

Gerichtliche Beschwerdeinstanz gemäss Art. 450 nZGB im Kanton Zürich

Inhaltsverzeichnis

1.	<i>Ausgangslage und Fragestellung</i>	2
2.	<i>Anforderungen an die gerichtliche Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 nZGB</i>	3
2.1.	Begriff des Gerichts im Sinne von Art. 450 nZGB	3
2.2.	Anforderungen an die Unabhängigkeit eines Gerichts im Sinne von Art. 450 nZGB	5
3.	<i>Erfüllen die Bezirksräte die Anforderungen an eine gerichtliche Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 nZGB?</i>	7
3.1.	Stellung und Aufgaben der Bezirksräte	7
3.2.	Rechtsprechende Funktion der Bezirksräte	8
3.3.	Unabhängigkeit der Bezirksräte	10
4.	<i>Möglichkeiten zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit der Bezirksräte bei der Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheidungen der KESB</i>	13
5.	<i>Zusammenfassende Beantwortung der Fragen</i>	14

1. Ausgangslage und Fragestellung

Die Bestimmungen des Schweizerischen Zivilgesetzbuches über Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht sind mit Bundesgesetz vom 19. Dezember 2008 (Referendumsvorlage: BBl 2009 141) geändert worden. Das neue Recht sieht u.a. eine Erwachsenen- und Kindeschutzbehörde (KESB) vor, die eine Fachbehörde sein muss (Art. 440 nZGB). Nach Art. 450 nZGB kann gegen Entscheide der KESB Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden.

Mit Beschluss vom 10. März 2010 hat der Regierungsrat das definitive Konzept zur Anpassung des kantonalen Rechts an die Änderung des Zivilgesetzbuches verabschiedet. Bei der Trägerschaft der KESB entschied er sich für ein interkommunales Behördenmodell (entweder Vertrag zwischen Sitzgemeinde und Anschlussgemeinden oder Zweckverband). Als Beschwerdeinstanz sah er das zuständige Bezirksgericht vor, dessen Entscheide beim Obergericht angefochten werden können. Er ging davon aus, dass der bisherige Rechtsmittelweg über den Bezirksrat an das Obergericht nicht mehr möglich sei. Die Bezirksräte seien beim Entscheid über ein Rechtsmittel zwar an keine Weisungen gebunden, könnten aber dennoch nicht als verwaltungsunabhängig gelten, weil sie in denselben Sachbereichen sowohl Rechtsmittel- als auch Aufsichtsinstanz seien. Als Aufsichtsbehörden seien sie gegenüber dem Regierungsrat und dessen Direktionen weisungsgebunden.

Die Bezirksräte und Statthalter vertraten dagegen die Ansicht, sie könnten und wollten im Bereich des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts weiterhin als Rechtsmittelinstanz tätig sein, da der Bundesgesetzgeber lediglich die Beurteilung durch ein Gericht im materiellen Sinn verlange und eine entsprechende (partielle) Ausgestaltung der Bezirksräte möglich sei.

Um die Rechtslage zu klären, hat mich die Direktion der Justiz und des Innern des Kantons Zürich am 10. Juni 2010 beauftragt, folgende Fragen zu beantworten:

1. Welche Anforderungen sind an die Ausgestaltung eines Gerichts im materiellen Sinn gemäss Art. 450 nZGB zu stellen?
2. Können die Bezirksräte in ihrer heutigen Form in Anbetracht dieser Anforderungen als erste Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 nZGB eingesetzt werden?
3. Falls die heutige Ausgestaltung der Bezirksräte einen Einsatz gemäss Ziff. 2 nicht erlaubt:
 - Können die Bezirksräte derart umgestaltet werden, dass sie den gestellten Anforderungen gerecht werden?

- Welche gesetzgeberischen Massnahmen müssten dazu getroffen werden?
 - Wäre eine entsprechende Umgestaltung der Bezirksräte mit dem heutigen Gesetzgebungsauftrag der Bezirksräte noch vereinbar?
4. Haben Sie weitere Bemerkungen?

2. Anforderungen an die gerichtliche Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 nZGB

2.1. Begriff des Gerichts im Sinne von Art. 450 nZGB

Art. 450 Abs. 1 nZGB lautet wie folgt: „Gegen Entscheide der Erwachsenenschutzbehörde kann Beschwerde beim zuständigen Gericht erhoben werden.“ Es ist Sache der Kantone, im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung das zuständige Gericht zu bezeichnen.

Der *Wortlaut* der zitierten Bestimmung ist klar: Die Beschwerdeinstanz muss ein Gericht sein. Damit sind Verwaltungsbehörden und Organe der Legislative ausgeschlossen. In der Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006¹ hat der Bundesrat jedoch ausgeführt, mit dem Begriff „Gericht“ sei nicht zwingend ein formelles Gericht gemeint. Vielmehr gehe es darum, dass das Organ den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK zu genügen habe. Das heisse, dass es unabhängig und unparteiisch sein müsse. Nach den Strassburger Organen gehöre zum Wesen eines Gerichts ferner, dass es die rechtserheblichen Tatsachen selber ermittle, die einschlägigen Rechtsnormen auf diesen Sachverhalt anwende und einen verbindlichen Entscheid fälle. Nach Ansicht des Bundesrates können auch Verwaltungsbehörden als Gerichte im Sinne von Art. 450 nZGB eingesetzt werden. Das hat zwingend zur Folge, dass gewisse für Justizorgane geltende Prinzipien keine Anwendung finden. Aus dem Begriff des „Gerichts im materiellen Sinne“ geht allerdings nicht klar hervor, auf welche Anforderungen an die Unabhängigkeit bei einem solchen Organ verzichtet werden kann.

