



Erlacherhof, Junkerngasse 47
Postfach 3000 Bern 8

Telefon 031 321 62 16
Fax 031 321 60 10
stadtkanzlei@bern.ch
www.bern.ch

Justiz-, Gemeinde- und
Kirchendirektion des Kantons Bern
Herr Regierungsrat Christoph Neuhaus
Münstergasse 2
3011 Bern

Bern, 1. Juli 2009

Neues Erwachsenen- und Kindesschutzrecht; Umsetzung im Kanton Bern

Sehr geehrter Herr Regierungsrat
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 3. April 2009 haben Sie den Einwohnergemeinden des Kantons Bern das Vernehmlassungsverfahren zum Bericht über die Umsetzung des neuen Erwachsenen- und Kindesschutzrechts eröffnet. Der Gemeinderat dankt Ihnen für die Zustellung der Vernehmlassungsunterlagen sowie die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Einleitende Bemerkungen

Der Gemeinderat begrüsst die Änderungen des Zivilgesetzbuchs (ZGB) zum Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht, welche am 1. Januar 2013 in Kraft treten. Das geltende Vormundschaftsrecht wurde den heutigen gesellschaftlichen Bedürfnissen angepasst.

Das neue Erwachsenenschutzrecht bringt für die vormundschaftlichen Behörden wesentliche neue Aufgaben. Die Behörde wird zudem für alle Aufgaben im Bereich Erwachsenen- und Kindesschutz erstinstanzlich zuständig. Der Vollzug des neuen Bundesrechts wird unbestreitbar wesentlich anspruchsvoller, weshalb der Bund den Kantonen die Einsetzung von Fachbehörden vorschreibt, ihnen aber die Wahl zwischen Gericht oder Verwaltungsbehörde belässt. Die Fachbehörde soll interdisziplinär zusammengesetzt sein und professionell arbeiten. Diese beiden Anforderungen der Professionalität und der Interdisziplinarität werden durch die Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden (VBK) gestützt, namentlich durch die darin enthaltene Auflistung aller Behördenaufgaben und der zu ihrer Erfüllung notwendigen Kompetenzen. Der Bund und die VBK gehen davon aus, dass die Behördenmitglieder Fachleute mit entsprechender beruflicher Ausbildung und Praxis sind, die grundsätzlich hauptberuflich arbeiten. Die für die Aufgabenerfü-

lung erforderlichen Kernkompetenzen sind wegen der interdisziplinären Zusammensetzung in der Behörde selber vorhanden. Um die Professionalität einer solchen Fachbehörde sicher zu stellen, sollte sie für ein Einzugsgebiet von 50 bis 100 000 Menschen zuständig sein, rund 1 000 Massnahmen betreuen und deren 250 pro Jahr neu anordnen. Die Aufgaben in Erwachsenen- und Kinderschutz, namentlich neu im Bereich der fürsorgerischen Unterbringung, erfordern eine rund-um-die-Uhr Erreichbar- und Entscheidungsfähigkeit.

Diese Fakten und fachlichen Beurteilungen stammen aus dem Bericht der VBK an die Kantone vom Dezember 2007. Die Empfehlungen ihrerseits sind aus dem Bericht von Kurt Affolter vom Dezember 2006 an die Justiz-, Gemeinde und Kirchendirektion (JGK) des Kantons Bern entstanden. Der Bericht Affolter und die daraus entstandenen Empfehlungen der VBK stellen bis anhin die fundiertesten Grundlagen zum neuen Recht dar. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, weshalb diese wesentlichen Entscheidungsgrundlagen in der Vernehmlassungsvorlage der JGK (Ecoplan) verschwiegen werden.

