmungen im VRG (betr. das Verfahren vor der KESB sowie vor der administrativen Aufsichtsbehörde) und auf solche in der CH-ZPO (betr. das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen), welche sinngemäss zur Anwendung gelangen.

Diesbezüglich gilt für das **Verfahren** folgende „Kaskadenordnung“:

1. primär Art. 443—450e und Art. 450g nZGB,
2. subsidiär Ordnung gemäss kantonaler Regelung nach EG ZGB
3. subsidiär allgemeine Ordnung – aufgrund entsprechender Verweisungen im EG ZGB – nach VRG (für die KESB und die administrative Aufsichtsbehörde), bzw. nach GOG (für die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen)
4. subsidiär sinngemäss Bestimmungen der CH-ZPO (vgl. Art. 450f nZGB).

6. Variante A2 (Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, „EG KESR“)

Der Unterschied zu Variante A1 besteht allein darin, dass zwecks Wahrung der Übersicht im EG ZGB in Bezug auf das Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nur gerade in einer einzigen Norm auf das (neu zu erlassende) EG KESR verwiesen wird. Alle zu erlassenden Bestimmungen über die Behördenorganisation und das Verfahren sind demgemäss im EG KESR geregelt.

Die für das Verfahren geltende „Kaskadenordnung“ ist analog der Variante A1 geregelt:

1. primär Art. 443—450e und Art. 450g nZGB,
2. subsidiär Ordnung gemäss kantonaler Regelung nach EG KESR
3. subsidiär allgemeine Ordnung – aufgrund allfällig entsprechender Verweisungen im EG KESR – nach VRG (für die KESB und die administrative Aufsichtsbehörde), bzw. nach GOG (für die gerichtlichen Beschwerdeinstanzen)
4. subsidiär sinngemäss Bestimmungen der CH-ZPO (vgl. Art. 450f nZGB).

7. Variante B („EG ZGB/VRG/GOG“):

Die Regelung der Behördenorganisation erfolgt im **EG ZGB**. Das Verfahren vor der KESB und vor der administrativen Aufsichtsbehörde wird im – allenfalls ergänzten – **VRG** geregelt, wobei bei Lücken nach Art. 450f nZGB von Bundesrechts wegen sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung gelangen. Das Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen findet seine Regelung im **GOG**, wobei auch hier bei Lücken

nach Art. 450f nZGB von Bundesrechts wegen sinngemäss die Bestimmungen der CH-ZPO als ergänzendes kantonales Verfahrensrecht zur Anwendung gelangen.

Für das **Verfahren vor der KESB** gilt dann folgende „Kaskadenordnung“:

1. primär Art. 443—449c und 450g nZGB,
2. subsidiär Ordnung gemäss kantonaler Regelung nach VRG
3. subsidiär sinngemäss Bestimmungen der CH-ZPO (vgl. Art. 450f nZGB).

Und für das **Verfahren vor den gerichtlichen Beschwerdeinstanzen** gilt folgende „Kaskadenordnung“:

1. primär Art. 450 ff. nZGB,
2. subsidiär Ordnung gemäss kantonaler Regelung nach GOG,
3. subsidiär sinngemäss Bestimmungen der CH-ZPO (vgl. Art. 450f nZGB).

V. Vorschläge zum weiteren Vorgehen

Der gesetzgeberische Aufwand für die Varianten A1, A2 und B ist unterschiedlich gross. Bei **Variante A1** muss nur ein Gesetz, das EG ZGB, revidiert werden. Der Nachteil dieser Regelung ist jedoch, dass das EG ZGB ein sehr altes Gesetz ist, das naturgemäss auch viele andere Materien zum Gegenstand hat und durch die anstehende grössere Revision übermässig „belastet“ und zu einem für die Anwendung wenig praktikablen unorganischen Komplex würde. Bei **Variante B** ist die Materie in drei Gesetzen, EG ZGB, VRG und GOG, geregelt, die alle revidiert werden müssten. Im Vordergrund für mich steht die **Variante A2**. Ein gewisser Nachteil besteht darin, dass hier ein neues Gesetz geschaffen werden muss. Vorteilhaft ist jedoch, dass die für die praktische Anwendung relevanten Gesetzesbestimmungen weitgehend in einem einzigen Erlass aufgeführt sind, was der besseren Übersicht dient und die tägliche Arbeit der Behörden erheblich erleichtert.