Nach Lehre und Rechtsprechung darf vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftige Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und

¹ BBl 2006 7001, 7074.

Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Normen ergeben.² Im vorliegenden Fall folgt aus den *Materialien*, dass der Bundesrat die Kantone nicht verpflichten wollte, ein Justizorgan mit der Beurteilung der Beschwerden zu betrauen. Es sollte ihnen auch ermöglicht werden, *Verwaltungsbehörden* als Beschwerdeinstanzen einzusetzen, sofern sie die Anforderungen an ein Gericht bezüglich *Unabhängigkeit* sowie bezüglich Ermittlung des Sachverhalts und Überprüfung der Rechtsanwendung erfüllen. In den parlamentarischen Beratungen des Gesetzesentwurfes ist die Auffassung des Bundesrates – soweit ersichtlich – nicht bestritten worden. In der *Literatur* zum neuen Erwachsenenschutzrecht wird der Begriff des „Gerichts“ in Art. 450 Abs. 1 nZGB ebenfalls so verstanden, dass es sich dabei nicht zwingend um ein formelles Gericht handeln muss, sondern nur um ein Organ, welches den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK sowie der Art. 29a und 30 BV entspricht.³ Es bestehen also triftige Gründe dafür, dass der Begriff des Gerichts im Sinne von Art. 450 Abs. 1 nZGB abweichend vom Wortlaut so auszulegen ist, dass darunter auch das Organ einer anderen Gewalt, insbesondere eine Verwaltungsbehörde, verstanden werden kann, sofern es bestimmte Anforderungen an die Unabhängigkeit erfüllt. Für diese Interpretation spricht auch, dass die Praxis des Bundesgerichts den *Materialien* bei neueren Erlassen eine besondere Bedeutung zumisst, weil noch keine Änderungen der Umstände oder ein Wandel des Rechtsverständnisses eingetreten sind, die eine andere Lösung als die vom historischen Gesetzgeber gewählte nahe legen.⁴

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es bei den Anordnungen der KESB um Eingriffe in das Grundrecht der persönlichen Freiheit geht, sodass ein *besonderes Bedürfnis nach gerichtlichem Rechtsschutz* besteht, wenn die KESB – wie im Kanton Zürich vorgesehen – eine Verwaltungsbehörde ist.⁵ Es gäbe also auch Gründe dafür, den *wahren Sinn* von Art. 450 Abs. 1 nZGB darin zu sehen, dass Beschwerden gegen Verfügungen der KESB von einem Gericht im formellen Sinne, d.h. von einem Justizorgan, beurteilt werden müssen. Aus dieser Überlegung folgt mindestens, dass bei den Anforderungen an die Unabhängigkeit der Beschwerdeinstanz keinerlei Abstriche gemacht werden dürfen.

² BGE 135 II 138, 142; 131 II 217, 221, mit Hinweisen; *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 92.

³ *Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010, S. 18; *Urs Vogel/Diana Wider*, Das neue Erwachsenenschutzrecht, in: ZVW 1/2009, S. 77; *Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK)*, Empfehlungen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde als Fachbehörde (Analyse und Modellvorschläge), in: ZVW 2/2008, S. 93 f.; siehe auch *Daniel Steck*, Bericht zur Grundsatzfrage der staatsrechtlichen Eingliederung der künftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde im Kanton Zürich gemäss neuem Erwachsenenschutzrecht vom 30. November 2008, S. 7, 28 f.

⁴ BGE 131 II 697, 703, mit weiteren Hinweisen.

⁵ Siehe dazu Botschaft (Anm. 1), S. 7074.

2.2. Anforderungen an die Unabhängigkeit eines Gerichts im Sinne von Art. 450 nZGB

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hat eine Behörde bestimmte Grundmerkmale aufzuweisen, um als konventionskonformes Gericht anerkannt zu werden. Sie muss einerseits durch ihre *rechtsprechende Funktion* charakterisiert werden, d.h. die in ihre Zuständigkeit fallenden Angelegenheiten auf der Grundlage von Rechtsvorschriften nach der Durchführung eines geregelten Verfahrens entscheiden. Die Tatsache, dass ein Organ neben der rechtsprechenden auch andere – administrative, disziplinarische oder beratende – Funktionen erfüllt, stellt die Gerichtseigenschaft für sich allein nicht infrage. Die Behörde muss zudem von den anderen staatlichen Gewalten und von den Parteien *unabhängig* sein. Es genügt allerdings nicht, dass die Unabhängigkeit institutionell gesichert ist; die Behörde muss bei den Parteien und der Rechtsgemeinschaft auch den *Anschein* erwecken, unabhängig zu sein.⁶ So hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem Urteil vom 29. April 1988⁷ festgehalten, die Polizeikommission der Stadt Lausanne entspreche den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK in Bezug auf Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht. Zwar bestünden objektiv keine Zweifel an der Unabhängigkeit des einzigen Mitglieds der Polizeikommission. Allerdings seien auch die ausgeübten Funktionen und die interne Organisation zu berücksichtigen, denn selbst der äussere Anschein könne von Bedeutung sein. Das Mitglied der Polizeikommission sei ein aus der Polizeidirektion hervorgegangener höherer Beamter, der berufen sein könne, dort erneut andere Aufgaben wahrzunehmen. Die seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen könnten versucht sein, in ihm ein Mitglied des Polizeidienstes zu sehen, der in dessen Hierarchie eingeordnet und mit seinen Kollegen solidarisch sei. Eine solche Situation könne das Vertrauen infrage stellen, das Gerichte in einer demokratischen Gesellschaft vermitteln sollen.