Die im Bericht Affolter und der Empfehlungen VBK erfolgte Gesetzesanalyse ergibt **mindestens 110 verschiedene Aufgaben** der zukünftigen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, zu deren Erfüllung die Behörde mehrheitlich selbst kompetent sein sollte. Daraus resultiert der folgende Professionalisierungsbedarf:

- **Massnahmenunabhängige Aufgaben Erwachsenenschutz:** Beurteilung von Vorsorgevollmachten, inkl. Auslegungs- und Entschädigungs-, Aufsichtsfragen, Artikel 363 f., 366, 368 nZGB; Beurteilung und Auslegung von Patientenverfügungen im Streitfall, Artikel 373 nZGB; Beurteilung und Entzug der Vertretungsbefugnisse des Ehegatten, Artikel 376 nZGB; Beurteilung im Streitfall bei der Vertretung bei medizinischen Massnahmen, Artikel 381 nZGB; Beurteilung der Zulässigkeit von Einschränkungen der Bewegungsfreiheit von urteilsunfähigen Personen, Artikel 385 nZGB.
- **Massnahmenunabhängige Aufgaben Kinderbelange:** Vaterschafts- und Unterhaltsfragen, Artikel 309, 287 ZGB; Gemeinsame elterliche Sorge, Artikel 298a ZGB; Einvernehmliche Scheidungsurteilsänderungen, Artikel 134 Absatz 3 ZGB; Strittige und unstrittige Fragen des persönlichen Verkehrs, Artikel 134 Absatz 4, 275 ZGB; Kindesvermögensfragen, Artikel 318 Absatz 2, Artikel 320 Absatz 2 ZGB; Neuzuteilung elterliche Sorge Nichtverheirateter, Artikel 298 Absatz 3, Artikel 298a Absatz 2 nZGB (bisher bei VAB).
- **Massnahmenabklärung:** Verfahrensleitung; Anhörung; Beweisauswertung; Diagnosen und Lösungsoptionen.
- **Eigenes Handeln der KESB:** Anordnungen; Aufträge an Dritte.
- **Massnahmenanordnung:** Definition Betreuungsbedarf; Ausformulierung Auftrag und Kompetenzen; Zielkongruenz (Erwachsenen- und Kinderschutzbehörde [EKSB]), Beistand und Betreute gehen von gleichem Auftrag aus Massnahmenführung; Eignung (Profil) des Beistands; Zeitliche Verfügbarkeit; Funktionsfähige Organisations- und Führungsstrukturen; Qualitätssicherung.

- **Rechtsmittelinstanz:** EKSB als Beschwerdeinstanz; Gerichtliche Instanz.
- **Aufsicht:** Qualifikationen der EKSB; Auswertung von Beschwerdeentscheiden; Weiterbildungsangebote und Coaching.

Stellungnahme zu den Fragen der JGK

Unsere Beurteilung der Modellvarianten des Kantons Bern erfolgt vor dem Hintergrund des vorerwähnten Professionalisierungsbedarfs und der gesetzlichen und fachlichen Vorgaben.

1. Eckwerte einer kommunalen Fachbehörde

- **Einzugsgebiet:** Die Empfehlung des Kantons, eine untere Grenze des Einzugsgebiets von 20 000 Einwohnerinnen und Einwohnern nicht zu unterschreiten, ist deutlich nach oben zu korrigieren. Eine fachlich korrekte, den Klienten und den vielfältigen neuen Aufgaben gerecht werdende Umsetzung des neuen Rechts kann in einem derart kleinen Einzugsgebiet nicht in der vom Gesetz beabsichtigten Fachlichkeit und Qualität erfolgen. Bei einem Einzugsgebiet unter 50 000 Einwohnenden wird die zuständige Fachbehörde kaum vollamtlich tätig sein können und es dürfte recht aleatorisch werden, für eine Milizbehörde Personen mit den zwingend vorhandenen Kernkompetenzen zu rekrutieren.
- **Organisationsform:** Es ist richtig den Gemeinden die Wahl der Organisationsform zu belassen. Ebenfalls richtig ist die Feststellung, dass das so genannte Tessiner Modell für die Umsetzung des neuen Rechts nicht mehr in Frage kommen dürfte.
- **Spruchkörper/Mitglieder der Fachbehörde:** Die Fachbehörde mit mindestens drei Mitgliedern aus verschiedenen Fachgebieten unter dem Präsidium einer Juristin/eines Juristen ist die Minimalvorgabe. Bei Einzugsgebieten über 100 000 Einwohnende sollten es 5 Mitglieder sein, um die Stellvertretungsproblematik und die erforderliche rund-um-die-Uhr-Bereitschaft sicher stellen zu können.
- **Unterstützung durch einen internen Dienst:** Ein leistungsfähiges und fachkompetentes Behördensekretariat ist ungeachtet der Ausgestaltung der Fachbehörde und der Grösse des Einzugsgebiets zwingend. Nebst der Sicherstellung des eigentlichen Sekretariats obliegen dem Behördensekretariat mindestens die auf Seite 28 der kantonalen Vernehmlassungsvorlage aufgelisteten Tätigkeiten: Dem Behördensekretariat sollte auch ein Abklärungsdienst angegliedert sein, weil mit dem neuen Recht verschiedene neue Aufgaben auf die Behörde zukommen, für deren Abklärung die herkömmlichen Sozialdienste weder kompetent noch geeignet sein dürften (Vorsorgeauftrag, Patientenverfügung, Vertretung bei medizinischen Massnahmen, Aufenthalt in Wohn- und Pflegeeinrichtungen, fürsorgerische Unterbringung, Entzug der elterlichen Sorge, Neuzuteilung der gemeinsamen Sorge bei nicht verheirateten Eltern, u.a.m.).
- **Abklärung:** Die heute manchenorts geübte Praxis, wonach sowohl Erwachsenen- und Kinderschutzmassnahmen von Sozialdiensten abgeklärt und anschliessend bei der Behörde beantragt werden, könnte grundsätzlich beibehalten werden, ginge es auch in Zukunft einzig um solche Interventionen und Hilfestellungen. Angesichts der Vielzahl neuer Problemstellungen und der massnahmenvorgelagerten oder massnahmenunabhängigen Abklärungsaufgaben ist es jedoch höchst fraglich, ob ein solches System

noch Sinn macht. Der Bundesgesetzgeber geht davon aus, dass die Fachbehörde die erforderlichen Abklärungen, Anhörungen und Augenscheine selbst oder eben durch eigene Abklärungsspezialistinnen oder -spezialisten vornimmt.

- **Mandatsführung:** Die Instruktion, Beratung und Kontrolle der Mandatstragenden ist auch unter dem neuen Recht eine originäre Aufgabe der Fachbehörde. Die Beaufsichtigung (Instruktion, Beratung und Kontrolle) professioneller Mandatstragender durch nicht professionelle Miliz- oder Teilzeitbehördenmitglieder hat schon in der Vergangenheit immer wieder zu Problemen geführt und ist deshalb unter dem neuen Recht abzulehnen. Die gute Zusammenarbeit von Behörde, Sekretariat und Mandatsführenden ist äusserst wichtig und wertvoll, weshalb die hierzu notwendigen zeitlichen und personellen Kapazitäten sowohl bei der Behörde wie auch bei den Mandatstragenden (Fallbelastung) unbedingt, bei welchem Modell auch immer, berücksichtigt und gewährt werden sollten.
- **Aufsicht und Rechtsmittelinstanz:** Die Schaffung einer gerichtlichen Rekurskommission auf Stufe Obergericht wäre bei einer kommunalen Behördenstruktur wohl zwingend. Die Aufsicht und Steuerung müsste sinnvollerweise von einem zu dieser Rekurskommission gehörenden Inspektorat erfolgen. Der Gemeinderat geht davon aus, dass zur Aufsichts- und Steuerungsfunktion auch die Beratung und Instruktion der kommunalen Erwachsenen- und Kinderschutzbahörden gehören wird.
- **Evaluation:** Gegen die beabsichtigte Evaluation nach spätestens vier Jahren ist nichts einzuwenden. Der Gemeinderat möchte aber mit aller Deutlichkeit darauf hinweisen, dass die Qualitätssteigerung im Erwachsenen- und Kindesschutzwesen nicht vom neuen Recht zu verantworten ist. Der Bundesgesetzgeber hat ein gutes, den heutigen gesellschaftlichen Gegebenheiten angepasstes und für mindestens die nächste Generation sehr taugliches Recht geschaffen. Die Akzeptanz und die Umsetzbarkeit der neuen Normen und die dringend notwendige Qualitätssteigerung hängen in erster Linie von den Kantonen und von den dort getroffenen organisatorischen Vorkehrungen ab.