Das Bundesgericht hat sich der Praxis der Strassburger Organe zum Begriff des unabhängigen Gerichts ausdrücklich angeschlossen.⁸ So stellte es fest, dass die Garantie des verfassungsmässigen Richters verletzt ist, wenn bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen.⁹

⁶ Siehe dazu *Regina Kiener*, Richterliche Unabhängigkeit, Berner Habil., Bern 2001, S. 230 ff.

⁷ Fall *Belilos* gegen Schweiz; EuGRZ 1989, S. 21 ff., 30 f.; siehe auch VPB 52 (1988) Nr. 65.

⁸ BGE 135 I 14, 15; 133 IV 278, 284 f., je mit Hinweisen; *Kiener* (Anm. 6), S. 234 f.

⁹ BGE 131 I 113, 116, mit Hinweisen.

Gerichte müssen funktionell, personell und organisatorisch unabhängig sein. Für die funktionelle Unabhängigkeit ist zentral, dass kein anderes Staatsorgan die Möglichkeit hat, auf die Rechtsprechung autoritativ einzuwirken (*Weisungsfreiheit*).¹⁰

Die Unabhängigkeit muss auch *in personeller Hinsicht* gewährleistet sein. Durch Unvereinbarkeitsregeln sollen Interessenkollisionen vermieden und unsachliche Einwirkungen auf die Rechtsprechung ausgeschaltet werden; unzulässig ist insbesondere die Einsitznahme von Repräsentanten der Exekutive oder der Legislative in Gerichte. Die Bestellung der Richterinnen und Richter darf nicht zu Abhängigkeiten vom Wahlorgan führen; schliesslich ist ihnen ein dienstrechtlicher Status zuzuerkennen, der eine Funktionsausübung in Unabhängigkeit erlaubt.¹¹ Die personelle Unabhängigkeit ist für ein Gericht im materiellen Sinne von *geringerer Bedeutung* als für ein Justizorgan. Die Frage der Unvereinbarkeiten stellt sich nicht oder nur beschränkt. Die Art der Bestellung der Personen, welche die richterliche Tätigkeit ausüben, und ihr dienstrechtlicher Status können dagegen eine Rolle spielen.

Zur Unabhängigkeit der Gerichte gehört ferner eine gewisse *organisatorische Selbstständigkeit*. In der Lehre werden in diesem Zusammenhang insbesondere die eigenständige Gerichtsverwaltung, die Ausgestaltung der Justizaufsicht sowie eine ausreichende Ausstattung mit personellen und sachlichen Mitteln genannt.¹² Auch dieser Aspekt der Unabhängigkeit steht bei der gerichtlichen Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 nZGB nicht im Vordergrund. Sichergestellt sein muss allerdings, dass die Aufsichtsbehörden nicht auf die rechtsprechende Tätigkeit der Beschwerdeinstanz einwirken können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz, welche die Kantone gestützt auf Art. 450 nZGB einzusetzen haben, die Anforderungen an die funktionelle Unabhängigkeit in vollem Umfange erfüllen müssen. In personeller und organisatorischer Hinsicht können die Grundsätze, die für die Unabhängigkeit der Gerichte im formellen Sinne gelten, nur teilweise angewendet werden. Relevant sind die Anforderungen an die Unabhängigkeit von den

¹⁰ Kiener (Anm. 6), S. 235 ff.; siehe dazu und zum Folgenden auch Kurt Eichenberger, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Berner Habil., Bern 1960, S. 31 ff., 45 ff.; Jochen Abr. Frowein/Wolfgang Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Auflage, Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Art. 6, Rz. 124 ff.; Andreas Kley-Struller, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt, Zürich 1993, S. 62 f.; Jörg Paul Müller/Markus Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008, S. 931 ff.; Gerold Steinmann, in: St. Galler Kommentar zu Art. 30 BV, Rz. 5 ff.; Marc E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Auflage, Zürich 1999, Rz. 417 ff.

¹¹ Siehe dazu Kiener (Anm. 6), S. 249 ff.

¹² Kiener (Anm. 6), S. 291 ff., mit Hinweisen.

Wahlorganen und an eine dienstrechtliche Stellung, die Einwirkungen der zuständigen Behörden auf die Rechtsprechung verhindert, ferner die Ausgestaltung der Aufsicht, die so ausgeübt werden muss, dass die Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt wird.

3. Erfüllen die Bezirksräte die Anforderungen an eine gerichtliche Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 nZGB?

3.1. Stellung und Aufgaben der Bezirksräte

Die Bezirksräte gehören zu den Bezirksbehörden. Nach § 3 des Bezirksverwaltungsgesetzes (BezVG) vom 10. März 1985¹³ sind die Bezirksbehörden beim Entscheid über eine Strafsache oder ein Rechtsmittel an keine Weisungen gebunden, ausgenommen bei der Rückweisung durch eine höhere Instanz. Sie konstituieren sich selbst, wobei für die Konstituierung und die Geschäftsordnung die §§ 57, 58, 62 Abs. 1 und 65–68 des Gemeindegesetzes¹⁴ sinngemäss gelten (§ 4 Abs. 1 BezVG). Der Staat stellt den Bezirksbehörden die Amtsräume zur Verfügung. Sie erstatten den vorgesetzten Behörden jährlich Bericht über ihre Tätigkeit (§§ 7 und 8 BezVG). Die Statthalterin oder der Statthalter als Präsidentin bzw. Präsident des Bezirksrates und die weiteren Mitglieder werden von den Stimmberechtigten des Bezirks gewählt (§ 9 Abs. 1 BezVG). Gemäss § 10 BezVG obliegen dem Bezirksrat vor allem die Aufsicht über die Gemeinden und der Entscheid über Rechtsmittel in Gemeindesachen; besondere Bestimmungen sind vorbehalten. Der Bezirksrat besorgt die Bezirksaufgaben, für die keine andere Behörde zuständig ist. § 12 BezVG sieht vor, dass dem Statthalteramt, das von der Statthalterin oder dem Statthalter geleitet wird, vor allem die Aufsicht über die Ortspolizei und das Feuerwehrwesen, der Entscheid über Rechtsmittel aus diesen Gebieten und die Handhabung des Übertretungsstrafrechts obliegen, wobei besondere Bestimmungen vorbehalten sind. Es kann sich der Hilfe der Polizei und der Gemeindebehörden bedienen. Die Statthalterin oder der Statthalter vollzieht besondere Aufträge des Regierungsrates.

Das Gemeindegesetz¹⁵ umschreibt die Aufgaben des Bezirksrates auf dem Gebiet der *Aufsicht über die Gemeinden* näher. Nach § 141 stehen die Gemeinden, ihre Betriebe, Anstalten und ihre Verbindungen unter der Aufsicht des Bezirksrates. Der Bezirksrat wacht darüber, dass die

¹³ LS 173.1.

¹⁴ Gesetz über das Gemeindewesen (Gemeindegesetz) vom 6. Juni 1926, LS 131.1.

¹⁵ Siehe Anm. 14.

Gemeindebehörden und -beamten ihre Pflichten gewissenhaft und den gesetzlichen Vorschriften gemäss erfüllen. § 142 legt die Massnahmen fest, die der Bezirksrat anzuordnen hat, wenn er in einer Gemeindeverwaltung Unordnung, Missbräuche, Gesetzes- oder Pflichtverletzungen wahrnimmt. Er hat regelmässig die Akten der Gemeinden zu prüfen, die Haushaltsführung und die Rechnungen der Gemeinden zu überwachen und der zuständigen Direktion Bericht über die Ausübung der Gemeindeaufsicht zu erstatten (§§ 143 ff. Gemeindegesetz). Dazu kommen Aufgaben im Zusammenhang mit der Protokollführung, der Einführung neu gewählter Gemeindebeamten sowie die Beurteilung von Beschwerden gegen Beschlüsse der Gemeinde und des Grossen Gemeinderates (§ 151 Gemeindegesetz). Er ist nach § 19 Abs. 1 lit. c in Verbindung mit § 19b Abs. 2 lit. c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG)¹⁶ *Rekursinstanz bei Wahlen und Abstimmungen in der Gemeinde*. § 8 des Sozialhilfegesetzes¹⁷ sieht vor, dass der Bezirksrat die *Aufsicht über die Fürsorgebehörden und über bestimmte Heime führt*; nach § 47 Abs. 1 des Sozialhilfegesetzes kann gegen *Entscheide der Fürsorgebehörden* über Art und Mass sowie Rückerstattung der wirtschaftlichen Hilfe *Rekurs* erhoben werden. Das Einführungsgesetz zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (EG zum ZGB)¹⁸ setzt den Bezirksrat als *Aufsichtsbehörde über die Zivilstandsämter* und über gewisse *Stiftungen* ein (§ 31 und § 37 EG ZGB). Rechtspflegfunktionen übt der Bezirksrat nach § 5 des *Patientinnen- und Patientengesetzes*¹⁹ aus, indem er *Rekurse* gegen Verfügungen bestimmter öffentlich-rechtlicher Institutionen über Rechte und Pflichten nach diesem Gesetz beurteilt. Als *Rekursinstanz* amtet der Bezirksrat auch bei der gemeinschaftlichen Durchführung von Verbesserungsmassnahmen durch öffentlich-rechtliche Genossenschaften im *Landwirtschaftsrecht*.²⁰

3.2. *Rechtsprechende Funktion der Bezirksräte*

Wie vorne²¹ dargelegt setzt die Anerkennung einer Behörde als Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK voraus, dass sie eine rechtsprechende Funktion ausübt. Das bedeutet, dass sie die rechtserheblichen Tatsachen selbst ermittelt, Gesetze auf den in einem rechtsstaatlichen Verfahren ermittelten Sachverhalt anwendet und eine für die Parteien bindende Entscheidung trifft. Ein

¹⁶ Vom 24. Mai 1959 (LS 175.2).

¹⁷ Vom 14. Juni 1981, LS 851.1; vgl. auch § 13a des Gesetzes über die Beitragsleistungen des Staates für Altersheime sowie Heime, Eingliederungsstätten und Werkstätten für Invalide vom 4. März 1973, LS 855.1.

¹⁸ Vom 2. April 1911, LS 230.

¹⁹ Vom 5. April 2004, LS 813.13.

²⁰ §§ 69, 102 Abs. 4, 107 Abs. 2 und 165 Abs. 2 des Landwirtschaftsgesetzes (LG) vom 2. September 1979, LS 910.1.

²¹ Ziff. 2.2.