2. Eckwerte einer kantonalen Fachbehörde

- **Einzugsgebiet:** Die für das kantonale Modell vorgesehenen Einzugsgebiete entsprechen den von den Fachleuten entwickelten Vorstellungen für eine gut funktionierende, professionelle und trotzdem noch bevölkerungsnahe Behördenorganisation. Die an den vorgesehenen Standorten bereits heute vorhandenen Fachleute aus dem Erwachsenen- und Kindeschutzbereich (Vormundschaftssekretariate, spezialisierte Sozialarbeitende) dürften sowohl für die Fachbehörden wie auch die Behördensekretariate zur Verfügung stehen.
- **Fachbehörde:** Die Fachbehörden in den bevölkerungsreichsten Vormundschaftskreisen mit über 100 000 Einwohnenden sollten wegen der grösseren Geschäftslast möglichst aus 5 Mitgliedern bestehen. In diesen meist städtischen Agglomerationen fallen vergleichsweise mehr fürsorgliche Unterbringungen an und es werden vergleichsweise auch mehr Kindeschutzmassnahmen angeordnet und geführt. Eine kantonale vollamtliche Fachbehörde wird sich durch physische Präsenz auszeichnen, Hierarchie, Führung und Agilität sind sichergestellt.

- **Behördensekretariat:** Die zum kommunalen Modell betreffend Unterstützung durch einen internen Dienst erfolgten Bemerkungen gelten auch hier.
- **Abklärung (Sozialdienste):** Die Fachbehörde braucht einen eigenen Abklärungsdienst, wie in den Ausführungen zum kommunalen Modell bereits dargestellt. Ein abklärender **Sozialdienst** ist hingegen weder für die heutige noch die zukünftige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde dienlich: Sowohl bei den erwachsenenschutzrechtlichen Interventionen wie auch bei den Kindesschutzmassnahmen geht es praktisch nie um Sozialhilferecht und öffentliche Unterstützung. Die zu lösenden Probleme sind schon heute vor allem juristischer, vermögens- und versicherungsrechtlicher, medizinischer und/oder pädagogischer Natur und betreffen kaum je Sozialhilfe Probleme.

Die aufgrund der neuen Aufgaben und neuen Zuständigkeiten abzuklärenden Probleme gehören ebenfalls nicht zu den Kerngeschäften der Sozialdienste und dürften deshalb die dort vorhandenen Kompetenzen übersteigen.

- **Mandatsführung:** Für die Führung der Erwachsenen- und Kindesschutzmandate werden weiterhin schwergewichtig (bei Minderjährigen mehr als bei Erwachsenen) die Mitarbeitenden von kommunalen oder regionalen Sozialdiensten als professionelle Mandatstragende ernannt. Die Sozial- oder „Amtsbeistandsdienste“ können auch weiterhin geeignete Privatpersonen für die Führung beistandschaftlicher Mandate rekrutieren.

In weniger als 10 % der Erwachsenenschutzmandate sind die Klienten gleichzeitig auch sozialhilfeunterstützt. Diese Mandate sollten in Zukunft von Beiständen geführt werden, die als Mitarbeitende von Sozialdiensten nicht gleichzeitig auch über Kompetenzen zur Ausrichtung von Sozialhilfe verfügen. Mit einer klaren Trennung der Funktion Beistand von der Funktion unterstützender Sozialarbeiter werden Interessenskonflikte gar nicht entstehen.

- **Aufsicht und Rechtsmittelinstanz:** Das Obergericht als „Kompetenzzentrum Familienrecht“ ist unbestritten die bestens geeignete Rechtsmittelinstanz. Um Wiederholungen zu vermeiden erlaubt sich der Gemeinderat zur Frage der Aufsichtsbehörde die Passage der VBK-Empfehlung (Seite 25) zu zitieren, welche auch seiner Haltung entspricht:

„Die Aufsichtsbehörde hat im Rahmen der allgemeinen Aufsicht die Aufgabe, für eine korrekte, einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Der Aufsichtsbedarf wird sich aufgrund der Fachlichkeit und der viel kleineren Anzahl der erstinstanzlichen Behörden reduzieren, weshalb eine doppelte Aufsicht kaum zu rechtfertigen ist und umso fragwürdiger wäre, als die erste Aufsichtsbehörde (Bezirksrat, Regierungsstatthalter/innen) dereinst mangels sachlicher Zuständigkeiten und dannzumalig fehlender Praxiserfahrung von der Sache selbst weit entfernt wäre. Aus Gründen der Qualitätssicherung und der Effizienz ist anzustreben, dass auch die Aufsichtsfunktion bei der Rekursinstanz liegt.“