Organ, das selbst keine Tatsachen ermitteln kann, ist kein Gericht. Zudem muss das Organ den Sachverhalt und die Rechtslage umfassend prüfen können.²²

Den Bezirksräten kommt nach den Ausführungen unter Ziff. 3.1. u.a. die Aufgabe zu, über Streitigkeiten auf der Grundlage von Rechtsvorschriften nach Durchführung eines geregelten Verfahrens für die Parteien verbindlich zu entscheiden. Sie sind befugt, Sachverhalts- und Rechtsfragen uneingeschränkt zu prüfen. Es fragt sich, ob diese Voraussetzung nur dann erfüllt ist, wenn ihnen das Recht zusteht, Zeugen einzuvernehmen. Die Frage ist soweit ersichtlich bisher nicht ausdrücklich entschieden worden. Im Urteil Bryan gegen Vereinigtes Königreich vom 25. November 1995²³ bestätigte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zwar den Grundsatz, dass ein Gericht im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK volle Kognition in Tat- und Rechtsfragen haben muss, begnügte sich dann aber im Hinblick auf die Eigenheiten der Streitsache sogar mit einer auf Rechtsfragen beschränkten Überprüfung.²⁴ Das spricht dafür, dass eine Behörde die Anerkennung als Gericht nicht schon dann verliert, wenn sie zur Ermittlung des Sachverhalts keine Zeugen einvernehmen kann. Nach Art. 56a EG zum ZGB kann der Bezirksrat in familienrechtlichen Angelegenheiten (Art. 90–456 ZGB) Zeugen einvernehmen. Die entsprechenden Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Zivilprozessordnung sind sinngemäss anwendbar. Der Bezirksrat ist also auf dem Gebiet des Erwachsenen- und Kindeschutzrechts in der Lage, den Sachverhalt auch mit Hilfe von Zeugeneinvernahmen zu ermitteln. Dem Antrag des Regierungsrates zum Gesetz über die Anpassung des Verwaltungsverfahrensrechts²⁵ lässt sich allerdings entnehmen, dass er den Bezirksrat grundsätzlich nicht als Organ

²² Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 27. August 1991, in EuGRZ 1991, S. 477; Internationaler EMRK-Kommentar, *Kühne*, Art. 6, Rz. 287, 289, mit Hinweisen.

²³ Series A No 335-A [1996].

²⁴ Vgl. dazu *Kühne* (Anm. 22), Rz. 289; *Benjamin Schindler*, Art. 6 (1) ECHR and Judicial Review of Administrative Decision-Making in England and Switzerland – A Comparative Perspective, in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 16/2006, S. 449 f.

²⁵ Nach Art. 26c des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) vom 24. Mai 1959 (LS 175.2; eingefügt durch das Gesetz über die Anpassung des kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts vom 22. März 2010 [OS 65, 390; ABl 2009, 801], in Kraft seit 1. Juli 2010) können Rekursinstanzen, welche über gerichtliche Unabhängigkeit verfügen, Zeugen einvernehmen. Im Antrag des Regierungsrates vom 29. April 2009 zum Gesetz über die Anpassung des kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts (ABl 2009, 801, 965) wird dazu ausgeführt, Zeugeneinvernahmen seien ein verhältnismässig anspruchsvolles Mittel der Beweiserhebung. Verwaltungs- und Rekursinstanzen seien deshalb grundsätzlich nicht berechtigt, sie einzusetzen (Umkehrschluss aus § 7 Abs. 1 VRG). Handle es sich aber um ein Gericht – zurzeit verfügten die Steuerrekurskommissionen und die Baurekurskommissionen über gerichtliche Unabhängigkeit –, dürfe das erforderliche Knowhow vorausgesetzt werden. Die Bezirksräte werden im Antrag des Regierungsrates nicht erwähnt, was bedeutet, dass sie keine Zeugen einvernehmen dürfen, weil ihnen die erforderliche gerichtliche Unabhängigkeit fehlt.

betrachtete, das über die notwendige gerichtliche Unabhängigkeit verfügt, um Zeugen einvernehmen zu können. Der Kantonsrat hat sich dieser Auffassung angeschlossen.²⁶

3.3. *Unabhängigkeit der Bezirksräte*

Der Bezirksrat ist die wichtigste Bezirksbehörde. Er ist Aufsichts- und Rechtsmittelinstanz gegenüber den Gemeinden und erfüllt zahlreiche weitere Aufgaben auf verschiedenen Sachgebieten.²⁷ Der Statthalter ist der Vertreter des Regierungsrates im Bezirk und vollzieht seine Aufträge.²⁸ Für seine Aufgaben im Bereich der *Rechtspflege* hält § 3 BezVG ausdrücklich fest, dass der Bezirksrat und die Statthalterin oder der Statthalter an *keine Weisungen* gebunden sind, ausgenommen bei der Rückweisung durch eine höhere Instanz. Damit wird die *funktionelle Unabhängigkeit* des Bezirksrates und des Statthalters als rechtspflegende Behörden gewährleistet. In der Weisung des Regierungsrates vom 16. Februar 1983 zum Gesetz über die Bezirksverwaltung²⁹ wird dazu lapidar festgehalten, es handle sich bei dieser Bestimmung um einen rechtsstaatlichen Grundsatz, welcher wegen der ständig steigenden Anforderungen an die Verwaltungsrechtsprechung nötig geworden sei.

Im Hinblick auf die anderen Aufgaben des Bezirksrates und des Statthalters muss jedoch geprüft werden, ob nicht zumindest der *Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit* besteht.³⁰ In diesem Zusammenhang ist die Aufsicht über die Gemeindeverbindungen (interkommunale Zweckverbände und Anschlussverträge) zu erwähnen, die der Bezirksrat gemäss § 141 Abs. 1 Gemeindegesetz wahrzunehmen hat. Nach dem Konzept des Regierungsrates werden solche Gemeindeverbindungen Träger der KESB sein, deren Verfügungen durch die Bezirksräte als erste Beschwerdeinstanz zu überprüfen wären. Die Aufsicht über die KESB soll zwar nach wie vor die Direktion der Justiz und des Innern ausüben; trotzdem sind gewisse *Interessenkollisionen* zwischen den Aufgaben des Bezirksrates als Aufsichtsbehörde über Gemeindeverbindungen und als Rechtspflegeinstanz möglich. Dazu kommt, dass die Bezirksräte und die Statthalterinnen und Statthalter als Vertretung des Regierungsrates in den Bezirken bei

²⁶ In der vorberatenden Kommission für Justiz und öffentliche Sicherheit wurde anlässlich der Sitzung vom 27. August 2009 von Seiten der Direktion der Justiz und des Innern darauf hingewiesen, dass nur die Steuer- und die Baurekurskommissionen über die gemäss § 26c VRG notwendige richterliche Unabhängigkeit verfügten. Die Feststellung blieb unwidersprochen. In den beiden Beratungen des Kantonsrates vom 15. Februar und 22. März 2010 gab es keine Bemerkungen zu § 26c VRG.

²⁷ Vgl. dazu *Tobias Jaag*, Staats- und Verwaltungsrecht des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 1602 ff.

²⁸ *Jaag* (Anm. 27), Rz. 1613 ff.

²⁹ ABl 1983, 392.

³⁰ BGE 135 I 14, 15; vgl. vorne, Ziff. 2.2., erster Absatz.

der Erfüllung von Aufgaben, die nicht zur Rechtsprechung gehören, unter der *Aufsicht des Regierungsrates bzw. der zuständigen Direktionen* stehen. An sich wird die richterliche Unabhängigkeit nicht schon dadurch infrage gestellt, dass ein Organ neben rechtsprechenden Funktionen noch andere Aufgaben erfüllt.³¹ Die Tatsache, dass der Bezirksrat bei der Ausübung der nicht-richterlichen Funktionen von den Weisungen der übergeordneten Exekutivbehörden abhängt, kann nach meinem Dafürhalten aber *Anlass zur Besorgnis der Befangenheit* geben.³² Das gilt umso mehr, als einzelne dieser Aufgaben (z.B. Aufsicht über die Fürsorgebehörden und Heime) in einem Zusammenhang mit den Anordnungen der KESB stehen können, die der Bezirksrat als Beschwerdeinstanz zu beurteilen hätte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts muss das kantonale Recht verhindern, dass einem Richter mehrere Funktionen derart überbunden werden, dass er sich über eng verbundene Sach- und Rechtsfragen in verschiedenen Stadien desselben Prozesses mehrmals auszusprechen hat.³³ In BGE 123 I 87, 93 f. wird ausgeführt, die Notariatskommission des Kantons Graubünden sei zwar organisatorisch und personell unabhängig, doch ergäben sich aus ihren Aufgaben und Funktionen Zweifel hinsichtlich der gerichtlichen Natur, weil sie Aufsichtsbefugnisse habe, über die Berufszulassung der Notare verfüge, von Amtes wegen deren Berufsausübung prüfe, Inspektionen vornehme und Disziplinarverfahren durchführe, die sie mit einem Disziplinentscheid abschliesse. Eine Behörde mit solchen Aufgaben und Befugnissen ähnele funktionell eher einer Verwaltungsbehörde als einer gerichtlichen Instanz. Sie stehe dem Notar, der die Rechtmässigkeit ihrer Aufgabenwahrnehmung bestreite, als Gegenpartei und nicht als „rechter Mittler“ gegenüber.

Aus denselben Gründen wird im Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz³⁴ die Meinung vertreten, die Bezirksbehörden (namentlich Bezirksräte und Statthalter) zählten von vornherein nicht zu den verwaltungsunabhängigen Justizbehörden, soweit sie als Rekursbehörde amten. Zwar gewähre ihnen § 3 BezVG Unabhängigkeit in der Rechtsprechung, doch sei zu beachten, dass diese Behörden nicht nur Rekursinstanz seien, sondern zugleich Verwaltungs- und Aufsichtsfunktionen wahrnahmen. Dies könne zur Folge haben, dass sie in der gleichen Angelegenheit einerseits als unabhängige Rechtsmittelinstanz und andererseits als gegenüber dem Regie-

³¹ Siehe vorne, Ziff. 2.2., erster Absatz.

³² Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im vorne (Anm. 7) zitierten Urteil den Anschein der Voreingenommenheit bei einem Mitglied der Polizeikommission bejaht, weil es aus der Polizeidirektion hervorgegangen war und berufen sein könnte, dort erneut andere Aufgaben wahrzunehmen. Die seiner Gerichtsbarkeit unterworfenen Personen könnten deshalb in ihm trotz seiner funktionellen Unabhängigkeit einen Angehörigen des Polizeidienstes sehen, der in dessen Hierarchie eingeordnet und mit seinen Kollegen solidarisch sei.

³³ BGE 125 I 119, 124; Urteil 1P. 335/2000 vom 11. August 2000 E. 2.