Damit verbleibt die Frage der Zuordnung: Aufsicht bewährt sich in der Regel durch Organe, die selbst eng mit der Sache befasst sind. Mit der höheren Qualifikation der erstinstanzlichen Behörden wird sich die Beratungs- und Unterstützungsarbeit kantonaler administrativer Aufsichtsbehörden (z.B. Jugendämter oder kantonaler Sozialämter) in

den Bereich der Prävention verschieben. Demgegenüber resultieren erfahrungsgemäss aus Rechtsmittelverfahren Erkenntnisse, welche in eine fruchtbare Aufsichtstätigkeit eingespielen werden können (z.B. Verfahrensmängel, Organisationslücken, rechtliche Standards). Vieles spricht aus diesem Grund dafür, die Aufsicht einstufig auszugestalten und organisatorisch als Inspektorat bei der gerichtlichen Rekursinstanz anzusiedeln.

Als Rekursinstanz kann die Aufsichtsbehörde direkten Einfluss nehmen auf die Umsetzung des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts. Sie hat auch von Amtes wegen einzuschreiten, wenn sie von fehlerhaftem Tun oder Unterlassen von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden Kenntnis erhält. Die interne Aufgabenteilung zwischen Aufsichtsbehörde und Rechtsmittelinstanz könnte in einem Organisationsreglement geregelt werden. Zu beachten wäre zudem, dass die gerichtlichen Inspektorate, die aufgrund ihrer Kernkompetenzen tendenziell weniger mit Verwaltungsorganisations- und Managementfragen vertraut sind, ihrem Auftrag nur gerecht werden können, wenn diesen möglichen Defiziten durch gezielten Kompetenzaufbau Rechnung getragen wird.“

- **Haftungsrechtliche Fragen:** Der Gemeinderat möchte es nicht versäumen, auf wesentliche haftungsrechtliche Fragen hinzuweisen, welche den Kanton in unmittelbarem Interesse dazu veranlassen sollten, die Qualität der Tätigkeit der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde zu steuern und zu kontrollieren:

Das neue Recht bringt eine Änderung der Haftungsregeln und führt die verschuldensunabhängige Staatshaftung ein. Gemäss Artikel 454 Absatz 3 E-ZGB 2006 sowie Artikel 429a E-ZGB 2006 wird der Kanton künftig haftbar für widerrechtliches Handeln oder Unterlassen im Rahmen der behördlichen Massnahmen des Erwachsenenschutzes resp. der fürsorgerischen Unterbringung. Es handelt sich dabei, im Unterschied zur heutigen Lösung, um eine Kausalhaftung des Kantons, welche ohne Weiteres greift, wenn eine von Kindes- und Erwachsenenschutzorganen geschädigte Person darlegen kann, dass sie rechtswidrig geschädigt worden ist. Die Konzeption entspricht jener im Zivilstands-, Grundbuch- und Betreuungswesen. Die direkte Staatshaftung und der Wegfall des Verschuldens bedeutet, dass die Haftung des Kantons künftig eine grössere Rolle spielen wird.

- **Die Aus- und Weiterbildung** der Fachbehörden und des Fachpersonals ist wesentlich und sollte zentral vom Kanton übernommen werden. Dabei wird es weniger um die Vermittlung von Fachwissen gehen, als vielmehr um die Koordination zwischen den einzelnen Fachbehörden und um die Angleichung und/oder Vereinheitlichung der Anwendungspraxen.

3. Fazit zur kommunalen oder kantonalen Zuständigkeit

Während für kleinere Gemeinden eine Professionalisierung gemäss dem kantonalen Modell unbestreitbare Vorteile bietet, sind für die Fachbehörde der Stadt sowohl eine kommunale wie eine kantonale Zuständigkeit denkbar. Bei einer kantonalen Trägerschaft der Fachbehörde müsste aus Sicht der Stadt Bern die Abklärung durch eine kommunale Stelle erfolgen.

Der Gemeinderat dankt Ihnen für die Berücksichtigung der Bemerkungen bestens.

Mit freundlichen Grüssen



Alexander Tschäppät
Stadtpräsident



Dr. Jürg Wichtermann
Stadtschreiber