³⁴ *Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl*, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 4, N. 26.

rungsrat und seinen Direktionen weisungsgebundene Aufsichtsbehörde tätig würden, was sich mit der für eine gerichtliche Instanz erforderlichen Unabhängigkeit kaum vereinbaren lasse.³⁵ Im Bericht über die Umsetzung des neuen Erwachsenen- und Kindesschutzrechts im Kanton Bern³⁶ wird ohne weitere Begründung ausgeführt, das Bundesrecht schliesse es aus, die Regierungsstatthalterämter weiterhin als Beschwerdeinstanz vorzusehen, weil sie nicht Gerichte seien. Auch der zürcherische Gesetzgeber hat im Rahmen der Anpassung des kantonalen Verwaltungsverfahrensrechts an die neuen Regelungen des Bundesrechts den Bezirksräten die gerichtliche Unabhängigkeit abgesprochen, die notwendig ist, um einer Behörde das Recht zur Zeugeneinvernahme einzuräumen.³⁷

Was die *personelle Unabhängigkeit* betrifft, so kann man feststellen, dass die Wahl der Statthalterinnen und Statthalter sowie der Mitglieder des Bezirksrates durch die Stimmberechtigten des Bezirks auf Amtsdauer keine Abhängigkeiten begründet. Sie vermittelt ihnen im Gegenteil eine eigenständige und unmittelbare demokratische Legitimation, welche Ansehen und Autorität und damit auch die Stellung gegenüber den anderen Staatsorganen stärkt. Direkt-demokratische Wahlverfahren sind deshalb verfassungs- und konventionskonform.³⁸ Ein gewisses Risiko stellt das Erfordernis der Wiederwahl nach Ablauf der Amtsdauer dar, wenn missliebige Rekursentscheide dazu Anlass geben können, dass Mitglieder des Bezirksrates von den politischen Parteien, denen sie angehören, nicht mehr zur Wiederwahl vorgeschlagen werden, oder die Wiederwahl mit dem Hinweis auf bestimmte Entscheide bekämpft wird.³⁹

Im Zusammenhang mit der *organisatorischen Unabhängigkeit* ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die Aufsicht des Regierungsrates und der zuständigen Direktionen über die Bezirksräte bei der Erfüllung von nicht-richterlichen Aufgaben zumindest den *Anschein* schaffen kann, die Bezirksräte stünden auch bei der Ausübung ihrer Rechtspflegefunktionen unter dem Einfluss der vorgesetzten Exekutivbehörden.

³⁵ Diese Auffassung teilt *Evi Schwarzenbach*, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, Art. 80, Rz. 9.

³⁶ Vom Regierungsrat am 1. April 2009 für die Vernehmlassung freigegeben, S. 25.

³⁷ Siehe Anm. 25.

³⁸ *Kiener* (Anm. 6), S. 256.

³⁹ Dazu *Kiener* (Anm. 6), S. 285 ff.

4. Möglichkeiten zur Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit der Bezirksräte bei der Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheidungen der KESB

Nach dem Gesagten ist die institutionelle Unabhängigkeit der Bezirksbehörden beim Entscheid über Rechtsmittel in § 3 BezVG zwar grundsätzlich garantiert, indem die Weisungsfreiheit statuiert wird. Der Anschein dieser Unabhängigkeit wird jedoch durch andere objektive Gegebenheiten infrage gestellt. Im Vordergrund steht dabei die Aufgabe des Bezirksrates, die Gemeindeverbindungen als Träger der KESB zu beaufsichtigen. In der kantonalen Einführungsgesetzgebung zum neuen Erwachsenen- und Kindesschutzrecht müsste deshalb klargestellt werden, dass die *Aufsicht über diese interkommunalen Organisationen* nicht dem Bezirksrat, sondern der Aufsichtsbehörde über die KESB obliegt. Zudem müssten verschiedene weitere Aufgaben daraufhin überprüft werden, ob sie in einem so engen Zusammenhang mit den Anordnungen der KESB stehen, dass der Bezirksrat als gerichtliche Beschwerdeinstanz den Anschein der Voreingenommenheit erwecken könnte. Zu diesen Aufgaben gehört *die Aufsicht über die Fürsorgebehörden und die Heime*, die ggf. einer anderen Behörde übertragen werden müssten. Ob damit den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK betreffend Unabhängigkeit Genüge getan wäre, lässt sich allerdings nicht mit Sicherheit voraussagen. Es bleibt ein gewisses *Risiko*, dass ein Gericht trotz dieser Umgestaltungen im Aufgabenbereich in einem konkreten Fall feststellt, die *Unabhängigkeit der Bezirksräte sei nicht gewährleistet* oder es bestehe zumindest der *Anschein der Voreingenommenheit*, weil sie bei der Erfüllung ihrer wichtigsten Aufgabe im Bereich der *Gemeindeaufsicht* nach wie vor dem Regierungsrat und der Direktion der Justiz und des Innern hierarchisch untergeordnet und weisungsgebunden sind. Die Gefahr ist umso grösser, als nach dem Gesagten⁴⁰ strenge Anforderungen an die funktionelle Unabhängigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz nach Art. 450 nZGB gestellt werden müssen. Diese Aufgabe kann dem Bezirksrat nicht entzogen werden, weil damit praktisch die Existenzberechtigung dieser Behörde infrage gestellt wäre.

Der Gesetzgeber müsste auch klarstellen, dass dem Bezirksrat – wie bisher nach § 56a EG ZGB im Bereich des Familienrechts – das Recht zur Zeugeneinvernahme zusteht, damit er über alle notwendigen Mittel zur Ermittlung des Sachverhalts verfügt.

Obwohl unbestritten ist, dass die Bezirksräte ihre Aufgabe als Beschwerdeinstanz im Vormundschafswesen bisher gut erfüllt haben, und dass ihre funktionelle Unabhängigkeit in der Rechts-

⁴⁰ Vorne, Ziff. 2.2., letzter Absatz.

pflege von Gesetzes wegen gewährleistet ist und in der Praxis respektiert wird, spricht vieles dafür, inskünftig eine *andere Behörde* mit dieser Aufgabe zu betrauen, die ohne Zweifel keinen Anschein der Voreingenommenheit erweckt. Im Vordergrund stehen dabei die *Bezirksgerichte* oder das *Obergericht*, allenfalls das Verwaltungsgericht. Denkbar wäre auch die Schaffung einer speziellen *Rekurskommission*, deren Mitglieder so ausgewählt werden könnten, dass sie über den gleichen Sachverstand verfügen wie die Mitglieder der KESB.

5. Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

- 5.1. Ein Gericht im materiellen Sinne gemäss Art. 450 nZGB muss den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK genügen. Ein solches Gericht muss einerseits befugt sein, über die in seine Zuständigkeit fallenden Streitigkeiten auf der Grundlage von Rechtsvorschriften in einem geregelten Verfahren nach einer vollen Überprüfung der Sach- und Rechtsfragen für die Parteien verbindlich zu entscheiden. Auf der anderen Seite muss es von den anderen staatlichen Gewalten und von den Parteien unabhängig sein. Es darf bei den Parteien und der Rechtsgemeinschaft auch nicht den Anschein der Befangenheit erwecken.

- 5.2. In ihrer heutigen Form können die Bezirksräte nicht als gerichtliche Beschwerdeinstanz im Sinne von Art. 450 Abs. 1 nZGB eingesetzt werden. Sie üben zwar eine rechtsprechende Funktion aus und können den Sachverhalt selbst ermitteln sowie die Rechtslage uneingeschränkt prüfen. Sie sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in der Rechtspflege auch unabhängig. Da sie aber noch verschiedene andere Aufgaben, insbesondere im Bereich der Aufsicht und der Verwaltung, auszuüben haben, kann der Anschein der Befangenheit bzw. der Abhängigkeit von denjenigen Exekutivbehörden (Regierungsrat, Direktionen) entstehen, welchen sie für die Wahrnehmung dieser Aufgaben unterstellt sind. Das Risiko ist umso grösser, als es dabei zu Interessenkollisionen zwischen den Aufgaben als Beschwerde- und als Aufsichtsinstanz kommen kann, so insbesondere bei der Aufsicht über Gemeindeverbindungen, die Träger der KESB sind, oder bei der Aufsicht über Fürsorgebehörden und Heime. Eine Behörde mit einer solchen Kombination von Verwaltungs- und Rechtsprechungsaufgaben erweckt eher den Anschein einer Verwaltungsbehörde als einer gerichtlichen Instanz.

- 5.3. Es wäre grundsätzlich möglich, die Bezirksräte so umzugestalten, dass sie die Anforderungen an eine gerichtliche Beschwerdeinstanz nach Art. 450 Abs. 1 nZGB erfüllen würden. Dem Bezirksrat müssten sämtliche Aufgaben entzogen werden, bei deren Erfüllung es zu Interessenkollisionen mit der Rechtsprechungsfunktion auf dem Gebiet des Erwachsenen- und Kindesschutzrechts kommen oder der Anschein der Befangenheit entstehen könnte. Dazu gehören die Aufsicht über gewisse Gemeindeverbindungen sowie über die Fürsorgebehörden und die Heime, möglicherweise aber auch die Aufsicht über die Gemeinden überhaupt, weil die Bezirksräte bei dieser Tätigkeit der Direktion der Justiz und des Innern unterstehen, die ihrerseits die Aufsicht über die KESB ausüben soll. Es müsste jede einzelne Aufgabe des Bezirksrates auf mögliche Widersprüche zu den Anforderungen an die Unabhängigkeit der gerichtlichen Beschwerdeinstanz nach Art. 450 Abs. 1 nZGB geprüft werden. Um das Risiko zu vermeiden, dass ein Gericht in einem Einzelfall feststellt, der Bezirksrat erwecke den Anschein der Befangenheit, wären die Aufgaben im Zweifelsfall einem anderen Organ zuzuweisen. Es ist absehbar, dass es zu einer wesentlichen Umgestaltung der Stellung und Aufgaben des Bezirksrates kommen würde, und zahlreiche Aufgaben auf andere Behörden übertragen werden müssten. Voraussetzung für eine solche Umgestaltung wäre die Ausarbeitung eines Konzeptes, das die verschiedenen organisatorischen Varianten mit ihren Vor- und Nachteilen und ihren Auswirkungen auf andere Organe aufzeigen würde. Der gesetzgeberische Aufwand für die Umsetzung eines solchen Konzeptes wäre sehr gross.
- 5.4. Nach meinem Dafürhalten sollten Beschwerden gegen Verfügungen der KESB nicht vom Bezirksrat, sondern von den Bezirksgerichten, allenfalls direkt vom Obergericht oder vom Verwaltungsgericht beurteilt werden. Es könnte auch eine besondere Rekurskommission geschaffen werden, deren Mitglieder über das notwendige Fachwissen auf dem Gebiet des Erwachsenen- und Kindesschutzes verfügen.